



'De afweging tussen subsidie en aanbesteden'

Toetsing van: Afstuderen HBR-4-AS17-AS

Hogeschool Leiden	Opleiding HBO-Rechten
Nina J. Hanemaaijer – s1100917	Dhr. G. Kuiper
	Dhr. S. Kok
	16-06-2020
Klas RE4E	Collegejaar 2019-2020
Gemeente Westland	Dhr. J. Mols

Samenvatting

Als je naar het begrip subsidie kijkt, lijkt er weinig ruimte voor onduidelijkheid over de vraag wanneer een activiteit zich daarvoor leent. In de praktijk blijkt dit echter toch niet altijd helder te zijn en is er een grijs gebied waarbinnen bepaalde activiteiten zich lenen voor zowel het verstrekken van een subsidie als voor aanbesteding. Er is dan bijvoorbeeld niet sprake van één initiatiefnemer, maar dat zowel de gemeente als een externe partij iets wil. Er is dan enige bewegingsruimte om te zeggen subsidie, want een externe partij wil bijvoorbeeld een activiteit uitvoeren en heeft daarbij ondersteuning nodig van de gemeente, of aanbesteding, want de gemeente wil per se dat de activiteit wordt uitgevoerd.

En daar zit het punt, want hoe bepaal je als gemeente – als het dus twee kanten op kan – welke kant je dan kiest. Vind je het als gemeente belangrijk dat je de prestatie kunt afdwingen, dan is een opdracht logischer, want een gesubsidieerde activiteit kun je niet afdwingen (je kunt alleen de subsidie later lager vaststellen als de activiteiten niet (volledig) zijn uitgevoerd.) Je kunt bij een subsidie wel een uitvoeringsovereenkomst maken, maar dan loop je het risico dat dat wordt gezien als een afgesproken resultaat, en dat toch sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht. Dus de vraag is waar de bewegingsruimte voor de gemeente zit en hoe de gemeente daar – op uniforme – wijze gebruik van kunnen maken.

Het doel van dit onderzoek is dan ook om de medewerkers van de gemeente Westland meer duidelijkheid te geven over hoe er beslissingen moeten worden genomen over subsidie dan wel aanbesteding.

Om duidelijkheid te geven aan de gemeente Westland staat de volgende vraag centraal:

Welk advies kan er aan de gemeente Westland worden gegeven over de invulling van het beleid omtrent de keuze tussen subsidie en aanbesteden op grond van de wet, literatuur, jurisprudentie en dossieronderzoek?

Bij beantwoording van die vraag is er gekeken naar de overwegingen die de rechter maakt, naar de wet, naar literatuur en is er een dossieronderzoek uitgevoerd. Door een analyse te maken, is er een advies opgesteld voor de gemeente Westland.

De gemeente Westland hoopt door dit onderzoek te bewerkstelligen dat haar medewerkers beslissingen omtrent aanbesteden en subsidie op basis van de juiste argumenten doen en dat het maken van een bepaalde beslissing ook eenvoudiger wordt. Daarnaast hoopt de gemeente Westland dat er op deze manier meer eenheid bestaat tussen de zaken en dat onjuiste beslissingen steeds minder gaan voorkomen.

Uit de resultaten van het dossieronderzoek is gebleken dat de knelpunten in dossiers vaak liggen bij wie de initiatiefnemer is, of de vergoeding marktconform is en of er sprake is van een overeenkomst. Deze factoren zijn wel van groot belang om een afweging te maken tussen subsidie en aanbesteding. Bij het staatssteun perspectief zijn de knelpunten vaak of er sprake is van economische activiteiten en of de subsidie de tussenstaatse handel beïnvloed. Nu er in veel dossiers is gekozen voor subsidie, is de mogelijkheid aanwezig dat er sprake is van staatssteun.

