

## NOTITIE

Aan	Start Foundation TNO en PSO-Nederland
Van Inzake	Gijs Verberne en Marnix de Meij Prestatieladder Socialer Ondernemen
Datum	27 september 2013

---

### I. INLEIDING

TNO onderzoekt de mogelijkheden van ontwikkeling en toepassing van een instrument aan de hand waarvan de structurele inzet door bedrijven van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt beoordeeld kan worden. Dit instrument is de Prestatieladder Socialer Ondernemen (hierna: de **PSO**).

Aan de hand van dit instrument zou - op enigerlei wijze - tevens een voordeel kunnen worden gegeven bij aanbestedingen aan bedrijven die al relatief veel bijdragen aan werk voor kwetsbare groepen.

TNO heeft bij verschillende gemeenten belangstelling gewekt voor een dergelijk instrument, en gezamenlijk onderzoeken zij de mogelijkheden voor praktische toepasbaarheid binnen de juridische kaders. Daartoe zal in deze notitie de toepasbaarheid van de PSO binnen kaders van het (Europese) aanbestedingsrecht worden besproken.

Eerst zal in hoofdstuk II. meer uitgebreid worden ingegaan op de opzet van de PSO. Daarna zal het juridisch kader worden geschetst (hoofdstuk III.), waarna in de volgende hoofdstukken aan de hand van het geschetste kader de mogelijkheden van het gebruik van de PSO worden besproken. Daarbij is een onderverdeling gemaakt naar Europese aanbestedingsprocedures (hoofdstuk IV.) en procedures die niet onder het (volledige) Europese aanbestedingsregime vallen (hoofdstuk V.).

## **II. DE PRESTATIELADDER SOCIALER ONDERNEMEN**

In dit hoofdstuk wordt een korte beschrijving gegeven van de opzet van de PSO en de wijze waarop bepaald wordt op welke trede een organisatie wordt ingedeeld. De beschrijving is vooral gebaseerd op informatie die te vinden is op de website [www.pso-nederland.nl](http://www.pso-nederland.nl), waar meer details over aard en opzet van PSO te vinden zijn.

De PSO geeft - kort gezegd - de mate aan waarin een bedrijf bijdraagt aan werkgelegenheid voor mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt ("sociale bijdrage"). De PSO richt zich primair op reguliere werkgevers, en toetst de omvang en kwaliteit van de werkgelegenheid die ze bieden aan personen met een kwetsbare arbeidsmarktpositie. De 'doelgroep' van de PSO wordt hierna meer uitgebreid beschreven.

Een organisatie kan bijdragen aan werkgelegenheid voor mensen met een kwetsbare arbeidsmarktpositie door plaatsingen in de eigen organisatie (directe bijdrage) én door inkopen bij, of werk uitbesteden aan andere PSO- of SW-bedrijven (indirecte bijdrage).

De PSO is ingericht als een prestatieladder. Daarbij worden vier niveaus onderscheiden: een aspirant-status en drie treden waarbij organisaties, in oplopende mate, bovengemiddeld scoren ten opzichte van andere organisaties als het gaat om het bieden van werk aan mensen met een kwetsbare arbeidsmarktpositie.

De PSO bestaat uit zowel kwantitatieve criteria als kwalitatieve eisen (waaronder passend werk, integratie, aandacht voor functioneren en ontwikkeling en begeleiding). Beide elementen spelen een rol bij het in aanmerking komen voor een PSO-erkenning.

Een PSO-erkenning wordt toegekend op basis van een audit door een daartoe bevoegde certificeringsinstantie. Eens in de twee jaar moet de organisatie een nieuwe audit laten uitvoeren (bij aspirant-status vindt de audit al na één jaar plaats).

De verantwoordelijkheid voor het uitgeven van PSO-certificaten ligt bij de Stichting PSO-Nederland. De organisatie die een PSO erkenning aanvraagt, gaat voor de duur van twee jaar een overeenkomst met deze stichting aan (bij aspirant-status is dit één jaar). De overeenkomst wordt elke twee jaar automatisch verlengd. De deelnemende organisatie betaalt een jaarlijkse bijdrage.

### ***De doelgroep***

Relevant voor de 'sociale bijdrage' die aan de hand van de PSO wordt gemeten, zijn de werkzame personen met een kwetsbare arbeidsmarktpositie uit de PSO-doelgroep in een organisatie. De PSO gaat daarbij uit van de regeling waaronder personen vallen op het moment dat zij bij de betreffende organisatie aan de slag gaan. Onder meer de volgende regelingen worden meegenomen: WWB/IOAW/IOAZ; WIA/WAO/WAZ, Wajong, WW, Wsw, en BBL/BOL (MBO-niveau 1 en 2). In het vervolg van deze notitie zal korthedshalve worden gesproken over 'de PSO-doelgroep'.

### ***Kwantificeren van de sociale bijdragen***

Voor het meten van de sociale bijdrage gaat de PSO uit van de realisatie van een organisatie in het jaar voorafgaand aan de peildatum voor de audit. Dat houdt in dat een persoon die bijvoorbeeld halverwege het jaar aan het werk is gegaan, voor de helft wordt meegeteld.

### ***Directe sociale bijdragen***

De directe sociale bijdrage wordt bepaald aan de hand van het aantal werkzame personen uit de PSO-doelgroep, gerelateerd aan de omvang van het totale personeelsbestand van de betreffende onderneming, inclusief personen met een uitzend-, detacherings- of stage-overeenkomst. De arbeidsmarktchansen kunnen echter per persoon sterk verschillen, evenals de inspanning die een werkgever levert. Daarom geldt een weging op de volgende aspecten:

- uitgangspositie bij instroom (regeling);

- type contract (loondienst, detachering, stage, etc);
- omvang contract (aantal uren per week).

#### *Indirecte sociale bijdragen*

Werkgevers die producten of diensten inkopen en/of werk uitbesteden bij andere PSO- of SW-bedrijven, kunnen dat laten meetellen voor de erkenning. Het meetellen van de indirecte sociale bijdrage is vooral bedoeld om 'socialer ondernemen' in de keten te stimuleren. Het vormt geen verplicht onderdeel van de PSO. Daarnaast stelt deze opzet organisaties die zelf niet volledig aan de kwantitatieve normen kunnen voldoen (bijvoorbeeld kennisintensieve bedrijven), in staat toch in aanmerking te komen voor de PSO. Basis voor het berekenen van de indirecte sociale bijdrage is dezelfde meeteenheid als voor het bepalen van de directe sociale bijdrage.

