

Memorandum Quasi-inbesteden

Tomingroep B.V.

Per email: Cho.tomingroep.nl

Leiden: CONCEPT 11 september 2017

Geachte mevrouw Hoogenkamp,

In vervolg op de bespreking op 12 juli jl., de toegezonden informatie van 17 juli jl., het telefonisch overleg op 2 en 8 augustus jl. en de bespreking op 7 september jl. zend ik u bijgaand mijn bevindingen ten aanzien van de mogelijkheden voor Tomingroep om richting de deelnemende gemeenten van het Schap (hierna: de Gemeenten), te voldoen aan de vereisten voor quasi-inbesteden.

Inleiding

1. Deze inventarisatie van mogelijkheden is ingegeven door de opdracht vanuit de onderzoeksopdracht d.d. 22 juni 2017 die het Algemeen Bestuur van de Gemeenschappelijke Regeling Tomingroep ('Schap'). Het eerste deel van deze opdracht luidt:

Opdracht:

- 1) Het Algemeen Bestuur verzoekt de directie van Tomingroep BV. om te onderzoeken in welke mate Tomingroep BV. voldoet aan de voorwaarden voor quasi inbesteden. Hierbij dient in het bijzonder te worden onderzocht of en in welke mate de WSW-subsidies die gemeenten aan het Schap toekennen, mogen worden meegerekend bij de omzet van Tomingroep BV (en dus bijdragen aan het merendeels criterium). De conclusies uit dit onderzoek moeten met cijfers en bedragen worden gemotiveerd en moeten een juridische toets doorstaan.
- 2) Het Algemeen Bestuur verzoekt directie van Tomingroep BV. een scenarioanalyse uit te voeren en reële scenario's te presenteren op basis waarvan Tomingroep BV. kan voldoen aan de voorwaarden voor quasi inbesteden. De gepresenteerde scenario's moeten met cijfers en bedragen worden gemotiveerd en moeten juridisch gevalideerd zijn.
2. Naar aanleiding van de bespreking op 7 september jl. is naast de beoordeling van het merendeels criterium, ook een bespreking van het toezichtscriterium toegevoegd. Ook is bij de mogelijke toekomstscenario's een aparte alinea toegevoegd over de uitwerking van het toezichtscriterium voor het betreffende scenario.
3. Het hiervoor genoemde 'merendeels criterium' en 'toezichtscriterium' zijn begrippen uit het aanbestedingsrecht. De gemeenten zijn aanbestedende diensten en dienen in beginsel al hun opdrachten (Europees) aan te besteden. Er bestaat echter een



wettelijke uitzondering op deze aanbestedingsplicht, indien de opdracht wordt verstrekt aan een organisatie waarmee de aanbestedende dienst een zeer sterke band heeft, dusdanig dat de organisatie vergelijkbaar is met een eigen dienst van de aanbestedende dienst. Dit wordt quasi-inbesteden genoemd. Quasi-inbesteden is sinds 1 juli 2016 in artikel 2.24 a en b van de Aanbestedingswet 2012 geregeld.

4. De hiervoor beschreven zeer sterke band tussen de aanbestedende dienst en de organisatie aan wie de opdracht wordt verstrekt, wordt in de regelgeving met name geconcretiseerd aan de hand van twee criteria: het 'merendeelscriterium' en het 'toezichtscriterium'¹. De organisatie moet het merendeel van zijn werkzaamheden uitvoeren voor de aanbestedende dienst(en) en de aanbestedende dienst(en) dienen op de organisatie toezicht uit te oefenen, alsof het de eigen dienst betreft. De Europese jurisprudentie over deze criteria is per 1 juli 2016 gecodificeerd in de genoemde artikelen 2.24 a en b Aanbestedingswet 2012.
5. Voor een goed begrip van de activiteiten van Tomingroep, is van belang om de achtergrond van de portefeuille aan private opdrachtgevers te kennen. Tomingroep verricht aan de ene kant opdrachten in het publieke domein voor de Gemeenten. Tomingroep dient vanuit haar doelstelling te zorgen voor voldoende passend werk voor de aan haar toevertrouwde mensen met een SW-indicatie, en nu een Participatiewet-indicatie. Tomingroep haalt een belangrijk deel van deze werkzaamheden uit de private markt. Dit is het belang van de private opdrachtgevers van Tomingroep.

Risico-afweging

6. Er zijn thans geen klachten bekend van concurrerende bedrijven over de toepassing van de quasi-inbesteding tussen de Gemeenten en Tomingroep. Ook is er geen belangstelling vanuit de Europese Commissie (welke vanuit Europa toezicht houdt op de correcte naleving van de Europese aanbestedingsregels) bekend. Indien een concurrerende partij de quasi-inbesteding via de rechter zou aanvechten, dan is voorts mogelijk dat de rechter oordeelt dat de beoordeling of Tomingroep aan het merendeelscriterium en toezichtscriterium voldoet, zich niet leent voor een behandeling in kort geding. Indien een discussie zich zou toespitsen op de vraag of het toezicht vanuit de Gemeenten voldoende 'direct' is, dan zou ook nog mogelijk zijn dat de behandelend rechter een prejudiciële vraag wil stellen aan het Europese Hof. Overigens bestaat in een dergelijke situatie altijd de mogelijkheid voor Tomingroep om de feitelijke situatie aan te passen zodat alsnog / beter aan de regelgeving wordt voldaan.

Toepassing quasi-inbesteden – juridisch kader

7. De uitzondering op de aanbestedingsplicht in de vorm van quasi-inbesteden, is gecodificeerd in artikel 2.24 a en b Aanbestedingswet 2012.

¹ Er is nog een derde criterium: dat er geen participatie door private partijen mag zijn. Nu dit niet aan de orde is bij Tomingroep, kan dit derde criterium buiten beschouwing worden gelaten bij de analyses.



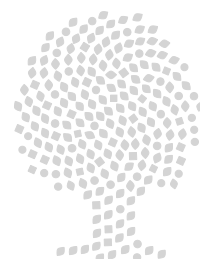
8. Bij de toetsing of wordt voldaan aan de criteria voor quasi-inbesteding, gaat het om de verhouding tussen de opdrachtgevende rechtspersoon (de aanbestedende dienst) en de rechtspersoon die de opdracht uitvoert (de opdrachtnemer). In het geval van Tomingroep, dient dus te worden gekeken welke vennootschap van Tomingroep de opdracht uitvoert.
9. In het onderhavige geval oefenen de Gemeenten gezamenlijk toezicht uit op Tomingroep. Deze vorm van quasi-inbesteden is geregeld in artikel 2.24 b Aanbestedingswet 2012:

Artikel 2.24b

- 1 In afwijking van de artikelen 2.1 tot en met 2.6a is het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing op overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst aan een andere rechtspersoon worden gegund, indien:
 - a. de aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op hun eigen diensten,
 - b. meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon de uitvoering van taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen, en
 - c. er geen directe participatie van privékapitaal is 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 en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon.
10. Bij Tomingroep is geen sprake van (directe) participatie van privékapitaal. Dit volgt uit artikel 2 lid 2 van de statuten van Tomingroep (versie 13 april 2017), waarin is geregeld dat enkel gemeenten, het Schap en de vennootschap zelf aandeelhouder kunnen zijn. Aan het criterium genoemd onder c, wordt door Tomingroep derhalve voldaan. Deze analyse spitst zich dan ook toe op de criteria onder a en b, het toezichtscriterium en het merendeelscriterium.

Toepassing toezichtscriterium – juridisch kader

11. Het toezichtscriterium zoals opgenomen in artikel 2.24 onder a Aanbestedingswet 2012 (zie hiervoor) is uitgewerkt in lid 2 van het betreffende artikel:



- 2 Aanbestedende diensten worden geacht op een rechtspersoon gezamenlijk toezicht uit te oefenen als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, indien:
- a. de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen,
 - b. deze aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en
 - c. de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

12. In de Memorie van Toelichting bij de wetswijziging in 2016 is geen passage opgenomen over de uitleg van de criteria bij quasi-inbesteding². Uitleg van de criteria dient derhalve te geschieden aan de hand van de Europese jurisprudentie over dit onderwerp³.

13. In de doctrine wordt aangenomen dat wordt voldaan aan het 'gezamenlijk toezichtsvereiste' als alle controlerende instanties samen aandeelhouder zijn van de vennootschap aan wie wordt quasi-inbesteed. Dit volgt uit de arresten Carbotermo en Tragsa:

Citaat Carbotermo arrest:

"De omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, is niet beslissend, maar lijkt er toch op te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten in de zin van punt 50 van het reeds aangehaalde arrest Teckal." (ov. 37)

Hof van Justitie EU (C-340/04, 11 mei 2006) ➞ op eur-lex.europa.eu

Bevestigd in: Tragsa arrest:

Wat de eerste voorwaarde – inzake het toezicht door het overheidsorgaan – betreft, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, er in beginsel op lijkt te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten (ov. 57).

Hof van Justitie EU (C-295/05, 19 april 2007) ➞ op eur-lex.europa.eu

Huidige situatie bij Tomingroep

14. De Gemeenten nemen via de Wet Gemeenschappelijke regelingen deel in de publiekrechtelijke rechtspersoon van het Schap. De Gemeenten hebben bewust gekozen voor hun onderlinge organisatie via de gemeenschappelijke regeling – een publiekrechtelijke mogelijkheid speciaal voor bestuursorganen. Binnen het Schap hebben de Gemeenten een stemverhouding en zeggenschap afgesproken die past bij hun onderlinge bestuurlijke en economische verhouding. De structuur tussen de

² MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 440, nr. 3.

³ Een overzicht van deze jurisprudentie is opgenomen op <https://www.pianoo.nl/quasi-inbesteden-toezicht-criterium>. In dit advies ga ik in op het in casu meest relevante aspect in deze jurisprudentie, dat indien het volledige kapitaal (de aandelen) worden gehouden door de gezamenlijke aanbestedende diensten, in principe aan het toezichtscriterium is voldaan.



Gemeenten en het Schap is voor deze analyse een vaststaand gegeven. Aangenomen mag worden dat binnen het Schap alle Gemeenten invloed en zeggenschap hebben.

15. Het Schap houdt 100% van de aandelen van Tomingroep. De Gemeenten hebben derhalve gezamenlijk – via het Schap – het volledig kapitaal van Tomingroep in handen. Op grond van de Europese jurisprudentie mag derhalve worden aangenomen dat aan het toezichtscriterium wordt voldaan. Er zijn in casu geen omstandigheden die het toezicht via de vennootschapsrechtelijke structuur, verzwakken, zie tevens alinea 15.
16. Hetzelfde geldt voor de groepsvennootschappen, deze zijn voor 100% in handen van Tomingroep BV. Bovendien is Tomingroep BV de bestuurder van ieder van de groepsvennootschappen.
17. In dit kader merk ik nog op dat de Gemeenten met het Schap en Tomingroep de afgelopen periode uitgebreid hebben gesproken over verbetering van het toezicht van de Gemeenten op Tomingroep. De uitkomst van dit overleg heeft geresulteerd in de nieuwe statuten van 9 december 2014 (de statuten zijn per 13 april 2017 opnieuw gewijzigd in verband met de verkleining van de RvC van zeven naar zes personen).
18. Met de statutenwijziging van 9 december 2014, volgt Tomingroep tevens het verplichte structuurregime uit de Nederlandse wet- en regelgeving. Het Schap benoemt als aandeelhouder in de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) de leden van de raad van commissarissen (RvC), zie artikel 19 lid 2 van de statuten. De RvC benoemde de directie van de vennootschap (artikel 15 lid 2 sub a van de statuten). Tevens is er voor een uitgebreide lijst met besluiten, opgenomen in artikel 16 van de statuten, goedkeuring van de RvC benodigd.
19. In de lijst van artikel 16 van de statuten is onder E het oprichten of beëindigen van een nieuwe vennootschap opgenomen. Het toezicht van het Schap – via de benoemde RvC – ziet dus expliciet op het oprichten of beëindigen van de groepsvennootschappen. Hetzelfde geldt voor de strategische beleidsplannen (sub M), de exploitatie- en investeringsbegroting (sub n) en het bestuur van de groepsvennootschappen (sub p). Korthedshalve verwijs ik naar de statuten, voor een meer uitgebreid inzicht in de vennootschapsrechtelijke verhouding.
20. In het rapport van Berenschot van 16 juni 2016 is eveneens een analyse opgenomen over het voldoen door Tomingroep aan het ‘merendeelscriterium’ en het ‘toezichtscriterium’ tegenover de gemeenten. Berenschot bevestigt dat aan het toezichtscriterium wordt voldaan (zie p 13 van het rapport van 16 juni 2016):

Met bovenstaande staat vast dat de gemeenten via de GR gezamenlijk in staat zijn beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van Tomingroep BV. Ten slotte wordt aanvullend de eis gesteld dat Tomingroep BV zich dient te onthouden van nastreven van belangen die in strijd zouden zijn met de belangen van de betrokken gemeenten.



Toepassing merendeelscriterium – juridisch kader

21. Met de wijziging per 1 juli 2016 is in artikel 2:24a lid 4 en 5 Aanbestedingswet 2012 opgenomen hoe het percentage van 80% in het merendeelscriterium, dient te worden bepaald:
- 4 Het percentage, genoemd in het eerste lid, onderdeel b, wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken, over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.
 - 5 Indien de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf als bedoeld in het vierde lid, over de laatste drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is in verband met de datum van oprichting of aanvang van de bedrijfsactiviteiten van die rechtspersoon of aanbestedende dienst of in verband met een reorganisatie van zijn activiteiten, kan door middel van bedrijfsprognoses worden aangetoond dat de berekening van de activiteit aannemelijk is.
22. Als hoofdregel heeft te gelden dat naar de omzet van de organisatie dient te worden gekeken, in beginsel over een periode van de afgelopen 3 jaar. Indien een periode van 3 jaar echter een onjuist beeld geeft, bijvoorbeeld wegens verandering van de activiteiten, regelgeving of een reorganisatie, dan kan naar andere cijfers worden gekeken, zoals bedrijfsprognoses. Ook kan, in plaats van naar de totale omzet, worden gekeken naar een maatstaf (omzet) per activiteit. Deze keuze, om naar de omzet per activiteit te kijken, behoeft geen bijzondere motivatie of reden te hebben op basis van de eerste regel van artikel 2:24a lid 4 Aanbestedingswet⁴.
23. Berenschot lijkt in haar rapportage enkel naar de totale omzetcijfers voor de gehele Tomingroep te hebben gekeken. In mijn visie is een beoordeling op basis van activiteit echter logischer, gezien de veelheid aan activiteiten die Tomingroep als geheel ontplooit, en de duidelijke uitoefening in verschillende bedrijven van die activiteiten.
24. De WSW-subsidies zijn gelden die afkomstig zijn van de Gemeenten. Echter, deze gelden hebben geen relatie met de omzet die Tomingroep behaald met de uitvoering van opdrachten voor de Gemeenten en derden – en de verhouding van die omzet. Voor de toepassing van het merendeelscriterium is het in mijn visie dan ook niet mogelijk om de WSW-gelden afkomstig van de Gemeenten, die niet verkregen zijn als omzet op een verrichte opdracht, mee te tellen. In het door Tomingroep ten behoeve van deze analyse opgestelde overzicht, zijn de WSW-subsidies buiten beschouwing gelaten. De omzetcijfers betreffen enkel de gefactureerde bedragen, zo heeft Tomingroep bevestigd.
25. Zoals in alinea 19 is toegelicht, mag voor toepassing van het merendeelscriterium juist

⁴ Beerenschot lijkt in haar rapportage enkel naar de totale omzetcijfers voor de gehele Tomingroep te hebben gekeken. In mijn visie is een beoordeling op basis van activiteit echter logischer, gezien de veelheid aan activiteiten die Tomingroep als geheel ontplooit, en de duidelijke uitoefening in verschillende bedrijven van die activiteiten.



worden gekeken naar de specifieke omzet per activiteit, of per vennootschap die bepaalde activiteiten uitvoert. Nu de feitelijke bedrijfsmatige situatie bij Tomingroep een duidelijke indeling per activiteit in verschillende bedrijven betreft, dient in mijn visie voor de toepassing van het merendeels criterium naar de omzet per individuele activiteit of bedrijf te worden gekeken.

Huidige situatie bij Tomingroep

26. Voor de onderhavige analyse ben ik uitgegaan van de cijfers van Tomingroep over 2016, zoals verstrekt op 17 juli jl.. Tomingroep heeft toegelicht dat deze cijfers representatief zijn voor de voorgaande jaren. Ik acht het dan ook voldoende verdedigbaar om bij de beoordeling uit te gaan van deze cijfers. In de bespreking van 7 september 2017 is door de aanwezigen geen bezwaar geuit.
 27. Tomingroep heeft een helder cijfermatig overzicht opgesteld, waarbij de omzet verkregen uit opdrachten door de gemeenten, is opgenomen onder de noemer 'publiek' en de omzet van alle andere opdrachtgevers (ook die uit het publiek domein, doch die niet zijn aangesloten bij de gemeenschappelijke regeling⁵) zijn opgenomen onder de noemer 'privaat'. Dit overzicht is op de volgende pagina ingevoegd.
 28. Uit het door Tomingroep opgestelde overzicht, blijkt dat bij een analyse per vennootschap wordt gemaakt van de verhouding publieke en private omzet het volgende (zie onder A, de cijfers bij 'juridische structuur'):
- a. De moederverenootschap Tomingroep BV heeft een publieke omzet van 13.985 en een private omzet van 14.329;
 - b. De groepsvennootschappen Veluwe Hoevegaerde BV en Focus@Work Uitzendbureau BV hebben enkel private omzet;
 - c. SBS BV Stadsbeheerservice heeft enkel publieke omzet;
 - d. Tractio BV heeft met een verhouding 973 publieke omzet en 4 private omzet nagenoeg enkel publieke omzet;
 - e. Tomin Facilitair BV heeft een grotere private omzet met 3.775 en 1.501 publieke omzet.

1. Huidige situatie (gebaseerd op omzetcijfers boekjaar 2016, incl. AO/WR en WGD)									
a. Juridische structuur:									
TOMINGROEP BV						Omzet	28.314	Geconsol. Totaal	
						Publiek	13.985	Omzet	
						Privaat	14.329	Publiek	
								Privaat	

29. Tomingroep heeft onder B tevens een overzicht opgesteld met de omzet per bedrijfsactiviteit. In dit overzicht is vermeld welk percentage deze omzet van de totale omzet bedraagt, en wat de onderlinge verhouding publieke en private omzet per activiteit is (vergelijk het criterium uit artikel 2:24a lid 4 Aanbestedingswet, zie nr. 8).

b. Bedrijfsstructuur:				omzet	omzet%	Publiek	Publiek%	Privaat	Privaat%
TOMINGROEP BV				42.144	100,0%	22.070	52%	20.074	48%
IBOR (Groen + SBS)				17.356	41,2%	16.577	96%	780	4%
Schoonmaak				3.847	9,1%	1.501	39%	2.346	61%
BBS				1.429	3,4%		0%	1.429	100%
Verpakken				2.993	7,1%	28	1%	2.965	99%
Metaal				5.064	12,0%		0%	5.064	100%
Retail (kringloopwinkels)				3.496	8,3%		0%	3.496	100%
Focus				1.468	3,5%	48	3%	1.420	97%
Detachering				1.802	4,3%	67	4%	1.735	96%
Werkroute (AO)				1.859	4,4%	1.859	100%	-	0%
WSP				958	2,3%	956	100%	2	0%
Tractio				978	2,3%	973	100%	4	0%
Vakantieparken				639	1,5%		0%	639	100%
Kantine/Catering				158	0,4%	62	39%	96	61%
Verhuur OG				96	0,2%		0%	96	100%
				omzet	omzet%	Publiek	Publiek%	Privaat	Privaat%
Omzet percentages TG BV				42.144	100%	22.070	52%	20.074	48%
Subsidie WVS *)				25.654	100%	25.654	100%	0	0%
Totaal				67.798	100%	47.724	70%	20.074	30%
*) De omvang van de WSW-subsidie is hier ter indicatie opgenomen. Hoewel een deel van de WSW-subsidie als compensatie voor omzet geldt is in deze analyse hiermee geen rekening gehouden. Alle omzetcijfers en percentages hebben dus uitsluitend betrekking op de gerealiseerde omzetten exclusief ontvangen subsidies.									

30. Uit dit overzicht blijkt het volgende:

- f. De activiteiten IBOR (groen en stadsbeheer service) betreffen voor 96% publieke omzet;
- g. De activiteit schoonmaak kent een verhouding 39% publiek en 61% privaat (deze 39% betreft de 1.501 publieke omzet van Tomin Facilitair BV voor schoonmaak);
- h. De activiteit verpakken is voor 99% private omzet;
- i. De activiteiten metaal en retail zijn voor 100% private omzet;
- j. De activiteiten van Focus betreffen voor 97% private omzet;
- k. De activiteit detachering betreft voor 96% private omzet
- l. De activiteiten werkroute (OA), WSP en Tractio zijn voor 100% publieke omzet;
- m. De activiteit vakantieparken is 100% private omzet;
- n. De activiteit kantine / catering is voor 39% publieke omzet en 61% private omzet;



- o. De verhuur van onroerend goed is voor 100% private omzet.
31. Op basis van de twee cijfermatige presentaties kan qua rechtmatigheid van de huidige opdrachtverstrekking door de Gemeenten aan de verschillende Tomin-vennootschappen het volgende worden geconstateerd:
- p. Voor opdrachten aan de vennootschappen SBS BV Stadsbeheerservice en Tractio BV wordt ruimschoots voldaan aan het merendeels criterium. Dat geldt ook als naar hun activiteiten wordt gekeken;
 - q. Voor de opdrachten die de Gemeenten aan Tomingroep BV en aan Tomin Facilitair BV verstrekken, wordt momenteel niet zonder meer voldaan aan het merendeels criterium. Indien per activiteit wordt gekeken, dan is momenteel vooral een probleem zichtbaar voor opdrachten vanuit de Gemeenten op het gebied van schoonmaak en het gebied van catering;
 - r. De zeer geringe percentages publieke omzet voor verpakken, Focus en detachering vormen mogelijk geen aanbestedingsrechtelijk probleem voor de Gemeenten, nu deze opdrachten van geringe aard zijn en individueel mogelijk onder het toepasselijke (Europese) drempelbedrag blijven. Hier zou per opdracht desgewenst een korte aanbestedingsrechtelijke analyse kunnen plaatsvinden, indien gewenst.

Toekomstige scenario's

32. Op basis van de beschikbare cijfermatige gegevens over 2016, kan een duidelijke indeling worden gemaakt welke activiteiten (grotendeels) publieke omzet betreffen, en de activiteiten die private omzet betreffen voor Tominggroep. Het concern van de Tominggroep kan worden opgedeeld in twee delen: een deel met de publieke activiteiten, en een deel met de activiteiten die worden verricht voor private partijen (maar wel nodig zijn om de sociale doelstelling, om voldoende passende arbeid voor personen met een achterstand tot de arbeidsmarkt te genereren).
33. Deze hoofdgedachte voor de toekomst – een betere indeling van de activiteiten zodat de publieke omzet niet ‘verdund’ wordt met andersoortige private omzet, kan vervolgens op verschillende manieren worden uitgevoerd.

Scenario 1

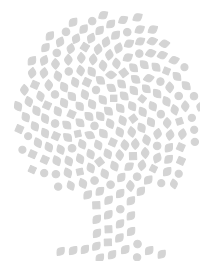
34. Als eerste kan een indeling worden gemaakt om de activiteiten IBOR, schoonmaak en Tractio samen te ordenen. Bij deze organisatiestructuur wordt een onderscheid gemaakt naar de typologie van de bedrijfsactiviteiten. Bedrijfsactiviteiten met overwegend publieke opdrachten (IBOR, Tractio) of met een significant stuk aan publieke opdrachten (Schoonmaak), zijn ondergebracht in een “publieke” BV. De onderdelen met nagenoeg volledig private opdrachten zijn ondergebracht in een “private” BV.



35. Op basis van de omzetcijfers in 2016 zou bij deze indeling, voor de overwegend publieke activiteiten een verhouding van 86% publieke omzet en 14% private omzet bestaan. Hiermee kan aan het merendeels criterium worden voldaan.
36. De verhouding publieke omzet en private omzet dient bij deze indeling wel continu gemonitord te worden. Het aandeel private opdrachten mag immers niet te hard stijgen. Hierbij geldt dat de groei van deze activiteiten voor derden – private omzet dus – enkel mogelijk is indien de publieke omzet gelijktijdig groeit. Dit vraagt duidelijk en langdurig commitment van de bij de gemeenschappelijke regeling aangesloten Gemeenten. Indien de omzet vanuit de Gemeente daalt, dient Tomingroep ook private opdrachten af te stoten, om aan het merendeels criterium te blijven voldoen.
37. Tomingroep heeft deze indeling als toekomstig scenario schematisch uitgewerkt, met behulp van de cijfers 2016:

Scenario 1. Splitsing IBOR/Schoonmaak/Tractio t.o.v. Overig o.b.v. typologie divisie						
a. Overwegend Publiek		omzet	omzet%	Publiek	Publiek%	Privaat
						Privaat%
BV A. Inbestedingsproof		22.181	100%	19.050	86%	3.130
	IBOR (Groen + SBS)	17.356	100%	16.577	96%	780
	Schoonmaak	3.847	100%	1.501	39%	2.346
	Tractio	978	100%	973	100%	4
	AO (Werkroute)	a)				
	WSP (werkgeversdienstverl.)	a)				
a) deze activiteiten zijn/worden naar nul afgebouwd en blijven daarom buiten de analyse.						
b. Overwegend Privaat		omzet	omzet%	Publiek	Publiek%	Privaat
						Privaat%
BV B. Niet-Inbestedingsproof		17.146	100%	205	1%	16.941
	BBS	1.429	100%	-	0%	1.429
	Verpakken	2.993	100%	28	1%	2.965
	Metaal	5.064	100%	-	0%	5.064
	Retail (kringloopwinkels)	3.496	100%	-	0%	3.496
	Focus	1.468	100%	48	3%	1.420
	Detachering	1.802	100%	67	4%	1.735
	Vakantieparken	639	100%	-	0%	639
	Kantine/Catering	158	100%	62	39%	96
	Verhuur OG	96	100%	-	0%	96
TOTAAL (BV A + BV B)		39.327	100%	19.255	49%	20.072

38. Tomingroep signaleert bij dit scenario zelf dat de nieuwe structuur weinig ruimte laat voor omzetgroei in private opdrachten bij IBOR en Schoonmaak. Tevens voorziet Tomingroep een beperkte groeimogelijkheid van geschikte

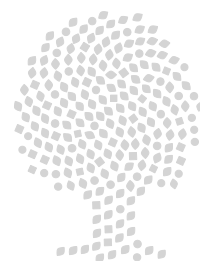


werkgelegenheid op het gebied van schoonmaak en groen. Tomingroep signaleert tevens – zoals hiervoor reeds is opgemerkt – dat de verhouding publieke omzet en private omzet continu gemonitord dient te worden. De groei van activiteiten voor derden – private omzet dus – is enkel mogelijk indien de publieke omzet gelijktijdig groeit. Dit vraagt duidelijk en langdurig commitment van de bij de gemeenschappelijke regeling aangesloten Gemeenten. Indien de omzet vanuit de Gemeente daalt, dient Tomingroep ook private opdrachten af te stoten, om aan het merendeels criterium te blijven voldoen.

39. Op organisatorisch vlak geeft Tomingroep aan dat het scenario weinig aanpassingen van de bedrijfsorganisatie vraagt.
40. Wat betreft het toezichtscriterium geeft dit scenario geen wijzigingen ten opzichte van de huidige situatie.

Scenario 2

41. Bedrijfseconomisch is een divisiestructuur in te delen naar:
 - s. Producten;
 - t. Regio / gebied;
 - u. Doelgroep / klant.
42. Bij scenario 1 volgt de indeling de producten, waarbij in het kielzog de verdeling in publieke en private klanten volgt. In scenario 2 is een organisatie-indeling gemaakt, specifiek gericht per doelgroep / klant. Met een indeling per doelgroep / klant kan het bedrijf zich efficiënter en effectiever richten op de soort klant en zich beter richten op de verschillende soorten opdrachten, zo geeft Tomingroep aan.
43. Bij scenario 2 scheidt Tomingroep haar werkzaamheden voor publieke opdrachtgevers structureel af van haar werkzaamheden voor private opdrachtgevers.
44. Doordat de werkzaamheden voor de aangesloten Gemeenten (publieke omzet) structureel zijn afgescheiden van de andere activiteiten van Tomingroep, zal het publieke deel van de organisatie altijd 100% omzet voor de Gemeenten hebben. Aan het merendeels criterium zal aldus worden voldaan. Tomingroep kan op de andere, afgescheiden activiteiten bovendien zonder zorgen acquisitie plegen, om voldoende passende arbeid binnen te halen voor de personen met een achterstand tot de arbeidsmarkt, die aan haar zijn toevertrouwd.
45. Tomingroep heeft ook dit scenario cijfermatig uitgewerkt:

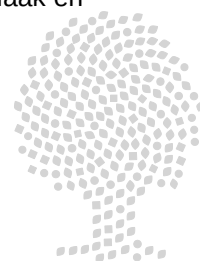


Scenario 2. Splitsing opdrachten publiek vs opdrachten privaat per opdracht (klantbenadering).											
a. Uitsluitend publieke opdrachten					omzet	omzet%	Publiek	Publiek%	Privaat	Privaat%	
BV A. Publieke opdrachten/klant.					19.050		19.050		-		
Publiek deel IBOR					16.577		16.577				
Publiek deel Schoonmaak					1.501		1.501				
Publiek deel Tractio 1)					973		973				
1). De 4K private omzet vervalt											
b. Alle niet-publieke opdrachten, private klanten					omzet	omzet%	Publiek	Publiek%	Privaat	Privaat%	
BV B. Private opdrachten/klant.					20.272	100%	205	1%	20.067	99%	
Privaat deel IBOR					780				780		
Privaat deel Schoonmaak					2.346				2.346		
Privaat deel Tractio					0						
BBS					1.429				1.429		
Verpakken 2)					2.993		28		2.965		
Metaal					5.064				5.064		
Retail (kringloopwinkels)					3.496				3.496		
Focus 2)					1.468		48		1.420		
Detachering 2)					1.802		67		1.735		
Werkroute					-				-		
WSP (werkgeversdienstverl.)					-				-		
Vakantieparken					639				639		
Kantine/Catering 2)					158		62		96		
Verhuur OG					96				96		
TOTAAL (BV A + BV B)					39.323	100%	19.255	49%	20.067	51%	

46. Een nadeel vanuit de juridische benadering bij deze indeling, is dat de activiteiten IBOR en Schoonmaak, zowel aan de publieke als de private kant worden uitgevoerd. Er zou echt een duidelijk bedrijfsmatig verschil moeten zijn tussen beide BV's. Anders bestaat naar ik meen een risico dat de indeling als te kunstmatig moet worden beschouwd en dat voor toepassing van het merendeels criterium, alsnog naar het gehele concern wordt gekeken, of naar de omzet per activiteit, zoals artikel 2:24a lid 4 Aanbestedingswet 2012 voorschrijft.

