

Social return in het licht van het Europees aanbestedingsrecht

mr. Tom Huisjes¹

Inleiding	1
1. Social return, diversiteit en inclusiviteit	2
2. Social return-beleid van de gemeente Amsterdam	3
3. De spanningen die ontstaan bij het stellen van een social return-verplichting	5
3.1. Spanning tussen social return en de vrijeverkeersbepalingen in het licht van de sociale markteconomie	6
3.2. De plek van social return binnen de aanbestedingsrichtlijnen	8
3.3. Spanning tussen social return en de aanbestedingsbeginselen	11
3.4. Social return en de bescherming van persoonsgegevens	13
3.5. Praktische spanningen bij social return-verplichtingen	15
4. De combinatie van een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde en een gunningscriterium	15
5. Hoogte van het percentage social return dat wordt vereist en/of gewenst	17
5.1. Onrealistisch hoge percentages social return in inschrijvingen voorkomen	18
5.2. Disproportioneel hoge percentages bij specialistische opdrachten	19
6. De alternatieve invulling van social return	20
6.1. Sociaal inkopen door marktpartijen	20
6.2. Prestatieladder Socialer Ondernemen	21
Aanbevelingen en conclusies	23

Inleiding

In dit deelrapport komt aan bod welke mogelijkheden social return biedt om bij te dragen aan sociaal en inclusief opdrachtgeverschap. Allereerst zal ingegaan worden op het doel van social return en hoe dit zich verhoudt tot het diversiteits- en inclusiviteitsbeleid binnen aanbestedingen van de gemeente Amsterdam (paragraaf 1). Vervolgens wordt in paragraaf 2 kort weergegeven hoe social return wordt ingezet door de gemeente Amsterdam en welke aanbestedingsrechtelijke vragen dit oproept. Daarna wordt in paragraaf 3 ingegaan op de juridische spanningen die bestaan bij het voeren van een social return-beleid, waaronder met de vrijeverkeersbepalingen in de EU-verdragen. De combinatie van een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde met een gunningscriterium omtrent social return wordt in paragraaf 4 behandeld. Daarna wordt ingegaan op de hoogte van het vereiste of

¹ Mr. Tom Huisjes is promovendus aan het Utrecht University Centre for Public Procurement (UUCePP).

gewenste percentage social return (paragraaf 5). Vervolgens behandelt paragraaf 6 de rechtmatigheid van de optie om op een alternatieve wijze invulling te geven aan de social return-verplichting. Dit deelrapport sluit af met enkele aanbevelingen en conclusies.

1. Social return, diversiteit en inclusiviteit

De exacte definitie van de term ‘social return’ kan verschillen per aanbestedende dienst, maar de term beslaat in algemene zin het door middel van inkoop en aanbesteding bevorderen van werkgelegenheid voor personen met een (grote) afstand tot de arbeidsmarkt, bijvoorbeeld in het geval van langdurige werkloosheid, vroegtijdig schoolverlaten of bijvoorbeeld een mentale of fysieke beperking. Naast arbeidsovereenkomsten kan hierbij ook gedacht worden aan een combinatie van werk met opleidingen en stages.

De gemeente Amsterdam hanteert de volgende definitie:

Social Return is het opnemen van sociale voorwaarden, eisen en wensen in inkoop- en aanbestedingstrajecten, zodat Contractanten een bijdrage leveren aan de uitvoering van het Amsterdamse beleid ten aanzien van het bieden van werkgelegenheid aan mensen met een (grote) afstand tot de arbeidsmarkt.²

Social return kent raakvlakken met de termen ‘diversiteit’ en ‘inclusie’, welke zijn besproken in deel 4 van de quickscan.³ Terwijl social return-verplichtingen al decennia (en door de jaren heen in toenemende mate) worden toegepast,⁴ is het thema ‘diversiteit en inclusie’ een relatief nieuwe invulling van de mogelijkheden om rekening te houden met sociale doelstellingen in het kader van inkoop en aanbestedingen. Waar de focus van social return voornamelijk ligt op werkgelegenheid voor personen die zelf geen werk kunnen vinden, betreffen ‘diversiteit’ en ‘inclusiviteit’ enerzijds de aanwezigheid van verschillende (minderheids)groepen zoals deze voorkomen in de samenleving en anderzijds het scheppen van een cultuur waarin iedere werknemer zich gewaardeerd en gerespecteerd voelt.

De begrippen ‘diversiteit’ en ‘inclusiviteit’ kunnen daarom gezien worden als liggend in het verlengde van het begrip ‘social return’. Het gebruik van het begrip ‘social return’ voor zowel social return zoals hierboven gedefinieerd alsook voor het beleidsmatig bevorderen van diversiteit en inclusiviteit kan verwarring opleveren tussen social return als instrument en bredere of andersoortige sociale doelstellingen. Om dit te voorkomen kunnen overkoepelende begrippen zoals ‘sociale impact’ of ‘sociaal toegevoegde waarde’ gebruikt worden om zowel het bieden van

² Format bijlage ‘Nadere toelichting Social Return’ – Verklaring gebruikte termen Social Return.

³ Huisjes, T., ‘Sociaal en inclusief opdrachtgeverschap. Quickscan over de mogelijkheden om inschrijvers en gegadigden van publieke aanbestedingen uit te sluiten wegens discriminatie op de arbeidsmarkt (herziene versie) & Deelrapport over het effectief en efficiënt gebruikmaken van de mogelijkheden om opdrachten voor te behouden in de zin van 2.82 en 2.82a Aw en om uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen toe te passen in het kader van discriminatie op de arbeidsmarkt’ (2021).

⁴ TNO-rapport, ‘Social return bij het Rijk’ (2010), p. 10.

werkgelegenheid aan mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt als het bredere streven naar een diverse en inclusieve organisatie te beschrijven. Het expliciet en apart benoemen van de wensen en eisen omtrent diversiteit en inclusie kan het vernieuwende karakter hiervan ook benadrukken.

In de vier aanbestedingen die in eerdere rapporten van dit onderzoek zijn vergeleken worden ‘social return’ en ‘diversiteit en inclusiviteit’ soms als losse doelstellingen geformuleerd en soms als onderdelen van een overkoepelende doelstelling.⁵ Zo zijn ‘social return’ en ‘diversiteit en inclusie’ als twee aparte doelstellingen en subgunningscriteria opgenomen in de aanbestedingsdocumenten voor de inzet van uitzendkrachten, maar vallen ze in de aanbesteding voor giraal betalingsverkeer beide onder het gunningscriterium ‘sociaal toegevoegde waarde’.

2. Social return-beleid van de gemeente Amsterdam

De gemeente Amsterdam past social return toe bij aanbestedingen met een waarde boven de Europese aanbestedingsdrempel voor diensten voor decentrale overheden (215.000 euro), ongeacht of het een opdracht voor een dienst, levering of werk is.⁶ Sommige gemeenten hanteren een significant lager drempelbedrag voor de toepassing van social return, zoals de gemeente Rotterdam, waar 50.000 euro als grens wordt gebruikt.⁷ Aangezien de meerderheid van de overheidsopdrachten onder de Europese aanbestedingsdrempels valt, kan er beargumenteerd worden dat de drempelwaarde voor de toepassing van social return lager zou moeten liggen dan de Europese aanbestedingsdrempels om ook bij de overheidsopdrachten beneden deze drempels sociale waarde te creëren. Hier staat tegenover dat de administratieve kosten die de gemeente moet maken zullen stijgen wanneer social return-verplichtingen ook worden gesteld bij kleinere Amsterdamse opdrachten.

Aanbestedende diensten kunnen daarnaast aparte drempelwaarden vaststellen voor de toepassing van social return afhankelijk van de soort opdracht (werken, diensten en leveringen).⁸ De drempelwaarde van 215.000 euro die de gemeente Amsterdam nu hanteert geldt ongeacht of het een opdracht voor een dienst, levering of werk is. De Europese drempelbedragen verschillen daarentegen sterk per type opdracht. De huidige Europese drempelbedragen voor overheidsopdrachten zijn in de Gedelegeerde Verordening 2021/1952 van de Commissie laatstelijk vastgesteld op:

- Werken: 5.382.000 euro;
- Leveringen en diensten voor centrale overheid: 140.000 euro;
- Leveringen en diensten voor decentrale overheid: 215.000 euro;

⁵ Inzet van Uitzendkrachten (TED 534991-2018); Betalingsverkeer, Onderdeel Giraal (TED 443486-2019); Verkeersregelaars en coördinatoren (TED 137167-2020); Wegsleepdiensten – Inhuur kraanwagen en/of chauffeur (TED 319274-2020).

⁶ Gemeente Amsterdam, Bureau Social Return, ‘Leidraad sociaal opdrachtgeverschap’ (2021), p. 20-21.

⁷ Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), ‘Handreiking social return’ (2018), p. 8. Zie ook Werkgevers Servicepunt Rijnmond, ‘Samen aan het werk’ (maart 2022).

⁸ Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), ‘Handreiking social return’ (2018), p. 8.

- Overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten: 750.000 euro.⁹

Hierdoor kan het dus voorkomen dat de gemeente Amsterdam social return-verplichtingen opneemt bij relatief kleine opdrachten voor werken. Het is het overwegen waard om niet alleen de drempelwaarde voor toepassing van social return te verlagen, maar deze ook afhankelijk te maken van het type opdracht en zo een lagere drempelwaarde voor de toepassing van social return te hanteren bij opdrachten voor diensten dan bij opdrachten voor werken. Zo hanteert het coördinatiepunt SROI binnen Friesland bijvoorbeeld 250.000 euro voor werken en 100.000 euro voor diensten als drempelbedragen voor de toepassing van social return.¹⁰ Hierdoor kan mogelijk meer sociale waarde worden gecreëerd in de dienstensector zonder dat de social return-verplichting ook gaat gelden voor relatief zeer kleine opdrachten voor werken.

Welke rechtsbronnen van toepassing zijn op de door de gemeente Amsterdam gestelde social return-verplichting is ervan afhankelijk of de opdracht binnen de werkingssfeer van het EU-recht valt. Er zijn hierin drie categorieën te onderscheiden: (1) opdrachten boven de Europese drempels, (2) onder deze drempels, maar wel met een duidelijk grensoverschrijdend belang, en (3) de zuiver nationale opdrachten. Hoewel aanbestedende diensten met name in zuivere nationale situaties meer vrijheid hebben om de aanbestedingsprocedure in te richten, moet benadrukt worden dat de aanbestedingsbeginselen ook voor deze aanbestedingen gelden.

Social return wordt doorgaans toegepast als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde. De inschrijvers moeten hieraan voldoen, omdat deze bijzondere uitvoeringsvoorwaarde een verplicht onderdeel van de opdracht vormt, net als de technische specificaties.¹¹ Indien de uitvoerder uiteindelijk toch niet voldoet aan het vereiste, dan kan de gemeente hiervoor een boete opleggen op basis van de standaardboeteclausule.¹² Vraag is in hoeverre social return ook in andere fasen van de aanbestedingsprocedure kan worden opgenomen.¹³ Een minimumpercentage aan social return in een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde weerhoudt inschrijvers er niet van om alsnog een hoger percentage op te nemen in hun inschrijving,¹⁴ maar hier worden zij niet voor beloond. Om deze reden zetten bepaalde aanbestedende diensten, waaronder de gemeente Amsterdam, social return soms ook in als gunningscriterium (in combinatie met een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde). De toegevoegde waarde van een dergelijke combinatie is dat door het minimum in de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde op te nemen voorkomen wordt dat er helemaal geen social return wordt behaald in de opdracht en dat dankzij de wens in het gunningscriterium de markt gestimuleerd

⁹ Gedelegeerde Verordening 2021/1952 van de Commissie tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU wat de drempels betreft voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen.

¹⁰ SROI Fryslân coördinatiepunt social return, 'Social Return Paragraaf Friesland - De Friese Eis' (2022), p. 2.

¹¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 75.

¹² Gemeente Amsterdam, Bureau Social Return, 'Leidraad sociaal opdrachtgeverschap' (2021), p. 31.

¹³ Zie Van Orden & Kreeft, 'De cijfers van 2019. Social return in aanbestedingen', *Deal!* (oktober 2020), p. 32-35.

¹⁴ Rb. Den Haag 25 maart 2016, ECLI:2016:6399, punt 5.8.

wordt om meer social return te bereiken. Door een dergelijke combinatie hebben inschrijvers de kans om zich op dit punt te onderscheiden van de andere inschrijvers, waarvoor zij ook beloond worden in de gunningsfase. Naast het toekennen van meer punten bij de gunning voor een inschrijving met een hoger percentage social return dan het vereiste minimum, is het ook mogelijk om meer of minder punten toe te kennen op basis van de kwaliteit van het plan van aanpak, waarin wordt beschreven hoe de social return-verplichting zal worden toegepast bij deze opdracht.

Het percentage aan social return dat wordt vereist of gewenst wordt bepaald aan de hand van de specifieke aard van de overheidsopdracht. Doorgaans wordt gekozen voor ten minste 5 procent van de totale opdrachtwaarde, maar afhankelijk van de kansen op de specifieke markt kan volgens het beleid van de gemeente gekozen worden voor een percentage tussen de 1 en 25 procent.¹⁵ Er kan volgens het Amsterdamse beleid in uitzonderlijke situaties ook worden afgezien van de toepassing van social return.

De gemeente Amsterdam biedt inschrijvers en gegadigden ook de mogelijkheid om (gedeeltelijk) op een alternatieve wijze invulling te geven aan hun social return-verplichting, zoals door middel van het PSO-certificaat (Prestatieladder Sociaal Ondernemen).

Het is belangrijk om allereerst na te gaan welke juridische spanningen bestaan bij het voeren van een social return-beleid, waaronder met de vrijeverkeersbepalingen in de EU-verdragen. Dit zal aan bod komen in paragraaf 3. De praktijk van het social return-beleid bij de gemeente Amsterdam roept verder enkele specifieke vragen op die zullen worden bezien in het licht van de vrijeverkeersbepalingen en de aanbestedingsbeginselen die hieruit voortvloeien:

- Is de combinatie van een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde en een gunningscriterium omtrent social return in lijn met het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht? (paragraaf 4)
- Hoe hoog mag het percentage van social return dat wordt vereist of gewenst zijn zonder in strijd te komen met de vrijeverkeersregels van de interne markt? (paragraaf 5)
- Onder welke voorwaarden is het aan aanbestedende diensten toegestaan om de optie te bieden van een alternatieve invulling van social return? (paragraaf 6)

3. De spanningen die ontstaan bij het stellen van een social return-verplichting

Social return heeft zich in Nederland eerst ontwikkeld op gemeentelijk niveau en is in 2011 door de Rijksoverheid opgenomen in haar inkoopbeleid. Hoewel de wens om social return-verplichtingen op te nemen vanuit het lokaal beleid is ontstaan (bottom-up), zijn er in alle lagen van de relevante wet- en regelgeving aanknopingspunten voor een dergelijk sociaal beleid. Op internationaal niveau zijn door de Verenigde Naties duurzame ontwikkelingsdoelstellingen vastgesteld, waaronder doel 8

¹⁵ Gemeente Amsterdam, Bureau Social Return, 'Leidraad sociaal opdrachtgeverschap' (2021), p. 21.

(eerlijk werk en economische groei) en doel 10 (ongelijkheid verminderen).¹⁶ Social return draagt bij aan het bereiken van deze internationale doelstellingen.

In de Europese Verdragen wordt de Europese interne markt onder andere gedefinieerd als ‘een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang’ (top-down). Daarnaast hebben sociale overwegingen ook op het niveau van de aanbestedingsrichtlijnen een prominentere rol gekregen, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de toevoeging van artikel 18 lid 2 in Richtlijn 2014/24. Dit artikel bepaalt dat lidstaten passende maatregelen moeten nemen om te waarborgen dat de ondernemers bij de uitvoering van de overheidsopdrachten voldoen aan het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, hetgeen door het Hof van Justitie is omschreven als een kernwaarde in de algemene opzet van de richtlijn.¹⁷ In de Aanbestedingswet is verder een bepaling opgenomen dat aanbestedende diensten zorg dragen voor het leveren van ‘zo veel mogelijk maatschappelijke waarde’ (art. 1.4 lid 2 Aw).¹⁸

Deze bottom-up- en top-downdoelstellingen van sociaal beleid, en specifiek de doelstellingen omtrent social return bij inkoop en aanbestedingen, gaan echter gepaard met bepaalde juridische en praktische spanningen, die in deze paragraaf aan bod zullen komen.

3.1. Spanning tussen social return en de vrijeverkeersbepalingen in het licht van de sociale markteconomie

De integratie van maatschappelijke doelstellingen in het Europese aanbestedingsrecht levert spanningen op met de vrijeverkeersbepalingen, met name het vrije verkeer van goederen en diensten, en de aanbestedingsbeginselen die hieruit voortvloeien – gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. Reeds in het *Beentjes*-arrest gaf het Hof van Justitie aan dat uitsluiting van een inschrijver omdat hij niet in staat zou zijn om langdurig werklozen in te zetten een voorwaarde is die alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht dient te eerbiedigen, waaronder met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten.¹⁹ Het Hof stelde in dit arrest verder dat het vereiste om langdurig werklozen in te zetten met name een inbreuk kan maken op het discriminatieverbod op grond van nationaliteit in artikel 7 van het EEG-verdrag (huidig: artikel 18 Werkingsverdrag van de Europese Unie). Dit zou het geval zijn indien blijkt dat alleen binnenlandse inschrijvers aan die voorwaarde kunnen voldoen of als inschrijvers uit andere lidstaten er moeilijker aan kunnen voldoen.²⁰

De spanning tussen de liberaliserende vrijeverkeersbepalingen en de bovengenoemde sociale doelstellingen (top-down en bottom-up) moet gezien worden in het kader van het concept

¹⁶ Centraal Bureau voor de Statistiek, ‘Monitor Brede Welvaart & Sustainable Development Goals’ (2020).

¹⁷ HvJ 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim*), §38.

¹⁸ Zie voor een bespreking van deze bepaling: Janssen, W., & Bouwman, G., ‘Legislating societal value into Dutch public procurement law: from symbolism to substance?’, *PPLR*, 2020/2, p. 91-102.

¹⁹ HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*), §29.

