

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 375

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een overheidsopdracht voor werken betreffende het vervangen van vijf betonnen bruggen door duikers.
- 1.2. Klager is een brancheorganisatie. Zij heeft de Commissie desgevraagd bevestigd dat zij optreedt namens een ondernemer die de onderhavige opdracht wil verwerven (zie artikel 7 lid 1 onder b Reglement Commissie).
- 1.3. In paragraaf 1.3 ("Social return") van de Aanbestedingsleidraad van 14 juli 2016 is het volgende bepaald:

'Opdrachtgever vindt het belangrijk dat iedereen een kans krijgt om mee te doen in de samenleving. Maatschappelijk verantwoord ondernemen biedt werkzoekenden met een uitkering, die vaak een afstand hebben tot de arbeidsmarkt, deze kans. Voor deze aanbesteding geldt dat de Opdrachtnemer, Social Return (SRoI) dient toe te passen.

In de onderstaande tekst is nadere informatie opgenomen die tevens in het bestek is te vinden o.a. met betrekking tot: de doelgroep, (administratieve) verplichtingen van de Opdrachtnemer en eventuele sancties als Opdrachtnemer zijn verplichtingen niet nakomt.

De inschrijver overlegt bij de inschrijving een 'Verklaring omtrent toepassen Social Return'. De inschrijver neemt hiertoe in de inlichtingsfase contact op met [organisatie X]. Met dit document verklaart de inschrijver bij de onderhavige inschrijving dat met [organisatie X] overeenstemming is bereikt over de invulling van de voorwaarden van [Beklaagde] op het gebied van de Social Return. De voorwaarde houdt in dat bij definitieve gunning door inschrijver een cliënt uit het bestand van [organisatie X] voor tenminste een periode van 1 jaar in dienst wordt genomen waarbij uitstroom bij [organisatie X] is gegarandeerd. Als [organisatie X] u geen kandidaat kan aanbieden kan in overleg met de contactpersoon van [organisatie X] 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. De inschrijver wordt van de verplichting tot het aangaan van een nieuw dienstverband ontslagen als zij aantoonbaar op de aanbestedingsdatum ten minste één kandidaat via [organisatie X] heeft gecontracteerd.'

- 1.4. In paragraaf 4.1 ("procedure") is bepaald:

'De aanbesteding vindt plaats op de voet van de bepalingen zoals omschreven in hoofdstuk 7 van het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012).'

- 1.5. In Bijlage 4 ("Verklaring social return") bij de Aanbestedingsleidraad is het volgende bepaald:

'VERKLARING omtrent toepassen Social Return

Inzake:

Ondergetekende verklaart dat bij de onderhavige inschrijving met [organisatie X] overeenstemming is bereikt over de invulling van de voorwaarden van beklagde op het gebied van Social Return On Investement (SROI). De voorwaarde houdt in dat bij definitieve gunning door inschrijver een cliënt uit het bestand van [organisatie X] voor tenminste een periode van 1 jaar in dienst wordt genomen waarbij uitstroom bij [organisatie X] is gegarandeerd. Als [organisatie X] u geen kandidaat kan aanbieden kan in overleg met de contactpersoon van [organisatie X] gelegenheid gegeven worden om deze verplichting in te vullen middels een uitkeeringsgerechtigde 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. De inschrijver wordt van de verplichting tot het aangaan van een nieuw dienstverband ontslagen als zij aantoonbaar op de aanbestedingsdatum ten minste één kandidaat via [organisatie X] heeft gecontracteerd.

Datum

Datum

Te

Te

Ondertekening ondernemer

Ondertekening [Organisatie X]'

- 1.6. In het Bestek van 14 juli 2016 is in paragraaf 1.5, onder meer, bepaald:

'TIJDSBEPALING

1. Het werk dient vanaf oktober 2016 in overleg met directie aan te vangen. Het gehele werk dient uiterlijk 15 december 2016 opgeleverd te worden. (...)'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Social Return on Investment (SROI) is een arbeidsinstrument en mag niet worden ingezet in aanbestedingsprocedures.

2.2. Klachtonderdeel 2

De SROI-eis houdt onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht en is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

2.3. Klachtonderdeel 3

De SROI-eis is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, aangezien deze eis zwaarder uitvalt voor mkb-ers.

2.4. Klachtonderdeel 4

De SROI-eis is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie doordat inschrijvers die reeds een werknemer via organisatie X in dienst hebben genomen, dit ten behoeve van de onderhavige aanbesteding niet nogmaals hoeven te doen.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klager stelt ter inleiding op de onderbouwing van de klachtonderdelen dat zij het SROI-beleid van beklagde zeker niet onsympathiek vindt. Het is haar echter niet duidelijk geworden of het SROI-beleid van beklagde en de gestelde eis in het bestek van deze opdracht voldoende zijn gecheckt op aanbestedingsrechtelijke aspecten en de impact daarvan voor kleinere projecten en de uitvoerbaarheid voor kleinere bedrijven. Vanwege het algemeen belang en het belang van de sector van klager, heeft klager de onderhavige klacht ingediend. Zij hoopt daarmee te bereiken dat beklagde de SROI-eis laat vallen.

