

191 Social return, mkb en het proportionaliteitsbeginsel: een goede verhouding?

MR. A.D. HORNSTRA EN MR. G.R. WERKMAN-BOUWKAMP

Legt de proportionaliteitseis het instrument 'social return' aan banden? Wat zijn de mogelijkheden voor het mkb?

Op 1 maart 2012 is onder leiding van lector dr. mr. P.A.T. Oden een onderzoeksteam van de Hanzehogeschool Groningen het onderzoek 'Sociaal in het Bestek' gestart. Dit onderzoek heeft als doel het kennisarsenaal van mkb'ers te vergroten, zodat zij beter kunnen voldoen aan de social-returnvoorwaarden van aanbestedende diensten, waardoor hun concurrentiepositie verstevigt. Op 19 februari 2013 is in het Staatsblad bekendgemaakt dat de Aanbestedingswet 2012 per 1 april 2013 in werking treedt (Besluit van 11 februari 2013). De voorlopige onderzoeksresultaten van het onderzoek 'Sociaal in het Bestek' en het daadwerkelijk in werking treden van de nieuwe Aanbestedingswet 2012 geven aanleiding voor het schrijven van dit artikel. Het doel van dit artikel is om de juridische gevolgen van de proportionaliteitseis te analyseren en de mogelijkheden die er zijn voor het mkb¹ ten aanzien van de invulling van social return in aanbestedingen te beschrijven.²

Social return

Social return kan als volgt worden gedefinieerd: social return is het opnemen van een voorwaarde in een aanbesteding om te stimuleren dat bedrijven *extra* [cursivering van de auteurs] banen, leerwerkplekken en stageplekken creëren voor mensen met een grote(re) afstand tot de arbeidsmarkt. Denk aan mensen met een WW-, Wajong- of WWB-uitkering, mensen die gedeeltelijk arbeidsgeschikt zijn of jongeren op zoek naar een stage- of leerwerkplek.³ Opvallend is dat de term 'extra' gebruikt wordt door de rijksoverheid. 'Extra creëren' lijkt te impliceren dat er in het reguliere werkproces ruimte moet worden gemaakt voor mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt en daarmee zijn wij geneigd te denken dat het niet enkel gaat om inpassen van 'social-returnmensen', maar dat er creativiteit nodig is om ruimte te creëren.

Social return kan worden opgenomen in aanbestedingen op het gebied van leveringen, diensten en werken. Uit onderzoek, gericht op de toepassing van social return in de categorieën leveringen, diensten en werken, komt naar voren dat social return bij leveringen van producten, vanwege de lage arbeidscomponent, minder kansrijk is en daarom wordt afgeraden om social return bij opdrachten van leveringen generiek toe te passen.⁴

1 In het onderzoeksproject 'Sociaal in het Bestek' wordt onder mkb verstaan een bedrijf met minder dan 50 werknemers, waarbij de hoogte van de jaaromzet niet als criterium is meegenomen. De samenstelling van de deelnemers aan de bijeenkomsten die zijn gehouden voor het onderzoeksproject 'Sociaal in het Bestek' is hierop gebaseerd. In dit artikel wordt onder mkb derhalve eveneens verstaan een bedrijf met minder dan 50 werknemers.

2 Het is de vraag wat de relatie zal zijn tussen social return en de plannen van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met de Participatiewet (na sociaal akkoord), d.d. 27 juni 2013. Op dit moment is bekend dat deze waarschijnlijk per 1 januari 2015 wordt ingevoerd. De Participatiewet behelst een quotumregeling voor arbeidsgehandicapten inhoudende dat werkgevers collectief kunnen bepalen om in bepaalde sectoren of bedrijven extra banen voor de mensen met een arbeidsbeperking te realiseren. Een wettelijke quotumregeling legt een percentage vast voor individuele werkgevers, met uitzondering van werkgevers die minder dan 25 medewerkers hebben.

3 Brochure 'Social return bij het Rijk' (juli 2011), Den Haag: ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2011.

4 Social return, handleiding voor aanbestedende diensten van het Rijk (december 2011), Den Haag: ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2011.

