

## **Gemeente en Stichting Sport en Welzijn op weg naar.....**

### **Inleiding**

Een aantal contracten tussen de gemeente en de Stichting Sport en Welzijn (SenW) lopen af op 1-1-2018. Tevens geldt dat er in de afgelopen 4 jaar veel veranderd is in de relatie tussen de gemeente en SenW. In de kern gaat het om een wederzijds gedragen proces van verzakelijking van de relatie en een meer onafhankelijke positie van SenW ten opzichte van de gemeente. Als derde punt kunnen we vaststellen dat de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (nrs. 2014/23/EU en 2014/24/EU) per 18 april 2016 directe werking kregen. Deze drie punten hebben gemaakt dat er gesprekken zijn gestart met externe juridisch adviseurs om te bezien in hoeverre de gemeente zich nog begeeft binnen de daarvoor gestelde wettelijke kaders.

Voor een goed begrip van waar we nu staan en welke keuzes er voor de (nabije) toekomst te maken zijn, zal deze notitie eerst kort stilstaan bij het recente verleden. Vervolgens zal aangegeven worden welke keuzemogelijkheden er zijn, inclusief de consequenties, tegen de achtergrond van de aflopende contracten, de ingezette lijn in de relatie tussen de gemeente en SenW en de juridische kaders.

### **1. Subsidierelatie**

Tot en met 2016 subsidieerde de gemeente SenW voor de uitvoering van producten en diensten: beheer en exploitatie van gemeentelijke accommodaties, sport- en welzijnsproducten en de coördinatie van het groot onderhoud. Hierbij lukte het de gemeente onvoldoende om duidelijk te maken welke producten het nu eigenlijk verwachtte van SenW met als gevolg dat SenW tot op zekere hoogte zelf bepaalde wat ze deed en er onvoldoende zicht was op de besteding van de middelen door SenW.

Vanaf het aantreden van het college in 2010 is er zowel door de gemeente als door SenW de wens uitgesproken om de relatie te verzakelijken en SenW onafhankelijk van de gemeente te positioneren. Tussen 2010 en 2014 is eigenlijk de voorzet gegeven voor de implementatie van deze zakelijke en onafhankelijke relatie. Na 2014 is deze voorzet verder uitgewerkt door het college in samenwerking met SenW waarbij het rekenkamerrapport "Stichting SenW aangestuurd?!" gewerkt heeft als vliegwiel in de daadwerkelijke vormgeving van deze onafhankelijke en zakelijke relatie.

Reeds voor de presentatie van het rekenkamerrapport is eind 2014 begin 2015 niet alleen in goed overleg met SenW maar juist ook op voorspraak van SenW besloten om te komen tot een beleidswijziging. De gemeente en SenW waren het met elkaar eens geworden om een traject in te zetten naar verdere verzakelijking. De subsidierelatie paste niet meer bij deze zakelijke relatie. SenW wilde de mogelijkheid hebben om ook buiten de gemeente Ridderkerk producten aan te bieden, heeft hiervoor ook een holding structuur opgezet, had de wens voor een duidelijke opdrachtgever-opdrachtnemer relatie, had de wens om onafhankelijk van de gemeente eigen inhoudelijke en financiële keuzes te maken.

### **2. Rekenkamerrapport**

Op 7 juli 2015 leverde de Rekenkamer het rekenkameronderzoek "Stichting Sport en Welzijn aangestuurd?!" op. Kernbegrippen uit het Rekenkamerrapport waren: noodzaak tot meer en duidelijke sturing door de gemeente, een duidelijkere verantwoording vanuit SenW en meer transparantie richting de raad. Het rapport bevestigde en ondersteunde hiermee de noodzaak voor een nieuwe relatie tussen de gemeente en SenW waarbij alle partijen; raad, college, ambtelijke organisatie en SenW de lijn van verzakelijking en onafhankelijkheid collectief steunden. Een concrete uitwerking van deze lijn is dat er inkoopcontracten gesloten zijn op basis van product vragen vanuit de gemeente in plaats van dat er subsidie verstrekt is op basis van een (producten) aanbod van SenW.

### 3. Aanbesteden aan SenW

In de afgelopen jaren heeft de gemeente SenW als partner gezien. Uitgangspunt is geweest om de samenwerking met SenW te continueren en producten en diensten (binnen de aanbestedingsregels) te gunnen aan SenW om op deze wijze ook te wennen aan de ingezette lijn en zo langzaam en verantwoord de relatie verder te verzakelijken en onafhankelijk van elkaar te kunnen gaan optreden. Hierbij moet de gemeente wennen aan het optreden als opdrachtgever waarbij de gemeente helder moet maken welke producten, wanneer en van welke kwaliteit geleverd moeten worden en moet SenW wennen aan het zijn van opdrachtnemer met een transparante verantwoording.