3.2. Klachtonderdeel 1

3.2.1. Klager stelt voorop dat SROI een arbeidsmarktinstrument is en meent dat dit niet thuishoort in een aanbesteding. Met VNO-NCW, waarbij klager is aangesloten, is klager van mening dat de toepassing van social return in aanbestedingen niet constructief bijdraagt aan een daadwerkelijke en vooral structurele oplossing van het arbeidsmarktprobleem. Social return werpt juist drempels op, met name voor het mkb. Als instrument ter ondersteuning van het arbeidsmarktbeleid moet social return worden afgewezen. Het is ineffectief omdat het niet leidt tot duurzame banen en verdringing tot gevolg heeft. Wat betreft deze verdringing; hiervan is al snel sprake bij het kleinere mkb.

3.2.2. In het aanbestedingsbeleid is social return niet passend, want social returneisen leiden niet tot de beste prijs/kwaliteitsverhouding en belemmeren de doelstelling van aanbestedingsbeleid, namelijk dat iedereen binnen de Europese Unie moet kunnen inschrijven op aanbestedingen. Deze opdracht is daarvan een goed voorbeeld; de kosten die samenhangen met de eis zullen zich noodzakelijkwijs moeten vertalen in een aanzienlijk hoger inschrijfbedrag.

3.3. Klachtonderdelen 2 en 3

3.3.1. De Aanbestedingswet stelt dat een aanbestedende dienst of een speciaalsectorbedrijf bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen kan stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

3.3.2. Op basis van de Europese Richtlijn 2014/24/EU dient de overheid een aantal rechtsbeginselen bij aanbestedingen altijd in acht te nemen. Ook als de Europese richtlijnen niet van toepassing zijn. In deze kwestie zijn in ieder geval relevant het proportionaliteitsbeginsel en het non-discriminatie en gelijkheidsbeginsel.

3.3.3. Op grond van artikel 2.80 Aw 2012 en artikel 2.11.3 ARW 2012 moeten de eisen betrekking hebben op het werk. De Commissie stelt in Advies 98 nog eens nadrukkelijk vast dat er een direct verband moet zijn tussen de uitvoering van de opdracht en de gehanteerde social return-bepaling.

3.3.4. De onderhavige opdracht heeft naar alle waarschijnlijkheid een uitvoeringsduur van hooguit 2 maanden. De eis is dat via organisatie X een werknemer moet worden ingezet voor minimaal 1 jaar. Klager concludeert dat de eis slechts voor een heel klein deel betrekking heeft op dit werk en derhalve een eis is die niet mag worden gesteld.

3.3.5. De motivering "waarbij uitstroom bij [organisatie X] is gegarandeerd" maakt duidelijk dat de eis een heel ander doel heeft dan het tot stand brengen van een werk met een goede prijskwaliteitsverhouding.

- 3.3.6. Klager stelt vast dat het percentage SROI in onderhavig bestek minimaal 25 à 30% van de aanneemsom bedraagt. In Advies 166 oordeelt de Commissie van Aanbestedingsexperts dat vijf procent van de aanneemsom pas proportioneel is als het gaat om een opdracht met:
- a. een langere looptijd (minimaal zes maanden);
 - b. een loonsom groter dan € 250.000,- en
 - c. een arbeidsintensief karakter.

Het drempelbedrag is gebaseerd op het effectief plaatsen van één arbeidskracht op het niveau van WML (Wet Minimum Loon) gedurende een half jaar, bij een gemiddelde toepassing van 5%, waarna inzet vanuit reïntegratieperspectief effectief is.

