Subsidie of (overheids)opdracht ?

**Afstudeerorganisatie:** Gemeente ’s-Hertogenbosch

’s-Hertogenbosch, mei 2013

D.Ö. Göl

De juridische grens tussen subsidie en (overheids)opdracht.

**Subsidie of (overheids)opdracht?**

*De juridische grens tussen subsidie en (overheids)opdracht.*

**Naam:** Duygu Özlem Göl

**Studentnummer:** 2027516

**Functie auteur:** stagiaire

**Afstudeerperiode**: februari tot en met juni 2013

**Afstudeerorganisatie:** Gemeente ’s-Hertogenbosch

**Afstudeermentor:** T. Langens en B. Coenenmans

**Opleiding:** Juridische Hogeschool Avans-Fontys te ’s-Hertogenbosch en Tilburg

**Afstudeerdocent:** P. van Harten

’s-Hertogenbosch, mei 2013

# Voorwoord

Voor u ligt de afstudeerscriptie ‘Subsidie of opdracht?’ die door mij is opgesteld. Voor een aantal afdelingen van de gemeente ’s-Hertogenbosch bestaat er met betrekking tot de grens tussen subsidie en opdracht een grijze gebied. Om die reden heb ik van mevrouw T. Langens en de heer B. Coenenmans, namens de gemeente ’s-Hertogenbosch, de opdracht gekregen om te onderzoeken hoe een keuze gemaakt kan worden in dit grijze gebied.

De scriptie is bestemd voor de medewerkers van de gemeente ’s-Hertogenbosch. Ik zal deze uiteraard ook persoonlijk aan mevrouw Langens en de heer Coenenmans overhandigen.

De volgende doelstelling is voor deze scriptie geformuleerd: "Voor 26 mei 2013 wordt er een scriptie opgesteld voor de gemeente ’s-Hertogenbosch, afdelingen Bestuursondersteuning en Financiën, waarin criteria staan beschreven die deze gemeente kan gebruiken om tot een juridisch juiste keuze te komen tussen een opdracht die moet worden aanbesteed of dat middelen ter beschikking gesteld kunnen worden onder de noemer subsidie”.

Graag wil ik van de mogelijkheid gebruik maken om mijn stagebegeleiders vanuit de gemeente ’s-Hertogenbosch, mevrouw T. Langens van de afdeling Bestuursondersteuning en de heer B. Coenenmans van de afdeling Financiën, te bedanken voor hun inspirerende begeleiding. Bovendien wil ik de heer A. Jacobs, mevrouw J. Portier en mevrouw J. van der Lee bedanken voor hun motivering en hulp. Uiteraard wil ik ook alle medewerkers van de gemeente ‘s-Hertogenbosch, die in welke vorm dan ook een bijdrage geleverd hebben aan de totstandkoming van deze scriptie, dank zeggen. And last but not least wil ik de heer Y. Aydin bedanken voor zijn inspirerende bijdrage en ondersteuning. Dankzij al deze personen heb ik deze scriptie kunnen opstellen die ik nu met trots presenteer.

Ik hoop van harte dat de medewerkers van de gemeente ‘s-Hertogenbosch zich herkennen in deze scriptie en hun voordeel doen met de conclusies en de aanbevelingen.

Duygu Özlem Göl

*mei 2013*

**Inhoudsopgave**

[Voorwoord 2](#_Toc357290408)

[Samenvatting 5](#_Toc357290409)

[Lijst met afkortingen 6](#_Toc357290410)

[Hoofdstuk 1 inleiding 7](#_Toc357290411)

[1.1 Aanleiding 7](#_Toc357290412)

[1.2 De probleembeschrijving 7](#_Toc357290413)

[1.3 Doelstelling 8](#_Toc357290414)

[1.4 Centrale vraagstelling 8](#_Toc357290415)

[1.5 Onderzoeksopzet 8](#_Toc357290416)

[1.6 Leeswijzer 9](#_Toc357290417)

[Hoofdstuk 2 Wettelijke grondslag voor subsidie 10](#_Toc357290418)

[2.1 Definitie 10](#_Toc357290419)

[2.2 Uitzonderingen 11](#_Toc357290420)

[2.3 Europese regelgeving 11](#_Toc357290421)

[2.4 Uitvoeringsovereenkomst 12](#_Toc357290422)

[2.5 Subsidieverordening gemeente ‘s-Hertogenbosch 13](#_Toc357290423)

[2.6 Conclusie 14](#_Toc357290424)

[Hoofdstuk 3 Wettelijke grondslag voor (overheids)opdracht 15](#_Toc357290425)

[3.1 Definitie 15](#_Toc357290426)

[3.2 Kenmerken 15](#_Toc357290427)

[3.2.1 Schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel 16](#_Toc357290428)

[3.2.2 Aanbestedende dienst en ondernemer 16](#_Toc357290429)

[3.2.3 Werken, leveringen en diensten 17](#_Toc357290430)

[3.3 2A en 2B diensten 17](#_Toc357290431)

[3.4 Europese regelgeving 18](#_Toc357290432)

[3.5 Beginselen van aanbestedingsrecht 18](#_Toc357290433)

[3.6 Drempelwaarden 19](#_Toc357290434)

[3.7 Uitzonderingen 20](#_Toc357290435)

[3.8 Het inkoopbeleid 20](#_Toc357290436)

[3.8.1 Procedure 20](#_Toc357290437)

[3.8.2 Subsidie of opdracht? 21](#_Toc357290438)

[3.8.3 Categorieën 21](#_Toc357290439)

[3.9 Conclusie 21](#_Toc357290440)

[Hoofdstuk 4 Elementen voor het grijze gebied tussen subsidie en opdracht 22](#_Toc357290441)

[4.1 Inleiding 22](#_Toc357290442)

[4.2 Derden 23](#_Toc357290443)

[4.3 Commerciële transactie 24](#_Toc357290447)

[4.4 Initiatief 28](#_Toc357290451)

[4.5 Nakomingsplicht (de uitvoeringsovereenkomst) 30](#_Toc357290455)

[4.6 Belang 33](#_Toc357290459)

[4.7 Integrale benadering 37](#_Toc357290463)

[4.8 Conclusie 40](#_Toc357290467)

[Hoofdstuk 5 De risico’s 42](#_Toc357290468)

[5.1 Europese regelgeving 42](#_Toc357290469)

[5.2 Nederlandse regelgeving 43](#_Toc357290472)

[5.3 Belasting toegevoegde waarde (btw) 44](#_Toc357290475)

[5.4 Controle minister 45](#_Toc357290479)

[5.5 Conclusie 46](#_Toc357290480)

[Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen 47](#_Toc357290481)

[6.1 Conclusies 47](#_Toc357290482)

[6.2 Aanbevelingen 49](#_Toc357290487)

[Bronnenlijst 51](#_Toc357290493)

[Bijlagen 55](#_Toc357290494)

# Samenvatting

*Hoe kan de gemeente ’s-Hertogenbosch komen tot de juridisch juiste keuze of er sprake is van een opdracht die moet worden aanbesteed of dat er middelen ter beschikking kunnen worden gesteld onder de noemer subsidie?* Voordat de gemeente een keuze kan maken, is het van belang om te weten wat subsidie en wat overheidsopdracht is. Er is sprake van subsidie, indien er een aanspraak op financiële middelen is, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager en er is geen sprake van een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. Dit wil zeggen dat indien er sprake is van een opdracht, er geen sprake kan zijn van een subsidie. Er is sprake van een overheidsopdracht wanneer er een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen aanbestedende dienst (de gemeente) en ondernemer is, die betrekking heeft op werken, leveringen of diensten. Op zich lijkt het duidelijk wat opdracht is en wat subsidie is. In de praktijk blijkt echter dat er een grijze gebied is tussen subsidie en opdracht. Om een keuze te maken in het grijze gebied tussen subsidie en opdracht zijn de elementen commerciële transactie, nakomingsplicht en belang bruikbaar. De elementen moeten in onderlinge samenhang worden gebruikt. Geen enkel element is doorslaggevend.

* Commerciële transactie: Bij een subsidie worden ten hoogste de kosten vergoed. Dit wil zeggen dat in principe het bedrag niet hoger mag zijn dan de kosten met een kleine winstmarge. Bij een opdracht is er sprake van een commerciële transactie waarbij de kosten van de activiteit plus een zekere winstmarge wordt betaald.
* Nakomingsplicht: Indien de overheid eisen stelt die verder strekken dan de publiekrechtelijke bevoegdheden, kan er sprake zijn van een opdracht. Deze eisen geven de overheid de bevoegdheid om controle uit te oefenen.
* Belang: Indien geld wordt verstrekt in het algemeen belang, is er sprake van een subsidie. Indien echter het rechtstreeks economisch belang van de gemeente zelf wordt gediend, is er sprake van een opdracht.

De elementen commerciële transactie, nakomingsplicht en belang moeten op basis van de inhoud van de overeenkomst integraal benaderd worden. De elementen derden en initiatief bieden geen uitkomst of er sprake is van een subsidie of een opdracht. Bovendien heeft de overheid geen keuzevrijheid, indien geoordeeld zou moeten worden dat het gebruik van een overheidsopdracht (het privaatrecht) de subsidietitel (het publiekrecht) op onaanvaardbare wijze zou doorkruisen.

De regels van het Europees aanbestedingsrecht moeten in acht worden genomen. Indien dit niet wordt gedaan, komt de Europese Commissie in beeld. Zij verzoekt de gemeente om het alsnog te doen en zij kan daarna een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie starten. Degene die vindt dat er onterecht subsidie is verleend (omdat er sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht), kan op grond van onrechtmatige daad een procedure starten bij de burgerlijke rechter. Tevens is de keuze belangrijk voor het btw aspect. Over opdrachten moet btw worden betaald en over subsidies in beginsel niet. Uiteindelijk is de gemeente zelf verantwoordelijk voor het naleven van de wetgeving. Het Hof van Justitie van de Europese Unie stelt de Staat aansprakelijk, maar het ministerie heeft de bevoegdheid om de boete van het Hof van Justitie van de Europese Unie bij de decentrale overheid (de gemeente) te verhalen.

Nationale begrippen als overeenkomst en subsidie zijn niet relevant voor het toepassings-bereik van het Europees recht. Er moet gekeken worden naar wat er feitelijk gebeurt. De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht gelden niet voor subsidies. Toch is het aanbevelenswaardig dat de gemeente bij het verlenen van subsidies rekening houdt met deze beginselen. Subsidies zijn namelijk schaarse rechten. Het verdelen van schaarse rechten moet op een objectieve, transparante en zorgvuldige wijze plaatsvinden. Indien er getwijfeld wordt tussen subsidie of opdracht, is de keuze voor opdracht aan te bevelen. De gemeente moet hierbij wel een afweging maken tussen de effectiviteit van de richtlijn en het voorkomen dat een situatie ontstaat waarin elke activiteit onder de richtlijn valt.

# Lijst met afkortingen

art.

artt.

ABRvS

Awb

B&W

bijv.

btw

BV

BW

CBB

enz.

etc.

EU

GEU

Gst.

Gw

HR

HvJ EU

jo.

LJN

MvT

NJ

pag.

r.o.

VNG

VWEU

vzr.

Wet OB

artikel

artikelen

Algemene Bestuursrechtspraak van de Raad van State

Algemene wet bestuursrecht

burgemeester en wethouders

bijvoorbeeld

belasting toegevoegde waarde

Besloten Vennootschap

Burgerlijk Wetboek

College van Beroep voor het Bedrijfsleven

enzovoorts

et cetera

Europese Unie

Gerecht van Eerste Aanleg

De Gemeenstem (tijdschrift)

Grondwet

Hoge Raad

Hof van Justitie van de Europese Unie

juncto

Landelijk Jurisprudentie Nummer

memorie van toelichting

Nederlandse Jurisprudentie

pagina

rechtsoverweging

Vereniging van Nederlandse Gemeenten

Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie

voorzieningenrechter

Wet op de omzetbelasting

# Hoofdstuk 1 inleiding

Dit hoofdstuk bevat de inleiding van deze scriptie. In paragraaf 1.1 wordt de aanleiding van het probleem besproken. Daarna wordt in paragraaf 1.2 het probleem beschreven. De doelstelling wordt in paragraaf 1.3 uiteengezet. In paragraaf 1.4 is de centrale doelstelling te vinden en in paragraaf 1.5 de onderzoeksopzet. Daarna komt in paragraaf 1.6 de leeswijzer.

## 1.1 Aanleiding

Een gemeente kan met overheidsgeld publiekrechtelijke subsidies verstrekken en privaatrechtelijke overeenkomsten aangaan. Bij een subsidie wordt er geld verstrekt door de overheid voor een bepaald doel. De overheid betaalt op grond van het algemeen belang een deel van de kosten die de subsidieontvanger heeft gemaakt. Het gaat daarbij om activiteiten die de overheid wenselijk acht. Bij een aanbesteding wil de gemeente een bepaalde opdracht laten uitvoeren en geïnteresseerde bedrijven worden gevraagd om een offerte in te dienen. Daarna wordt er een privaatrechtelijke overeenkomst opgesteld.

Uit de praktijk is gebleken dat de grens tussen subsidie en opdracht soms diffuus is. De gemeente ’s-Hertogenbosch maakt dan een beslissing door middel van een checklist. Waar de gemeente behoefte aan heeft, is een beslisboom. Door middel van de richtlijnen in deze beslisboom wil de gemeente een juridisch juiste keuze maken of er sprake is van een opdracht of een subsidie. Tevens hebben ze behoefte om te weten wat de consequenties zijn van het aanbesteden van een opdracht, terwijl het een subsidie had moeten of kunnen zijn en andersom.

## 1.2 De probleembeschrijving

‘s-Hertogenbosch is de hoofdstad van de provincie Noord-Brabant met 142.825 inwoners.[[1]](#footnote-1) Afbeelding 1 is het organogram van de gemeente ’s-Hertogenbosch. De gemeente bestaat uit verschillende bestuurs-organen. Eén daarvan is de gemeenteraad. De raad is het hoogste bestuursorgaan in de gemeente. Zij wordt gekozen voor een periode van vier jaar door de inwoners van de gemeente. In de artikelen 147 tot en met 159 van de Gemeentewet staan de bevoegdheden van de gemeenteraad opgesomd. De raad heeft drie taken:

* Volksvertegenwoordiging: zij wordt gekozen door de inwoners en is daarom volksvertegenwoordiger.
* De kaderstelling: de raad stelt kaders vast voor het college van B&W (verordenende of regelgevende bevoegdheid). Dit kan gaan over de gemeentelijke verordeningen, de bestemmingsplannen etc.
* De controle: de gemeenteraad controleert of het college van B&W de kaderstelling goed heeft uitgevoerd.[[2]](#footnote-2)

De raad neemt een besluit op basis van een raadsvoorstel. De meeste voorstellen worden voorbereid door het college en de ambtelijke organisatie, maar ook raadsleden en inwoners van ’s-Hertogenbosch kunnen een voorstel op de agenda van de raad plaatsen. Een ander bestuursorgaan is het college van burgemeester en wethouders. Het college vormt het dagelijks bestuur van de gemeente. Het college zorgt onder andere voor het aandragen van beleidsvoorstellen, het nemen van een groot aantal beslissingen en het uitvoeren van de besluiten die de gemeenteraad genomen heeft.[[3]](#footnote-3) De bevoegdheden van het college van B&W staan in de artikelen 160 tot en met 169 van de Gemeentewet. Het college is tevens belast met de voorbereiding en uitvoering van de besluiten van de gemeenteraad. Ook kan het college zelfstandig wetten en regelingen van het Rijk en de provincie uitvoeren door middel van medebewind. De gemeentelijke organisatie werkt onder leiding van de gemeentesecretaris voor het college van burgemeester en wethouders en dus in het verlengde daarvan ook voor de gemeenteraad. Ze maakt beleidsplannen en nota's waarover het college van burgemeester en wethouders (en eventueel de raad) moet beslissen en zorgt voor de uitvoering van het beleid.[[4]](#footnote-4)

Gemeenten kunnen met overheidsgeld publiekrechtelijke subsidies verstrekken en privaatrechtelijke opdrachten aangaan. Op deze manier kunnen bepaalde doelstellingen behaald worden. Een gemeente verleent subsidie om activiteiten te stimuleren die om redenen van algemeen belang wenselijk worden geacht. Het begrip subsidie is gedefinieerd in de Algemene wet bestuursrecht in art. 4:21 lid 1. Bij een privaatrechtelijke overeenkomst kan de gemeente aanbestedingsplichtig zijn. In hoofdstuk drie wordt beschreven wat dit inhoudt en welke consequenties dit heeft. Dan wordt door de gemeente bekend gemaakt dat zij een opdracht wil laten uitvoeren en geïnteresseerde bedrijven worden gevraagd om een offerte uit te brengen. De gemeente sluit dan een overeenkomst. Dit gebeurt wanneer een instelling of bedrijf diensten of goederen levert aan de gemeente of op kosten van de gemeente aan derden.

In sommige gevallen is het lastig om te bepalen of er sprake is van een subsidie of een opdracht. Deze gevallen bevinden zich dan in een zogenaamde ‘grijze gebied’. Om in dit gebied toch een keuze te maken, wordt een checklist gehanteerd, maar daar is in bovenstaande gevallen niet altijd helder uit op te maken of het nu een subsidie of een opdracht is. Er is behoefte aan een eenduidige handreiking, die door de sectoren van de gemeente gebruikt kan worden. Op dit moment hebben de ambtenaren onvoldoende juridische handvatten om te bepalen of er sprake is van een subsidie of een opdracht in het grijze gebied. Daarnaast wil de gemeente voorkomen dat in situaties waar sprake is van gemeentelijke subsidieverlening derden de gemeente aansprakelijk stellen voor het achterwege blijven van de noodzakelijke aanbestedingsprocedure.

## 1.3 Doelstelling

De doelstelling kan als volgt worden geformuleerd: ‘Voor 26 mei 2013 wordt er een scriptie opgesteld voor de gemeente ’s-Hertogenbosch, afdelingen Bestuursondersteuning en Financiën, waarin criteria staan beschreven die deze gemeente kan gebruiken om tot een juridisch juiste keuze te komen tussen een opdracht die moet worden aanbesteed of dat middelen ter beschikking gesteld kunnen worden onder de noemer subsidie’.

## 1.4 Centrale vraagstelling

Hoe kan de gemeente ’s-Hertogenbosch komen tot de juridisch juiste keuze of er sprake is van een opdracht die moet worden aanbesteed of dat er middelen ter beschikking kunnen worden gesteld onder de noemer subsidie?

## 1.5 Onderzoeksopzet

De centrale vraag wordt beantwoord aan de hand van onderstaande deelvragen:

1. Wat is de wettelijke grondslag voor het verlenen van subsidies?
2. Wat is de wettelijke grondslag voor het aanbesteden van overheidsopdrachten?
3. Welke elementen uit de jurisprudentie, (Europese) regelgeving, literatuur en het beleid van andere gemeenten zijn bepalend/van belang voor de grens van opdracht en subsidie?
4. Wat zijn de risico’s indien er een verkeerde keuze tussen subsidie en overheidsopdracht wordt gemaakt?

In het algemeen is er gebruik gemaakt van juridische tijdschriftartikelen vanwege de hoge mate van actualiteit. Daarnaast zijn diverse internetpagina’s geraadpleegd, onder andere de website van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), Overheid.nl, EUROPA Decentraal en ‘PIANOo-vakgroep’ het expertisecentrum over aanbesteden.[[5]](#footnote-5)

Hoofdstuk twee zet de wettelijke grondslag voor subsidieverlening uit. Dit is een onderzoek van het recht, namelijk een rechtsbronnenonderzoek. Hierbij is vooral van belang het VWEU, de Awb (hoofdstuk 4, titel; 1.2, afdeling 4.2.1 subsidierecht), de memorie van toelichting bij de Awb en de subsidieverordening van de gemeente ’s-Hertogenbosch. Jurisprudentie is van essentieel belang en deze is geraadpleegd via de verschillende databanken. Hoofdstuk drie zet de wettelijke grondslag voor het aanbesteden van (overheids)opdrachten uit. Hierbij is vooral van belang de Europese richtlijnen, boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (artt. 7:400-7:413 overeenkomst van opdracht) en het inkoopbeleid van de gemeente ‘s-Hertogenbosch. In hoofdstuk vier is beschreven welke elementen van belang zijn, indien er een beslissing gemaakt moet worden in het grijze gebied. Hier is gebruik gemaakt van (Europese) jurisprudentie, (Europese) regelgeving, literatuur en overige bronnen (zoals juridische tijdschriften, andere gemeenten en provincies). Er is per element uiteengezet of dit een belangrijk element is bij de afweging subsidie of opdracht. Er zijn personen geïnterviewd met de vraag hoe zij omgaan met de problematiek ‘subsidie of opdracht?’. Deze interviews zijn opgenomen in de bijlagen 2, 3 en 10. In hoofdstuk vijf komen de risico’s van een verkeerde keuze tussen subsidie en opdracht aan de orde. Er wordt gebruik gemaakt van rechtsbronnen en literatuur, omdat het voornamelijk gaat over de juridische risico’s.

## 1.6 Leeswijzer

In hoofdstuk *twee* wordt de wettelijke grondslag voor het verlenen van subsidie beschreven. In hoofdstuk *drie* wordt de wettelijke grondslag voor het aanbesteden van (overheids-) opdrachten beschreven. Hoofdstuk *vier* behandelt de elementen die van belang zijn bij de afweging tussen subsidie en opdracht. Daarna worden in hoofdstuk *vijf* de risico’s beschreven indien de gemeente een verkeerde keuze maakt. De conclusies getrokken uit de voorafgaande hoofdstukken staan in hoofdstuk *zes*. Ook de aanbevelingen zijn terug te vinden in hoofdstuk *zes*. Om deze scriptie leesbaar te maken, is er in bijlage 1 een definitielijst opgenomen. Hierin staan de wettelijke definities waar in de tekst naar verwezen wordt.

# Hoofdstuk 2 Wettelijke grondslag voor subsidie

In dit hoofdstuk wordt de wettelijke grondslag voor subsidie in beeld gebracht. In paragraaf 2.1 is de definitie van subsidie nader uitgelicht. De uitzonderingen hierop worden in paragraaf 2.2 toegelicht. In paragraaf 2.3 komt de Europese regelgeving aan de orde. In paragraaf 2.4 wordt de uitvoeringsovereenkomst besproken en ten slotte wordt de subsidieverordening uitgewerkt in paragraaf 2.5.

## 2.1 Definitie

Op grond van art. 107 lid 2 van de Gw is de wetgever verplicht om algemene regels van bestuursrecht vast te stellen. Voor subsidies is in titel 4.2 van de Awb het algemeen subsidierecht vastgelegd. Deze titel is van toepassing op alle subsidies. De overige titels van de Awb zijn overigens ook van toepassing. De subsidietitel vormt namelijk slechts een deel van de Awb en moet in samenhang gelezen worden met de andere artikelen uit de Awb. Het woord subsidie vindt zijn oorsprong in het Latijnse woord *subsidium*, wat betekent ‘reserve’ of ‘in de plaats tredend’.[[6]](#footnote-6) Subsidies komen in vele en uiteenlopende vormen en onder vele benamingen voor. De definitie van subsidie is opgenomen in art. 4:21 lid 1 van de Awb en luidt als volgt:

*‘Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.’*

Subsidie is een materieel begrip. Dit wil zeggen dat iedere financiële verstrekking die voldoet aan de definitie, ook wanneer de verstrekking anders wordt aangeduid, een subsidie is. De benaming van de financiële verstrekking is dus niet van belang. Dit geldt andersom ook. Financiële verstrekkingen die niet onder de definitie vallen, kunnen niet als subsidie worden aangemerkt (ongeacht of deze subsidie wordt genoemd).[[7]](#footnote-7) In de memorie van toelichting is dit nog expliciet aangeduid: ‘*Voor de toepasselijkheid van de onderhavige titel is de gekozen benaming niet van belang; beslissend is of aan de elementen van de gegeven begrips-omschrijving is voldaan*’.[[8]](#footnote-8) Het subsidiebegrip van de Awb heeft vier elementen, namelijk:

1. de aanspraak op financiële middelen;
2. door een bestuursorgaan verstrekt;
3. met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager;
4. anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

*Ad 1 de aanspraak op financiële middelen*

Het opnemen van de activiteiten, die gesubsidieerd worden in een subsidieverordening, maakt het mogelijk om aanspraak op de subsidie te hebben. Alleen het verstrekken van financiële middelen wordt als subsidie aangemerkt. Verstrekking in natura, zoals het beschikbaar stellen van de gemeentelijke sporthal, valt hier niet onder en is geen subsidie. Het is voldoende dat er een aanspraak op financiële middelen is. Tevens moet vermeld worden dat niet bij alle subsidies daadwerkelijk geld wordt uitgekeerd. Denk hierbij aan de omstandigheid dat de overheid garant staat voor een bepaalde lening.[[9]](#footnote-9) Hiermee verschaft de overheid een economisch voordeel in de vorm van een aanspraak op geld.[[10]](#footnote-10)

*Ad 2 door een bestuursorgaan verstrekt*

Het spreekt voor zich dat de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing is op rechtsverhoudingen tussen particulieren onderling. Deze wet is immers slechts van toepassing op bestuursorganen. Een bestuursorgaan is in art. 1:1 van de Awb gedefinieerd als: ‘a. *een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed’*. Uit het tweede deel (b) is af te leiden dat ook privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen functioneren als bestuursorganen. In de jurisprudentie van de Raad van State is een privaatrechtelijke instelling een bestuursorgaan ingeval deze bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt belast met de verlening van subsidies ten laste van openbare middelen.[[11]](#footnote-11) Voor de handelingen die zij verrichten als bestuursorgaan zijn zij gebonden aan de bepalingen van de Awb en zodoende dus ook aan de subsidietitel. De subsidie wordt in ieder geval publiekrechtelijk geacht als zij berust op een wettelijk voorschrift of een door een erkend bestuursorgaan vastgelegde beleidsregel. Bestuursorganen bezitten op grond van art. 1:2 van de BW rechtspersoonlijk-heid. De gemeente is dus een openbaar lichaam met een rechtspersoonlijkheid en om die reden een rechtspersoon.

