

Uitvoering materieel werkgeverschap Wsw

Inleiding

In juni 2020 hebben de Soweco-gemeenten besloten tot opheffing van de GR Soweco. De gemeente Dinkelland wordt hierdoor ook getroffen omdat zij, via de stichting Participatie Dinkelland (SPD), een aantal taken op het gebied van de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) laat uitvoeren door Soweco. Om die reden heeft het college in haar vergadering van 5 november 2019 de notitie “Perspectief op uitvoering Wsw en Participatiewet gemeente Dinkelland - Hoofdlijnen uitvoeringsscenario’s” vastgesteld. Deze notitie heeft het college op 10 december 2019 besproken met de raad en zijn het kader en de beschreven uitgangspunten in die notitie bijna raadsbreed onderschreven. In die notitie zijn, op basis van dat kader en die uitgangspunten, een aantal scenario’s beschreven voor de toekomstige uitvoering van Wsw en de Participatiewet (Pw). In deze notitie heeft het college tevens uitgesproken dat zij de ambitie heeft om bij de uitvoering van de Wsw en de Pw samen te werken met de gemeente Tubbergen.

Op dit moment heeft de gemeente de uitvoering van de Wsw opgedragen aan de stichting Participatie Dinkelland. In de afgelopen jaren heeft SPD naar volle tevredenheid van de gemeente invulling gegeven aan de haar opgedragen taken.

Inmiddels is de gemeente Tubbergen voornemens om op korte termijn het besluit te nemen om straks, na opheffing van Soweco, de uitvoering van de Wsw, zoals Dinkelland dat ook heeft gedaan, onder te brengen in een stichting en daarbij ook de ambitie geformuleerd om daarin samen te werken met de gemeente Dinkelland. Bij het college van de gemeente Tubbergen ligt daarom op dit moment een advies voor om te besluiten de uitvoering van de Wsw onder te brengen in een stichting en dat gezamenlijk te doen in 1 stichting met de gemeente Dinkelland op de fundamenteën van SPD.

Inmiddels is er juridisch advies ingewonnen over de voorwaarden waaronder de uitvoering van de Wsw van Tubbergen ondergebracht kan worden in een stichting, welke risico’s daarbij bestaan en welke vorm de stichting moet krijgen. Hierin is ook aandacht besteed voor samenwerking van Dinkelland en Tubbergen in 1 gezamenlijk stichting. Dit juridisch advies is als bijlage bij deze notitie gevoegd.

Weliswaar had dit juridisch advies in beginsel betrekking op het voornemen van Tubbergen om de uitvoering van de Wsw onder te brengen in een stichting. Gezien de ambities van beide gemeenten om samen te werken bij de uitvoering van de Wsw, heeft dit advies echter ook uitwerking naar de wijze waarop de gemeente Dinkelland het op dit moment geregeld heeft met SPD. Daarnaast kunnen we op basis van dit advies ook concluderen dat er nog een aantal weeffoutjes zitten in de wijze waarop we het op dit moment hebben georganiseerd.

In het vervolg van deze notitie beschrijven we de hoofdlijnen van het juridisch advies en wat de betekenis daarvan is voor de wijze waarop wij het op dit moment hebben ingericht met SPD. Daarnaast beschrijven we op welke wijze samenwerking met Tubbergen bij de uitvoering van de Wsw tot stand kan komen en aan welke voorwaarden er dan moet worden voldaan.

De stichting

Uit het bijgevoegde juridisch advies blijkt dat de gemeente door middel van een aanwijzingsbesluit SPD kan aanwijzen als uitvoerder van de Wsw. Dit kan echter niet zomaar omdat we anders in strijd komen met de Aanbestedingswet en de uitvoering van deze opdracht aldus aanbesteed zou moeten worden.

Zo'n aanbestedingsverplichting geldt vervolgens ook voor andere opdrachten die de gemeente zou willen laten uitvoeren door SPD (bijv. uitvoering beschut werk in het kader van de Participatiewet of re-integratietaken in het kader van de Participatiewet).

De wet biedt echter een aantal uitzonderingsmogelijkheden voor een aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van de Wsw. Een beroep op deze wettelijke uitzonderingen kan worden gedaan bij het verlenen van een uitsluitend recht of bij "quasi-inbesteding". Als aan de voorwaarden van één van deze uitzonderingen wordt voldaan, dan kan de gemeente de opdracht rechtstreeks aan SPD verstrekken. Hierna gaan we kort en samengevat in op deze 2 uitzonderingen.