- 3.3.7. Onderhavige opdracht voldoet niet aan deze algemene kenmerken voor een project waar SROI zou kunnen worden toegepast. De Commissie heeft in Advies 98 geoordeeld dat het percentage van 5% social return in beginsel wordt toegepast op de aanneemsom. Is er echter sprake van een kapitaalintensieve opdracht of een opdracht met een lage loonsom, dan moet het percentage worden berekend over de loonsom. De Gids Proportionaliteit spreekt daar ook over en geeft daarvan op pagina 45 een voorbeeld. De arbeidscomponent van de opdracht is dus duidelijk van belang bij het formuleren van een proportionele social returneis en met name bij het bepalen van de hoogte en de berekeningsgrondslag van het percentage social return. Klager stelt dat onderhavige opdracht een kleine arbeidscomponent kent zodat zelfs 5% van de aanneemsom al disproportioneel is.
- 3.3.8. Een aanbestedende dienst kan op grond van artikelen 2.80 Aw 2012 en 2.11.3 ARW 2016 bij een aanbesteding voorwaarden stellen met sociale overwegingen. Dit mogen uitsluitend voorwaarden zijn die in een redelijke verhouding staan tot de aard en de omvang van de opdracht. Uitgaande van genoemde 5% van de geschatte aanneemsom voor dit project zou de eis maximaal een omvang mogen hebben van € 6.000,00. Met het in dienst nemen van de werknemer via organisatie X en de begeleidingskosten die het bedrijf moet maken (voor 1 jaar) gaat het in werkelijkheid om € 30.000,00 à € 35.000,00. Gezien het feit dat de SROI-verplichting in verhouding tot de aanneemsom erg groot is, is het voor mkb-ers feitelijk niet meer mogelijk om op een dergelijk bestek in te schrijven. De door beklagde gestelde eis is ook op dit punt dus disproportioneel.
- 3.3.9. Zoals klager in 3.3.6 hiervoor reeds heeft aangegeven, bedraagt het percentage SROI in het onderhavige bestek minimaal 25 à 30% van de aanneemsom. Gezien het feit dat het uit te voeren werk specialistisch is, is de omvang van de SROI-eis onredelijk hoog. Met het oog op de complexiteit van het uit te voeren werk lijkt het zeer onredelijk te veronderstellen dat een behoorlijk aandeel SROI arbeid ingezet kan worden. Gaan we uit van een component arbeid van ca. 30% in een werk, dan zal 100% van de arbeid verricht moeten worden door SROI-krachten. Dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn en is in strijd met de redelijkheid.
- 3.3.10. Ten slotte voert klager in het kader van het derde klachtonderdeel aan dat SROI tot hoge administratieve lasten en kosten leidt en tot gevolg heeft dat het mkb bij aanbestedingen op achterstand wordt gezet waardoor het voor mkb-ers feitelijk niet meer mogelijk is om in te schrijven op een dergelijk bestek. Daarmee introduceert beklagde een rechtsongelijkheid die discriminerend is.

3.4. Klachtonderdeel 4

Tot slot stelt klager zich op het standpunt dat de gestelde SROI eis in strijd is met het non-discriminatiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Het beginsel van gelijke behandeling is het basisbeginsel van het aanbestedingsrecht, zie het arrest van het Europese Hof van Justitie in de zaak Storebaelt (C-243/89). Uit de rechts- c.q. verdragsbeginselen volgt voorts dat alle inschrijvers op een bestek in beginsel gelijk behandeld moeten worden en dezelfde kansen dienen te krijgen, zie het arrest van het Europese Hof van Justitie in zaak Succhi di Frutta (C-496/99). Klager heeft begrepen dat aannemers die al een andere opdracht voor beklaagde uitvoeren en reeds een werknemer via organisatie X in dienst hebben genomen, dit ten behoeve van de onderhavige aanbesteding niet nogmaals hoeven te doen.

4. Reactie beklaagde

- 4.1. Beklaagde zet zich actief in om uitkeringsgerechtigden en andere inwoners met een achterstand op de arbeidsmarkt in het arbeidsproces te betrekken. Het toepassen van social return is hierbij al jarenlang één van de pijlers van het beleid van beklaagde. De praktijk leert dat het werkt: door de social returneis te stellen hebben inmiddels al veel mensen met een achterstand tot de arbeidsmarkt een eenjarige aanstelling gehad. De praktijk leert ook dat inschrijvers zich soms verzetten tegen de gestelde eis, maar ook - nadat zij eenmaal kennis hebben gemaakt met de feitelijke uitvoering van social return - dat zij enthousiast zijn geraakt over de onverwachte mogelijkheden van het inzetten van social returnkandidaten. Het beleid blijkt nodig te zijn om patronen en werkwijzen, die vaak historisch zijn gegroeid en al jarenlang bestaan, te doorbreken. Beklaagde heeft daarom met betrekking tot aanbestedingen het beleid om bij opdrachten met een waarde van meer dan € 50.000 die zich daarvoor lenen de opdrachtnemer te verplichten één of meerdere social returnkandidaten in te zetten. Hierbij is het uitgangspunt dat opdrachten betreffende leveringen zich in het algemeen niet lenen voor social return, maar opdrachten ter zake werken en diensten in het algemeen wel. Bij de 15 aanbestedingen van het afgelopen jaar waarin de social returneis is gesteld, wordt in alle gevallen de social return verplichting ingevuld.
- 4.2. De onderhavige opdracht wordt met een meervoudig onderhandse procedure aanbesteed. Beklaagde heeft de aanbestedingsstukken op 14 juli 2016 verstrekt aan de door haar uitgenodigde inschrijvers. Onderdeel van de aanbestedingsstukken is een RAW-bestek. De gemeente heeft in paragraaf 1.3 van de Aanbestedingsleidraad informatie verstrekt over social return (zie 1.3 hiervoor).
- 4.3. Tijdens de aanbestedingsprocedure rust op zowel de inschrijver als beklaagde (via organisatie X) de verplichting om invulling te geven aan de social returnverplichting. Voor het indienen van de inschrijving overlegt de inschrijver met organisatie X over de inhoud van de opdracht en de mogelijkheden voor het plaatsen van kandidaten. Organisatie X verleent daarin maatwerk omdat elke organisatie anders is. Na gunning van de opdracht wordt de social returnverplichting onderdeel van de overeenkomst. Inschrijvers zijn niet verplicht om in te schrijven, bijvoorbeeld omdat zij geen invulling willen geven aan de social returneis.
- 4.4. In Bijlage 4 bij de Aanbestedingsleidraad (zie 1.5 hiervoor), is uiteengezet wat de procedure is met betrekking tot de invulling van de social returnvoorwaarde. Deze tekst komt overeen met de inhoud van de hiervoor aangehaalde paragraaf 1.3 van de Aanbestedingsleidraad (zie 4.2 en 1.3 hiervoor).