Er kan geconcludeerd worden dat het van belang is om antwoorden te hebben op bovenstaande knelpunten, die ook goed beargumenteerd kunnen worden. Op die manier kan er een betere afweging gemaakt worden tussen subsidie en aanbesteding. Uit de literatuur volgt immers dat indien het initiatief bij de gemeente ligt er vaak sprake is van een opdracht, de gemeente is er namelijk bij gebaat. Ligt het initiatief bij degene die de vergoeding krijgt is er eerder sprake van een subsidie. Verder blijkt uit de jurisprudentie dat bij een subsidie ten hoogste de kosten worden vergoed, dit moet ter stimulering van iets zijn. Aan de andere kant wordt bij een opdracht daarentegen vaak alles vergoed plus een winstmarge. Ook kan je bij een subsidie geen activiteiten afdwingen. Dit kan wel indien je een uitvoeringsovereenkomst naast de subsidiebeschikking legt, maar indien de gemeente eisen gaat stellen die ervoor zorgen dat de gemeente (veel) grip krijgt op de uitvoering van activiteiten, kan alsnog sprake zijn van een opdracht. Indien de uitvoeringsovereenkomst niet is opgesteld, kan er ook geen sprake zijn van een opdracht, het ontbreekt immers aan een bezwarende titel. Dus hoe meer grip en hoe gedetailleerder de gemeente beschrijft, hoe eerder sprake is van een opdracht.

De gemeente Westland wordt naar aanleiding van dit onderzoek dan ook aanbevolen om medewerkers over dit onderzoek in te lichten en bij twijfel te kiezen voor aanbesteding. Daarnaast moet er een uitgebreide argumentatie bij de beslissing zitten, want op die manier staat de gemeente sterker bij een mogelijke procedure.

Inhoudsopgave

Samenvatting	2
Hoofdstuk 1: Inleiding	5
1.1 Aanleiding.....	5
1.2 Beschrijving van het vraagstuk.....	5
1.3 Doelstelling.....	6
1.4 Centrale vraag en deelvragen	7
1.5 onderzoeksmethode en verantwoording	7
1.6 Leeswijzer	10
Hoofdstuk 2: Subsidie.....	11
2.1 De definitie	11
2.2 De uitvoeringsovereenkomst	14
2.3 Europese regelgeving	15
2.4 Subsidiebeleid gemeente Westland.....	16
2.5 Samenvatting.....	17
Hoofdstuk 3: Aanbesteden.....	18
3.1 De aanbestedingswet	18
3.2 Beginselen van het aanbestedingsrecht	18
3.3 De definitie	19
3.4 Europese regelgeving	22
3.4.1 Drempelbedragen	22
3.4.2 Aanbestedingsbeleid	23
3.5 Aanbestedingsbeleid gemeente Westland	24
3.6 Samenvatting.....	26
Hoofdstuk 4: Risico's bij een onjuiste keuze	28
4.1 Nationale risico's	28
4.1.1 Procedure bij de rechter	28
4.1.2 Accountantscontrole	29
4.2 Europese risico's.....	30
4.3 Samenvatting.....	31
Hoofdstuk 5: Dossieronderzoek.....	33
5.1 Resultaten	34
Hoofdstuk 6: Conclusie en aanbevelingen	36
6.1 Conclusie	36
6.2 Aanbevelingen	38
Bronnenlijst	40

Hoofdstuk 1: Inleiding

In dit hoofdstuk lees je wat de aanleiding is geweest om te kiezen voor het onderwerp ‘subsidie en aanbesteding’. Vervolgens wordt er beschreven wat het vraagstuk is wat speelt bij de gemeente Westland en wat de gemeente hoopt te bereiken naar aanleiding van dit onderzoek. Tot slot komen de deelvragen aan bod en wordt uitgelegd waarom voor bepaalde methoden is gekozen.

1.1 Aanleiding

Dit onderzoek doe ik in opdracht van de gemeente Westland. De juridische afdeling van de gemeente houdt zich onder andere bezig met het verstrekken van subsidies en aanbestedingsplichtige opdrachten.

De aanleiding voor het onderzoek is dat het lijkt of het vrij duidelijk is wanneer een activiteit zich leent voor een subsidie, zeker als je naar het begrip subsidie kijkt in art. 4:21 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit luidt namelijk als volgt:

“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.”