Onderzoek 'Sociaal in het Bestek'

Een van de doelstellingen van de Aanbestedingswet 2012 is om de toegang tot opdrachten voor ondernemers, met name het mkb en zelfstandigen zonder personeel, te verbeteren.⁵ De eis in aanbestedingen om social return in te vullen blijkt in de praktijk juist belemmerend te werken.⁶ Dit was de reden voor MKB Noord-Nederland om de Hanzehogeschool Groningen te vragen het mkb te ondersteunen bij het voldoen aan social-returnvoorwaarden in aanbestedingen.

Het onderzoek 'Sociaal in het Bestek' is niet alleen gericht op de verbetering van de concurrentiepositie van het mkb (aanbod), maar beoogt tevens een spiegeleffect te bereiken. Aan de ene kant leveren de onderzoeksresultaten het mkb kennis op over de do's and don'ts bij social return in aanbestedingen, aan de andere kant biedt het onderzoeksteam aanbestedende diensten aanbevelingen aan waardoor social return in aanbestedingen zodanig kan worden geformuleerd dat het mkb daarop daadwerkelijk kan offeren.

Het onderzoek strekt zich uit over een periode van twee jaren (1 maart 2012-1 maart 2014) en bestaat uit een vijftal deelprojecten.

In het *eerste deelproject* is met behulp van studenten onderzoek gedaan bij een aantal gemeenten⁷. In dit deelproject is door middel van interviews onderzocht welke ervaringen deze gemeenten hebben met social return. Ook is aan de hand van interviews onderzocht of mkb'ers in die gemeenten uit de voeten kunnen met de social-returnverplichting en welke best practices er zijn op dit gebied. Social return wordt als geschiktheidseis, (sub)gunningscriterium of als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde van de overeenkomst opgenomen in aanbestedingen.⁸

Een van de uitkomsten van het onderzoek in het eerste deelproject is, kort gezegd, dat social return goed werkt, indien de aanbestedende dienst ruimte laat voor een creatieve invulling van social return door het mkb.⁹ Van een creatieve invulling van social return is sprake op het moment dat een aanbestedende dienst het overlaat aan de inschrijver om de social-returnverplichting in te vullen.

Bijvoorbeeld in de vorm van compensatieorders¹⁰ of het aanbieden van cursussen door gekwalificeerd personeel van de winnende inschrijver aan de social-returndoelgroep. In Amsterdam kent men alternatieve invullingsmogelijkheden zoals het beschikbaar stellen van ervaren werknemers voor het verschaffen van opleidingen voor de social-returndoelgroep. Daarbij kan worden gedacht aan het organiseren van taallessen voor Amsterdamse werknemers (doelgroep vrijwillige inburgeraars, vluchtelingen) in samenwerking met de gemeente Amsterdam (Educatie en Inburgering).¹¹ Ook in de samenwerking tussen gemeenten, zoals tussen de gemeente Groningen en gemeente Rotterdam is er op een andere manier vorm aan gegeven. De gemeente Groningen investeert jaarlijks circa € 450.000 in vervanging en uitbreiding van met name ondergrondse containers. Voor de komende vier jaar is niet gekozen voor een gebruikelijke aanbesteding, maar voor een samenwerking met Rotterdam. Zo kan optimaal gebruik worden gemaakt van social return: de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Door de samenwerking wordt een groter inkoopvolume bereikt en daarmee een hogere inzet van social return. Voor de gemeente Groningen betekent het de inschakeling van Metaalbewerking Noord, die op haar beurt circa tien mensen van Iederz (sociale werkvoorziening gemeente Groningen) van werk voorziet.¹² Voor andere interessante voorbeelden verwijzen wij u naar de websites van onder meer de gemeenten Rotterdam, Groningen, Maastricht en Amsterdam.

Naar aanleiding van het best-practiceonderzoek zijn in het *tweede deelproject* de resultaten van het best-practiceonderzoek geanalyseerd. Deze analyse heeft geleid tot voorlopige aanbevelingen (deelproject twee).

De voorlopige aanbevelingen zijn vervolgens aangescherpt in drie bijeenkomsten, met mkb'ers en aanbestedende diensten (*deelproject drie*). Voor de eerste bijeenkomst zijn 16 mkb'ers (met een werknemersaantal tot 50 personen) uit Noord-Nederland uitgenodigd. Voor de tweede bijeenkomst zijn 38 sleutelfiguren uitgenodigd, afkomstig van de aanbestedende diensten, projectbureaus social return en de werkpleinen in Noord-Nederland. Voor de laatste bijeenkomst zijn zowel de eerder genoemde mkb'ers als de sleutelfiguren uitgenodigd. Tijdens deze bijeenkomsten is de focusgroep als onderzoeksmethode gehanteerd.

