

Het gebruik van certificaten om social return aan te tonen

Nederlandse opdrachtgevers kopen jaarlijks via aanbestedingen voor meer dan zestig miljard euro in aan producten en diensten bij ondernemers.¹ Steeds vaker wordt daarbij social return toegepast: aan de opdrachtnemer wordt gevraagd om een deel van de opdrachtwaarde te gebruiken om mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt aan werk(ervaring) te helpen. Opdrachtgevers staan hier meestal niet onwelwillend tegenover maar zijn niet altijd te spreken over de wijze waarop social return wordt toegepast.²

Een veelgehoorde kritiek is dat social return te veel beperkt is tot een enkele opdracht, waardoor geen structurele oplossingen worden gestimuleerd. Ook mogen social-return-kandidaten die al (tijdelijk) in dienst zijn niet 'meetellen' bij het invullen van een volgende social-returnverplichting. Het belonen van bestaande inzet zou kunnen bijdragen aan meer structurele oplossingen. Kandidaten zouden dan breder in de organisatie kunnen worden ingezet en op opeenvolgende opdrachten mogen 'meetellen'. In de uitwerking hiervan is behoefte aan een methode om social-return-inspanningen van bedrijven te meten. In dit artikel wordt ingegaan op de toepassingsmogelijkheden van instrumenten als de PSO en de daarvan afgeleide PSO bouw.

Wijze van toepassen

Kenmerkend voor aanbestedingen is dat er sprake is van een beoordelingsprocedure die tot doel heeft om de partij met de beste inschrijving de opdracht te kunnen gunnen. De wijze van beoordeling is van tevoren vastgelegd in eisen en criteria. Als social return zou meetellen in de beoordeling dan dient het ook een plek te krijgen in deze eisen of criteria. Hiervoor zijn er in theorie drie mogelijkheden: (1) criteria die betrekking hebben op de organisatie (uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en of selectiecriteria), (2) criteria die betrekking hebben op de inschrijving (gunningscriteria) en (3) eisen met betrekking tot het contract (contractvoorwaarden of (raam)overeenkomst).

Juridische mogelijkheden

Alvorens in te gaan op de juridische mogelijkheden is het van belang op te merken dat er verschillende definities van social return in gebruik zijn. Overheden gebruiken definities waarin nieuwe arbeid een plaats krijgt, bijvoorbeeld: 'social return is het in de arbeidsmarkt betrekken van personen met een grote(re) afstand tot de arbeidsmarkt bij de uitvoering van een overheidsopdracht'.³ Belangrijk aspect hierbij is dat een

relatie wordt gelegd met een specifieke opdracht. Deze verwijzing ontbreekt in de definitie van bijvoorbeeld PSO Bouw⁴: 'social return is het maken en uitvoeren van afspraken met als doel een bijdrage leveren aan het vergroten van de (arbeids) participatie van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt'.⁵ In het kader van het certificaat tellen prestaties uit het verleden mee zodat structurele inzet wordt beloond. Er wordt daarbij ook naar groei gekeken, maar meer in algemene zin. In de definitie ontbreekt een directe relatie met de specifieke opdracht die wordt aanbesteed. Het meewegen van prestaties uit het verleden impliceert dat wordt gekeken naar de prestaties van een organisatie aan de hand van een selectiecriteria. In dit specifieke geval gaat het dan om een certificaat dat de inspanningen voor de social-returndoelgroep aantoont. Het verschil in de definitie en het ontbreken van de relatie met de opdracht maken het inzetten van een certificaat als geheel aanbestedingsrechtelijk gezien heel lastig. Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria zijn immers limitatief beschreven in de Aanbestedingswet (artikel 2.96 van de Aanbestedingswet 2012). Sociale voorwaarden zijn daar niet in opgenomen. Social return uitvragen als selectiecriteria is dan ook niet toegestaan. De enige mogelijkheid is indien voor de opdracht zelf specifieke vakkundigheid op 'sociaal terrein' is vereist. Vervolgens kan worden gedacht aan gunningscriteria. Hier is het voorstelbaar dat het certificaat een toepassing heeft in het geval gebruik wordt gemaakt van een deelnemingsvoorwaarde. Zo zou het voldoen aan een bepaald vast percentage van inzet van mensen met een grote(re) afstand tot de arbeidsmarkt bij het uitvoeren van opdrachten kunnen blijken uit een certificaat dat als een contractuele eis of als gunningscriterium worden uitgevraagd. Echter, er moet altijd ruimte zijn om het op een andere manier aan te tonen.⁶ De Richtlijnen en Aanbestedingswet bieden mogelijkheden om (bijzondere) uitvoeringsvoorwaarden

te stellen waaronder een opdracht moet worden uitgevoerd. Deze kunnen ook sociale aspecten bevatten. Ook deze voorwaarden dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht. Elementen uit het certificaat kunnen worden gevraagd, bijvoorbeeld een minimaal percentage van de social-returndoelgroep dat op de opdracht wordt ingezet, blijkende uit het certificaat. Onder een raamovereenkomst met een relatief lange looptijd zijn er waarschijnlijk meer mogelijkheden om een structurele oplossing te realiseren met betrekking tot arbeidsinzet. Het certificaat kan dan als monitor worden ingezet; de langere looptijd gecombineerd met vooraf gedefinieerde voorwaarden zouden gemonitord kunnen worden middels een certificaat. Dit certificaat moet dan wel kunnen aantonen dat de verbeteringen tijdens de uitvoer van die specifieke opdracht hebben plaatsgevonden. Voor alle hiervoor beschreven mogelijkheden geldt dat een specifiek certificaat nooit als *exclusief* bewijsmiddel mag dienen.

Toekomstige wetgeving en conclusie

Het van toepassing verklaren van een certificaat als geheel in het kader van gunning of selectie bij opdrachten boven de Europese drempel is volgens de huidige wetgeving niet mogelijk. Wel is het mogelijk om *elementen* uit het certificaat van toepassing te verklaren, maar altijd onder de voorwaarde dat er ruimte is voor alternatieven en dat er een relatie met de opdracht bestaat.

De Aanbestedingswet moet voor april 2016 worden aangepast aan de nieuwe Europese richtlijnen. Binnen deze nieuwe richtlijnen zijn er enkele wijzigingen. Zo wordt het mogelijk voor aanbestedende diensten om keurmerken te eisen (artikel 43 RI. 2014/24 – voorstel artikel 2.78a wet). Het gaat dan om keurmerken als bewijs om te voldoen aan specifieke milieukeurmerken en sociale of andere kenmerken (in technische specificaties, gunningscriteria of

lees verder op pagina 8 >

COLUMN

Nieuwe richtlijnen, betere samenwerking binnen Europa?

Op 19 mei jl. vond de '3rd European Conference on e-Public Procurement' plaats in het prachtige Porto (Portugal). Thema was 'The Process of Transposition of the New Directives on Public Procurement'. Een vertegenwoordiging uit een aantal landen, waaronder Portugal, Spanje, Duitsland, Hongarije, Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Nederland deelde gedurende de dag de problematiek en uitdagingen rondom de nieuwe aankomende richtlijnen, om helder te krijgen waar de verschillende landen in het proces staan en waar de uitdagingen liggen. Uit de conferentie bleek dat er grote verschillen zijn tussen de verschillende lidstaten en waar men staat in dit proces. Hoe dat komt? In Nederland zie ik nog dagelijks strijd met de doelstelling dat 'één Europa' ons fantastische kansen kan bieden. Andere landen hebben dezelfde problematiek, maar wel ieder op een eigen specifiek onderdeel. Mijns inziens heeft dat te maken met angst. Binnen de EU-lidstaat zelf, maar ook tussen de EU-lidstaten onderling. Er zijn vele initiatieven, maar regelmatig wordt het wiel opnieuw uitgevonden. Eilandvorming zonder verbindende factor. Ik denk dat angst voor het 'buiten kaders durven kijken' hierin nog steeds een belangrijke barrière opwerpt en ons achter regel- en wetgeving laat verschuilen. Tijdens de conferentie was er een soort eensgezindheid; we hebben allemaal, op onze eigen manier, moeite met verandering. Maar we moeten wel mee in de flow. Maar hoe dan? De uitdagingen van die dag waren gericht op het geven van duidelijkheid in het proces van transitie, maar ook zeker gericht op de deadlines die ons als land worden opgelegd. En daar begint de strijd dan ook. Wij houden er niet van als we regels krijgen opgelegd. Aan de andere kant hebben we ook veel moeite om het dan maar zelf te gaan verzinnen. Portugal loopt voorop met 'e-Public Procurement'. Terwijl, wandelend door de straten van Porto, de verschillen in 'procurement' voor mij niet groter konden zijn. Te constateren dat 'traditioneel laten staan afbrokkelen' naast innovativiteit en creativiteit kan bestaan. Een parallel die we ook richting het aanbesteden kunnen doortrekken. En als dat al binnen één land zo is, hoe is het dan gesteld met de samenwerking in Europa? Het VK implementeert met de snelheid van de Theemes, maar Duitsland daarentegen worstelt met alle deelstaten en eigen beleid. Italië discussieert over het wel of niet hanteren van een minimum omzeteis, en in Nederland doen we wel of we voorop lopen, maar ondertussen blijkt dat 22% van de aanbestedende diensten nog helemaal geen visie heeft, laat staan beleid, als het gaat om e-Procurement. En van degenen die er wel aan zijn begonnen heeft ruim 90% geen meetbare doelstellingen. Ik ben van mening dat we als Nederland meer bereidwillig moeten zijn om kennis met elkaar te delen, initiatieven op Europees niveau te starten en te praten met elkaar over de uitdagingen in het land van herkomst. En dat vooral ook daadkrachtig te bundelen. Daarmee kan Nederland het beste jongetje van de klas worden. Terug in het vliegtuig gaan we over tot de orde van de dag. In ons achterhoofd zoemt het alarmbelletje. Tot we het echt niet langer kunnen uitstellen.