- 4.5. Beklaagde meent dat de in deze aanbesteding gestelde social returneis voldoet aan de daaraan uit hoofde van het aanbestedingsrecht gestelde eisen. In dit kader is relevant dat beklagde van alle door haar uitgenodigde inschrijvers een inschrijving heeft ontvangen, waaruit kan worden afgeleid dat de social returnverplichting klaarblijkelijk door deze inschrijvers niet als bezwaarlijk wordt gezien en zij hieraan kunnen en willen voldoen.
- 4.6. Beklaagde heeft inmiddels de inschrijvingen ontvangen en daaruit blijkt dat alle inschrijvers overleg hebben gevoerd met organisatie X en de verklaring omtrent het toepassen van social return bij hun inschrijving hebben gevoegd. Beklaagde heeft de opdracht inmiddels voorlopig gegund en de verwachting is dat het werk conform planning in uitvoering zal worden genomen. Het advies van de Commissie zal daarin geen verandering brengen. Beklaagde ziet dat haar beleid werkt en dat het succesvol is en ook om die reden zal het uiteindelijke advies van de Commissie geen wijziging met zich brengen in het door beklagde gevoerde beleid.
- 4.7. Klager is een brancheorganisatie voor ondernemers in groen, grond en infra, zo blijkt uit haar website. De ondernemers die zijn aangesloten bij klager zijn voornamelijk werkzaam in de agrarische sector en ook de activiteiten van klager spitsen zich toe op de agrarische sector. Onderhavige opdracht is geen agrarische opdracht. Naar de aard van de aanbestedingsprocedure stond deze opdracht niet open voor andere ondernemers dan de ondernemers die beklagde heeft uitgenodigd. Beklaagde stelt zich daarom op het standpunt dat klager geen belang heeft bij haar klachten en dat haar klacht niet in behandeling dient te worden genomen.
- 4.8. Ook uit het feit dat alle uitgenodigde inschrijvers overleg hebben gevoerd met organisatie X en dat zij alle een inschrijving, inclusief de 'Verklaring omtrent toepassen Social Return', hebben ingediend, leidt beklagde af dat klager geen belang heeft bij haar klacht.
- 4.9. Klager stelt dat zij de klachten voorlegt aan de Commissie "vanwege het algemene belang en het belang van de [sector van klager]". Klager onderbouwt niet welk algemeen belang zij dient, waarom dat algemeen belang in het geding is, noch dat het behoort tot haar statutaire taak om dat algemene belang te behartigen. Verder geldt dat de adviezen van de Commissie in principe geen bredere werking hebben dan tussen klager en beklagde: er is geen sprake van jurisprudentie en bovendien zijn de adviezen niet-bindend. Indien klager een algemeen belang wenst te dienen met haar klachten dan is het vragen van een niet-bindend advies niet de aangewezen weg. Ook op basis daarvan heeft klager geen belang bij haar klachten, althans dient haar klacht niet in behandeling te worden genomen.
- 4.10. Beklaagde meent dat de social returneis in voldoende mate is afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden en alleszins voldoet aan het aanbestedingsrecht en bovendien aantoonbaar werkt.
- 4.11. Klachtonderdeel 1
- 4.11.1. Klager heeft aangevoerd dat SROI een arbeidsmarktinstrument is en dat dit niet thuishoort in aanbestedingen. Beklaagde geeft aan dat dit slechts een mening van klager is en dat deze mening niet relevant is voor de klacht.
- 4.11.2. Beklaagde acht de mening van klager niet relevant dat de toepassing van social return in aanbestedingen niet constructief bijdraagt aan een daadwerkelijke en

vooral structurele oplossing van het arbeidsmarktprobleem. De resultaten bij beklagde wijzen op het tegendeel.