Bepaalde aanbestedende diensten (bijvoorbeeld het Rijk) verplichten tot het opnemen van social return

5 Kamerstukken II, 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 6. (MvT).

6 Kamerstukken II 2012/13, 33 479, nr. 2, p. 21 (Rapport Algemene Rekenkamer). Een aanbesteding van het Rijk die toegankelijkheid van kleinere ondernemingen wilde stimuleren door een opdracht in 30 micropercelen onder te verdelen, bleek uiteindelijk niet bij het mkb terecht te komen vanwege eisen die aan inschrijvende ondernemingen werden gesteld op het terrein van social return.

7 Het betreft de gemeenten Rotterdam, Amsterdam, Maastricht, Helmond en De Drechtsteden. Deze gemeenten besteden veel aandacht aan social return en fungeren als voorbeeld voor andere gemeenten.

8 Zie de art. 2.80, 2.90 en 2.115. In artikel 2.80 Aanbestedingswet 2012.

9 Zie coördinatiepunt Social Return Rotterdam, www.wsprijnmond.nl: "Hoe hoger het percentage of creatiever en effectiever de invulling, des te groter de kans dat de opdracht gegund wordt."

10 In Rotterdam bestaan sinds het collegebesluit van 6 juni 2011 mogelijkheden tot compensatie van social return. Dit kan bijvoorbeeld zijn: het stellen van eisen bij het inlenen van de eigen SW-bedrijven, het verlenen van gratis dienstverlening gerelateerd aan de werkgelegenheidsdoelstelling, sponsoring van sociale projecten of directe diensten aan doelgroepen zoals het geven van juridisch advies. Zie hiervoor het Projectvoorstel Social Return Rotterdam 1.4 van M. Neervoort & A. Sari 2012.

11 www.amsterdam.nl.

12 www.gemeente.groningen.nl.

in aanbestedingen, andere aanbestedende diensten gaan minder ver. Aanbestedende diensten kunnen bij de toepassing van social return verschillende belangen hebben, zoals de bevordering van de werkgelegenheid van mensen die moeilijk aan werk komen en het invullen van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Daarnaast zou binnen de categorie aanbestedende diensten een tweedeling gemaakt kunnen worden: aanbestedende diensten die een direct financieel belang hebben bij social return (gemeenten, zij proberen met social return onder andere het aantal uitkeringen omlaag te brengen) en aanbestedende diensten die dat belang niet of niet direct hebben. Uit de voorlopige resultaten van ons onderzoek op dit punt blijkt namelijk dat de wijze waarop deze twee categorieën aanbestedende diensten de social-returnverplichting in aanbestedingen wegzetten, kan verschillen. Aanbestedende diensten met een direct financieel belang lijken geneigd meer (juridisch) risico te aanvaarden door minder stringent te zijn ten aanzien van de invulling van social return. Een gemeente kan financieel voordeel bij de uitvoering van een social-returnverplichting hebben, doordat bijvoorbeeld de uitkeringsgerechtigde in dat geval niet betaald wordt door de gemeente, maar door de opdrachtnemer. Deze financiële prikkel kan tot gevolg hebben dat de social-returnverplichting voor gemeenten een goed instrument is om te bezuinigen, waarbij de afweging van de verschillende belangen een andere kan zijn dan de afweging die door bijvoorbeeld een provincie zal worden gemaakt.¹³ Doordat de aanbestedende diensten met een direct financieel belang bij social return mogelijk geneigd zijn een creatievere invulling van de social-returnverplichting toe te staan dan aanbestedende diensten zonder (direct) financieel belang, heeft een mkb'er de mogelijkheid om te kiezen voor opdrachten van die aanbestedende dienst waar creatieve invulling van social return mogelijk eerder toegestaan wordt, om daarmee zijn concurrentiepositie te verbeteren.

De onderzoekers hebben vervolgens een aantal mkb'ers bezocht en de naar aanleiding van de drie bijeenkomsten aangescherpte aanbevelingen met hen besproken en een plan van implementatie gemaakt. Daarna is de implementatie geëvalueerd door middel van interviews met de mkb'ers waar de aangescherpte aanbevelingen geïmplementeerd zijn. In september 2013 wordt een enquête uitgezet om de aangescherpte aanbevelingen voor te leggen aan mkb'ers en aanbestedende diensten. Het geheel aan resultaten zal leiden tot de definitieve aanbevelingen (*deelproject vier*).

De uitkomsten van het onderzoek worden ten slotte

op interactieve wijze teruggekoppeld aan mkb'ers en aanbestedende diensten (*deelproject vijf*).

Op dit moment is deelproject vier aan de orde. In het najaar van 2013 zal gestart worden met deelproject vijf.

Proportionaliteitsbeginsel

De eerste onderzoeksresultaten geven aanleiding om aandacht te besteden aan de juridische merites van social return in aanbestedingen, vooral in verband met de Aanbestedingswet 2012. De Aanbestedingswet 2012 geeft een normatief kader, waarbinnen social return zou moeten worden toegepast.¹⁴ Biedt dit kader ruimte voor het mkb om social return zodanig in te vullen dat dit de kansen op gunning in een aanbestedingsprocedure vergroot? Uit ons onderzoek naar de best practices bleek immers dat een creatieve invulling van social return een succesfactor voor het mkb is.

In de Aanbestedingswet 2012 zijn de aanbestedingsrechtelijke beginselen, waaronder het proportionaliteitsbeginsel, opgenomen. In het kader van ons onderzoek is het interessant om te kijken naar de relatie tussen het proportionaliteitsbeginsel en social return. Uit ons onderzoek komt naar voren dat mkb'ers social return graag op een creatieve wijze wensen in te vullen, waarbij gebruik wordt gemaakt van de innovatieve kracht van de markt. Wordt de speelruimte voor de markt beperkt door het proportionaliteitsbeginsel? In innovatieve oplossingen ligt een groot deel van het onderscheidend vermogen van een inschrijver, dat bepalend kan zijn voor zijn concurrentiepositie. Interessant is dus om te bekijken of een ondernemer de invulling van social return kan gebruiken om zijn concurrentiepositie te verbeteren, waarbij rekening moet worden gehouden met het proportionaliteitsbeginsel.

Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding van een opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijver en inschrijving kan stellen die in een *redelijke verhouding* staan tot het voorwerp van de opdracht. Voor creatieve invulling van de social-returnverplichting is ruimte, maar die ruimte kent haar grenzen in het proportionaliteitsbeginsel,¹⁵ daar de creatieve invulling in redelijke verhouding dient te staan tot het voorwerp van de betreffende opdracht.

Aangezien we in ons onderzoek op zoek zijn naar de mogelijkheden voor het mkb om zijn concurrentiepositie door gebruik van social return te verstevigen of verbeteren,

13 Verslag bijeenkomst aanbestedende diensten d.d. 7 november 2012 (onderzoeksproject 'Sociaal in het Bestek');

Quote 1 (medewerker aanbestedende dienst zonder direct financieel belang): "...bij gemeenten is er een directe budgettaire link. Dan is men meer geneigd risico's te nemen. Bij ons gebeurt dat niet zo snel, omdat er geen direct belang is. Wij steken onze nek niet uit."

Quote 2 (medewerker aanbestedende dienst met direct financieel belang) over de vraag in hoeverre je bereid bent om een creatieve invulling toe te staan: "Wij zijn niet bang om risico's te lopen."

14 De toepassing van social return kan alleen plaatsvinden met inachtneming van vigerende wet- en regelgeving. In het kader van dit onderzoek richten we ons op het proportionaliteitsbeginsel zoals neergelegd in o.a. art. 1.10 Aanbestedingswet 2012: "Een aanbestedende dienst stelt (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht".

15 Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 15 (MvT).

zal hierna per aanbestedingsprocedure worden bekeken of het proportionaliteitsbeginsel ruimte biedt voor een creatieve invulling van social return door het mkb. Die ruimte biedt immers de mogelijkheid voor het mkb om zich te profileren en derhalve te concurreren, waarbij uit ons onderzoek¹⁶ naar voren komt dat een mkb'er meestal inschrijft op meervoudig of enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedures.