Echter, er is een grijs gebied. In dat grijze gebied is er over het algemeen sprake van dat er niet 1 initiatiefnemer is, maar dat zowel de gemeente als een externe partij iets wil. Er is dan enige bewegingsruimte om te zeggen subsidie, want een externe partij wil bijvoorbeeld een activiteit uitvoeren en heeft daarbij ondersteuning nodig van de gemeente, of aanbesteding, want de gemeente wil per se dat de activiteit wordt uitgevoerd.

En daar zit het punt, want hoe bepaal je als gemeente – als het dus twee kanten op kan – welke kant je dan kiest. Vind je het als gemeente belangrijk dat je de prestatie kunt afdwingen, dan is een opdracht logischer, want een gesubsidieerde activiteit kun je niet afdwingen (je kunt alleen de subsidie later lager vaststellen als de activiteiten niet (volledig) zijn uitgevoerd). Je kunt bij een subsidie wel een uitvoeringsovereenkomst maken, maar dan loop je het risico dat dat wordt gezien als een afgesproken resultaat, en dat er toch sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht.

1.2 Beschrijving van het vraagstuk

De illusie is ontstaan onder medewerkers dat men kan kiezen en als je dan toch kan kiezen, dan kiezen zij voor de eenvoudigste manier en dat is in veel gevallen subsidie. Het vervelende hieraan is

dat er wel risico's aan zitten indien er een onjuiste keuze wordt gemaakt. Uiteindelijk zal dan ook blijken dat de makkelijke optie subsidie eigenlijk helemaal niet zo makkelijk was. De risico's die eraan hangen zijn bijvoorbeeld dat er een procedure tegen de gemeente wordt gestart, dat er achteraf staatssteun bij komt kijken of dat de accountant vindt dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld.

Dit geeft dus aan dat er een grijs gebied bestaat tussen beide keuzes, waardoor de keuze in sommige gevallen niet zo eenvoudig is. Het is voor medewerkers van de gemeente Westland dan ook niet altijd duidelijk wanneer zij iets moeten subsidiëren of aanbesteden. De vraag is dus waar de bewegingsruimte voor de gemeente zit en hoe de gemeente daar – op uniforme – wijze gebruik van kunnen maken.

Door dit onderzoek hoopt de gemeente Westland tot een bruikbaar advies te komen, zodat zij weten hoe zij met bepaalde situaties om moeten gaan indien zij het moeilijk vinden om een afweging te maken. Door te onderzoeken waar de knelpunten liggen en hier een advies aan te hangen, wordt het grijze gebied tussen subsidie en aanbesteden kleiner. Door een eenduidig advies kan een zaak beter beargumenteerd worden en dat zorgt voor meer eenheid en duidelijkheid.

1.3 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om de medewerkers van de gemeente Westland meer duidelijkheid te geven over hoe er beslissingen moeten worden genomen over subsidie dan wel aanbesteding.

Daarbij dient te worden gekeken naar de overwegingen die de rechter maakt, naar de wet, naar literatuur en er moet ook een dossieronderzoek komen. Door de hiervoor genoemde bevindingen te analyseren, zal een advies worden gegeven aan de medewerkers van de gemeente Westland.

De gemeente Westland hoopt door dit onderzoek te bewerkstelligen dat haar medewerkers beslissingen omtrent aanbesteden en subsidie op basis van de juiste argumenten doen en dat het maken van een bepaalde beslissing ook eenvoudiger wordt. Daarnaast hoopt de gemeente Westland dat er op deze manier meer eenheid bestaat tussen de zaken en dat onjuiste beslissingen steeds minder gaan voorkomen.

1.4 Centrale vraag en deelvragen

Hieronder volgt de centrale vraag in dit onderzoek:

Welke advies kan er aan de gemeente Westland worden gegeven over de invulling van het beleid omtrent de keuze tussen subsidie en aanbesteden op grond van de wet, literatuur, jurisprudentie en dossieronderzoek?

Om zo volledig mogelijk antwoord te geven op de hoofdvraag komen de volgende theoretisch-juridische en praktijkgerichte deelvragen aan bod laten in dit onderzoek:

Theoretisch-juridisch:

1. Wat is subsidie blijkens wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentie?
2. Wat is aanbesteden blijkens wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentie?
3. Waar bestaan de risico's uit blijkens literatuuronderzoek en jurisprudentie?

