



Collegevoorstel

Zaak : Indiensttreding medewerkers MOOVE

Zaaknummer : 261676

gemeente **Oosterhout**

Datum: 29 maart 2021	Auteur: Suzanne Straathof-Hurkmans	Bereikbaar
Status:	Team: Sport	Handtekening

Onderwerp:

Indiensttreding medewerkers MOOVE

Geraadpleegde collega's:

Mariska Asmus, Directie

Sonja Koppe-Goossens, Binnen Advies - JZ

Edwin Branderhorst, Binnen Control

Kim Tax, Binnen Advies – P&O

Hans Nouwens, Sport

Conclusie raadpleging: Men is akkoord.

Communicatie: ja d.m.v.: geen

Bijlagen:

- Brief door college
- Brief aan gemeenteraad
- Brief beantwoording vragen ex art 41
- Nota voor de raad
- Overige bijlagen:
 1. Interne procesanalyse OIB / MOOVE d.d. 24-06-2020
 2. Advies AKD d.d. 1-10-2020 (geheim)
 3. Functiebeschrijvingen MOOVE
 4. Inschalingsbesluit directie d.d. 11 maart 2021
 5. Advies Leeuwendaal d.d. 16 maart 2021 inzake Waarborgfonds (geheim)
 6. Inschalingsadvies medewerkers MOOVE d.d. 23 maart 2021 door adviesbureau Leeuwendaal (geheim)
 7. Formatieoverzicht (geheim)
 8. Brief aan ondernemingsraad
 9. Brief aan gemeenteraad

Behandeling in / door:

- Raad
- Ondernemingsraad

Datum:

Aard behandeling:

Portefeuillehouder

Burgemeester

Geheimhouding op	Titel	Grondslag art. 10 Wob	Tot wanneer	Moet raad bekrachtigen?
Bijlage	Adviesrapport AKD	Hoofdstuk V, art.10 lid 2b en g	onbepaald	Nee
Bijlage	Adviesmemo Leeuwendaal	Hoofdstuk V, art.10 lid 2b en g	onbepaald	Nee
Bijlage	Adviesmemo Leeuwendaal	Hoofdstuk V, art.10 lid 2b en g	onbepaald	Nee
Bijlage	Formatieoverzicht	Hoofdstuk V, art.10 lid 2e	onbepaald	Nee

Wij verzoeken u om bij communicatie rondom deze aanvraag het zaaknummer 261676 te vermelden.

COLLEGE VOORSTEL

Datum: 21 december 2020	Openbaar	Bis-nummer:
Onderwerp: Formatiewijziging MOOVE		

Voorstel:

Te besluiten:

1. Kennis te nemen van de problematiek inzake het dossier MOOVE;
2. In te stemmen met uitbreiding van de gemeentelijke formatie met 7,5 fte, zodat een formatieve plek gecreëerd wordt en de medewerkers binnen de organisatie kunnen landen;
3. Bijbehorende functieprofielen vast te stellen
4. De kosten van deze formatie-uitbreiding in 2021 te dekken uit het budget Brede Buurt, en hiertoe bij de 1^e corap 2021 een begrotingswijziging voor te leggen aan de gemeenteraad;
5. Teamleider Sportbedrijf opdracht te verlenen de betreffende medewerkers in dienst te nemen, conform mandaat. In de arbeidsovereenkomst zal worden vastgelegd dat op een later moment een compensatievoorstel volgt over de periode 2017-heden.
6. In te stemmen met het vervolgproces en vervolgacties;
7. Gemeenteraad en ondernemingsraad hierover te informeren door middel van bijgevoegde brieven.
8. Op het advies van AKD d.d 1 oktober 2020 op grond van artikel 55 lid 1 Gemeentewet jo artikel 10 lid 2 onder b en g van de Wob geheimhouding op te leggen aan het college en eenieder die er kennis van neemt;
9. Op het advies van Leeuwendaal inzake het Waarborgfonds, d.d. 16 maart 2021 op grond van artikel 55 lid 1 Gemeentewet jo artikel 10 lid 2 onder b en g van de Wob geheimhouding op te leggen aan het college en eenieder die er kennis van neemt;
10. Op het advies van Leeuwendaal, d.d. 23 maart 2021 op grond van artikel 55 lid 1 Gemeentewet jo artikel 10 lid 2 onder b en g van de Wob geheimhouding op te leggen aan het college en eenieder die er kennis van neemt;
11. Op het Formatieoverzicht op grond van artikel 55 lid 1 Gemeentewet jo artikel 10 lid 2 onder e van de Wob geheimhouding op te leggen aan het college en eenieder die er kennis van neemt.

Samenvatting (circa 10 regels)

Na opheffing van de stichting Oosterhout in Beweging (OïB) in 2017 werd door de gemeente Oosterhout een payrollconstructie gesloten met Sportservice Noord-Brabant en werden afspraken vastgelegd over het werkgeverschap van deze medewerkers (intern bekend als collega's van MOOVE). Sportservice Noord-Brabant bleef de formeel werkgever, zoals ook voor die tijd het geval was, maar de Gemeente Oosterhout was sinds die tijd de materieel werkgever.

Besluitvorming hieromtrent heeft in 2017 helaas niet op de juiste wijze plaatsgevonden, waardoor een aantal onrechtmatigheden is ontstaan. Met voorliggend collegebesluit hopen we deze binnen afzienbare tijd te herstellen.

Juridisch kader (inclusief onderbouwing geheimhouding)

Aanbestedingswet 2012

Artikel 1.1:

De Gemeente is een 'aanbestedende dienst' in de zin van de Aanbestedingswet 2012 (**Aw 2012**). Dit betekent dat zij bij het plaatsen van overheids- en concessieopdrachten de voorschriften uit de Aw 2012 in acht moet nemen (alsook het eigen aanbestedingsbeleid).

Wanneer de opdrachtwaarde hoger is dan de betreffende Europese drempelwaarde, moet de opdracht in beginsel Europees worden aanbesteed.

Een overheidsopdracht is (i) een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (ii) tussen een of meer ondernemingen en een of meer aanbestedende diensten (iii) die betrekking heeft op – kortgezegd – de levering van producten, het verlenen van diensten of het uitvoeren van een werk (art. 1.1 Aw 2012).

Een raamovereenkomst is ook een overheidsopdracht. Een raamovereenkomst is een overeenkomst met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen overheidsopdrachten vast te leggen. Binnen de raamovereenkomst kunnen vervolgens individuele opdrachten worden verstrekt.

Artikel 2.140:

Op grond van artikel 2.140, derde lid Aw 2012 mag een raamovereenkomst in beginsel slechts voor maximaal vier jaar worden aangegaan. Reden hiervoor is dat de mededinging anders voor een te lange periode wordt uitgesloten.

De raamovereenkomst met SSNB is aangegaan voor onbepaalde tijd en één op één gegund in strijd met het aanbestedingsrecht. Dit is in beginsel in strijd met artikel 2.140, derde lid Aw 2012

cao Gemeenten

artikel 2.6. lid 1 ev.

In artikel 2.6. lid 1 ev. staat dat we als gemeente gelijke voorwaarden moeten bieden aan werknemers die op basis van een payrollconstructie bij ons werkzaam zijn. Omdat de cao Sport niet gelijkwaardig is aan de cao Gemeenten handelden we vanaf 24 augustus 2017 in strijd met onze eigen cao, alsmede de Waadi:

Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)

Waadi staat voor Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs. De Waadi beschermt werknemers tegen uitbuiting door malafide uitzendbureaus. De Waadi regelt onder andere de beloning van uitzendkrachten.

Op grond van artikel 8 van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: “**Waadi**”) gold tot 1 januari 2020 dat payrollwerknemers dezelfde rechten hadden op *primaire arbeidsvoorwaarden* zoals die golden voor werknemers die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies bij de opdrachtgever.

Wet arbeidsmarkt in balans (Wab)

Op 1 januari 2020 ging de Wet arbeidsmarkt in balans van kracht.

Uitgangspunt van de nieuwe regeling is dat de arbeidsvoorwaarden van de payrollwerknemer geheel gelijk dienen te zijn aan die van de werknemer in gelijke of gelijkwaardige functie direct in dienst van de inlener. Onder arbeidsvoorwaarden worden *zowel individuele als collectieve en zowel primaire als secundaire arbeidsvoorwaarden* verstaan. Hiervan kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken, ook niet bij cao. Het betreft hier derhalve dwingend recht.

Het juridisch kader wordt meer uitgebreid toegelicht in het adviesrapport van AKD (zie bijlagen).

Onderbouwing geheimhouding advies AKD en Leeuwendaal

Op de bijlage van het advies van resp. AKD en Leeuwendaal is geheimhouding opgelegd op grond van artikel 55 lid 1 Gemeentewet jo de artikelen 10 lid 2 onder b en g van de Wob.

Hierin is bepaald dat: het verstrekken van informatie achterwege blijft indien: (zie volgend artikel)

Artikel 10 (Wob)

Lid 2.

Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:

- a.** de betrekkingen van Nederland met andere staten en met internationale organisaties;
- b.** de economische of financiële belangen van de Staat, de andere publiekrechtelijke lichamen of de in artikel 1a, onder c en d, bedoelde bestuursorganen;
- c.** de opsporing en vervolging van strafbare feiten;
- d.** inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen;
- e.** de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
- f.** het belang, dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van de informatie;
- g.** het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

Art. 10 lid 2 onder b en g Wob:

Correspondentie tussen advocaat en gemeente pleegt vertrouwelijk te zijn. Daarom wordt volstaan met algemene conclusies uit het AKD-rapport, die voor eenieder openbaar zouden moeten zijn.

Om onze financiële positie richting SSNB en eventuele andere partijen niet in gevaar te brengen bij de afhandeling van dit dossier, zal de inhoud van het advies van zowel AKD als Leeuwendaal geheim zijn. Enerzijds om geen informatie prijs te geven die alleen bedoeld is voor de gemeente zelf, en anderzijds om een goede financiële en personele afwikkeling mogelijk te maken. Onze procespositie in deze wordt dan beschermd door artikel 10 lid 2 onder b en g die o.a. bepalen dat er geheimhouding opgelegd kan worden in verband met onze economische en financiële belangen en om bevoordeling of benadeling van betrokken personen of rechtspersonen te voorkomen (onze procespositie in deze).

Art. 10 lid 2 onder e Wob:

De gegevens die in het formatieoverzicht genoemd worden zijn naar personen te herleiden. Zij worden in dezen beschermd door artikel 10 lid 2 sub e van de Wob, dat bepaalt dat geheimhouding kan worden opgelegd om de persoonlijke levenssfeer van de medewerkers te eerbiedigen.

Aanleiding

In oktober 2019 kreeg de beoogd teamleider Sport, in het kader van de doorontwikkeling van de organisatie, de opdracht te onderzoeken wat er voor nodig was om de mensen van MOOVE onder te brengen bij het Sportbedrijf. Niet alleen omdat de werkzaamheden van MOOVE en het Sportbedrijf elkaar konden versterken, maar ook omdat de medewerkers van MOOVE al sinds 2017 binnen de gemeente Oosterhout werkten op basis van de cao Sport, leek dat een aantrekkelijke optie. Vrij snel werd echter duidelijk dat de werkelijkheid minder rooskleurig was, omdat:

- a) er geen overgang van onderneming was geweest, zoals in 2017 verondersteld werd, waardoor veel onduidelijkheid bestond over werkgeverschap en verantwoordelijkheden;
- b) zowel in onze eigen cao (In artikel 2.6. lid 1 ev.) als de Wet allocatie arbeid door intermediairs (Waadi) staat dat werknemers in loondienst van de payrollorganisatie, recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden als medewerkers in eigen dienst. Vanwege de onduidelijke situatie was dit niet, zoals bij andere payrollkrachten, voor de medewerkers van MOOVE ingeregeld;
- c) een onrechtmatigheid bestond omdat de raamovereenkomst met SSNB niet was gesloten op basis van een Europese aanbesteding.