- 4.11.3. Het standpunt van klager dat social return juist drempels opwerpt, met name voor het mkb, heeft zij niet met aantoonbare feiten onderbouwd. De praktijk bij beklagde wijst op het tegendeel. Hetzelfde geldt voor het standpunt dat social return als instrument ter ondersteuning van het arbeidsmarktbeleid moet worden afgewezen en dat het ineffectief is omdat het niet leidt tot duurzame banen en verdringing tot gevolg heeft.
- 4.11.4. Dat al snel sprake is van verdringing bij het kleinere mkb heeft klager ook niet onderbouwd met relevante feiten. Het is beklagde uit haar praktijk niet bekend dat sprake zou zijn van verdringing, ook niet bij het kleinere mkb (wat dat dan ook inhoudt).
- 4.11.5. Klager lijkt de discussie te willen voeren dat maatschappelijk ondernemen geen deel mag uitmaken van aanbesteden, maar dat is een achterhaalde discussie. Klager verliest uit het oog dat sociale overwegingen ook een rol mogen spelen bij het bepalen van de beste inschrijving. Dat sociale overwegingen leiden tot een hogere inschrijfprijs is geen automatisme. Beklaagde betreft in de voorbereiding van de aanbesteding mogelijke gevolgen van de sociale eisen die zij stelt, maar ook van snelle opleveringstermijnen, specifieke grondstoffen of specifieke bouwmethoden, in verband met hinder voor de omgeving. De financiële gevolgen worden afgewogen tegen de opbrengsten in termen van bijvoorbeeld minder hinder, minder negatieve gevolgen voor het milieu, maatschappelijk draagvlak en sociaal welzijn. De inschrijvers mogen de financiële aspecten van de social returneis verwerken in hun offerte.

4.12. Klachtonderdeel 2

- 4.12.1. De onderhavige opdracht is een opdracht voor werken en leent zich derhalve in beginsel voor het opleggen van een social returnverplichting. De begrote waarde van de opdracht, inclusief onderhoud, bedraagt ongeveer € 135.000.
- 4.12.2. Klager wijst ter onderbouwing van de klacht meermalen op het door de Commissie uitgebrachte advies 98. Ten eerste verwijst beklagde naar hetgeen zij in 4.9 hiervoor heeft opgemerkt: de adviezen van de Commissie hebben in principe geen bredere werking dan tussen klager en beklagde: er is geen sprake van jurisprudentie en bovendien zijn de adviezen niet-bindend. Ten tweede meent beklagde dat Advies 98 geen, althans slechts beperkte relevantie heeft voor de onderhavige klacht nu de feiten daarin verschillen van de onderhavige aanbesteding. Ten derde heeft de Commissie zich in dat advies positief uitgelaten over de mathematische benadering (5% van de aanneemsom dan wel de loonsom), welke benadering te eenzijdig en ongeschikt is voor veel opdrachten van gemeenten.
- 4.12.3. Klager benadert het percentage social return vrijwel geheel mathematisch, zonder acht te slaan op de aard van de opdracht, de mogelijkheden die marktpartijen hebben om invulling te geven aan social return en de actieve inbreng van beklagde daarbij via organisatie X. De mathematische benadering is onzinnig omdat deze enkel uitgaat van aannames waarvan zelfs niet vaststaat dat deze in hun algemeenheid juist zijn. Er kan hooguit sprake zijn van vuistregels. Klager toont niet aan dat de vuistregels uit Advies 98 in dit geval zouden moeten worden toegepast. Daarbij komt dat een vuistregel die uitgaat van opdrachten met een arbeidscomponent van ten minste € 250.000 voor beklagde niet toepasbaar is omdat zij dergelijke omvangrijke opdrachten nauwelijks heeft. In de wetenschap dat social return voor gemeenten in het algemeen belangrijker is dan voor bijvoorbeeld Rijkswaterstaat als opdrachtgever (omdat het begeleiden van men-

sen met een afstand tot de arbeidsmarkt naar volwaardig werk positief effect heeft op de gemeentelijke financiën en dat geldt niet voor Rijkswaterstaat) is een dergelijke vuistregel voor de gemeentelijke praktijk nauwelijks van waarde.

- 4.12.4. Klager veronderstelt dat social returnkandidaten enkel niet-gespecialiseerd werk zouden kunnen uitvoeren. Haar standpunt is niet onderbouwd en feitelijk onjuist. Onderdelen van het onderhavige werk zijn bovendien aan te merken als laag of ongeschoold werk.
- 4.12.5. Klager toont niet aan dat met het in dienst nemen van de medewerker van organisatie X en de begeleidingskosten die het bedrijf (voor 1 jaar) moet maken het in werkelijkheid gaat om € 30.000,00 à € 35.000,00. Daarbij gaat klager eraan voorbij dat de onderneming ook profiteert van de arbeid die wordt verricht door de medewerker. Bovendien zijn de financiële gevolgen maar zeer beperkt nu de inschrijver de kosten kan doorrekenen aan beklaagde.

