

## Advies 98

### 1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor het vervangen van armaturen (staatverlichting) in een aantal woonwijken. Het ARW 2012 is van toepassing op de aanbestedingsprocedure.
- 1.2 Het werk, installeren van straatverlichtingsuitrusting (CPV 45316110-9), bestaat uit het vervangen van ongeveer:
- 2800 armaturen met TC-L verlichting;
  - 350 lichtmasten met armaturen met TL-verlichting;
  - 110 lichtmasten verplaatsen.
- 1.3 In het Bestek H-220 "Groepsvervanging armaturen 2014 (...) d.d. 28-02-2014" ("het Bestek") is nauwkeurig opgenomen aan welke eisen de verlichtingsapparatuur type A, type B, type C en type D moeten voldoen.
- 1.4 In een van die eisen (T6) – opgenomen in de (gewijzigde) Bijlage A bij het Bestek – staat:

'Het dient een catalogusmodel te betreffen en geen custom made'.

- 1.5 In de Nota van Inlichtingen is de volgende vraag en het antwoord op die vraag geformuleerd:

Vraag:

Het bestek is met armaturen beschreven van 1 leverancier. De leverancier verteld ons dit ook gewoon. Dit is in strijd met de aanbestedingswet. Uiteraard is het bestek beschreven met bijlagen voor de armaturen echter zijn dit afgeleide productspecificaties. De bijlagen lijken functionele specificaties echter de eisen zijn dusdanig strikt gesteld dat er maar 1 leverancier mogelijk is. Wilt u de Aanbesteder verzoeken haar bestek zodanig te maken dat er meerdere leveranciers mogelijk zijn?

Antwoord:

Het gestelde is onjuist. Het bestek formuleert een eisenpakket van technische specificaties waaraan meerdere producten kunnen voldoen. Daarnaast kunnen en mogen deze door elke leverancier geleverd worden, zolang wordt voldaan aan de eisen van de Bijlagen A tot en met D.'

- 1.6 In het Bestek als ook in het naar aanleiding van de Nota van Inlichtingen aangepaste Bestek van 24-03-2014 is in par. 1.09 het volgende bepaald:

'1.09 SOCIAL RETURN ON INVESTMENT

De Opdrachtgever vindt het een verantwoordelijkheid van opdrachtnemers bij te dragen aan het versterken van de sociale infrastructuur. Door zich in te schrijven op deze aanbesteding, verplicht de inschrijver zich om bij gunning, 3% van de gefactureerde aanneemsom aan te wenden voor nieuwe activiteiten om de sociale infrastructuur te versterken. Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor een concre-

te invulling (hoeveel mensen, welk soort mensen, waar inzetten). De invulling van deze 3% Social Return-verplichting kan breder dan enkel op de onderliggende opdracht worden verwezenlijkt, maar dient wel gedurende de looptijd van de overeenkomst behorende bij de opdracht te worden uitgevoerd.

Wanneer, ten behoeve van de invulling van de Social Return-verplichting, met kandidaten uit de doelgroep een overeenkomst (bijvoorbeeld werkervaringsovereenkomst of arbeidsovereenkomst van een jaar) wordt afgesloten die langer loopt dan de overeenkomst (opdrachtgever-opdrachtnemer), kan de gehele looptijd van de overeenkomst met de betreffende kandidaat worden toegerekend aan de Social Return-verplichting behorende bij deze opdracht.

Indien de aannemer niet voldoet aan de voorwaarden voor Social Return voor deze opdracht, dan krijgt de aannemer een korting met een waarde van 5% van zijn inschrijvingsprijs. Deze korting wordt ingehouden op zijn termijnen.'

- 1.7 In de Nota van Inlichtingen van 27-03-2014 zijn de volgende vragen en antwoorden op die vragen geformuleerd:

'Vraag:

Bladnr. 9 art. 1.09 SROI 3% van de gefactureerde aanneemsom, kan dit gewijzigd worden in 3% van de loonsom? dit gezien de verhouding tussen leverantie en het loondeel.