*Ad 3 met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager*

De aard van de activiteiten kan sterk uiteenlopen. Soms gaat het om een eenmalige activiteit en soms om een voortdurende activiteit. Met dit element vallen de algemene sociale uitkeringen buiten de definitie. Als het uitvoeringsorgaan van sociale zekerheid met het oog op een bepaalde activiteit (bijv. scholing) een bedrag betaalt, valt dit wel onder de definitie van subsidie. In de memorie van toelichting zijn een aantal gevallen uitgezonderd (onder andere de deelname aan een aandelenkapitaal, prijzen en schadevergoedingen). Bij schadevergoedingen is het bedrag verleend met oog op de schadetoebrengende activiteiten van het bestuursorgaan en niet met oog op de activiteiten.[[12]](#footnote-12)

*Ad 4 anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten*

Commerciële transacties waarbij de overheid partij is, vallen buiten het subsidiebegrip. Er is geen sprake van een subsidie, wanneer de overheid betaalt voor aangeschafte goederen of aan haar geleverde diensten. Er staat dan de verstrekking van een reële economische tegenprestatie tegenover. Onder betaling wordt verstaan: ‘*het leveren van een tegenprestatie die is afgestemd op de waarde van de verkregen goederen of diensten in het economische verkeer*’. Het is niet altijd eenduidig vast te stellen wanneer er sprake is van een subsidie of een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. Dit vormt de kern van deze scriptie. Om te bepalen of er sprake is van een subsidie, moet de aard van de rechtsverhouding aan de hand van de omstandigheden in kaart worden gebracht.[[13]](#footnote-13)

## 2.2 Uitzonderingen

Een aantal gevallen worden in art. 4:21 leden 2 tot en met 4 van de Awb niet of van overeenkomstige toepassing verklaard. Lid 2 en lid 3 van voormeld artikel bepalen dat de subsidietitel niet van toepassing is op fiscale activiteiten (belastingfaciliteiten) en uitkeringen aan overheden. In lid 4 van artikel 4:21 van de Awb wordt de bekostiging van het onderwijs en onderzoek van overeenkomstige toepassing verklaard.

## 2.3 Europese regelgeving

De eindverantwoordelijke voor de besteding van Europese middelen is de Europese Commissie. De EU streeft naar een verantwoorde besteding van haar middelen. De Europese regelgeving heeft betrekking op subsidies die worden verstrekt door EG-organen of worden bekostigd met EG-geld. Deze subsidies worden betaald uit de eigen middelen, die gefinancierd zijn door de lidstaten.[[14]](#footnote-14) Langs verschillende wegen komen Europese subsidies bij de uiteindelijke begunstigden in Nederland terecht.

1. De EG-subsidie loopt volledig via een Nederlands bestuursorgaan.
2. De EG-subsidie wordt door de Europese Commissie aan de begunstigde verstrekt en uitbetaald, maar de Staat heeft daarbij taken inzake het verrichten van controles of het houden van toezicht op de besteding van de subsidie.
3. De EG-subsidie wordt buiten de Staat om door de Europese Commissie rechtstreeks aan de begunstigde verstrekt.

Medefinanciering is een belangrijk aspect bij Europese subsidies. Dit wil zeggen dat een project nooit volledig uit Europese middelen wordt bekostigd. Er is altijd een eigen financiering nodig, bijv. via provincies, gemeenten en privaatrechtelijke organisaties.[[15]](#footnote-15)

De hoofddoelstelling van het VWEU is volgens art. 2 van dit Verdrag het komen tot economische integratie van de lidstaten. Om deze reden stimuleren de lidstaten een vrije concurrentie in de EU. Daarom zijn handelsbelemmeringen tussen de lidstaten opgeheven om een interne markt te creëren zonder binnengrenzen, waarin er een vrije verkeer van personen, diensten, goederen en kapitaal is. Ter bevordering van het vrije verkeer van goederen en diensten is in het VWEU onder andere bepaald dat de EU dient te waken dat de concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen op de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst door ingrijpen van nationale overheden. Doel is dat de EU gelijke concurrentievoorwaarden wil scheppen voor alle ondernemingen op de interne markt. [[16]](#footnote-16)

Overheidssubsidies kunnen een vorm van staatssteun zijn. Staatssteun aan bedrijven, waardoor deze met behulp van openbare geldmiddelen bevoordeeld zouden worden boven concurrerende bedrijven, is verboden.[[17]](#footnote-17) Staatssteun is volgens vaste jurisprudentie: ‘*alle maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden’*.[[18]](#footnote-18) Deze scriptie heeft geen betrekking op staatssteun. Dit onderwerp wordt daarom verder buiten beschouwing gelaten.

## 2.4 Uitvoeringsovereenkomst

Een opmerkelijk artikel in de subsidietitel is art. 4:36 van de Awb. De Awb heeft namelijk een publiekrechtelijk karakter, maar dit artikel is privaatrechtelijk. Het regelt de overeenkomst naar burgerlijk recht tussen de subsidiegever en de subsidieontvanger. Op grond van de artikelen 4:29 en 4:42 van de Awb is de overheid verplicht tot het geven van een beschikking. Subsidiëring uitsluitend via een overeenkomst is niet toegestaan. Art. 4:36 van de Awb biedt de mogelijkheid om ter uitvoering van de verleningsbeschikking een uitvoeringsovereenkomst te sluiten. Er wordt dus zowel publiekrechtelijk (de beschikking) als privaatrechtelijk (de overeenkomst) gehandeld. In de uitvoeringsovereenkomst mogen derhalve geen bedingen worden opgenomen, die in strijd komen met afdeling 4.2.4 Awb.[[19]](#footnote-19)

De overeenkomst wordt gesloten ter uitvoering van de beschikking. De uitvoerings-overeenkomst werkt dus de subsidiebeschikking nader uit. Meestal is in de beschikking namelijk heel algemeen geformuleerd welke activiteiten er moeten plaatsvinden. De overeenkomst biedt vervolgens dan de mogelijkheid om deze activiteiten gedetailleerd toe te lichten. Er kunnen ook andere regels overeengekomen zijn over bijv. het beheer van het gebouw. Tevens bestaat er nog de mogelijkheid om, volgens art. 4:36 lid 2 van de Awb, in de overeenkomst vast te leggen dat de activiteiten van de beschikking daadwerkelijk moeten worden uitgevoerd.[[20]](#footnote-20) De gemeente heeft op deze manier de mogelijkheid om afspraken in de subsidiebeschikking af te dwingen met een uitvoeringsovereenkomst.

Niet uitsluitend de Awb-bepalingen zijn van toepassing op deze overeenkomst. Ook de artikelen over de overeenkomst uit het BW spelen een rol. De uitvoeringsovereenkomst krijgt in de jurisprudentie overigens wel een publiekrechtelijk karakter. De Hoge Raad erkende dat de overheid ook bij het sluiten en uitvoeren van overeenkomsten gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[[21]](#footnote-21) Tevens heeft de Hoge Raad erkend dat de publiekrechtelijke aard van de rechtsverhouding zich tegen toepassing van het privaatrecht kan verzetten.[[22]](#footnote-22)

## 2.5 Subsidieverordening gemeente ‘s-Hertogenbosch

Eén van de belangrijkste beginselen voor een democratische samenleving is het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat een bestuursorgaan slechts een taak kan uitvoeren op grond van een wettelijk voorschrift. In dit geval kan een bestuursorgaan slechts subsidie verstrekken, indien er een wettelijk voorschrift is dat regelt voor welke activiteiten die subsidie kan worden verstrekt.[[23]](#footnote-23) Op grond van art. 4:23 van de Awb moet het subsidiebeleid vastgelegd zijn in een wettelijke regeling. De Algemene Subsidie Verordening van de gemeente ’s-Hertogenbosch (hierna: ASV) is vastgesteld door de gemeenteraad op 23 augustus 2011 en is nadien gewijzigd op 9 oktober 2012. Artikelen 147 jo. 149 van de Gemeentewet vormen de wettelijke grondslagen van de bevoegdheid waarop de regeling is gebaseerd. Op grond van deze artikelen is de raad bevoegd gemeentelijke verordeningen vast te stellen voor het grondgebied van de gemeente. De subsidieverordening is een “aanvulling” op de Awb. Deze verordening bevat procedurele en inhoudelijke voorschriften voor het verstrekken van subsidies en tevens een omschrijving van de activiteiten die subsidiabel zijn. Daarnaast kunnen verplichtingen en voorwaarden aan de subsidieontvanger worden opgelegd.

De raad kan op grond van art. 4 van de ASV jaarlijks besluiten tot het instellen van subsidieplafonds. Er wordt dan aangegeven op welke wijze het beschikbaar bedrag wordt verdeeld. Het document met de subsidieplafonds is te vinden in de bijlage van de ASV. Tevens zijn de verschillende verdeelmethodieken in dit document uitgelegd. Het verschilt per beleidsprogramma welke verdeelmethodiek wordt toegepast. De gemeente kent er drie:

* op volgorde van binnenkomst;
* tendersysteem (kwalitatieve toets);
* evenwichtige verdeling na sluitingsdatum op basis van onderlinge vergelijking.

**Voorbeeld**:

Beleidsprogramma: ‘Bereikbare stad’. Subsidieregeling Verkeerseducatie en niet- infrastructurele maatregelen. Doel: het bevorderen van verkeerseducatie en verkeersveiligheid. Er is een subsidieplafond vastgelegd van 106.330, - euro. Deze subsidie wordt verdeeld op basis van het tendersysteem, dus een kwalitatieve toets.

**Voorbeeld**:

Beleidsprogramma: ‘Bereikbare stad’. Subsidieregeling Verkeerseducatie en niet- infrastructurele maatregelen. Doel: het bevorderen van verkeerseducatie en verkeersveiligheid. Er is een subsidieplafond vastgelegd van 106.330, - euro. Deze subsidie wordt verdeeld op basis van het tendersysteem.

Zoals hiervoor omschreven, is subsidietender één van de verdelingsmechanismen, waarvan de gemeente ’s-Hertogenbosch gebruik maakt bij het verdelen van subsidie. Meerdere kandidaten strijden dan om de subsidietoekenning. Ze worden geselecteerd op basis van voorwaarden die vooraf zijn opgesteld. Deze manier van subsidiëren is erg vergelijkbaar met een aanbesteding. Regels voor een subsidietender zijn er niet. Er zijn enkel instructies verkrijgbaar die in de artikelen 4:23, 4:26 en 4:27 van de Awb staan.[[24]](#footnote-24) Subsidietender komt dus erg dicht tegen het aanbestedingsrecht. Er is zelfs jurisprudentie dat bij subsidietender vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle gegevens moeten zijn overgelegd. Er mag niet meer worden gewijzigd of aangevuld, omdat dit in strijd is met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen.[[25]](#footnote-25) Dit is ook niet toegestaan bij een aanbesteding en daarom lijken deze procedures op elkaar.

Om voor een subsidie in aanmerking te komen, moet er, op grond van art. 5 van de ASV, een schriftelijke aanvraag worden ingediend bij het college. In deze aanvraag is onder andere een beschrijving van de activiteiten, waarvoor subsidie wordt gevraagd, opgenomen. In art. 8 van de ASV is aangegeven dat het college bij eenmalige subsidies kan weigeren om subsidie te verstrekken, indien de activiteiten van de aanvrager niet of niet in overwegende mate gericht zijn op de gemeente of op haar ingezetenen. Indien het college de subsidie verleent, is in art. 10 van de ASV aangegeven dat het college aangeeft op welke wijze de verantwoording plaats moet vinden. Het college is dan ook bevoegd om voorwaarden aan de beschikking te verbinden met betrekking tot het beheer en gebruik van de subsidie. In afbeelding 2 is het subsidieproces met vijf verschillende terugkerende fasen weergegeven. Het subsidieproces kent dus vijf verschillende fasen:

1. Kaderstelling: de gemeenteraad stelt de beleidskaders vast waarop de subsidieverstrekking wordt gebaseerd.
2. Verlening: de subsidie wordt verleend door het college van B&W.
3. Uitvoering: de vastgelegde afspraken worden uitgevoerd door de instelling.
4. Vaststelling: nadat de prestatie is geleverd, zal de instelling zich verantwoorden. Er wordt besloten of de subsidie conform de verleningsbeschikking wordt vastgelegd.
5. Evaluatie: het college van B&W beoordeelt of de subsidie-verstrekking heeft bijgedragen aan het doel. Op basis hiervan besluit de raad of de kaders bijgesteld moeten worden.[[26]](#footnote-26)

Eerst wordt er een verleningsbeschikking afgegeven. Er ontstaat vervolgens een recht op uitbetaling van de financiële middelen. Deze beschikking vormt de aanspraak van de subsidieontvanger en de verplichting van de gemeente om zich hier aan te houden. De gemeente moet haar betalingsverplichting nakomen, tenzij de subsidieontvanger zich niet houdt aan de afgesproken activiteiten. Daarna wordt er een vaststellingsbeschikking verleend. Dit kan ver na de verleningsbeschikking zijn, omdat het geld wordt verstrekt nadat de activiteit heeft plaatsgevonden.

## 2.6 Conclusie

Subsidie is een materieel begrip. Het gaat niet om hoe partijen hun relatie benoemen, maar aan de hand van de inhoud van deze relatie moet worden beoordeeld of er sprake is van een subsidie. In art. 4:21 lid 1 van de Awb is de definitie van subsidie aangegeven, namelijk: de aanspraak op financiële middelen door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten. Naast de nationale subsidies worden er ook EG-subsidies verstrekt, die gecontroleerd worden door de Europese Commissie. Het doel van deze subsidies is om te komen tot economische integratie van de lidstaten. Ter uitvoering van de subsidiebeschikking heeft de gemeente de mogelijkheid om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met een eventuele verplichting tot nakoming. De gemeente mag een subsidie alleen verstrekken, indien dit is bepaald in een wettelijk voorschrift (subsidieverordening). In de ASV van de gemeente ’s-Hertogenbosch staan de beleidsprogramma’s, de verdeling en het subsidieplafond. De gemeente ’s-Hertogenbosch maakt bij de verdeling van de subsidie onder andere gebruik van subsidietender. Bij deze manier van verdeling dienen de partijen een aanvraag in en de gemeente bepaalt op basis van criteria een rangorde. Dit lijkt erg op het aanbesteden van opdrachten. In het volgende hoofdstuk wordt de wettelijke grondslag voor het aangaan van een opdracht in beeld gebracht.

# Hoofdstuk 3 Wettelijke grondslag voor (overheids)opdracht

In dit hoofdstuk wordt de wettelijke grondslag voor het aangaan van een (overheids)opdracht in kader gebracht. In paragraaf 3.1 wordt de definitie uitgelegd. Daarna wordt in paragraaf 3.2 toegelicht wat de kenmerken van deze definitie zijn. De 2A en 2B diensten wordt in paragraaf 3.3 in kader gebracht. Daarna wordt de Europese regelgeving in paragraaf 3.4 behandeld. In paragraaf 3.5 komen de beginselen van het aanbestedingsrecht en in paragraaf 3.6 de drempelwaarden aan bod. De uitzonderingen worden in paragraaf 3.7 toegelicht. In paragraaf 3.8 wordt het inkoopbeleid toegelicht.

## 3.1 Definitie

Als de overheid bepaalde goederen of diensten afneemt (of wil afnemen), gelden er speciale procedures voor het kiezen van deze opdrachtnemers. Het aanbestedingsrecht is het recht dat van toepassing is op het plaatsen van overheidsopdrachten. Er worden dan meerdere ondernemingen in de gelegenheid gesteld om aanbiedingen in te dienen ten behoeve van een opdracht.[[27]](#footnote-27) Boven een bepaald bedrag, de drempelwaarde, is de overheid verplicht om de opdrachten Europees aan te besteden. Het doel van Europees aanbesteden is het openstellen van de markt voor alle bedrijven in de EU. Hierbij mag de nationale overheid ondernemingen uit eigen land niet bevoordelen bij het gunnen van een opdracht. Iedereen moet een eerlijke kans krijgen.

De definities van overheidsopdrachten zoals genoemd in de Aanbestedingswet 2012 zijn nagenoeg identiek en bovendien geënt op de definities van de Europese regelgeving. De definitie van overheidsopdrachten in algemene zin is geregeld in art. 1 lid 2 onder a van de Richtlijn 2004/18/EG (richtlijn betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten) en luidt als volgt:

‘*Overheidsopdrachten zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn’*

Bij de definitie van een opdracht uit het BW is volgens art. 7:400 kenmerkend dat de ene partij bepaalde verplichtingen aan de andere partij opdraagt. De opdrachtnemer is verplicht om de overeengekomen afspraken na te leven.

De definities in de Richtlijn en Aanbestedingswet 2012 dienen door de rechters op een ruime en functionele wijze te worden uitgelegd, zodat het nuttig effect van de Richtlijn niet in gevaar wordt gebracht.[[28]](#footnote-28) De juridische kwalificaties naar nationaal recht is niet relevant bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een overheidsopdracht.[[29]](#footnote-29) Tevens is het begrip overheidsopdracht materieel van aard. Indien een overeenkomst of een handeling valt onder de boven genoemde definitie(s), is dit een overheidsopdracht. Hierbij maakt het niet uit hoe de partijen de relatie noemen.[[30]](#footnote-30)

## 3.2 Kenmerken

Bovenstaande definitie van overheidsopdracht kan gesplitst worden in verschillende kenmerken, namelijk:

* schriftelijke overeenkomst;
* onder bezwarende titel;
* tussen aanbestedende dienst en ondernemer;
* die betrekking heeft op werken, leveringen of diensten.

### 3.2.1 Schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel

Om te voldoen aan de definitie van een overheidsopdracht, moet er sprake zijn van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. Schriftelijk zijn ook overeenkomsten via elektronische wegen (bijv. e-mail). Een overeenkomst hoeft niet naar nationaal recht te zijn. Ook andersoortige betrekkingen kunnen als overeenkomst in de zin van de Richtlijn worden gekwalificeerd. Bezwarende titel houdt in dat door de aanbestedende dienst een tegenprestatie in geld, of althans op geld waardeerbaar dient te worden geleverd.[[31]](#footnote-31)

Overheidsopdrachten zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel. In de jurisprudentie is toegelicht dat een overeenkomst onder bezwarende titel inhoudt dat de aanbestedende dienst een tegenprestatie ontvangt. Een dergelijke prestatie moet wegens de aard ervan, de systematiek en de doelstellingen van de richtlijn voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden. Dit is zeker het geval:

* wanneer vaststaat dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van het werk;
* wanneer de aanbestedende dienst kan beschikken over het werk;
* wanneer de aanbestedende dienst economische voordelen kan halen uit;
	+ het toekomstig gebruik van het werk;
	+ de toekomstige overdracht;
* wanneer de aanbestedende dienst financieel heeft deelgenomen / bijgedragen aan de verwezenlijking van het werk;
* indien de aanbestedende dienst risico’s loopt bij economische mislukking van het werk. Deze risico’s moeten een rechtstreeks verband hebben met het al of niet tot realisatie komen van werken.[[32]](#footnote-32)

Tevens verbindt de aannemer zich om de betrokken werken uit te voeren of te laten uitvoeren. Het is dus vereist dat de aannemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de werken en dat de uitvoering van deze verbintenis in rechte kan worden afgedwongen op de naar nationaal recht bepaalde wijze. Het is niet relevant of de opdrachten door een aanbestedende dienst in het kader van het algemeen belang dan wel in het kader van commerciële activiteiten worden verricht. Het enkel voldoen aan de definitie is voldoende. Daarbij is de juridische kwalificatie van een overeenkomst naar nationaal recht niet relevant om te beoordelen of een overeenkomst onder de werkingssfeer van de richtlijn valt.

Wil er sprake zijn van een overheidsopdracht, dan moet in ieder geval voldaan zijn aan een van deze voorwaarden:

* er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid mee gemoeid;
* er wordt een bouwplicht opgelegd;
* er worden eisen gesteld die verder gaan dan de mogelijkheden via het publiekrechtelijk kader.

Indien er sprake is van de uitoefening van regulerende publiekrechtelijke bevoegdheden, is er geen sprake van een rechtstreeks economisch belang. De aanwezigheid van een bezwarende titel veronderstelt dat de realisatie van het werk door de overheid afdwingbaar is. Tevens is er sprake van ‘door de aanbestedende dienst vastgelegde eisen’ als de gemeente een beslissende invloed heeft uitgeoefend op het ontwerp.[[33]](#footnote-33)

### 3.2.2 Aanbestedende dienst en ondernemer

Om te bepalen of een overheidsopdracht dient te worden aanbesteed, is het van belang om te weten of de aanbesteder aangemerkt kan worden als aanbestedende dienst in de zin van art. 1 lid 9 van de Richtlijn 2004/18/EG en art. 1.1 van de Aanbestedingswet 2012. Als aanbestedende dienst worden beschouwd: de staat, de territoriale lichamen van de staat, de publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door de staat. De gemeente is een territoriaal lichaam van de staat en is dus een aanbestedende dienst.

### 3.2.3 Werken, leveringen en diensten

Er bestaan drie categorieën overheidsopdrachten, namelijk werken, leveringen en diensten. Vastgelegd moet worden of de schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten. Bij overheidsopdrachten voor werken speelt of de aanbestedende dienst eisen aan het bouwwerk stelt een rol. Dit zijn dan eisen die verder gaan dan de publiekrechtelijke eisen die een gemeente gewoonlijk pleegt te stellen. Er kan ook sprake zijn van een gemengde aanbesteding (een opdracht valt onder meerdere regimes). Dan komen in één aanbestedingsprocedure meerdere categorieën opdrachten voor. Er wordt dan, op basis van de bovenstaande definities (art. 2.38 en 2.39 van de Aanbestedingswet 2012), bezien welke categorie de hoogste waarde vertegenwoordigt en dan worden de regels van die categorie gevolgd. Het moet bovendien wel gaan om één opdracht: ze moeten onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.[[34]](#footnote-34) In art. 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 en artikel 1 van de richtlijn 2004/18/EG staan de definities van deze begrippen en deze zijn ook opgenomen in bijlage 1. Onder werken vallen alle bouwkundige en civieltechnische werken. Enkele voorbeelden: slopen van gebouwen, wegenbouw en elektrische installatie. Onder leveringen vallen de aankoop, leasing, huur enz. van producten. Onder diensten vallen telecommunicatie, boekhouders en vervoer per spoor. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen 2A en 2B diensten. Dit is nader beschreven in de volgende paragraaf

## 3.3 2A en 2B diensten

Alle opdrachten die geen betrekking hebben op werken of leveringen zijn opdrachten voor diensten. Voor overheidsopdrachten voor diensten kent de Aanbestedingswet een tweetal regimes. Er kan namelijk sprake zijn van een 2A of een 2B dienst. Bij 2A diensten moet tijdens de aanbesteding de volledige procedure worden opgevolgd. Bij 2B diensten hoeft slechts een klein deel van de aanbestedingsprocedure worden opgevolgd, namelijk dat er geen discriminatoire bepalingen mogen worden opgenomen. Tevens moeten de algemene beginselen (openbaarheid, non-discriminatie en transparantie) in acht worden genomen. In bijlage 4 is een overzicht weergegeven wat de verschillen tussen 2A en 2B diensten zijn.