#### *PSO-normen*

De directe en de indirecte sociale bijdrage van een organisatie worden opgeteld tot één getal. De mate van socialer ondernemen (de "trede op de ladder") wordt vervolgens vastgesteld door de uitkomst te vergelijken met vooraf vastgestelde PSO-'normwaarden'. Deze normwaarden zijn gebaseerd op de gemiddelde prestaties van Nederlandse organisaties, onderverdeeld naar grootteklasse én de gemiddelde weging van de uitgangspositie bij instroom (regeling), omvang en type contract.

Om de mate van socialer ondernemen te bevorderen, is de PSO ontwikkeld als een prestatieladder met oplopende gewogen normen. De PSO kent drie treden met de volgende normen per grootteklasse:

<b>Grootteklasse</b>	<b>norm trede 1</b>	<b>norm trede 2</b>	<b>norm trede 3</b>
2-4	16,7%	20,8%	25,0%
5-9	10,0%	15,0%	20,0%
10-49	5,0%	7,5%	10,0%
50-99	2,0%	2,8%	3,5%
100+	1,0%	1,5%	2,0%

Met deze opzet wordt tevens beoogd de PSO-ladder voor zowel kleine(re) als grotere bedrijven bereikbaar te laten zijn.

Voor meer informatie over onder meer de wijze waarop in de PSO de sociale bijdrage van een onderneming wordt bepaald, wordt verwezen naar de website [www.pso-nederland.nl](http://www.pso-nederland.nl).

### III. JURIDISCH KADER

#### Bronnen van aanbestedingsrecht

##### - Europese Richtlijnen

Het relevante juridisch kader wordt gevormd door de Europese aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG (hierna: de **Richtlijn**) en 2004/17/EG (de **Richtlijn Speciale sectoren**). Laatstgenoemde richtlijn is vooral van toepassing op opdrachten die worden gegund door overheidsdiensten of overheidsbedrijven die activiteiten uitoefenen in de sectoren water, energie, vervoer en post, bijvoorbeeld (decentrale) vervoersbedrijven, drinkwaterbedrijven en energiebedrijven.

Gelet op de opzet van PSO, lijkt de Richtlijn Speciale sectoren met het oog het onderhavige advies van ondergeschikt belang, en daarom zal in het vervolg hoofdzakelijk worden gerefereerd aan de Richtlijn.

##### - Aanbestedingswet

De Richtlijn is in Nederland geïmplementeerd met de Aanbestedingswet 2012 (hierna: de **Aanbestedingswet**).

Aanbestedende diensten dienen overheidsopdrachten boven een bepaalde drempel in beginsel aan te besteden met inachtneming van de procedurevoorschriften uit de Richtlijn/de Aanbestedingswet. Voor aanbestedende diensten, anders dan de centrale overheid, zijn de relevante drempelwaarden (thans) EUR 200.000,- (excl. BTW) voor leveringen en diensten, en € 5.000.000,- (excl. BTW) voor werken.

##### - Gids Proportionaliteit

In de Aanbestedingswet is onder meer voorgeschreven dat aanbestedende diensten het beginsel van proportionaliteit in acht moeten nemen; dit geldt ook bij aanbestedingen voor opdrachten onder de drempel. De wetgever heeft de Gids Proportionaliteit (hierna: de **Gids**) als verplicht te volgen richtsnoer aangewezen. De Gids besteedt onder meer in paragraaf 3.5.6 aandacht aan sociale voorwaarden. De Gids stelt:

*Het gaat bij duurzaamheidscriteria waaronder sociale voorwaarden om een complexe materie die nog aan de nodige discussie onderhevig is. Deze Gids leent zich niet voor uitputtende behandeling van dit onderwerp. Hier wordt dan ook slechts beoogd enkele zaken aan te stippen, die in het kader van een aanbestedingsprocedure uit een oogpunt van proportionaliteit nadere aandacht behoeven. Duurzaamheidscriteria kunnen voorkomen in de vorm van (technische en functionele) specificaties, geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria of contractvoorwaarden.  
(...)*

*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.*

De handleiding waar de Gids naar verwijst, is nog niet beschikbaar.

In het vervolg van deze notitie zal meer uitgebreid worden teruggekomen op aanbevelingen uit de Gids ten aanzien van sociale voorwaarden.

##### - Standpunt van de Europese Commissie

In 2001 heeft de Europese Commissie een Interpretatieve mededeling gepubliceerd over de mogelijkheden sociale aspecten te integreren in overheidsopdrachten (hierna: de **Mededeling**).

Blijkens de Mededeling (die overigens geen juridisch 'bindende' status heeft) dienen dergelijke uitvoeringsbepalingen of -voorwaarden in overeenstemming te zijn met het Gemeenschapsrecht, mogen in het bijzonder geen direct of indirect discriminerende werking hebben jegens inschrijvers uit andere landen, en dienen zij vooraf bekend te zijn gemaakt. De bepalingen of voorwaarden mogen geen (verkapte) technische specificaties zijn. Ook mogen ze geen invloed hebben op de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers aan de hand van hun financiële en economische draagkracht en hun technische

bekwaamheid, noch op de gunningscriteria. Dit betekent dat de contractuele voorwaarden in beginsel niet te maken mogen hebben met de beoordeling van de capaciteit van de inschrijver om het werk uit te voeren, of met de gunningscriteria.

*- Europese jurisprudentie*

Het Hof van Justitie van de EU (hierna: **HvJ EU**) heeft het belang benadrukt dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

Voorts is het volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EU niet toegestaan dat aanbestedende diensten eisen dat bepaalde te leveren producten van een bepaald (milieu)keurmerk zijn voorzien. In plaats daarvan mogen enkel gedetailleerde specificaties worden gebruikt (die overigens wel ontleend mogen zijn aan een bepaald keurmerk).

Ten aanzien van gunningscriteria heeft het HvJ EU bepaald dat het niet is toegestaan dat in het kader van de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving een bepaald aantal punten zou worden toegekend wanneer bepaalde te leveren producten van bepaalde keurmerken waren voorzien, zonder de uitgangspunten van die keurmerken op te sommen en te bepalen dat het bewijs dat een product aan die criteria voldoet met elk passend middel kan worden geleverd.

## **Verschillende aanbestedingsprocedures**

De belangrijkste procedures die in de Richtlijn worden onderscheiden, zijn de openbare en de niet-openbare procedure.