Er werd een intern onderzoek uitgevoerd, dat deze conclusies bevestigde.

Om ook de juridische consequenties goed in beeld te brengen heeft AKD advocaten onderzocht wat moest worden gedaan om fouten uit het verleden te herstellen.

AKD o.a. concludeerde (op hoofdlijnen) als volgt (de volledige rapportage vindt u in de bijlagen):

1. In het kader van het programma 'Brede Buurt 2017 – 2020' worden in de gemeente verschillende coaches ingezet met als doel het versterken van de mentale, sociale en lichamelijke kracht van inwoners. In dit kader worden ook sportcoaches ingezet onder de noemer 'MOOVE'. De inzet van de sportcoaches werd tot medio 2017 verzorgd door Stichting Oosterhout in Beweging (hierna: 'OIB'). OIB had in dit kader een overeenkomst met Stichting Sportservice Noord-Brabant (hierna: 'SSNB'), die het formele werkgeverschap van de coaches uitvoerde.
2. Medio 2017 heeft OIB haar activiteiten gestaakt. De Gemeente heeft de verantwoordelijkheid van de inzet van de sportcoaches overgenomen. In dat kader heeft de Gemeente op 6 juli 2017 een raamovereenkomst gesloten met SSNB (hierna: 'Raamovereenkomst SSNB') ter uitvoering van het formele werkgeverschap van de sportcoaches van MOOVE. Deze overeenkomst ging in op 24 augustus 2017 en werd aangegaan voor onbepaalde tijd. In de overeenkomst is onder andere bepaald welke cao's SSNB van toepassing kan verklaren op de arbeidsovereenkomsten.
3. De overeenkomst met SSNB is een 'overheidsopdracht' in de zin van de Aw 2012, meer specifiek een raamovereenkomst. De waarde van de opdracht is echter hoger dan de (destijds) geldende Europese drempel van EUR 207.000,-. Dit betekent dat de opdracht eigenlijk Europees had moeten worden aanbesteed. Hierop was geen uitzondering mogelijk.
4. Dit betekent dat de Raamovereenkomst SSNB in strijd met de Aw 2012 is gesloten.
5. Dit levert onder andere het volgende risico's op: Voor de overige risico's wordt verwezen naar het rapport.

De accountant heeft deze onrechtmatigheid inmiddels kunnen vaststellen bij de controle van de jaarrekening. Wanneer de raamovereenkomst met SSNB niet binnen afzienbare tijd beëindigd wordt zal dit gevolgen hebben voor de goedkeurende verklaring van de accountant .

De fouten uit het verleden moeten op korte termijn worden hersteld.

Het is van belang de overeenkomst met SSNB zo snel mogelijk te beëindigen. Op die manier kunnen we mogelijk bij de accountantsverklaring binnen de toegestane foutenmarge blijven, en kan een afkeurende verklaring naar verwachting voorkomen worden.

Het beëindigen van de overeenkomst met SSNB betekent wel, dat we deze medewerkers een ander dienstverband zullen moeten aanbieden.

AKD adviseert ons "om de desbetreffende werknemers in voorkomend geval zelf in dienst te nemen, met behoud van hun rechten en verplichtingen. Indien en voor zover de werknemers ten gevolge van de discrepantie in cao's benadeeld zijn, adviseren wij dit nadeel te compenseren."

Hoe groot dit nadeel is, is niet eenvoudig te beantwoorden. Dit zal een extern deskundige de komende periode in beeld brengen.

De onrechtmatige situatie omtrent payrolling vraagt echter een snellere besluitvorming. Om die reden is ervoor gekozen besluitvorming aan uw college in twee trappen voor te leggen. Heden wordt voorgesteld te besluiten over de indiensttreding van deze medewerkers, na afronding van het afhechtingsonderzoek zal uw college een voorstel over de financiële afhechting ter besluitvorming worden voorgelegd.

Welke data is gebruikt en op welke manier wordt de uitvoering gemonitord?

n.v.t.

Welke (externe) belanghebbenden zijn betrokken en hoe is het proces gevoerd?

Betrokken medewerkers zijn inmiddels door de concerndirecteur op de hoogte gebracht van de stand van zaken. Daarnaast heeft ze namens de gemeente Oosterhout excuses aangeboden voor de fouten die in het verleden zijn gemaakt, en aangegeven dat deze hersteld zullen worden.

Op verzoek van de medewerkers hebben zij inmiddels ook een doorkijk gekregen in het vervolgproces. Na beslistmomenten zullen de medewerkers opnieuw op de hoogte worden gebracht.

Sportservice Noord-Brabant heeft inmiddels, zowel mondeling als schriftelijk, aangegeven dat ze welwillend staat tegenover beëindiging van de raamovereenkomst en hieraan haar medewerking zal verlenen, met inachtneming van een redelijke opzegtermijn.

Met Driessen, de rechtmatige aanbieder van payrolldiensten, heeft geen overleg plaatsgevonden over de bevindingen.

Ook gemeenteraad is nog niet geïnformeerd.

Wat willen we gaan doen?

Om een en ander goed te kunnen afhechten is besluitvorming door uw college benodigd. Voorgesteld wordt:

1. In te stemmen met uitbreiding van de gemeentelijke formatie met 7,5 fte, zodat een formatieve plek gecreëerd wordt en de medewerkers binnen de organisatie kunnen landen. Een overzicht van huidige functies en gewenste formatie vindt u in de bijlagen (bijlage 7).
2. Bijbehorende functieprofielen vast te stellen;
3. Deze formatie-uitbreiding mee te nemen bij de begrotingsbehandeling 2022 en tot die tijd de personele kosten te blijven dekken uit het budget Brede Buurt;
4. Teamleider Sportbedrijf opdracht te verlenen de betreffende medewerkers in dienst te nemen, conform mandaat. In de arbeidsovereenkomst zal worden vastgelegd dat op een later moment een compensatievoorstel volgt over de periode 2017-heden.

Parallel aan dit proces wordt extern onderzoek gedaan ter voorbereiding op de individuele compensatievoorstellen. Een collegebesluit hieromtrent volgt naar verwachting omstreeks mei.

Afweging van argumenten voor en tegen?

Besluitvormingsproces

Het was netter geweest wanneer het dossier in een keer was afgerond en voor de besluitvorming over formatieuitbreiding de financiële consequenties van het afwikkelingsproces in beeld waren gebracht. Omdat de bestuurlijke consequenties van dat proces naar verwachting groot zijn, is gekozen voor damage-control.

Werkgeverschap

In plaats van de medewerkers zelf in dienst te nemen zou ook Driessen opvolgend werkgever kunnen zijn.

Vanuit het oogpunt van goed werkgeverschap (art 7:611 BW) wordt deze optie op dit moment echter niet meer als passend beschouwd. Daarnaast zijn medewerkers naar verwachting niet bereid vrijwillig afstand te doen van het dienstverband bij SSNB, om naar een andere uitzendorganisatie over te stappen.

Wat mag het kosten en waar gaan we het van betalen?

Met de afwikkeling van dit dossier zijn behoorlijke bedragen gemoeid. Om te beginnen is een tweetal gespecialiseerde adviesbureaus betrokken:

- Om de juridische consequenties goed in beeld te brengen heeft AKD advocaten onderzocht wat moest worden gedaan om fouten uit het verleden te herstellen. De kosten van dit onderzoek waren €16.612,13 incl. BTW;
- Adviesbureau Leeuwendaal adviseert omtrent de indiensttreding van de betrokken medewerkers en berekent of sprake is van en hoe groot een eventuele nabetalingsverplichting over de periode november 2017 tot en met mei 2021. De kosten van bureau Leeuwendaal zijn afhankelijk van de urenbesteding geraamd op minimaal € 26.640,-- en maximaal € 38.480,--.

Bureau Leeuwendaal heeft daarnaast juridisch onderzocht of een gedeelte van deze kosten kan worden verhaald op het Waarborgfonds, waarin door de gemeente Oosterhout sinds 2017 8% van de personeelskosten is gestort om tegenvallers vanwege arbeidsongeschiktheid op te vangen. Het antwoord op die vraag is bevestigend (de volledige rapportage vindt u in de bijlagen). In elk geval kan een bedrag van maximaal €1.500 excl. BTW per medewerker als vergoeding voor de gemaakte

advocaat- en proceskosten. Dit bedrag kan worden vermeerderd met maximaal 50% van de transitievergoeding waar de werknemer recht op zou hebben gehad, los van het feit of deze ook daadwerkelijk betaald is.

Dit zou ter dekking zijn van de kosten die de gemeente Oosterhout maakt, om tot een beëindiging van de dienstverbanden met de medewerkers te komen, anders dan advocaat- en proceskosten. De kosten van de arbeidsvoorwaardenspecialist en gemeentelijke urenbesteding kunnen hierin worden meegenomen.

De gemeente zal hiertoe na indiensttreding van de medewerkers, en alvorens beëindiging van de samenwerking door ondertekening van een vaststellingsovereenkomst, een claim indienen.

De overige kosten zullen worden opgevangen binnen het directiebudget.

Daarnaast hebben de betrokken medewerkers naar verwachting recht op nabetaling van wat inkomsten. Hoe hoog dit bedrag is, is op dit moment nog niet duidelijk. Een collegevoorstel omtrent de compensatie van medewerkers wordt naar verwachting eind mei aan uw college van b. en w. aangeboden.

De personele formatie van 7,5 fte zal aan het gemeentelijke formatieplan moeten worden toegevoegd en zal worden meegenomen in de begroting 2022.

De kosten die hiermee gemoeid zijn bedragen:

Schaal	aantal FTE	max-1	totaal
10	1	80.641	80.641
9	0,5	72.497	36.249
8	5,5	64.070	352.385
5	0,5	48.561	24.281
			493.555

In de begroting 2021 van MOOVE zijn de loonkosten geraamd op €496.000. Met indiensttreding gaan de loonkosten dus niet omhoog.

De medewerkers zullen op 1 juni 2021 in dienst treden van de gemeente Oosterhout. Tot 2022 worden de kosten van deze formatie-uitbreiding gedekt uit het budget Brede Buurt. Bij de eerste Corap zal hiertoe een begrotingswijziging worden voorgelegd aan de gemeenteraad.

Risico's?

Onduidelijkheid voor medewerkers

Hoewel dit onderwerp in dit collegevoorstel niet eerder belicht is, wordt veel van de betrokken medewerkers gevraagd. We vragen hen immers hun dienstverband bij SSNB op eigen initiatief te beëindigen (en bij de gemeente Oosterhout in dienst te treden). Op die manier blijft een lege raamovereenkomst met SSNB over, die we door middel van een vaststellingsovereenkomst kunnen opzeggen.

Dit is een pragmatische manier om de onrechtmatige situatie op te heffen, maar legt een belangrijk deel van de regie bij de medewerkers van MOOVE.

Wanneer niet alle betrokken medewerkers bereid zijn de huidige dienstverband te beëindigen, zullen we in overleg met SSNB bekijken hoe we hiermee het beste kunnen omgaan. Naar verwachting is een afkeurende accountantsverklaring in dat geval onafwendbaar.

Afkeurende accountantsverklaring

De accountant heeft inmiddels aangegeven niet de gehele looptijd van de overeenkomst, maar alleen het lopende jaar 2020 en de voorbije maanden 2021 als onrechtmatigheid te zullen mee nemen, wanneer we kunnen aantonen dat acties zijn ondernomen om deze onrechtmatigheid recht te trekken. Dit collegevoorstel is een van deze acties.

Op die manier komt de accountantsverklaring over 2020 nog niet direct (en alleen door dit dossier) in gevaar, omdat het nadeel van zo'n 350k binnen de toegestane foutenmarge blijft.

Vanwege het cumulatieve effect met andere dossiers bestaan geen garanties op een goedkeurende accountantsverklaring.

Communicatie

Kernboodschap: n.v.t.