4.13. Klachtonderdeel 3

De stelling van klager dat het voor mkb-ers feitelijk niet meer mogelijk is op het onderhavige bestek in te schrijven, omdat de SROI-verplichting in verhouding tot de aanneemsom erg groot is, is onvoldoende onderbouwd. Klager verliest hierbij uit het oog dat onderhavige opdracht met behulp van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure wordt aanbesteed, dat beklaagde enkel mkb-ondernemingen heeft uitgenodigd om een inschrijving te doen en dat deze ondernemingen alle een inschrijving hebben ingediend, voorzien van de 'Verklaring omtrent toepassen Social Return'. Feitelijk is het dus wel mogelijk voor mkb-ers om in te schrijven. Klager verliest ook uit het oog dat de social returneis voor alle inschrijvers in gelijke mate geldt en dat zij dus alle te maken hebben met de kosten van social return en dat zij alle de mogelijkheid hebben om die kosten door te rekenen aan beklaagde. Of en in welke mate zij dat doen, is de keuze van de onderneming en dat heet concurrentie.

4.14. Klachtonderdeel 4

- 4.14.1. Klager is niet goed geïnformeerd over de regeling voor ondernemingen die reeds iemand in dienst hebben via organisatie X. De betreffende regeling brengt mee dat een ondernemer die in het kader van een eerdere opdracht een medewerker op basis van een eenjarige overeenkomst in dienst heeft, waarvoor de betreffende eerdere opdracht inmiddels is afgerond maar de eenjarige overeenkomst nog niet, de medewerker mag 'inzetten' voor de onderhavige opdracht. Voor hem bestaat geen noodzaak om een extra medewerker aan te nemen. De kosten die hij maakt voor de betreffende medewerker mag hij – net als alle andere inschrijvers – verwerken in zijn offerte.
- 4.14.2. De feiten wijzen overigens uit dat zowel de als eerste als de als tweede geplaatste inschrijver nog geen medewerker via organisatie X in dienst hebben.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklaagde een meervoudig onderhandse procedure is gestart voor een overheidsopdracht voor werken betreffende het vervangen van vijf betonnen bruggen door duikers. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, afdeling 1.2.4 van de ten tijde van de uitnodiging van de ondernemers geldende Aw 2012 en Gids Proportionaliteit. Het tijdstip waarop beklaagde de ondernemers heeft uitgenodigd, is de Commissie echter niet bekend (zie artikel 4.33 van de per 1 juli 2016

gewijzigde Aw 2012). Wel is bekend dat beklagde de aanbestedingsstukken op 14 juli 2016 aan de door haar uitgenodigde inschrijvers heeft verstrekt (zie 4.2 hiervoor). Aangezien het voor de behandeling van de klacht niet uitmaakt, laat de Commissie in het midden welke versie van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit op deze aanbestedingsprocedure van toepassing zijn.

- 5.2. Beklaagde heeft de Standaard RAW 2015 en hoofdstuk 7 ARW 2012 op de onderhavige aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard. Indien de ondernemers na 1 juli 2016 zijn uitgenodigd deel te nemen aan de procedure, had beklagde op grond van artikel 1.22, lid 2, Aw 2012 jo. artikel 11, lid 1, van het gewijzigde Aanbestedingsbesluit het ARW 2016 en niet het ARW 2012 moeten toepassen. Ook dit heeft geen consequenties voor de inhoudelijke beoordeling van de klacht.
- 5.3. Nu het een meervoudig onderhandse procedure betreft, zijn de artikelen 2.80 Aw 2012 en 2.11.3 ARW 2016, waarnaar klager heeft verwezen (zie 3.3.8 hiervoor), niet van toepassing.
- 5.4. De Commissie neemt de klacht in behandeling nu de klacht is ingediend door een brancheorganisatie in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van het Reglement van de Commissie, die optreedt namens een ondernemer die de onderhavige opdracht wil verwerven. Naar aanleiding van de stellingen van beklagde dat klager onvoldoende belang zou hebben bij haar klacht wijst de Commissie er op dat zij bij de klachtafhandeling niet alleen beoogt bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten, maar dat zij ook nastreeft de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect bij ondernemingen en aanbestedende diensten teweeg te brengen (vgl. Advies 28 en 82).
- 5.5. Klachtonderdeel 1
 - 5.5.1. Klager stelt dat SROI een arbeidsmarktinstrument is en dat het niet thuishoort in een aanbesteding. De Commissie vindt echter geen steun voor dit standpunt in de aanbestedingsregelgeving.
 - 5.5.2. In paragraaf 3.5.6 van de Gids Proportionaliteit wordt ook ingegaan op de mogelijkheden in een aanbestedingsprocedure rekening te houden met duurzaamheid en sociale aspecten.
 - 5.5.3. In de aanbestedingsregelgeving is geen bepaling opgenomen die het hanteren van een SROI-verplichting in de contractvoorwaarden verbiedt. Wel zijn hierin randvoorwaarden opgenomen waaraan een SROI-verplichting in de contractvoorwaarden bij een meervoudig onderhandse procedure moet voldoen, zoals het transparantie- en proportionaliteitsbeginsel (artikel 1.15 en 1.16 Aw 2012).
 - 5.5.4. Indien het klachtonderdeel ook de klacht omvat dat beklagde met de SROI-verplichting in strijd handelt met artikel 1.4, tweede lid, Aw 2012 (de zorgplicht zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te leveren), heeft klager de klacht naar het oordeel van de Commissie onvoldoende onderbouwd. Klager kan niet volstaan met de stelling dat SROI ineffectief is, niet leidt tot duurzame banen, verdringing tot gevolg heeft en juist drempels voor met name het MKB opwerpt. Het lag op de weg van klager om die stellingen nader te onderbouwen (vergelijk Advies 48, overweging 6.2.5).
 - 5.5.5. Daarmee acht de Commissie het eerste klachtonderdeel ongegrond.