Hierbij gaat het steeds om de volgende producten en diensten:

1. Coördinatie van groot onderhoud;
2. Inhoudelijke sport- en welzijnsproducten, o.a. vrijwilligerswerk, sportstimulering;
3. Beheer en exploitatie van gemeentelijke accommodaties.

### 4. Wetswijziging inkoop

Door de wetswijziging van de Aanbestedingswet van 18 april 2016, geldt er voortaan een aanbestedingsplicht voor (i) opdrachten voor sport- en welzijnsdiensten vanaf de grenswaarde van € 750.000,- en voor (ii) het verlenen van exploitatierechten (zogenaamde “dienstenconcessies”). Feitelijk dwingt de wetswijziging hiermee de gemeente en SenW om de ingezette lijn van verzakelijking en onafhankelijkheid verder vorm te geven.

Van de sport- en welzijnsproducten zijn de producten Sportstimulering en Jongerenwerk nog net voor het inwerkingtreden van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn van 18 april 2016 zonder aanbesteding ingekocht. De waarde van deze producten lag boven de grens van € 750.000. Voor de overige sport- en welzijnsproducten zijn medio december 2016 de overeenkomsten zonder aanbesteding afgesloten. Alle sport- en welzijnsproducten zijn ingekocht voor de periode van 1 of 2 jaar met een optie tot verlenging van 4 x 1 jaar.

Sinds 18 april 2016 zijn de aanbestedingsregels ook van toepassing op deze producten en kunnen deze dus niet meer één op één aan SenW gegund worden onder dezelfde constructie als voor 18 april 2016.

### 5. Ingekochte producten 2017 (en 2018)

Onderstaand een overzicht van de sport- en welzijnsproducten (SW-producten):

Product met contractduur: 1 jaar	Product met contractduur: 2 jaar
Welzijnsarrangementen	Begeleiding & Ondersteuning
Mantelzorgondersteuning	Vrijwilligerswerk
Inzet in wijkteams	Opbouwwerk en buurtbemiddeling
Ouderbetrokkenheid	Sportstimulering
Brede school	Jongerenwerk

Voor beheer en exploitatie van gemeentelijke accommodaties (BE-producten) zijn voor het jaar 2017 overeenkomsten afgesloten. Deze overeenkomsten moeten per 1 januari 2018 vernieuwd worden. Dit dient in beginsel via een aanbestedingsprocedure te gebeuren, omdat sinds de wetswijziging zowel opdrachten als concessies aanbesteed moeten worden.

De coördinatie van het groot onderhoud is onlangs aanbesteed en inmiddels gegund aan SenW.

### 6. Juridische aspecten

De gemeente heeft zich laten adviseren over de relatie tussen de gemeente en SenW met betrekking tot twee producten: de inhoudelijke sport- en welzijnsproducten ('SW-producten') en beheer en exploitatie van gemeentelijke accommodaties ('BE-producten').

De gemeente heeft de mogelijkheden onderzocht om ten aanzien van de SW- en BE-producten een één-op-één relatie aan te gaan met SenW binnen de kaders van het subsidie- en aanbestedingsrecht.

De gemeente kwam tot de volgende opties:

a. De overheidsopdracht / subsidie

Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen de gemeente en een dienstverlener. Dit houdt in dat er wederzijdse verplichtingen zijn die partijen na moeten komen. De traditionele opdrachtgever-opdrachtnemer relatie valt hieronder. Een overheidsopdracht moet aanbesteed worden.

Subsidies zijn niet aanbestedingsplichtig. Subsidies moeten gezien worden als financiële tegemoetkomingen die de gemeente verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager anders dan als betaling voor geleverde goederen of diensten. Het belangrijkste verschil met de overheidsopdracht, is het ontbreken van de bezwarende titel: een subsidieontvanger kan niet worden verplicht bepaalde activiteiten uit te voeren. Indien deze partij ervoor kiest om de activiteiten niet uit te voeren, kan de gemeente dit niet afdwingen. De gemeente kan hoogstens besluiten de subsidie niet te betalen of de subsidie achteraf te verlagen.

b. Concessieopdracht

Concessieopdrachten die zagen op diensten waren voor de wetwijziging niet-aanbestedingsplichtig. Sinds de wetwijziging gelden ook voor deze dienstenconcessies een aanbestedingsplicht vanaf een bepaalde drempelwaarde gebaseerd op omzet. Deze drempelwaarde ligt hoger dan bij reguliere overheidsopdrachten.