Mariëlle van der Keur

GEZIEN?!

Enkele recente adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts

Op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl zijn op 8 en 22 juni 2015 nieuwe adviezen gepubliceerd, waaronder:

Advies 57

Is inschrijver terecht uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure nadat hij geen geldige inschrijving kon doen als gevolg van het invoeren van een onjuist telefoonnummer in TenderNed? Is het besluit tot uitsluiting disproportioneel? Heeft de uitsluiting een disproportioneel karakter?

Advies 153

Is heraanbesteding rechtmatig? Is sprake van een ernstig procedureel gebrek in de oorspronkelijke procedure? Is wijziging van toegestane werkwijzen voldoende om van een wezenlijke wijziging te spreken?

Advies 211

In hoeverre bestaat bij het uitvoeren van een Europese openbare procedure de mogelijkheid tot het maken van een uitzondering op de verplichting van een aanbestedende dienst om vrije en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken te bieden?

vervolg van pagina 5>

contractvoorwaarden). Er zijn echter wel strikte voorwaarden aan verbonden (zie ook 2.78a sub a-e). Keurmerkeisen moeten betrekking hebben op het voorwerp van de opdracht. Ook binnen de nieuwe aanbestedingswet blijft het aanbestedingsrechtelijk lastig om exclusief te verwijzen naar een prestatie-instrument en is het niet toegestaan om social return (en dus het certificaat) als selectiecriteria uit te vragen. Reden hiervoor is dat de limitatieve lijst voor selectiecriteria niet is aangepast op sociale voorwaarden (artikel 2a 48).

K. Schofaerts

Schofaerts Aanbestedingsstrategie +

Noten

1. *Sociaal Opdrachtgeverschap en Sociaal Ondernemen*, Publicaties van het Centrum voor de Sociale Leer van de Kerk, nr. 9, 2015.
2. Evaluatie implementatie social return Rijksoverheid, *Ipsa Facto*, juli 2014.
3. Definitie die de Rijksoverheid hanteert.
4. De meest recente handleiding van de PSO (d.d. 5 maart 2015) bevat geen definitie van social return.
5. *Concept Handboek PSO Bouw*, 24 maart 2014.
6. Commissie van Bedrijfsjuridisch Advies, 28 maart 2014.

vervolg van pagina 7>

Noten

1. In twee vonnissen (tussenvonnis en eindvonnis in kort geding): V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant (Breda) van 30.04.2015; gepubl. 07.05.2015; ECLI:NL:RBZWB:2015:2952 en 15.05.2015; gepubl. 29.05.2015; ECLI:NL:RBZWB:2015:3493.
2. V.zr. Rb.'s-Gravenhage, 29-10-2013, C/09/450649/KG ZA 13-1051, ECLI:NL:RBDHA:2013:15491.
3. Zie hoofdstukken 2 t/m 6 van het ARW 2012.