Europese en nationale aanbestedingsprocedures

Art. 1.10 (Europese aanbestedingen) en art. 1.13 (nationale aanbestedingen) van de Aanbestedingswet zijn vrijwel gelijklopend (we houden de tekst van art. 1.13 Aanbestedingswet aan):

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of een speciaal-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
 - a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;
 - b. de uitsluitingsgronden;
 - c. de inhoud van geschiktheidseisen;
 - d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;
 - e. de te stellen termijnen;
 - f. de gunningcriteria;
 - g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;
 - h. de voorwaarden van de overeenkomst.

Dat betekent dat de social-returnvoorwaarde in aanbestedingen in redelijke verhouding moet staan tot het voorwerp van de opdracht. Is er dan ruimte voor een mkb-inschrijver om op een creatieve manier social return in te vullen, omdat hij (1) vanwege verdringingsproblematiek niet iemand in dienst kan nemen en/of (2) op een andere manier social return veel effectiever kan invullen en/of (3) reeds iemand in dienst heeft die voldoet aan de omschrijving 'afstand tot de arbeidsmarkt'?

Onderzoek van jurisprudentie naar het antwoord op voormelde vraag levert in elk geval een gezichtspunt op. Naast de Europese uitspraken waarin gunningscriteria en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden altijd gekoppeld worden aan het beginsel 'verband houden met het voorwerp van de opdracht' en in overeenstemming moeten zijn met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel,¹⁷ oordeelt de voorzieningenrechter te Amsterdam¹⁸ dat het gunnings-

criterium 'social return' verband moet houden met het voorwerp van de opdracht. In deze zaak wordt door inschrijver Stadsmobiel de vraag voorgelegd of het gunningscriterium 'hoeveel werkzoekenden of mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt ingezet zullen worden bij het uitvoeren van de opdracht', inhoudt dat werkzoekenden ook op andere opdrachten dan de aan te besteden opdracht mogen worden ingezet. Connexxion heeft de eis namelijk zo opgevat dat werkzoekenden ook op andere opdrachten kunnen worden ingezet en heeft daardoor met een hoger fte te plaatsen mensen ingeschreven dan Stadsmobiel, die de eis beperkter had opgevat. Stadsmobiel stelt bij de rechter dat een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver niet hoeft te begrijpen dat werkzoekenden ook op andere opdrachten mogen worden ingezet. Daarbij komt dat bij een dergelijke uitleg het gunningscriterium onvoldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. De rechter geeft aan dat Amsterdam niet voldoende nauwkeurig is geweest in het formuleren van de eis en dat een aanbestedende dienst zich bij de samenstelling van de aanbestedingsdocumenten bewust moet zijn van de grote belangen van betrokkenen en zorg dient te dragen voor het vermijden van onduidelijkheden daarin en wijst derhalve de eis van Stadsmobiel toe. De voorzieningenrechter komt niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van het begrip 'redelijke verhouding tot'. In een andere uitspraak¹⁹ oordeelt de rechter dat een gunningscriterium op de juiste wijze is beoordeeld, daar de reikwijdte van een opdracht dusdanig is dat de gunningscriteria voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Naar aanleiding van deze twee uitspraken zou men voorzichtig kunnen concluderen dat de invulling van social return niet kan worden bewerkstelligd doordat de winnende inschrijver mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt op een andere manier (in het onderhavige geval: bij andere opdrachten) inzet dan binnen de betreffende opdracht.

De ruimte voor een mkb'er om social return creatief in te zetten lijkt er in beginsel niet te zijn, omdat de toepassing van social return in een redelijke verhouding moet staan tot het voorwerp van de opdracht. Als de inschrijver iemand in het archief heeft werken met een handicap en de inschrijver levert bepaalde diensten aan de opdrachtgever waarbij de archiefmedewerker niet betrokken is, kan deze waarschijnlijk dus niet als toepassing van social return worden meegeteld. Wanneer er een hoogwaardige dienst als een accountantsdienst geleverd moet worden, kan social return wellicht niet worden ingezet door in een achterstandswijk mensen met een achterstand tot de arbeidsmarkt sollicitatieles te gaan

16 Verslag bijeenkomst mkb'ers d.d. 2 oktober 2012 (onderzoeksproject 'Sociaal in het Bestek').

17 HvJ EG 20 september 1988, nr. C-31/87 (Beentjes); HvJ EG 26 september 2000, nr. C-225/98, Jur. 2000, blz. I-04775 (Region Nord-Pas-de-Calais); HvJ EG 17 september 2002, nr. C-513/99 (Concordia Bus Finland zaak); HvJ EU 10 mei 2012, nr. C-368/10 (Aanbesteding koffie/thee Noord-Holland).