Antwoord:

Niet akkoord.'

- 1.8 Beklaagde heeft in het Bestek het volgende bepaald over de duur van de overeenkomst:

'1.05 TIJDSBEPALING

De overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van begin mei 2014 tot en met 14 november 2014.'

## **2. Beschrijving klacht**

- 2.1 (Klachtonderdeel 1) Het bestek formuleert een eisenpakket van technische specificaties waaraan in theorie meerdere producten kunnen voldoen. Elk fabrikaat mag geleverd worden, zolang wordt voldaan aan de eisen van de Bijlagen A tot en met D. Echter deze eisen zijn zo specifiek gesteld dat er maar een enkel armatuurtype of lichtmast aan de gestelde eisen voldoet.
- 2.2 (Klachtonderdeel 2) Beklaagde vraagt een social return van 3% over de totale opdrachtsom. Deze social returnbepaling is in dit geval disproportioneel.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1 (Klachtonderdeel 1) Inderdaad worden er in het bestek specificaties gegeven waaraan producten moeten voldoen. Hierdoor heeft iedereen in theorie de mogelijkheid een product te laten maken dat aan de eisen voldoet. Echter gezien de beperkte aantallen en de omvang van de order, is dit economisch geen realistische optie als alleen voor één opdracht dergelijk producten geproduceerd moeten worden. Hierdoor ontstaat er in de praktijk de situatie dat aanbieders maar met één type armatuur kunnen aanbieden. Dit is in strijd met de aanbestedingsregels.
- 3.2 (Klachtonderdeel 2) De door beklagde gestelde eis met betrekking tot social return betreft 3% over de totale gefactureerde aanneemsom. Gezien het verhou-

dingsgewijs geringe deel van de loonsom (9-15%) binnen de aanneemsom en de specialistische activiteit, is deze social returnbepaling disproportioneel. Hierdoor zou 20% (in geval van 9% loonsom) tot 33 1/3e (in geval van 15% loonsom) van de loonsom volgens social return besteed moeten worden. De waarde van de opdracht (aanneemsom) is € 800.000.

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

- 4.1 (Klachtonderdeel 1) Klager vraagt om verruiming van de specificaties.
- 4.2 (Klachtonderdeel 2) Klager heeft voorgesteld dat beklagde de social returneis omlaag bijstelt of deze laat vervallen.

#### **5. Reactie beklagde**

##### 5.1 Klachtonderdeel 1

- 5.1.1 Beklaagde wijst de klacht af. In de technische specificaties bijlage A t/m D zijn de kenmerken beschreven waaraan vormgeving, materialen, leveringen of diensten moeten voldoen. Deze specificaties hangen nauw samen met waarde die de gemeente hecht aan een eenduidig straatbeeld, lage onderhoudskosten en een goede kwaliteit. Bij de genoemde specificaties is er geen melding gemaakt van een fabricaat of een specifiek procedé. Verder is er niet verwezen naar een merk, octrooi of een type productie. Elke leverancier kan en mag deze armaturen produceren en leveren. De openstelling voor mededinging wordt dan ook niet belemmerd en is er geen sprake van ongelijke behandeling.
- 5.1.2 Het door de gemeenteraad vastgestelde en vigerende beleid ("Beleidsplan openbare verlichting 2014-2024", zie ook de openbare weblink) is dat in woonwijken één type mast met armatuur wordt gehanteerd (paragraaf 5.4).
- 5.1.3 Geen enkele inschrijver heeft voorwaardelijk ingeschreven. Door in te schrijven hebben de inschrijvers zich aan de voorwaarden zoals zijn beschreven in het bestek en de bijbehorende nota van inlichtingen geconformeerd. Alle inschrijvers schrijven hierdoor in met de armatuurtypen A t/m D, conform de gestelde technische eisen.
- 5.1.4 Beklaagde heeft maar liefst 11 inschrijvingen ontvangen, waardoor zij van mening is dat het door klager gestelde niet terecht is. Indien de inschrijver investeringskosten moet maken om het product te kunnen leveren, dan staat het de inschrijver vrij om deze kosten al dan niet in zijn geheel op dit bestek te verrekenen. Als leverancier kan hij inschatten hoe groot de kans is dat hij het product (in geheel Europa en daarbuiten) de komende jaren kan verkopen en of hij op grond daarvan besluit het product wel of niet toe te voegen aan zijn assortiment/productcatalogus.
- 5.1.5 Klager heeft geen inschrijving ingediend.

##### 5.2 Klachtonderdeel 2

- 5.2.1 In de arbeidsmarktregio Noord-Holland Noord gelden dezelfde SROI-spelregels. Binnen de regio wordt een percentage gerekend over de aanneemsom. Reden hiervoor is dat de aanneemsom duidelijker te bepalen is. Bij aanbestedingen met een geringe loonsom, wordt door de beklagde het SROI-percentage van 5% naar

3% bijgesteld. Verder kan de invulling van de SROI-verplichting ook buiten de werkzaamheden van de onderliggende opdracht worden verwezenlijkt.

- 5.2.2 Beklaagde duidt met haar verwijzing naar de SROI-spelregels in de arbeidsmarktregio Noord-Holland Noord naar het besluit van B&W van de gemeente van 11 september 2012 waarbij onder meer besloten is:

'Dat betekent dat bij Europese aanbestedingen als eis aan de leverancier wordt gesteld dat 5% van de totale opdrachtsom wordt ingezet als social return'.

Verder is in het besluit vermeld:

'De social return verplichting moet in verhouding staan tot de opdracht.'

Zie ook de website: van het "Regionaal platform arbeidsmarktbeleid noordhollandnoord": weblink [http://www.rpa-nhn.nl/uitkering\\_naar\\_werk/sroi](http://www.rpa-nhn.nl/uitkering_naar_werk/sroi).

- 5.2.3 Beklaagde geeft aan dat ondanks de weerstand die beklagde ondervindt bij opdrachtnemers bij het toepassen van SROI, zoals ook weer blijkt uit de onderhavige klacht, het succes dat beklagde met SROI voor ogen heeft, wordt behaald.

## **6. Beoordeling**

- 6.1 De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor de uitvoering van werken heeft toegepast. Op deze aanbestedingsprocedure zijn de volgende bepalingen van toepassing: Afdeling 1.2.2 Aw 2012; Hoofdstuk 2 Aw 2012; Hoofdstuk 2 ARW 2012; en de Gids Proportionaliteit (op grond van art. 1.10, vierde lid, Aw 2012).

### **6.2 Klachtonderdeel 1**

- 6.2.1 De aanbestedende dienst moet de door hem gestelde technische specificaties opnemen in de aanbestedingsstukken (art. 2.4.1 ARW 2012). Deze mogen niet leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van opdrachten voor mededinging. De aanbesteder kan een inschrijving niet afwijzen met als reden dat de aangeboden producten en diensten niet beantwoorden aan de specificaties waarnaar hij heeft verwezen, indien de inschrijver in zijn inschrijving met elk passend middel aantoont dat de door hem voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de eisen die in de technische specificaties zijn bepaald.
- 6.2.2 Er mag in de technische specificaties niet verwezen worden naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, een merk, keurmerk of certificaat, waardoor bepaalde ondernemingen of producten worden bevoordeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is (art. 2.4.9 ARW 2012).
- 6.2.3 Een inschrijver moet in zijn inschrijving aantonen dat het product, de dienst of het werk in overeenstemming is met de norm en voldoet aan de functionele en prestatie-eisen van de aanbestedende dienst (2.4.5 ARW 2012).
- 6.2.4 Nu de technische specificaties zijn opgenomen in de aanbestedingsstukken en beklagde heeft aangegeven dat 11 inschrijvingen zijn gedaan met armaturen die aan de specificaties beantwoorden, lijkt het niet onmogelijk om inschrijvingen te doen die aan de gestelde technische specificaties beantwoorden met andere arma-

turen dan het ene (volgens klager in economische zin: enige) specifieke armatuur waar klager op doelt. Dit zou slechts anders kunnen zijn indien alle inschrijvers met dat ene, door klager bedoelde, specifieke armatuur zouden hebben ingeschreven, maar daar is de Commissie niet van gebleken.

