



Aan burgemeester en wethouders

Zaaknummer	221620	Portefeuillehouder(s)	Mark Lauriks
Programmamanager/ leidinggevende	Dennis Janssen		
Ambtenaar	Daphne Ronde	Vertrouwelijk	Nee
Telefoonnummer	4567	Datum in college	13 juni
		Datum fataal	Ja

Onderwerp: **Rechtstreekse opdrachtverstrekking aan Scalabor B.V. met een beroep op quasi-inbesteding.**

Kernboodschap

De gemeente koopt voortaan dienstverlening in bij Scalabor B.V. met een beroep op de quasi-inbestedingsuitzondering op de aanbestedingsplicht.

De gemeente Arnhem en Scalabor hebben de afgelopen jaren geïnvesteerd in een duurzame relatie en nieuw aanbod dat aansluit bij de behoefte van inwoners. De gemeente Arnhem wil de samenwerking met Scalabor graag voortzetten. Door een beroep te doen op de quasi-inbestedingsuitzondering koopt de gemeente voortaan dienstverlening rechtstreeks in bij Scalabor. Om dit te kunnen doen moeten de statuten van Scalabor worden aangepast.

Voorstel

1. Instemmen met het voornemen om voortaan met een beroep op de quasi-inbestedingsuitzondering op de aanbestedingsplicht in te kopen bij Scalabor B.V.
2. De gedelegeerd aandeelhouder opdracht te geven om met Scalabor B.V. deze oplossingsrichting te bespreken en het bestuur van Scalabor B.V. te verzoeken om het proces te starten om de statuten zodanig aan te passen dat een toezichtsrelatie tussen gemeente Arnhem en Scalabor ontstaat die voldoet aan de voorwaarden voor quasi-inbesteding.
3. De gemeenteraad met bijvoegde raadsbrief te informeren.

Inleiding

In februari heeft het college de gemeenteraad geïnformeerd over de te maken keuzes rondom de toekomst van arbeidsontwikkeling naar betaald werk, de (juridische) consequenties voor Scalabor B.V. (hierna Scalabor) en het bijbehorende rechtmatigheidsrisico. De afgelopen periode is de



oplossingsrichting om de opdracht voor arbeidsontwikkeling naar betaald werk door middel van een beroep op de quasi-inbestedingsuitsondering uit de Aanbestedingswet te verstrekken aan Scalabor nader uitgewerkt. Op basis van een eigen analyse en de second opinion van de stadsadvocaat is het advies om Scalabor te verzoeken haar statuten aan te passen zodat een toezichtsrelatie tussen gemeente Arnhem en Scalabor ontstaat die voldoet aan de voorwaarden voor quasi-inbesteding. Hiermee kan de gemeente voortaan rechtstreeks inkopen bij Scalabor.

Beoogd effect

Dienstverlening rechtstreeks in te kopen bij Scalabor B.V.

Argumenten

1.1 Met een beroep op de quasi-inbestedingsuitsondering kan de opdracht voor arbeidsontwikkeling naar betaald werk rechtmatig onderhands worden verstrekt, zodra aan het toezichtcriterium wordt voldaan. Dit is conform de inhoudelijke koers van de gemeente Arnhem.

We hebben eerder geconcludeerd de samenwerking met Scalabor graag voort te willen zetten. Om de opdracht onderhands (zonder aanbestedingsprocedure) te mogen verstrekken, kan een beroep worden gedaan op de quasi-inbestedingsuitsondering nadat de toezichtsrelatie tussen gemeente en Scalabor is gewijzigd in de statuten van Scalabor. Stadsadvocaat Hekkelman bevestigt dit.

2.1 De aanpassing van de toezichtsrelatie betekent dat er zaken veranderen voor Scalabor, maar ook in de relatie tussen Scalabor en de gemeente Arnhem.