*- Openbare procedure*

De openbare procedure is een procedure waarin twee fasen in één keer worden doorlopen: selectie van de geschikte partijen, en beoordeling van de 'beste' inschrijving.

*- Niet-openbare procedure*

De niet-openbare procedure kent twee afzonderlijke fasen; eerst wordt de geschiktheid van de gegadigden beoordeeld, en wordt (eventueel) het aantal gegadigde partijen teruggebracht naar een vooraf bepaald aantal. Deze geselecteerde partijen mogen vervolgens een inschrijving doen, en aan de hand van de ontvangen inschrijvingen wordt bepaald wie de 'beste' inschrijving heeft gedaan.

Daarnaast kent de Richtlijn ook onderhandelingsprocedures en een aanbestedingsprocedure in de vorm van een concurrentiegerichte dialoog. Deze procedures worden in dit advies verder niet behandeld.

## **Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht**

Het aanbestedingsrecht biedt verschillende mogelijkheden voor het onderhands (lees: één-op-één) gunnen van overheidsopdrachten:

- gunning op basis van een uitsluitend recht;
- inbesteding;
- opdrachten onder de drempelwaarde;
- opdrachten inzake 2B-diensten.

Wegens beperkte relevantie met betrekking tot het onderwerp van deze notitie zullen de twee eerstgenoemde mogelijkheden in dit advies slechts beknopt worden besproken.

*- Gunning op basis van een alleenrecht*

Artikel 18 van de Richtlijn bepaalt dat de Richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst (of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten) op basis van een alleenrecht dat deze laatste aanbestedende dienst uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: het **Verdrag**).

*- Inbesteden*

In de rechtspraak van het HvJ EU is de mogelijkheid erkend een opdracht zonder aanbesteding te gunnen aan een lichaam dat los staat van de aanbestedende dienst, maar waarmee de aanbestedende dienst wel een nauwe band heeft ('quasi-inbesteden'). Daarvan kan sprake zijn indien de aanbestedende dienst toezicht uitoefent op dat lichaam zoals op zijn eigen diensten, én dit lichaam het merendeel van zijn werkzaamheden verricht voor de aanbestedende dienst/diensten die hem beheerst/beheersen.

*- Opdrachten onder de drempel*

De Richtlijn is in beginsel niet van toepassing op opdrachten die onder de toepasselijke drempelwaarde liggen. Dit betekent dat dergelijke opdrachten in beginsel onderhands mogen worden gegund.

Overigens blijkt uit de rechtspraak van het HvJ EU dat wanneer vaststaat dat een opdracht onder de drempel een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, de gunning van deze opdracht aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, een ongelijke behandeling oplevert ten nadelen van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die mogelijk in deze opdracht geïnteresseerd zijn. Een dergelijke ongelijke behandeling is in beginsel strijdig met het Verdrag.

Hoewel de genoemde eis van transparantie geen verplichting lijkt in te houden tot het houden van een aanbesteding, impliceert deze eis wel dat ondernemingen vóór gunning toegang moeten kunnen hebben tot bruikbare informatie met betrekking tot de opdracht, zodat zij hun interesse in die opdracht kunnen uiten.

De vraag in welke gevallen er overigens precies sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, is niet eenvoudig te beantwoorden. Uit de rechtspraak lijkt te volgen dat een aanbestedende dienst ervan uit mag gaan dat bij opdrachten onder de drempel van een grensoverschrijdend effect geen sprake is, tenzij er duidelijke indicaties zijn van het tegendeel. Een dergelijke indicatie zou er bijvoorbeeld in kunnen bestaan dat een buitenlandse aanbieder kenbaar heeft gemaakt interesse te hebben in de opdracht. Ook de aard en waarde van de opdracht zouden een rol kunnen spelen bij de beoordeling of een duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is.

*- 2B-diensten*

De Richtlijn maakt onderscheid tussen zogenaamde 2A- en 2B-diensten. Voor bepaalde categorieën diensten, genoemd in onderdeel A van bijlage 2 van de Richtlijn, geldt het volledige aanbestedingsregime van de Richtlijn. Voor andere soorten diensten, genoemd in onderdeel B van bijlage 2, geldt een verlicht aanbestedingsregime.

Bijvoorbeeld schoonmaak en glasbewassing zijn 2A-diensten. Zij vallen onder categorie 14 van bijlage 2A (Reiniging van gebouwen en beheer van onroerend goed). Voor opdrachten voor deze diensten geldt derhalve het volledige aanbestedingsregime.

Onder 2B-diensten vallen onder andere diensten op het gebied van groenonderhoud (plantsoendienst), catering, gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening.

Evenals bij opdrachten onder de drempel, geldt overigens ook bij opdrachten inzake 2B-diensten dat, wanneer een dergelijke opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang zou hebben, onderhandse gunning een op grond van het Verdrag verboden ongelijke behandeling kan vormen. Het HvJ EU heeft echter benadrukt dat de gemeenschapswetgever is uitgegaan van het vermoeden dat 2B-diensten, gelet op hun specifieke aard, geen grensoverschrijdend belang hebben. Daaruit blijkt dat een aanbestedende dienst

er bij de gunning van een opdracht voor 2B-diensten - behoudens contra-indicaties - van uit mag gaan dat van een grensoverschrijdend belang geen sprake is, en dat de opdracht onderhands mag worden gegund. Nu het Unierecht in dergelijke situaties in beginsel niet van toepassing is, zijn ook de Verdragsbepalingen inzake vrije vestiging en vrije dienstverrichting niet van toepassing. Anders dan de Richtlijn, kent de Aanbestedingswet evenwel ook bepalingen die zien op procedures op aanbestedingen onder de drempel.

*- Aanbestedingswet heeft breed toepassingsbereik*

Het toepassingsbereik van de Aanbestedingswet is breder dan de Richtlijn, en kent bepalingen die zien op alle overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst worden geplaatst. Zo bepaalt artikel 1.13, dat ziet op nationale aanbestedingen:

*1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.*

*2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:*

- a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;*
- b. de uitsluitingsgronden;*
- c. de inhoud van de geschiktheidseisen;*
- d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;*
- e. de te stellen termijnen;*
- f. de gunningscriteria;*
- g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;*
- h. de voorwaarden van de overeenkomst.*

*3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen [i.e. de Gids] waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.*

*4. De aanbestedende dienst past de in het derde lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.*

*(...)*

Ook met betrekking tot opdrachten die niet onder de werking van het Unierecht vallen, geldt dus dat de eisen, voorwaarden en de criteria die aan inschrijvers en inschrijvingen worden gesteld, proportioneel dienen te zijn, dat wil zeggen in redelijke verhouding dienen te staan tot het voorwerp van de opdracht. Wat dat in verschillende praktijksituaties concreet betekent, is vooralsnog niet duidelijk; relevante rechtspraak hierover is er nog nauwelijks. Wel kan uit de Gids worden afgeleid hoe de regering aankijkt tegen het proportionaliteitsbeginsel.

*- De Gids over sociale voorwaarden*

In de Gids is onder meer het volgende voorschrift opgenomen:

***Voorschrift 3.5 B:***

***Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, stelt hij alleen geschiktheidseisen die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt, of terug te voeren zijn op de gewenste competentie(s).***

*Geschiktheidseisen zijn minimumeisen, wat betekent dat aan de eisen voldaan moet worden.*

*De mate van voldoen aan de gestelde eisen, dat wil zeggen dat een onderneming beter scoort op de eis dan het gestelde minimum, is geen maatstaf. Aanbestedende diensten dienen er alert op te zijn, niet meer eisen te stellen dan strikt noodzakelijk.*

*Geschiktheidseisen worden gesteld om bepaalde risico's af te dekken. De aanbestedende dienst dient altijd na te gaan welke daadwerkelijke risico's er zijn en of die risico's worden afgedekt door de eisen die worden gesteld. Tenslotte speelt dan de vraag of de eis wel in redelijke verhouding staat tot het af te dekken risico en de aard en omvang van de opdracht. Belangrijk is dat de geschiktheidseisen die aan een onderneming en eventuele onderaannemer worden gesteld, direct terug te voeren zijn op de betreffende opdracht, en inspelen op competenties die concreet nodig zijn om de betreffende opdracht goed te kunnen uitvoeren.*

Meer specifiek merkt de Gids met betrekking tot sociale voorwaarden op (onderstrepingen toegevoegd):

*Het gaat bij duurzaamheidscriteria waaronder sociale voorwaarden om een complexe materie die nog aan de nodige discussie onderhevig is. Deze Gids leent zich niet voor uitputtende behandeling van dit onderwerp. Hier wordt dan ook slechts beoogd enkele zaken aan te stippen, die in het kader van een aanbestedingsprocedure uit een oogpunt van proportionaliteit nadere aandacht behoeven. Duurzaamheidscriteria kunnen voorkomen in de vorm van (technische en functionele) specificaties, geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria of contractvoorwaarden.*

*Voor de behandeling van dit onderwerp zijn de betreffende paragrafen dan ook van belang.*

*In willekeurige volgorde wordt gewezen op het volgende:*

*• Bij het stellen van duurzaamheidscriteria is het proportioneel de omvang van de opdracht mee te laten wegen bij de keuze om eisen op dit terrein te stellen. Dit betekent niet dat voor kleine opdrachten geen duurzaamheidscriteria gesteld mogen worden.*

*• De criteria met betrekking tot duurzaamheid waaronder sociale voorwaarden dienen enerzijds in redelijke verhouding te staan tot de aard en omvang van de opdracht, maar dienen anderzijds te worden afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden. Indien uit marktonderzoek blijkt dat een brede range van bedrijven voldoet aan bepaalde criteria, dan kunnen deze generiek toegepast als eis opgenomen worden. Gaat het om vernieuwingen op de markt waar slechts een beperkt aantal ondernemingen aan kan voldoen, dan kunnen ze beter als een van de subcriteria binnen het gunningscriterium EMVI opgenomen worden. Opnemen van technische specificaties en eisen waaraan slechts een zeer beperkt deel van de markt voldoet en daardoor daadwerkelijke mededinging niet langer gewaarborgd is, is niet alleen disproportioneel, maar ook onverstandig.*

*• Als uitgangspunt geldt dat de duurzaamheidscriteria in het kader van de beoordeling op EMVI reële waardering krijgt en objectief meetbaar is.*

*• Proportionaliteit van duurzaamheidscriteria wordt bevorderd, wanneer aanbestedende diensten met (potentiële) inschrijvers te allen tijde het gesprek aangaan over de ideeën en mogelijkheden die er ten aanzien van duurzaamheid bestaan. Enige vorm van marktconsultatie als bedoeld in § 2.5 zou daartoe een middel kunnen zijn.*

*• Bij de definitieve keuze voor het stellen van duurzaamheidscriteria is het navolgende van belang.*

*1. Eenduidigheid: Bij de keuze dient in eerste instantie aangesloten te worden bij algemeen geldende criteria toegesneden op de relevante branches (opgesteld door AgentschapNL).*

*2. Formulering van eigen afwijkende criteria kan in geval van functioneel specificeren en/of een aanbesteding op basis van EMVI een optie zijn, mits via een marktverkenning is getoetst dat voldoende marktpartijen hieraan kunnen voldoen.*

*3. Over het algemeen is het sowieso verstandig om op dit gebied niet te veel met geschiktheidseisen te werken; wil je als organisatie een stimulans geven aan duurzaamheid en verder gaan dan de criteria van AgentschapNL, verdient het sterke aanbeveling dat in de vorm van gunningscriteria te doen: dit bevordert de verdere ontwikkeling van duurzaamheid, zonder a priori bedrijven uit te sluiten die hier (nog) niet aan voldoen.*



*Overgangstermijn: Indien eisen op het gebied van duurzaamheid worden gesteld, wordt opgemerkt dat de markt dan ook wel de gelegenheid moet krijgen, de bedrijfsvoering op eenmaal binnen de organisatie van de aanbestedende dienst vastgestelde eisen af te stemmen; voortdurend wijzigen van voorwaarden wordt in dat kader evenmin passend geacht.*

*• Bij het vragen naar referenties met betrekking tot duurzaamheid geldt hetzelfde als voor referenties in het algemeen. Uit de referenties dient duidelijk te blijken, dat de inschrijver beschikt over de competenties om de gevraagde duurzaamheid in de praktijk te brengen, het is niet nodig te vragen naar een identiek vergelijkbaar project; duurzaamheid hangt immers nauw samen met innovatie en het kunnen aanbieden van varianten. De doelen die worden gesteld moeten wel afgeleid zijn van de nationale duurzaamheidsthema's.*

*Als laatste dient bewijslast op het punt van duurzaamheid in de laatste fase plaats te vinden, net als bij andere geschiktheidseisen en gunningscriteria.*

*• Het opnemen in aanbestedingsstukken van een verplichting voor de opdrachtnemer tot het laten rapporteren over duurzaamheidsaspecten dient plaats te vinden conform het advies van de SER en de Raad voor de Jaarverslaggeving. Rapportage anderszins wordt daarmee dus disproportioneel geacht.*

*Bij sociale voorwaarden voor duurzaam inkopen gaat het om de sociale situatie in de (internationale) productieketen. Hierbij valt te denken aan naleving van universele rechten van de mens waaronder vakbondsvrijheid, verbod op kinderarbeid, gedwongen arbeid en discriminatie.*

*Het gaat hier slechts om een redelijke inspanningsverplichting, afhankelijk van een redelijke inschatting van de risico's.*

*• Verwijzing naar bepaalde keurmerken mag aanbestedingsrechtelijk niet. Het verdient aanbeveling te kijken naar de doelstellingen die ten gronde liggen aan keurmerken en deze op te nemen, zodat ook bedrijven die aan deze criteria voldoen zonder over het keurmerk te beschikken een eerlijke kans maken.*

Uit het voorgaande kan onder meer worden afgeleid dat de regering van oordeel is dat ook voor aanbestedingen onder de drempel en voor opdrachten inzake 2B-diensten niet verwezen mag worden naar de PSO als een specifiek keurmerk zonder dat de aanbestedende dienst daarbij de uitgangspunten van de PSO opsomt, en tevens aangeeft dat het bewijs dat aan deze uitgangspunten wordt voldaan, niet alleen met een PSO-certificaat, maar met elk passend middel kan worden geleverd.

Een kanttekening is hierbij op zijn plaats: voornoemde standpunten uit de Gids zijn niet vervat in een concreet voorschrift. Op grond van het bepaalde in artikel 1.13 van de Aanbestedingswet kan worden betoogd dat een aanbestedende dienst enkel gehouden is aan de voorschriften uit de Gids, en niet aan in de Gids opgenomen overwegingen, zoals de hiervoor geciteerde tekst. Bij gebrek aan jurisprudentie hierover is vooralsnog niet duidelijk welke waarde aan dergelijke overwegingen moet worden gehecht. Bovendien kan uit bedoeld artikel wordt opgemaakt dat een aanbestedende dienst kan afwijken van voorschriften uit de Gids (op voorwaarde dat dit in de aanbestedingsstukken gemotiveerd wordt). Daar komt nog bij dat de Gids zelf erkent dat het complexe materie betreft "die nog aan de nodige discussie onderhevig is".

Nu er op dit punt sprake is van juridisch onontgonnen terrein, is zeker niet uit te sluiten dat er aanbestedende diensten zullen zijn die 'de grenzen willen opzoeken'. Zij zouden bijvoorbeeld de PSO als geschiktheidseis en/of als gunningscriterium kunnen hanteren, en dat onderbouwen door erop te wijzen dat (i) de Richtlijn en de Verdragsbeginselen niet van toepassing zijn, (ii) er geen bepaling in de Aanbestedingswet is die zich hier expliciet tegen verzet.

In het volgende hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de mogelijkheden voor toepassing van de PSO.

#### IV. GEBRUIK VAN DE PSO IN EUROPESE AANBESTEDINGSPROCEDURES

In het voorgaande hoofdstuk is het juridisch kader geschetst waarbinnen aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten dienen te opereren. Zoals in de eerste twee hoofdstukken van deze notitie is toegelicht, is met de opzet van de PSO onder meer beoogd bedrijven in de gelegenheid te stellen zich op het gebied van socialer ondernemen te kunnen onderscheiden in aanbestedingsprocedures. In dit hoofdstuk zal besproken worden welke rol(len) de PSO kan spelen binnen het aanbestedingsrechtelijke kader. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen aanbestedingsprocedures die onder het volledige regime van de Richtlijn vallen, en andere aanbestedingsprocedures.

##### Geschiktheidseisen

Aanbestedende diensten kunnen criteria opstellen om de 'geschiktheid' van aanbieders voor de betreffende opdracht te beoordelen. Het doel van deze geschiktheidseisen is gegadigden of inschrijvers te beoordelen op technische, economische en financiële capaciteiten met betrekking tot de uitvoering van de opdracht, alsmede op integriteit en op de bevoegdheid om beroepsactiviteiten te mogen uitoefenen.

Geschiktheidseisen zullen steeds moeten voldoen aan de beginselen van gelijke behandeling, transparantie, objectiviteit en proportionaliteit.

##### - De PSO als geschiktheidseis in Europese aanbestedingsprocedures

Een aanbestedende dienst kan met betrekking tot de geschiktheid van inschrijvers eisen stellen ten aanzien van, enerzijds, de financiële en economische draagkracht van de onderneming en anderzijds de technische en/of beroepsbekwaamheid.

In de Richtlijn is vastgelegd aan de hand van welke gegevens aanbestedende diensten de geschiktheid van ondernemers kunnen toetsen. In (Europese) jurisprudentie is bevestigd dat deze bepalingen een 'gesloten systeem' vormen (zie bijvoorbeeld het arrest van het HvJ EU in zaak 31/87 (Beentjes)), hetgeen impliceert dat beoordeling van geschiktheid enkel mag geschieden op basis van de in de Richtlijn genoemde gegevens. Sociale aspecten worden in de ter zake relevante artikelen van de Richtlijn niet genoemd. Blijkens de Mededeling is het slechts indien voor een opdracht specifieke vakkundigheid op 'sociaal' terrein vereist is, toegestaan specifieke ervaring te eisen als criterium voor technische bekwaamheid en kennis.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het in beginsel niet toelaatbaar moet worden geacht dat in Europese aanbestedingsprocedures de PSO als geschiktheidseis zou worden gehanteerd.

Niet uit te sluiten is evenwel dat in bepaalde gevallen, waarin voor een opdracht specifieke vakkundigheid vereist is op het gebied van 'socialer ondernemen', een dergelijke geschiktheidseis wel gesteld zou kunnen worden. Het gebruik van PSO als geschiktheidseis in een Europese aanbestedingsprocedure stuit dan nog op in ieder geval een tweetal bezwaren.