18 Rb. Amsterdam 5 december 2012, LJN: BV0510.

19 Rb. Amsterdam 24 maart 2011, LJN: BQ3358. GOM B.V. tegen ROC Amsterdam en ROC Flevoland waarbij de rechter oordeelde dat de opdracht niet alleen ziet op uitvoeren van schoonmaakwerkzaamheden, maar op een samenwerking waarvan afname van opleidingsdiensten en advisering ook deel uit maken, waardoor de gunningscriteria aansluiten op de opdracht en daarmee dan ook voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht.

geven. Dat houdt immers geen ofwel te weinig verband met het voorwerp van de opdracht.

Meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures

De inhoud van art. 1.16, eerste lid, Aanbestedingswet (meervoudig onderhandse aanbestedingen) is gelijk aan de inhoud van het eerste lid van art. 1.13 (nationale aanbestedingen) en vrijwel gelijk aan de inhoud van art. 1.10 (Europese aanbestedingen) van de Aanbestedingswet. Het tweede lid van art. 1.16 Aanbestedingswet geeft echter een andere opsomming dan het tweede lid van art. 1.10 en art. 1.13 Aanbestedingswet. Zo zijn in het tweede lid van art. 1.16 Aanbestedingswet de onderdelen b, c, d en f niet opgenomen. Biedt dit ruimte om in een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure social return creatief in te vullen? Het wegvallen van de onderdelen b, c en d (de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen) is voor een meervoudig onderhandse procedure te verklaren, maar dat onderdeel f (gunningscriteria) niet is opgenomen in art. 1.16 is, naar onze mening, opmerkelijk. Ook de memorie van toelichting geeft geen uitsluitsel. De memorie van toelichting begint veelbelovend: “Uit het toepassingsbereik van afdeling 1.2.3. vloeit evenwel voort dat proportionaliteit hier een beperktere betekenis heeft dan in de afdelingen 1.2.1 en 1.2.2.”²⁰ Dat lijkt logisch, gelet op het feit dat in deze aanbestedingsprocedure de uitgenodigden al geschikt zijn bevonden en dat dus de onderdelen b, c, d niet in het tweede lid zijn opgenomen. Dát enkele feit brengt niet mee dat de betekenis van het proportionaliteitsbeginsel is beperkt. Het beginsel lijkt alleen beperkt in de toepassing en niet in de uitwerking. Welke beperktere betekenis heeft het proportionaliteitsbeginsel in de meervoudig onderhandse procedure dan wel? Worden de mogelijkheden om minder proportioneel te handelen verruimd door het weglaten van onderdeel f (gunningscriteria) in het tweede lid van art. 1.16 Aanbestedingswet? Wij stellen ons hierbij de vraag of het weglaten van onderdeel f een slordigheid van de wetgever is of dat de wetgever inderdaad beoogd heeft dat gunningscriteria niet onder de reikwijdte van het proportionaliteitsbeginsel vallen. Als dit laatste zo is, biedt dat gegeven dan ruimte om social return daarin creatief in te vullen? Of brengt het ‘zijn van een gunningscriterium’ al automatisch mee dat het verband moet houden met het voorwerp van de opdracht? Een gunningscriterium ziet immers op de aanbieding van een inschrijver en daarmee hangt het nauw samen met de opdracht. Ook dit leidt volgens ons niet tot een beperktere proportionaliteit.

Gelet op het voorgaande lijkt ook de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure derhalve weinig ruimte te bieden aan het mkb voor creatieve invulling van social return.

Enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedures

Rest nog de enkelvoudig onderhandse procedure. De

hiervoor genoemde bepalingen, waarin het proportionaliteitsbeginsel is neergelegd (art. 1.10, 1.13 en 1.16 Aanbestedingswet 2012) gelden niet voor de enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. Enkel afdeling 1.2.1. van de Aanbestedingswet 2012 geldt voor deze procedure en volgens vaste Europese jurisprudentie gelden, in het geval van een duidelijk grensoverschrijdend belang, ook de aanbestedingsrechtelijke beginselen, waaronder het proportionaliteitsbeginsel.²¹

Voor opdrachten van diensten en levering met een waarde van minder dan € 30.000 en voor opdrachten van werken met een waarde van minder dan € 70.000 lijkt er dus, in gevallen zonder grensoverschrijdend belang, een mogelijkheid voor het mkb om, niet gehinderd door het proportionaliteitsbeginsel, social return op een creatieve manier in te vullen. De verhouding tussen social return, mkb en proportionaliteitsbeginsel is in de enkelvoudig onderhandse procedure dus een andere dan in de meervoudige en Europese aanbestedingsprocedures en dat betekent mogelijk kansen voor het mkb.

Hierbij moeten wij wel twee kanttekeningen maken. Leent een opdracht van een geringe waarde zich wel voor de inzet van social return? De omvang van de toepassing van social return neemt vaak evenredig af met een vermindering van de waarde van de opdracht. Iemand voor een paar weken in dienst nemen is wellicht niet ‘sustainable’, te belastend voor de bedrijfsvoering én doet geen recht aan de gedachte achter social return. Een oplossing zou kunnen liggen in samenwerking. Samenwerking met branchegeenoten of samenwerking in de keten. Door bijvoorbeeld samen te investeren in een opleidings- of arbeidspool. Hierdoor wordt kortdurende inzet voor een onderneming minder belastend en voor de betrokkene duurzaam, doordat hij bij een andere onderneming opvolgend kan worden ingezet.²² De tweede kanttekening betreft de vraag hoe vaak social return als voorwaarde wordt opgenomen in enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedures. Het kan zijn dat social return minder aan de orde is, gelet op het feit dat aanbestedende diensten vaak pas vanaf een bepaalde waarde²³ verplicht zijn om social return op te nemen in de aanbestedingen.

Mkb en het benutten van kansen en mogelijkheden

21 O.a. HvJ EG 7 december 2000, nr. C-324/98, Jur. 1999, p. I-10745 (Telaustria), HvJ EG 21 juli 2005, nr. C-231/03, Jur. 2005, p. I-7287 (Coname), HvJ EG 13 november 2007, nr. C-507/03, Jur. 2007, p. I-9777 (Ann Post), HvJ EU 23 december 2009, nr. C-376/08 (Serrantoni), HvJ EG 19 mei 2009, nr. C-538/07, Jur. 2007, p. I-4219 (Assitur).

22 Verslag bijeenkomst mkb d.d. 2 oktober 2012 (onderzoeksproject ‘Sociaal in het Bestek’).

23 Vanaf welke waarde een aanbestedende dienst social return als verplichting opneemt, verschilt per aanbestedende dienst. Zo geldt voor het Rijk een verplichting tot het opnemen van social return vanaf € 250.000 en voor de gemeente Borger-Odoorn bij aanbestedingen van leveringen en diensten met een waarde boven de € 100.000 en bij aanbestedingen van werken met een waarde boven de € 500.000.

Zoals hierboven vermeld biedt een enkelvoudig onderhandse aanbesteding de mkb'er mogelijkheden om social-returnverplichtingen op een creatieve manier in te vullen en daarmee zijn concurrentiepositie te verstevigen. De volgende vraag is dan op welke wijze een mkb'er in aanmerking komt voor een enkelvoudig onderhandse aanbesteding. Een mkb'er dient immers wel in beeld te zijn bij de verstrekker van dergelijke opdrachten, de aanbestedende dienst. De aanbestedende diensten kunnen bij enkelvoudig onderhandse aanbestedingen een of meerdere bedrijven naar keuze selecteren en vragen om een offerte te maken. Om een adequate mededinging te garanderen moet een aanbestedende dienst in elk geval voldoende mogelijke ondernemingen op een door haar op te stellen shortlist plaatsen. In sommige gevallen maken aanbestedende diensten gebruik van systemen waarbij een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers wordt opgesteld. Een aanbestedende dienst kan dan op een niet-discriminerende wijze mkb'ers uitnodigen een offerte in te dienen.²⁴

Aangezien een ondernemer op grond van objectieve criteria dient te worden uitgenodigd (art. 1.4 Aanbestedingswet), pleiten wij ervoor om die objectieve criteria kenbaar te maken, zodat een onderneming daarop kan inspelen. Uit ons onderzoek blijkt namelijk dat aanbestedende diensten niet altijd transparant zijn over de criteria die zij hanteren om ondernemers uit te nodigen. Op het moment dat voor een mkb'er duidelijk is welke criteria een aanbestedende dienst voor een bepaalde opdracht aan een onderneming stelt, kan een mkb'er zich daarmee profileren bij de aanbestedende dienst.