De Raad van Commissarissen (RvC) van Scalabor is via de gedelegeerd aandeelhouder op de hoogte gebracht van het voorgenomen besluit en de daarbij horende veranderingen.

Kanttekeningen en risico's

1.1 Om een beroep te mogen doen op de quasi-inbestedingsuitsondering moet voldaan worden aan drie criteria: 1) het toezichtcriterium, 2) het merendeelcriterium, en 3) geen privé-kapitaal. De stelling dat voldaan wordt aan het merendeelcriterium is plausibel, maar vatbaar voor discussie.

Van participatie van privé-kapitaal (criterium 3) is geen sprake. Voorgesteld wordt om een aanpassing te doen in de toezichtsrelatie tussen de gemeente Arnhem en Scalabor, waardoor aan criterium 1 wordt voldaan. Ook aan het merendeelcriterium (2) wordt voldaan, hoewel dat nadere toelichting behoeft.

Om aan het merendeelcriterium te voldoen moet meer dan 80% van de activiteiten van Scalabor worden uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst (gemeente Arnhem) of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen. Om hieraan te kunnen voldoen is het van belang dat a) de omzet die Scalabor in het kader van de uitvoering van de Wsw maakt mag worden meegeteld b) dat de MGR kan worden gezien als de opdrachtgever van de



uitvoering van de Wsw en c) dat de Modulaire Gemeenschappelijke Regeling (MGR) kan worden gezien als een door Arnhem gecontroleerde rechtspersoon (in de zin van het merendeelcriterium). Uit het advies van Hekkelman blijkt dat hoewel mogelijk vatbaar voor discussie, het wel pleitbaar is dat aan deze 3 voorwaarden wordt voldaan. De omzet die in het kader van de Wsw wordt gemaakt vloeit voortuit het Aanwijzingsbesluit van de gemeente en telt daarom mee bij de toetsing van 80%. Dit wordt ondersteund door een uitspraak van het Europese Hof, al was die situatie op punten verschillend. Daarnaast kan, gezien de verhouding tussen de MGR en Scalabor, het werkgeverschap van SW'ers en de werkwijze in de praktijk, de MGR worden gezien als de opdrachtgever van de Wsw. Tenslotte is de MGR een 'door Arnhem gecontroleerde rechtspersoon' in de zin van de Aanbestedingswet, ook al heeft Arnhem niet *alleen* doorslaggevende invloed op de MGR.

Hoewel gezien het bovenstaande een beroep op quasi-inbesteding pleitbaar en verdedigbaar is, kan een marktpartij daar anders over denken en binnen 6 maanden bij de rechter vernietiging van de overeenkomst met Scalabor vorderen, omdat deze in strijd zou zijn met de aanbestedingsregels. Dat kan tot praktische en financiële consequenties leiden als een aanpassing moet worden gedaan of alsnog tot een aanbesteding moet worden overgegaan.

Daarbij moet worden opgemerkt dat we een deel van de middelen voor arbeidsontwikkeling door middel van de flexibele ruimte in willen vullen. Dat betekent dat in de nieuwe situatie ook andere partijen aanspraak kunnen maken op een deel van de opdrachten.

1.2 *De accountant moet meegaan in de keuze voor quasi-inbesteding*

Hekkelman noemt in het advies een opmerking van de accountant bij de jaarrekening (of in het ergste geval geen goedkeurende verklaring) als een risico als de accountant niet meegaat in de keuze voor quasi-inbesteding. Vanaf 2023 is het college zelf verantwoordelijk voor het opstellen van de rechtmatigheidsverantwoording. De accountant toetst deze op getrouwheid. Het voornemen om voortaan rechtstreeks in te kopen bij Scalabor is voorgelegd aan de accountant en zij zijn akkoord met de gevolgde redenering voor quasi-inbesteding. In 2023 lopen we tot het moment van aanpassing van het toezicht een rechtmatigheidsrisico. Na aanpassing van het toezicht vervalt dit risico.