Het verschil tussen een overheidsopdracht en een concessie, is dat de tegenprestatie vanuit de gemeente niet bestaat uit betaling van een financiële vergoeding, maar uit het verlenen van een exploitatierecht. Hiervoor is wel essentieel dat het exploitatierisico samen met het exploitatierecht wordt overgedragen van de gemeente aan de exploitant.

c. Quasi-inbesteden en inbesteden

Dit zijn allebei uitzonderingen op de aanbestedingsplicht.

Bij quasi-inbesteden gunt de gemeente de opdracht aan een andere rechtspersoon die bijna gelijkgesteld kan worden als haar eigen diensten, omdat (i) de gemeente een zodanig toezicht uitoefent op deze rechtspersoon als op haar eigen diensten en (ii) meer dan 80% van de activiteiten van de rechtspersoon worden verricht ten behoeve van de gemeente. Verder mag er geen directe participatie van privékapitaal zijn in deze rechtspersoon.

Bij inbesteden worden er opdrachten gegeven door onderdelen van een aanbestedende dienst aan andere onderdelen binnen dezelfde organisatie, SenW als afdeling van de BAR-organisatie. Op dergelijke "interne" opdrachten is de Aanbestedingswet niet van toepassing.

d. Het verlenen van een alleenrecht

Dit is ook een uitzondering op de aanbestedingsplicht.

De gemeente kan bij besluit een uitsluitend recht verlenen aan een onderneming die tevens kwalificeert als een aanbestedende dienst, mits dit alleenrecht verenigbaar is met het VWEU. Dit uitsluitend recht houdt in dat deze onderneming dan als enige het recht heeft om binnen een bepaald geografisch gebied (bijv. gemeentegrenzen) een bepaalde dienst te verrichten of activiteit uit te oefenen. De voorwaarden om als SenW als aanbestedende dienst te kwalificeren en de verenigbaarheid met het VWEU, maken deze uitzondering juridisch ingewikkeld.

e. Het overdragen van de gemeentelijke accommodaties in combinatie met een subsidie

Indien de gemeente besluit de accommodaties te verkopen aan SenW, zal de gemeente in beginsel alle, althans de belangrijkste zeggenschap over de BE-activiteiten en de accommodaties verliezen. De gemeente zal namelijk geen overeenkomst onder bezwarende titel (geen afdwingbare overeenkomst) met SenW kunnen aangaan, omdat anders een aanbestedingsplicht hiervoor geldt. SenW krijgt dus in beginsel volledige vrijheid om de accommodaties te exploiteren op haar manier en op haar voorwaarden.

Voor de gemeente blijft dan enkel een financieel sturingsinstrument over, namelijk de financiële bijdrage die zij in de vorm van een subsidie en/of toegestane staatssteun verleent aan SenW. Dit brengt de nodige risico's met zich mee voor de gemeente, omdat zij met haar financiële bijdrage slechts een beperkt toezicht kan uitoefenen op de wijze waarop de BE-activiteiten worden uitgevoerd. Zo kan er geen verplichting worden opgelegd om de BE-activiteiten op een bepaalde wijze uit te voeren. Als SenW de BE-activiteiten niet, of niet op de wijze van de gemeente uitvoert of sprake is van wanbestuur, dan kan slechts achteraf de hoogte van de subsidie naar beneden worden bijgesteld. Dit betekent dat de gemeente een beperkt toezicht kan uitoefenen op SenW welk toezicht bovendien pas achteraf plaatsvindt.

Bovengenoemde nadelen worden niet weggenomen als de gemeente de eindgebruikers direct subsidieert. Sterker nog, de gemeente heeft dan in het geheel geen (subsidie)relatie meer met SenW, waardoor zij in het geheel geen invloed meer zal hebben.

Bovendien is de kans groot dat het rechtstreeks subsidiëren van de eindgebruikers een prijsopdrijvend effect zal hebben.

Op grond van de genoemde opties concludeert de gemeente als volgt:

- het beheer- en exploitatie van de gemeentelijke sport- en welzijnsaccommodaties als concessie voor diensten of als een overheidsopdracht aanbesteed dient te worden. Deze relatie kan niet (alleen) als subsidie worden vormgegeven. De opdracht zou één-op-één gegund kunnen worden aan Stichting SenW via een uitzondering op de aanbestedingsplicht (quasi-inbesteding). Hiervoor dienen een aantal voorwaarden te zijn vervuld, waarbij het belangrijkste is dat Stichting SenW haar onafhankelijkheid zou moeten opgeven.
- de uitvoering van de sport- en welzijnsactiviteiten wel door middel van een subsidie kan worden gestimuleerd en zonder het doorlopen van een aanbestedingsprocedure. Voorwaarde is dan wel dat sprake moet zijn van een zuivere subsidie en geen overheidsopdracht. Dit betekent dat de subsidie niet verleend kan worden in combinatie met een (uitvoerings)overeenkomst, zoals dit voorheen wel het geval was bij de combinatie subsidiebeschikkingen en raamovereenkomst (tot en met 2016).
- de overdracht van de gemeentelijke accommodaties aan SenW rechtmatig is, mits de gemeente geen (afdwingbare) eisen stelt aan de verkoop over de wijze waarop de accommodaties worden geëxploiteerd en dat SenW een marktconforme vergoeding betaalt. Na overdracht kan de gemeente de BE- en SW-activiteiten stimuleren door middel van een zuivere subsidie (zie vorige conclusie). Dit betekent dat als de gemeente besluit om de accommodaties te verkopen, de gemeente in beginsel alle, althans de belangrijkste zeggenschap over de sport- en welzijnsactiviteiten zal verliezen.

## 7. Overzicht opties

Aan de hand van het volgende schema wordt getracht om met inbegrip van de juridische grondslagen een bestuurlijke richting te kiezen die volgens het college past bij de historische ontwikkeling, het feit dat we te maken hebben met aflopende contracten, de aanbestedingswet en het wederzijds gedragen proces van verzakelijking en onafhankelijkheid.

	Voordelen	Nadelen
<b>Aanbesteden</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* Beste prijs-kwaliteit verhouding.</li> <li>* Voldoet volledig aan aanbestedingswet.</li> <li>* Juridisch eenvoudig / overzichtelijk..</li> <li>* Volledige invulling rekenkamer rapport.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* Risico op versnippering in aantal contractpartners.</li> <li>* Veel tijd besteden aan bestek.</li> <li>* Risico dat SenW opdrachten kwijtraakt en de stichting derhalve kan worden uitgehold.</li> </ul>
<b>Quasi-inbesteden</b>  <i>Bijv. minimaal 51% leden RvT benoemen</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* Meer mogelijkheden voor controle, invloed en sturing dan tot op heden.</li> <li>* Relatief gemakkelijk op te zetten;</li> <li>* Rechtmatige optie om overeenkomsten te sluiten met SenW zonder aanbestedingsprocedure.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* De gemeente oefent toezicht uit op SenW zoals op haar eigen diensten en SenW verricht meer dan 80% van haar werkzaamheden voor de gemeente, waardoor er geen sprake is van onafhankelijkheid.</li> <li>* Gemeente krijgt een dubbele rol: toezichthouder op de organisatie en inkoper van producten.</li> </ul>
<b>Inbesteden</b>  <i>Eigen afdeling gemeente</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* Maximale controle, invloed en sturing door gemeente.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* SenW verliest de onafhankelijke positie.</li> </ul>
<b>Alleenrecht</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* Geen.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* Juridisch zeer complex en weinig rechtszekerheid: andere partijen kunnen verlenen van alleenrecht aanvechten;</li> </ul>
<b>Overdragen gemeentelijke eigendommen</b>  <b>In combinatie met:</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* De gemeente wordt "ontzorgd".</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* Gemeente heeft geen invloed meer.</li> <li>* SenW moet een marktconforme prijs betalen.</li> </ul>
<b>Verstrekken van subsidie</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* In plaats van aanbestedingstrajecten, worden vergunningstrajecten gevolgd.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* Juridisch complex.</li> <li>* Gemeente kan geen afdwingbare voorwaarden c.q. eisen stellen aan de producten.</li> <li>* Niet mogelijk voor BE activiteiten.</li> <li>* Niet conform aanbevelingen rekenkamer.</li> </ul>

## **8. Conclusie**

De opties alleenrecht, overdragen van eigendom van gemeentelijke accommodaties en de terugweg naar het verstrekken van subsidie hebben vanuit de zijde van de gemeente weinig voordelen. Deze opties zijn ook geen logische opties vanuit historisch perspectief, zijn niet conform de aanbevelingen van de rekenkamer en omzeilen in zekere zin de wet markt en overheid en de aanbestedingswet.

De opties aanbesteden en quasi inbesteden kennen deze nadelen niet. Het college wil graag deze opties met de Raad van Toezicht van SenW nader bespreken. Hierbij geldt dat gezien het inhoudelijke belang van de gemeente bij de sport- en welzijnsproducten inbesteding te overwegen zou zijn. Ten aanzien van beheer en exploitatie van gemeentelijke accommodaties ligt aanbesteding meer voor de hand.