Praktijkgericht:

4. Op basis van welke argumenten wordt er bij de gemeente Westland op dit moment voor subsidie of aanbesteding gekozen blijkens dossieronderzoek?

1.5 onderzoeksmethode en verantwoording

Theoretisch-juridische vragen

Deelvraag 1:

Wat is subsidie blijkens wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentie?

Om deze deelvraag te beantwoorden wordt er gezocht in de wet Algemene wet Bestuursrecht en de gemeentewet waar iets staat over subsidie. Aan de hand daarvan probeer ik een zo duidelijk mogelijk beeld te schetsen over wat subsidie inhoudt. Daarnaast wordt er in de literatuur gekeken, zoals in de subsidieverordening van de gemeente Westland, om op die manier specifiek aan te geven op welke manier en aan de hand waarvan de gemeente Westland subsidies verstrekt. Er wordt niet alleen gekeken naar de gemeente Westland, maar ook daarbuiten, namelijk naar de Europese regelgeving omtrent subsidie. Verder wordt er in rapporten en kamerstukken gekeken, om een zo breed mogelijk beeld te vormen over wat subsidie nu eigenlijk is.

Daarnaast verwerk ik er jurisprudentie in om duidelijk te maken wanneer een rechter voor subsidie kiest. Specifiek gezien wordt er uitleg gegeven over bepaalde punten die terugkomen in de vijf

vragen die Pianoo heeft opgesteld.¹ De jurisprudentie wordt verwerkt in het juridisch kader, omdat het uitspraken betreft van vele instanties. Met de verschillende zaken kan dan ook geen eenduidig jurisprudentieonderzoek worden gedaan. Verder is er ook maar weinig jurisprudentie over te vinden. Hoe veel er ook over geschreven is, zo weinig uitspraken zijn er. De betreffende jurisprudentie heb ik gevonden aan de hand van verwijzingen in de literatuur, daarnaast heb ik een aantal advocatenkantoren aangesproken of zij mij op weg konden helpen met relevante jurisprudentie. Aan de hand van hun antwoorden ben ik tot de betreffende jurisprudentie gekomen.

Deelvraag 2:

Wat is aanbesteden blijkens wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentie?

Om deze deelvraag te beantwoorden ga ik kijken in de Europese aanbestedingsrichtlijn en de aanbestedingswet 2012. Aan de hand daarvan probeer ik en zo duidelijk mogelijk beeld te schetsen over wat inkoop binnen de gemeente inhoudt. Daarnaast kijk ik in de literatuur of er in aanbestedingsregelingen nog andere belangrijke dingen over aanbesteding worden gezegd. Ook kijk ik in het inkoop/aanbestedingsbeleid van de gemeente Westland. Op die manier kan ik deze deelvraag zo breed mogelijk beantwoorden.

Ook in deze deelvraag verwerk ik jurisprudentie. Dit met dezelfde reden als bij deelvraag 1. Alleen nu wordt er jurisprudentie gebruikt waar de rechter van mening is dat er sprake is van een opdracht.

Deelvraag 3:

Waar bestaan de risico's uit blijkens literatuuronderzoek en jurisprudentie?

Om deze deelvraag te beantwoorden ga ik door middel van literatuuronderzoek kijken waar de risico's liggen, als er een onjuiste keuze wordt gemaakt tussen subsidie en aanbesteden. Op die manier geef ik weer wat de gevolgen zijn, dus waarom het van belang is om de juiste afweging te maken. Dit moet leiden tot meer besef bij de medewerkers en dat er niet zomaar voor het een of ander wordt gekozen.

¹ Pianoo. *Vijf vragen bij het achterhalen van verschillen*, van <https://www.pianoo.nl/nl/over-pianoo/vakgroepen/vakgroep-aanbestedingsrecht/visie-subsidie-of-overheidsopdracht/vijf-vragen-bij-achterhalen-van>

Praktijkgerichte vragen

Deelvraag 4:

Op basis van welke argumenten wordt er bij de gemeente Westland op dit moment voor subsidie of inkoop gekozen blijkens dossieronderzoek?