In de eerste plaats geldt dat een dergelijke eis verenigbaar zal moeten zijn met het Unierecht, met name om de in het Verdrag neergelegde vrijheid van vestiging en dienstverrichting. Uit de rechtspraak volgt dat een eis ten aanzien van de inzet van (een percentage) werklozen of mensen met een arbeidshandicap een schending zou opleveren van de Verdragsbeginselen, "*indien mocht blijken dat alleen binnenlandse inschrijvers aan die voorwaarde kunnen voldoen dan wel dat inschrijvers uit andere lidstaten er moeilijker aan kunnen voldoen*" (HvJ EU, zaak 31/86, *Beentjes*, r.o. 30. Zie bijvoorbeeld ook zaak C-243/89, *Storebaelt*).

In de huidige opzet ziet de PSO niet alleen op de inzet van werknemers afkomstig uit Nederland die op grond van Nederlandse regelingen zoals WWB, IOAW en IOAZ een vergoeding krijgen. Daarenboven is het voor een in het buitenland gevestigde opdrachtnemer is het mogelijk te voldoen een PSO certificering te verkrijgen.

Een bezwaar is er wel in gelegen dat in Europese jurisprudentie is bepaald dat het aanbestedende diensten weliswaar is toegestaan, gebruik te maken van de uitgangspunten van een bepaald 'sociaal keurmerk', maar niet om het keurmerk zelf als technische specificatie te hanteren. Zo mag een milieukeur slechts worden gebruikt met de vermelding dat de producten die ervan voorzien zijn, worden geacht aan de aldus vastgelegde specificaties te voldoen, onder het uitdrukkelijke voorbehoud dat elk ander passend bewijsmiddel is toegestaan (zie HvJ EU, zaak C-368/10, *Commissie/Nederland*).

Een aanbestedende dienst zou het hierboven geschetste bezwaar mogelijk kunnen ondervangen door niet de PSO als specificatie voor te schrijven, maar de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten, en door bijvoorbeeld ook vergelijkbare initiatieven uit andere Europese lidstaten te aanvaarden als bewijs dat voldaan wordt aan een aldus geformuleerde geschiktheidseis. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling zal later in deze notitie worden uitgewerkt.

### **Selectiecriteria**

De criteria die aanbestedende diensten hanteren om de geschiktheid van aanbieders voor de betreffende opdracht te beoordelen, kunnen ook gebruikt worden voor een nadere selectie van gegadigden, dat wil zeggen om het aantal gegadigden terug te brengen naar een vooraf bepaald aantal (bijvoorbeeld in de niet-openbare procedure).

Evenals geschiktheidseisen zullen ook selectiecriteria moeten voldoen aan de beginselen van gelijke behandeling, transparantie, objectiviteit en proportionaliteit.

#### *- De PSO als selectie criterium in Europese aanbestedingsprocedures*

Uit de Richtlijn en jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat nadere selectie enkel kan geschieden aan de hand van de informatie die kan worden opgevraagd met betrekking tot de geschiktheidscriteria (zie bijvoorbeeld het arrest van het HvJ EU in zaak C-360/89, *Commissie/Italië*).

Zoals eerder aangegeven, kent de Richtlijn een limitatief systeem van geschiktheidscriteria, en sociale aspecten worden ter zake in de Richtlijn niet genoemd. Naar analogie van de conclusie ten aanzien van het gebruik van de PSO als geschiktheidseis, lijkt het in beginsel niet toelaatbaar wanneer in Europese aanbestedingsprocedures de PSO als selectie criterium zou worden gehanteerd.

Niet uit te sluiten is evenwel dat in bepaalde gevallen, waarin voor een opdracht specifieke vakkundigheid vereist is op het gebied van 'socialer ondernemen', een dergelijke selectie criterium wel toegepast zou kunnen worden. Een aanbestedende dienst zal in dat geval - net als hierboven is beschreven ten aanzien van geschiktheidseisen - niet zozeer de PSO zelf als criterium kunnen hanteren, maar de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten.

### **Gunningscriteria**

Waar geschiktheidseisen en selectiecriteria zien op de hoedanigheid van de aanbieder, zien gunningscriteria op de aanbieding (het voorwerp van de opdracht).

Gunningscriteria zijn de inhoudelijke criteria die een aanbestedende dienst hanteert voor de keuze van de beste aanbieder. Blijkens het bepaalde in artikel 53 van de Richtlijn kan een aanbestedende dienst daarbij kiezen voor de laagste prijs, of de economisch meest voordelige inschrijving ('EMVI') waarbij, naast de prijs, andere criteria beoordeeld kunnen worden die verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukeurmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering. De Aanbestedingswet schrijft in artikel 2.114 voor dat in beginsel steeds het criterium EMVI gehanteerd zal moeten worden, tenzij een aanbestedende dienst gemotiveerd aangeeft waarom hij het criterium laagste prijs wil gebruiken.

*- De PSO als gunningscriterium in Europese aanbestedingsprocedures*

De PSO meet de structurele inzet van deelnemers op het gebied van socialer ondernemen. De PSO ziet uitdrukkelijk niet op de uitvoering van een bepaalde (overheids-)opdracht. De PSO vormt daarmee een soort keurmerk met betrekking tot de hoedanigheid van de inschrijver. Dit lijkt een belangrijk knelpunt voor de inzet van de PSO als gunningscriterium in aanbestedingsprocedures die vallen onder het volledige regime van de Richtlijn. De Richtlijn bepaalt immers in artikel 53, lid 1, dat gunningscriteria verband te dienen te houden met het voorwerp van de opdracht. De positie ('trede') die een inschrijver op de PSO inneemt, zal in een Europese aanbestedingsprocedure in beginsel niet mogen meewegen bij het bepalen van de 'winnende inschrijving'.

**Bijzondere voorwaarden**

Artikel 26 van de Richtlijn bepaalt dat aanbestedende diensten bijzondere voorwaarden kunnen vaststellen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd; deze kunnen met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen.

In de preambule bij de Richtlijn wordt hierover bij randnummer 33 overwogen:

*(...) Zij kunnen met name ten doel hebben de beroepsopleiding op de werkplek of de arbeidsparticipatie van moeilijk in het arbeidsproces te integreren personen te bevorderen, de werkloosheid te bestrijden of het milieu te beschermen. Als voorbeeld kan onder andere worden verwezen naar de verplichtingen om voor de uitvoering van de opdracht langdurig werklozen aan te werven of in opleidingsacties voor werklozen of jongeren te voorzien, om inhoudelijk de belangrijkste verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) na te leven indien deze niet in het nationale recht zijn omgezet, en om een groter dan het bij de nationale wetgeving voorgeschreven aantal gehandicapten aan te werven.*

*- De PSO als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde in Europese aanbestedingsprocedures*

Hoewel de Richtlijn aanbestedende diensten uitdrukkelijk de mogelijkheid toekent bijzondere voorwaarden vast te stellen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, en deze voorwaarden ook kunnen zien op sociale aspecten, kan betwijfeld worden of het voorschrijven van deelname aan de PSO toegestaan is.

Belangrijk is dat, indien een aanbestedende dienst een bijzondere voorwaarde (bijvoorbeeld op sociaal gebied) wenst te verbinden aan de opdracht, een dergelijke voorwaarde verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht, en ook moet zien op de uitvoering van de opdracht. Dit maakt dat een verplichting tot deelname aan de PSO in beginsel niet als bijzondere voorwaarde aan een opdracht kan worden verbonden, nu de PSO ziet op het structurele beleid van de gehele onderneming, en niet op de uitvoering van de opdracht.

## **V. GEBRUIK VAN DE PSO IN AANBESTEDINGSPROCEDURES VOOR OPDRACHTEN DIE NIET ONDER HET (VOLLEDIGE) EUROPESE AANBESTEDINGSREGIME VALLEN**

De omstandigheid dat de waarde van een opdracht de drempelwaarde niet overschrijdt, duidt erop dat deze opdracht in beginsel geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Dat zelfde geldt voor opdrachten inzake 2B-diensten. Een aanbestedende dienst mag er derhalve vanuit gaan dat bij opdrachten onder de drempel en bij opdrachten inzake 2B-diensten van een duidelijk grensoverschrijdend belang geen sprake is, tenzij er duidelijke indicaties zijn van het tegendeel. Uit (Europese) rechtspraak blijkt dat de Verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer niet van toepassing zijn op zuiver interne situaties binnen een lidstaat.

Bij het plaatsen van opdrachten die niet (volledig) onder de werking van de Richtlijn vallen, mag een aanbestedende dienst in beginsel zelf de (procedure)voorschriften van de aanbesteding/de opdracht bepalen. Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven, geldt op grond van artikel 1.13 van de Aanbestedingswet, dat een gemeente ook bij nationale aanbestedingen uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria mag stellen aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Met betrekking tot dit beginsel van proportionaliteit kan overigens de vraag aan de orde komen of een geschiktheidseis die, of een gunningscriterium dat ziet op de gehele organisatie van de inschrijver (en niet enkel op de uitvoering van de opdracht) geen strijdigheid oplevert met het proportionaliteitsbeginsel.

Een ander element dat in relatie met het proportionaliteitsbeginsel een rol zou kunnen spelen, is de termijn waarbinnen een onderneming een PSO-certificering zou kunnen krijgen. Zo oordeelde de rechter dat de in een aanbesteding gehanteerde eis dat inschrijvers over een FSC-certificaat dienden te beschikken niet disproportioneel was, onder meer omdat het betreffende certificaat "*tegen relatief geringe kosten en op zeer korte termijn - mogelijk zelfs al binnen één of twee weken na aanvraag*" (binnen de termijn voor het doen van een inschrijving) te verkrijgen was (uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 29 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD3219).

Ook lijkt het niet onaannemelijk dat deelname aan een (certificerings-) programma als de PSO een proces is dat tijd en geld kost. Voor een kleine onderneming kan dat reden zijn niet aan een dergelijk programma deel te nemen. Voorts kan voor een kleine onderneming gelden dat, gelet op bijvoorbeeld de beperkte omvang van het personeelsbestand, het werk bieden aan personen 'uit de doelgroep' niet realistisch is. Weliswaar houdt de PSO in opzet rekening met de mogelijkheid dat kleine(re) bedrijven moeten kunnen deelnemen aan de PSO, en gelden er afhankelijk van de (personeels)omvang van de onderneming verschillende normen, niet is uit te sluiten dat in voorkomende gevallen een bepaalde onderneming kan aanvoeren dat - gelet op aard en omvang van de opdracht - een eis/voorwaarde die ziet op deelname aan (een programma als) de PSO disproportioneel, en dus ontoelaatbaar is.

Jurisprudentie zal hierover mogelijk op termijn meer duidelijkheid kunnen scheppen.

Nu er op dit punt sprake lijkt te zijn van juridisch onontgonnen terrein, is zeker niet uit te sluiten dat er aanbestedende diensten zullen zijn die 'de grenzen willen opzoeken'. Zij zouden bijvoorbeeld de PSO als geschiktheidseis en/of als gunningscriterium kunnen hanteren, en daarbij aanvoeren dat (i) de Richtlijn en de Verdragsbeginselen niet van toepassing zijn, (ii) er geen bepaling in de Aanbestedingswet is die zich hier expliciet tegen verzet. Binnen dit 'grijze gebied' zijn enkele scenario's te schetsen.

### **Scenario 1. PSO onverkort als eis/criterium hanteren**

Indien het toelaatbaar wordt geacht (bijvoorbeeld in geval van een opdracht onder de drempel of van een overheidsopdracht voor een 2B-dienst) dat een gemeente bij het plaatsen van een overheidsopdracht de PSO kan hanteren, kan inzet op verschillende manieren plaatsvinden. Enkele voorbeelden:

- PSO als voorwaarde voor het sluiten van een overeenkomst bij onderhandse gunning. Indien er geen aanbestedingsprocedure wordt gehouden, maar een bepaalde opdracht onderhands (één-op-één) gegund wordt, kan de gemeente PSO-certificering in de voorwaarden opnemen.

- PSO als selectie criterium voor plaatsing op de 'shortlist'. Veel gemeenten werken met een shortlist van bedrijven die benaderd worden wanneer de gemeente een meervoudig onderhandse aanbesteding houdt. Bij het opstellen van dergelijke lijsten kunnen verschillende criteria worden gehanteerd die opnemings op de lijst en/of de positie op die lijst bepalen. Deelname aan/positie op de PSO zou hierbij een rol kunnen spelen.

- PSO als criterium bij het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving bij een onderhandse aanbesteding. Hierbij kan bijvoorbeeld overwogen worden deelnemers aan PSO een (fictieve) korting op de inschrijfsom toe te kennen, naar analogie van een in de gemeente Apeldoorn toegepaste praktijk.

#### **Apeldoorn - PSO in de praktijk**

*In de zomer van 2011 heeft het college van de gemeente Apeldoorn besloten sociaal aanbesteden op te nemen in het gemeentelijk aanbestedingsbeleid. Sociaal aanbesteden is één van de methoden om werkgevers te stimuleren mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt in dienst te nemen.*

*De gemeente Apeldoorn heeft ervoor gekozen de PSO als pilot in te zetten bij een meervoudig onderhandse aanbesteding voor een meerjarig onderhoudscontract. Vijf aannemers zijn uitgenodigd om een offerte in te dienen voor het meerjarig contract. Deze aannemers hebben een vooraankondiging ontvangen waarin vermeld stond dat de PSO onderdeel uitmaakt van de gunningcriteria. In de brief is informatie gegeven over de aanbesteding en de PSO. Aannemers hebben het advies gekregen de PSO aan te vragen en hen is de mogelijkheid geboden om het gesprek met de gemeente Apeldoorn aan te gaan. Bedrijven die meededen aan de aanbesteding waren overigens niet verplicht de PSO aan te vragen.*

*De PSO is als één van de gunningcriteria meegenomen in de aanbesteding, waarbij een inschrijver maximaal een percentage van de loonsom als fictieve korting kan verdienen, wanneer deze op de hoogste trede van de PSO staat. Dit percentage is afgeleid van het percentage dat normaliter bij een dergelijke aanbesteding als social return eis zou zijn opgenomen.*

*Als voorbeeld voor de gehanteerde systematiek (die per aanbesteding flexibel ingevuld kan worden), dient het volgende:*

- geen PSO-certificaat: geen voordeel*
- aspirant-status: 7% fictieve korting*
- PSO-trede 1: 10% fictieve korting*
- PSO-trede 2: 13% fictieve korting*
- PSO-trede 3: 15% fictieve korting*

*Alle vijf aannemers die meededen aan de aanbesteding hebben de PSO aangevraagd. Uiteindelijk hebben twee aannemers de aspirant-status ontvangen, twee aannemers de PSO-trede 3 en één aannemer de PSO-trede 1.*

## Scenario 2. Verwijzen naar de uitgangspunten van de PSO

Indien de Gids wordt gevolgd in de stelling dat "het verwijzen naar een keurmerk aanbestedingsrechtelijk niet mag" (zie vorige hoofdstuk), en de PSO als keurmerk wordt gezien, kan een gemeente overwegen in de aanbestedingsstukken te refereren aan de doelstellingen die ten grondslag liggen aan de PSO.

Zo zou een gemeente bijvoorbeeld kunnen besluiten als voorwaarde in de aanbestedingsstukken op te nemen:

### Verwijzen naar de uitgangspunten van de PSO

"Voor gunning van deze opdracht komen alleen ondernemingen in aanmerking die zich aantoonbaar op structurele wijze inzetten voor een succesvolle (re-)integratie van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt, meer in het bijzonder personen die instromen vanuit WWB/IOAW/IOAZ; WIA/WAOWAZ, Wajong, WW, Wsw, of BBL/BOL [of vergelijkbare regelingen in het land van vestiging van de inschrijver].

Daarbij moet de onderneming in ieder geval aantoonbaar resultaten behalen op de volgende onderdelen:

*- Passend werk*

De organisatie draagt er zorg voor dat de medewerker uit de genoemde doelgroep(en) passend werk heeft dat aansluit bij zijn arbeidsmogelijkheden.

*- Integratie*

De organisatie draagt er zorg voor dat de medewerker uit de genoemde doelgroep(en) is geïntegreerd in de organisatie en op de werkvloer.

*- Functioneren en ontwikkeling*

De organisatie draagt er zorg voor dat de leidinggevende en andere functionarissen die een rol spelen in de (bege)leiding van de medewerker doelgericht bezig zijn met het functioneren en de ontwikkeling van de medewerker uit de genoemde doelgroep(en).

*- Begeleiding*

De organisatie draagt er zorg voor dat de medewerker uit de genoemde doelgroep(en) extra begeleiding ontvangt als dat nodig is op grond van zijn beperkingen en/of zijn afstand tot de arbeidsmarkt.

Het is aan een inschrijver om bij inschrijving aan de hand van schriftelijke stukken aan te tonen dat zij aan voornoemde voorwaarde voldoet. De aanbestedende dienst zal als afdoende bewijs daarvan in ieder geval aanvaarden een certificaat waaruit blijkt de betreffende onderneming [trede X] van de PSO heeft bereikt."

## **V. TEN SLOTTE**

In het voorgaande is toegelicht dat de mogelijkheden voor een aanbestedende diensten bij Europese aanbestedingsprocedures voordelen te kunnen toekennen aan bedrijven die aan de PSO deelnemen zeer beperkt zijn. Ook het (dwingend) voorschrijven van deelname aan de PSO moet in beginsel niet toelaatbaar worden geacht.

Voor aanbestedingsprocedures met betrekking tot opdrachten die buiten de werkingssfeer van de Richtlijn en het Verdrag vallen, lijkt de ruimte voor het (onverkort) toepassen van de PSO (of de uitgangspunten van de PSO) groter. Wel geldt op grond van de Aanbestedingswet dat een gemeente ook bij opdrachten die niet Europees behoeven te worden aanbesteed uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria mag stellen aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Wat dit in de praktijk betekent voor de toepassing, is thans nog niet met zekerheid te zeggen. Er zijn gemeenten die de PSO in aanbestedingsprocedures hebben toegepast. Op het moment van schrijven van deze notitie waren er geen gevallen bekend waarin het gebruik van de PSO aanleiding heeft gegeven tot rechtszaken.

De juridische grenzen aan de ruimte die gemeenten hebben voor het toepassen van de PSO in niet Europese aanbestedingen zijn thans nog niet helder gemarkeerd. Weliswaar heeft de Nederlandse regering enkele piketpalen geslagen in een poging het speelveld verder af te bakenen, maar tot rechterlijke toetsing is het nog niet gekomen. Gemeenten die socialer ondernemen een (grotere) rol willen laten spelen in hun inkoop- en aanbestedingsbeleid, doen er goed aan voorafgaand aan iedere aanbestedingsprocedure die daarvoor in aanmerking lijkt te komen, een zorgvuldige afweging te maken of en in hoeverre de PSO (althans de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten) een instrument zou kunnen zijn in de beoordeling van de inschrijvers en/of inschrijvingen.