In de artikelen 2.38 en 2.39 van de Aanbestedingswet 2012 staat dat de aanbestedende dienst voor een overheidsopdracht die is opgenomen in bijlage II-B van richtlijn nr. 2004/18/EG de procedure voor B-diensten kan worden toegepast. Dit is onder andere onderwijs, gezondheidszorg, maatschappelijke dienstverlening, cultuur, sport en recreatie. Voor deze diensten hoeft dus niet de volledige procedure worden gevolgd. Er is dan sprake van een ‘escape’, tenzij er een grensoverschrijdend belang is. De gemeente moet bij een procedure motiveren op basis van objectieve criteria waarom ze voor de desbetreffende organisatie hebben gekozen.[[35]](#footnote-35) Uit een beoordeling van de specifieke omstandigheden van het concreet geval moet blijken dat de opdracht een zeer geringe economische betekenis heeft en mogelijk niet tot interesse in een andere lidstaat kan leiden. De gemeente kan dit dus niet enkel baseren op het feit dat de waarde van de opdracht onder een bepaalde drempel ligt. Ook voor opdrachten onder de drempel kan namelijk een aanbestedingsplicht gelden. Overheid (gemeente) moet zich afvragen of er mogelijk belangstelling bij buitenlandse marktpartijen bestaat. Hier zal eerder sprake van zijn naarmate de locatie van de uitvoering dichter bij de landgrenzen ligt en het bedrag hoger is.[[36]](#footnote-36) Indien er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, is de overheid verplicht om een passende mate van openbaarheid te betrachten.[[37]](#footnote-37) Afhankelijk van: de geraamde waarde van de opdracht, de technische aard ervan en de plaats van de uitvoering kan hier sprake van zijn.[[38]](#footnote-38)

In bijlage II A van richtlijn 2004/18/EG staan de 2A-diensten. Enkele voorbeelden: onderhoud, vervoer te land, reiniging van gebouwen en straatreiniging. De volledige opsomming is terug te vinden in deze bijlage. De gemeente mag op grond van art. 2.38 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 bij een gemengde dienst (zowel 2A als 2B) kiezen voor 2B-diensten. Voorwaarde hiervoor is wel dat de waarde van de 2B-diensten gelijk of hoger is dan die van de 2A-diensten.

## 3.4 Europese regelgeving

De gemeente dient zich ook te houden aan de Europese wet- en regelgeving. De EU bepaalt inmiddels een groot gedeelte van de Nederlandse regelgeving. Daarom moet de gemeente ‘Europaproof’ zijn. Dit betekent dat de gemeenten moeten voldoen aan de Europese wet- en regelgeving en dat zij de kansen die Europa biedt (zoals subsidies) optimaal weten te benutten. De Europese regelgeving prevaleert boven nationale regelgeving (zoals de Aanbestedingswet).

Rechtstreekse werking is een basisbeginsel van het Europees recht. Belanghebbenden kunnen zich beroepen voor de nationale en Europese rechterlijke instanties op de rechten uit de Europese regelgeving. In art. 288 van het VWEU is bepaald dat de richtlijnen verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij is bestemd. De EU wil met deze richtlijnen bereiken dat iedereen gelijke concurrentiekansen binnen Europa heeft. De overheid moet deze richtlijn omzetten in nationaal recht. Op deze manier hebben de Europese richtlijnen rechtstreekse werking. Een Europese richtlijn is een wetgevend instrument van de Europese Unie en is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor de lidstaat. De belangrijkste richtlijn voor de gemeente op het gebied van aanbesteden is de EG-richtlijn overheden (Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten).

## 3.5 Beginselen van aanbestedingsrecht

Bij het plaatsen van opdrachten liggen de bepalingen van het VWEU inzake het vrije verkeer van goederen en diensten en het recht van vestiging en de daarvan afgeleide algemene beginselen ten grondslag.[[39]](#footnote-39) In de artikelen 1.4 jo. 1.8 jo. 1.9 van de Aanbestedingswet 2012 zijn de beginselen van het aanbestedingsrecht vastgelegd. Deze beginselen dienen door de overheid in elke fase van de aanbestedingsprocedure te worden nageleefd. Deze zijn afgeleid van het recht op het vrije verkeer van goederen en diensten en houden in:

* Non-discriminatiebeginsel: de aanbestedende dienst mag niet discrimineren op basis van herkomst uit een land. Iedere ondernemer binnen de EU dient gelijk en niet discriminerend te worden behandeld.
* Gelijkheidsbeginsel: dit beginsel waarborgt dat deelnemers niet bevoordeeld of benadeeld mogen worden ten opzichte van elkaar of van derden.[[40]](#footnote-40)
* Transparantiebeginsel: alle relevante eisen en criteria moeten voorafgaand aan de inschrijving aan de deelnemers worden bekendgemaakt.
* Proportionaliteit: de keuzes die een aanbestedende dienst maakt en de eisen en voorwaarden die zij stelt bij een aanbesteding moeten in redelijke verhouding staan tot de aard, omvang en complexiteit van de aan te besteden opdracht. [[41]](#footnote-41)
* Objectiviteitsbeginsel: de gemeente dient de ingediende inschrijvingen objectief te behandelen. Zij moet zich onpartijdig opstellen en eerlijk zijn. De keuze voor een ondernemer moet op basis van objectieve criteria zijn.

Voor opdrachten met een waarde onder het drempelbedrag zijn deze beginselen van toepassing in geval van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Voor opdrachten van 2B-diensten is de toepassing van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door het HvJ EU vastgelegd. De Europese Commissie zal moeten aantonen dat de betrokken opdracht duidelijk belang had voor een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst en dat die onderneming haar interesse voor de opdracht niet had kunnen uiten, omdat zij vóór de gunning ervan geen toegang had tot de bruikbare informatie.[[42]](#footnote-42) De algemene beginselen hebben een zelfstandige betekenis, omdat ze zijn afgeleid uit de beginselen van het VWEU.[[43]](#footnote-43) Tevens gelden zij voor alle instellingen die onder gezag of toezicht van de overheid staan. Deze beginselen kunnen direct worden ingeroepen tegen een aanbestedende dienst. Ze hebben dezelfde werking als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voorwaarde is wel dat er bij de betreffende opdrachten een daadwerkelijke invloed kan zijn op het handelsverkeer tussen de lidstaten van de EU of dat er sprake is van een daadwerkelijk grensoverschrijdend belang.[[44]](#footnote-44)

## 3.6 Drempelwaarden

Zoals hiervoor is aangegeven, is Europees aanbesteden verplicht boven de drempel-waarden. De drempelwaarden variëren en zijn afhankelijk van de opdracht en de aanbestedende dienst. Bekeken moet worden of de opdracht een levering, een dienst of een werk betreft en welk overheidsorgaan de opdracht aanbesteedt (rijksoverheid, gemeente, provincie). De drempelwaarden zijn vastgelegd in art. 7 van de richtlijn 2004/18/EG. Drempelwaarden voor speciale sectoren zijn vastgelegd in richtlijn 2004/17/EG (houdende coördinatie van procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten). De Europese Commissie stelt elke twee jaar nieuwe drempelwaarden vast. Voor 2013 is dit vastgelegd in de verordening nr. 1251/2011 van de Commissie. Hieronder is een overzicht gemaakt van de drempelwaarden. Dit zijn bedragen in euro’s exclusief btw.

|  |
| --- |
| **Drempelwaarden overheidsopdrachten 2013** |
| *Richtlijn 2004/18/EG* |
| Werken  | 5.000.000 |
| Leveringen | 200.000\* |
| Diensten | 200.000\* |

\* Voor de centrale overheid is dit bedrag 130.000

Nederlandse regelgeving is strenger dan de richtlijnen en daarom zijn er specifieke drempelwaarden in de Aanbestedingswet 2012 vastgelegd boven welke bedrag er in elk geval meerdere aanbieders moeten worden uitgenodigd in het kader van een meervoudige onderhandse procedures of nationale openbare aanbestedingen. Bij een onderhandse procedure wordt één (enkelvoudig onderhands) of meerdere (meervoudig onderhands) partijen uitgenodigd om te offreren op een vraag of opdracht van de gemeente. Bij een openbare aanbesteding wordt algemeen bekend gemaakt dat een ieder inschrijving kan doen. Dit kan ook met een voorafgaande selectie. Dan wordt op basis van vooraf bekend gemaakte criteria een selectie gemaakt en de geselecteerden worden uitgenodigd om een inschrijving te doen. Er zijn twee figuren ontwikkeld voor de drempelwaarde, namelijk één voor levering en diensten en één voor werken. Deze figuren zijn opgenomen in bijlage 7.

De aanbestedende dienst is niet verplicht om Europees aan te besteden, indien de waarde van de opdracht onder de drempelbedragen blijft. Ook bij een niet-Europese aanbesteding zijn de beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing, onder andere het gelijkheids-beginsel en het transparantiebeginsel. Het is verboden om de opdrachten te splitsen zodat je onder de Europese drempelwaarde blijft. Wel mogen opdrachten onderverdeeld worden in percelen. Hierdoor kunnen verschillende bedrijven in aanmerking komen voor het verwerven van opdrachten. In een dergelijk geval worden de waarde van de afzonderlijke percelen bij elkaar opgeteld, omdat de waarde van de gehele opdracht van belang is.

Er kunnen zich dus drie soorten situaties voordoen:

* boven drempel 🡪 Europees aanbestedingsrecht en aanbestedingswet;
* onder drempel of 2B-dienst en grensoverschrijdend belang 🡪 aanbestedingswet en nationale aanbesteding;
* onder drempel of 2B-dienst en geen grensoverschrijdend belang 🡪 eigen inkoopbeleid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

## 3.7 Uitzonderingen

De richtlijnen en de Aanbestedingswet 2012 sluiten een aantal categorieën opdrachten van het eigen toepassingsbereik uit, ongeacht de waarde van die opdrachten. In de artikelen 2.23 en 2.24 van de Aanbestedingswet 2012 staan de gevallen waarop de aanbestedings- regelgeving niet van toepassing is. Deze zijn opgesomd in bijlage 1.

Indien de gemeente met een organisatie overeenkomsten sluit voor opdrachten die voor meer dan 50% door de gemeente worden gesubsidieerd, wordt deze organisatie zelf aangemerkt als een aanbestedende dienst. Dit heet de doorlegplicht. Deze scriptie heeft geen betrekking op de doorlegplicht. Daarom wordt dit onderwerp verder niet behandeld.[[45]](#footnote-45)

## 3.8 Het inkoopbeleid

Het inkoopbeleid van de gemeente ’s-Hertogenbosch is een nadere uitwerking van de Aanbestedingswet en bevat ambitieniveaus op het gebied van duurzaamheid, social return, samenwerking etc. De regels omtrent het aanbesteden zijn nationaal vastgelegd, maar op bepaalde onderdelen heeft de gemeente vrijheid bijv. bij de organisatiedoelstellingen. De doelstellingen zijn te vinden in bijlage 8. Het inkoopbeleid vormt de kaders, waarbinnen de gemeente diensten, leveringen en werken in de markt zet en de contracten die daaruit voortvloeien beheert. Hierbij houdt de gemeente rekening met de grenzen van de Europese Unie, namelijk dat opdrachten op een transparante en objectieve manier in de markt worden gezet. Tevens moet de gemeente integer handelen. Er zijn bepaalde drempelwaarden opgesteld, waarbij volgens de Europese regelgeving op basis van een voorgeschreven regime moet worden aanbesteed.

### 3.8.1 Procedure

De gemeente ‘s-Hertogenbosch maakt bij het opstellen van overeenkomsten gebruik van contractmanagement. Contractmanagement is het proces waarbij, op basis van verkregen input, getekende contracten en wijzigingen hierop eenduidig worden vastgelegd, beheerd en bewaakt.[[46]](#footnote-46) Contractmanagement bestaat uit contractvorming en contractbewaking. Bij de contractvorming worden de afspraken tussen de gemeente en de ondernemer vastgelegd. Afbeelding 3 geeft het 8-vormig stappenplan weer. Hierin staan de stappen die de gemeente neemt bij contractmanagement. De gemeente gunt op basis van economisch meest voordelige inschrijving. Als voor de laagste prijs wordt gekozen, moet deze keuze op voorhand duidelijk worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken. Het criterium ‘de economische meest voordelige inschrijving’ is gericht op de beste prijs-kwaliteit verhouding. Het criterium ‘laagste prijs’ is gericht op gunning op laagst geoffreerde prijs. De procedure wordt grotendeels bepaald door de waarde van de opdracht. De gemeente berekent deze waarde op een objectieve en transparante manier. Deze waarden zijn in paragraaf 3.6 uitvoerig besproken. Het afwijken van de voorschriften moet inhoudelijk gemotiveerd worden op sociale, politieke, economische en juridische gronden.

### 3.8.2 Subsidie of opdracht?

De gemeente ’s-Hertogenbosch heeft onder andere in de sociale en de maatschappelijke dienstverlening en op het gebied van cultuur te maken met gesubsidieerde opdrachten of opdrachtnemers. Het is soms verwarrend of er sprake is van een subsidie of van een opdracht. Om toch een keuze te maken, is er een checklist opgesteld die een handreiking biedt bij de bepaling of financiële verstrekkingen als opdracht of subsidie moeten worden beschouwd (zie afbeelding 4). Indien aan twee of meer voorwaarden uit de linker kolom wordt voldaan, is er sprake van een opdracht en moet deze worden ingekocht conform de aanbestedingsregelgeving. Indien aan alle vijf voorwaarden uit de rechter kolom wordt voldaan, is er sprake van een subsidie. Indien er sprake is van een combinatie tussen beide kolommen en de gemeente wil gebruik maken van een subsidie, dan moet in de subsidiebeschikking uitgesloten worden dat de verstrekking als opdracht kan worden aangemerkt. Dit schema biedt echter onvoldoende juridische handvatten om de keuze voor subsidie of opdracht te motiveren.

### 3.8.3 Categorieën

De gemeente ’s-Hertogenbosch maakt gebruik van inkoopcategorieën waarbinnen de inkoopbehoefte valt. Deze categorie wordt geregistreerd bij de zaak. Er wordt ook per categorie vermeld onder welke inkooppakket, definitie en soort inkoop (levering, werken, 2A of 2B diensten) deze valt. Voorbeelden: flexibele arbeid, advies en sociaal domein.

## 3.9 Conclusie

De definitie van overheidsopdracht moet op een ruime en functionele wijze worden uitgelegd. Overheidsopdracht is tevens een materieel begrip. Het gaat niet om hoe partijen hun relatie benoemen. Aan de hand van de inhoud van de overeenkomst moet worden beoordeeld of er sprake is van een overheidsopdracht. Er is sprake van een overheidsopdracht, indien er een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen aanbestedende dienst en ondernemer is, die betrekking heeft op werken, leveringen of diensten. De gemeente moet bij het aanbesteden van opdrachten de beginselen non discriminatie, gelijkheid, transparantie, proportionaliteit en objectiviteit in acht nemen. Europese regelgeving heeft rechtstreekse werking en zo ook de aanbestedingsrichtlijnen. Boven de vastgelegde drempelwaarde moet een opdracht Europees worden aanbesteed. Het inkoopbeleid van de gemeente ’s-Hertogenbosch is een nadere uitwerking van de Aanbestedingswet en bevat ambitieniveaus op het gebied van duurzaamheid, social return, samenwerking etc. Hierin is een checklist opgesteld voor de bepaling of er sprake is van een subsidie of een opdracht. Toch is niet in alle gevallen duidelijk of er sprake is van een subsidie of een opdracht. In het volgende hoofdstuk komen de elementen aan de orde die deze onduidelijkheid verminderen.

# Hoofdstuk 4 Elementen voor het grijze gebied tussen subsidie en opdracht

In dit hoofdstuk worden de elementen uit de jurisprudentie, de (Europese) regelgeving, de literatuur en het beleid van andere gemeenten, die van belang zijn voor de bepaling van de grenslijn tussen opdracht en subsidie, beschreven. Na de inleiding in paragraaf 4.1 komt in paragraaf 4.2 het element derden aan de orde. Daarna worden achtereenvolgens in paragraaf 4.3 het element commerciële transactie, in paragraaf 4.4 het element initiatief, in paragraaf 4.5 het element nakomingsplicht, in paragraaf 4.6 het belang en in paragraaf 4.7 de integrale benadering behandeld.

## 4.1 Inleiding

In bijlage 9 is een schema opgenomen, dat een duidelijk overzicht geeft van de verschillen tussen subsidie en opdracht. Bij sommigen van deze is er een grijze gebied. Dit is gemarkeerd als grijs. De vraag of het overheidsorgaan vrij is om te kiezen wat zij wil, moet beantwoord worden aan de hand van de toepassing van de tweewegenleer. De overheid heeft geen keuzevrijheid, indien geoordeeld zou moeten worden dat het gebruik van het privaatrecht de publiekrechtelijke regeling in de subsidietitel op onaanvaardbare wijze zou doorkruisen.[[47]](#footnote-47) De gemeente moet eerst beoordelen of de wet toestaat dat de overheid de privaatrechtelijke weg mag volgen. Is dit het geval, dan is het toegestaan om het privaatrecht te gebruiken. Indien dit niet zo is, dan moet er getoetst worden aan de volgende criteria: ‘Doorkruist het gebruik van het privaatrecht de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze?’. De wet staat het toe dat de gemeente overeenkomsten mag sluiten op grond van de Aanbestedingswet en dit is ook niet in strijd met de publiekrechtelijke regelingen.

In een zaak bij de ABRvS had de provincie Flevoland overeenkomsten gesloten met verschillende partijen. De subsidiebeschikking werd vervangen door een privaatrechtelijke overeenkomst. Volgens de ABRvS is het niet toegestaan om van dwingend Awb-recht (subsidietitel) af te wijken. Indien een privaatrechtelijke overeenkomst wordt gesloten daar waar gekozen had behoren te worden voor een subsidiebeschikking, is er een doorkruising van het systeem van de Awb.[[48]](#footnote-48)

Gesubsidieerde bedragen moeten worden aanbesteed op het moment dat een subsidie kan worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht. Dan is de richtlijn (2004/18/EG) en de nationale Aanbestedingswet van toepassing en dient de opdracht (Europees) aanbesteed te worden. Het onderscheid tussen subsidie en opdracht is om verschillende redenen van belang. Hierop wordt in hoofdstuk vijf verder ingegaan. Zowel subsidie als opdracht zijn materiele begrippen, wat betekent dat wanneer aan alle elementen van de wettelijke definitie is voldaan, een financiële verstrekking onder het betreffende rechtsregime valt.[[49]](#footnote-49) De aard van de rechtsverhouding moet aan de hand van de omstandigheden van de concrete casus worden vastgelegd. De ingewikkelde keuze voor subsidie of voor opdracht ligt namelijk niet bij een zuivere subsidie of een zuivere opdracht, maar bij het grijze gebied tussen deze begrippen. Het is dan onduidelijk of een geldverstrekking is aan te merken als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten of als een subsidie.

Het HvJ EU in Luxemburg spreekt recht over het Europees recht. Daarbij controleert het Hof het handelen van de instellingen en de lidstaten op de verenigbaarheid met het Europees recht. De uitspraken van het Hof zijn belangrijk, omdat hierin verduidelijkt wordt hoe bepaalde Europese regels of besluiten uitgelegd moeten worden.[[50]](#footnote-50) In het Scala-arrest is bepaald dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst onder het publiekrecht valt, zich niet verzet tegen het bestaan van het contractueel element.[[51]](#footnote-51) Het gaat dus niet om de vorm (publiek- of privaatrechtelijk), maar om de inhoud van de overeenkomst. Daar waar gesproken wordt over de memorie van toelichting, wordt de MvT bedoeld van de Algemene wet bestuursrecht (subsidietitel). In dit hoofdstuk wordt vanuit de rechtsbronnen een aantal handvatten aangereikt om een casus te toetsen op het zijn van een subsidie of een overheidsopdracht.

## 4.2 Derden

Volgens de memorie van toelichting speelt bij de overweging ‘subsidie of opdracht’ een rol wanneer één of meer commerciële transacties (vraag en aanbod) tussen de ontvanger en derden kunnen worden aangewezen, die (mede) uit de subsidie worden bekostigd. Een voorbeeld is dat de subsidieontvanger een prestatie voor een derde verricht, die uit de subsidie wordt bekostigd. Er wordt namelijk aan derden goederen en diensten geleverd in plaats van aan het bestuursorgaan.[[52]](#footnote-52)

### 4.2.1 Jurisprudentie

In een zaak bij de ABRvS krijgen rechtsbijstandverleners een vergoeding, indien zij een cliënt juridische bijstand verlenen. Deze vergoeding wordt vastgelegd door de Raad voor de Rechtsbijstand. De ABRvS heeft in deze uitspraak bepaald dat het toekennen van een vergoeding voor de verlening van rechtsbijstand subsidie is. De dienst die de rechtsbijstandverlener verleent, komt ten goede aan een derde, namelijk de cliënt en niet ten goede van het bestuursorgaan (de Raad voor de Rechtsbijstand).[[53]](#footnote-53) Essentieel is dat de dienstverlening in principe verliesgevend is. Er is geen concurrentiestelling: je accepteert de (vaste) vergoeding of je krijgt geen opdracht.

### 4.2.2 Overige bronnen

In het ‘Visie 8’ document van PIANOo Expertisecentrum Aanbesteden is de conclusie getrokken dat indien er geen derden betrokken zijn, dit een aanwijzing kan vormen dat het gaat om een directe opdrachtgever-opdrachtnemer relatie. In de praktijk zie je daarentegen bij opdrachtrelaties ook wel dat de opdrachtnemer de door hem ontvangen tegenprestatie gebruikt ter bekostiging van bijv. in te schakelen derden.[[54]](#footnote-54)

Een andere kijk op derden heeft het Transitiebureau ‘Begeleiding in de Wmo’ in de ‘Factsheet subsidie en aanbesteding’. Deze sheet is in samenwerking van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de VNG opgesteld. Wanneer de instelling ook activiteiten voor anderen dan de gemeente verricht, is er sprake van een (potentiële) markt en volgens hen is er dan sprake van een opdracht. Hier is de Stedelijke werkgroep aanbesteden in welzijnswerk het mee eens in hun ‘korte uiteenzetting over subsidie en/of overeenkomst’. Volgens hen is er sprake van een concurrentiestelling, indien de subsidieontvanger ook voor derden activiteiten verricht. Zij vinden echter dat het type activiteit bepalend is. Indien er marktgerichte activiteiten worden verricht, is dat een aanwijzing dat er sprake is van een opdracht. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat in die situatie de marktprijs wordt betaald en niet slechts de kostprijs. Deze redenering wordt ook gevolgd door Stade Advies BV in hun document ‘feiten en meningen over aanbesteden’. Zij zijn van mening dat waar diensten en/of voorzieningen op een potentiële markt te verkrijgen zijn, er ook moet worden ingekocht. Indien er meerdere instellingen zijn, die elk aan meerdere opdrachtgevers leveren, dient de gemeente te kiezen voor een opdracht.[[55]](#footnote-55)

Volgens de provincie Noord-Holland in het document ‘Het leertje van de Kraan’ is het bovendien aan te bevelen om te toetsen of de activiteit die de subsidieontvanger gaat ondernemen ook tegen betaling op de markt wordt aangeboden. Waar sprake is van een markt, zou tevens getoetst kunnen worden of andere aanbestedende diensten de gesubsidieerde activiteiten commercieel inkopen.[[56]](#footnote-56)

De provincie Noord-Brabant toetst of er sprake is van een subsidie of een opdracht aan de hand van een document waarin het belang van de elementen wordt vermeld. Hierin vindt de provincie ‘derden’ een belangrijk element. Indien de ontvanger van de financiële verstrekking gelijksoortige activiteiten ook voor derden verricht in de samenleving, is er sprake van een opdracht. Indien dit niet wordt gedaan, is er sprake van een subsidie.[[57]](#footnote-57)

### 4.2.3 Tussenconclusie

Volgens de MvT is de betrokkenheid van derden een belangrijke aanwijzing dat er sprake is van een subsidie. Er is weinig jurisprudentie hierover. Op grond van andere bronnen kan er geconcludeerd worden dat indien degene die subsidie krijgt ook dezelfde activiteiten voor anderen verricht, er sprake is van een potentiële en concurrerende markt en op basis hiervan sprake is van een opdracht.

## 4.3 Commerciële transactie

In de memorie van toelichting is bepaald dat bij een commerciële transactie de betaling veelal betrekking zal hebben op de kosten van de activiteit plus een zekere winstmarge, terwijl in het geval van een subsidie ten hoogste de kosten met een kleine winstmarge worden vergoed.[[58]](#footnote-58) Betaling moet dus gezien worden als het leveren van een tegenprestatie die is afgestemd op de waarde van de diensten of goederen in het economische verkeer.[[59]](#footnote-59)

### 4.3.1 Jurisprudentie

**Hoogte van de financiële verstrekking**

Altmark Trans heeft vergunningen en subsidies voor personenvervoer met bussen gekregen. Deze worden verlengd en de aanvragen van een concurrerende onderneming wordt afgewezen. De concurrent is het hier niet mee eens en gaat naar de rechter. Het HvJ EU maakt in dit arrest duidelijk dat de compensatie (ofwel het bedrag dat de overheid betaalt) niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst. Zodra de compensatie hoger is, gaat het om verboden staatssteun.[[60]](#footnote-60) In deze scriptie wordt staatssteun buiten beschouwing gelaten, echter in dit verband is het belangrijk te vermelden dat staatssteun betrekking heeft op het “overeind houden” van een onderneming met overheidsgelden. Het blijkt wel dat het Hof alleen een redelijke compensatie accepteert.