1.3 *Er kunnen klachten worden ingediend bij de Europese Commissie*

Iemand zou een klacht kunnen indienen bij de Europese Commissie wegens schending door de Nederlandse Staat (de gemeente) van de aanbestedingsregels. Dit zou kunnen uitmonden in een ingebrekestellingsprocedure bij het Europese Hof van Justitie. De kans daarop schatten wij klein in.

2.1 *De Raad van Commissarissen van Scalabor moet instemmen met een wijziging van de statuten ten aanzien van de toezichtsrelatie. Daarnaast heeft de quasi-inbestedingsuitzondering een aantal andere gevolgen voor Scalabor (aanbestedingsplicht, fiscaliteit).*

Voorname opdracht en aanpassingen zou betekenen dat er een aantal dingen veranderen voor Scalabor en in de relatie tussen Scalabor en de gemeente Arnhem:



1. Scalabor wordt naar verwachting zelf aanbestedingsplichtig, omdat zij (zeker na aanpassing van de statuten) waarschijnlijk voldoet aan de definitie van publiekrechtelijke instelling en zich daarmee kwalificeert als een aanbestedende dienst. Dat is het geval wanneer zij 1) is opgericht met het doel om te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van commerciële of industriële aard, 2) rechtspersoonlijkheid bezit, en 3) ofwel merendeels door de overheid wordt gefinancierd, ofwel voor wat betreft beheer onder toezicht van de overheid staat, ofwel die een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan heeft waarvan de leden voor meer dan de helft door de overheid zijn aangewezen. Scalabor heeft voor zichzelf de consequenties van aanbestedingsplichtig worden in beeld gebracht en aangegeven hierin geen problemen te voorzien.
2. De toezichtsrelatie tussen de gemeente Arnhem en Scalabor verandert. Een deel van de bevoegdheden van de RvC zoals genoemd in art. 17.2 van de statuten van Scalabor moet terecht komen bij de AvA (gemeente Arnhem), omdat de RvC wel door de AvA wordt benoemd, maar zij geen vertegenwoordigers van de gemeente zijn en zij dus niet namens de gemeente handelen. De gemeente Arnhem heeft als enig aandeelhouder nu geen doorslaggevende invloed op zowel de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van Scalabor, één van de voorwaarden voor een beroep op quasi-inbesteding. Doorslaggevende invloed op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen betekent ook de benoeming van bestuurders, maar naar verwachting is dat reeds afdoende afgedekt in artikel 14 van de Statuten, zolang Arnhem enig aandeelhouder is van Scalabor. De precieze verandering in de relatie en noodzakelijke aanpassingen in de statuten worden nader in kaart gebracht.
3. Ten aanzien van mogelijke fiscale consequenties voor Scalabor is de interne fiscale specialist van de gemeente Arnhem gevraagd een eerste inschatting te maken van de fiscale consequenties voor Scalabor van deze oplossingsrichting. De conclusie is dat er geen specifieke fiscale consequenties of risico's zijn. Het is in wezen een voortzetting van de bestaande situatie. Dit zal wel opnieuw moeten worden getoetst zodra duidelijk is op welke manier de statuten van Scalabor gewijzigd gaan worden.

Financiën

Voor de gemeente heeft deze wijziging geen financiële consequenties.

Uitvoering

Na instemming worden de benodigde zaken en stappen verder uitgewerkt. om voortaan onderhands in te kopen.



Communicatie

We informeren de gemeenteraad actief over de wijze waarop deze opdracht wordt verstrekt (en hebben deze stappen al aangekondigd).

Bijlagen

Stukken voor college

- Raadsbrief Rechtstreekse opdrachtverstrekking aan Scalabor B.V. met een beroep op quasi-inbesteding.

Stukken voor gemeenteraad

- Raadsbrief Rechtstreekse opdrachtverstrekking aan Scalabor B.V. met een beroep op quasi-inbesteding.