6.2.5 Klachtonderdeel 1 wordt als ongegrond beoordeeld.

### 6.3 Klachtonderdeel 2

6.3.1 Een aanbestedende dienst kan bij een aanbesteding als de onderhavige op grond van art. 2.80 Aw 2012 en art. 2.4.11 ARW 2012 bijzondere voorwaarden verbinden aan de uitvoering van de opdracht. Deze voorwaarden kunnen onder andere verband houden met sociale overwegingen.

6.3.2 Bij het stellen van bijzondere voorwaarden zoals bedoeld in 6.3.1 mag beklagde op grond van art. 1.10 lid 1 *jo.* lid 2 sub h Aw 2012 uitsluitend voorwaarden stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Deze verplichting is nader uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit, die beklagde in acht moet nemen op grond van art. 1.10 lid 4 *jo.* lid 3 Aw 2012.

6.3.3 Paragraaf 3.5.6 van de Gids Proportionaliteit herhaalt op blz. 44 dat bijzondere voorwaarden die verband houden met sociale overwegingen in redelijke verhouding moeten staan tot de aard en de omvang van de opdracht, maar voegt daaraan toe dat zij dienen te worden afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden.

6.3.4 In het verlengde daarvan schets de Gids Proportionaliteit op blz. 45 een voorbeeld (onderste kader) waarin een aanbestedende dienst 5% van de aanneemsom als social return eist. In het voorbeeld zorgen het "verhoudingsgewijze geringe deel aan loonsom" en "de specialistische activiteit" ervoor dat de 5% social return-eis disproportioneel wordt geacht.

6.3.5 Op blz. 45 (in voetnoot 9) bepaalt de Gids Proportionaliteit vervolgens:

'Sociale voorwaarden zullen nog in een handleiding worden omgezet. Daarbij zal behoefte bestaan aan voorwaarden rond hetgeen als redelijk moet worden beschouwd. Vanuit het oogpunt van proportionaliteit dient ervoor gewaakt te worden dat de risico's te eenzijdig bij ondernemingen gelegd gaan worden.'

6.3.6 De Commissie gaat er van uit dat met de onder 6.3.5 genoemde handleiding wordt bedoeld op de "Social Return Handleiding voor aanbestedende diensten van het Rijk" (versie 2.0 december 2011, hierna "Handleiding"). Deze Handleiding is tot stand gekomen na een Kabinetsbesluit van 29 april 2011 waarbij is besloten om social return vanaf 1 juli 2011 Rijksbreed toe te passen bij alle aanbestedingen van werken en diensten die aan bepaalde eisen voldoen.

6.3.7 Op blz. 5 van de Handleiding is bepaald dat social return moet worden toegepast bij:

- 'Alle passende aanbestedingen binnen de categorie "werken" en "diensten",
- Opdrachten vanaf het drempelbedrag van > € 250.000 (minimale loonsom, excl. BTW) en
- Een minimale opdrachttermijn/looptijd van de overeenkomst van 6 maanden.'

Met betrekking tot het tweede vereiste vermeldt de Handleiding op blz. 5 in voetnoot 4:

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

#### 6.3.8 Op blz. 13 van de Handleiding is bepaald:

'Bij het toepassen van social return als contractvoorwaarde dient in de concept-overeenkomst een bepaald percentage social return als uitvoeringsvoorwaarde te worden opgenomen. (...) De inschrijvers verplichten zich aldus om een bepaald percentage (streefpercentage voor social return is 5%) van bijvoorbeeld de loonsom van een opdracht aan te wenden om personen met een grote(re) afstand tot de arbeidsmarkt in te zetten. (...) Andere varianten dan een bepaald percentage van de loonsom van de overeenkomst zijn: percentage van de aanneemsom of totaal ingezette uren. Gebruik hiervan is afhankelijk van de toepasbaarheid bij de aanbesteding. Vanwege het proportionaliteitsbeginsel, hanteert het Rijk over het algemeen een percentage van een minimale loonsom van € 250.000,-. Richtlijn kan zijn om bij kapitaalintensieve opdrachten een percentage van de loonsom van de overeenkomst te hanteren en bij opdrachten waar een hoge arbeidscomponent aanwezig is, een percentage van de opdrachtsom vast te stellen.'

#### 6.3.9 In de Nota naar aanleiding van het verslag heeft de Minister in antwoord op vragen uit de Eerste Kamer het volgende geantwoord:

'De regering onderschrijft het belang van social return bij aanbestedingen die zich daarvoor lenen. In de memorie van antwoord is uiteengezet dat social return vanaf 1 juli 2011 een vast onderdeel van het rijksinkoopbeleid is. Bij het Rijk wordt bij alle passende aanbestedingen van «werken» en «diensten» met een minimale loonsom van 250 000 euro en een minimale looptijd van een half jaar om de inschakeling van mensen met een grote(re) afstand tot de arbeidsmarkt gevraagd. Het streefpercentage is 5% inzet van social return per aanbesteding. Tegelijkertijd biedt het huidige beleid natuurlijk ook ruimte voor een hoger percentage dan 5%, als een bepaalde opdracht – de bijbehorende markt – zich daarvoor leent. Het percentage moet wel proportioneel en flexibel kunnen worden toegepast zodat gewaarborgd kan worden dat in de markt geen negatieve arbeidsmarkteffecten als verdringing van huidig personeel ontstaan.' (*Kamerstukken I 2011/12, 32 440, nr. E, p. 1*).

#### 6.3.10 Daarnaast heeft de Minister geantwoord:

'Niet tot het rijk behorende aanbestedende diensten voeren op dit punt hun eigen beleid. Veel medeoverheden passen ook een dergelijk beleid toe. Of en in welke mate social return passend is, is afhankelijk van de arbeidsmarktsituatie in de betreffende branche of regio en van de hoogte van de arbeidscomponent per aanbesteding. Bij leveringen wordt social return niet toepasbaar bevonden vanwege de lage arbeidsmarktcomponent van de aanbesteding.' (*Kamerstukken I 2011/12, 32 440, nr. E, p. 1-2*).

#### 6.3.11 In de "Handleiding Social return bij inkoop door gemeenten", in 2011 opgesteld door BESO (een samenwerkingsverband van TNO en Wissenraet van Spaendonck, mede mogelijk gemaakt door de Provincie Noord-Brabant) wordt op blz. 16 onder meer vermeld:

'U kunt de inzet van social return beperken tot inkopen voor die diensten en werken waar social return relatief gemakkelijk is te realiseren omdat er veel laaggeschoolde banen zijn.'

Daarnaast noemt deze handleiding op blz. 17 als een van de "vormen die extra arbeidsplaatsen voor de doelgroep opleveren":

'De zogenaamde 5%-regeling, waarbij van de opdrachtnemer wordt gevraagd dat hij 5% van de aanneemsom besteedt aan het inzetten van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Bij contracten waar vooraf de omvang nog niet duidelijk is (zoals raamcontracten), wordt soms 5% van het aantal ingezette uren gevraagd. Bij kapitaalintensieve opdrachten kunt u social return beperken tot de loonkosten, waarbij vaak een hoger percentage (rond de 7%) gehanteerd wordt.'

6.3.12 De Commissie is op basis van de in 6.3.3 t/m 6.3.11 besproken documenten van oordeel dat het genoemde percentage van 5% in beginsel wordt toegepast op de *aanneemsom*, tenzij sprake is van kapitaalintensieve opdrachten of opdrachten met een lage loonsom, in welk geval het percentage wordt berekend over de *loon-som* (en dan hoger kan zijn dan 5%). De arbeidscomponent van de opdracht is dus duidelijk van belang bij het formuleren van een proportionele social return-eis en met name bij het bepalen van de hoogte en de berekeningsgrondslag van het percentage social return.

6.3.13 De Commissie stelt vast dat de onderhavige opdracht ca. € 800.000 excl. BTW bedraagt. Van deze opdracht maakt de loonsom 9-15% (€ 72.000 - € 120.000) uit. Dit is niet door beklagde weersproken. Die loonsom is aanmerkelijk lager dan het voor toepassing van een social return-eis (volgens de Handleiding) te hanteren drempelbedrag van € 250.000. Dit zou grond dienen te zijn voor verlaging van het te hanteren percentage. Beklaagde heeft het in het in haar regio geldende social return-beleid genoemde percentage van 5% van de *aanneemsom* aangepast en heeft dit gesteld op 3% van de *aanneemsom*. De Commissie is van oordeel dat het percentage van 3% in dit geval te hoog is. Dit leidt immers feitelijk tot een percentage van 20% tot 33 1/3e van de *loonsom* dat aan social return besteed moet worden. Daarbij speelt dat in casu sprake is van de uitvoering van specialis-tische activiteiten, hetgeen evenmin weersproken is door beklagde, in welke geval tewerkstelling via social return veel moeilijker is. Dit zou nog een extra grond zijn voor verlaging van het te hanteren percentage social return. Alles overwe-gende is de Commissie van oordeel dat het door beklagde in deze aanbestedingsprocedure gehanteerde percentage van 3% van de aanneemsom niet propor-tioneel is.

6.3.14 Het feit dat beklagde de 3% eis heeft "verzacht" door toe te staan dat de invul-ling van deze social return-verplichting breder (ook buiten de werkzaamheden van de onderliggende opdracht) kan worden verwezenlijkt, maakt dit oordeel niet an-ders. De bedoeling van social return-eisen is dat er extra werkgelegenheid wordt gegenereerd voor mensen met een grotere afstand tot de arbeidsmarkt door inzet op de betreffende opdracht. De in 6.3.6. genoemde Handleiding vermeldt wat dat betreft op blz. 4:

'Een belangrijke randvoorwaarde voor toepassing van social return is namelijk, afhankelijk van de gekozen toepassingsvorm, dat er sprake moet zijn van een di-rect verband tussen de uitvoering van de opdracht/overeenkomst, dan wel het voorwerp van het contract, en de desbetreffende social return bepaling'.

De door beklagde toegepaste "verzachting" staat dus op gespannen voet met het in de Handleiding omschreven doel van de social return-verplichting.

6.3.15 Klachtonderdeel 2 wordt als gegrond beoordeeld.

## 7. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegrond** en klachtonderdeel 2 **gegrond**.

## 8. Aanbeveling

- 8.1 Ten aanzien van klachtonderdeel 1 doet de Commissie de volgende aanbeveling. Beklaagde doet er naar het oordeel van de Commissie verstandig aan, alvorens tot een afronding van de aanbestedingsprocedure te komen, de mogelijke aanbestedingsrechtelijke consequenties van de in het Bestek aan de armaturen gestelde technische specificaties nog eens goed te doordenken, wanneer zou blijken dat alle inschrijvers met dat ene, door klager bedoelde, specifieke armatuur hebben ingeschreven.
- 8.2 Ten aanzien van klachtonderdeel 2 doet de Commissie de volgende aanbeveling. Beklaagde doet er naar het oordeel van de Commissie verstandig aan in haar aanbestedingsbeleid:
- het percentage social return te bepalen met als uitgangspunt dat het percentage van 5% in beginsel wordt toegepast op de *aanneemsom*, tenzij sprake is van kapitaalintensieve opdrachten of opdrachten met een lage loonsom, in welk geval het percentage wordt berekend over de *loonsom* (en dan hoger kan zijn dan 5%) en
  - te bewerkstelligen dat er een direct verband bestaat tussen de uitvoering van de opdracht/overeenkomst, dan wel het voorwerp van het contract, en de gehanteerde social return bepaling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. M.C. Speekenbrink-Pijnappels die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 23 juni 2014

w.g.:  
Mr. J.G.J Janssen  
Voorzitter

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