Verlenen uitsluitend recht

Uit het juridisch advies blijkt dat voor het verlenen van een uitsluitend recht aan de volgende 4 voorwaarden moet zijn voldaan:

1. het uitsluitend recht moet een wettelijke of een bestuursrechtelijke grondslag hebben;
2. het uitsluitend recht moet betrekking hebben op de uitvoering van diensten;
3. het uitsluitend recht moet verenigbaar zijn met het Verdrag betreffende de Werking EU (VWEU), en
4. de opdracht moet worden verstrekt aan een andere aanbestedende dienst

Uit het advies kunnen we afleiden dat niet volledig wordt voldaan aan de voorwaarden voor het verlenen van een uitsluitend recht. Met name aan het punt dat het uitsluitend recht een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag moet hebben wordt op dit moment niet voldaan. Weliswaar is SPD via een aanwijzingsbesluit, en op grond van de Wsw, aangewezen als uitvoerder van de Wsw maar datzelfde is niet gebeurd voor uitvoering van de haar opgedragen taken in het kader van de Pw. Elke opgedragen taak vraagt nl. elke keer weer een eigen wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag en afhankelijk van de taak zal deze steeds weer apart gecreëerd moeten worden, bijv. middels een verordening en een nieuw aanwijzingsbesluit.

Quasi-inbesteding

Uit het juridisch advies blijkt dat voor quasi-inbesteding aan de volgende 3 voorwaarden moet zijn voldaan:

1. de gemeente moet toezicht op de Stichting uitoefenen zoals op haar eigen diensten (toezichtcriterium);
2. meer dan 80% van de activiteiten van de Stichting wordt uitgeoefend in de vorm van taken die haar zijn toegewezen door de gemeente (merendeelcriterium), en
3. er geen directe participatie van privékapitaal is in de Stichting

Ook t.a.v. deze uitzonderingsmogelijkheid kunnen we vanuit het advies afleiden dat niet volledig aan de voorwaarden wordt voldaan voor quasi-inbesteding. Het toezichtcriterium vereist nl. dat de gemeente op SPD toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten. In de Aanbestedingswet wordt daarover bepaald dat een aanbestedende dienst toezicht uitoefent op de stichting zodra hij op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de stichting een beslissende invloed uitoefent. Vereist is dat het toezicht structureel en functioneel is. Ook moet het toezicht effectief zijn. Tot slot moet die concrete invloed van de gemeente op de strategische doelstellingen en op de belangrijke beslissingen van de Stichting blijken uit de statuten van de stichting.

Dit betekent verder dat het besluitvormingsorgaan van SPD, oftewel het bestuur dan wel de raad van toezicht van de Stichting, afhankelijk van de vraag hoe de besluitvorming in de statuten is geregeld,

dient te zijn samengesteld uit vertegenwoordigers (bestuurders en/of ambtenaren) van de gemeente dan wel in meerderheid uit vertegenwoordigers van de gemeente. Met name op dit punt voldoet SPD op dit moment niet aan het toezichtcriterium omdat de meerderheid van de leden van de raad van toezicht afkomstig is van buiten de gemeente.

Risico's

Het belangrijkste risico dat uit het juridisch advies blijkt is dat de gemeente de stichting aanwijst als uitvoerder van de Wsw maar geen beroep kan doen op 1 van de hierboven beschreven uitzonderingsmogelijkheden. In dat geval schendt de gemeente haar aanbestedingsplicht en handelt zij onrechtmatig naar de markt. Eventuele geïnteresseerde marktpartijen kunnen dan succesvol bezwaar maken tegen het verlenen van de opdracht aan SPD.

Daarnaast bestaat nog het risico dat de accountant vaststelt dat de gemeente gehandeld heeft in strijd met haar aanbestedingsplicht en om die reden geen goedkeurende verklaring geeft bij de jaarrekening.

Zoals hiervoor is beschreven is dit risico op dit moment dus nadrukkelijk aanwezig voor de gemeente. Uiteraard moet een marktpartij nog wel bezwaar maken en de accountant moet het ook constateren maar er kan niet voorbij gegaan worden aan dit risico.

Hoe verder?

Hiervoor is beschreven aan welke voorwaarden SPD moet voldoen om de opdracht tot uitvoering van de Wsw zonder aanbesteding te verkrijgen van de gemeente. Er moet echter wel een keuze gemaakt worden of we dat doen op basis van het verlenen van een uitsluitend recht of op basis van quasi-inbesteding. Hierna wordt eerst ingegaan op de voor- en nadelen van de 2 uitzonderingsmogelijkheden, tot welke conclusies c.q. adviezen dat leidt en wat dat betekent voor de beoogde samenwerking met de gemeente Tubbergen bij de uitvoering van de Wsw.

Voor- en nadelen uitzonderingsmogelijkheden

In onderstaande tabel worden de voor- en nadelen van de beide hiervoor beschreven uitzonderingsmogelijkheden beschreven:

Verlenen uitsluitend recht		Quasi-inbesteding	
Voordeel	Nadeel	Voordeel	Nadeel
Geen verantwoordelijkheid voor exploitatietekort	Geen directe invloed op beleid en uitvoering	Directe invloed op beleid en uitvoering	Verantwoordelijk voor exploitatietekort
Mogelijkheid om activiteiten uit te voeren voor andere partijen dan de gemeente	Extra opgedragen taken door de gemeente eisen een eigen wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag en een nieuw aanwijzingsbesluit	Extra opgedragen taken door de gemeente kan zonder nieuw aanwijzingsbesluit	Beperkte mogelijkheid om activiteiten uit te voeren voor andere partijen dan de gemeente

Conclusies en advies

Uit het vorenstaande blijkt dat het verlenen van de opdracht tot uitvoering van de Wsw zonder aanbestedingsprocedure aan SPD goed mogelijk is. Om te voorkomen dat het verlenen van deze opdracht aanbestedingsplichtig is moet het verlenen van deze opdracht geschieden op basis van het verlenen van een uitsluitend recht of via quasi-inbesteding. Aan beide uitzonderingsmogelijkheden kleven een aantal voor- en nadelen zoals hiervoor beschreven.

Het belangrijkste voordeel van het uitsluitend recht is dat de gemeente geen verantwoordelijkheid draagt voor een exploitatietekort van de stichting. Formeel is dat zo maar in de praktijk ligt dat op dit moment ook al anders want het failliet laten gaan van de stichting is feitelijk ook geen optie omdat de gemeente nog steeds de wettelijke verplichting heeft om de Wsw'ers werk te bieden. Op dit moment verstrekt de gemeente daarom ook een bijdrage in het exploitatietekort van SPD. Het belangrijkste nadeel van het uitsluitend recht is dat de gemeente geen directe invloed heeft op beleid en uitvoering van de stichting. Ook op dit punt blijkt in de praktijk dat de gemeente toch op een meer informele wijze invloed uitoefent op het beleid en de uitvoering van SPD. Dit lijkt ook logisch gezien de wettelijke opdracht die de gemeente heeft vanuit de Wsw en gezien het feit dat de gemeente betaald voor de uitvoering van de Wsw.

Op grond van deze beschouwing wordt geadviseerd om in overleg met de raad van toezicht van SPD de statuten van SPD zodanig aan te passen dat daarmee op basis van quasi-inbesteding de opdracht verleent kan worden tot uitvoering van de Wsw. Dit betekent dat SPD moet voldoen aan het toezichtcriterium, het merendeel van de leden van de raad van toezicht van de stichting moet bestaan uit vertegenwoordigers van de gemeente, en uit de statuten van de stichting moet vervolgens blijken dat de gemeente concrete invloed kan uitoefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de stichting.

Advies

Pas in overleg met de raad van toezicht de statuten van SPD zodanig aan dat daarmee wordt voldaan aan de voorwaarden voor quasi-inbesteding. Met name moet uit de statuten blijken dat SPD voldoet aan het toezichtcriterium en er moet in voldoende mate uit blijken dat de gemeente invloed kan uitoefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de

Samenwerking met de gemeente Tubbergen

De gemeente Dinkelland heeft de ambitie om bij de uitvoering van de Wsw samen te werken met de gemeente Tubbergen. Hierin moet nog de vraag beantwoord worden of dat ook betekent dat die samenwerking in 1 gezamenlijke stichting plaatsvindt of dat die samenwerking plaatsvindt vanuit een eigen stichting voor elk van de 2 gemeenten.

Het voordeel van samenwerking in 1 gezamenlijke stichting is het schaalvoordeel dat je bereikt met die samenwerking. In concreto, de uitvoering van de Wsw wordt daardoor, gezien het feit dat de Wsw krimpt, minder kwetsbaar en ook kennis over en ervaring met de doelgroep wordt voor beide gemeenten op 1 plek georganiseerd. Nadeel van de samenwerking in 1 gezamenlijke stichting is dat je als gemeente wat minder vrij bent in de wijze waarop je het beleid en de uitvoering van de stichting vorm en inhoud geeft.

Het voordeel van de samenwerking in 1 gezamenlijke stichting wordt echter groter beoordeeld dan het nadeel en om die reden wordt geadviseerd om de samenwerking met Tubbergen bij de uitvoering van de Wsw vorm en inhoud te geven vanuit 1 gezamenlijke stichting.

De gemeente Dinkelland heeft de opdracht tot uitvoering van de Wsw op dit moment verleend aan de Stichting Participatie Dinkelland (SPD). De samenwerking met Tubbergen zou dan vorm kunnen krijgen vanuit SPD of beide gemeenten richten een nieuwe gezamenlijk stichting op. De kortste klap hierin is om de bestaande stichting, SPD, om te vormen naar een stichting voor beide gemeenten waarvoor in ieder geval nodig is dat in de raad van toezicht van die stichting, naast leden van de gemeente Dinkelland, ook leden vanuit de gemeente Tubbergen plaats nemen en dat de statuten aangepast worden. Het grote voordeel hiervan is verder dat tot nu toe door SPD ontwikkelde werkwijzen en procedures behouden blijven en dat tevens bestaande certificeringen (voor o.m. UWV) behouden blijven. Hiermee kan de gemeente Tubbergen ook zijn voordeel doen. Uit het juridisch advies blijkt tot slot dat ook aan deze gezamenlijke stichting via quasi-inbesteding beide gemeenten de opdracht tot uitvoering van de Wsw kunnen verlenen. Voorwaarde hierbij is dat de raad van toezicht in meerderheid moet bestaan uit vertegenwoordigers van beide gemeenten. De nieuwe naam van die stichting zou dan stichting Participatie Noaberkracht (SPN) kunnen zijn.

Hierover heeft reeds een gesprek plaatsgevonden tussen de gemeente, de raad van toezicht van SPD en de gemeente Tubbergen en in dat gesprek zijn door de raad van toezicht een aantal voorwaarden gesteld voor toetreding door de gemeente Tubbergen in de stichting. Deze voorwaarden zijn:

- Geen enkele medewerker SPD (Wsw, Pw, NB, Wajong en regulier) mag nadeel ondervinden van overhevelen dienstverband
Reactie: Het is nog maar de vraag of er ook sprake zal zijn van een overhevelen van dienstverbanden van SPD-medewerkers. Wellicht kan ook volstaan worden met het aanpassen van de statuten van SPD en kan op die wijze een gezamenlijke stichting tot stand worden gebracht. Daarnaast is het een uitgemaakte zaak dat geen enkele SPD-medewerker nadelige effecten ondervindt van een samengaan van Dinkelland en Tubbergen in 1 stichting voor uitvoering van de Wsw.
- SPD kan huidige functies, taken en diensten blijven uitvoeren, voor dezelfde doelgroepen (incl. dienstverbanden)
Reactie: De gemeente Tubbergen gaat er ook niet over wat de gemeente Dinkelland laat uitvoeren door de stichting (evenmin geldt het omgekeerde). Dit wordt vooral bepaald door de opdracht die beide gemeenten verstrekken aan de stichting.
- Tubbergen brengt alle dienstverbanden (Wsw, Pw, NB, Wajong en regulier) en hetzelfde takenpakket onder bij nieuwe stichting
Reactie: Dat ligt wel voor de hand maar de gemeente Tubbergen moet daar nog een besluit over nemen
- HRM blijft onder verantwoording (nieuwe) stichting d.m.v. aanstelling of inkoop
Reactie: Zo is het nu ook beschreven in het concept-inrichtingsplan van de gemeente Tubbergen
- Uitbreiding staf in lijn met huidige bezetting SPD; geen boventallige benoemingen
Reactie: In het concept-inrichtingsplan van de gemeente Tubbergen is alleen beschreven wat er nodig is voor uitvoering van de Wsw en Pw. Boventaligheid zit daar niet in.
- Dinkelland/SPD heeft inspraak op benoemingen stafleden vanuit Tubbergen; benodigde kwalificaties is een vereiste

Reactie: Het is evident dat bij benoemingen van stafleden in de stichting ook het daar al werkende personeel een stem in heeft in de selectie en benoeming van stafleden. Overigens, hierbij moet wel in ogenschouw worden genomen dat de Soweco-gemeenten een werkgarantie hebben afgegeven aan het Soweco-personeel en het belangrijkste criterium voor de plaatsing van Soweco-medewerkers "mens volgt werk" is. Het kan dus goed zijn dat ook de gemeente Tubbergen niet de vrije hand heeft bij het aanstellen/benoemen van medewerkers voor de stichting. Nogmaals overigens, gezien

de werkgarantie, en de uitleg daarvan, kan het goed zijn dat medewerkers niet in dienst kunnen komen bij de stichting maar in dienst komen bij de gemeente/Noaberkracht.

- Tubbergen brengt evenredig bedrag (naar rato) in als algemene reserve (op dit moment € 100.000)
Reactie: In het geval van een gezamenlijke stichting is dit een gebruikelijke voorwaarde.
- Minimaal drie jaar gescheiden begroting/boekhouding, daarna eventueel verdeelsleutel o.b.v. resultaten in die periode
Reactie: Is geen probleem en een kwestie van inrichting

Bij de gestelde voorwaarden is elke keer de reactie weergegeven van de gemeente Tubbergen tijdens het gesprek met de raad van toezicht. Dat gesprek is in goede harmonie verlopen en er lijkt bij de raad van toezicht voldoende draagvlak om, op de fundamenten van SPD en binnen de gestelde voorwaarden, te komen tot 1 gezamenlijke stichting voor de uitvoering van de Wsw voor de gemeenten Dinkelland en Tubbergen.

Advies

Kom tot samenwerking bij de uitvoering van de Wsw met de gemeente Tubbergen in 1 gezamenlijke stichting. Maak hiervoor gebruik van de fundamenten van stichting Participatie Dinkelland en pas in goed overleg de statuten van deze stichting zodanig aan dat via quasi-inbesteding de opdracht tot uitvoering van de Wsw verleend kan worden aan SPN.

[Het Rekenkameronderzoek DinkellandWerkt!](#)

Gegeven de adviezen ontstaat de vraag of de uitwerking van het toezichtcriterium als één van de voorwaarden voor quasi-inbesteding geen strijd oplevert met één van de aanbevelingen uit het rapport van het Rekenkameronderzoek DinkellandWerkt! Van oktober 2016. De betreffende aanbeveling luidt:

Zorg voor duidelijke en niet conflicterende rollen. Dat het voltallige college de raad van toezicht van de stichting vormde was onwenselijk en onnodig. De bestuurlijke samenstelling van de stichting werd op die manier te zwaar, maar het leverde ook een ingewikkelde interactie op tussen de rolverdeling van raad van toezicht en college en bijbehorende besluitvorming. Ook de vervlechting van de rollen als opdrachtgever en toezichthouder is onwenselijk.

Op basis van deze aanbeveling heeft de gemeente toentertijd besloten tot aanpassing van de bestuurlijke samenstelling van de stichting. Er is een directeur-bestuurder aangesteld die geen verbinding had met de gemeente (niet arbeidsrechtelijk en ook verder niet functioneel) en een raad van toezicht geïnstalleerd met twee leden die afkomstig waren van buiten de gemeentelijke organisatie en

onder voorzitterschap van de burgemeester van de gemeente Dinkelland. Kortom, de bestuurlijk verantwoordelijke wethouder(s) voor het uitvoeren van de Wsw en de Pw maakten geen onderdeel meer uit van de bestuurlijke samenstelling van de stichting en daarmee was een scheiding aangebracht tussen het bestuurlijk opdrachtgeverschap en de toezichthouder.

Het toezichtcriterium eist echter dat de raad van toezicht voor meer dan de helft bestaat uit vertegenwoordigers van de gemeente. In het geval besloten wordt tot samenwerking met de gemeente Tubbergen in één stichting kan daarin de oplossing gevonden worden voor het toezichtcriterium en kan er evenzo recht worden gedaan aan de hiervoor aangehaalde aanbeveling uit het Rekenkameronderzoek van oktober 2016.

Het toezichtcriterium eist dat de raad van toezicht voor meer dan de helft bestaat uit vertegenwoordigers van de gemeente. In het geval van een gezamenlijke stichting zou er dan voor gekozen kunnen worden dat namens de gemeenten de burgemeester van Dinkelland, de burgemeester van Tubbergen en bijv. de concerncontroller van Noaberkracht zitting nemen in de raad van toezicht. Daarnaast nog 2 leden afkomstig van buiten de gemeentelijke organisatie (1 inwoner van Dinkelland en 1 inwoner van Tubbergen) waarmee dan aan het toezichtcriterium is voldaan. Tegelijkertijd is hiermee recht gedaan aan de aanbeveling uit het Rekenkameronderzoek doordat er een scheiding is tussen het bestuurlijke opdrachtgeverschap en het toezicht op de stichting namens de gemeente. Volledigheidshalve moet natuurlijk uit de statuten van de stichting nog steeds blijken dat de gemeente concrete invloed kan uitoefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de stichting.