²⁰ HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*), §30.

van de sociale markteconomie. Het Verdrag betreffende de Europese Unie beschrijft de interne markt namelijk als “(...) een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang (...)” (art. 3 (3) VEU). Met de introductie van het begrip van de sociale markteconomie in het Verdrag van Lissabon is de rol van sociale doelstellingen in het reguleren van de interne markt toegenomen. Verder is artikel 9 van het Werkingsverdrag van de EU toegevoegd, dat stelt dat de Unie bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid rekening moet houden met “de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming en de bestrijding van sociale uitsluiting (...)”. De Europese Verdragen bieden dus meerdere aanknopingspunten op grond waarvan het bevorderen van de werkgelegenheid voor langdurig werklozen (bij overheidsopdrachten) niet alleen te rechtvaardigen is, maar zelfs noodzakelijk is voor de voltooiing van de interne markt zoals gedefinieerd in de Europese Verdragen. Deze verdragswijzigingen laten ook zien dat de constitutionele grondslagen van de Europese Unie dynamisch zijn en met maatschappelijke opvattingen meeveranderen.

Van de aanbestedingsrichtlijnen uitgezonderde overheidsopdrachten

Het met elkaar verzoenen van de liberaliserende vrijeverkeersbepalingen en de sociale doelstellingen is onder meer van belang voor overheidsopdrachten die zijn uitgezonderd van de aanbestedingsrichtlijnen. Sommige overheidsopdrachten, zoals concessies voor loterijen, vallen niet onder de reikwijdte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet 2012 (art. 10(9) Richtlijn 2014/23 en art. 2a.17 Aw). De vrijeverkeersregels van de interne markt zijn echter wel van toepassing. Beperkingen die worden opgelegd in deze sector, waaronder beperkingen die op sociale overwegingen berusten, kunnen nog steeds een inperking van de Verdragsbepalingen opleveren.

Een recent onderzoeksrapport heeft duidelijk gemaakt dat een minimumafdracht voor goede doelen bij loterijen een beperking vormt van het vrije verkeer in de interne markt, maar dat dit wel gerechtvaardigd kan worden, afhankelijk van de rechtvaardigingsgrond waarop de inperking wordt gebaseerd.²¹ Het rapport vermeldt ook dat hoe hoger het afdrachtperscentage is, hoe sterker met name de vrijheid van ondernemerschap wordt ingeperkt.

Daarom is het ook van belang om aandacht te schenken aan artikel 16 van het Handvest van de Grondrechten van de EU dat de vrijheid van ondernemerschap erkent overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken. Daartegenover erkent het Handvest ook “het recht van personen met een handicap op maatregelen die beogen hun (...) beroepsintegratie (...) te bewerkstelligen”, wat in ieder geval voor een deel van de invullingen van social return relevant is.

Proportionaliteit speelt ook een cruciale rol bij de rechtvaardiging van beperkingen van (de vrijeverkeersbepalingen en) de vrijheid van ondernemerschap die op sociale overwegingen

²¹ E.R. Manunza, S. de Vries, W.A. Janssen & A. van der Veer, ‘Het juridische loterijenstelsel in Nederland: EU-proof? Een onderzoek naar de conformiteit van de regulering van loterijen in Nederland met het Europees recht’; Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE 2021, p. 20-23, 40, 43-48.

berusten, zoals vereisten betreffende social return. In algemene zin kan hierover gesteld worden dat hoe hoger het percentage van de opdrachtsom of loonsom is dat besteed moet worden aan de tewerkstelling van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt, hoe groter de kans dat het vereiste disproportioneel zal zijn.

3.2. De plek van social return binnen de aanbestedingsrichtlijnen

Social return wordt al vele decennia toegepast, maar het is lang onduidelijk geweest in welke vorm dit kon worden opgenomen in aanbestedingsprocedures binnen het kader van de aanbestedingsrichtlijnen. Het Hof van Justitie sprak zich hier voor het eerst over uit in de zaak *Beentjes*,²² voordat de aanbestedingsrichtlijnen specifieke bepalingen omtrent sociale eisen of wensen bevatten. De inschrijving van marktpartij Beentjes was afgewezen omdat niet voldaan kon worden aan de eis dat 70 procent van de werknemers die de opdracht zouden uitvoeren langdurig werklozen moesten zijn. In de prejudiciële beslissing over deze zaak beoordeelde het Hof van Justitie onder meer of dit vereiste in lijn was met (de toenmalige) Richtlijn 71/305. In dit arrest verduidelijkte het Hof van Justitie allereerst het onderscheid tussen geschiktheidseisen en gunningscriteria (§15). Bij de geschiktheidseisen mocht de inschrijver alleen beoordeeld worden op basis van criteria die verband houden met hun economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid (§17). Gunningcriteria betreffen daarentegen de inschrijving, maar deze mochten alleen betrekking hebben op criteria ter bepaling van ‘de economisch voordeligste aanbidding’ (§19). Het stellen van een social return-verplichting was echter wel mogelijk naar het oordeel van het Hof, omdat de richtlijn ‘geen eenvormige en uitputtende communautaire regeling’ vormde en verdere materiële en procedureregels kunnen worden vastgesteld als deze regels het gemeenschapsrecht (lees: Unierecht) en met name het recht op vestiging en het vrij verkeer van diensten eerbiedigen (§20). Het Hof concludeerde dan ook dat een voorwaarde omtrent het aannemen van langdurig werklozen een aanvullende bijzondere voorwaarde is, die niet (indirect) mag discrimineren op grond van nationaliteit en in de aankondiging moet worden vermeld (§30 en 36). Het Hof liet de beoordeling of er sprake was van (indirecte) discriminatie op grond van nationaliteit aan de nationale rechter.

Hoewel sociale doelstellingen door het Hof van Justitie een plek kregen in de aanbestedingsprocedure, bestond hier dus nog geen expliciete grondslag voor in de aanbestedingsrichtlijnen en bleef er onduidelijkheid bestaan over de aard van een dergelijke aanvullende bijzondere voorwaarde. Zo oordeelde het Hof van Justitie in de zaak *Nord-pas-de-Calais*²³ dat een voorwaarde omtrent het inzetten van langdurig werklozen wel toelaatbaar is als extra gunningscriterium zolang alle fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht geëerbiedigd worden.²⁴ Enkele jaren later, in de zaak *Lianakis*, bevestigde het Hof het onderscheid

²² HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*).

²³ HvJ EG 26 september 2000, C-225/98, ECLI:EU:C:2000:494 (*Nord-pas-de-Calais*), §51-53.

²⁴ Fisscher Braams, A., ‘De koffie is klaar! De Koffiezaak van het Hof van Justitie nader belicht’ (2013), *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, nr. 3, p. 75.

tussen geschiktheidseisen en gunningscriteria, zoals het Hof dit uiteen had gezet in *Beentjes*.²⁵ Het Hof overwoog in het *Lianakis*-arrest namelijk dat ‘de ervaring van de inschrijvers en hun personeelsbezetting’ niet als gunningscriteria in aanmerking kunnen worden genomen.²⁶ De Europese wetgever heeft meer duidelijkheid gecreëerd met de Richtlijn 2004/18/EC, waarin artikel 26 werd opgenomen, over bijzondere uitvoeringsvoorwaarden die specifiek kunnen zien op sociale en milieukenmerken.

Sociale kenmerken als gunningscriteria werden in de richtlijn uit 2004, in tegenstelling tot milieukenmerken, niet expliciet genoemd in artikel 53 lid 1 sub a. Het Hof van Justitie heeft in de *Max Havelaar*-zaak, die over een aanbesteding voor de levering en het beheer van koffieautomaten ging, echter duidelijk gemaakt dat de opsomming in dit artikel niet limitatief was en dat ook sociale kenmerken in gunningscriteria konden worden opgenomen (§84-85).²⁷ Hierbij is het wel noodzakelijk dat er een verband met het voorwerp van de opdracht is. Dit concept is in de *Max Havelaar*-zaak breed geïnterpreteerd door het Hof, maar tegelijkertijd ook explicieter gemaakt. Het is namelijk niet vereist dat het gunningscriterium een kenmerkende eigenschap van een product betreft, oftewel een element dat materieel in het product is opgenomen (§91). Als er bijvoorbeeld elektriciteit wordt ingekocht, dan kunnen er wel criteria en voorwaarden worden gesteld omtrent de duurzame opwekking van elektriciteit, ondanks het feit dat dit niet de materiële basis van het product betreft. In de *Max Havelaar*-zaak oordeelde het Hof echter dat het opnemen van specifieke fairtradekeurmerken in de gunningscriteria niet als zodanig mogelijk was, omdat de onderliggende criteria niet waren vermeld en andere geschikte bewijsmiddelen niet werden aanvaard (§97).²⁸ Het niet benoemen van de onderliggende criteria en het niet accepteren van andere geschikte bewijsmiddelen betekent namelijk dat het criterium niet voldoende specifiek is, wat het risico van favoritisme en willekeur als gevolg heeft.²⁹

De situatie sinds 2014

Met de nieuwste generatie aanbestedingsrichtlijnen is de jurisprudentie van het Hof verder gecodificeerd. Momenteel is de mogelijkheid tot het stellen van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden opgenomen in artikel 70 van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.80 van de Aanbestedingswet 2012. Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden moeten op grond van deze bepalingen verband houden met het

²⁵ HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40 (*Lianakis*), §25-32.

²⁶ Het onderscheid tussen geschiktheidseisen en gunningscriteria is minder strikt geworden sinds de introductie van artikel 67 lid 2 sub b van Richtlijn 2014/24/EU, waarin als voorbeeld van een gunningscriterium het volgende is opgenomen: “de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht (...)”

²⁷ HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 (*Max Havelaar*). Zie ook: Fisscher Braams A, (2013), ‘De koffie is klaar! De Koffiezaak van het Hof van Justitie nader belicht’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, nr. 3, p. 69-76.

²⁸ Zie voor de huidige regulering van de mogelijkheid om keurmerken te eisen artikel 43 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.87 Aw.

²⁹ HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*), §111.

voorwerp van de opdracht en kunnen specifiek verband houden met economische, innovatiegerelateerde, arbeidsgerelateerde, sociale of milieuoverwegingen. Gunningscriteria zijn opgenomen in artikel 67 van Richtlijn 2014/24/EU en artikelen 2.114-115 Aw.³⁰ Met de nieuwe richtlijn uit 2014 is de term ‘economisch meest voordelige inschrijving’ een overkoepelend concept geworden en is de plaats van deze term ingenomen door het begrip ‘beste prijs-kwaliteitsverhouding’.³¹ Aanbestedende diensten kunnen er echter ook gemotiveerd voor kiezen om te gunnen op basis van levenscycluskosten of de laagste prijs.³² Als de aanbestedende dienst de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding, dan maakt de aanbestedende dienst in de aankondiging bekend welke nadere criteria gesteld worden. Deze nadere criteria betreffen onder meer: ‘esthetische en functionele kenmerken’ en ‘klantenservice en technische bijstand’, maar ook ‘sociale, milieu- en innovatieve kenmerken’.³³

In overwegingen 93 en 99 van de Richtlijn wordt benadrukt dat zowel gunningscriteria als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden het bevorderen van de sociale integratie van kansarmen of leden van kwetsbare groepen onder de personen die zijn aangewezen om de opdracht uit te voeren kunnen omvatten.³⁴

Net als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden moeten ook gunningscriteria verband houden met het voorwerp van de opdracht. Er is sprake van een verband met het voorwerp van de opdracht wanneer het criterium betrekking heeft op de te verrichten werken, leveringen of diensten, ‘in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus, met inbegrip van factoren die te maken hebben met: a.) het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of b.) een specifiek proces voor een andere fase van hun levenscyclus, zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van hun materiële basis’.³⁵

Overwegingen 97 en 104 van de Richtlijn verduidelijken dat het vereiste van het voorwerp van de opdracht criteria en voorwaarden uitsluit met betrekking tot algemeen ondernemingsbeleid. Het stellen van criteria en voorwaarden omtrent een beleid van maatschappelijk en ecologisch verantwoord ondernemen is dus niet toegestaan. Deze overweging wordt herhaald in de wetsgeschiedenis bij de Aanbestedingswet en het Aanbestedingsreglement Werken, die beide benadrukken dat voorwaarden die betrekking hebben op het algemene ondernemingsbeleid geen direct verband hebben met het voorwerp van de opdracht en dus niet toegestaan zijn.³⁶ De Gids Proportionaliteit verduidelijkt dat sociale voorwaarden in redelijke verhouding moeten staan tot de

³⁰ Overweging 92 van Richtlijn 2014/24/EU benadrukt dat de gunningscriteria geen onbeperkte vrijheid mogen geven aan de aanbestedende dienst en ervoor moeten zorgen dat ‘effectieve en eerlijke mededinging mogelijk blijft’.

³¹ Richtlijn 2014/24/EU, overweging 89.

³² Aanbestedingswet 2012, artikel 2.114 lid 4.

³³ Aanbestedingswet 2012, artikel 2.115 lid 1 en 2.

³⁴ Zie ook de wetsgeschiedenis van artikel 2.80 Aw: *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3 (MvT), p. 76.

³⁵ Art. 67 lid 3 en art. 70 van Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.80 lid 2 jo. 2.115 lid 3 Aw.

³⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 62. Aanbestedingsreglement Werken (2016), p. 476.

aard en omvang van de opdracht en ook moeten worden afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden.³⁷

Potentiële wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen aangaande het proportionaliteitsbeginsel

De aanbestedingsrichtlijnen zouden verhelderd kunnen worden door het vereiste dat een criterium of voorwaarde ‘verband moet houden met het voorwerp van de opdracht’ te vervangen door een verwijzing naar het preciezer begrip ‘levenscyclus’, zoals is beargumenteerd door R. Caranta (2020).³⁸ De twee concepten – verband met het voorwerp van de opdracht en levenscyclus – overlappen deels, maar ‘levenscyclus’ is, zo beargumenteert Caranta, minder ambigu. Artikel 2 (20) van de richtlijn definieert het begrip ‘levenscyclus’ als:

alle opeenvolgende en/of onderling verbonden stadia, waaronder uit te voeren onderzoek en ontwikkeling, productie, handel en handelsvoorwaarden, vervoer, gebruik en onderhoud, in het bestaan van het product of werk of het verlenen van een dienst, gaande van de verkrijging van de grondstof of de opwekking van hulpbronnen tot de verwijdering, de opruiming en ‘end-of-service’-fase of de ‘end-of-utilisation’-fase.

Deze wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen ten aanzien van het concept ‘verband met het voorwerp van de opdracht’ zou naast gunningscriteria en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden ook gelden voor de regels omtrent technische specificaties, keurmerken en varianten. Caranta beargumenteert verder dat hierbij een belangrijke rol moet zijn weggelegd voor het aanbestedingsrechtelijke uitgangspunt van objectiviteit in het waarborgen van de gelijke behandeling.

Hoewel deze vervanging van het concept ‘verband met het voorwerp van de opdracht’ de huidige regulering kan verhelderen, levert het geen grote wijziging op ten aanzien van de wensen en eisen die aanbestedende diensten kunnen stellen. Indien de richtlijn op dergelijke wijze zou worden veranderd dan zal het alsnog niet mogelijk zijn om wensen of eisen te stellen van maatschappelijk verantwoord ondernemen aan het algemeen ondernemingsbeleid. Een wijziging die wel degelijk zou inhouden dat dergelijke wensen of eisen gesteld kunnen worden, zou de balans verstoren tussen de liberaliserende functie en de maatschappelijke functie van het aanbestedingsrecht.

3.3. Spanning tussen social return en de aanbestedingsbeginselen

Social return heeft door de jaren heen een duidelijke plek gekregen binnen de aanbestedingsrichtlijnen, maar dit neemt niet weg dat sociale voorwaarden bij aanbestedingen ervoor kunnen zorgen dat niet meer wordt voldaan aan de aanbestedingsbeginselen en dat nationale bedrijven bevoordeeld kunnen worden boven bedrijven uit andere EU-lidstaten. Social return levert

³⁷ Gids Proportionaliteit (2016), §3.5.6.

³⁸ Andhov & Caranta (red.), ‘Sustainability through public procurement: the way forward – Reform Proposals’, SMART project report (2020), p. 37-39.

meer van dergelijke spanningen op dan andere sociale overwegingen, zoals die kunnen voorkomen door bijvoorbeeld het gebruik van uitsluitingsgronden om discriminerende inschrijvers en gegadigden uit te sluiten.

Gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel

Het gelijkheidsbeginsel kan een obstakel vormen voor aanbestedende diensten om het aannemen van langdurig werklozen en mensen met een beperking als onderdeel van de social return-verplichting te koppelen aan de nationale of lokale arbeidsmarkt. Hoewel personen uit deze doelgroep doorgaans uit de regio van de aanbestedende dienst zullen komen, vormt het verplicht stellen hiervan een obstakel voor buitenlandse ondernemingen.³⁹ Hoewel deze wens van aanbestedende diensten verklaarbaar is, gezien hun (financiële) verantwoordelijkheid voor deze lokale doelgroepen, staat het op gespannen voet met de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie. Deze spanning kan mogelijk worden gemitigeerd door een (bijvoorbeeld meertalig) systeem te ontwikkelen dat het eenvoudig maakt voor buitenlandse of andere niet-lokale marktpartijen om werklozen en mensen met een beperking aan te nemen van de nationale of lokale arbeidsmarkt. Hoewel social return dus niet – althans niet op eenvoudige wijze – expliciet kan worden beperkt tot personen uit de eigen regio, is het in de praktijk wel degelijk zo dat de lokale doelgroep voordeel heeft van de social return-verplichting, omdat de werkzaamheden vaak noodzakelijkerwijs in de eigen regio plaatsvinden, zoals bijvoorbeeld in de schoonmaaksector.

Daarnaast vormt het gebruik van een inspanningsverplichting in plaats van een resultaatverplichting bij het toepassen van social return een groot risico in het kader van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, omdat het niet duidelijk is hoe beoordeeld kan worden of aan de inspanningsverplichting is voldaan.

Transparantiebeginsel

Het is van groot belang dat alle voorwaarden bij de aanbestedingsprocedure van tevoren helder beschreven vaststaan in verband met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Het Hof van Justitie heeft hierover geoordeeld in het *Succhi di Frutta*-arrest,⁴⁰ waarin het Hof stelde dat het gelijkheidsbeginsel als doel heeft om een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de deelnemende ondernemingen te ontwikkelen (r.o. 110) en dat het doel van het transparantiebeginsel is om elk risico van favoritisme en willekeur uit te bannen (r.o. 111). Dit betekent dat alle voorwaarden en modaliteiten op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze opgenomen moeten zijn in de aanbestedingsstukken, zodat de bepalingen op dezelfde wijze worden geïnterpreteerd door alle ‘behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers’ (r.o. 111).