5.6. Klachtonderdelen 2 en 3

- 5.6.1. Klager stelt met het tweede klachtonderdeel dat de SROI-eis onvoldoende verband zou houden met het voorwerp van de opdracht en derhalve in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel.
- 5.6.2. De Commissie stelt 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 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, voorzover in casu relevant, dat die voorwaarden dienen te worden afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden. En tevens dat het proportioneel is om de omvang van de opdracht mee te laten wegen bij de keuze om duurzaamheidscriteria te stellen, hetgeen niet betekent dat voor kleine opdrachten geen duurzaamheidscriteria gesteld mogen worden.
- 5.6.3. De te beantwoorden vraag is of beklagde met de SROI-eis, die is opgenomen in par. 1.3 (zie 1.3 hiervoor) gelezen in verband met Bijlage 4 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.5 hiervoor), aan haar in 5.6.2 genoemde verplichting heeft voldaan.
- 5.6.4. De Commissie heeft zich in overweging 5.4 van Advies 290 en overwegingen 6.3.12 t/m 6.3.14 van Advies 98 reeds uitgelaten over de maatstaven die naar het oordeel van de Commissie moeten 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. Eén daarvan – die voor het onderhavige geval belangrijk is – is de randvoorwaarde 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.
- 5.6.5. Ten aanzien van de beantwoording van de in 5.6.3 gestelde vraag overweegt de Commissie het volgende.
- 5.6.6. Het voorwerp van de opdracht ziet op het vervangen van 5 betonnen bruggen door duikers. Uit de aanbestedingsstukken blijkt de indicatieve waarde van de opdracht niet. Uit de reactie van beklagde op de klacht bij de Commissie blijkt dat de begrote waarde van de opdracht, inclusief onderhoud, ongeveer 135.000 EURO bedraagt (zie 4.12.1 hiervoor).
- 5.6.7. Uit paragraaf 1.05 van het bestek is op te maken dat het werk in 2 tot 2½ maand moet worden uitgevoerd (zie 1.6 hiervoor).
- 5.6.8. De gestelde SROI-eis houdt in dat door inschrijvers 'een cliënt uit het bestand van [organisatie X] voor tenminste een periode van 1 jaar in dienst wordt genomen' (zie 1.3 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? Of is een dienstverband van 1350 uur op jaarbasis, zoals door sommige aanbestedende diensten wel wordt gehanteerd, reeds voldoende

om aan de gestelde eis te voldoen? 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 4 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. Dit klemmt temeer nu de Commissie in haar Advies 290 van 30 oktober 2015 reeds tot dezelfde conclusie is gekomen in het kader van een soortgelijke tegen beklagde ingediende klacht met betrekking tot dezelfde SROI-eis. 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 290, overweging 5.5.5 en 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.

- 5.6.9. Nu immers onvoldoende duidelijk is wat de precieze inhoud en reikwijdte van de SROI-eis is, kan moeilijk worden vastgesteld of de omvang van de eis in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht (zie 5.6.4 hiervoor). Aangezien de omvang van de voorgeschreven dienstbetrekking onduidelijk is, kan de Commissie zich niet uitlaten over de omvang van de SROI-verplichting in relatie tot de omvang van de opdracht. De hiervoor gesignaleerde onduidelijkheid laat echter onverlet dat de Commissie de SROI-eis op onderdelen kan toetsen aan het in artikel 1.16 lid 1 Aw 2012 vervatte proportionaliteitsbeginsel. De Commissie overweegt daarover het volgende.
- 5.6.10. Uit artikel 1.16 lid 1 Aw 2012 kan worden afgeleid dat de uitvoering van een SROI-eis moet plaatsvinden binnen het kader van de werkzaamheden van de onderliggende opdracht. Beklaagde schrijft echter voor dat één cliënt uit het bestand van [organisatie X] voor de periode van één jaar in dienst wordt genomen, zonder de inschrijvers te verplichten deze persoon in te zetten in het kader van de uitvoering van de onderhavige opdracht.
- 5.6.11. Ook indien een inschrijver reeds een cliënt uit het bestand van [organisatie X] in dienst heeft genomen en 'van de verplichting tot het aangaan van een nieuw dienstverband [wordt] ontslagen' (zie 1.3 hiervoor), is in de aanbestedingsstukken niet de eis opgenomen dat die cliënt wordt ingezet bij de uitvoering van de onderhavige opdracht. Dat beklagde in haar reactie op de klacht bij de Commissie alsnog deze uitleg aan de SROI-eis heeft gegeven, laat onverlet dat die uitleg niet strookt met een objectieve uitleg van die eis.
- 5.6.12. In de onderhavige SROI-eis is verder bepaald dat 'door inschrijver een cliënt uit het bestand van [organisatie X] voor tenminste de periode van 1 jaar in dienst wordt genomen'. De uitvoeringsduur van het werk bedraagt echter 2 tot 2½ maand. Dat betekent dat voor het grootste gedeelte van de SROI-verplichting de invulling daarvan niet wordt verwezenlijkt in het kader van de uitvoering van de onderhavige opdracht. De SROI-verplichting loopt immers nog 9 tot 10 maanden na afloop van de onderhavige opdracht door waarna de inschrijver aan wie de opdracht is opgedragen de SROI-kandidaat voor andere werkzaamheden zal inzetten dan die welke voortkomen uit de onderhavige opdracht. Ook in zoverre bestaat er voor een substantieel deel van de opdracht geen direct verband tussen de uitvoering van de opdracht en de SROI-eis.
- 5.6.13. De Commissie is gelet op de overwegingen 5.6.10 t/m 5.6.12 van oordeel dat – ongeacht de onduidelijkheid omtrent de omvang van de geëiste dienstbetrekking – er onvoldoende direct verband bestaat tussen de SROI-eis en de uitvoering van

de onderhavige opdracht. Dat betekent dat beklagde met het hanteren van die eis – nog daargelaten dat zij daarmee handelt in strijd met het transparantiebeginsel (zie 5.6.8 en 5.6.9 hiervoor) – in zoverre handelt in strijd met artikel 1.16, lid 1, Aw 2012. Dat betekent dat klachtonderdeel 2 gegrond is.

5.6.14. Met het voorgaande oordeel dat de SROI-eis in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel, behoeft klachtonderdeel 3 geen behandeling meer.

5.7. Klachtonderdeel 4

5.7.1. Klager stelt met dit klachtonderdeel dat de SROI-eis in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie doordat inschrijvers die reeds een werknemer via organisatie X in dienst hebben genomen, dit ten behoeve van de onderhavige aanbesteding niet nogmaals hoeven te doen (zie 1.3 en 1.5 hiervoor).

5.7.2. De Commissie zal bij de behandeling van dit klachtonderdeel de hypothetische situatie tot uitgangspunt nemen waarin de omvang van de verplichte dienstbetrekking duidelijk is, de SROI-kandidaat slechts voor de duur van de uitvoering van de opdracht in dienst moet worden genomen en dat deze bij de uitvoering van de opdracht moet worden ingezet. In deze – hypothetische – situatie zou beklagde hebben gehandeld in overeenstemming met het transparantie- en proportionaliteitsbeginsel.

5.7.3. In artikel 1.15 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze behandelt.

5.7.4. Een inschrijver die nog geen cliënt van organisatie X in dienst zou hebben genomen, zou dat alsnog kunnen doen. Een inschrijver die al wel een cliënt van organisatie X in dienst zou hebben genomen, zou aan de SROI-verplichting kunnen voldoen door deze cliënt in te zetten in het kader van de uitvoering van de onderhavige opdracht. Indien – zoals in de hypothetische situatie wordt verondersteld – beklagde het transparantie- en proportionaliteitsbeginsel in acht heeft genomen, valt niet in te zien waarom de inschrijver die al wel een cliënt van organisatie X in dienst heeft genomen een (ongerechtvaardigd) voordeel heeft ten opzichte van de inschrijver die dat nog niet heeft gedaan maar dat wel nog kan doen. Van strijd met het beginsel van gelijke behandeling is dan ook geen sprake.

5.7.5. De Commissie vraagt zich ten slotte af of de inschrijvers in het kader van het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie mogen worden verplicht via de lokale organisatie X invulling te geven aan de SROI-eis. Nu daarover niet is geklaagd, zal de Commissie daar verder niet op ingaan.

5.7.6. Klachtonderdeel 4 is daarmee ongegrond.

6. **Advies**

De Commissie acht klachtonderdeel 2 van de klacht **gegrond** en neemt klachtonderdeel 3 als gevolg daarvan niet in behandeling en acht de onderdelen 1 en 4 **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet 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, 6 december 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid