

Uitvoering materieel werkgeverschap Wsw

Inleiding

In juni 2020 hebben de Soweco-gemeenten besloten tot opheffing van de GR Soweco. In dat kader is er inmiddels een expertgroep samengesteld die het liquidatieplan gaat opstellen van de GR en is er een kwartiermaker aangesteld voor de op- en inrichting van de Nieuwe Uitvoeringsorganisatie (NUO).

In het Plan lokale uitvoering Wsw dat het college op 12 mei 2020 heeft vastgesteld heeft het college onderzocht of het werkgeverschap van de Wsw'ers ondergebracht kan worden in een stichting. Hierin is geconcludeerd dat het formele werkgeverschap te allen tijde bij de gemeente berust maar dat er wel mogelijkheden zijn om het zgn. materiële werkgeverschap (o.m. salaris- en personeelsadministratie, HRM-advies, verzuimbegeleiding enz.) uit te laten voeren door een stichting. Het college heeft toen ook besloten hierover in gesprek te gaan met de raad om de mening en de gevoelens van de raad hierin te peilen¹. In de raad van 2 juni heeft het college o.m. hierover met de raad van gedachten gewisseld. Hierin is gebleken dat de raad er geen overwegende bezwaren tegen heeft dat het college de uitvoering van de materiële werkgeverstaken onderbrengt in een stichting.

Inmiddels is er juridisch advies ingewonnen over de voorwaarden waaronder het materieel werkgeverschap ondergebracht kan worden in een stichting, welke risico's daarbij bestaan en welke vorm de stichting moet krijgen. Uitgangspunt hierbij is steeds geweest dat er straks bij de uitvoering van de Wsw samengewerkt wordt met de gemeente Dinkelland en bij voorkeur in een gezamenlijke stichting. Dit juridisch advies is als bijlage bij deze notitie gevoegd.

In het vervolg van deze notitie beschrijven we op welke wijze de gemeente via een stichting uitvoering wil gaan geven aan de Wet sociale werkvoorziening. Het uitgangspunt dat daarbij is gehanteerd, zoals hiervoor ook al geschreven, is dat we dat gezamenlijk met de gemeente Dinkelland in één stichting doen.

De stichting

Uit het bijgevoegde juridisch advies blijkt dat de gemeente Tubbergen door middel van een aanwijzingsbesluit een stichting 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 de stichting (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 de stichting verstrekken. Hierna gaan we kort en samengevat in op deze 2 uitzonderingen.

¹ Zie Plan lokale uitvoering Wsw gemeente Tubbergen van mei 2020 (pagina 10 en 11)

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 blijkt dat voor het verlenen van het uitsluitend recht aan de stichting voor de uitvoering van de Wsw aan de voorwaarden wordt voldaan. Dit ligt echter anders als de gemeente ook andere opdrachten dan de uitvoering van de Wsw wil verstrekken aan de stichting (bijv. de uitvoering beschut werk in het kader van de Participatiewet). Deze vragen elke keer weer een eigen wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag en afhankelijk van het onderwerp zal deze 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

Voor deze uitzondering kan vanuit het advies niet zomaar zondermeer afgeleid worden dat aan de voorwaarden wordt voldaan. Het toezichtcriterium vraagt nl. een visie van de gemeente op welke invloed zij wil uitoefenen op bijv. beleid en uitvoering van de stichting. Het toezichtcriterium vereist nl. dat de gemeente op de Stichting 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 de Stichting, 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.

Daarnaast moet tenminste 80% van de activiteiten van de stichting bestaan uit taken die door de gemeente zijn toegewezen. Dat betekent dus dat de stichting niet onbeperkt activiteiten kan uitvoeren voor andere partijen dan 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 de stichting.

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.

Hoe verder?

Hiervoor is beschreven aan welke voorwaarden de stichting moet voldoen om de opdracht tot uitvoering van de Wsw zonder aanbesteding te verlenen aan de stichting. 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 Dinkelland 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 aan een stichting 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 zal dit anders liggen 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. In de praktijk blijkt de gemeente dan ook altijd bij te dragen in een exploitatietekort van de uitvoeringsorganisatie. 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 een stichting. 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 een stichting op te richten waaraan op basis van quasi-inbesteding de opdracht verleent kan worden tot uitvoering van de Wsw. Dit betekent dat de stichting 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

Verleen de opdracht tot uitvoering van de Wsw via quasi-inbesteding aan een stichting. Zorg er daarbij voor dat deze stichting voldoet aan het toezichtcriterium en dat uit de statuten van de stichting in voldoende mate blijkt dat de gemeente invloed kan uitoefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de stichting.

[Samenwerking met de gemeente Dinkelland](#)

De gemeente Tubbergen heeft de ambitie om bij de uitvoering van de Wsw samen te werken met de gemeente Dinkelland. 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 en ervaring over 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 Dinkelland 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 Dinkelland zou dan vorm kunnen krijgen vanuit deze stichting 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 ook leden vanuit de gemeente Tubbergen plaats nemen en dat de statuten aangepast worden. 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.

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.

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.

De nieuwe naam van die stichting zou dan stichting Participatie Noaberkracht (SPN) kunnen zijn.

Uiteraard moet de gemeente Dinkelland, en in het verlengde daarvan de raad van toezicht van SPD, ook akkoord gaan met deze omvorming van SPD naar SPN. Hierover heeft reeds een gesprek plaatsgevonden met de raad van toezicht van SPD en in dat gesprek zijn door de raad van toezicht een aantal voorwaarden gesteld voor toetreding door de gemeente 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. Boventalligheid 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 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 fundamente van SPD, te komen tot 1 gezamenlijke stichting voor de uitvoering van de Wsw voor de gemeenten Dinkelland en Tubbergen.