Het is belangrijk om ‘gezonde en daadwerkelijke mededinging’ te plaatsen in de context van de sociale markteconomie (artikel 3(3) VEU), waarin mededinging niet alleen ziet op bijvoorbeeld economische besparingen, maar ook op sociale doelstellingen zoals werkgelegenheid. Zo kunnen

³⁹ Commissie van Aanbestedingsexperts, Advies 480, punt 5.4.17. HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*).

⁴⁰ HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*).

inschrijvers op overheidsopdrachten met elkaar concurreren voor de meest sociale inschrijving. Hoewel er op zich geen spanning bestaat tussen gezonde en daadwerkelijke mededinging en sociale doelstellingen, kan de wijze waarop sociale voorwaarden en criteria worden gesteld wel degelijk gezonde en daadwerkelijke mededinging in de weg staan.

Vanwege de aard van social return als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde wordt er na de afronding van de aanbestedingsprocedure overlegd tussen de winnaar(s) van de procedure en de aanbestedende dienst op welke wijze in de praktijk vorm zal worden gegeven aan de verplichting. Dit maatwerk per specifieke situatie mag niet inhouden dat de eisen en voorwaarden inhoudelijk veranderd worden na afloop van de procedure, wat namelijk een schending van de hiervoor beschreven beginselen van gelijke behandeling en transparantie zou opleveren. Hetzelfde geldt voor plannen van aanpak in het kader van een gunningscriterium betreffende social return, omdat de ondernemer reeds beoordeeld is op het plan van aanpak en gehouden is om na afloop van de procedure de social return zoals opgenomen in de inschrijving daadwerkelijk uit te voeren in lijn met het plan van aanpak.

Proportionaliteitsbeginsel

Een verdere juridische spanning omtrent een social return-beleid ligt in de noodzaak dat het gunningscriterium of de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde verband houdt met het voorwerp van de opdracht.⁴¹ De social return-verplichting mag er dus niet uit bestaan dat eisen of wensen worden gesteld aan het algemeen ondernemingsbeleid. In het kader van social return zou dit inhouden dat er bijvoorbeeld invulling wordt gegeven aan de verplichting met werknemers uit de social return-doelgroep die wel werkzaam zijn bij de ondernemer, maar zich niet bezighouden met de uitvoering van de opdracht. De Commissie van Aanbestedingsexperts⁴² heeft dit als volgt geformuleerd: ‘De invulling van de SROI-verplichting dient binnen de werkzaamheden van de onderliggende opdracht te worden verwezenlijkt.’⁴³ Wanneer er sprake is van een werknemer die de opdracht uitvoert is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het bedrijf, maar werknemers die niet betrokken zijn bij de overheidsopdracht mogen dus geen onderdeel vormen van de invulling van de social return-verplichting.⁴⁴

3.4. Social return en de bescherming van persoonsgegevens

Voor de uitvoering van een social return-verplichting is het noodzakelijk dat bepaalde persoonsgegevens worden verwerkt, waaronder een bewijs van uitkering of een

⁴¹ Zie art. 2.80 lid 2 jo. 2.115 lid 3 Aw; *Kamerstukken II* 2014/15, 30545, nr. 161 (Uitvoering Wet Werk en Bijstand).

⁴² De Commissie van Aanbestedingsexperts is ingesteld door de minister van Economische Zaken om de kwaliteit van het plaatsen van overheidsopdrachten in Nederland te verbeteren. De Commissie bemiddelt tussen partijen bij klachten in verband met een aanbesteding. De Commissie treedt hierin onafhankelijk en onpartijdig op en geeft niet-bindende adviezen. Zie in dit kader: E. van Dijk, ‘Adviezen CvAE: niet bindend, maar ook niet vrijblijvend’ *CoBouw* (8 februari 2022) en zie ook Rechtbank Den Haag 15 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13815, r.o. 4.3.

⁴³ Commissie van Aanbestedingsexperts, Advies 375, punt 5.6.4. Zie ook Advies 290, punt 5.4.

⁴⁴ Commissie van Aanbestedingsexperts, Advies 375, punten 5.6.10 t/m 5.6.14.

doelgroepverklaring en de arbeids- of stageovereenkomst.⁴⁵ Het gebruik van persoonsgegevens moet in lijn zijn met de Europese Algemene verordening gegevensbescherming (AVG – Verordening 2016/679) en de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVG). De AVG kent in artikel 6 lid 1 een zestal opties op basis waarvan persoonsgegevens mogen worden verwerkt. Voor social return zijn de volgende wettelijke opties relevant:

- a.) de betrokkene heeft toestemming gegeven voor de verwerking van zijn persoonsgegevens voor een of meer specifieke doeleinden;
- b.) verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of om op verzoek van de betrokkene vóór de sluiting van een overeenkomst maatregelen te nemen;
- f.) de verwerking is noodzakelijk voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen, met name wanneer de betrokkene een kind is.

In de Privacyverklaring Social Return van de gemeente Amsterdam wordt als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens door de gemeente het ‘gerechtvaardigd belang’ genoemd om te controleren of de opdrachtnemer de social return-afspraken nakomt (zie sub f).⁴⁶ In de Leidraad Sociaal Opdrachtgeverschap wordt verder genoemd dat de opdrachtnemer toestemming van de kandidaten nodig heeft om per kwartaal hun persoonsgegevens te kunnen vermelden in de rapportages aan het Bureau Social Return (zie sub a).⁴⁷ Het verwerken van de persoonsgegevens door een opdrachtnemer kan mogelijk ook gebaseerd worden op de grond omtrent noodzakelijke verwerking van persoonsgegevens voor de uitvoering van een overeenkomst met de kandidaat (zie sub b).

Voor bepaalde bijzondere categorieën van persoonsgegevens (waaronder ras of etnische afkomst, lidmaatschap van een vakbond en gegevens over gezondheid) bestaan striktere regels in de AVG en UAVG.⁴⁸ Van deze bijzondere categorieën van persoonsgegeven is de categorie ‘gegevens over gezondheid’ relevant voor social return-beleid, omdat bewijsstukken over uitkeringen informatie kunnen bevatten over ziekte en arbeidsongeschiktheid. Artikel 30 lid 1 sub b van de UAVG bevat echter een uitzondering op het striktere regime ten aanzien van ‘gegevens over gezondheid’ voor bestuursorganen, pensioenfondsen, werkgevers of instellingen die voor hen werkzaam zijn, voor zover de verwerking van de persoonsgegevens noodzakelijk is voor ‘de re-

⁴⁵ Gemeente Amsterdam, ‘Privacyverklaring Social Return’ (1 oktober 2019).

⁴⁶ Gemeente Amsterdam, ‘Privacyverklaring Social Return’ – Grondslag voor het gebruik van persoonsgegevens (1 oktober 2019).

⁴⁷ Gemeente Amsterdam, Bureau Social Return, ‘Leidraad sociaal opdrachtgeverschap’ (2021), p. 43.

⁴⁸ Artikel 9 van de AVG en artikel 22 van de UAVG.

integratie of begeleiding van werknemers of uitkeringsgerechtigden in verband met ziekte of arbeidsongeschiktheid'.⁴⁹ De memorie van toelichting omtrent deze uitzondering benadrukt dat de aard en omvang van de gegevens worden begrensd door de noodzakelijkheidseis. Zo mogen gegevens over medische achtergronden van de arbeidsongeschiktheid niet worden verwerkt door de werkgever, maar slechts gegevens omtrent 'het feit dat en de mate waarin iemand arbeidsongeschikt is, alsmede de periode van arbeidsongeschiktheid'.⁵⁰ Deze beperkte informatie over de medische status van uitkeringsgerechtigden is afdoende voor de noodzakelijke controle in het kader van social return.

3.5. Praktische spanningen bij social return-verplichtingen

Naast juridische spanningen kan social return-beleid ook praktische spanningen opleveren. Het kan bijvoorbeeld moeilijk zijn voor ondernemingen om te voldoen aan de social return-verplichtingen, omdat zij geen werknemers kunnen vinden die het werk kunnen uitvoeren én vallen binnen de doelgroepen van social return. De aanbestedende dienst kan hierbij assisteren, maar als de juiste werknemers slechts gevonden kunnen worden met tussenkomst van de aanbestedende dienst dan roept dit wederom de vraag op of buitenlandse partijen op gelijke wijze aan het social return-vereiste kunnen voldoen als nationale partijen. Aanbestedende diensten moeten daarom marktpartijen ook gelijk behandelen in de wijze waarop zij assisteren bij het zoeken naar geschikte werknemers, wat bijvoorbeeld mogelijk is door middel van een meertalig systeem.

Daarnaast is het verstandig om na te gaan welke neveneffecten het stellen van de social return-verplichting heeft, zoals de mogelijke verdringing van het reeds bestaande personeelsbestand door het aannemen van werknemers in het kader van social return. Deze meer praktische spanningen maken het aantrekkelijk voor aanbestedende diensten om een alternatieve invulling van social return mogelijk te maken voor inschrijvers, wat in paragraaf 6 zal worden behandeld.

4. De combinatie van een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde en een gunningscriterium

In de vier aanbestedingen die eerder in dit onderzoek zijn vergeleken wordt social return bij twee van de vier aanbestedingen slechts als een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde opgenomen en bij de andere twee in combinatie met een gunningscriterium (Inzet van uitzendkrachten en Giraal betalingsverkeer), omdat de gemeente Amsterdam bij deze twee laatste aanbestedingen meer ruimte zag voor het creëren van sociale waarde.⁵¹ In deze laatste twee aanbestedingen is een social return-verplichting van ten minste 5 procent als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde aangevuld met een gunningscriterium betreffende social return, waarbij een plan van aanpak is gevraagd ten aanzien van de plaatsing van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt binnen de organisatie, de

⁴⁹ Zie ook artikel 9 lid 2 sub b van de AVG.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2017/18, 34.851 nr. 3 (MvT), p. 111.

⁵¹ Inzet van Uitzendkrachten (TED 534991-2018); Betalingsverkeer, Onderdeel Giraal (TED 443486-2019); Verkeersregelaars en coördinatoren (TED 137167-2020); Wegsleepdiensten – Inhuur kraanwagen en/of chauffeur (TED 319274-2020).

competentieontwikkeling van deze werknemers, en sociaal inkopen bij Pantar en sociale firma's. Bij de aanbesteding voor de inzet van uitzendkrachten is bij het social return-gunningscriterium ook specifiek gevraagd naar een plan van aanpak van de inschrijvers omtrent de samenwerking op dit thema met de gemeente Amsterdam. Terwijl bij de aanbesteding betreffende giraal betalingsverkeer binnen het social return-gunningscriterium een subgunningscriterium omtrent diversiteit en inclusie (specifiek van lhbt+-personen) is opgenomen, is bij de aanbesteding voor de inzet van uitzendkrachten diversiteit en inclusie voor meerdere doelgroepen als een apart gunningscriterium opgenomen.

Kiezen tussen een uitvoeringsvoorwaarde, gunningscriterium of combinatie

Zoals in paragraaf 3 naar voren is gekomen is het na een lange ontwikkeling in zowel jurisprudentie als wetgeving mogelijk geworden om social return op te nemen als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde, gunningscriterium of als combinatie van deze twee. De gevolgen van en de mate waarin social return wordt bereikt is afhankelijk van de keuze die hierin wordt gemaakt, zoals hierna zal worden behandeld. Hierbij geldt wel dat het opnemen van dergelijke eisen en wensen op een niet-discriminatoire, transparante en proportionele wijze dient te gebeuren.

Bij het maken van een keuze tussen een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde, een gunningscriterium of een combinatie hiervan voor een specifieke overheidsopdracht dient rekening te worden gehouden met de resultaten die behaald kunnen worden met een eis enerzijds en een wens anderzijds. De keuze voor een apart gunningscriterium is daarmee afhankelijk van de aard van de opdracht en van de economische sector. Zo dient er rekening gehouden te worden met de grootte van arbeid als component van de opdracht en de kansen die reeds bestaan voor de social return-doelgroep. Als de opdracht bijvoorbeeld (grotendeels) dient te worden uitgevoerd door hooggespecialiseerd personeel, dan biedt de opdracht of de sector minder kansen voor social return en ligt de combinatie van een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde en een gunningscriterium minder voor de hand. Zo bieden sectoren als de groenvoorziening of de schoonmaak meer mogelijkheden dan bijvoorbeeld juridische dienstverlening, maar dit neemt niet weg dat ook in een dergelijke sector social return kan worden nagestreefd, bijvoorbeeld door het vervullen van de social return-verplichting met ondersteunend personeel dat betrokken is bij de uitvoering van de opdracht.⁵²

Indien social return slechts wordt opgenomen als wens in de gunningscriteria, bestaat verder de kans dat een inschrijver wint die op dit punt laag scoort, maar wel veel punten behaalt op andere criteria, en dat er ondanks de expliciete wens van de aanbestedende dienst geen social return wordt behaald. Daartegenover staat dat een hoog vereiste in de uitvoeringsvoorwaarden marktpartijen er in de praktijk van kan weerhouden om mee te doen aan de aanbestedingsprocedure en dat het vereiste afhankelijk van de aard van de opdracht disproportioneel kan zijn. Om dit te voorkomen kan het verstandig zijn om een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde te gebruiken als vereiste om een bepaald minimum aan social return te bewerkstelligen en, indien het ambitieniveau van de aanbestedende dienst hoog genoeg ligt, dit te combineren met een gunningscriterium waarop

⁵² Zie ook Rechtbank Haarlem 5 april 2013, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA0356, r.o. 4.3 t/m 4.6.

inschrijvers punten kunnen verdienen voor een inschrijving met een hoger percentage aan social return en/of een inschrijving met een gedetailleerd plan van aanpak voor het vervullen van de social return-verplichting.

Aanbestedende diensten dienen hun ambitieniveau omtrent social return dus per opdracht te bepalen afhankelijk van de aard van de opdracht en de marktsector. Sectoren met veel mogelijkheden voor social return zijn bijvoorbeeld schoonmaak, groenvoorziening, catering en de bouw, terwijl andere sectoren, zoals accountancy, consultancy en juridische dienstverlening in mindere mate geschikt zijn door de hooggespecialiseerde aard van het werk. Dit neemt niet weg dat ook bij dergelijke overheidsopdrachten sociale waarde kan worden gecreëerd.

5. Hoogte van het percentage social return dat wordt vereist en/of gewenst

De keuze voor de hoogte van het percentage social return bij een opdracht moet van tevoren duidelijk vaststaan om te voldoen aan het transparantiebeginsel. Dit houdt in dat het percentage niet vanuit het oogpunt van maatwerk naar beneden kan worden gebracht na de gunning. Het is wenselijker om een haalbaar percentage te vereisen dan dat de opdrachtnemer uiteindelijk niet kan voldoen aan het vereiste en er een boete moet worden opgelegd. Hoge percentages kunnen er ook voor zorgen dat potentiële inschrijvers, waaronder uit het midden- en kleinbedrijf, ervoor kiezen om niet mee te doen aan de aanbestedingsprocedure, met minder concurrentie als gevolg. Hoewel sociaal ondernemerschap veel voorkomt binnen het midden- en kleinbedrijf, wordt bij de social return-verplichting namelijk niet gekeken naar hoe sociaal de onderneming is, wat bij het maken van een voorbehoud in de zin van 2.82 Aw wel wordt gedaan, maar naar hoeveel extra sociale waarde bij de uitvoering van de specifieke overheidsopdracht kan worden gecreëerd.

Daarnaast is het van groot belang of het percentage wordt bepaald over de opdrachtwaarde of de loonsom. In beginsel vindt dit plaats over de aanneemsom, maar het kan ook berekend worden over de loonsom bij kapitaalintensieve opdrachten of opdrachten met een lage loonsom, waarbij het percentage dan ook hoger kan liggen.⁵³ Een argument voor het berekenen van het percentage over de loonsom is dat hierdoor een duidelijker verband is met het voorwerp van de opdracht omdat er werkelijk wordt gekeken naar de hoeveelheid arbeid die voor een opdracht nodig is.⁵⁴

Het belang van arbeid als onderdeel van de opdracht brengt mee dat het in beginsel niet proportioneel is om social return-verplichtingen op te nemen bij opdrachten voor leveringen vanwege het lage arbeidscomponent van zulke opdrachten.⁵⁵ Aanbestedende diensten kunnen wel gemotiveerd afwijken van het uitgangspunt dat social return niet toegepast wordt bij opdrachten voor leveringen, wat gebaseerd kan worden op onder andere de mate waarin de opdracht arbeidsextensief is, de looptijd van de opdracht, de omvang van de loonsom en het percentage

⁵³ Commissie van Aanbestedingsexperts, advies 98, punt 6.3.12.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34252, nr. 1 (Kamerbrief 8 juli 2015, 'Uitkomsten van de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012'), punt 2.4. Zie ook: M.C.J. den Hoedt, K. Schofaerts & D. Turmel, 'Evaluatie implementatie social return Rijksoverheid' (2014), p. 36.

⁵⁵ Commissie van Aanbestedingsexperts, Advies 166, punten 6.5 tot en met 6.9. Zie ook: *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nr. E, p. 1. Zie daarnaast het TNO-rapport 'Social return bij het Rijk' (2010), p. 29.

social return, mogelijke verdringing van het huidige personeel en de uitkomsten van een marktconsultatie.

5.1. Onrealistisch hoge percentages social return in inschrijvingen voorkomen

Bij het gebruik van een gunningscriterium omtrent social return bestaat het risico dat marktpartijen zich inschrijven met onrealistisch hoge percentages social return om zo veel mogelijk punten te krijgen bij de gunning, terwijl zij al rekening houden met de te betalen boete voor het niet nakomen van de social return-verplichting.⁵⁶ Een (standaard)boeteclausule met daarin opgenomen een boete van bijvoorbeeld twee keer het niet-ingezette bedrag van de social return-verplichting kan in dit kader een afschrikkend effect hebben. Verder kan de aanbestedende dienst om het bovengenoemde risico te verkleinen (naast een minimumpercentage ook) een maximumpercentage aan social return noemen, waarboven geen extra punten meer kunnen worden toegekend. Daarnaast kan het vereisen van een gedetailleerd plan van aanpak ervoor zorgen dat er geen onrealistische inschrijvingen worden gedaan.⁵⁷ Indien de inschrijver het hoge percentage aan social return niet (voldoende) kan onderbouwen in het plan van aanpak, dan dient de aanbestedende dienst dit gemotiveerd mee te nemen in de beoordeling van de inschrijving.⁵⁸ De aanbestedende dienst moet op grond van artikel 2.113a lid 2 Aw in geval van twijfel effectief de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen controleren.⁵⁹ Zelfs als de gunning plaatsvindt op basis van de laagste prijs en er dus geen punten toegekend worden aan het vereiste plan van aanpak, kan van inschrijvers worden vereist dat een plan van aanpak wordt ingediend.⁶⁰ Zoals eerder in dit rapport is opgemerkt is het niet toegestaan om aan het hoge social return-percentage te voldoen door middel van werkzaamheden die buiten de desbetreffende opdracht worden verwezenlijkt.⁶¹

⁵⁶ Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), 'Handreiking social return' (2018), §4.3, p. 18-19.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Overijssel 22 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2025, punt 2.4. In deze aanbesteding was een minimumpercentage van 5 procent en een maximumpercentage van 40 procent van de opdrachtwaarde opgenomen met de noodzaak om een plan van aanpak in te dienen waaruit blijkt hoe het opgegeven percentage behaald zou worden.

⁵⁸ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028, r.o. 4.4.2. en 4.4.9. In dit kort geding oordeelde de rechtbank dat de aanbestedende dienst voldoende had gemotiveerd dat de inschrijving met een percentage van 35 procent social return niet (voldoende) was onderbouwd.

⁵⁹ Rechtbank Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:8682, r.o. 5.4. en 5.7. In dit kort geding oordeelde de rechtbank dat er geen gerede twijfel bestond over het realiteitsgehalte van de inschrijving met 15 procent social return op grond waarvan de aanbestedende dienst gehouden zou zijn tot verificatie in de zin van artikel 2.113a lid 2 Aw. Zie ook Rechtbank Midden-Nederland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2580, r.o. 2.29-2.32. In dit kort geding oordeelde de rechtbank dat de aanbestedende dienst voldoende had gemotiveerd waarom niet getwijfeld werd aan de realiteitswaarde van een inschrijving van 31 procent social return, die door de inschrijver gemotiveerd was toegelicht.

⁶⁰ Zie de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant 24-02-2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:976, r.o. 4.8 en 4.9.

⁶¹ Commissie van Aanbestedingsexperts, Advies 586, punten 5.2.4-5.2.6 en 5.3.5.

5.2. Disproportioneel hoge percentages bij specialistische opdrachten

Naast onrealistische inschrijvingen met hoge percentages social return door marktpartijen komt het ook voor dat aanbestedende diensten disproportioneel hoge eisen stellen aan inschrijvers. Bijvoorbeeld bij zeer specialistische opdrachten kan het moeilijk zijn om geschikte kandidaten te vinden binnen de social return-doelgroep die een bijdrage kunnen leveren aan de uitvoering van de opdracht. De specialistische aard van een opdracht is dan ook een veelvoorkomende reden voor aanbestedende diensten om geen social return toe te passen.⁶²

Indien een aanbestedende dienst toch een social return-verplichting opneemt bij een specialistische opdracht, dient de aanbestedende dienst na te gaan welk percentage haalbaar is voor de potentiële opdrachtnemers. De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft een aantal adviezen uitgebracht waarin de Commissie bij zulke specialistische opdrachten adviseerde over de proportionaliteit van de vereiste percentages. Zo besloot de Commissie ten aanzien van een aanbesteding voor ingenieursdiensten dat het stellen van een social return-verplichting van 5 procent disproportioneel was, omdat bij dergelijke specialistische dienstverlening van intellectuele aard het veel moeilijker is om mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt te werk te stellen.⁶³ Een mogelijke oplossing die in deze zaak is aanbevolen door de Commissie was om een (sub)gunningscriterium omtrent social return te formuleren.⁶⁴ Een andere optie zou zijn geweest om andersoortige sociale doelen te stellen bij die aanbesteding, zoals wensen of eisen omtrent diversiteit en inclusie aangaande bijvoorbeeld geslacht of de lhbt+-gemeenschap. In een ander advies ten aanzien van een aanbesteding voor de vervanging van straatverlichting was de Commissie zelfs van oordeel dat een social return-percentage van 3 procent disproportioneel was, omdat dit percentage berekend werd over de aanneemsom terwijl de loonsom slechts 9-15 procent van de opdrachtwaarde vormde.⁶⁵ Daarbij was ook van belang dat de aanbesteding de uitvoering van specialistische activiteiten betrof, waarbij tewerkstelling in het kader van social return moeilijker is.⁶⁶ De Commissie heeft bij dit advies ook herhaald dat het niet de bedoeling is om de social return-verplichting te ‘verzachten’ door het vereiste los te laten dat de verplichting moet worden verwezenlijkt binnen de werkzaamheden van de specifieke opdracht.⁶⁷

De bovenstaande adviezen nemen niet weg dat social return-verplichtingen wel degelijk proportioneel kunnen zijn bij specifieke specialistische opdrachten. Zo heeft de Commissie bij een advies over een overheidsopdracht voor diensten voor het ontwerp van een gemeentehuis besloten dat een social return-verplichting van 2 procent berekend over de opdrachtsom niet disproportioneel

⁶² M.C.J. den Hoedt, K. Schofaerts & D. Turmel, ‘Evaluatie implementatie social return Rijksoverheid’ (2014), p. 29.

⁶³ Commissie van Aanbestedingsexperts, Advies 93-95, punten 5.4.3 en 5.4.4.

⁶⁴ Idem, punt 7.

⁶⁵ Commissie van Aanbestedingsexperts, Advies 98, punt 6.3.13.

⁶⁶ Idem, punt 6.3.13.

⁶⁷ Idem, punt 6.3.14.

is ondanks het feit dat de opdracht aangemerkt kan worden als specialistische dienstverlening van intellectuele aard.⁶⁸

6. De alternatieve invulling van social return

Het op een alternatieve wijze invullen van social return houdt in dat de marktpartij op een andere manier bijdraagt aan de sociale doelstellingen van de aanbestedende dienst.⁶⁹ In feite komt het mogelijk maken van een alternatieve invulling neer op het stellen van een breder sociaal vereiste of een bredere sociale wens. Aanbestedende diensten kunnen deze optie bieden om marktpartijen tegemoet te komen die niet kunnen voldoen aan de reguliere social return-verplichtingen. Hierbij geldt wel dat de aanbestedingsbeginselen onverkort gelden voor deze alternatieve/bredere sociale eisen of wensen. Zo is het noodzakelijk dat de verschillende opties waarmee de social return-verplichting kan worden ingevuld en de wijze waarop de invulling berekend wordt duidelijk vermeld staan in de aanbestedingsstukken.⁷⁰

6.1. Sociaal inkopen door marktpartijen

Een van de mogelijkheden die de gemeente Amsterdam aan marktpartijen biedt om invulling te geven aan de social return-verplichting is om als marktpartij zelf sociaal in te kopen.⁷¹ Sociaal inkopen door de marktpartij houdt in dat de opdrachtnemer inkoop bij sociale ondernemingen ten behoeve van de uitvoering van de overheidsopdracht. Op deze manier worden indirect sociale doelstellingen van de gemeente bereikt. Sociaal inkopen kan worden gedaan bij het sociaal werkleerbedrijf Pantar of bij ‘sociale firma’s’.⁷² De gemeente Amsterdam definieert sociale firma’s als volgt:

Erkende Amsterdamse sociale firma’s richten zich op zowel bedrijfseconomische continuïteit of winstgevendheid als op het creëren van plekken voor arbeidsmatige dagbesteding of werk voor mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Daarbij geldt:

- 50 procent van de totale inkomsten komt voort uit de verkoop van producten en diensten, niet zijnde dagbestedingsactiviteiten;
- 30-40 procent van de medewerkers heeft een afstand tot de arbeidsmarkt.⁷³

⁶⁸ Commissie van Aanbestedingsexperts, Advies 607, punten 5.5.10 en 5.5.11.

⁶⁹ Essers & Lombert, ‘Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid’ (2017), p. 855.

⁷⁰ Zie als voorbeeld van een afrekenkader voor de reguliere en alternatieve invulling van social return bijlage 11 van de Aanbestedingsleidraad ‘Inzet van Uitzendkrachten’ (TED 534991-2018).

⁷¹ Gemeente Amsterdam, Bureau Social Return, ‘Leidraad sociaal opdrachtgeverschap’ (2021), p. 40.

⁷² Zie de website van het sociaal werkleerbedrijf Pantar: pantar.nl.

⁷³ Gemeente Amsterdam, Bureau Social Return, ‘Leidraad sociaal opdrachtgeverschap’ (2021), p. 51.