Deze redenering geldt ook andersom, namelijk indien het bedrag onder de kosten ligt. De gemeente betaalt namelijk in een andere casus bij de ABRvS een bedrag per kinderopvangplaats. De gemeente vult de ouderlijke bijdragen en andere inkomsten aan tot een ‘redelijk’ kostprijsniveau. Er is dan geen sprake van een dekking van de gehele kosten. De ABRvS bepaalt dat indien het overheidsorgaan slechts een deel van de kosten voor zijn rekening neemt, dit een aanwijzing vormt voor de vaststelling dat het om een subsidie gaat. Er is sprake van een subsidie, waarbij doorslaggevend is dat de bedragen niet strekken tot vergoeding van de werkelijke kosten (slechts een tegemoetkoming in de kosten).[[61]](#footnote-61)

Daarna is in een ander uitspraak van het CBB dit nogmaals bevestigd. De betaling betreft een subsidie, omdat zij niet kon worden aangemerkt als een betaling voor aan de Gedeputeerde Staten geleverde diensten. De subsidie was verliesgevend en onder de kostprijs. De omstandigheid dat de betaling slechts een deel van de kosten dekte en daardoor niet als reële economische tegenprestatie kon worden gezien, was van belang om te bepalen dat er sprake was van subsidie.[[62]](#footnote-62)

Dit wordt nogmaals bevestigd door de uitspraak van het CBB inzake het Programma Samenwerking Oost-Europa. Organisaties kunnen een aanspraak op financiële middelen maken ter bevordering van investeringsactiviteiten van Nederlandse bedrijven in projecten in Oost-Europa. Het CBB verklaart dat, indien niet de werkelijke kosten (met winstmarge) maar slechts de helft van de kosten worden gefinancierd, dit een aanwijzing is dat er sprake is van een subsidie. Hierover zegt het CBB: “*Dat niet de werkelijke kosten van het project, maar slechts de helft van de daaraan verbonden kosten worden gefinancierd, is een aanwijzing dat er sprake is van een subsidie. Er zou sprake moeten zijn van een zekere winstmarge”*.[[63]](#footnote-63)

Echter de ABRvS oordeelt anderzijds inzake het bedrijvencentrum startende ondernemers in Zwolle. De gemeente Zwolle wil een bedrijvencentrum tot stand laten komen om kleine (startende) bedrijven te stimuleren. Hiervoor verkoopt de gemeente haar grond en verleent een subsidiebedrag. De ABRvS acht het van belang dat de betaling is bedoeld als stimulering van bepaalde activiteiten. De overheid mag dus meer betalen dan de marktprijs, indien dit is bedoeld ter stimulering.[[64]](#footnote-64)

Ook al is er sprake van een lagere vergoeding, dan toch kan er sprake zijn van een opdracht. De gemeente heeft ter herontwikkeling van een plaats tot een gezondheids-centrum en woningen een financiële bijdrage verstrekt aan de tegenpartij. Deze vergoeding is lager dan de opbrengst. Slechts de interne kosten worden gedekt. Volgens de rechtbank ’s-Gravenhage is het voldoende dat de tegenpartij voor de uitvoering van de bedoelde werken een tegenprestatie krijgt. Ook al kregen ze een lage vergoeding van de gemeente, de tegenpartij verwerft hiernaast inkomsten van derden. Hierdoor was de rechter van mening dat het project werd gerealiseerd met de bedoeling om er commerciële en dienstverlenende activiteiten in onder te brengen. Daardoor was er sprake van een opdracht in plaats van een subsidie.[[65]](#footnote-65) Tegen dit arrest is hoger beroep ingesteld. Daarbij is het gerechtshof van oordeel dat de gemeente de beginselen van transparantie en zorgvuldige voorbereiding (algemene beginselen van behoorlijk bestuur) heeft geschonden. Of er wel of geen sprake is van een opdracht en een aanbestedingsplicht, is niet van belang voor deze beginselen.[[66]](#footnote-66)

In een andere uitspraak is er subsidie betaald ter compensatie van de huurprijzen van een sporthal. Dit was volgens de rechtbank Haarlem ‘gewone’ subsidie en hier hoeft geen btw over worden betaald. Dit baseerde de rechtbank op het feit dat de in rekening gebrachte huurprijzen overeenkomen met de in de regio gangbare prijs. De afnemers van de prestatie (de huurders van de hal) hebben dan ook geen voordeel kunnen behalen.[[67]](#footnote-67)

**Wijze van de financiële verstrekking**

In het arrest Commissie vs. Italiaanse Republiek zijn de medische transportdiensten gegund zonder aanbesteding. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat het toekennen van een eenvoudige onkostenvergoeding in principe geen bezwarende titel (en dus geen overheidsopdracht) oplevert. In deze casus is er wel sprake van een overheidsopdracht. Ook al worden de arbeid van de personen die de transporten uitvoeren niet vergoed, wel worden vaste sommen betaald voor bijv. het stand-by houden van bepaalde voertuigen. Er is dus snel voldaan aan het vereiste ‘bezwarende titel’.[[68]](#footnote-68)

In een iets eerder arrest (Auroux) bij het HvJ EU wordt er een recreatiepark gerealiseerd (bestaande uit verschillende onderdelen zoals bioscoop). Het HvJ EU overweegt het volgende: "*Ten slotte is het duidelijk dat het om een overeenkomst onder bezwarende titel gaat. Daarmee wordt bedoeld dat de aannemer voor de uitvoering van de door de aanbestedende dienst bedoelde werken een tegenprestatie ontvangt. Volgens de bepalingen van de overeenkomst ontvangt SEDL van de gemeente Roanne als tegenprestatie voor de overdracht van het parkeerterrein een som geld. De gemeente verbindt zich er ook toe een gedeelte van de kosten van alle uit te voeren bouwwerken voor haar rekening te nemen. Tot slot mag SEDL krachtens de overeenkomst als tegenprestatie voor de overdracht van de verwezenlijkte bouwwerken van derden inkomsten verkrijgen*". De economische of technische functie van het product van de verrichte werken moet dus worden beschouwd. In deze casus ging het om commerciële en dienstverlenende activiteiten. Deze moeten volgens het Hof gezien worden als één opdracht, omdat de werken met elkaar samenhangen en een gemeenschappelijk doel dienen. Voor de berekening van de waarde moet de waarde die de opdracht heeft in ogenschouw worden genomen. Hierbij moeten niet alleen de bedragen die de aanbestedende dienst heeft betaald in aanmerking worden genomen, maar ook de inkomsten die van derden verkregen worden. Dus alle onderdelen van het project moeten samen als één opdracht worden gezien. De waarde van het geheel is bepalend voor de vraag of het drempelbedrag uit de richtlijn wordt overschreden.[[69]](#footnote-69) Er moet bedacht worden dat ook niet kostendekkende vergoedingen kunnen worden geacht een economisch voordeel voor de opdrachtnemer met zich te brengen.

De vraag of er sprake is van een rechtstreeks verband tussen de financiële verstrekking en de prestatie, wordt beantwoord in het arrest Office des Produits Wallons (hierna: OPW). OPW is een vereniging zonder winstoogmerk. Zij krijgen voor het verkopen van land- en tuinbouwproducten en voedingsmiddelen subsidie. Volgens het HvJ EU is er sprake van een rechtstreeks verband tussen de subsidie en de prestatie, indien OPW (of een andere ontvanger) van de prestatie voordeel kan halen uit het feit dat er een subsidie is toegekend. Wil er sprake zijn van een rechtstreeks verband dan moet de subsidie volledig of gedeeltelijk een tegenprestatie vormen voor een levering of dienst*.*[[70]](#footnote-70)

In een ander arrest (Scala) van het HvJ EU is er een overeenkomst gesloten voor de bouw van een theater. Volgens de Italiaanse wet moet de gemeente infrastructuurkosten innen. De gemeente Milaan heeft dit niet gedaan. Dit wordt door het Hof gezien als een tegenprestatie in geld, of althans op geld waardeerbaar. Er is weliswaar geen bedrag betaald, maar de gemeente heeft afgezien het bedrag te innen dat normaal gesproken de tegenpartij verschuldigd is uit hoofde van de bijdrage in de exploitatiekosten. Er is sprake van een opdracht. De lidstaat moet volgens het Hof het nuttig effect niet in gevaar brengen door bijzondere nationale situaties. Er moet getoetst worden of de overeenkomst een nuttig effect heeft. De nationale regels spelen daarbij geen rol.[[71]](#footnote-71)

Ook de Nederlandse rechter heeft uitspraken gedaan over dit onderwerp. Een gemeente heeft archeologische werkzaamheden via de monumentenwet opgelegd zonder dit aan te besteden. Volgens het gerechtshof is er geen sprake van een opdracht en dus ook niet van een aanbestedingsplicht. Het enkele feit dat de waarde van de grond door de archeologische opgravingsplicht lager wordt, betekent niet dat er sprake is van een tegenprestatie. Tevens is de motivering van het gerechtshof dat hier sprake is van een eenzijdige rechtshandeling, terwijl bij een overeenkomst sprake is van een meerzijdige rechtshandeling.[[72]](#footnote-72)

Maakt het dan uit wie het bedrag betaalt? De gemeente is van plan een stuk grond te laten ontwikkelen en te realiseren. De vraag is of de opdracht aanbestedingsplichtig is. De gemeente vindt van niet, omdat zij slechts een deel betaalt wat onder de drempelwaarde blijft. Volgens het gerechtshof is het van minder belang of de prijs door de desbetreffende overheidsinstantie rechtstreeks wordt betaald, dan wel door derden door middel van een constructie die uiteindelijk tot exact hetzelfde resultaat leidt.[[73]](#footnote-73)

Een opmerkelijke uitspraak is door de rechtbank Amsterdam gedaan. De gemeente laat een woningbouwlocatie ontwikkelen en realiseren. Hiervoor verkoopt de gemeente de grond voor één euro. Volgens de rechtbank maakt het niet uit of de gemeente nu zelf zorgt voor de aanleg van het openbaar gebied en de kosten vervolgens aan de ontwikkelaar doorberekent, of dat zij voor een veel lager bedrag een stuk grond verkoopt en de ontwikkelaar voor dat prijsverschil de aanleg van het openbaar gebied op zich neemt. In beide gevallen is het uiteindelijk de ontwikkelaar die de kosten draagt, die deze kosten moet terugverdienen uit de opbrengst en die daarbij het risico loopt dat het niet lukt. Op deze manier is er toch sprake van een opdracht, ondanks dat er een symbolische prijs van één euro wordt betaald. Van belang zijn dus de kosten, het terugverdienen van deze kosten en het risico hierbij.[[74]](#footnote-74)

### 4.3.2 Overige bronnen

Wanneer slechts een deel van de kosten wordt gesubsidieerd, is dit volgens Ten Kate en Van den Ende een aanwijzing dat er sprake is van een subsidie.[[75]](#footnote-75)

In het ‘Visie 8’ document van PIANOo is de conclusie getrokken dat wanneer de subsidie-aanvrager de te verrichten activiteiten tegen een kostprijs zal verrichten, er vaak sprake is van een subsidie. Indien er een markt is waarop de winstgerichte ondernemingen de te subsidiëren activiteiten willen uitvoeren, zal er eerder sprake zijn van een opdracht. Wanneer een bestuursorgaan een financieel bedrag verstrekt, hetgeen niet de volledige kosten dekt, kan dat een indicatie zijn dat het gaat om een subsidie. Er is namelijk geen sprake van een ‘gewone’ financiële transactie met de overheid tegen een marktconforme vergoeding.[[76]](#footnote-76)

Volgens het Transitiebureau ‘Begeleiding in de Wmo’ in de ‘Factsheet subsidie en aanbesteding’ is een belangrijk onderscheidend kenmerk wanneer er sprake is van winst. Indien uitsluitend de kostprijs wordt betaald, is er sprake van een subsidie. Bij marktprijzen (winstmarge) gaat het om een opdracht. De stedelijke werkgroep aanbesteden in welzijnswerk geeft in hun ‘korte uiteenzetting over subsidie en/of overeenkomst’ aan dat ze deze redenering volgen.[[77]](#footnote-77)

Drahmann zit met de jurisprudentie op één lijn. Indien namelijk de helft van de kosten wordt gefinancierd, is dit een aanwijzing dat er sprake is van een subsidie.[[78]](#footnote-78)

Volgens de provincie Noord-Holland in het document ‘Het leertje van de Kraan’ zal een kostendekkende vergoeding in ieder geval een bezwarende titel opleveren voor aan de overheid geleverde diensten (en goederen etc.). Zij vinden echter dit op zichzelf geen grond om aan te nemen dat er sprake is van een overheidsopdracht. Er moet sprake zijn van een wederzijdse prestatieplicht. Alleen indien het verlenen van een kostendekkende subsidie gepaard gaat met een verplichting om de gesubsidieerde activiteiten daadwerkelijk uit te voeren, kan er sprake zijn van een overheidsopdracht. Zij zijn ook van oordeel dat je andersom moet redeneren. Het enkele feit dat er geen sprake is van een kostendekkende vergoeding wil niet zeggen dat er geen sprake is van een overheidsopdracht. Het begrip overheidsopdracht moet namelijk ruim worden toegepast om de effectiviteit van de Algemene Richtlijn te optimaliseren. Ook niet-kostendekkende betalingen zijn namelijk door het Hof van Justitie als overeenkomst onder bezwarende titel aangemerkt.[[79]](#footnote-79)

De Europese Commissie geeft aan dat een kostendekkende vergoeding een aanwijzing vormt dat er sprake is van een overheidsopdracht.[[80]](#footnote-80) Op de website PIANOo wordt dit als het belangrijkste criterium ervaren. Als de overheid een marktconforme betaling doet voor een door de leverancier geleverde prestatie, dan is onmiskenbaar sprake van een opdracht.[[81]](#footnote-81)

Ook de provincie Noord-Brabant ervaart dit in hun document als een van de criteria. Wanneer niet de werkelijke kosten, maar slechts een gedeeltelijke forfaitaire bijdrage (dus geen reële economische tegenprestatie) wordt vergoed, dan is dit een indicatie dat het een subsidie betreft en geen opdracht of commerciële transactie. Zij zijn echter wel van oordeel dat dit criterium intussen niet verder helpt. Indien een vergoeding van de integrale kosten plaatsvindt: wat is dan het criterium om uit te maken of het een subsidie of een commerciële transactie betreft? Er is volgens de provincie in ieder geval sprake van een (opdracht voor een) commerciële transactie, indien het een prestatie aan het bestuursorgaan betreft over de prijs waarvan btw is verschuldigd. Indien de financiële verstrekking onder de kostprijs van de activiteiten is, is er sprake van een subsidie. Indien de financiële verstrekking echter boven de kostprijs (winstmarge) is, is er sprake van een overeenkomst.[[82]](#footnote-82)

In de Beleidsregels Algemene Subsidieverordening van de gemeente ’s-Hertogenbosch is bepaald dat het vormen van reserves is toegestaan, bijv. het vrij besteden van het subsidiebedrag. Dit mag echter niet meer zijn dan 10% van het bedrag.

### 4.3.3 Tussenconclusie

Volgens de MvT worden bij subsidieverstrekking ten hoogste de kosten vergoed. Bij een opdracht is er sprake van een commerciële transactie waarbij de kosten van de activiteit plus een zekere winstmarge wordt betaald. Over de hoogte van de financiële verstrekking is de jurisprudentie op één lijn. Het bedrag dat betaald wordt, mag namelijk niet hoger zijn dan nodig om de kosten van de uitvoering te dekken rekening houdend met opbrengsten en een redelijke winst. Indien het gesubsidieerde bedrag lager ligt dan de kosten (bijv. maar de helft), is er sprake van een subsidie, tenzij er sprake is van commerciële en dienstverlenende activiteiten. Daarentegen kan een subsidie ook hoger zijn dan de gemaakte kosten, indien het bedrag is verstrekt ter stimulering van bepaalde activiteiten. Het maakt volgens de jurisprudentie niet uit of de gemeente het volledige bedrag betaalt. Onkostenvergoedingen, inkomsten van derden en niet inning van een bedrag leveren tevens geldelijk voordeel op. Andere bronnen zijn het mee eens dat indien een deel van de kosten wordt betaald, er sprake is van een subsidie en indien ‘alle kosten’ worden gedekt met een zekere winstmarge, er sprake is van een opdracht.

## 4.4 Initiatief

Bij een opdracht wordt de inhoud door de opdrachtgever bepaald. De partijen die er belang bij hebben, worden uitgenodigd om een offerte uit te brengen. Bij een subsidie daarentegen wordt er een algemeen kader geboden, waarbinnen de activiteiten dienen te worden uitgevoerd. De uitwerking hiervan wordt overgelaten aan de subsidieontvanger.[[83]](#footnote-83) Een element is dus het initiatief voor een bepaalde activiteit en/of dienst. De wetgever is er bij het subsidieproces van uitgegaan dat er sprake is van een subsidieaanvrager. Dit wil zeggen dat het initiatief ligt bij de aanvrager. In de MvT wordt verklaard dat het van belang is welke partij het initiatief neemt. Wanneer er sprake is van bijv. onderzoek, is het van belang van welke partij het initiatief voor het verrichten van onderzoek is uitgegaan. Bij subsidie ligt het initiatief meestal bij degene die het onderzoek wil verrichten, bij opdracht bij de opdrachtgever.[[84]](#footnote-84)

### 4.4.1 Jurisprudentie

Het gerechtshof in Amsterdam heeft bij de afweging of er sprake is van een subsidie het initiatief meegenomen. In deze casus wordt het initiatief tot een onderzoek naar het functioneren van een project genomen door een stichting. Het gerechtshof vindt een bijkomende reden dat er geen verzoek of een opdracht van het ministerie ten grondslag lag. Volgens het gerechtshof kan niet gezegd worden dat de subsidie rechtstreeks verband houdt met een prestatie van belanghebbende aan het ministerie.[[85]](#footnote-85) In 1993 is al duidelijk geworden dat een subsidie ook zonder aanvraag kan worden verstrekt. Er is in dat geval geen initiatief van de aanvrager, maar de overheid is dan de vragende partij. In deze casus is een bedrijf benaderd om een in financiële problemen geraakte stichting over te nemen. Ondanks dat het initiatief van de overheid komt, is er sprake van een subsidie.[[86]](#footnote-86)

Het CBB acht in twee uitspraken onvoldoende dat het initiatief bij de tegenpartij ligt en niet bij de overheid. Dit is volgens het CBB geen reden dat er sprake is van een opdracht in plaats van een subsidie. De ene uitspraak is besproken in de eerdere paragraaf en gaat over het Programma Samenwerking Oost-Europa. De andere gaat over het beschikbaar stellen van cultuureducatie en kunstzinnige vorming. Hier ligt het initiatief niet bij de gemeente, maar bij de onderneming die zich kandideert. In beide uitspraken acht het CBB het initiatief geen onderscheidend criterium. [[87]](#footnote-87)

### 4.4.2 Overige bronnen

Ten Kate en Van den Ende menen dat wanneer het initiatief tot het verlenen van een subsidie aan een bepaalde partij ten behoeve van een project van de subsidieverlener is uitgegaan, dit een aanwijzing vormt dat er sprake is van opdracht. Volgens hen heeft de subsidieverlener behoefte aan een dienst en weet hij wie deze dienst moet uitvoeren, indien de subsidieverlener het initiatief neemt. Er wordt dan een prestatie verricht ten behoeve van de subsidieverlener. Het subsidiebedrag kan dan gezien worden als een vergoeding voor die prestatie. Indien de overheid noodzakelijk acht dat de te subsidiëren activiteiten worden verricht, is dit een aanwijzing dat er sprake is van een opdracht.[[88]](#footnote-88)

Volgens het Transitiebureau ‘Begeleiding in de Wmo’ in hun ‘Factsheet subsidie en aanbesteding’ is een belangrijk onderscheidend kenmerk het gegeven wie het initiatief neemt. Voorts stellen zij dat bij subsidie degene die de activiteit verricht vaak het initiatief neemt. Subsidie wordt aangevraagd en een opdracht verleen je als gemeente. Met deze redenering gaat PIANOo mee in hun Visie 8 document.

De stedelijke werkgroep aanbesteden in welzijnswerk geeft in hun ‘korte uiteenzetting over subsidie en/of overeenkomst’ aan dat initiatief een rol speelt. Volgens hen is het een aanwijzing dat er sprake is van een opdracht, wanneer het initiatief van de gemeente komt. Er is volgens hen dan een verwachting dat er een prestatie wordt verricht en de betaling kan dan gezien worden als een vergoeding voor deze prestatie. De overheid vindt het namelijk noodzakelijk dat de activiteit wordt verricht.

Ook het ministerie vindt dit een belangrijk criterium. Indien een instelling een verzoek doet om een financiële bijdrage, neemt de instelling dus het initiatief. Er is in dat geval sprake van subsidie. Indien de gemeente een opdracht wil laten uitvoeren, dan is er eerder sprake van opdracht omdat zij dan het initiatief neemt.[[89]](#footnote-89)

Ook de provincie Noord-Brabant vindt dit een belangrijk element bij de afweging of er sprake is van een opdracht of van een subsidie. De vraag die ze hierbij stellen is: “Wie neemt het initiatief om te komen tot de financiële verstrekking voor bepaalde activiteiten?”. Indien het antwoord de verrichter van de activiteiten is, is er sprake van een subsidie. Indien het bestuursorgaan het initiatief neemt, is er sprake van een overeenkomst.[[90]](#footnote-90)

Drahmann acht dit geen belangrijk onderscheidend criterium. Indien er meer aanvragers voor een subsidie zijn, moet het bestuursorgaan gedetailleerd omschrijven wie wel of wie niet voor een subsidie in aanmerking komen. Er zullen dus vooraf criteria worden opgesteld op basis waarvan de aanvragen worden vergeleken. Het initiatief ligt dan eigenlijk bij het bestuursorgaan, omdat zij in dit geval bepaald wat de inhoud is. Er zou dan sprake moeten zijn van een opdracht, maar het is een subsidie. Dit maakt het volgens haar niet duidelijker.[[91]](#footnote-91)

### 4.4.3 Tussenconclusie

Volgens de MvT is van belang wie het initiatief neemt. Wanneer het initiatief uitgaat van degene die de activiteiten gaat verrichten, is er meestal sprake van een subsidie. Wanneer het initiatief uitgaat van de gemeente, is er meestal sprake van een opdracht. In de jurisprudentie wordt bevestigd dat er sprake kan zijn van een opdracht, ondanks het feit dat het initiatief bij de tegenpartij lag. Dit is daarom geen onderscheidend criterium. Het HvJ EU neemt dit element niet mee in zijn overweging. De overige bronnen vinden dit een belangrijk criterium. Indien de verrichter van de activiteiten het initiatief heeft genomen, is er sprake van een subsidie. Indien het bestuursorgaan is gekomen met een gerichte vraag, is er sprake van een opdracht. Er is hier weinig jurisprudentie over en de bronnen zijn niet op één lijn. Het element initiatief is op basis van de bronnen dus geen belangrijk onderscheid criterium, maar slechts een mogelijke aanwijzing.

## 4.5 Nakomingsplicht (de uitvoeringsovereenkomst)

De uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten ter uitvoering van de subsidiebeschikking. Ook komt het voor dat er een verplichting tot nakoming wordt opgenomen, waarbij de subsidie-ontvanger verplicht is om de subsidiebeschikking uit te voeren. Een belangrijk element is dus de nakomingsplicht. Volgens de memorie van toelichting kunnen er verplichtingen opgelegd worden naast de subsidiebeschikking, bijv. in het kader van werkervaringsprojecten waarbij de subsidieverstrekking een verplichting oplegt om een stageplaats ter beschikking te stellen. Hier moet volgens de wetgever wel terughoudend mee worden omgegaan, omdat deze verplichtingen in strijd kunnen zijn met het verbod van ‘détournement de pouvoir’. De bevoegdheid om een subsidiebesluit te nemen, wordt dan gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is verleend.[[92]](#footnote-92)

Indien er geen uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten, geschiedt de uitvoering van de activiteiten op basis van ‘vrijwilligheid’. De subsidieontvanger kan namelijk afzien van het uitvoeren van de activiteiten. De subsidieverlener (gemeente) kan in dat geval de uitvoering niet afdwingen. De subsidieontvanger verliest wel zijn aanspraak op financiële middelen. Dit is in overeenstemming met het vrijwillige karakter van de subsidie. Er is namelijk geen sprake van rechtstreekse overheidsdwang.[[93]](#footnote-93)

### 4.5.1 Jurisprudentie

In de zaak Helmut Müller wil een Duitse overheidsinstantie een terrein verkopen. Helmut Müller brengt een bod uit op voorwaarde dat de grond een andere bestemming zou krijgen. De instantie besluit de grond te verkopen door een soort aanbesteding te organiseren. Uiteindelijk verkoopt de instantie de grond aan een andere onderneming. De vraag is of deze opdracht Europees aanbestedingsplichtig is. Volgens het HvJ EU is voor de aanbestedings-plichtige opdracht op zijn minst vereist dat de aannemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de werken en dat de uitvoering van deze verbintenis kan worden afgedwongen. Er moet bijv. een bouwplicht worden opgenomen. Indien het werk is gebouwd conform de door de overheid van te voren vastgelegde eisen, is er tevens sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht. Dit geldt niet indien de overheid in de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden een aantal aan hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt (bijv. voor vergunningverlening) of besluiten neemt op basis van de bevoegdheden (bijv. wijzigen bestemmingsplan).[[94]](#footnote-94)

Bij de Commissie vs. Frankrijk zaak heeft het HvJ EU bepaald dat er sprake was van een opdracht. Het was volgens de Franse wetgeving mogelijk om opdrachtgeverstaken met betrekking tot bouw- en infrastructuurwerken te delegeren. Het was niet nodig om deze aan te besteden. Het Hof vond in deze zaak dat er sprake was van een aanbestedingsplichtige opdracht. Dit baseerde het Hof onder andere op het feit dat de aanbestedende dienst hoofdverantwoordelijk is voor het resultaat, toestemming moet geven voor het handelen van de gedelegeerde en de werkzaamheden volledig financiert. Het enkele feit dat een dienst ter uitoefening van een vertegenwoordigende functie wordt verricht, sluit niet uit dat er sprake kan zijn van een (aanbestedingsplichtige) opdracht.[[95]](#footnote-95)

In de Nederlandse jurisprudentie wordt getoetst aan de criteria uit het arrest Helmut Müller. Een gemeente heeft een woningbouwproject niet aanbesteed, omdat hier volgens hen geen sprake was van een opdracht. De rechter toetst aan de voorwaarden en merkt daarbij op:

1. De gemeente stelt meer eisen dan in het kader van een bestemmingsplan of van haar normale publiekrechtelijke taken mag worden verwacht. De gemeente bemoeit zich bijv. met de hoeveelheid en type woningen die gebouwd moeten worden.
2. Er is sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel. De verkoopprijs van de woningen zal namelijk hoger zijn dan beschreven.
3. Er is een bouwplicht aan de ontwikkelaar opgelegd, zodat de verbintenis ook juridisch afdwingbaar is.[[96]](#footnote-96)

Door de bovenstaande overwegingen is de rechter van oordeel dat er sprake is van een opdracht, die aanbesteed moet worden.

In een zaak bij de ABRvS is Pier K aangemerkt als kernvoorziening op het terrein van cultuureducatie en kunstzinnige vorming in het cultuurbeleid. Een andere organisatie gaat hier tegen in bezwaar, omdat zij menen dat hier sprake is van een opdracht. De ABRvS acht van doorslaggevend belang dat er geen overeenkomst was gesloten en zegt hierover: “*De enkele beleidskeuze voor de aanwijzing van Pier K (..) betreft geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel en is reeds daarom geen overheidsopdracht. Van een overeenkomst is niet gebleken*”. Er is geen sprake van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel en dus ook geen sprake van een overheidsopdracht.[[97]](#footnote-97)

In een zaak bij de rechtbank Arnhem is er sprake van uitgifte van grond in erfpacht tegen een marktconforme canon. De rechtbank oordeelt dat als de aannemer geen verplichting heeft de werken uit te voeren of te laten uitvoeren, er geen aanbestedingsplicht is. Er is dan immers geen sprake van een bezwarende titel zoals wordt vereist in de definitie van overheidsopdracht. Deze uitspraak wordt daarna ook door het gerechtshof bevestigd.[[98]](#footnote-98)

In een andere zaak heeft de gemeente, ter stimulering van sport, een BV opgericht. Hiermee sluit de gemeente een overeenkomst, waarbij de BV een subsidie ontvangt en waardoor zij is gehouden sportaccommodaties te beheren en te exploiteren en op grond waarvan de gemeente verplicht is aan belanghebbende de bedragen te verstrekken. Onder deze omstandigheden vindt de Hoge Raad dat hier sprake is van diensten aan de gemeente. De belanghebbende verricht namelijk diensten jegens de gemeente en de vermelde bedragen staan daarmee in rechtstreeks verband. Om deze reden is er sprake van een opdracht.[[99]](#footnote-99)

In een recente uitspraak van de rechtbank ’s-Hertogenbosch over de gemeente Eindhoven gaat het over de verplichtingen bij de subsidieverlening. Er is namelijk een verplichting opgelegd dat de beloning van de medewerkers niet hoger mag zijn dan de norm in de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (Balkenendenorm). Volgens de rechtbank is dit geen verplichting die strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. De verplichting heeft namelijk geen betrekking op de wijze waarop de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht (in de zin van art. 4:39 van de AWB). In de toelichting op de bepaling is opgenomen dat de gemeente wil voorkomen dat de gesubsidieerde instellingen topinkomens ontvangen. De betaling is niet bedoeld om de doelmatige besteding van subsidiegelden te bevorderen. Om deze reden mocht de gemeente deze verplichting niet opleggen.[[100]](#footnote-100)

### 4.5.2 Overige bronnen

Volgens de provincie Noord-Holland in het document ‘Het leertje van de Kraan’ moet er gekeken worden naar de totale rechtsverhouding tussen de subsidieverlener en de subsidieontvanger of er toch niet sprake is van een overheidsopdracht. Het ontbreken van een uitvoeringsovereenkomst is een goede indicatie dat er geen sprake is van een overheidsopdracht, maar is niet in alle gevallen voldoende. Er moet worden bezien of er een plicht is om bepaalde diensten te verrichten. Er kan dan namelijk ook sprake zijn van een opdracht. De subsidieverlener zal door eisen aan de gesubsidieerde activiteiten te stellen, zich eerder als opdrachtgever manifesteren. Zij vindt dat de omstandigheid dat de subsidieverlener zich met de inhoud van de gesubsidieerde activiteiten bemoeit, geen grond om aan te nemen dat er sprake is van een opdracht. Zij is van mening dat wanneer het stellen van eisen gepaard gaat met een verplichting om de gesubsidieerde activiteiten daadwerkelijk uit te voeren, er sprake is van opdrachtgeverschap.[[101]](#footnote-101)

Het is mogelijk om in een subsidieovereenkomst (uitvoeringsovereenkomst) te bepalen dat het verplicht is om de werkzaamheden te verrichten en deze af te dwingen. Daarom vindt het Ministerie van VWS dit geen onderscheidend criterium.[[102]](#footnote-102)

Ten Kate en Van den Ende zijn van mening dat, wanneer de te subsidiëren activiteiten niet nauwkeurig zijn omgeschreven en/of de subsidiegever geen of weinig zeggenschap over de invulling van die activiteiten heeft, dit een indicatie is dat er geen sprake is van een opdracht. Naarmate de subsidieverlener meer zeggenschap heeft over de invulling van de prestatie, zal er eerder sprake zijn van een opdracht. Tevens vinden zij dat als in de uitvoerings-overeenkomst mogelijkheden zijn opgenomen om het project te sturen, dit een aanwijzing is dat er sprake is van een opdracht. Ook vinden ze de omstandigheid dat de subsidie-ontvanger jegens de subsidieverlener verplicht is om de gesubsidieerde activiteiten te verrichten, een aanwijzing dat er sprake is van een opdracht.[[103]](#footnote-103) Bij het verlenen van subsidies worden namelijk in principe geen wederzijdse verplichtingen in het leven geroepen, maar alleen een eenzijdige aanspraak op financiële middelen. De subsidieontvanger is niet verplicht de gesubsidieerde activiteit uit te voeren. Zodra een subsidie het karakter krijgt van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel en zodra de prestaties kunnen worden afgedwongen, kan een subsidie alsnog het karakter van een overheidsopdracht verkrijgen.[[104]](#footnote-104)

Volgens Drahmann zal er eerder sprake zijn van een opdracht, indien het bestuursorgaan een zeer concrete omschreven prestatie verlangt en hier ook zeggenschap over heeft. De opdrachtnemer is verplicht deze opdracht uit te voeren, omdat anders sprake is van wanprestatie en nakoming ervan kan worden gevorderd. Bij subsidieverlening kan geen wederzijdse verplichtingen in het leven worden geroepen. De subsidieontvanger is niet verplicht om de activiteiten uit te voeren. Maar anderzijds is hij dit weer wel, omdat indien hij dit niet doet de subsidie wordt ingetrokken en op nihil wordt vastgelegd. Dit komt eigenlijk neer op een ontbinding. Tevens biedt de uitvoeringsovereenkomst wel de mogelijkheid om nakoming te vorderen, zodat hetzelfde effect wordt bereikt.[[105]](#footnote-105)

De Europese Commissie geeft aan dat, indien de te verrichten diensten in detail worden omschreven, er sneller sprake zal zijn van een overheidsopdracht. Bij subsidies zonder uitvoeringsovereenkomst is er geen sprake van een uitwisseling van prestaties dan wel het in het leven roepen van rechten en plichten voor partijen. Echter verkrijgt een subsidie het karakter van een overeenkomst onder bezwarende titel, wanneer er sprake is van prestaties die door middel van een uitvoeringsovereenkomst kunnen worden afgedwongen.[[106]](#footnote-106)

### 4.5.3 Tussenconclusie

De uitvoeringsovereenkomst legt verplichtingen op naast de subsidiebeschikking. Stel dat de gemeente geen uitvoeringsovereenkomst opstelt, dan kan de uitvoering van de activiteiten niet afgedwongen worden. In de jurisprudentie is bepaald dat indien de overheid eisen stelt, er sprake is van een opdracht tenzij het gaat om publiekrechtelijke bevoegdheden bijv. wijzigen van bestemmingsplan. Indien er geen uitvoeringsovereenkomst is gesloten, kan er geen sprake zijn van opdracht. Indien de gemeente een plicht opneemt om de activiteiten uit te voeren, neigt dit erg tot een opdracht. Stel dat de gemeente geen omschrijving geeft van de activiteiten en weinig zeggenschap heeft, is er eerder sprake van een subsidie. Van belang is of de opdracht in detail wordt beschreven en of er een prestatieplicht is. Hoe gedetailleerd de gemeente beschrijft, hoe eerder sprake is van een opdracht.

## 4.6 Belang

*Hirsch Ballin [[107]](#footnote-107)*

*Subsidiëring is juist geen vrijgevigheid, maar een uitvloeisel van een eigen verantwoordelijkheid van de overheid die betrekking heeft op de mogelijkheid van andere actoren in de samenleving om ingevolge hun eigen verantwoordelijkheid een uit overwegingen van algemeen belang gewenste activiteiten te verrichten.*

Er is sprake van een subsidie als een bestuursorgaan geld beschikbaar stelt voor de activiteiten die zijn gericht op de belangen van anderen, ook wel het algemeen belang. Behartiging van het algemeen belang is vaak de reden om subsidie te verlenen. Als de activiteit juist gericht is op de eigen behoeften van het bestuursorgaan, zal er sprake zijn van een opdracht. Hierbij is de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de publiekrechtelijke bevoegdheid van belang. Dus het feit dat deze bevoegdheid er is, wil nog niets zeggen.[[108]](#footnote-108) Een belangrijk element is het belang van de geldelijke verstrekking. In de MvT is bepaald dat het bij subsidiëring gaat om het bijdragen met openbare middelen in de kosten van door de overheid om reden van algemeen belang wenselijk geachte activiteiten. Activiteiten die worden gesubsidieerd, zijn dus van algemeen belang.[[109]](#footnote-109)

### 4.6.1 Jurisprudentie

In de Commissie vs. Duitsland arrest heeft de overheid verzekeringsovereenkomsten gesloten, die de werknemers betalen. Het HvJ EU heeft bepaald dat de richtlijnen geen onderscheid maakt tussen overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst worden geplaatst ter vervulling van zijn taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang en welke geen verband houden met deze taak. Dat een onderscheid ontbreekt, wordt verklaard door het doel van deze richtlijnen, namelijk het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van een opdracht de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden. Ook volgens dit arrest moet er worden nagegaan of de overeenkomsten een rechtstreeks economisch belang hebben voor de gemeente.[[110]](#footnote-110)

Het HvJ EU heeft in het Mohr-arrest bepaald dat wanneer de gemeenschap (de overheid) een vergoeding geeft voor inkomensverlies door het beëindigen van het melkproduct, zij handelt in het algemeen belang, namelijk het bevorderen van de goede werking van de communautaire markt voor melk.[[111]](#footnote-111)

Ook de in de vorige paragraaf besproken Scala arrest is hier van belang. Dit arrest wordt meerdere malen door het Europees Hof van Justitie aangehaald, bijv. in de zaak Commissie vs. Frankrijk. Het Hof is van mening dat de elementen van de definitie overheidsopdracht ruim uitgelegd moeten worden om het nuttig effect van de Richtlijn te bewaken. Voor het Hof is in deze zaak doorslaggevend dat de gemeente op grond van de overeenkomst een recht krijgt op realisatie van de voorzieningen en dat de gemeente weet dat de voorzieningen ter beschikking zullen komen te staan van de bevolking. Het gaat om werken met een openbaar karakter. Dit leidt het Hof uit de volgende kenmerken af:

* er worden vergaande eisen aan gesteld;
* het beheer berust bij de overheid;
* er zal sprake zijn van een publiek gebruik van het werk.

Het publiekrechtelijk karakter van de overeenkomst is geen beletsel voor de toepasselijkheid van de Richtlijn, omdat in verschillende lidstaten de overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en de aannemer een administratiefrechtelijke overeenkomst is. Wanneer er sprake is van het realiseren van publieke werken, kunnen de aanbestedings-regels van toepassing zijn, ook als de grond in eigendom is van de particulieren en deze het wettelijk recht hebben de betreffende werken uit te voeren.[[112]](#footnote-112)

In een andere uitspraak van het Europees Hof van Justitie is het algemeen belang nogmaals bevestigd. KNW (Keeping Newcastle Warm Limited) verleent advies op het gebied van energiebesparing. Voor ieder geleverd advies krijgen ze een vergoeding. In dit arrest bevestigt het Hof dat een subsidie van overheidswege in het algemeen belang wordt verleend en niet omwille van het gebruik van een goed of een dienst door de overheid zelf.[[113]](#footnote-113)

Op grond van een ander arrest bij het HvJ EU is de vraag of openbare ziekenvervoers-diensten aan te merken zijn als werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in een lidstaat. Aanbestedingsrichtlijnen zijn niet van toepassing op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag. Volgens het Hof moeten deze werkzaamheden rechtstreeks en specifiek deelnemen aan de uitoefening van het openbaar gezag. Daarnaast kan afgeweken worden van de voorschriften betreffende overheidsopdrachten, indien er sprake is van een dienst van algemeen economisch belang en dat de afwijking voor de uitvoering van de taken noodzakelijk en evenredig is. Volgens het Hof zijn openbare vervoersdiensten van algemeen economisch belang.[[114]](#footnote-114)

In het arrest dat over het Programma Samenwerking Oost-Europa gaat (zie paragraaf 4.3), verklaart het CBB dat indien iets voor een algemeen belang wordt gediend en niet het rechtstreeks belang, dit te beschouwen is als een subsidie. In deze zaak maakt het CBB uit de beschrijving van de nagestreefde doelstellingen op dat met de uitvoering van de projecten vooral een algemeen belang wordt gediend.[[115]](#footnote-115)

In een andere uitspraak is er compensatie toegekend voor zorg aan illegalen. Dit zijn subsidies, omdat zij strekken tot ondersteuning van de zorgplicht (die onder meer voortvloeit uit art. 3 van het EVRM) en tot bescherming van de Nederlandse volksgezondheid. Het is de taak van de overheid dat niemand mag worden onderworpen aan folteringen of onmenselijke behandelingen.[[116]](#footnote-116)

Het college van Gedeputeerde Staten van Overijssel heeft in een andere zaak een subsidie verleend voor taken in het kader van de uitvoeringsfunctie monumentenzorg en archeologie. De vraag is of deze subsidie vermeerderd moet worden met btw (en opdracht is). De rechter neemt in zijn overweging het belang mee. “*Niet gebleken is dat voor een van de onderdelen ervan sprake is van enig eigen belang van de provincie, los van het door de provincie te behartigen algemeen provinciaal belang*”. Er is dus sprake van een subsidie.[[117]](#footnote-117)

Het ABRvS heeft bepaald dat de handelingen die de overheid doet, worden geacht in het algemeen belang te zijn. Iedere rechtmatige aanwending van publiekrechtelijke bevoegd-heden strekt tot behartiging van het algemeen belang.[[118]](#footnote-118)

In een ander arrest besluit de gemeente een aantal woningen en winkels te verwerven voor renovatie. De eigenaar is niet bereid de woningen en winkels te verkopen en wil de renovatie zelf uitvoeren. De gemeente gaat daarmee akkoord, mits de renovatie geschiedt overeenkomstig de voornemers van de gemeente. Hiervoor betaalt de gemeente een bijdrage. De Hoge Raad bepaalt dat, indien de bijdrage een vergoeding voor een prestatie vormt het niet uitmaakt of de bijdrage is verleend ten behoeve van het algemeen belang. Hierdoor was er toch sprake van een opdracht.[[119]](#footnote-119)

De wettelijke taak speelt een belangrijke rol bij de afweging. In een arrest bij de rechtbank gaat het CBS (Centraal Bureau voor de Statistiek) onderzoeken doen naar het verplaatsings-gedrag van Nederlanders. De rechtbank acht het van belang dat de taak in de wet staat. Indien dienstverlening wordt uitgevoerd in het kader van een wettelijke taak, is er geen sprake van een overheidsopdracht. Zelfs niet indien de opdracht wordt gekenmerkt door wezenlijk contractuele elementen van een dienstverleningsopdracht. Wel moet de activiteit in overeenstemming zijn met de wettelijke taak. Er is in de wet omschreven welke wettelijke taken een rechtspersoon heeft.[[120]](#footnote-120) Dit wordt in twee arresten over het CBS bevestigd.[[121]](#footnote-121)

Een voorbeeld van een behoefte voor het algemeen belang is afvalinzameling en afvalverwerking, niet zijnde van industriële of commerciële aard. De reden hiervoor is dat op grond van de Wet milieubeheer de gemeente op een verantwoorde wijze afval moet inzamelen en verwerken.[[122]](#footnote-122)

### 4.6.2 Overige bronnen

De Europese Commissie geeft in haar werkdocument een belangrijke zienswijze over het element ‘belang’. De omstandigheid dat het gecontracteerde type dienst binnen de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid (wettelijke taakopdracht) van de overheid valt, vormt een belangrijke aanwijzing dat er sprake is van een opdracht. Kennelijk is de gedachte van de Commissie dat de overheid vanuit haar publiekrechtelijke verantwoordelijkheid om bepaalde diensten te “leveren” doorgaans gedwongen is om deze diensten in te kopen, waarbij tevens de nakoming kan worden geëist. Er zal dan bepaald worden aan welke eisen de subsidieontvanger en de door haar geleverde diensten moeten voldoen.[[123]](#footnote-123)

Indien het rechtstreeks belang van de subsidieverlener wordt gediend, is dit een aanwijzing dat er sprake is van een opdracht. Volgens Ten Kate en Van den Ende kan andersom niet geredeneerd worden. Indien een project het algemeen belang dient, wil dit nog niet zeggen dat er sprake is van een subsidie.

Volgens het Transitiebureau ‘Begeleiding in de Wmo’ in de ‘Factsheet subsidie en aanbesteding’ is een belangrijk onderscheidend kenmerk dat de gemeente geen subsidie kan verlenen voor activiteiten die de eigen organisatie ten goede komen. Het moet bij subsidie gaan om activiteiten voor het algemeen belang. Volgens hen is er sprake van een subsidie, indien de gemeente geld beschikbaar stelt voor activiteiten die gericht zijn op anderen.[[124]](#footnote-124) Ook PIANOo is hier mee eens in hun Visie 8 document.

Ook de stedelijke werkgroep aanbesteden in welzijnswerk is van mening dat wanneer het rechtstreeks eigen belang wordt gediend, er sprake is van een overeenkomst. Andersom kan volgens de werkgroep niet geredeneerd worden. Het is niet vanzelfsprekend dat er sprake is van een subsidie, indien het algemeen belang wordt gediend.

Ook de VNG en het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport zijn in het document ‘Toelichting subsidies, (subsidie)overeenkomst en overheidsopdracht’ van mening dat de gemeente subsidie verleent om activiteiten te stimuleren die wenselijk worden geacht voor het algemeen belang. Indien het eigen belang een rol speelt, sluit zij een overeenkomst met een instelling of derden. Wel voegen zij hier aan toe dat de gemeente een grote vrijheid heeft om te bepalen wat zij onder het algemeen belang verstaan.[[125]](#footnote-125)

Volgens de provincie Noord-Holland in het document ‘Het leertje van de Kraan’ dienen subsidies hoe dan ook het algemeen belang. Er zal immers altijd een legitieme reden moeten bestaan om de activiteit te stimuleren. Dat van de financiële bijdrage alleen derden profiteren of dat de aanbestedende dienst verantwoordelijk is, verandert niets aan het feit dat het een opdracht is. Tevens is de omstandigheid dat het type dienst tot de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst behoort, niet bepalend voor het bestaan van een opdracht. De wijze waarop invulling aan een wettelijke taakopdracht wordt gegeven is steeds bepalend voor de vraag of er sprake is van een overheidsopdracht.[[126]](#footnote-126)

Volgens Hirsch Ballin is subsidiëring een vorm van publieke taakvervulling, waarbij een financiële bijdrage wordt geleverd voor de samenleving. Tevens is Hirsch Ballin van mening dat het bij subsidiëring gaat om stimuleren en bevorderen van bepaalde activiteiten door de overheid. Men moet hierbij vooral denken aan art. 22 van de Gw. In dit artikel heeft de overheid een aantal verplichtingen gekregen op het gebied van volksgezondheid, woongelegenheid, ontplooiing en vrijetijdsbesteding. Dit zijn sociale grondrechten en daarom is voor de burgers niet mogelijk hier direct een beroep op te doen.[[127]](#footnote-127)

Van de Pot e.a. schreven hierover dat het: “*vooral (gaat) om objectieven, die de overheid met geld en goede waarden moet bevorderen, omdat zij grotendeels in de samenleving werkende krachten mobiliseren moet en op hun medewerking is aangewezen’’*. Van de Pot e.a. onderscheiden daarbij twee aspecten, namelijk: *“Subsidiëring werkt in op beslissingen die behoren tot de verantwoordelijkheid van anderen dan de overheid zelf en als gevolg daarvan worden gesubsidieerde activiteiten niet bepaald door criteria die de overheid volledig op eigen gezag kan vaststellen’*.[[128]](#footnote-128)

De provincie Noord-Brabant vindt het doel van de beoogde activiteit ook een belangrijk element bij de afweging of er sprake is van een subsidie of een opdracht. Indien geld wordt verstrekt in het algemeen belang, is er sprake van een subsidie. Indien het organisatiebelang van het bestuursorgaan een rol speelt, is er sprake van een opdracht.

### 4.6.3 Tussenconclusie

Als er sprake is van een algemeen belang, is er in principe sprake van een subsidie. Indien echter dit algemeen belang samen gaat met het eigen belang of een vergoeding van een prestatie, is er geen sprake van een subsidie. Indien alleen het rechtstreeks economisch belang van de gemeente (bijv. de gemeente wordt eigenaar) wordt gediend, is er sprake van een opdracht. Dit element is wel onduidelijk, omdat de gemeente zelf mag bepalen wat in het algemeen belang is. Afval inzamelen is bijv. een wettelijke taak in het algemeen belang. Dit wil echter niet zeggen dat de gemeente deze activiteit moet subsidiëren. Daarnaast heeft de Raad van State bepaald dat alle publiekrechtelijke bevoegdheden in het algemeen belang zijn. In de jurisprudentie zijn wel een aantal zaken ontwikkeld, welke in het algemeen belang zijn. Toch blijft het onduidelijk wat valt onder het algemeen belang en hoe zwaar dit element weegt bij de afweging subsidie of opdracht.

## 4.7 Integrale benadering

De gemeente moet niet slechts één element betrekken, maar de elementen combineren. Hierdoor moet de vraag of er sprake is van een subsidie of van een opdracht integraal benaderd worden. Het feit dat er één element is, is niet van doorslaggevende aard. Zoals hierboven is vermeld, is het begrip overheidsopdracht materieel van aard. Daarom moet volgens hen gekeken worden naar de inhoud. Hoe nauwgezetter subsidiabele activiteiten worden omschreven en hoe meer voorwaarden en verplichtingen in de beschikking tot subsidieverlening worden opgenomen, hoe meer zeggenschap een bestuursorgaan heeft over de invulling van een projectaanvraag en over de prestatie hiervan. Hoe meer het stellen van eisen gepaard gaat met een verplichting om gesubsidieerde activiteiten daadwerkelijk uit te voeren, hoe eerder sprake zal zijn van een opdracht.[[129]](#footnote-129)

### 4.7.1 Jurisprudentie

In een zaak bij de rechtbank Zwolle is er een subsidie verleend door de provincie Overijssel voor de uitvoering van werkzaamheden in het kader van de uitvoeringsfunctie monumentenzorg en archeologie, de helpdesk- en platformfunctie, de product- en initiatiefontwikkeling cultuurhistorie en de steun aan stichtingenaan de eiser (vereniging Het Oversticht). De rechter gebruikt bij deze zaak onderstaande vragen om een keuze te maken tussen subsidie en opdracht:

* Was in het subsidiejaar sprake van een wettelijke taak voor de provincie om deze werkzaamheden te verrichten? Zo ja, was er sprake van medebewind?
* Heeft de provincie deze werkzaamheden zelf verricht, voordat eiseres deze werkzaamheden is gaan verrichten?
* Hoe is de verhouding tussen de te leveren prestatie en de betaling? Ontvangt eiseres, voor zover bekend, voor deze werkzaamheden ook gelden van derden?
* Welk belang wordt met deze werkzaamheden gediend? Worden tevens belangen van derden gediend?
* Hoe is de verplichting tot nakoming geregeld?
* Bestaat de mogelijkheid van (tussentijdse) bijsturing? Zo ja, hoe is dit dan geregeld?
* Wie heeft het initiatief genomen voor de aanvraag van subsidie voor deze werkzaamheden?