Tot slot moet de gemeente Dinkelland nog akkoord gaan met de omvorming van SPD naar SPN. Naar verwachting zal de gemeente Dinkelland dezelfde voorwaarden hanteren als de raad van toezicht van SPD en daaraan kan zonder veel problemen worden voldaan.

Advies

Kom tot samenwerking bij de uitvoering van de Wsw met de gemeente Dinkelland in 1 gezamenlijke stichting. Maak hiervoor gebruik van de fundamente 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 de stichting.

Beleidskader verbonden partijen

Een verbonden partij is een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisatie waarin de gemeente een bestuurlijk én financieel belang heeft

In 2019 heeft de raad het Beleidskader verbonden partijen vastgesteld. Hierin is een afwegingskader opgenomen om tot een verantwoord besluit te komen over deelname aan een verbonden partij of het juist afzien daarvan. Dat afwegingskader ziet er als volgt uit:

1 Gaan we samenwerken?	
A Wat is het doel voor welk probleem wordt er een oplossing gezocht?	<input checked="" type="radio"/> JA <input type="radio"/> NEE <input type="radio"/> NEE
B Is er sprake van een publiek belang?	<input checked="" type="radio"/> JA <input type="radio"/> NEE <input type="radio"/> NEE
C Zijn er mogelijkheden om de taken door anderen te laten uitvoeren?	<input type="radio"/> JA <input checked="" type="radio"/> NEE <input type="radio"/> NEE
Doel:.....	
Aan de markt overlaten	
De gemeente voert alleen/zelf uit	

2 Hoe gaan we samenwerken?	
A Vraagt het publieke belang om actieve betrokkenheid van de gemeente?	<input checked="" type="radio"/> JA <input type="radio"/> NEE <input type="radio"/> NEE
B Is rechtspersoonlijkheid wenselijk of noodzakelijk?	<input checked="" type="radio"/> JA <input type="radio"/> NEE <input type="radio"/> NEE
Instrumenten voor rol op afstand: <ul style="list-style-type: none"> • Subsidie met voorwaarden • Lening of garantstelling • Opdracht aan derden • Geven van regels met toezicht • Mede initiatief tot oprichten privaatrechtelijke organisatie zonder zelf deel te nemen 	
Publieke instrumenten: Platform sturgroep, Adviescommissie, Intentieverklaring, Convenant, Rechtsvorm op basis van Wgr zonder rechtspersoonlijkheid	
Private instrumenten: CV, Vof, maatschap, privaatrechtelijk convenant (herenakkoord)	

3 In welke vorm gaan we samenwerken?	
A Heeft de privaatrechtelijke rechtsvorm de voorkeur?	<input checked="" type="radio"/> JA <input type="radio"/> NEE <input type="radio"/> NEE
B Is het voor de mate van zeggenschap wenselijk of noodzakelijk om deel te nemen in het risicodragende vermogen van een privaatrechtelijke organisatie.	<input checked="" type="radio"/> JA <input type="radio"/> NEE <input type="radio"/> NEE
Publiekrechtelijke rechtsvorm op basis van de Wgr met rechtspersoonlijkheid: Gemeenschappelijk Openbaar Lichaam	
Deelneming in een privaatrechtelijke kapitaalvennootschap (NV, BV, coöperatieve vereniging)	
Deelneming in een andere privaatrechtelijke organisatie (stichting, vereniging, CV, ed)	

Als we de drie elementen van dit afwegingskader langslopen, dan ontstaat daaruit het volgende beeld:

1. Gaan we samenwerken?

Met de opheffing van de GR Soweco moet de gemeente zelf uitvoering gaan geven aan de Wsw. Met de opheffing van die GR wordt de gemeente de formele werkgever van de Tubbergense Wsw'ers. Dit betekent dat de gemeente ook zelf uitvoering moet gaan geven aan de Wsw en dat zij hiervoor de uitvoering moet gaan inrichten. Hierin zit dus een duidelijk publiek belang en tevens zijn er mogelijkheden, behoudens het formele werkgeverschap, om deze taak door anderen te laten uitvoeren.

2. Hoe gaan we samenwerken?

Omdat de Wsw een aan de gemeente opgedragen taak is, wil de gemeente natuurlijk actief betrokken zijn bij de uitvoering daarvan. Daarnaast wil de gemeente dat die uitvoering ook rechtspersoonlijkheid heeft om haar in staat te stellen naast de opgedragen taak in het kader van de Wsw ook andere taken uit te kunnen voeren. Met name andere taken voor andere organisaties en instellingen (bijv. UWV)

3. In welke vorm gaan we samenwerken?

Juist om het mogelijk te maken dat er ook andere taken worden uitgevoerd dan de opgedragen taak in het kader van de Wsw, heeft een privaatrechtelijke rechtsvorm de voorkeur. Daarnaast is het voor de zeggenschap niet noodzakelijk om deel te nemen in het risicodragend vermogen van de privaatrechtelijke organisatie. Juist voor die zeggenschap gaat de gemeente deelnemen in een stichting waarin zij toezicht kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten (toezichtcriterium) en meer dan 80% van de activiteiten wordt uitgeoefend in de vorm van taken die haar zijn toegewezen door de gemeente (merendeelcriterium).

Op basis van de uitkomsten van dit afwegingskader kan er een verantwoord besluit genomen worden om de uitvoering van de Wsw op te dragen aan een stichting en daarvoor te gaan deelnemen in de stichting die de gemeente Dinkelland daarvoor al heeft opgericht.