

Verordening van de gemeenteraad van de gemeente Smallingerland houdende regels omtrent toekenning uitsluitend recht 2019

De raad van de gemeente Smallingerland,

Gelet op:

- ◆ artikelen 147 en 149 van de Gemeentewet;
- ◆ artikel 1.1 juncto artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012;
- ◆ het voorstel van het college van burgemeester en wethouders d.d. 3 december 2019;

Besluit:

Artikel 1

Het college van burgemeester en wethouders kan een uitsluitend recht toekennen aan een publiekrechtelijke instelling tevens sociale werkvoorziening voor de duur van vijf jaar voor het realiseren van de dienstbetrekkingen beschut werk voor ingezetenen van de gemeente met een voorziening beschut werk als bedoeld in artikel 10b van de Participatiewet en deze ingezetenen in een beschutte omgeving en onder aangepaste omstandigheden arbeidsparticipatie te bieden in de eigen sociale werkvoorziening en/of (al dan niet via individuele of groepsdetachering) bij private en publieke werkgevers.

Artikel 2

Het college van burgemeester en wethouders kan een uitsluitend recht toekennen aan een publiekrechtelijke instelling tevens sociale werkvoorziening voor de duur van vijf jaar voor:

- (i) het (ter beschikking stellen van ingezetenen van de gemeente met een dienstbetrekking bij de Gemeenschappelijke regeling SW 'Fryslân' op grond van de Wsw en/of ingezetenen van de gemeente met een dienstbetrekking bij Caparis N.V. op grond van het uitsluitend recht als bedoeld onder punt 1, ten behoeve van het) verrichten van werkzaamheden onderhoud groen binnen de bebouwde kom (zoals maaien, onkruidbeheersing in plantvakken, haagknippen, verwijderen zwerfvuil) voor zover die geschikt zijn voor en een bijdrage leveren aan de arbeidsparticipatie van ingezetenen van de gemeente met een Wsw-indicatie en/of met een beschut werk indicatie.

Artikel 3

Deze verordening treedt in werking één dag na bekendmaking.

Toelichting

Achtergrond publiek- publieke samenwerking

De gemeenten Achtkarspelen, Heerenveen, Leeuwarden, Ooststellingwerf, Opsterland, Smallingerland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf (hierna: 'de Gemeenten') werken al geruime tijd samen in het kader van de Wet sociale werkvoorziening (Wsw). Ten behoeve daarvan hebben de Gemeenten eertijds in 2001 een openbaar lichaam opgericht, de Gemeenschappelijke regeling SW 'Fryslân'. De inwoners van de Gemeenten met een Wsw-indicatie hebben een dienstbetrekking bij dit openbaar lichaam. Daarnaast hebben de Gemeenten in hetzelfde kader, in 2002 een overheidsbedrijf (Caparis N.V.) opgericht. Bij aanwijzingsbesluit van 27 februari 2002 heeft het Openbaar lichaam (ex artikel 2 lid 2 Wsw) Caparis aangewezen als uitvoerder van de sociale werkvoorziening. Om uitvoering te geven aan deze op basis van artikel 2 lid 2 Wsw afgeleide wettelijke taak, leent Caparis de Wsw'ers in bij het Openbaar lichaam.

Intussen zijn de Gemeenten ook verantwoordelijk geworden voor uitvoering van de Participatiewet. Met inwerkingtreding van de Participatiewet is de Wsw gesloten. Nieuwe instroom is niet meer mogelijk. Vanaf 1 januari 2013 is de toegang tot de Wsw beperkt tot mensen die uitsluitend in een beschutte omgeving kunnen werken. Uitsluitend zij die op 31 december 2014 een geldige Wsw-indicatie hadden en in een Wsw-dienstbetrekking werkzaam waren behouden aanspraak op een dienstbetrekking op grond van de Wsw.

Een specifiek onderdeel van de Participatiewet is Beschut werk, dat expliciet als instrument in (artikel 10b van) de Participatiewet is opgenomen vanuit het oogpunt dat er altijd een groep mensen is die wel kan werken, maar uitsluitend in een beschutte omgeving. Deze inwoners van de Gemeenten hebben op zich arbeidsvermogen, maar kunnen (nog) niet in een reguliere baan werken, ook niet met extra begeleiding en ondersteuning. Zij hebben uitsluitend in een beschutte omgeving onder aangepaste omstandigheden mogelijkheden tot arbeidsparticipatie. Het gaat om mensen die door hun lichamelijke, verstandelijke of psychische beperking een zodanig hoge mate van (structurele) begeleiding of aanpassing van de werkplek nodig hebben, dat niet van een werkgever mag worden verwacht dat hij deze mensen in dienst neemt, ook niet met extra voorzieningen van gemeente of UWV. De Gemeenten zijn verantwoordelijk voor het realiseren van dienstbetrekkingen in een beschutte werkomgeving.

De Gemeenten wensen ook de komende vijf jaar (via de Gemeenschappelijke regeling SW 'Fryslân' en Caparis) in meer of mindere mate te blijven samenwerken op deze terreinen. Samenwerking is noodzakelijk om op een zorgvuldige en doelmatige wijze uitvoering te geven aan de Wsw alsmede artikel 10b van de Participatiewet in het algemeen en ter bescherming van de fundamentele rechten van een adequaat sociaal vangnet ten behoeve deze doelgroep in het bijzonder. De samenwerking leidt tot een bepaalde schaalgrootte die efficiencyvoordelen biedt voor het organiseren van de vereiste permanente en/of intensieve begeleiding, alsmede voor het organiseren van de benodigde aanpassingen van de werkplekken, welke begeleiding en aanpassingen van reguliere werkgevers niet kunnen worden verwacht. Uitvoering via een door de overheid gecontroleerde onderneming biedt deze doelgroepen de mogelijkheid om binnen een en dezelfde vertrouwde organisatie met een poule van ervaren en vertrouwde begeleiders, ervaring op te doen met verschillende activiteiten en naar vermogen te participeren. De samenwerking op deze terrein biedt daarnaast meer mogelijkheden en flexibiliteit voor individuele- of (en met name de meer incidentele – tijdelijke - vraag/mogelijkheid van) groepsdetachering bij een reguliere werkgever met behoud van begeleiding en met de zekerheid van het sociale werkbedrijf Caparis als vangnet. De markt voorziet hierin niet, althans onvoldoende.

Herstructurering publiek- publieke samenwerking

Omwille van bestuurlijke overwegingen wensen de Gemeenten de wijze waarop deze samenwerking is ingevuld, enigszins te wijzigen, doch in de kern blijven alle betrokken partijen een rol spelen bij de uitvoering van de gemeentelijke taak voortvloeiende uit de Wsw en artikel 10b Participatiewet. Zo blijven alle acht Gemeenten deelnemen in de Gemeenschappelijke regeling SW 'Fryslân'. De taak van het Gemeenschappelijke regeling SW 'Fryslân' wordt evenwel beperkt tot het formele werkgeverschap ten behoeve van de inwoners met een Wsw-indicatie, waardoor deze wijzigt van een 'Openbaar lichaam' in een 'Bedrijfsvoeringsorganisatie'. De Gemeenten wensen in het vervolg zelfstandig hun beleid te (kunnen) bepalen binnen de context van het doel van de samenwerking. De herstructurering leidt er toe dat de gemeenten Achtkarspelen, Ooststellingwerf, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf uittreden uit het aandelenkapitaal van Caparis. Deze gemeenten zullen echter invulling geven aan de doelstellingen van de samenwerking door, net als de resterende gemeenten, ten gunste van Caparis eigenstandig een aanwijzingsbesluit nemen als bedoeld in artikel 2 lid 2 Wsw en (tevens) een uitsluitend recht verlenen als bedoeld in artikel 1.1 juncto 2.24 sub a Aanbestedingswet en op basis daarvan een dienstverleningsovereenkomst sluiten met Caparis. Caparis geeft uitvoering aan deze diensten van algemeen (economisch) belang door de Wsw'ers in een beschutte omgeving en onder aangepaste omstandigheden arbeid te laten verrichten in de eigen sociale werkvoorziening en/of (al dan niet via individuele of groepsdetachering) bij private en publieke werkgevers met de sociale werkvoorziening als sociaal vangnet.

Rol gemeente binnen de (geherstructureerde) publiek- publieke samenwerking

Binnen deze samenwerking beoogt de gemeente een dienstverleningsovereenkomst te sluiten met Caparis voor: de uitvoering van de Wsw; het realiseren van dienstbetrekkingen Beschut werk als bedoeld in artikel 10b Participatiewet, alsmede, ten dienste hiervan, tevens opdracht te verlenen aan Caparis voor het (ter beschikking stellen van ingezetenen van de gemeente met een dienstbetrekking bij de Gemeenschappelijke regeling SW 'Fryslân' op grond van de Wsw ten behoeve van het) verrichten van specifieke gemeentelijke groendiensten voor zover die geschikt zijn voor en een bijdrage leveren aan de arbeidsparticipatie van ingezetenen met een Wsw-indicatie en/of participatievoorziening beschut werk.

Juridisch

Het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst, zoals een met Caparis te sluiten dienstverleningsovereenkomst is op grond van artikel 160 van de Gemeentewet een bevoegdheid van het college.

De gemeente dient zich daarbij te houden aan de Aanbestedingswet 2012. De gemeente is namelijk een aanbestedende dienst. De gemeente wenst deze diensten aan te wijzen als dienst van algemeen (economisch) belang (DAEB), alsmede de uitvoering van deze overeenkomsten voor te behouden aan Caparis. Ten behoeve van dit laatste wenst de gemeente een uitsluitend recht te verlenen aan Caparis zoals bedoeld in artikel 1.1 juncto 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012. Met een beroep op zo'n uitsluitend

recht kan de gemeente zonder aanbesteding een dienstverleningsovereenkomst aangaan met Caparis. Om een dergelijke overeenkomst te kunnen sluiten op basis van een uitsluitend recht dient aan de volgende voorwaarden te zijn voldaan:

- a. het uitsluitend recht moet een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag hebben;
- b. het uitsluitend recht moet betrekking hebben op de uitvoering van 'diensten';
- c. het uitsluitend recht moet verenigbaar zijn met het Verdrag betreffende de Werking EU (VWEU);
- d. de gemeente moet de opdracht verstrekken aan een met naam genoemde aanbestedende dienst op basis van het verleende uitsluitend recht.

Ad a. Wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag

Een uitsluitend recht behoeft een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag. Daarvan is sprake.

Ten behoeve van de uitvoering van de Wsw biedt artikel 2 lid 2 Wsw het college een wettelijke grondslag om een rechtspersoon (zoals Caparis) aan te wijzen. Die werkzaamheden wenst de gemeente voor te behouden aan Caparis om de redenen zoals hiervoor toegelicht. Daarbij dient het college in de aanwijzing de inhoud van de rechtsbetrekking tussen zichzelf en de betrokken rechtspersoon (i.e. Caparis) te regelen. Hiertoe wordt een Tripartite dienstverleningsovereenkomst gesloten.

Ten behoeve van de uitvoering van de Participatiewet, meer in het bijzonder het realiseren van dienstbetrekkingen Beschut werk, biedt de Participatiewet het college geen grondslag voor toewijzing aan Caparis. Datzelfde geldt voor de specifieke gemeentelijke groendiensten voor zover die geschikt zijn voor en bijdragen aan de arbeidsparticipatie van ingezetenen van de gemeente met een Wsw-indicatie en/of participatievoorziening beschut werk. Daarvoor is een bestuurlijke grondslag nodig in de vorm van een gemeentelijke verordening. Het Raadsbesluit waarmee de 'Verordening Toekenning Uitsluitend Recht 2019' is vastgesteld biedt de bestuurlijke grondslag voor het college om Caparis, door middel van het verlenen van een uitsluitend recht, te belasten met de uitvoering van deze diensten.

Ad b. het uitsluitend recht dient betrekking te hebben op de uitvoering van 'diensten'

Hiervan is sprake. De uitvoering van de Wsw, het realiseren van dienstbetrekkingen Beschut werk als bedoeld in artikel 15b Participatiewet, alsmede de specifieke gemeentelijke groendiensten voor zover die geschikt zijn voor en bijdragen aan de arbeidsparticipatie van ingezetenen van de gemeente met een Wsw-indicatie en/of een participatievoorziening beschut werk, kwalificeren als dienst.

Ad c. Het uitsluitend recht mag niet in strijd met het VWEU zijn

Van strijd met het VWEU is geen sprake. Het verlenen van het uitsluitend recht ten behoeve van de uitvoering van de Wsw respectievelijk het realiseren van dienstbetrekkingen beschut werk als bedoeld in artikel 10b Participatiewet en ten behoeve daarvan zorgdragen voor arbeidsparticipatie in een beschutte omgeving onder aangepaste omstandigheden heeft namelijk geen grensoverschrijdend effect, gelet op de locatie van uitvoering, de specifieke kenmerken van de betrokken diensten en de financiële waarde. Het gaat immers om beschutte arbeid die in de nabije omgeving van de betreffende ingezetenen georganiseerd moet worden. De door Caparis te bieden arbeidsparticipatie voor deze doelgroep in een beschutte omgeving onder aangepaste omstandigheden, vindt plaats in de eigen sociale werkvoorziening van Caparis gevestigd binnen de geografische grenzen van de vier achterblijvende gemeenten en daarnaast bij private en/of publieke rechtspersonen binnen of in de directe nabijheid van voornoemde geografische grenzen, waaronder de uitvoering van de specifieke gemeentelijke groendiensten binnen het geografische gebied van de gemeente.

Ook overigens wordt het verlenen van het uitsluitend recht ten behoeve van de uitvoering van de Wsw en het realiseren van dienstbetrekkingen beschut werk als bedoeld in artikel 10b Participatiewet verenigbaar beschouwd met het VWEU (om dwingende redenen van algemeen belang). Tewerkstelling van 'werknemers met een handicap'¹ is een kerndoelstelling van de Unie en haar lidstaten. De inzet van Caparis, vanuit de samenwerking van een achttal Fryske gemeenten berust op solidariteit ten behoeve van een adequaat sociaal vangnet voor ingezetenen die uitsluitend in een beschutte omgeving onder aangepaste omstandigheden kunnen participeren op de arbeidsmarkt en is ingegeven door redenen van doelmatigheid en kostenefficiëntie in het algemeen en ter bescherming van de fundamentele rechten van deze doelgroepen in het bijzonder. De uitvoering van deze diensten wordt verricht door een door de overheid gedomineerde sociale werkvoorziening die is opgericht om dit algemeen belang van een adequaat sociaal vangnet te dienen en waarin de markt niet afdoende voorziet. Het uitsluitend recht is daarnaast evenredig omdat het niet verder strekt dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking

1) Daaronder te verstaan: een persoon:

- a) die volgens het nationale recht als werknemer met een handicap is erkend, of
- b) die een langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperking heeft die haar/hem in wisselwerking met diverse drempels kan beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving.

van het rechtmatige streven van de samenwerkende gemeenten op het gebied van voorzieningen beschut werk. De duur van het uitsluitend recht is tot slot beperkt voor de duur van vijf jaar. Dit biedt zowel Caparis als de samenwerkende Gemeenten de gelegenheid om zich op de gevolgen van de voorliggende herstructurering aan te passen en de positie en rechten van de kwetsbare doelgroep zo veel als mogelijk te beschermen.

Ad d. De gemeente moet de dienstverleningsovereenkomst sluiten op basis van het verleende uitsluitend recht aan een met naam genoemde dienstverlener die kwalificeert als aanbestedende dienst

Het aangaan van een overeenkomst met een beroep op artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012 kan alleen aan een dienstverlener die zelf ook kwalificeert als aanbestedende dienst. Daarvan is sprake. Caparis kwalificeert als publiekrechtelijke instelling. Zij betreft, zoals toegelicht, een sociale werkvoorziening van meerdere Fryske gemeenten en is opgericht met het specifieke doel te voorzien in diensten van algemeen economisch belang zoals de uitvoering van de Wsw en artikel 10b Wsw, voor de uitvoering waarvan eventuele overwinst wordt afgeroomd. Nu daarnaast de diensten, waarvoor het uitsluitend recht wordt verleend, diensten betreffen waarvoor geen (sterke) concurrentie bestaat, waarvoor de gemeenten die Caparis controleren het financiële risico dragen en waarin de overheid (vanwege het marktfalen) om redenen van algemeen belang zelf zal voorzien of ten aanzien daarvan een beslissende invloed wil behouden, is het verdedigbaar dat Caparis kwalificeert als publiekrechtelijke instelling.

Financiën

Voor de uitvoering van de (tripartite) dienstverleningsovereenkomst, zoals hierboven omschreven, ten behoeve van:

- (i) de uitvoering van de Wsw voor ingezetenen van de gemeente en de daarvoor te verzorgen arbeidsparticipatie in een beschutte omgeving onder aangepaste omstandigheden, ontvangt Caparis een vergoeding. We verwachten dat dat de prijsstelling vergelijkbaar is met de begroting van de GR SW Fryslân 2020 en de bijdrage van Smallerland daaraan. Caparis betaalt aan de Gemeenschappelijke regeling SW 'Fryslân' de integrale kosten voor de ten behoeve van de uitvoering van de Wsw in te lenen Wsw'ers en brengt voor de aan derden, niet zijnde de gemeente, te leveren goederen of te verrichten diensten een vergoeding in rekening die de concurrentieverhoudingen niet mag beïnvloeden;
- (ii) het realiseren van dienstbetrekkingen beschut werk als bedoeld in artikel 10b Participatiewet en de daarvoor te verzorgen arbeidsparticipatie in een beschutte omgeving onder aangepaste omstandigheden, ontvangt Caparis een vergoeding van € 12.000 per ingezetene met een voorziening beschut werk voor de bijkomende kosten zoals begeleiding, aanpassing werkplek en overige componenten als bedoeld in artikel 34 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening EU (AGVV) en brengt voor de aan derden, niet zijnde de gemeente, te leveren goederen of te verrichten diensten een vergoeding in rekening die de concurrentieverhoudingen niet mag beïnvloeden. Caparis kan daarnaast overeenkomstig het bepaalde in artikel 33 AGVV aanspraak maken op een loonkostensubsidie als bedoeld in de Participatiewet tot 70% van de loonkosten.

DAEB-Vrijstellingsbesluit

Sociale diensten als onderhavige die de toegang tot de arbeidsmarkt en sociale integratie van kwetsbare groepen omvat, zijn van cruciaal belang voor de ingezetenen van de Europese Unie en zijn geschikt voor de toewijzing als dienst van algemeen economisch belang (DAEB). Tewerkstelling van 'werknemers met een handicap'² is een kerndoelstelling van de Unie en haar lidstaten. Caparis wordt door de gemeenten die blijven deelnemen in het aandelenkapitaal van Caparis belast met de uitvoering van deze diensten van algemeen belang met inachtneming van het DAEB-Vrijstellingsbesluit van de Europese Commissie (van 20 december 2011, 2012/21/EU, Pb 2012 L7/3), waardoor steun die de gemeente aan Caparis verleent verenigbaar is met het Unierecht.

In verband hiermee dient Caparis te worden belast met de uitvoering van de diensten van algemeen belang op basis van een toewijzingsbesluit van het college onder uitdrukkelijke verwijzing naar het DAEB-vrijstellingsbesluit. Caparis wordt met de uitvoering hiervan belast voor de duur van vijf jaar en blijft om die reden ruim binnen de maximale duur van tien jaar.

De compensatie voor uitvoering van de DAEB mag niet hoger zijn dan nodig is ter dekking van de netto kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen, met inbegrip van een redelijke winst. Ingeval Caparis ook nog andere activiteiten verricht dan die van algemeen belang dan dient daarvoor een gescheiden boekhouding te worden gevoerd.

2) Daaronder te verstaan: een persoon:

- a) die volgens het nationale recht als werknemer met een handicap is erkend, of
- b) die een langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperking heeft die haar/hem in wisselwerking met diverse drempels kan beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving.

In verband hiermee dienen regelmatig controles plaats te vinden, ten minste om de drie jaar gedurende de periode waarvoor Caparis met het beheer van de DAEB is belast en aan het einde van die periode. Wanneer Caparis compensatie heeft ontvangen die de in artikel 5 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit bedoelde netto kosten met inbegrip van een redelijke winst, overschrijden, dan dient deze overcompensatie terugbetaald te worden aan de gemeente. Wanneer het bedrag van de overcompensatie niet meer dan 10% bedraagt van de gemiddelde jaarcompensatie, dan mag de overcompensatie naar de volgende periode doorgeschoven worden en op het voor die periode te betalen compensatiebedrag in mindering worden gebracht. De gemeente heeft ruime discretionaire bevoegdheid bij het vaststellen van het toezichtmechanisme op overcompensatie. Een accountantscontrole of audit naar compensatie, overcompensatie en kruissubsidiering volstaat.

Drachten, 10 december 2019

De raad van Smalingerland,