Indien social return een van de objectieve criteria is op basis waarvan een ondernemer wordt uitgenodigd en dit criterium is kenbaar voor een mkb'er, dan kan de mkb'er social return ook op een concurrerende manier inzetten. Overigens is er over kwalificatiesystemen in het algemeen en de verhouding tot de Aanbestedingswet in het bijzonder nog veel onduidelijkheid in Nederland.²⁵

Conclusie

Social return, mkb en het proportionaliteitsbeginsel: een goede verhouding? Het antwoord luidt voorlopig: nee. Het proportionaliteitsbeginsel lijkt social return aan banden te leggen. Maar er zijn nog wel enige mogelijkheden voor het mkb.

Uit ons onderzoek naar best practices blijkt dat een creatieve invulling van social return een succesfactor voor het mkb is.

Dat aanbestedende diensten met een direct financieel belang bij social return mogelijk geneigd zijn een creatievere invulling van de social-returnverplichting toe te staan dan aanbestedende diensten zonder (direct) financieel belang, ook al kan dat strijd opleveren met het proportionaliteitsbeginsel, brengt in Europese, nationale en meervoudig onderhandse aanbestedingen wellicht beperkte mogelijkheden mee voor het mkb.

Bij Europese en nationale aanbestedingen zien wij verder vrijwel geen mogelijkheden om social return creatief in te vullen. Ook bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure lijken deze mogelijkheden niet of nauwelijks aanwezig.

De beste mogelijkheden voor het mkb lijken te liggen bij opdrachten die in aanmerking komen voor een enkelvoudig onderhandse procedure, zonder grensoverschrijdend belang. Daar lijkt social return creatief ingevuld te kunnen worden zonder al te zeer begrensd te worden door het proportionaliteitsbeginsel.

Bij een enkelvoudig onderhandse procedure zal de mkb'er gezien de omvang van de opdracht voor een goede invulling van social return de mogelijkheid tot samenwerken in de branche of in de keten moeten (onder)-zoeken. De mogelijkheden voor het mkb in een enkelvoudig onderhandse procedure zijn uiteraard alleen aan de orde, indien social return door de aanbestedende dienst wordt opgenomen in enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedures. De aanbestedende dienst is hiertoe niet altijd verplicht.

Een noodzakelijke voorwaarde om een enkelvoudig onderhandse aanbesteding te winnen is dat de mkb'er in beeld is bij de aanbestedende dienst. De aanbestedende diensten kunnen bij enkelvoudig onderhandse aanbestedingen een of meerdere ondernemingen naar keuze selecteren en vragen om een offerte te maken. Dit vergt van een aanbestedende dienst objectieve en kenbare criteria, zodat een mkb'er hierop kan inspelen en in aanmerking kan komen voor gunning. Indien social return een van deze objectieve, kenbare criteria is, dan kan een proactieve houding van een mkb'er op het gebied van social return naar onze mening bijdragen aan de kansen om voor gunning in aanmerking te komen.

Over de auteurs

Anke Hornstra en Geke Werkman-Bouwkamp zijn beiden werkzaam als hogeschooldocent Privaatrecht bij het Instituut voor Rechtenstudies aan de Hanzehogeschool Groningen. Tevens maken zij als onderzoeker deel uit van het onderzoeksteam van het project 'Sociaal in het Bestek' onder leiding van lector dr. mr. P.A.T. Oden (lectoraat Juridische aspecten van de arbeidsmarkt) en in samenwerking met de lectoraten van de lectoren G.H. Walhof MBA (lectoraat Inkoopmanagement) en dr. L. Polstra (lectoraat Arbeidsparticipatie). Deze lectoraten zijn verbonden aan de Hanzehogeschool Groningen.

24 Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11 (nota van wijziging).

25 Het voert in het kader van deze bijdrage te ver om hierop in te gaan.