Volgens de rechter moet aan de hand van concrete feiten en omstandigheden gekeken worden of er sprake is van een subsidie of van een opdracht.[[130]](#footnote-130)

Onlangs is de gemeente Eindhoven door de Commissie gedaagd. De Commissie vindt dat bij de verkoop van de grond aan een ondernemer door de gemeente sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Daarbij nam zij in overweging dat de gemeente:

* een beslissende invloed heeft gehad op het te realiseren werk,
* het initiatief heeft genomen voor de realisatie van het project;
* meer invloed op het project uitoefende dan haar stedenbouwkundige bevoegdheden;
* een duidelijk en rechtstreeks belang heeft (de gemeente krijgt namelijk subsidie van de Nederlandse Staat per huis dat zal worden gebouwd).[[131]](#footnote-131)

### 4.7.2 Overige bronnen

Volgens Van Kreveld is de intentie van de overheid van doorslaggevende betekenis. Als de overheid de gelden heeft overgedragen met het oog op het stimuleren van de activiteiten van de ontvanger, moet die verstrekking als subsidie worden beschouwd.

Ten Kate en Van den Ende zijn van mening dat het onderscheid niet helder is. Geen enkel criterium is volgens hen van doorslaggevende betekenis. Volgens hen bestaat het risico dat je een subsidie aangaat, wat daarna aangemerkt kan worden als een opdracht. De inhoud van de financiële verstrekking is voor hen van belang en niet de benaming.

De provincie Noord-Brabant gaat mee met bepaalde elementen (toetsvragen) om te bepalen of er sprake is van een subsidie of van een opdracht. Zij vindt deze elementen slechts een hulpmiddel. Indien er twijfel bestaat over welk juridisch instrument in een concrete situatie het meest geschikt is, volgt de aanbeveling om een overeenkomst te gebruiken. In een interview met Harry Broos van de provincie werd dit bevestigd: “*Er zijn verschillende sectoren binnen de provincie, maar er is een lijn waarbij het bestuur wil dat steeds meer van onze doelstellingen gerealiseerd worden door opdrachten. Bij twijfel besteden wij aan, want je kunt het dan concreter maken. Dus in het grijze gebied streven we er naar om daar een opdracht van te maken’*.

De gemeente Tilburg heeft geen beleid waarin staat of voor het een of juist voor het ander moet worden gekozen. Per casus wordt overwogen wat de beste weg is om te doorlopen. “*Uiteraard zijn er wel enkele aanwijzingen die duiden op welke weg de meest aangewezen weg is. Je kunt dan denken aan criteria zoals kostendekkendheid (dekt de financiële vergoeding de kosten van de prestatie niet volledig, dan is er waarschijnlijk eerder sprake van subsidie dan van een overheidsopdracht) en of de eventuele tegenprestatie rechtstreeks ten goede komt aan de gemeente als organisatie (duidt meer op overheidsopdracht) of slechts aan inwonenden. Deze criteria zijn echter evenmin zaligmakend*”, volgens Iris Ottevangers, juridische adviseur bij de gemeente Tilburg.

De Europese Commissie heeft in haar werkdocument ‘Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest, (SEC (2007) 1514)’ vier elementen benoemd waaraan de inhoud getoetst moet worden.

1. *Prestatieplicht subsidieontvanger*: bij subsidie zijn er geen wederzijdse verplichtingen en is de subsidieontvanger niet verplicht om de gesubsidieerde activiteiten uit te voeren. Wanner de prestaties echter worden afgedwongen in een uitvoerings-overeenkomst, kan de subsidie het karakter krijgen van een opdracht.
2. *Publiekrechtelijke verantwoordelijkheid*: de omstandigheid dat een bepaalde taak binnen de gemeentelijke verantwoordelijkheid valt, vormt een sterke aanwijzing dat er sprake is van een opdracht. Er is dan een verplichting om de taken “in te kopen” en is de tegenpartij verplicht om deze uit te voeren. Wel zijn er een aantal arresten waar het tegendeel werd verklaard (zie hierboven). Dit is afhankelijk van de inhoud van de verantwoordelijkheid, zoals de wijze van invulling van de rechtsplicht.
3. *Activiteiten nauwkeurig omschreven*: naarmate de activiteiten nauwkeurig worden omschreven, vormt dit een belangrijke aanwijzing dat er sprake is van een commerciële transactie. Dus hoe meer zeggenschap over de invulling van de activiteiten, hoe eerder sprake is van een opdracht.
4. *Kostendekkende vergoeding*: wanneer de gemeente een financiële bijdrage levert, waarbij de volledige kosten van de te verrichten diensten worden gedekt, is er sprake van een opdracht. Er wordt dan door de gemeente een marktconforme vergoeding betaald.

De gemeente ’s-Hertogenbosch ontvangt subsidies van Europa. Er bestaat per beleidsgebied Europese subsidieprogramma’s die beschikbaar zijn voor de gemeenten. De bekendste Europese subsidiestroom bestaat uit de ‘Structuurfondsen’, die zijn gericht op het versterken van regionale ontwikkeling. Een van die structuurfondsen is EFRO (Het Europees Landbouwfonds voor Plattelandsontwikkeling). EFRO is gericht op het stimuleren van economische groei, werkgelegenheid en duurzaamheid.[[132]](#footnote-132) Voor de provincie Limburg en Noord-Brabant is het Operationeel Programma Zuid-Nederland (OP-Zuid) ofwel *Stimulus* gestart. Op grond van art. 1.2 lid 2 van de Subsidieregeling operationeel programma Zuid-Nederland is het doel van dit programma het direct of indirect bijdragen aan een aantrekkelijke woon- en werkomgeving. Stimulus is het enige Operationeel Programma dat de Europese subsidies verdeeld op basis van criteria (rangschikking).[[133]](#footnote-133) Aan de gemeente ’s-Hertogenbosch heeft Stimulus van 2007 tot 2013 subsidies verleend ter waarde van bijna vier miljoen.[[134]](#footnote-134) Volgens de jurist van Stimulus kan het bestuursorgaan bij een opdracht controle uitoefenen en eisen stellen en bij een subsidie kan dit niet. Dus als de gemeente invloed kan uitoefenen op het geld dat ze geven, dan is er sprake van maatwerk en is opdracht het beste instrument. Stimulus controleert of de subsidies goed zijn verleend. Het is mogelijk dat de verkregen subsidie aanbesteed worden door de gemeente. Stimulus controleert dan of de aanbesteding conform de regelgeving is verlopen. Tevens is de jurist van mening dat subsidietender erg lijkt om de aanbestedingsprocedure. Ook hierbij moet gekeken worden of deze procedure conform de regelgeving verloopt. Er moet per casus gekeken worden naar de verschillende elementen.

### 4.7.3 Tussenconclusie

Volgens de jurisprudentie is de inhoud van de overeenkomst bepalend. De elementen zijn behulpzaam om tot een conclusie te komen, maar deze moeten integraal benaderd worden. De overige bronnen vinden dat al deze elementen slechts hulpmiddelen zijn. Er moet gekeken worden naar de inhoud van de overeenkomst. Volgens de Europese Commissie moet daarbij betrokken worden: prestatieplicht, publiekrechtelijke verantwoordelijkheid, nauwkeurigheid van de omschrijving van de activiteiten en of de vergoeding kostendekkend is. Hoe meer controle de gemeente uitoefent, hoe eerder sprake zal zijn van een opdracht.

## 4.8 Conclusie

Indien er een overeenkomst wordt gesloten en dit had een subsidie moeten zijn, kan er sprake zijn van een doorkruising van het systeem van de Awb. De elementen derden, commerciële transactie, initiatief, nakomingsplicht, belang en integrale benadering zijn in dit hoofdstuk beschreven. Deze elementen gelden niet bij een zuivere subsidie of een zuivere opdracht, maar voor het grijze gebied tussen subsidie en opdracht. Deze moeten wel in onderlinge samenhang worden getoetst. Geen enkel element is van doorslaggevende betekenis. Hoe te handelen in het grijze gebied? De casus moet beoordeeld worden aan de hand van concrete feiten en omstandigheden of er sprake is van subsidie of opdracht.

Onderstaand schema vat dit hoofdstuk samen.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Element** | **Subsidie** | *Grijze gebied* | **opdracht** |
| *Derden* | Dienst wordt geleverd aan derden en niet aan de gemeente.Er is geen sprake van een potentiële en concurrerende markt.  | Indien er een potentiële markt is met vraag en aanbod, dan is het 🡪Toetsen door na te gaan of andere aanbestedende diensten de gesubsidieerde activiteiten commercieel inkopen zo ja 🡪 zo nee 🡨Verricht de subsidieontvanger ook dergelijke activiteiten voor anderen?zo ja 🡪zo nee 🡨 | Wanneer diensten en/of voorzieningen op een potentiële markt te verkrijgen zijn:* meerdere instellingen die aan meerdere opdrachtgevers leveren;
* activiteiten die ook tegen betaling op de markt worden aangeboden.
 |
| *Com-merciële tran-sactie* | * bedrag tegen kostprijs (niet strekt tot vergoeding werkelijke kosten en geen reële tegenprestatie);
* geen rechtstreeks verband tussen verrichte dienst en ontvangen tegenwaarde;
* niet de werkelijke kosten (geringe winstmarge), maar de helft van de kosten.
 | Is de financiële verstrekking rechtstreeks toe te rekenen aan een bepaalde economische activiteit van de begunstigde? Leidt de subsidie tot vermindering van de prijs van een goed of dienst die de begunstigde levert of tot verhoging van de hoeveelheid van de geleverde goederen of diensten?zo ja 🡪zo nee 🡨Is er een hoog winstmarge?zo ja 🡪zo nee 🡨 | * rechtstreeks verband tussen verrichte dienst en ontvangen tegenwaarde;
* tegenwaarde dienst moet kunnen worden uitgedrukt in geld;
* tegenwaarde in subjectieve waarde, aangezien belastinggrondslag de werkelijke ontvanger tegenprestatie is en niet de objectieve geschatte waarde;
* inkomsten uit derden.
* wederzijdse prestatieplicht.
 |
| *Initiatief* | ligt meestal bij de aanvrager. | Indien het initiatief van subsidie aan bepaalde partij ten behoeve van bepaalde project van subsidie verlenen bij de gemeente ligt, is dit een aanwijzing dat er sprake is van opdracht. Er is namelijk behoefte aan een dienst en sprake van prestatie.  | ligt meestal bij de opdrachtgever. |
| *Uit-voerings-overeen-komst (na-komings-plicht)* | * als de uitvoering van de activiteiten geschiedt op basis van vrijwilligheid: geen rechtstreekse overheidsdwang;
* als de te subsidiëren activiteiten niet nauwkeurig zijn omschreven en/of de subsidiegever geen of weinig zeggenschap heeft over de invulling van de activiteiten;
* geen wederzijdse verplichtingen in het leven geroepen: eenzijdige aanspraak op financiële middelen.
 | Is er een mogelijkheid tot sturen? zo ja 🡪zo nee 🡨 Heeft de gemeente veel zeggenschap over de invulling?zo ja 🡪zo nee 🡨Is de subsidieontvanger verplicht om gesubsidieerde activiteiten te verrichten?zo ja 🡨🡪zo nee 🡨Zijn de eisen gepaard met verplichting gesubsidieerde activiteiten daadwerkelijk uit te voeren?zo ja 🡪zo nee 🡨 | * rechtstreeks economisch belang van de overheid is mee gemoeid;
* bouwplicht wordt opgelegd;
* verdere eisen worden gesteld;
 |
| *Belang*  | Behartiging algemeen belang.  | Zijn de activiteiten gericht op anderen (burgers)?zo ja 🡨zo nee 🡪Worden er activiteiten gestimuleerd die wenselijk zijn voor het algemeen belang?zo ja 🡪zo nee 🡨 | Behartiging eigen belang bestuursorgaan. Er is sprake van een rechtstreeks belang van de subsidieverlener.  |
| *Integrale bena-dering* |  | Hoe meer omschreven voorwaarden, hoe meer zeggenschap bestuursorgaan over invulling en prestatie eerder sprake van 🡪. Hoe meer verplichtingen om gesubsidieerde activiteiten uit te voeren, hoe eerder sprake van 🡪. |  |

# Hoofdstuk 5 De risico’s

In dit hoofdstuk wordt uiteengezet welke risico’s de gemeente loopt bij een onjuiste keuze tussen een subsidie en een opdracht. In paragraaf 5.1 worden de risico’s uit de Europese regelgeving besproken. Daarna wordt in paragraaf 5.2 toegelicht welke risico’s er zijn uit de Nederlandse regelgeving. Het btw aspect wordt in paragraaf 5.3 in beeld gebracht. In paragraaf 5.4 komt de controle van de minister aan orde.

## 5.1 Europese regelgeving

De Europese lidstaten zijn verplicht om het Europees recht (onder andere de Europese aanbestedingsrichtlijn) na te leven. Gemeenten ontvangen vaak subsidies die ten laste komen van de begroting van de EU. Indien een onderneming van mening is dat de gemeente incorrect heeft gehandeld (en de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput), kan deze een klacht indienen tegen deze gemeente bij de Commissie. Zij onderzoekt dan of Nederland aansprakelijk kan worden gesteld voor deze handeling. De Commissie heeft dan de mogelijkheid om een procedure te starten bij het HvJ EU. Tevens kan zij dit doen op eigen initiatief. In deze paragraaf wordt deze Europese regelgeving toegelicht.

### 5.1.1 Europese Commissie en het HvJ EU

De Commissie heeft de bevoegdheid om een lidstaat voor het HvJ EU te dagen, indien zij van oordeel is dat deze lidstaat het Europees recht heeft geschonden. Dit heet ook wel een inbreukprocedure. De Commissie kan dit doen naar aanleiding van een klacht van een belanghebbende of uit eigen beweging. Een ieder die van mening is slachtoffer te zijn van een schending van het Europees recht kan een klacht indienen bij de Commissie. Indien de Commissie vindt dat de lidstaat correct heeft gehandeld, kan het slachtoffer niet zelf naar het HvJ EU. Stel dat de Commissie van oordeel is dat de lidstaat de verplichtingen uit het Verdrag niet is nagekomen, dan moet de Commissie op grond van art. 258 van het VWEU eerst een advies aan de lidstaat uitbrengen. Hierin staat onder andere hoeveel tijd de lidstaat heeft om het advies te volgen.

De Commissie kan bij het HvJ EU geen sanctie vorderen, alleen een verklaring voor recht dat de lidstaat het Europees recht heeft geschonden. Stel dat de Commissie gelijk krijgt, dan moet de gemeente op grond van art. 260 van het VWEU wel maatregelen treffen die nodig zijn om het arrest te volgen. Stel dat de lidstaat dit volgens de Commissie onvoldoende doet, dan kan zij wel verzoeken een boete of een dwangsom op te leggen. Deze wordt dan door het HvJ EU ook opgelegd, omdat de lidstaat blijft handelen in strijd met het Europees recht.[[135]](#footnote-135)

### 5.1.2 Staatssteun

Staatssteun wordt in deze scriptie buiten beschouwing gelaten. Wel verdient dit onderwerp een korte behandeling bij de risico’s. Subsidies die voldoen aan de in art. 107 lid 1 van het VWEU genoemde criteria, zijn te beschouwen als steunmaatregel. Er zijn drie criteria om te beoordelen of er sprake is van staatssteun. Indien er sprake is van staatssteun, mag de steun niet worden verleend voordat goedkeuring is verkregen van de Europese Commissie. De criteria zijn:

1. *De steun wordt door de Staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd.*
2. *De steun komt ten goede aan bepaalde ondernemingen of producties.*
3. *De steun vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen*.

Op grond van art. 108 van het VWEU is de Europese Commissie belast met de controle op de steunmaatregelen. De hoofdregel is dat een subsidie die staatssteun is in de zin van art. 107 lid 1 van het VWEU moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Zij kijkt hierbij niet naar het doel, maar toetst of er sprake is van een grensoverschrijdende invloed op de markt. Dan onderzoekt de Commissie of de steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt. De betrokken lidstaat moet wachten op een eindbeslissing. Indien de gemeente de regels van de staatssteun niet heeft nageleefd, moet zij de reeds verleende steun stoppen en zelfs terugvorderen (terugvorderingsbevel door de Commissie). De steun (subsidie) is onrechtmatig, indien deze aangemeld moest worden en aan de meldingsplicht niet is voldaan. De gemeente dient in ieder geval te onderzoeken of er een aanmeldplicht geldt voor de subsidie, die zij gaat verlenen.[[136]](#footnote-136)

## 5.2 Nederlandse regelgeving

Aanvragers en ontvangers van subsidies hebben behoefte aan rechtsbescherming tegen onjuiste beslissingen van de overheid. Sommigen zijn afhankelijk van de (aangevraagde) subsidie. Het is denkbaar dat een stichting niet meer kan voortbestaan, indien ze geen subsidie ontvangt. Daarentegen zijn sommige burgers of ondernemingen helemaal niet tevreden, omdat aan hen geen subsidie is verleend. Sommigen zijn van mening dat de overheid had moeten aanbesteden. In deze paragraaf wordt toegelicht welke verschillen er zijn qua rechtsregime en wat de nationale risico’s zijn van een onjuiste aanbesteding.

### 5.2.1 Bestuursrechter of burgerlijke rechter?

Subsidie en opdracht hebben andere rechtsregimes. Het onderscheid is onder andere van belang, omdat dit bepaalt welke rechter bevoegd is. Subsidie valt onder het bestuursrecht en daarom is de bestuursrechter bevoegd. Opdracht daarentegen valt onder het privaatrecht en om deze reden is de burgerlijke (civiele) rechter bevoegd.

*Subsidie*

De bestuursrechtelijke rechtsbescherming bestaat uit bezwaar en beroep (art. 7:1 jo. 8:1 Awb). De burger kan in beginsel tegen alle besluiten in de zin van art. 1:3 Awb in bezwaar gaan en beroep aantekenen. Subsidies vallen onder de definitie van besluit. De burgers tekenen bezwaar aan bij de gemeente zelf, beroep bij de rechtbank en hoger beroep bij de Raad van State (ABRvS). Besluiten waar tegen de burgers bezwaar kunnen maken, zijn subsidieverlening (art. 4:29 Awb) en subsidievaststelling (art. 4:42 Awb). Dit bezwaar kan alleen ingediend worden door een belanghebbende. De belanghebbende heeft de mogelijkheid om een beslissing van de gemeente aan te vechten wegens strijd met recht, strijd met een beginsel van behoorlijk bestuur of strijd met doelmatigheid (oordeel over het beleid). De belanghebbende moet aantonen dat de gemeente een verkeerd besluit heeft genomen. Belanghebbende is degene die door het besluit rechtstreeks in zijn belang is getroffen (art. 1:2 lid 1 Awb). Bij subsidie is dat meestal de aanvrager of ontvanger.[[137]](#footnote-137)

*Opdracht*

In geschillen inzake de toepassing van het aanbestedingsrecht geldt als hoofdregel dat uitsluitend de burgerlijke rechter bevoegd is.[[138]](#footnote-138) Het gaat namelijk om privaatrechtelijke overeenkomsten. Indien er ten grondslag van de overeenkomst publiekrechtelijke rechts-handelingen plaats hebben genomen, dan moeten deze handelingen aangemerkt worden als besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling. Tegen deze voorbereidende besluiten staat geen beroep open bij de bestuursrechter (art. 8:3 Awb).[[139]](#footnote-139)

### 5.2.2 Onjuiste aanbesteding

Op zich is het duidelijk welke rechter bevoegd is, mits duidelijk is of het een subsidie of een opdracht betreft. Het risico ontstaat wanneer de burger of onderneming van mening is dat er een subsidie is verleend, wat een opdracht moest zijn. Indien een gegadigde of inschrijver van mening is dat er sprake is van een schending van een voorschrift van het aanbestedingsrecht door de gemeente, kunnen ze een procedure starten op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 van de BW: een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht). De burgerlijke rechter kan de volgende sancties en maatregelen opleggen:

* bevel tot afbreken aanbestedingsprocedure;
* bevel tot aanbesteding;
* bevel tot toelating tot de inschrijving of de onderhandelingen;
* bevel tot gunning aan eiser;
* verbod van gunning aan ander dan eiser;
* verbod van gunning aan een derde;
* bevel tot opzegging van de overeenkomst.
* verklaring voor recht;
* nietigheid en vernietiging van overeenkomsten wegens onregelmatige aanbesteding.
* schadevergoeding op grond van art. 6:95 e.v. van de BW
	+ vergoeding van het positief belang (gederfde nettowinst, onderdekking van algemene kosten, onderbezetting materieel, onderbezetting persoon);
	+ vergoeding van een gemiste kans;
	+ vergoeding van gemaakte kosten;
	+ andere schadeposten.[[140]](#footnote-140)

Indien blijkt dat de richtlijn wel toegepast had moeten worden, dus er moest aanbesteed worden, zijn de gevolgen van het niet-aanbesteden vergaand. De gemeente moet namelijk de subsidierelatie beëindigen en de opdracht alsnog (Europees) aanbesteden. Dit is een tijdrovende en kostbare zaak. Het niet nakomen van (Europese) aanbestedingsregels leidt tot diverse sancties en maatregelen. Om deze reden dient oneigenlijk gebruik zoveel mogelijk worden voorkomen. Het bestuursorgaan moet per geval beslissen of een financiële verstrekking zich kwalificeert als een opdracht of als een subsidie.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie is dat een gemeente onterecht geen aanbestedings-procedure heeft gevolgd. De rechter veroordeelt de gemeente op grond van onrechtmatige daad tot vergoeding van de schade, die bestaat uit de waarde van de door tegenpartij gemiste kans op het gegund krijgen van de opdracht, indien wel een aanbestedings-procedure was gevolgd.[[141]](#footnote-141) De waarde van de gemiste kans bestaat dan uit de vergoeding van gemaakte kosten, vergoeding van gederfde winst etc. Hiervoor is weergegeven welke maatregelen en sancties de eiser kan vorderen.

## 5.3 Belasting toegevoegde waarde (btw)

Het onderscheid tussen subsidie en opdracht is onder meer van belang voor de vraag of er btw is verschuldigd. Ondernemers zijn btw verschuldigd over aan hen gedane betalingen voor diensten en goederen. Over subsidies zijn ondernemers in beginsel geen btw verschuldigd, tenzij het gaat om prijssubsidies. Er is sprake van een prijssubsidie op grond van art. 11, A lid 1 sub a van de Zesde richtlijn, indien de subsidie:

* een tegenprestatie vormt;
* aan de leverancier of dienstverlener wordt betaald;
* door een derde wordt betaald.[[142]](#footnote-142)

De rechter onderzoekt of tussen de subsidie en de aan de derde verrichte prestatie een rechtstreeks verband bestaat.[[143]](#footnote-143) Het heeft geen zin om over subsidies btw te heffen. De overheid neemt dan geld terug dat zij zelf heeft uitgekeerd. Indien een subsidie opdracht blijkt te zijn, moet hierover btw worden betaald. Er is dan sprake van een vergoeding voor prestaties die de subsidieontvanger aan de gemeente verricht. De gemeente is dan de opdrachtgever en de subsidieontvanger is de opdrachtnemer.[[144]](#footnote-144) Het is dus belangrijk om je als gemeente af te vragen of er tussen de subsidie en de activiteit een rechtstreeks verband bestaat en of de activiteit als prestatie onder ‘bezwarende titel’ kan worden bestempeld.

Indien er sprake is van een rechtstreeks verband, maar de gemeente verkrijgt geen goederen of diensten voor eigen gebruik maar voor het algemeen belang, is er geen sprake van btw-heffing. Dit heet ook wel het ‘verbruikscriterium’.[[145]](#footnote-145) Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen vergoedingen voor het algemeen collectief belang en het individueel eigen belang. Indien er sprake is van een individueel eigen belang, moet er namelijk btw betaald worden.

### 5.3.1 De belastingdienst

Op grond van art. 1 van de Wet OB 1968 is belast de levering van goederen en diensten, die in Nederland door ondernemers in het kader van hun onderneming wordt verricht. Dit zijn alle prestaties welke tegen vergoeding worden verricht (art. 4 van de Wet OB). De belastingdienst is de instantie die de btw int. Voor de belastingdienst maakt de gekozen vorm van de financiële verstrekking niet uit. Of het nou subsidie of opdracht wordt genoemd, de belastingdienst kijkt alleen naar de dienstverlening die in ruil voor de financiële verstrekking wordt verricht. Op grond daarvan wordt bepaald of er wel of niet btw moet worden afgedragen. Er wordt in ieder geval geen btw geïnd over dienstverlening in het kader van de gemeentelijke publieke taken, ofwel in het algemeen belang. Indien de gemeente geen btw wil betalen en daarom kiest voor subsidie, is er sprake van belastingontduiking.

### 5.3.2 Accountantscontrole

Bij het verlenen van onrechtmatige financiële verstrekkingen kan de gemeente problemen ondervinden bij de accountantscontrole. De accountant houdt controles op de jaarrekening van de gemeente. De accountant controleert in het kader van de rechtmatigheidscontrole onder meer of er is gehandeld conform de Europese aanbestedingsrichtlijn. Indien dit niet zo is, kan er een overschrijding van de vastgelegde goedkeuringstolerantie zijn, hetgeen kan leiden tot een niet-instemmende accountantsverklaring.

### 5.3.3 Btw-compensatiefonds

Het btw-compensatiefonds is opgericht om gemeenten in hun rol als overheid tegemoet te komen. Op grond van art. 3 onder a van de Wet op het BTW-compensatiefonds heeft de gemeente recht op een bijdrage uit het fonds ter financiering van de omzetbelasting, die door een ondernemer aan het publiekrechtelijk lichaam in rekening is gebracht, dan wel van het publiekrechtelijk lichaam wordt geheven, ter zake van aan hem verrichte leveringen en diensten die het publiekrechtelijke lichaam bezigt anders dan in het kader van zijn onderneming. De subsidieontvanger is degene die de dupe wordt, indien er btw moet worden betaald over het ontvangen bedrag. Er blijft namelijk per saldo minder over. De subsidie-ontvanger kan dan proberen de btw te verhalen op de gemeente door middel van een factuur. De gemeente kan dan vervolgens proberen om deze btw terug te halen bij het btw-compensatiefonds. Dit fonds compenseert en neutraliseert de btw-heffing. De gemeente kan alleen een beroep doen op dit fonds, indien zij een overheidstaak door een derde laten uitvoeren, die wettelijk verplicht is. Het ten onrechte aanmerken als een subsidie, waar bij nader inzien sprake is van opdracht, kost de gemeente of de ondernemer dus 21% extra.

## 5.4 Controle minister

Indien er verplichtingen uit het VWEU niet worden nagekomen, is de lidstaat zelf verantwoordelijk en aansprakelijk. Dus indien een gemeente de regels niet nakomt, is de Koninkrijk der Nederlanden (ofwel Nederland) aansprakelijk. Het HvJ EU heeft in vaste jurisprudentie bepaald dat de regering aan deze aansprakelijkheid niet kan ontkomen door te wijzen op (nationale regels over) de verdeling van bevoegdheden of aansprakelijkheid tussen verschillende overheden.[[146]](#footnote-146)

Om te voorkomen dat de centrale overheid zelf de financiële risico’s van schendingen van Europees recht door decentrale overheden moet dragen, is de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (hierna: NERpe) vastgesteld.[[147]](#footnote-147) Deze wet geeft de minister op wiens beleidsterreinen Europese subsidies worden verstrekt, instrumenten om toezicht te houden op de decentrale overheden (en andere aanbestedende diensten). Tevens heeft de verantwoordelijke minister een bestuursrechtelijk verhaalrecht op door de EU opgelegde boetes, indien de Staat aansprakelijk wordt gesteld door fouten van de decentrale overheden. Op grond van art. 7 van de NERpe kan de minister vorderen:

* de betaling van een forfaitaire som;
* de betaling van een dwangsom;
* de terugbetaling van een aan de betrokken publieke entiteit verstrekte Europese subsidie vermeerderd met de eventueel daarover bekende rente.

Op deze manier blijft de verantwoordelijkheid voor de nakoming van de verplichtingen uit het EU recht bij de gemeente en het bestuursorgaan. Een van deze verantwoordelijkheden is het dragen van de financiële gevolgen van niet-nakoming van die verplichtingen.

Het besluit tot verhaal wordt genomen na overleg met het bestuursorgaan. De bedragen kunnen dan verrekend worden met de uitbetalingen die het bestuursorgaan zou krijgen (bijv. toekomstige subsidies). Stel dat het bestuursorgaan hiermee niet instemt of ze heeft geen betalingen tegoed, dan kan de Staat langs de civielrechtelijke weg een vordering tot verhaal van schade bij de rechter instellen.[[148]](#footnote-148)

Naast de NERpe is er ook de Comptabiliteitswet. In deze wet zijn onderzoeksbevoegdheden opgenomen voor ‘Onze verantwoordelijke Minister’ (art. 44) en de Algemene Rekenkamer (art. 92). De Minister en de Rekenkamer kunnen kennisnemen van jaarrekeningen en daarop betrekking hebbende rapporten. Tevens kunnen ze nadere inlichtingen vragen, inzage vorderen en een onderzoek instellen naar de administratie.

## 5.5 Conclusie

De regels van het Europees aanbestedingsrecht moeten in acht worden genomen. Indien dit niet wordt gedaan, komt de Commissie in beeld. Zij verzoekt de gemeente om het alsnog te doen en zij kan daarna een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie starten. Degene die vindt dat er onterecht subsidie is verleend (omdat er sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht), kan op grond van onrechtmatige daad een procedure starten bij de burgerlijke rechter. Hierbij kan bijv. gevorderd worden de vergoeding van de gemiste winst. Tevens is de keuze belangrijk voor het btw aspect. Over opdrachten moet btw worden betaald en over subsidies in beginsel niet. Uiteindelijk is de gemeente zelf verantwoordelijk voor het naleven van de wetgeving. Het Hof van Justitie van de Europese Unie stelt de Staat aansprakelijk, maar het ministerie heeft de bevoegdheid om de boete van het HvJ EU bij de decentrale overheid te verhalen. Het niet naleven van de wetgeving heeft daarnaast andere risico’s zoals imago- en politieke schade.

# Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden de conclusies uit deze scriptie getrokken en worden op basis hiervan een aantal aanbevelingen gedaan. In paragraaf 6.1 worden de conclusies in beeld gebracht. De aanbevelingen komen in paragraaf 6.2 aan de orde.

## 6.1 Conclusies

In deze paragraaf worden er conclusies getrokken op basis van het onderzoek dat is gedaan naar de grens tussen subsidie en (overheids)opdracht in het grijze gebied. De begrippen ‘subsidie’ en ‘overheidsopdracht’ zijn materiële begrippen. Het gaat niet om hoe partijen hun relatie benoemen, maar aan de hand van de inhoud van deze relatie moet worden beoordeeld of er sprake is van een subsidie of van een opdracht.

### 6.1.1 Subsidie

Er is sprake van een subsidie (art. 4:21 lid 1 van de Awb), indien is voldaan aan de volgende voorwaarden:

* Er is een aanspraak op financiële middelen;
* Deze financiële middelen worden door een bestuursorgaan verstrekt;
* Deze financiële middelen worden verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager;
* Er is geen sprake van een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. Dit wil zeggen dat indien er sprake is van een opdracht, er geen sprake kan zijn van een subsidie.

Afgezien van de nationale subsidies, worden er ook EG-subsidies verstrekt, die gecontroleerd worden door de Europese Commissie. Het doel van deze subsidies is het komen tot economische integratie van de lidstaten. De uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten ter uitvoering van de subsidiebeschikking met een verplichting tot nakoming. De gemeente kan een subsidie alleen verlenen, wanneer dit is bepaald in een wettelijk voorschrift (subsidieverordening). In de ASV van de gemeente ’s-Hertogenbosch staan de beleidsprogramma’s, de verdeling en het subsidieplafond. De gemeente ’s-Hertogenbosch maakt bij de verdeling van de subsidie onder andere gebruik van subsidietender. Hierbij dienen de partijen een aanvraag in. De gemeente bepaalt vervolgens op basis van criteria een rangorde van deze partijen. Dit lijkt erg op het aanbesteden van opdrachten.

### 6.1.2 Overheidsopdracht

In art. 1 lid 2 onder a van de Richtlijn 2004/18/EG staat de definitie van overheidsopdracht. Er is sprake van een overheidsopdracht wanneer er een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen aanbestedende dienst en ondernemer is, die betrekking heeft op werken, leveringen of diensten. Diensten zijn te onderscheiden in 2A en 2B diensten. Bij de 2A diensten moet de volledige procedure gevolgd worden en bij de 2B diensten slechts een klein deel van de procedure, namelijk de beginselen. De gemeente moet bij het aanbesteden de beginselen non discriminatie, gelijkheid, transparantie, proportionaliteit en objectiviteit in acht nemen. Europese regelgeving heeft rechtstreekse werking en zo ook de aanbestedings-richtlijnen. Boven de vastgelegde drempelwaarde moet een opdracht Europees worden aanbesteed. Onder de drempelwaarde kan dit verplicht zijn, indien er een grens-overschrijdend belang is. Er zijn uitzonderingen op de richtlijnen en de Aanbestedingswet 2012. Het inkoopbeleid van de gemeente ’s-Hertogenbosch is een nadere uitwerking van de Aanbestedingswet. Hierin is een checklist opgesteld voor de bepaling of er sprake is van een subsidie of van een opdracht.

### 6.1.3 Het grijze gebied

De overheid heeft geen keuzevrijheid, indien geoordeeld zou moeten worden dat het gebruik van het privaatrecht de publiekrechtelijke regeling in de subsidietitel op onaanvaardbare wijze zou doorkruisen. Indien er een overeenkomst wordt gesloten hetgeen een subsidie had moeten zijn, is er sprake van een doorkruising van het systeem van de Awb. De gemeente moet dan subsidiëren in plaats van aan te besteden. Het is dus niet toegestaan om alles aan te besteden. Dit is in strijd met de subsidietitel van de Awb.

Om een keuze te maken in het grijze gebied tussen subsidie en opdracht zijn de elementen derden, commerciële transactie, initiatief, nakomingsplicht, belang en integrale benadering opgesteld. Deze gelden niet bij een zuivere subsidie of een zuivere opdracht, maar voor het grijze gebied tussen subsidie en opdracht. De gemeente ’s-Hertogenbosch kan door het gebruik van deze elementen komen tot de juridisch juiste keuze of er is sprake van een opdracht, die moet worden aanbesteed of dat er middelen ter beschikking kunnen worden gesteld onder de noemer van subsidie. De elementen moeten wel in onderlinge samenhang worden gebruikt. Geen enkel element is van doorslaggevende betekenis.

Derden

Indien degene die de subsidie krijgt ook dezelfde activiteiten voor anderen verricht, is er sprake van een potentiële en concurrerende markt en op basis hiervan is er sprake van een opdracht. Dit is alleen niet bevestigd in de jurisprudentie of in andere rechtsbronnen.

Commerciële transactie

Bij subsidie wordt ten hoogste de kosten vergoed. Dit wil zeggen dat bij subsidie in principe het bedrag niet hoger mag zijn dan de kosten met een kleine winstmarge. Bij een opdracht is er sprake van een commerciële transactie waarbij de kosten van de activiteit plus een zekere winstmarge wordt betaald. Er kan geconcludeerd worden dat indien het bedrag wat betaald wordt onder de kosten is, er in principe sprake is van een subsidie, tenzij er sprake is van commerciële en dienstverlenende activiteiten. Daarnaast kan een bedrag dat een zekere winstmarge bevat (hoog bedrag) ook subsidie zijn, indien het bedrag is verstrekt ter stimulering van bepaalde activiteiten. Voor de berekening van het bedrag is niet alleen van belang wat de gemeente verstrekt aan geld, maar ook onkostenvergoedingen, inkomsten van derden en het niet innen van een bedrag. Het mondt namelijk uit tot hetzelfde resultaat.

Initiatief

Wanneer het initiatief uitgaat van degene die de activiteiten gaat verrichten, is er meestal sprake van een subsidie. Wanneer het initiatief uitgaat van de gemeente, is er vaak sprake van een opdracht. Hier is geen eenduidige jurisprudentie over.

Nakomingsplicht

De uitvoeringsovereenkomst legt, naast de subsidiebeschikking, verplichtingen op. Een van deze verplichtingen is de nakomingsplicht. Indien de overheid eisen stelt die verder strekken dan de publiekrechtelijke bevoegdheden, kan er sprake zijn van een opdracht. Deze eisen geven de overheid de bevoegdheid om controle uit te oefenen. Indien er geen uitvoerings- overeenkomst is opgesteld, kan er geen sprake zijn van een opdracht. De bezwarende titel ontbreekt, waardoor er niet wordt voldaan aan de definitie van een opdracht. Des te gedetailleerder de gemeente beschrijft, hoe eerder er sprake is van een opdracht.

Belang

Indien geld wordt verstrekt in het algemeen belang, is er sprake van een subsidie. Indien echter het rechtstreeks economisch belang van de gemeente zelf wordt gediend, is er sprake van een opdracht. Er is bepaald dat alle publiekrechtelijke bevoegdheden in het algemeen belang zijn. In de jurisprudentie is bepaald dat wettelijke taken van de gemeente in het algemeen belang zijn.

Integrale benadering

De inhoud van de overeenkomst is bepalend. De elementen zijn hulpmiddelen om tot een conclusie te komen. Zij moeten wel integraal benaderd worden. Bij de integrale benadering moet betrokken worden: prestatieplicht, nauwkeurigheid van de omschrijving van de activiteiten, publiekrechtelijke verantwoordelijkheid en de kostendekkendheid van de vergoeding.

De elementen derden en initiatief bieden geen uitkomst of er sprake is van een subsidie of een opdracht. Er is onvoldoende jurisprudentie hierover en de jurisprudentie gaat hier niet uitgebreid op in. Ook het element (algemeen) belang is geen doorslaggevend element. Afval inzamelen is namelijk een wettelijke taak in het algemeen belang. Dit wil echter niet zeggen dat de gemeente deze activiteit moet subsidiëren. Het element algemeen belang speelt om deze reden bij de afweging een kleine rol. Al deze elementen moeten op basis van de inhoud van de overeenkomst integraal benaderd worden. Per casus moet bekeken worden of er sprake is van een commerciële transactie en of er een nakomingsplicht is geregeld. Indien voldaan is aan de definitie van opdracht, kan er geen sprake meer zijn van een subsidie. Dit wordt verder uitgewerkt in paragraaf 6.2.1.

### 6.1.4 Risico’s

De regels van het Europees aanbestedingsrecht moeten in acht worden genomen. Indien dit niet wordt gedaan, komt de Commissie in beeld. Zij verzoekt de gemeente om het alsnog te doen en zij kan daarna een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie starten. Degene die vindt dat er onterecht subsidie is verleend (omdat er sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht), kan op grond van onrechtmatige daad een procedure starten bij de burgerlijke rechter. Hierbij kan bijv. gevorderd worden de vergoeding van de gemiste winst. Tevens is de keuze belangrijk voor het btw aspect. Over opdrachten moet btw worden betaald en over subsidies in beginsel niet. Uiteindelijk is de gemeente zelf verantwoordelijk voor het naleven van de wetgeving. Het Hof van Justitie van de Europese Unie stelt de Staat aansprakelijk, maar het ministerie heeft de bevoegdheid om de boete van het HvJ EU bij de decentrale overheid te verhalen.

## 6.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf worden er aanbevelingen gedaan op basis van de conclusies. Het verdient aanbeveling om deze afstudeerscriptie om te zetten in een handreiking. Om dit document voor iedereen leesbaar te maken, is een beslisboom handig. In bijlage 12 is er een beslisboom opgenomen, die de gemeente kan gebruiken. Vanzelfsprekend is het raadzaam om de handreiking en de beslisboom regelmatig te evalueren.

### 6.2.1 Definitie opdracht

De gemeente moet eerst kijken of de financiële verstrekking voldoet aan de definitie van de (Europese) overheidsopdracht. Nationale begrippen als overeenkomst en subsidie zijn namelijk niet relevant voor het toepassingsbereik van het Europees aanbestedingsrecht. Er moet gekeken worden naar wat er feitelijk gebeurt. Worden er afspraken gemaakt? Wordt er een overeenkomst opgesteld? De gemeenten moeten zich hierbij realiseren dat iets zowel een subsidie kan zijn als een opdracht. Het HvJ EU heeft in verschillende uitspraken bevestigd dat de vraag of er sprake is van een overheidsopdracht beantwoord moet worden door de concrete omstandigheden van het geval naast de definitie te leggen. De definities in de Richtlijnen dienen op een ruime en functionele wijze te worden uitgelegd, zodat het nuttig effect van de Richtlijn niet in gevaar wordt gebracht.

### 6.2.2 Algemene beginselen van het aanbestedingsrecht

De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht gelden niet voor subsidies. Toch is het aanbevelenswaardig dat de gemeente ’s-Hertogenbosch bij het verlenen van subsidies rekening houdt met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, bijv. transparantie. De gemeente moet zich verdiepen in de bijzondere werking van deze beginselen. De gemeente moet zorgvuldig handelen bij het nemen van een besluit. Hierbij moeten ze transparant handelen en een objectieve afweging maken. Ook in de jurisprudentie is bevestigd dat, indien de gemeente een vorm van aanbesteding houdt, zij zich moet gedragen overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zoals hiervoor vermeld, is het transparantiebeginsel een van de beginselen. De gemeente dient altijd transparant te handelen. Het transparantiebeginsel geldt in ieder geval voor alle besluiten die de gemeente neemt op basis van het EU recht. Ook het HvJ EU bevestigt in zijn uitspraken dat overheden exclusieve rechten niet buiten enige vorm van mededinging kunnen opdragen, indien buitenlandse interesse bestaat in deze rechten.

### 6.2.3 Subsidietendering

Subsidies zijn schaarse rechten: er zijn meer aanvragers dan beschikbare rechten (door het openbaar bestuur). Het verdelen van schaarse publieke rechten moet op een objectieve, transparante en zorgvuldige wijze plaatsvinden. Indien de gemeente telkens dezelfde partij voordelen biedt, zonder enige vorm van aanbesteding, kan dit niet worden gerechtvaardigd. Een manier om deze schaarse rechten te verdelen, is subsidietendering. Er wordt dan een onderlinge vergelijking van meerdere subsidieaanvragen gemaakt. Alle aanvragen die vóór een bepaalde sluitingsdatum zijn ingediend, worden gerangschikt. De subsidieaanvragers worden dus in onderlinge concurrentie beoordeeld. De subsidie wordt uiteindelijk aan de meest geschikte partij toegewezen. Deze manier van subsidiëren lijkt erg op aanbesteden.

### 6.2.4 Bij twijfel aanbesteden

Indien er getwijfeld wordt tussen subsidie of opdracht, is de keuze voor opdracht aan te bevelen. De gemeente moet hierbij wel een afweging maken tussen de effectiviteit van de richtlijn enerzijds en het voorkomen dat een situatie ontstaat, waarin elke activiteit onder de richtlijn valt, anderzijds. Daarnaast heeft het aanbesteden van opdrachten ook voordelen. Ten eerste bevordert de gemeente de concurrentie. Op deze manier is de overheid gebaat dat het project tegen de laagst mogelijke kosten wordt uitgevoerd en dat het van hoge kwaliteit is. Ten tweede kan de gemeente meer zeggenschap uitoefenen over de opdracht. De gemeente kan namelijk meer bijsturen tijdens de uitvoering van deze opdracht. Daarnaast bestaat bij het kiezen voor een subsidie het risico dat de subsidie alsnog als een opdracht aangemerkt wordt.

### 6.2.5 Van subsidie naar overeenkomst

Stel dat de gemeente de keuze maakt om bepaalde activiteiten aan te besteden in plaats van te subsidiëren, dan moeten ze de eerder gesubsidieerde instelling een redelijke termijn geven waarin de subsidie wordt afgebouwd. De redelijke termijn start met bekendmaking van het beëindigingsbesluit en heeft betrekking op de afbouw van de verplichtingen jegens derden in het kader van bestaande subsidierelaties en niet op het voorbereiden van een opdracht.

# Bronnenlijst

Boeken

**Daalder, de Groot en van Breugel 1998**

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht Derde Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1998.

**Ouden, Jacobs & Verheij 2004**

W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2004.

**Essers 2009**

M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een verantwoord aanbestedingsbeleid onder het aanbestedingsrecht*, Amsterdam: Reed Business 2009.

**Heijden 2006**

K. van der Heijden, *Subsidieverstrekking. Een praktische handreiking*, ’s-Gravenhage: Elsevier Overheid 2006.

**Pot e.a. 2006**

C.W. Pot e.a., *Handboek Van Het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

**Klompmaker, Sluijters & Veenstra 2008**

G. Klompmaker, A.M.M. Sluijters en J. Veenstra, I*nleiding Gemeentewet: van wet naar praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

**Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008**

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008.

**Pijnacker Hordijk, van der Bend & van Nouhuys 2009**

E. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het en Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: 2009.

**Van Hilten & Van Kesteren 2012**

H.W.M. van Kesteren & M.E. van Hilten, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2012.

Officiële bekendmakingen

Kamerstukken II 1993/1994, 23 700, nr. 3.

Kamerstukken II 2009/2010, 32 157, nr. 3.

Elektronische bronnen

I.J. van den Berge e.a., Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht 1 januari – 31 december 2010, 2011 en 2012, www.nysingh.nl (zoek op *kroniek jurisprudentie*).

‘Visie 8: Subsidie of overheidsopdracht’, *PIANOo* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.pianoo.nl (zoek op *visie 8*).

Factsheet subsidie en aanbesteding, *invoering WMO* geraadpleegd op 21 maart 2013, www.invoeringwmo.nl (zoek op *subsidie en aanbesteding*).

‘Grijs gebied tussen subsidie en opdracht’, *PIANOo* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.pianoo.nl (zoek op *grijs gebied*).

‘Toelichting subsidies, (subsidie)overeenkomsten en overheidsopdrachten’, *Vereniging van Nederlandse Gemeenten* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.vng.nl (zoek op *toelichting subsidie*).

‘Gids proportionaliteit’, *Rijksoverheid* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.rijksoverheid.nl (zoek op *gids proportionaliteit*).

‘Staatssteun’, Europa decentraal geraadpleegd op 27 februari 2013, www.europadecentraal.nl (zoek op *staatssteun*).

‘Feiten en meningen over aanbesteden’, Stade Advies BV geraadpleegd op 27 februari 2013, www.stade-advies.nl (zoek op *feiten en meningen aanbesteden*).

‘Aanbestedingen: Commissie daagt Nederland voor het Hof in verband met grondontwikkelingsproject in de gemeente Eindhoven’, 3 juni 2010 Brussel, IP/10/679, www.europa.eu/rapid/press-release\_IP-10-679\_nl.htm.

‘Handreiking Europaproof Gemeenten’, Europa decentraal, VNG en Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, www.europadecentraal.nl/europaproof.

N. van Lieshout, *Onderzoeksrapport Subsidie of opdracht?,* Eindhoven 2011, gemeente Eindhoven.

Overige bronnen

De voortgangsrapportage herijking subsidierelaties van Provinciale Staten, ‘Het leertje van de Kraan’, april 2008.

B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, ‘Subsidie of opdracht?’, *Gst*. 2006, 149.

A. Drahmann, ‘Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?’, *Gst.* 2011/115.

B.Sc.E.C.L. Prenen, ‘Subsidietendering’, *Gst*. 2009, 69.

Het werkdocument van de Europese Commissie, *Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest*, (SEC (2007) 1514).

P.A.C. Tazelaar, J.J.A. van Pelt, J.W.M. Hellendoorn in opdracht van het Ministerie van VWS, *Inkopen van extramurale begeleiding*, Barneveld: Significant 2011.

E.M.H. Hirsch Ballin en J.H. van Kreveld, R*echtsstatelijke subsidieverhoudingen, preadviezen VAR* (Vereniging voor Administratie Recht, thans Vereniging voor Bestuursrecht) 1988.

M.J. Jacobs en W. den Ouden, ‘Eerlijk zullen wij alles delen: ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot’, *jurisprudentie Bestuursrecht plus 2011*.

R.D. Luteijn, ‘Actualiteit projectontwikkeling en aanbestedingsrecht’, *Tender nieuwsbrief* maart 2010, p.3.

Frank van Ommeren, Willemien den Ouden & Johan Wolswinkel, ‘Schaarse publieke rechten’, *NJB* 2011,1470.

‘Subsidies: kiezen en (ver)delen onderzoek naar de beleidsrelevantie van subsidies voor sport en cultuur’ 24 april 2008, rekenkamercommissie ’s-Hertogenbosch.

‘Contractbeheer en contractmanagement’, *publicatie NPPP* juni 2004, p. 3.

Tweede verslag van de Commissie van de EG over de werking van het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, ingediend op grond van art. 34 van de Zesde richtlijn, document COM(88)799, def., 28 december 1988.

A. van Dongen, ‘Op het juiste spoor. Subsidies en BTW na het arrest-OPW’, *BtwBrief* nr. 2, 2002.

A.A.G.J. Buijze, ‘Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden’, *NTER* 2011, afl. 7.

H.M. Stergiou, ‘Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel’, *NTER* 2011, afl. 3.

*Handreiking overheidsopdracht en subsidie*, Nysingh advocaten en VNG, Den Haag 2013.

Jurisprudentie

*Hof van Justitie van de Europese Unie*

HvJ EU 22 juni 1993, nr. C- 243/89 (*Commissie vs Denemarken*).

HvJ EU 29 februari 1996, nr. C-215/94 (*Mohr*).

HvJ EU 12 juli 2001, nr. C-399/98 (*Scala)*.

HvJ EU 22 november 2001, nr. C-184/00 (*Office des Produits Wallons*).

HvJ EU 13 juni 2002, nr. C-353/00 (*Keeping Newcastle Warm)*.

HvJ EU 13 juni 2002, nr. C-382/99 (*Commissie vs Nederland)*.

HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark)*.

HvJ EU 20 oktober 2005, nr. C-264/03 (*Commissie vs Frankrijk*).

HvJ EU 18 januari 2007, nr. C-220/05 (*Auroux*).

HvJ EU 13 november 2007, nr. C-507/03 (*Commissie vs Ierland*).

HvJ EU 29 november 2007, nr. C-119/06 (*Commissie vs Italiaanse Republiek*).

HvJ EU 18 december 2007, nr. C-532/03 *(Ann Post*).

HvJ EU 21 februari 2008, nr. C-412/04 (*Commissie vs Italië*).

HvJ EU 15 mei 2008, nr. C-147/06 en C-148/06 (*SECAP en Santorso*).

HvJ EU 25 maart 2010, nr. C-451/08 (*Helmut Müller*).

HvJ EU 29 april 2010, nr. C-160/08 (*Commissie vs Duitsland*).

HvJ EU 6 mei 2010, nr. C-145/08 (*Club Hotel Loutraki*).

HvJ EU 15 juli 2010, nr. 271/08 (*Commissie vs Duitsland*).

*Hoge Raad*

HR 27 maart 1987, *LJN* AG5565.

HR 12 januari 1990, *LJN* AC2326.

HR 26 januari 1990, *LJN* AC0965.

HR 23 oktober 1991, *LJN* ZC474.

HR 8 december 1993, *LJN* ZC5533.

HR 22 december 1993, *LJN* ZC5551.

Hr. 18 februari 1994, *LJN* ZC1267.

HR 11 januari 2002, *LJN* AD7352.

HR 20 februari 2009, *LJN* AU9529.

HR 18 november 2011, *LJN* BU4900.

*Gerechtshof*

Gerechtshof Amsterdam 4 juni 1991, *LJN* AW6024.

Gerechtshof ’s-Gravenhage 31 januari 2001, *LJN* AB0451

Gerechtshof Arnhem 2 juni 2009, *LJN* BJ5616.

Gerechtshof ’s-Gravenhage 26 oktober 2010, LJN BO2080.

Gerechtshof Arnhem 26 april 2011, *LJN* BQ3090.

*Rechtbank*

Rb. Amsterdam 17 oktober 2002, *LJN* AS3635.

Rb. Zwolle 12 december 2007, *LJN* BC0341.

Rb. ‘s-Gravenhage (vzr.) 29 april 2008, *LJN* BD3221.

Rb. ’s-Gravenhage 24 september 2008, *LJN* BF4232.

Rb. Haarlem 19 februari 2009, *LJN* BH3508.

Rb. ‘s-Gravenhage (vzr.) 29 september 2009, *LJN* BK0046.

Rb. Maastricht 4 juni 2009, *LJN* BI6328.

Rb. Arnhem 10 november 2010, *LJN* BO4451.

Rb. Alkmaar 20 april 2011, *LJN* BQ2032.

Rb. Zutphen 4 mei 2011, *LJN* BV0451.

Rb. Groningen (vzr.) 10 juni 2011, *LJN* BQ8211.

Rb. Den Haag (vzr.) 19 juni 2012, *LJN* BW9894.

Rb. Amsterdam 20 juli 2011, *LJN* BT1883.

Rb. Rotterdam (vzr.) 31 januari 2012, *LJN* BW3238.

Rb. ‘s-Gravenhage 31 oktober 2012, *LJN* BY8867.

Rb. ’s-Hertogenbosch 9 april 2013, *LJN* BZ6635.

*Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*

ABRvS 19 maart 1981, LJN AM6485.

ABRvS 12 januari 1993, *LJN* AN3012.

ABRvS 17 mei 2001, LJN AB2050.

ABRvS 12 september 2001 *LJN* AN6776.

ABRvS 21 augustus 2002, *LJN* AE6718.

ABRvS 21 december 2005, *LJN* AU8444.

ABRvS 19 april 2006, *LJN* AW2275.

ABRVS 18 juli 2007, *LJN*BA9831

ABRvS 18 juni 2008, *LJN* BD5087.

ABRvS 9 september 2008, *LJN* BJ7186.

ABRvS 8 oktober 2008, *LJN* BF7186.

ABRvS 10 juni 2009, *LJN* BI7248.

ABRvS 9 september 2009, *LJN* BI7186.

ABRvS 20 oktober 2010, *LJN* BO1191.

ABRvS 26 september 2012, *LJN* BX8283.

*College van Beroep voor het Bedrijfsleven*

CBB 24 februari 2005, *LJN* AT1735.

CBB 9 juli 2008, *LJN* BD8180.

CBB 20 oktober 2010, *LJN* BO1191.

*Overige*

GEU 20 mei 2010, nr. T-258/06 (*Duitsland/Commissie*).

# Bijlagen

1. ‘Aantal inwoners ’s-Hertogenbosch groeide in 2012 met ruim 900 inwoners’, *’s-Hertogenbosch*, www.s-hertogenbosch.nl (zoek op *stad in cijfers*). [↑](#footnote-ref-1)
2. Klompmaker, Sluijters & Veenstra 2008, p. 75 e.v. [↑](#footnote-ref-2)
3. ‘College van burgemeester en wethouders’*, ’s-Hertogenbosch*, www.s-hertogenbosch.nl/bestuur-en-organisatie/college-bw. [↑](#footnote-ref-3)
4. ‘Gemeenteraad’, *’s-Hertogenbosch*, www.s-hertogenbosch.nl/bestuur-en-organisatie/gemeenteraad. [↑](#footnote-ref-4)
5. PIANOo-vakgroep, expertisecentrum over aanbesteden biedt informatie, advies, instrumenten en praktische tips aan iedereen die zich in de publieke sector bezighoudt met het inkopen en aanbesteden van werken, leveringen en diensten. Hun doel: professionalisering van inkoop bij alle overheden. [↑](#footnote-ref-5)
6. Heijden 2006, p. 14. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 12. [↑](#footnote-ref-7)
8. Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 30. [↑](#footnote-ref-8)
9. Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 32-33. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 12. [↑](#footnote-ref-10)
11. ABRvS 19 maart 1981, *LJN* AM6485. [↑](#footnote-ref-11)
12. Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 35. [↑](#footnote-ref-12)
13. Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 33. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 23-26. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Handreiking Europaproof Gemeenten* opgesteld door Europa decentraal, VNG en Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (www.europadecentraal.nl/europaproof). [↑](#footnote-ref-15)
16. ‘Staatssteun’, *Europa decentraal* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.europadecentraal.nl (zoek op *staatssteun*). [↑](#footnote-ref-16)
17. Heijden 2006, p. 32-33. [↑](#footnote-ref-17)
18. HvJ EU 13 juni 2002, nr. C-382/99 (*Commissie vs Nederland)*. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 134 e.v. [↑](#footnote-ref-19)
20. Heijden 2006, p. 67 e.v. [↑](#footnote-ref-20)
21. HR 27 maart 1987, *LJN* AG5565. [↑](#footnote-ref-21)
22. HR 12 januari 1990, *LJN* AC2326. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 28. [↑](#footnote-ref-23)
24. B.Sc.E.C.L. Prenen, ‘Subsidietendering’, *Gst. 2009, 69.* [↑](#footnote-ref-24)
25. ABRvS 26 september 2012, *LJN* BX8283. [↑](#footnote-ref-25)
26. ‘Subsidies: kiezen en (ver)delen onderzoek naar de beleidsrelevantie van subsidies voor sport en cultuur’ 24 april 2008, rekenkamercommissie ’s-Hertogenbosch. [↑](#footnote-ref-26)
27. Essers 2009, p. 29 [↑](#footnote-ref-27)
28. HvJ EU 12 juli 2001, nr. C-399/98 (*Scala*). [↑](#footnote-ref-28)
29. HvJ EU 18 januari 2007, nr. C-220/05 (*Auroux*) en HvJ EU 20 oktober 2005, nr. C-264/03 (*Commissie vs Frankrijk*). [↑](#footnote-ref-29)
30. De definities zijn opgenomen in bijlage 1. [↑](#footnote-ref-30)
31. Pijnacker Hordijk, van der Bend & van Nouhuys 2009, p. 76. [↑](#footnote-ref-31)
32. Rb. Alkmaar 20 april 2011, *LJN* BQ2032. [↑](#footnote-ref-32)
33. HvJ EU 18 januari 2007, nr. C-220/05 (Auroux), r.o. 40 en HvJ EU 25 maart 2010, nr. C-451/08 (*Helmut Müller).* [↑](#footnote-ref-33)
34. HvJ EU 6 mei 2010, nr. C-145/08 (*Club Hotel Loutraki*). [↑](#footnote-ref-34)
35. ‘Feiten en meningen over aanbesteden’, Stade Advies BV geraadpleegd op 27 februari 2013, www.stade-advies.nl (zoek op feiten en meningen aanbesteden). [↑](#footnote-ref-35)
36. GEU 20 mei 2010, nr. T-258/06 (*Duitsland/Commissie*). [↑](#footnote-ref-36)
37. HvJ EU 18 december 2007, nr. C-532/03 (*Ann Post)*. [↑](#footnote-ref-37)
38. HvJ EU 21 februari 2008, nr. C-412/04 (*Commissie vs Italië*) & HvJ EU 15 mei 2008, nr. C-147/06 en C-148/06 (*SECAP en Santorso)*. [↑](#footnote-ref-38)
39. Essers 2009, p. 31 e.v. [↑](#footnote-ref-39)
40. HvJ EU 22 juni 1993, nr. C- 243/89 (*Commissie vs Denemarken*), r.o. 32-35. [↑](#footnote-ref-40)
41. ‘Gids proportionaliteit’, *Rijksoverheid* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.rijksoverheid.nl (zoek op *gids proportionaliteit*). [↑](#footnote-ref-41)
42. HvJ EU 13 november 2007, nr. C-507/03 (*Commissie vs Ierland*), r.o. 29-32. [↑](#footnote-ref-42)
43. HvJ EU 22 juni 1993, nr. C- 243/89 (*Commissie vs Denemarken*), r.o. 32-35. [↑](#footnote-ref-43)
44. HvJ EU 13 november 2007, nr. C-507/03 (*Commissie vs Ierland*), r.o. 25. [↑](#footnote-ref-44)
45. Deze onderwerpen zijn uitgesloten en worden niet behandeld. [↑](#footnote-ref-45)
46. ‘Contractbeheer en contractmanagement’, *publicatie NPPP* juni 2004, p. 3. [↑](#footnote-ref-46)
47. Hr. 18 februari 1994, *LJN* ZC1267 en HR 26 januari 1990, *LJN* AC0965. [↑](#footnote-ref-47)
48. ABRvS 19 april 2006, *LJN* AW2275. [↑](#footnote-ref-48)
49. ABRvS 8 oktober 2008, *LJN* BF7186 en ABRvS 10 juni 2009, *LJN* BI7248. [↑](#footnote-ref-49)
50. *Handreiking Europaproof Gemeenten* opgesteld door Europa decentraal, VNG en Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (www.europadecentraal.nl/europaproof). [↑](#footnote-ref-50)
51. HvJ EU 12 juli 2001, nr. C-399/98 (*Scala)*. [↑](#footnote-ref-51)
52. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p.33 (MvT). [↑](#footnote-ref-52)
53. ABRvS 21 augustus 2002, *LJN* AE6718. [↑](#footnote-ref-53)
54. ‘Visie 8: Subsidie of overheidsopdracht’, *PIANOo* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.pianoo.nl (zoek op visie 8). [↑](#footnote-ref-54)
55. Factsheet subsidie en aanbesteding, *invoering WMO* geraadpleegd op 21 maart 2013, www.invoeringwmo.nl (zoek op subsidie en aanbesteding). [↑](#footnote-ref-55)
56. De voortgangsrapportage herijking subsidierelaties van Provinciale Staten, ‘Het leertje van de Kraan’, april 2008. [↑](#footnote-ref-56)
57. Zie bijlage 5 voor dit document. [↑](#footnote-ref-57)
58. Het verschil tussen een zekere en een kleine winstmarge is niet uitgewerkt in de jurisprudentie. Er moet per casus bekeken worden of er sprake is van een zekere of een kleine winstmarge. [↑](#footnote-ref-58)
59. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p.33 (MvT) en PG Awb II, p. 189 l.k. [↑](#footnote-ref-59)
60. HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark)*. [↑](#footnote-ref-60)
61. ABRvS 12 september 2001 *LJN* AN6776. [↑](#footnote-ref-61)
62. CBB 24 februari 2005, *LJN* AT1735. [↑](#footnote-ref-62)
63. CBB 9 juli 2008, *LJN* BD8180. [↑](#footnote-ref-63)
64. ABRvS 17 mei 2001, *LJN* AB2050. [↑](#footnote-ref-64)
65. Rb. ’s-Gravenhage 24 september 2008, *LJN* BF4232. [↑](#footnote-ref-65)
66. Gerechtshof ’s-Gravenhage 26 oktober 2010, *LJN* BO2080. [↑](#footnote-ref-66)
67. Rb. Haarlem 19 februari 2009, *LJN* BH3508. [↑](#footnote-ref-67)
68. HvJ EU 29 november 2007, nr. C-119/06 (*Commissie vs Italiaanse Republiek*). [↑](#footnote-ref-68)
69. HvJ EU 18 januari 2007, nr. C-220/05 r.o. 45 (*Auroux*). [↑](#footnote-ref-69)
70. HvJ EU 22 november 2001, nr. C-184/00 (*Office des Produits Wallons*). [↑](#footnote-ref-70)
71. HvJ EU 12 juli 2001, nr. C-399/98, r.o. 86 (*Scala)*. [↑](#footnote-ref-71)
72. Gerechtshof Arnhem 2 juni 2009, *LJN* BJ5616. [↑](#footnote-ref-72)
73. Gerechtshof ’s-Gravenhage 31 januari 2001, *LJN* AB0451. [↑](#footnote-ref-73)
74. Rb. Amsterdam 17 oktober 2002, *LJN* AS3635. [↑](#footnote-ref-74)
75. B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, ‘Subsidie of opdracht?’, Gst. 2006, 149. [↑](#footnote-ref-75)
76. Visie 8: Subsidie of overheidsopdracht’, *PIANOo* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.pianoo.nl (zoek op visie 8). [↑](#footnote-ref-76)
77. Factsheet subsidie en aanbesteding, *invoering WMO* geraadpleegd op 21 maart 2013, www.invoeringwmo.nl (zoek op subsidie en aanbesteding). [↑](#footnote-ref-77)
78. A. Drahmann ‘Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?’, *Gst.* 2011/115. [↑](#footnote-ref-78)
79. De voortgangsrapportage herijking subsidierelaties van Provinciale Staten, ‘Het leertje van de Kraan’, april 2008. [↑](#footnote-ref-79)
80. Het werkdocument van de Europese Commissie, *Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest*, (SEC (2007) 1514). [↑](#footnote-ref-80)
81. ‘Grijs gebied tussen subsidie en opdracht’, *PIANOo* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.pianoo.nl (zoek op *grijs gebied*). [↑](#footnote-ref-81)
82. Zie bijlage 5 voor dit document. [↑](#footnote-ref-82)
83. ‘Visie 8: Subsidie of overheidsopdracht’, *PIANOo* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.pianoo.nl (zoek op *visie 8*). [↑](#footnote-ref-83)
84. Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 33. [↑](#footnote-ref-84)
85. Gerechtshof Amsterdam 4 juni 1991, *LJN* AW6024. [↑](#footnote-ref-85)
86. ABRvS 12 januari 1993, *LJN* AN3012. [↑](#footnote-ref-86)
87. CBB 9 juli 2008, *LJN* BD8180 en CBB 20 oktober 2010, *LJN* BO1191. [↑](#footnote-ref-87)
88. B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, ‘Subsidie of opdracht?’, Gst. 2006, 149. [↑](#footnote-ref-88)
89. P.A.C. Tazelaar, J.J.A. van Pelt, J.W.M. Hellendoorn in opdracht van het Ministerie van VWS, *Inkopen van extramurale begeleiding*, Barneveld: Significant 2011. [↑](#footnote-ref-89)
90. Zie bijlage 5 voor dit document. [↑](#footnote-ref-90)
91. A. Drahmann ‘Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?’, *Gst.* 2011/115. [↑](#footnote-ref-91)
92. Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 66. [↑](#footnote-ref-92)
93. Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 28 en 62. [↑](#footnote-ref-93)
94. HvJ EU 25 maart 2010, nr. C-451/08 (*Helmut Müller*). [↑](#footnote-ref-94)
95. HvJ EU 20 oktober 2005, nr. C-264/03 (*Commissie vs Frankrijk*). [↑](#footnote-ref-95)
96. Rb. Groningen (vzr.) 10 juni 2011, *LJN* BQ8211. [↑](#footnote-ref-96)
97. ABRvS 20 oktober 2010, *LJN* BO1191 en *JB* 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs. [↑](#footnote-ref-97)
98. Rb. Arnhem 10 november 2010, *LJN* BO4451 en Gerechtshof Arnhem 26 april 2011, *LJN* BQ3090. [↑](#footnote-ref-98)
99. HR 20 februari 2009, *LJN* AU9529. [↑](#footnote-ref-99)
100. Rb. ’s-Hertogenbosch 9 april 2013, *LJN* BZ6635. [↑](#footnote-ref-100)
101. De voortgangsrapportage herijking subsidierelaties van Provinciale Staten, ‘Het leertje van de Kraan’, april 2008. [↑](#footnote-ref-101)
102. P.A.C. Tazelaar, J.J.A. van Pelt, J.W.M. Hellendoorn in opdracht van het Ministerie van VWS, *Inkopen van extramurale begeleiding*, Barneveld: Significant 2011. [↑](#footnote-ref-102)
103. B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, ‘Subsidie of opdracht?’, Gst. 2006, 149. [↑](#footnote-ref-103)
104. ‘Visie 8: Subsidie of overheidsopdracht’, *PIANOo* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.pianoo.nl (zoek op visie 8). [↑](#footnote-ref-104)
105. A. Drahmann, ‘Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?’, *Gst.* 2011/115. [↑](#footnote-ref-105)
106. De Europese Commissie zegt in het werkdocument ‘Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest” (SEC (2007) 1514)’ het volgende hierover: ‘Public procurement rules apply as soon as there is an obligation to provide a particular service against remuneration. Conversely, the pure financing of an activity, possibly coupled with an obligation to reimburse the money if it is not used for the purpose it was intended for, will normally not be covered by the public procurement’. [↑](#footnote-ref-106)
107. E.M.H. Hirsch Ballin en J.H. van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, preadviezen VAR (*Vereniging voor Administratie Recht, thans Vereniging voor Bestuursrecht) 1988 pag. 69. [↑](#footnote-ref-107)
108. Visie 8: Subsidie of overheidsopdracht’, *PIANOo* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.pianoo.nl (zoek op *visie 8*). [↑](#footnote-ref-108)
109. Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 25. [↑](#footnote-ref-109)
110. HvJ EU 15 juli 2010, nr. 271/08 (*Commissie vs Duitsland*). [↑](#footnote-ref-110)
111. HvJ EU 29 februari 1996, nr. C-215/94 (*Mohr*). [↑](#footnote-ref-111)
112. HvJ EU 12 juli 2001, nr. C-399/98 (*Scala)*. [↑](#footnote-ref-112)
113. HvJ EU 13 juni 2002, nr. C-353/00 (*Keeping Newcastle Warm)*. [↑](#footnote-ref-113)
114. HvJ EU 29 april 2010, nr. C-160/08 (*Commissie vs Duitsland*). [↑](#footnote-ref-114)
115. CBB 9 juli 2008, *LJN* BD8180. [↑](#footnote-ref-115)
116. ABRvS 18 juni 2008, *LJN* BD5087. [↑](#footnote-ref-116)
117. Rb. Zwolle 12 december 2007, *LJN* BC0341. [↑](#footnote-ref-117)
118. ABRvS 21 december 2005, *LJN* AU8444. [↑](#footnote-ref-118)
119. HR 8 december 1993, *LJN* ZC5533. [↑](#footnote-ref-119)
120. In art. 43 lid c van de Comptabiliteitswet 2001 staat de definitie van rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT’s), namelijk: “*rechtspersonen voor zover die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen*”. Voorbeelden zijn: zorgverzekeraars, Sociale Verzekeringsbank, Prorail en Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen. RWT’s hebben specifieke en individuele wet- en regelgeving. [↑](#footnote-ref-120)
121. Rb. ‘s-Gravenhage (vzr.) 29 april 2008, *LJN* BD3221 en Rb. ‘s-Gravenhage (vzr.) 29 september 2009, *LJN* BK0046. [↑](#footnote-ref-121)
122. HR 18 november 2011, *LJN* BU4900. [↑](#footnote-ref-122)
123. Het werkdocument van de Europese Commissie ‘Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest” (SEC (2007) 1514) [↑](#footnote-ref-123)
124. Factsheet subsidie en aanbesteding, *invoering WMO* geraadpleegd op 21 maart 2013, www.invoeringwmo.nl (zoek op subsidie en aanbesteding). [↑](#footnote-ref-124)
125. ‘Toelichting subsidies, (subsidie)overeenkomsten en overheidsopdrachten’, *Vereniging van Nederlandse Gemeenten* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.vng.nl (zoek op *toelichting subsidie*). [↑](#footnote-ref-125)
126. De voortgangsrapportage herijking subsidierelaties van Provinciale Staten, ‘Het leertje van de Kraan’, april 2008. [↑](#footnote-ref-126)
127. E.M.H. Hirsch Ballin en J.H. van Kreveld, R*echtsstatelijke subsidieverhoudingen, preadviezen VAR* (Vereniging voor Administratie Recht, thans Vereniging voor Bestuursrecht) 1988, pag. 26. [↑](#footnote-ref-127)
128. Van de Pot & Donner, pag. 296. [↑](#footnote-ref-128)
129. Visie 8: Subsidie of overheidsopdracht’, *PIANOo* geraadpleegd op 27 februari 2013, www.pianoo.nl (zoek op visie 8). [↑](#footnote-ref-129)
130. Rb. Zwolle 12 december 2007, *LJN* BC0341. [↑](#footnote-ref-130)
131. ‘Aanbestedingen: Commissie daagt Nederland voor het Hof in verband met grondontwikkelingsproject in de gemeente Eindhoven’, 3 juni 2010 Brussel, IP/10/679. (www.europa.eu). [↑](#footnote-ref-131)
132. *Handreiking Europaproof Gemeenten* opgesteld door Europa decentraal, VNG en Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (www.europadecentraal.nl/europaproof). [↑](#footnote-ref-132)
133. Andere provincies hebben dit programma ook, maar verdelen op basis van volgorde van binnenkomst. [↑](#footnote-ref-133)
134. ‘Goedgekeurde projecten’, www.op-zuid.nl/op-zuid/goedgekeurde-projecten. [↑](#footnote-ref-134)
135. Pijnacker Hordijk, van der Bend & van Nouhuys 2009, p. 549-556. [↑](#footnote-ref-135)
136. Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 255 [↑](#footnote-ref-136)
137. Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 170 e.v. [↑](#footnote-ref-137)
138. Tevens kan er een arbitrage-overeenkomst gesloten worden, waardoor de arbitragerechter bevoegd is. De behandeling hiervan is te uitgebreid voor deze scriptie. [↑](#footnote-ref-138)
139. Pijnacker Hordijk, van der Bend & van Nouhuys 2009, p. 579. [↑](#footnote-ref-139)
140. Pijnacker Hordijk, van der Bend & van Nouhuys 2009, p. 621 e.v. [↑](#footnote-ref-140)
141. Rb. Amsterdam 20 juli 2011, *LJN* BT1883. [↑](#footnote-ref-141)
142. Tweede verslag van de Commissie van de EG over de werking van het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, ingediend op grond van art. 34 van de Zesde richtlijn, document COM(88)799, def., 28 december 1988, pag. 26. [↑](#footnote-ref-142)
143. A. van Dongen, ‘Op het juiste spoor. Subsidies en BTW na het arrest-OPW, *BtwBrief* nr. 2, 2002, p. 6-10. [↑](#footnote-ref-143)
144. HvJ EU 22 november 2001, nr. C-184/00 (*Office des Produits Wallons*). [↑](#footnote-ref-144)
145. Van Hilten & Van Kesteren 2012, p. 127 e.v. [↑](#footnote-ref-145)
146. Bijv. nr. C-77/69 ((*houtbelasting*), Jur. 1970, p. 244. [↑](#footnote-ref-146)
147. Vóór 24 mei 2012 was deze wet: Wet TES (Wet Toezicht Europese Subsidies). [↑](#footnote-ref-147)
148. Kamerstukken II 2009/2010, 32 157, nr. 3, p. 17. [↑](#footnote-ref-148)