

STAPPENPLAN SOCIALER AANBESTEDEN

EEN HANDLEIDING VOOR GEMEENTEN

Deze handleiding is tot stand gekomen in opdracht van Cedris: vereniging voor een inclusieve arbeidsmarkt. Doelstelling van de handreiking is om socialer aanbesteden te stimuleren en zo een impuls te geven aan een inclusieve arbeidsmarkt

Het plaatsen van voorbehouden opdrachten op grond van artikel 2.82 van de Aanbestedingswet

A. Inleiding

Artikel 2.82 van de Aanbestedingswet 2012 biedt gemeenten mogelijkheden om bij aanbestedingen alleen sociale werkplaatsen en 'sociale ondernemers' (dat wil zeggen ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben) te laten meedoen. Deze beperking kan eventueel op een deel van de opdracht zien. Wanneer de opdracht bijvoorbeeld is verdeeld in percelen, zou een bepaald perceel voorbehouden kunnen worden aan sociale werkplaatsen of sociale ondernemingen.

Artikel 2.82 biedt gemeenten niet de mogelijkheid opdrachten onderhands te gunnen aan het 'eigen' SW-bedrijf, maar ze kunnen op deze manier wel bevorderen dat de opdracht naar een sociale onderneming gaat.

Van deze mogelijkheid voor gemeenten om socialer aan te besteden lijkt in de praktijk (nog) niet veel gebruik gemaakt te worden. Daarmee wordt de ruimte die er is om sociale ondernemingen te ondersteunen onvoldoende benut. Deze handleiding kan een hulpmiddel zijn om vaker sociaal aan te besteden.

Om tot een 'sociale aanbesteding' te worden toegelaten dient een onderneming de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel te hebben¹, en ten minste 30% van de werknemers moeten gehandicapte of kansarme werknemers zijn.

Let wel: deze handleiding ziet **niet** op toepassing van artikel 2.82a.

Artikel 2.82a staat volledig los van de mogelijkheden tot het plaatsen van voorbehouden opdrachten als bedoeld in artikel 2.82. De toepassing van artikel 2.82a is beperkt tot enkele soorten specifieke opdrachten voor diensten, met name op het gebied van gezondheidszorg en onderwijs. Bovendien gelden er voor de organisaties waar de betreffende opdrachten aan voorbehouden kunnen worden bijzondere voorwaarden met betrekking tot de participatie van werknemers of belanghebbenden, en met betrekking tot de bestemming van winsten.

B. 'Gehandicapte of kansarme werknemers'

De wet spreekt over 'gehandicapte of kansarme werknemers'. Zowel het begrip 'gehandicapt of kansarm' als het begrip 'werknemer' vereisen nadere toelichting.

Tot de doelgroep behoren in ieder geval personen die vallen onder de Wet banenafpraak en quotum arbeidsbeperkten, dat wil zeggen:

- mensen die onder de Participatiewet vallen en geen wettelijk minimumloon kunnen verdienen;
- mensen met een indicatie in het kader van de Wet sociale werkvoorziening;

¹ Of waarbij de uitvoering van de procedure voorbehouden is in het kader van programma's voor beschermde arbeid.

- Wajongers met arbeidsvermogen;
- mensen met een baan in het kader van de Wet inschakeling werkzoekenden of met een in- en doorstroombaan (ID-baan).

Daarnaast behoren tot de doelgroep ook mensen die een uitkering ontvangen op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering. In het stappenplan wat hieronder volgt vindt u bij stap 3B een overzicht van de doelgroep-medewerkers zoals bedoeld in artikel 2.82.

Artikel 2.82 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat het moet gaan om 'werknemers', maar de wet geeft verder geen definitie van dat begrip. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat er sprake moet zijn van een substantiële invulling; kortlopende tijdelijke contracten en nul-urencontracten vormen volgens de wetgever in elk geval geen substantiële invulling. Aan de hand van bijvoorbeeld de verloonde uren of de loonsom kan de werkgever aantonen dat hij een substantiële invulling geeft aan de 30%-eis.

Hoewel de wetgever niet ingaat op het begrip werknemer, kan op grond van de wetsgeschiedenis en (Europese) jurisprudentie betoogd worden dat er niet noodzakelijkerwijs een arbeidsovereenkomst hoeft te zijn. Ook gedetacheerde medewerkers kunnen worden aangemerkt als 'gehandicapte of kansarme werknemers' zoals bedoeld in artikel 2.82 van de Aanbestedingswet wanneer er sprake is van een arbeidsverhouding. Van een arbeidsverhouding wordt gesproken bij een situatie waarin iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt. Het moet daarbij gaan om reële en daadwerkelijke arbeid, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig blijken.

Op 26 september 2018 heeft de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat kamervragen beantwoord over het benutten van sociale ondernemingen via de Aanbestedingswet voor het creëren van banenkansen voor mensen met achterstand op de arbeidsmarkt. Ze schrijft onder meer: "Of gedetacheerde werknemers aangemerkt kunnen worden als werknemers binnen dit artikel is een vraag naar de interpretatie van de wet. In de Europese jurisprudentie zijn voldoende aanknopingspunten te vinden om een gedetacheerde werknemer te kwalificeren als een werknemer in de zin van artikel 2.82 Aw, als sprake is van een duurzame arbeidsrelatie."

C. Het 30+ (Abw)-Certificaat

Gemeenten die sociaal willen aanbesteden binnen de mogelijkheden die artikel 2.82 van de Aanbestedingswet biedt, zullen moeten (kunnen) toetsen of de organisaties die op de aanbesteding inschrijven daadwerkelijk aan de criteria van artikel 2.82 voldoen.

Het PSO 30+ Aanbestedingswet-Certificaat van TNO kan daarbij een belangrijk hulpmiddel zijn. Het PSO-30+ (Abw)-Certificaat maakt gebruik van de reguliere PSO-methodiek (zie www.pso-nederland.nl) en is bedoeld om ondernemingen waarbij minimaal 30% van het personeel bestaat uit personen met een afstand tot de arbeidsmarkt zichtbaar te maken door een certificering. Hierbij heeft TNO aansluiting gezocht bij de criteria zoals omschreven in artikel 2.82 van de Aanbestedingswet 2012.

D. STAPPENPLAN SOCIALER AANBESTEDEN – MEER KANSEN VOOR SOCIALE ONDERNEMINGEN

Gemeenten die werk willen maken van sociaal aanbesteden doen er goed aan al in het voorbereidingstraject rekening te houden met de mogelijkheden. Onderstaand stappenplan kan daarbij helpen.

→ STAP 1 - BEPAAL DE AARD VAN DE OPDRACHT

Onderzoek of de opdracht zich leent voor sociaal aanbesteden. Dat zal eerder het geval zijn bij relatief eenvoudig productiewerk of bij dienstverlening waarvoor weinig of geen scholing vereist is.

Kijk daarbij ook of het bijvoorbeeld mogelijk is een specifiek deel van de opdracht (bijvoorbeeld een bepaald perceel) voor te behouden.

Houd rekening met de omstandigheden in de markt; welke partijen zijn er actief, waar specialiseren zij zich in? Neem in de afweging ook de omvang van de opdracht mee; is deze groot genoeg om genoeg interesse van verschillende aanbieders te wekken, maar niet té groot waardoor kleinere ondernemingen nodeloos buiten de boot vallen.

→ STAP 2 - BEPAAL DE OMVANG VAN DE OPDRACHT

Maak een raming van de waarde van de opdracht. Indien de waarde van de opdracht groter of gelijk is aan EUR 221.000 (leveringen of diensten), of EUR 5.548.000 (werken) moet Europees worden aanbesteed, waarbij de mogelijkheid van het toepassen van artikel 2.82 kan worden overwogen.

Opdrachten onder deze drempel kan een gemeente, als het gemeentelijke inkoopbeleid dit toelaat, veelal naar eigen inzicht gunnen (ook onderhands aan het eigen SW bedrijf en/of een PSO 30+ gecertificeerde organisatie).

→ STAP 3 - MAAK DE OPDRACHT BEKEND

Maak de opdracht bekend via de geëigende kanalen, dat wil zeggen via TenderNed voor Europese aanbestedingen.

3A - GEEF AAN DAT HET EEN VOORBEHOUDEN OPDRACHT IS

Geef in de aanbestedingsstukken duidelijk aan dat het:

- (i) een aanbestedingsprocedure betreft waaraan (al dan niet voor een bepaald deel) alleen sociale werkplaatsen en ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben kunnen deelnemen, of
- (ii) dat de uitvoering van (een nader omschreven deel van) de opdracht is voorbehouden.

Om de toegang tot een overheidsopdracht voor te behouden, zal - afhankelijk van de door de gemeente gemaakte keuze - in de aankondiging en in de aanbestedingsstukken onderstaande passage (of een passage met gelijke strekking) moeten worden opgenomen:

In overeenstemming met art. 2.82 van de Aanbestedingswet 2012, is deelname aan deze aanbestedingsprocedure [voor wat perceel x betreft] voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben. Ten minste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen of ondernemingen zijn gehandicapte of kansarme werknemers.

Let erop dat bij het voorgeschreven (standaard)model voor Aankondigingen bij Sectie III, onder 1.5), het juiste hokje wordt aangevinkt zodat duidelijk wordt dat het een voorbehouden opdracht is, waarbij ofwel de deelname aan de aanbestedingsprocedure is voorbehouden, ofwel de uitvoering van (een deel van) de opdracht is voorbehouden.

3B - BESCHRIJF AAN WELKE CRITERIA MOET WORDEN VOLDAAN

Uit de aanbestedingsstukken zal moeten blijken aan welke criteria moet worden voldaan wanneer een onderneming in aanmerking wil komen voor de voorbehouden opdracht, en hoe de gemeente dat zal toetsen.

Afhankelijk van de gekozen opzet - zie ook onder 3A - kan de onderstaande passage (of een passage met gelijke strekking) worden opgenomen:

Sociaal aanbesteden (artikel 2.82)

In overeenstemming met art. 2.82 van de Aanbestedingswet 2012, is deelname aan deze aanbestedingsprocedure [voor wat perceel x betreft] voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben (kwalitatieve eis). Ten minste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen of ondernemingen zijn gehandicapte of kansarme werknemers (kwantitatieve eis).

Kwalitatieve eis

*Wanneer u als **ondernemer** aan deze aanbestedingsprocedure wilt deelnemen, dient u bij uw inschrijving aan te tonen dat uw onderneming de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel heeft. Bewijs: Een uittreksel van de statuten van de Opdrachtnemer waarin bovenstaande is opgenomen.*

Kwantitatieve eis

*Daarnaast dient u als **ondernemer** aan te tonen dat ten minste 30% van het totaal aantal werkzame fte, inclusief gehandicapte en kansarme werknemers, bestaat uit gehandicapte en kansarme werknemers die werkzaam zijn op basis van een vast of tijdelijk dienstverband of op basis van detachering.²*

Ten aanzien van de kwantitatieve eis van 30% werknemers, volgt uit de toelichting bij de wet dat dit op een substantiële manier moet worden ingevuld. Kortlopende tijdelijke contracten en nul-urencontracten vormen geen substantiële invulling.³ Bovendien dient er sprake te zijn van een arbeidsverhouding, dat wil zeggen een situatie waarin de mensen uit de doelgroep gedurende een bepaalde tijd onder gezag van de Opdrachtnemer prestaties leveren, en als tegenprestatie een vergoeding ontvangen.

² Dat gedetacheerde medewerkers ook onder het begrip werknemers kunnen vallen (mits er sprake is van een duurzame arbeidsrelatie), blijkt onder andere uit een brief van 26 september 2018 van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat aan de Tweede Kamer. Vgl. ook artikel 38g, lid 4, van de Wet financiering sociale verzekeringen ('quotumwet').

³ Om invulling te geven aan de eis van substantiële invulling wordt ten behoeve van het PSO-30+ (Awb)-Certificaat als voorwaarde gehanteerd dat in het kader van de detacheringsovereenkomst ten minste 6 maanden gewerkt moet zijn.

'Gehandicapte en kansarme werknemers' zoals bedoeld in artikel 2.82 Aw:

- *SW-geïndiceerd*
- *Participatiewet/Wwb/IOAW/IOAZ zonder loonkostensubsidie*
- *Participatiewet/Wwb met loonkostensubsidie*
- *WAO/WIA/Waz*
- *WAJONG*
- *Vso of pro met inschrijving in doelgroepenregister*
- *WW*
- *WIW-/ID-baan*
- *Jonggehandicapten die met een voorziening WML kunnen verdienen*
- *Overig ingeschreven in doelgroepregister in kader van Banenafpraak.*

Bewijslast kwantitatieve eis

U dient bij inschrijving aan te tonen dat u aan alle bovengenoemde voorwaarden voldoet.

Wanneer u de opdracht zelf uitvoert, kunt u bij inschrijving als bewijs dat u aan de kwantitatieve criteria voldoet bijvoorbeeld een geldig PSO-30+ (Abw)-Certificaat van TNO overleggen dat aan uw onderneming is uitgegeven. Ook andere stukken waaruit blijkt dat aan deze eis is voldaan, zijn toegestaan.

Wanneer u de opdracht door een onderaannemer laat uitvoeren, kunt bij inschrijving bijvoorbeeld een PSO-30+ (Abw)-Certificaat van de onderaannemer overleggen, vergezeld van een verklaring van de onderaannemer dat hij de betreffende opdracht zal uitvoeren.

→ STAP 4 - CONTROLEER OF DE INSCHRIJVERS AAN DE EISEN VOLDOEN

Na ontvangst van de inschrijvingen zal de gemeente moeten nagaan of de inschrijvers inderdaad aan de gestelde sociale voorwaarden voldoen. Een gemeente kan er overigens ook voor kiezen enkel de inschrijving van de beoogde winnaar van de aanbesteding te toetsen.

TEN SLOTTE

De precieze uitwerking en invulling van de criteria van artikel 2.82 zal afhankelijk blijven van de concrete omstandigheden van het geval. Mocht een discussie ontstaan bij de toepassing van artikel 2.82 Aw, dan is het aan de rechter om, bijvoorbeeld, te beoordelen of in dat voorliggende geval sprake is van een 'werknemer' in de zin van dat artikel.

Dat geldt eveneens voor de andere kenmerkende voorwaarde voor het kunnen toepassen van artikel 2.82 Aw, namelijk dat (naast SW-bedrijven) enkel ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben.