

██████████_CORRESPONDENTIE

ADVOCAAT/CLIËNT

AAN Gemeente Lelystad

██████████
Stadhuisplein 2, Postbus 91
8200 AB Lelystad

VAN ██████████ Advocaat
██████████ Advocaat
██████████

TELEFOON +██████████
E-MAIL A██████████

POSTADRES Marsveldplein 5
1050 Brussel

DATUM 22 augustus 2024

ONDERWERP Quasi-inbesteding Stichting Welzijn Lelystad

1 INLEIDING

- 1.1 Gemeente Lelystad (hierna ook: '**de Gemeente**') werkt regelmatig samen met Stichting Welzijn Lelystad (hierna ook: '**de Stichting**'). De Gemeente is voornemens om middels quasi-inbesteding opdrachten te plaatsen bij de Stichting. In dit kader heeft de Gemeente AKD verzocht te adviseren over de mogelijkheid om met een beroep op de uitzondering van quasi-inbesteding opdrachten aan de Stichting te kunnen verstrekken.
- 1.2 Daarnaast heeft de Gemeente AKD ook verzocht om te adviseren over de door de Stichting gehanteerde Governancecodes. De Stichting hanteert zowel de Governancecode Zorg als de Governancecode Sociaal Werk en heeft de wens uitgesproken om conform deze Governancecodes te blijven werken. In dit verband wordt de vraag gesteld of deze Governancecodes invloed kunnen hebben op quasi-inbesteding door de Gemeente.

2 MANAGEMENT SAMENVATTING

- 2.1 Wij adviseren om in de statuten op te nemen dat de Gemeente de meerderheid van de leden van de Raad van Toezicht benoemt teneinde aan het toezichtcriterium te voldoen. Daarnaast kan er worden gedacht om in de Statuten een bijzondere controlebevoegdheid of bijzonder stemrecht op te nemen voor de Gemeente om de handelingsvrijheid van de Raad van Bestuur (mogelijk) te beperken ten aanzien van het gewone en het buitengewone beheer van de Stichting.
- 2.2 Gelet op de omstandigheden dat de Stichting bijna uitsluitend opdrachten uitvoert voor de Gemeente en de inkomsten van de Stichting vrijwel uitsluitend van gemeentelijke subsidies afkomstig zijn, zien

In Nederland wordt de praktijk uitgevoerd door AKD N.V., statutair gevestigd in Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van AKD N.V. van toepassing die zijn gedeponereerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 22/2023 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op <https://www.akd.eu/>.

wij aanleiding om aan te nemen dat aan het merendeelcriterium wordt voldaan. Opmerking verdient dat dit ook voor 2024 (en verder) het geval zal moeten zijn en blijven.

- 2.3 Gedurende de gehele duur van de opdracht(en) moet de verhouding tussen de Gemeente en de Stichting voldoen aan de voorwaarden van quasi-inbesteding. Derhalve adviseren wij om statutair vast te leggen dat de Stichting ten minste 80% van haar werkzaamheden ten behoeve van de Gemeente verricht en dat geen sprake mag zijn van de participatie van privékapitaal.
- 2.4 De Governancecodes bevatten onzes inziens geen bepalingen die de mogelijkheid van een beroep op quasi-inbesteding kunnen belemmeren. Het is echter van belang om in het oog te houden dat, indien de Stichting zich verbindt aan een governancecode, zij zich daar ook aan (kan) houden. Ten aanzien van de Governancecode Zorg achten wij het gelet op de activiteiten van de Stichting minder voor de hand om deze governancecode te hanteren. Gelet op het voorgaande geven we in overweging om bij de Stichting na te gaan in hoeverre de Governancecode Zorg de juiste aansluiting vindt op haar activiteiten, of dat niet kan worden volstaan met het naleven van de Governancecode Sociaal Werk.

3 JURIDISCH KADER

- 3.1 Indien er wordt voldaan aan de geldende voorwaarden voor quasi-inbesteding geldt er een uitzondering op de Aanbestedingswet (hierna ook: '**AW**'). De voorwaarden voor quasi-inbesteding zijn opgenomen in artikel 12 lid 1 Richtlijn 2014/24, artikel 2.24a t/m 2.24c Aw en jurisprudentie.
- 3.2 In de wet zijn twee vormen van quasi-inbesteding opgenomen. Een aanbestedende dienst kan gezamenlijk met andere aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uitoefenen op een door hen gecontroleerde rechtspersoon. Dit is quasi-inbesteding middels gezamenlijk toezicht conform artikel 2.24b Aw. Daarnaast is het ook mogelijk dat een aanbestedende dienst zelfstandig toezicht houdt op een rechtspersoon. Dit is quasi-inbesteding middels enkelvoudig toezicht en geregeld in artikel 2.24a Aw.
- 3.3 De Gemeente is voornemens om als enige aanbestedende dienst toezicht te houden op de Stichting. Derhalve is er sprake van enkelvoudige quasi-inbesteding en is artikel 2.24a Aw van toepassing.
- 3.4 Voor een geslaagd beroep op artikel 2.24a Aw dient te worden voldaan aan de volgende cumulatieve voorwaarden:
 - i. De aanbestedende dienst moet op de rechtspersoon toezicht uitoefenen zoals op zijn eigen dienst (hierna ook: '**het toezicht-criterium**').
 - ii. Meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon moet de uitvoering van taken behelzen die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen (hierna ook: '**het merendeel criterium**').
 - iii. Er mag geen sprake zijn van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van vormen van participatie van privékapitaal die

geen controle of blokkerende macht inhouden, die vereist zijn krachtens nationale regelgeving welke verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna ook: 'VWEU') en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon (hierna ook: 'geen participatie privékapitaal').

Ad (i) Het toezichtcriterium

- 3.5 Aan dit criterium wordt voldaan in het geval dat de aanbestedende dienst zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent.¹ Bij het bepalen of er is voldaan aan het toezichtcriterium moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van de zaak.²
- 3.6 Uit Europese en nationale jurisprudentie volgen de volgende uitgangspunten:
- Het toezicht hoeft niet identiek te zijn aan, maar wel vergelijkbaar met het toezicht op de eigen diensten.³ Doorslaggevend is of de aanbestedende dienst daadwerkelijk altijd in staat is om in de gecontroleerde rechtspersoon zijn doelstellingen op het gebied van het algemeen belang ten volle te verwezenlijken.⁴
 - Er is geen sprake van toezicht als op eigen diensten, als de aanbestedende dienst slechts gedeeltelijk toezicht (bijvoorbeeld op een enkele activiteit) houdt.⁵
 - Het toezicht moet structureel, functioneel en effectief zijn.⁶

Ad (ii) Het merendeelcriterium

- 3.7 De ratio achter het merendeelcriterium is dat de eerlijke mededinging niet geschonden mag worden. De gecontroleerde rechtspersoon mag zich dan ook niet te veel in de markt begeven en opdrachten voor anderen (dan de toezichthoudende rechtspersoon) uitvoeren.⁷ Een onderhands gegunde opdracht via quasi-inbesteding behelst een voordeel, welk voordeel enkel te accepteren is als de andere activiteiten marginaal zijn.
- 3.8 Of wordt voldaan aan de 80%-eis, wordt, in beginsel, bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.⁸

¹ Artikel 2.24a lid 3 Aw.

² HvJ EU 8 december 2016, C-553/15, r.o. 42.

³ Vgl. A-G Kokott 1 maart 2005, zaak C-458/03 (Parking Brixen), ECLI:EU:C:2005:123, punt 72.

⁴ Vgl. A-G Kokott 1 maart 2005, zaak C-458/03 (Parking Brixen), ECLI:EU:C:2005:123, punt 72.

⁵ HvJ EU 8 mei 2024, zaak C-15/13 (Technische Universitat Hamburg-Hamburg, r.o. 31-32).

⁶ Rechtbank Overijssel 1 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:337, r.o. 4.4.

⁷ HvJ EU, 18 juni 2020, C-328/19, r.o. 71.

⁸ Artikel 2.24a lid 4 Aw.

- 3.9 Een aanbestedende dienst is vrij om ervoor te kiezen het percentage te berekenen aan de hand van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gegronde maatstaf, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of aanbestedende dienst met betrekking tot diensten, levering en werken zijn gemaakt, over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.⁹
- 3.10 Indien de gemiddelde totale omzet over de laatste drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is in verband met de datum van oprichting of aanvang van de bedrijfsactiviteiten, kan door middel van bedrijfsprognoses worden aangetoond dat de berekening van de activiteit aannemelijk is.¹⁰

Ad (iii) Geen participatie privékapitaal

- 3.11 Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in zijn rechtspraak verduidelijkt dat het vereiste in ieder geval ziet op aandelenkapitaal dat gehouden wordt door particuliere ondernemingen in vennootschappen, ook als dit een slechts een minimaal belang is.¹¹
- 3.12 Daarnaast kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat het Hof de voorwaarde dat geen sprake mag zijn van participatie van privékapitaal breder lijkt te interpreteren dan enkel betrekking hebbende op het aandelenkapitaal in een vennootschap. In het arrest *SUCH* was bijvoorbeeld het lidmaatschap van enkele particuliere entiteiten van een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk voldoende om aan te nemen dat sprake was van de participatie van privékapitaal.¹²
- 3.13 Daarnaast wordt opgemerkt dat de Europese Commissie heeft overwogen dat het verlenen van standaardleningen niet onder het begrip van participatie van privékapitaal valt.¹³ In zoverre is indirecte participatie van privékapitaal dus mogelijk. Een lening verstrekt door een particuliere onderneming kan echter niet langer als standaard worden beschouwd als deze kan worden omgezet in aandelen in de entiteit als mogelijkheid tot terugbetaling.¹⁴
- 3.14 Ten slotte moet worden aangenomen dat quasi-inbesteding niet mogelijk is als de statuten van de gecontroleerde rechtspersoon de mogelijkheid tot participatie van privékapitaal openlaat, ook al is daarvan op het moment nog geen sprake.¹⁵

4 ACTIVITEITEN VAN DE STICHTING

- 4.1 De Stichting houdt zich bezig met het uitvoeren van sociaal werk. De Stichting is een organisatie die zich inzet voor het welzijn van de inwoners van de Gemeente en biedt verschillende diensten op het

⁹ Artikel 2.24a lid 4 Aw en Rechtbank Overijssel 1 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:337, r.o. 4.5. en 4.16.

¹⁰ Artikel 2.24a lid 5 Aw.

¹¹ Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 11 januari 2005, zaak C-26/03 (Stadt Halle), ECLI:EU:C:2005:5.

¹² HvJ EU 19 juni 2014, zaak C-574/12 (SUCH), ECLI:EU:C:2014:2004, punt 39-43.

¹³ Werkdocument van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op betrekking tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking"), 4 oktober 2011, p.8.

¹⁴ Werkdocument van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op betrekking tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking") d.d. 4 oktober 2011, pagina 8 en voetnoot 16.

¹⁵ HvJ 21 juli 2005, zaak C-231/03 (Coname), ECLI:EU:C:2005:487, punt 26.

gebied van zorg, welzijn en ondersteuning.¹⁶ Daarnaast heeft de Stichting de status van Algemeen Nut Beogende Instelling.

- 4.2 Uit het Financieel jaarverslag 2022 en Financieel jaarverslag 2023 volgt dat de Stichting, onder andere, projecten uitvoert met subsidies van de Gemeente. Deze projecten richten zich op algemeen vrijwilligerswerk, buurtbemiddeling, vervoersdiensten, jeugdpreventiewerk op school, jonge mantelzorgers en maatschappelijke begeleiding statushouders.
- 4.3 De Stichting hanteert de Governancecode Sociaal Werk en de Governancecode Zorg. In deze governancecodes worden verschillende principes/normen uiteengezet ten aanzien van goed bestuur, toezicht, transparantie, integriteit, financiële beheersing en taakverdeling.

5 RELATIE TUSSEN DE GEMEENTE EN STICHTING

- 5.1 Momenteel verstrekt de Gemeente verscheidende subsidies en opdrachten aan de Stichting.¹⁷ De Gemeente en de Stichting hebben voor 2024 een 'Uitvoeringsovereenkomst Budgetsubsidie' (hierna ook: '**de Uitvoeringsovereenkomst**') gesloten waarin is bepaald dat de Stichting een subsidiebedrag krijgt toegewezen ter uitvoering van de in de Uitvoeringsovereenkomst bepaalde afspraken. In de Uitvoeringsovereenkomst is bepaald dat de Stichting in opdracht van de Gemeente werkt in de sociale basis aan het voorkomen van zwaardere zorg.
- 5.2 De diensten die de Stichting verricht voor de Gemeente zijn opgenomen in de Dienstencatalogus 2024. Daarnaast bestaat er tussen de Gemeente en de Stichting een beheerovereenkomst ten behoeve van het beheer van buurthuizen in eigendom van de Gemeente door de Stichting. Verder voert de Stichting namens de Gemeente de wettelijke taak in het kader van de Wet Inburgering uit, hiervoor is ook tussen partijen een verwerkingsovereenkomst gesloten.¹⁸

6 ANALYSE

(i) Het toezichtcriterium

Structuur Stichting

- 6.1 Volgens de statuten van de Stichting¹⁹ (hierna ook: '**de Statuten**') bestaat de Stichting uit een Raad van Toezicht (hierna ook: '**RVT**') die momenteel bestaat uit vijf leden.²⁰ Daarnaast is er een Raad van Bestuur, die uit één of meer natuurlijke personen kan bestaan.²¹ Verder is er ook een Ondernemingsraad.

¹⁶Due Diligence Report Project Lelystad, p.6.

¹⁷ Zie Financieel Jaarverslag 2022, 2023 en Begroting Stichting Welzijn Lelystad 2024 en Due Diligence Report Project Lelystad.

¹⁸ Uitvoeringsovereenkomst, artikel 1.5.

¹⁹ Wij hebben de statuten geraadpleegd na wijziging van 12 januari 2022, beschikbaar via Company.info, geraadpleegd op 20 augustus 2024.

²⁰ Bestuursverslag 2023.

²¹ Artikel 4 lid 1 van de Statuten.

- 6.2 De RvT stelt het aantal bestuurders vast.²² Volgens de jaarverslagen van 2021, 2022 en 2023 is er maar één bestuurder. De leden van de Raad van Bestuur worden benoemd door de RvT. Elk lid van de Raad van Bestuur kan te allen tijde door de RvT worden ontslagen of geschorst.²³ Om het besluit tot ontslag of schorsing te kunnen nemen is een meerderheid van twee/derde van de stemmen van de RvT nodig.²⁴
- 6.3 De Raad van Bestuur is gehouden om voorafgaand bepaalde activiteiten goedkeuring te verkrijgen van de RvT. Dit ziet op de goedkeuring voor:
- a) de (meerjaren) begroting en strategische beleidsplannen;
 - b) het aangaan van kredietovereenkomsten en van geldleningen ten behoeve en ten laste van de Stichtingen, met uitzondering van opnamen ten laste van een bestaand krediet;
 - c) het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de Stichting met een andere Stichting of rechtspersoon, als deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de Stichting;
 - d) het nemen van een deelneming in een vennootschap en ook het ingrijpend vergroten of verminderen van een dergelijke deelneming;
 - e) het doen van investeringen of andere uitgaven die niet in de vastgestelde begroting zijn voorzien of in een ander document dat door de RvT is goedgekeurd voorzover deze het in het bestuursreglement vastgestelde bedrag dat de bestuurder zonder goedkeuring vooraf kan besteden te boven gaat;
 - f) het aanvragen van surseance van betaling en faillissement van de Stichting;
 - g) ingrijpende wijzigingen in de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers van de Stichting;
 - h) het ingrijpend wijzigen van de organisatiestructuur van de instelling(en) van de Stichting met name op het niveau van de Raad van Bestuur en het managementteam;
 - i) andere aangelegenheden waarvan de Raad van Toezicht heeft besloten dat deze aan zijn goedkeuring zijn onderworpen. Een dergelijk besluit van de RvT moet de betreffende bestuursbesluiten duidelijk omschrijven en moet onmiddellijk aan de Raad van bestuur worden medegedeeld.²⁵
- 6.4 De RvT heeft als taak om toezicht te houden op het beleid en beheer van de Raad van Bestuur en op de algemene gang van zaken in de Stichting en de met haar verbonden instelling(en).²⁶ De RvT bestaat ten minste uit vijf en ten hoogste negen natuurlijke personen.²⁷ De RvT stelt zelf het aantal leden vast binnen die bandbreedte.²⁸ Eén lid van de RvT wordt door de RvT benoemd op voordracht van de Ondernemingsraad.²⁹

²² Artikel 4 lid 1 van de Statuten.

²³ Artikel 5 lid 2 van de Statuten.

²⁴ Artikel 5 lid 3 jo. Artikel 18 lid 2 en 3 van de Statuten.

²⁵ Artikel 7 lid 3 van de Statuten.

²⁶ Artikel 10 lid 1 van de Statuten.

²⁷ Artikel 9 lid 1 van de Statuten.

²⁸ Artikel 9 lid 1 van de Statuten.

²⁹ Artikel 9 lid 3 van de Statuten.

- 6.5 De RvT kan, behoudens uitzonderingen in de Statuten, ter vergadering alleen dan rechtsgeldige besluiten nemen indien de meerderheid van de in functie zijnde leden ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd zijn, alle voorschriften omtrent oproeping zijn nageleefd en het een onderwerp betreft dat in de uitnodiging is vermeld.³⁰ Ieder lid van de RvT heeft het recht tot het uitbrengen van één stem.³¹

Toezicht Gemeente

- 6.6 Onder strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen kan onder meer worden verstaan beslissingen omtrent de goedkeuring van de statuten en meerjarenplannen, het vaststellen van de begroting, beslissingen ten aanzien van belangrijke investeringen en de benoeming van sleutelfunctionarissen. Momenteel houdt de Gemeente op generlei wijze toezicht op de activiteiten van de Stichting. De Gemeente heeft ook geen invloed op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen te nemen door de Stichting.
- 6.7 De Gemeente kan middels een wijziging van de Statuten haar toezicht op de Stichting bewerkstelligen. De RvT kan besluiten de Statuten te wijzigen. Een besluit tot statutenwijziging kan slechts worden genomen indien een meerderheid van ten minste drie/vierde van de geldig uitgebrachte stemmen in een vergadering waarin ten minste drie/vierde van het aantal zitting hebbende leden van de RvT aanwezig of vertegenwoordigd is.³²
- 6.8 Ten eerste kan er in de Statuten worden bepaald dat de Gemeente het recht heeft om (de meerderheid van) de leden van de RvT te benoemen. De RvT heeft immers het laatste woord over de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de Stichting en heeft het recht om bestuurders te benoemen en te ontslaan. Met de bevoegdheid om (de meerderheid van) de leden van de RvT te benoemen kan de Gemeente beslissende invloed over de Stichting bewerkstelligen.
- 6.9 Hierbij moet rekening worden gehouden met de stemprocedure. In het algemeen geldt dat voor zover de Statuten niet anders bepalen alle besluiten van de RvT worden genomen met een gewone meerderheid van de geldig uitgebrachte stemmen.³³ In dat geval zou de Gemeente dus beslissende invloed kunnen uitoefenen indien zij de meerderheid van de leden van de RvT kan benoemen en ontslaan. Echter geldt momenteel voor het besluit tot schorsing of ontslag van een lid van de Raad van Bestuur dat een meerderheid van twee/derde van de stemmen voldoende is om het besluit te kunnen nemen.³⁴ In het geval dat er negen leden van de RvT zijn en de Gemeente een meerderheid van de leden heeft (dus vijf leden) benoemd, dan heeft de Gemeente geen doorslaggevende invloed op een schorsings- of ontslagbesluit van een lid van de Raad van Bestuur.
- 6.10 Hetzelfde geldt voor het stemmen voor de wijziging van de Statuten, waarbij een meerderheid van ten minste drie/vierde nodig is.³⁵ Daarbij signaleren wij ook het aandachtspunt dat voldoende leden van de RvT (die de Gemeente heeft benoemd) aanwezig zijn op de vergaderingen. Artikel 14, lid 1

³⁰ Artikel 14 lid 1 van de Statuten.

³¹ Artikel 14 lid 5 van de Statuten.

³² Artikel 18 lid 2 en 3 van de Statuten.

³³ Artikel 14, lid 4 van de Statuten.

³⁴ Artikel 5 lid 3 van de Statuten.

³⁵ Artikel 18, lid 2 en 3 van de Statuten.

van de Statuten bepaalt namelijk dat door de RvT, behoudens anders vermeld in de Statuten, vertegenwoordigde leden, ter vergadering alleen dan rechtsgeldige besluiten nemen indien: i) de meerderheid van de in functie zijnde leden ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is; en ii) alle voorschriften omtrent oproeping zijn nageleefd en iii) het een onderwerp betreft dat in de uitnodiging is vermeld.

- 6.11 De Gemeente zou om problemen met de meerderheid tijdens het stemmen te voorkomen kunnen voorstellen om de stemprocedure en/of aanwezigheidsvereisten aan te passen, of in de Statuten vast te leggen dat een door de Gemeente benoemd lid van de RvT een vetorecht heeft ten aanzien van het benoemen, schorsen en ontslaan van een bestuurder en de wijziging van de Statuten.
- 6.12 Daarnaast kan er worden gedacht om in de Statuten een bijzondere controlebevoegdheid of bijzonder stemrecht op te nemen voor de Gemeente om de handelingsvrijheid van de Raad van Bestuur (mogelijk) te beperken ten aanzien van het gewone en het buitengewone beheer van de Stichting.³⁶ Gedacht kan worden aan een vetorecht ten aanzien van besluiten van de Raad van Bestuur ten aanzien van het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de Stichting.³⁷

Ad (ii) Het merendeelcriterium

- 6.13 Naar wij hebben begrepen wenst de Gemeente vanaf 2025 opdrachten met een beroep op quasi-inbesteding te verstrekken aan de Stichting.
- 6.14 De Gemeente is vrij om ervoor te kiezen om, in plaats van aan de hand van de gemiddelde totale omzet, het merendeelcriterium van 80% te berekenen aan de hand van een geschikte activiteit gegronde maatstaf, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of aanbestedende dienst met betrekking tot diensten, levering en werken zijn gemaakt, over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.³⁸ De Gemeente zou onzes inziens kunnen aansluiten bij de door de Gemeente gesubsidieerde activiteiten die de Stichting verricht.
- 6.15 Uit het Financieel Jaarverslag 2022 en het Financieel Jaarverslag 2023 volgt dat van de totaal ontvangen baten meer dan 80% afkomstig is van de Gemeente.³⁹ Daarnaast volgt uit het Due Diligence Report Project Lelystad (hierna ook: '**Due Diligence Report**') dat de Stichting ook nog indirect subsidies ontvangt van de Gemeente, middels het Werkbedrijf Lelystad en ZonMw.⁴⁰ Ook uit de begroting van de Stichting voor 2024 blijkt dat verwacht wordt dat meer dan 80% van de baten van de Stichting afkomstig zullen zijn van de Gemeente.
- 6.16 Wij kunnen, zolang de cijfers over 2024 nog niet definitief vaststaan, niet met zekerheid beoordelen of ook voor 2024 meer dan 80% van de baten van de Stichting van de Gemeente komen. Het is

³⁶ HvJ EU, 11 mei 2006, C-340/04, r.o. 38.

³⁷ In de Statuten is nu bepaald dat toestemming van de RvT nodig is indien de samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de Stichting, artikel 7 lid 3 sub c van de Statuten.

³⁸ Artikel 2.24a lid 4 Aw en Rechtbank Overijssel 1 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:337, r.o. 4.5. en 4.16.

³⁹ Dit volgt ook uit BDO Transaction Advisory Services, Due Diligence Report Project Lelystad, p.13.

⁴⁰ Dit volgt ook uit BDO Transaction Advisory Services, Due Diligence Report Project Lelystad, p.14.

gelet op het voorgaande wel aannemelijk dat dit het geval zal zijn. De Gemeente zal dit evenwel te zijner tijd moeten nagaan.

- 6.17 Opmerking verdient dat doorlopend aan het merendeelcriterium moet worden voldaan, nu gedurende de gehele duur van de opdracht(en) de verhouding tussen de Gemeente en de Stichting moet voldoen aan de voorwaarden van quasi-inbesteding.⁴¹ Derhalve adviseren wij om statutair vast te leggen dat de Stichting ten minste 80% van haar werkzaamheden ten behoeve van de Gemeente verricht.

Ad (iii) Geen participatie privékapitaal

- 6.18 Voor een beroep op quasi-inbesteding is tevens vereist dat geen sprake is van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon. Naar wij begrijpen uit de ontvangen stukken bevindt zich geen privékapitaal in de Stichting.
- 6.19 Het is van belang dat ook in de toekomst geen sprake zal zijn van participatie van privékapitaal. Immers, de verhouding tussen de Stichting en de Gemeente zal aan de voorwaarden voor quasi-inbesteding moeten blijven voldoen.⁴² In de Statuten kan een bepaling worden opgenomen waarin het voorgaande wordt geborgd.
- 6.20 Daarbij merken wij op dat een incidentele schenking vanuit privékapitaal niet direct tot gevolg zal hebben dat niet langer aan het verbod op deelname van privékapitaal wordt voldaan. Daarbij kan onzes inziens een vergelijking worden gemaakt met een indirecte lening, wat ook is toegestaan.
- 6.21 De Gemeente heeft aangegeven dat op lange termijn de Stichting wellicht zal worden omgezet in een BV. Ook bij en na omvorming zal dit criterium onverkort van toepassing zijn. Dit betekent dat ook wanneer de Stichting wordt omgezet in een B.V., geen private ondernemingen/ privékapitaal mag (gaan) deelnemen in de B.V., zo lang een beroep op quasi-inbesteding wordt gedaan.

Conclusie

- 6.22 Wij komen gelet op het voorgaande tot de conclusie dat met de voorgestelde aanpassingen in de statuten en na het definitief maken van de cijfers over 2024, aan de voorwaarden van artikel 2.24a Aw kan worden voldaan.

7 GOVERNANCE CODES

- 7.1 Naar wij begrijpen heeft de Stichting zich verbonden aan enkele Governancecodes. Het gaat daarbij in ieder geval om de Governancecode Zorg⁴³ en de Governancecode Sociaal Werk.⁴⁴ Beide governancecodes regelen met name welke normen er gelden voor goed bestuur en toezicht door

⁴¹ HvJ EU, 12 mei 2022, C-719/20.

⁴² HvJ EU, 21 juli 2005, C-231/03, r.o. 26.

⁴³ Governancecode Zorg versie 2022.

⁴⁴ Governancecode Sociaal werk versie 27 oktober 2016.

organisaties in de zorg of sociaalwerkorganisaties. Daarnaast volgen er enkele concrete verplichtingen ten aanzien van de taak van de RvT of de Raad van Bestuur.

Governancecode Zorg

- 7.2 Uit de Governancecode Zorg volgt bijvoorbeeld dat de Raad van Bestuur en RvT verantwoording afleggen over de wijze waarop zij invulling geven aan de principes en bepalingen van deze code.⁴⁵ Daarnaast moet de zorgorganisatie beschikken over een schriftelijk vastgestelde regeling voor het handelen bij conflicten tussen de RvT en de Raad van Bestuur.⁴⁶ In de Governancecode Zorg is verder bepaald dat de RvT verantwoordelijk is voor de kwaliteit van zijn eigen handelen en zijn eigen samenstelling.⁴⁷ Daarnaast is volgens de Governancecode Zorg de RvT bevoegd tot benoeming, schorsing en ontslag, alsmede het verlenen van décharge van de leden van de RvT, tenzij deze bevoegdheden wettelijk of statutair aan de algemene vergadering of een andere instantie zijn toegekend.⁴⁸ De minimale omvang van de RvT ligt vast in de statuten.⁴⁹ De criteria en de procedure voor (her)benoeming, schorsing en ontslag van een lid van de RvT liggen tevens vast in de statuten en/of het reglement van de RvT.⁵⁰ Een lid van de RvT wordt voor maximaal vier jaar benoemd en kan, inclusief herbenoemingen, maximaal acht jaar zitting hebben in de RvT van de zorgorganisatie en haar rechtsvoorgangers of- opvolgers.⁵¹
- 7.3 Voorts moet de Raad van Bestuur zich bij de vervulling van zijn taak richten op het belang van de zorgorganisatie vanuit het perspectief van het realiseren van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie en de centrale positie van cliënt daarin.⁵² De Raad van Bestuur is verantwoordelijk voor het beheersen van de risico's, verbonden aan de strategie en de verschillende activiteiten van de zorgorganisatie, het handelen van medewerkers, ingeschakelde derden en de maatschappelijke positionering van de zorgorganisatie.⁵³ De Raad van Bestuur draagt zorg voor goede en hanteerbare interne risicobeheersing- en controlesystemen, de bemensing daarvan en de werking van die systemen.⁵⁴ De RvT benoemt, schorst, ontslaat en verleent décharge aan de leden van de Raad van Bestuur.⁵⁵
- 7.4 Wij merken op dat de Governancecode Zorg is gericht op zorgaanbieders en zorgorganisaties. Zo bevat de Governancecode Zorg bijvoorbeeld verplichtingen uit de Wet toetreding zorgaanbieders, waaronder dat leden van de RvT geen vertegenwoordigers zijn van enige interne of externe partij en handelen zonder last of ruggespraak.⁵⁶ Gelet hierop betwijfelen wij in hoeverre de Governancecode Zorg wel relevant is voor de Stichting gelet op de activiteiten van de Stichting. Zo

⁴⁵ Governancecode Zorg, p. 14.

⁴⁶ Governancecode Zorg, p. 14.

⁴⁷ Governancecode Zorg, p. 17.

⁴⁸ Governancecode Zorg, p. 17.

⁴⁹ Governancecode Zorg, p. 17.

⁵⁰ Governancecode Zorg, p. 17.

⁵¹ Governancecode Zorg, p.18.

⁵² Governancecode Zorg, p.15.

⁵³ Governancecode Zorg, p.15.

⁵⁴ Governancecode Zorg, p.15.

⁵⁵ Governancecode Zorg, p.19.

⁵⁶ Governancecode Zorg, p. 17.

staat bijvoorbeeld in de Dienstencatalogus dat Welzijn juist zorg probeert te voorkomen.⁵⁷ Committeren aan de Governancecode Zorg zou voor de Stichting derhalve tot onduidelijkheden kunnen leiden.

Governancecode Sociaal Werk

- 7.5 De Governancecode Sociaal Werk is ontwikkeld voor de branche Sociaal Werk.⁵⁸ De Governancecode Sociaal Werk zet normen voor goed bestuur en toezicht.⁵⁹ Voor de leden van Sociaal Werk Nederland hebben de principes van de code een verplichtend karakter.⁶⁰ Het bestuur en de toezichthouder van de sociaalwerkorganisatie hebben ieder hun eigen verantwoordelijkheid voor de integrale toepassing van de code.⁶¹
- 7.6 De Governancecode Sociaal Werk onderscheidt drie besturingsmodellen. Voor de Stichting is het model RvT het meest relevant.⁶² Volgens dit model is het bestuur professioneel en bestaat het uit één of meerdere personen die zijn belast met het besturen van de sociaalwerkorganisatie.⁶³ Dat houdt onder meer in dat de individuele bestuurders aansprakelijk zijn en (eind) verantwoordelijke zijn voor de realisatie van de organisatiedoelstellingen, de strategie, de financiën en het naleven van wet- en regelgeving. Het bestuur vertegenwoordigt de organisatie in en buiten rechte en heeft alle bevoegdheden die niet door de wet, statuten of reglementen aan een ander orgaan (RvT) zijn toegekend.⁶⁴ Het bestuur legt over het functioneren van de sociaalwerkorganisatie en over het eigen functioneren verantwoording af aan de RvT.⁶⁵
- 7.7 De RvT houdt integraal toezicht op de besturing van de organisatie en op de algemene gang van zaken in de sociaalwerkorganisatie; hieronder valt bijvoorbeeld het goedkeuren van besluiten van het bestuur alsmede het monitoren van het functioneren van het bestuur en meer in het algemeen de besturing van de sociaalwerkorganisatie.⁶⁶ De RvT heeft een adviserende en stimulerende rol voor het bestuur en vervult ook de werkgeversrol tegenover het bestuur.⁶⁷ Voorts heeft het een ambassadeursrol en treedt op als belangenbehartiger voor de organisatie en legt aan de buitenwereld verantwoording af over het toezicht op de besturing binnen de organisatie.⁶⁸
- 7.8 De RvT benoemt, schorst en ontslaat zijn leden, tenzij een van die taken in de statuten expliciet bij een ander orgaan is neergelegd.⁶⁹ Het bestuur richt zich op het verwezenlijken van maatschappelijke doelstellingen en houdt daarbij het belang van de sociaalwerkorganisaties voor

⁵⁷ Dienstencatalogus 2024, p.3.

⁵⁸ Governancecode Sociaal Werk, p.3.

⁵⁹ Governancecode Sociaal Werk, p.4.

⁶⁰ Governancecode Sociaal Werk, p.6.

⁶¹ Governancecode Sociaal Werk, p.6.

⁶² Governancecode Sociaal Werk, p.12.

⁶³ Governancecode Sociaal Werk, p.12.

⁶⁴ Governancecode Sociaal Werk, p.12.

⁶⁵ Governancecode Sociaal Werk, p.12.

⁶⁶ Governancecode Sociaal Werk, p.12.

⁶⁷ Governancecode Sociaal Werk, p.12.

⁶⁸ Governancecode Sociaal Werk, p.12.

⁶⁹ Governancecode Sociaal Werk, p.10.

ogen. Het bestuur is verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken en besturing van de sociaalwerkorganisatie.⁷⁰

- 7.9 Het bestuur is als collectief verantwoordelijk voor:
- de algemene gang van zaken binnen de organisatie
 - het realiseren van de doelstellingen, de strategie en de financiering alsmede het afleggen van verantwoording daarover;
 - een verantwoorde besteding van de financiële middelen;
 - beheersing van de financiële risico's;
 - goede en heldere besluitvorming die zichtbaar is door de toezichthouder.⁷¹
- 7.10 De RvT is verantwoordelijk voor:
- Het toezicht op het bestuur en de algemene gang van zaken van de sociaalwerkorganisatie. Onder het toezicht vallen in ieder geval de realisatie van de doelstellingen, strategie, risicobeheersing en het financieel beleid. Verder is hij verantwoordelijk voor de benoeming van de externe accountant; en bekijkt hij periodiek of het wenselijk is om te wisselen van accountant.
 - een adviserende en stimulerende rol richting het bestuur en bespreekt dilemma's met de bestuurder en geeft actief feedback.
 - het zijn van de werkgever van de bestuurder. Hij benoemt, beoordeelt, schorst en ontslaat de leden van het bestuur.
 - een transparant bezoldigingsbeleid dat past bij de maatschappelijke positie van de organisatie en dat overeenstemt met wettelijke voorschriften en subsidievoorschriften.
 - het ambassadeur zijn van de organisatie.
- 7.11 Daarnaast behoort het bestuur te zorgen voor een klachtenprocedure in geval van klachten van klanten of derden.⁷²

Conclusie

- 7.12 De governancecodes bevatten onzes inziens geen bepalingen die de mogelijkheid om een beroep te doen op quasi-inbesteding belemmeren.
- 7.13 Het is tot slot van belang om in het oog te houden dat, indien de Stichting zich verbindt aan een governancecode, zij zich daar ook aan (kan) houden. Ten aanzien van de Governancecode Zorg achten wij het gelet op de activiteiten van de Stichting minder voor de hand om deze Governancecode te hanteren. Gelet op het voorgaande geven we in overweging om bij de Stichting na te gaan in hoeverre de Governancecode Zorg de juiste aansluiting is op haar activiteiten, of dat niet kan worden volstaan met het naleven van de Governancecode Sociaal Werk.

⁷⁰ Governancecode Sociaal Werk, p. 10.

⁷¹ Governancecode Sociaal Werk, p. 10.

⁷² Governancecode Sociaal Werk, p.8.