47. Tomingroep geeft zelf als voordelen bij dit scenario aan:

- v. Gemeenten kunnen hun opdrachten op het gebied van Groen, Schoonmaak en Tractio zorgeloos inbesteden;
- w. De mogelijkheden om groei van de werkgelegenheid in alle sectoren te creëren zijn in dit scenario in principe onbeperkt;



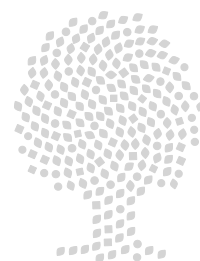
- x. De mogelijkheid om te groeien is niet afhankelijk van het verkrijgen van opdrachten door de Gemeenten;
- y. De verhouding tussen publieke en private omzet hoeft niet te worden gemonitord.

Tomingroep signaleert wel als nadeel dat er een organisatorische ingreep nodig is om de activiteiten op het gebied van groenonderhoud en schoonmaak daadwerkelijk te splitsen.

48. Wat betreft het toezichtscriterium geeft dit scenario geen wijzigingen ten opzichte van de huidige situatie.

Conclusie

49. Het Schap houdt 100% van de aandelen van Tomingroep. De Gemeenten hebben derhalve gezamenlijk – via het Schap – het volledig kapitaal van Tomingroep in handen. Op grond van de Europese jurisprudentie mag derhalve worden aangenomen dat aan het toezichtscriterium wordt voldaan. Er zijn in casu geen omstandigheden die het toezicht via de vennootschapsrechtelijke structuur, verzwakken.
50. Voor de beoordeling van het merendeelscriterium, dient in mijn visie per activiteit / Tominvennootschap te worden beoordeeld, hoe de verhouding publieke en private omzet ligt.
51. Op basis van de omzetcijfers 2016, zoals gepresenteerd door Tomingroep in het overzicht van 17 juli 2017, kan qua rechtmatigheid van de huidige opdrachtverstrekking door de Gemeenten aan de verschillende Tomin-vennootschappen het volgende worden geconstateerd:
- a. Voor opdrachten aan de vennootschappen SBS BV Stadsbeheerservice en Tractio BV wordt ruimschoots voldaan aan het merendeelscriterium. Dat geldt ook als naar hun activiteiten wordt gekeken;
 - b. Voor de opdrachten die de Gemeenten aan Tomingroep BV en aan Tomin Facilitair BV verstrekken, wordt momenteel niet zonder meer voldaan aan het merendeelscriterium. Indien per activiteit wordt gekeken, dan is momenteel vooral een probleem zichtbaar voor opdrachten vanuit de Gemeenten op het gebied van schoonmaak en het gebied van catering;
 - c. De zeer geringe percentages publieke omzet voor verpakken, Focus en detachering vormen mogelijk geen aanbestedingsrechtelijk probleem voor de Gemeenten, nu deze opdrachten van geringe aard zijn en individueel mogelijk onder het toepasselijke (Europese) drempelbedrag blijven. Hier zou per opdracht desgewenst een korte aanbestedingsrechtelijke analyse kunnen plaatsvinden, indien gewenst.
52. Voor de toekomst kan Tomingroep in verband met het merendeelscriterium haar verhouding publieke omzet en private omzet verbeteren door haar activiteiten



opnieuw in te delen binnen haar vennootschapsstructuur. De aanbestedingsrechtelijke verdedigbaarheid van een nieuwe indeling van de bedrijfsactiviteiten van Tomingroep hangt af van de bedrijfsmatige logica achter die indeling, zodat deze niet als 'kunstmatig' wordt beoordeeld bij een toets door de rechter of de Europese Commissie. In dat geval bestaat namelijk het risico dat voor toepassing van het merendeels criterium, alsnog naar het gehele concern wordt gekeken, of naar de omzet per activiteit, zoals artikel 2:24a lid 4 Aanbestedingswet 2012 voorschrijft.

53. Op het gebied van het toezichtscriterium brengen eventuele aanpassingen in de bedrijfsmatige organisatie en de vennootschapsstructuur, geen wijzigingen met zich mee.
54. Het Schap en de Gemeenten dienen op beleidsniveau de voor- en nadelen van de geschetste scenario's af te wegen. Daarbij kan relevant zijn in hoeverre de Gemeenten bijvoorbeeld commitment kunnen geven aan Tomingroep op de langere termijn voor opdrachten, en hoe de verschillende doelen voor Tomingroep qua rendement en werkgelegenheid worden gezien, in vergelijking met de opdracht om aan de criteria voor quasi-inbesteding te (blijven) voldoen.