De nadruk ligt hierbij sterk op door de gemeente Amsterdam zelf erkende sociale firma's uit de regio Amsterdam, maar een online overzicht van sociale firma's laat zien dat ook ondernemingen van buiten Amsterdam in aanmerking komen om erkend te worden als sociale firma.⁷⁴ Zoals eerder in dit rapport is aangehaald, is het in beginsel niet toegestaan om de invulling van social return te beperken tot personen met een afstand tot de arbeidsmarkt uit de eigen regio van de aanbestedende dienst.⁷⁵ Om soortgelijke discriminatie te voorkomen bij sociaal inkopen als alternatieve invulling van de social return-verplichting is het belangrijk om duidelijk te maken dat ook ingekocht kan worden bij (niet-Amsterdamse) sociale firma's, zolang die voldoen aan dezelfde hierboven genoemde onderliggende vereisten. Het online benoemen van specifieke voorbeelden van dergelijke firma's is een praktisch hulpmiddel, maar het is belangrijk dat aan marktpartijen duidelijk wordt gemaakt dat zij deze alternatieve invulling van hun social return-verplichting ook kunnen geven door in te kopen bij andere firma's die aan dezelfde onderliggende vereisten voldoen.

Daarnaast is het noodzakelijk dat de alternatieve invulling door middel van sociaal inkopen verband houdt met het voorwerp van de opdracht. De sociale firma's worden als zodanig bestempeld vanwege het algemene sociale karakter van de onderneming, maar door bij deze sociale firma's in te kopen kan er toch een direct verband zijn met het voorwerp van de overheidsopdracht. Dit kan namelijk doordat de diensten of producten worden ingekocht bij de sociale firma's ten behoeve van de uitvoering van de overheidsopdracht.

6.2. Prestatieladder Socialer Ondernemen

Een verdere alternatieve wijze om aan (een gedeelte van) de social return-verplichting te voldoen die is opgenomen in de Leidraad Sociaal Opdrachtgeverschap is door middel van het keurmerk PSO (Prestatieladder Socialer Ondernemen) van TNO. De Prestatieladder meet enerzijds het aantal personen met een afstand tot de arbeidsmarkt als onderdeel van het totale personeelsbestand van het bedrijf en anderzijds het 'sociale inkopen' bij PSO-gecertificeerde organisaties en sociale werkplaatsen. Binnen het keurmerk PSO kunnen marktpartijen verschillende tredes behalen, afhankelijk van de mate waarin zij werkgelegenheid bieden aan personen met een afstand tot de arbeidsmarkt: aspirant-status, trede 1 (bovengemiddeld), trede 2 (zeer bovengemiddeld) en trede 3 (koploper). Een PSO-certificaat is twee jaar geldig. Aangezien een verouderd keurmerk een vertekend beeld kan geven van de inschrijver ten tijde van de aanbestedingsprocedure, is het van belang dat keurmerken niet te lang geldig blijven.

Een groot aantal aanbestedende diensten staat toe dat het PSO-keurmerk gebruikt wordt als (gedeeltelijke) invulling van de social return-verplichting.⁷⁶ Zo kan de gemeente Amsterdam PSO-gecertificeerde opdrachtnemers een korting toekennen op hun social return-verplichting afhankelijk

⁷⁴ Zie voor een overzicht van sociale firma's: <https://socialezaken.info/nl/sociaal-inkopen>.

⁷⁵ Commissie van Aanbestedingsexperts, Advies 480, punt 5.4.17.

⁷⁶ Zie het volgende overzicht: <https://www.pso-nederland.nl/voor-de-overheid/gemeenten-die-de-pso-accepteren-bij-social-return>.

van de trede. Trede 1 betekent 10 procent korting, trede 2 25 procent en trede 3 50 procent.⁷⁷ De erkenning van de Prestatieladder heeft als voordeel dat de focus ligt op het op duurzame wijze in dienst nemen van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt en niet slechts voor de duur van de overheidsopdracht. Vanuit het oogpunt van marktpartijen biedt de PSO een uitkomst voor het probleem dat zich voordoet als meerdere social return-verplichtingen worden gestapeld doordat er meerdere overheidsopdrachten tegelijkertijd worden uitgevoerd. Door rekening te houden met het aantal personen met een afstand tot de arbeidsmarkt in het volledige personeelsbestand wordt ook voorkomen dat personen uit de doelgroep worden verdrongen door nieuwe personeelsleden die aangenomen moesten worden om aan een nieuwe social return-verplichting te voldoen.

Proportionaliteitsbeginsel

Hoewel het dus begrijpelijk is dat aanbestedende diensten en marktpartijen waarde zien in de alternatieve invulling door middel van het PSO-keurmerk, staat deze toepassing op gespannen voet met het proportionaliteitsbeginsel. Het vereiste dat het gunningscriterium of de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde verband moet houden met het voorwerp van de opdracht vormt namelijk een obstakel voor de (gedeeltelijke) invulling van de social return-verplichting door middel van de Prestatieladder Socialer Ondernemen, omdat dit keurmerk de inschrijver als geheel beoordeelt en niet wat de inschrijver doet bij de specifieke opdracht. Als een grote onderneming bijvoorbeeld een trede 2 of 3 op de Prestatieladder heeft, maar de tak van het bedrijf dat de opdracht daadwerkelijk uitvoert geen personen met een afstand tot de arbeidsmarkt in dienst heeft, dan ontbreekt het verband tussen deze personen en het voorwerp van de opdracht.

Terwijl een sociale firma waarbij wordt ingekocht wel kan worden beoordeeld op het algemeen ondernemingsbeleid, omdat de opdrachtnemer bij deze sociale firma's inkoopt ten behoeve van de uitvoering van de opdracht, ontbreekt het verband met het voorwerp van de opdracht dus bij het beoordelen van de inschrijver zelf aan de hand van de tredes van de Prestatieladder Socialer Ondernemen.

Overigens kan het PSO 30+-certificaat wel gebruikt worden om aan te tonen dat de inschrijver een organisatie is in de zin van artikel 2.82 Aw en mee kan doen aan opdrachten die zijn voorbehouden op grond van dit artikel. Artikel 2.82 Aw ziet namelijk wel op de onderneming als geheel en de toepassing ervan is daarmee niet beperkt door een vereiste dat het sociale handelen in verband moet staan met de uitvoering van de overheidsopdracht, zoals het geval is bij gunningscriteria en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden.

Een open en transparante procedure

Naast het vereiste dat de keurmerkeisen verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht, stellen de aanbestedingsrichtlijnen en de aanbestedingswet verdere vereisten aan keurmerken, waaronder de noodzaak dat het keurmerk is vastgesteld 'in een open en transparante procedure

⁷⁷ Gemeente Amsterdam, Bureau Social Return, 'Leidraad sociaal opdrachtgeverschap' (2021), p. 41. Nog hogere percentages aan kortingen komen voor bij andere aanbestedende diensten zoals 80 procent (trede 3), 50 procent (trede 2), 20 procent (trede 1), en 5 procent (aspirant-status) – zie voor dit voorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3275, r.o. 2.2.

waaraan alle belanghebbenden, waaronder overheidsinstanties, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties⁷⁸ kunnen deelnemen. De procedure op grond waarvan het keurmerk tot stand is gekomen is essentieel voor de legitimiteit van het keurmerk binnen het aanbestedingsrecht.

In het geval van de Prestatieladder Socialer Ondernemen is het keurmerk ontwikkeld door een publiekrechtelijke organisatie, namelijk de Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO), samen met meerdere bedrijven en de stichting PSO-Nederland. Hoewel TNO meerdere overheidsinstanties en (sociale) ondernemingen betrokken heeft bij de ontwikkeling van de Prestatieladder is het op basis van de beschrijving van de procedure door PSO-Nederland niet volledig na te gaan of aan de vereisten van 2.87a Aw is voldaan.

Aanbevelingen en conclusies

Het Europees aanbestedingsrecht biedt veel ruimte voor wensen en verplichtingen op het gebied van social return. Het rechtsgebied kent echter wel spanningen tussen de liberaliserende vrijeverkeersbepalingen en de sociale doelstellingen, wat inhoudt dat de mogelijkheden voor social return niet onbegrensd zijn.

Op Europees niveau zouden de aanbestedingsrichtlijnen verhelderd kunnen worden door een vervanging van het vereiste dat een criterium of voorwaarde ‘verband moet houden met het voorwerp van de opdracht’ door een verwijzing naar het preciezere begrip ‘levenscyclus’. Hoewel een dergelijke wijziging de huidige regulering kan verhelderen, levert het geen grote wijziging op ten aanzien van de wensen en eisen die aanbestedende diensten kunnen stellen (ten aanzien van social return), omdat het dan alsnog niet mogelijk zou zijn om wensen of eisen te stellen van maatschappelijk verantwoord ondernemen aan het algemeen ondernemingsbeleid.

Ten aanzien van de specifieke vragen die de social return-praktijk van de gemeente Amsterdam oproept kan allereerst worden geconcludeerd dat de combinatie van een gunningscriterium en een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde omtrent social return in lijn is met de aanbestedingsrichtlijnen. Daarnaast kunnen irreëel hoge inschrijvingen op social return worden voorkomen door het vragen van een gedetailleerd plan van aanpak en door het opnemen van een maximumpercentage. Verder is het belangrijk om haalbare percentages op te nemen in aanbestedingen voor opdrachten van hoog specialistische aard om zo geen disproportionele eisen te stellen. Bij het mogelijk maken van een alternatieve invulling van de social return-verplichting is het essentieel dat er alsnog voldaan wordt aan het vereiste dat de voorwaarde verband houdt met het voorwerp van de opdracht.

⁷⁸ Verdere eisen waaraan een keurmerk moet voldoen zijn opgenomen in artikel 43 van Richtlijn 2014/24/EU, zoals geïmplementeerd in artikel 2.78a Aw.