Om deze deelvraag te beantwoorden moet er een dossieronderzoek worden uitgevoerd. Om goed inzicht te krijgen hoe de medewerkers beslissingen nemen, moeten de standpunten worden geanalyseerd die leiden tot een bepaalde beslissing. Bij dit onderzoek is het van belang om dossiers te analyseren van verschillende (willekeurige) medewerkers, zo krijg je een goed beeld van verschillende behandelaars. Met dossiers van verschillende medewerkers kan worden gekeken of er een bepaalde trend te zien is om voor de een (subsidie) of het ander (aanbesteding) te kiezen.

Bij de dossiers die worden geanalyseerd bestaan er twijfels (bij de medewerkers) over de keuze die is gemaakt of gemaakt moet worden. Door die dossiers te analyseren kan ik erachter komen waar de knelpunten liggen en welke standpunten er toen zijn gebruikt.

Ik was voornemens van plan om aan de hand van de onderstaande topics een analyseschema te maken:

- Wat is het verband tussen betaling en prestatie?
- Bij wie ligt het initiatief?
- Welk belang wordt er gediend?
- Is er sprake van een commerciële activiteit?
- Zijn er derden bij het project betrokken?²

Maar na het bestuderen van een aantal dossiers kwam ik erachter dat de inhoud van de dossiers teveel van elkaar verschilde en dat de topics met dit beperkte aantal dossiers onvoldoende naar voren kwamen voor een goede analyse. Nu ik maar de beschikking heb over 7 dossiers kon ik aan de hand van de bovengenoemde topics lastig een bruikbare conclusie trekken. Ook kwam niet elk topic naar voren in elk dossier. Zodoende heb ik besloten, in afstemming met de opdrachtgever, om per dossier de knelpunten te analyseren. De knelpunten zijn uiteindelijk wel gebaseerd op de topics die ik eerder zou gaan gebruiken. Uiteindelijk heb ik deze knelpunten geanalyseerd en heb ik een conclusie gebaseerd op de meest voorkomende knelpunten in de dossiers. Ook heb ik deze

² Pianoo. Vijf vragen bij het achterhalen van verschillen, van <https://www.pianoo.nl/nl/over-pianoo/vakgroepen/vakgroep-aanbestedingsrecht/visie-subsidie-of-overheidsopdracht/vijf-vragen-bij-achterhalen-van>

knelpunten naast de jurisprudentie uit het juridisch kader gelegd en op die manier heb ik toch bruikbare conclusies weten te trekken.

Doordat er een geheimhoudingsplicht bestaat op de dossiers die ik gebruik voor het onderzoek, kon ik deze niet direct overnemen in de bijlage. Ik heb er dan ook voor gekozen om een samenvatting te maken van de dossiers en deze op te nemen in de bijlage. De dossiers worden hierin aangeduid als dossier 1 tot en met 7.

1.6 Leeswijzer

In de hoofdstukken 2, 3 en 4 worden de theoretisch-juridische vragen behandeld, namelijk wat subsidie en aanbesteden inhouden, duidelijk gemaakt aan de hand van jurisprudentie, welke wetten daarbij komen kijken en wat de risico's zijn als er een verkeerde keuze wordt gemaakt. Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 het dossieronderzoek besproken, om erachter te komen welke afwegingen de medewerkers van de gemeente Westland maken en welke standpunten aan een beslissing ten grondslag ligt. Uiteindelijk wordt in hoofdstuk 6 de conclusie van het onderzoek weergegeven en wordt er afgesloten met een aantal aanbevelingen voor de gemeente Westland.

Hoofdstuk 2: Subsidie

In dit hoofdstuk lees je wat subsidie nu eigenlijk inhoudt en wordt ingegaan op de verschillende elementen van het begrip subsidie. Daarnaast wordt gekeken wat de uitvoeringsovereenkomst precies betekent en wordt het nationale beleid, het Europese beleid en het beleid van de gemeente Westland besproken. Tussendoor komt er ook jurisprudentie aan bod om het een en ander te verduidelijken. Tot slot volgt er een korte samenvatting van het hele hoofdstuk, met daarin de belangrijkste punten.

2.1 De definitie

In art. 107 lid 2 van de Grondwet (Gw) staat dat de wet algemene regels van bestuursrecht vaststelt. Het subsidierecht is vastgelegd in titel 4.2 van de algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze titel moet in samenhang worden gelezen met de rest van de Awb. In art. 4:21 lid 1 Awb vind je de definitie van het subsidiebegrip:

‘Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak of 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.’³

Daarnaast staat in art. 4:21 lid 2 en 3 Awb vermeld dat de subsidietitel niet van toepassing is op belastingen, de heffing van een premie/ premieervangende belasting, de heffing van een inkomensafhankelijke bijdrage/ bijdrageervangende belasting en de aanspraak op financiële middelen die wordt verstrekt aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Lid 4 van bovenstaand artikel geeft aan dat de titel van overeenkomstige toepassing is op de bekostiging van het onderwijs en onderzoek.

Het subsidiebegrip is een materieel begrip, dat wil zeggen: als iets voldoet aan de criteria dan is het een subsidie, ook al wordt het anders genoemd.⁴ Subsidies worden in de praktijk namelijk ook wel aangeduid als bijdrage, uitkering, of financiering. Voor de toepasselijkheid van de subsidietitel in de Awb is de gekozen benaming niet van belang; beslissend is of aan de elementen van de gegeven begripsomschrijving is voldaan. Dat blijkt ook uit een uitspraak van de Raad van State.⁵ Daarin wordt namelijk een enkele keer gesproken over een exploitatiesubsidie, terwijl dat niet daadwerkelijk ook betekent dat de vergoeding ook moet worden aangemerkt als subsidie. Relevant is immers niet de

³ Mr. Albers, Bestuursrecht begrepen, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2015 tweede druk

⁴ VNG. *Veelgestelde vragen*. Geraadpleegd van <https://vng.nl/veelgestelde-vragen?onderwerp%5B0%5D=380677&page=1#:~:text=Het%20is%20een%20materieel%20begrip,criteria%2C%20is%20het%20geen%20subsidie>. (wanneer is er sprake van subsidie?)

⁵ Raad van State, 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:801

benaming van de vergoeding, maar de juridische grondslag daarvan. Het subsidiebegrip heeft in totaal vier elementen, te weten:

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.⁶

Hieronder worden alle elementen verder uitgelegd.

Aanspraak op financiële middelen.

Allereerst is van belang dat het voldoende is dat er een aanspraak op financiële middelen wordt verstrekt. Dit omdat bij subsidies het tijdstip waarop de aanspraak op financiële middelen wordt gevestigd, en het tijdstip waarop die middelen daadwerkelijk worden verstrekt, ver uit elkaar kunnen liggen. Het is immers mogelijk om de toegezegde financiële middelen pas na afloop van de activiteit te verstrekken. De regels moeten werking hebben vanaf het moment dat er aanspraak kan worden gemaakt op financiële middelen, en niet pas vanaf het moment dat wordt uitgekeerd.

Daarnaast is het zo dat niet bij alle subsidies geld wordt uitgekeerd. Het kan ook zo zijn dat de gemeente rente en aflossing van een krediet garandeert.⁷

De subsidieverlening is voor de gemeente bindend, indien de subsidieontvanger zijn gesubsidieerde activiteiten heeft uitgevoerd en ook zijn overige verplichtingen is nagekomen.⁸ Indien de subsidieontvanger zich niet houdt aan de verplichtingen die staan in art. 4:36 tot en met 4:39 van de Awb, dan kan de gemeente alleen de verleende subsidie verminderen of op nihil vaststellen. Ook is er de mogelijkheid om de betaalde voorschotten terug te vorderen. Belangrijk om te weten is dat het vorderen van nakoming in dit geval niet mogelijk is.

In een uitspraak van het CBb blijkt dat indien een aanspraak op financiële middelen valt binnen de definitie van het begrip subsidie en derhalve de publiekrechtelijke regeling van titel 4.2 van de Awb daarop van toepassing is, er voor het bestuursorgaan niet meer de ruimte bestaat, om ter vervanging van een subsidiebeschikking een overeenkomst te sluiten. De uitvoeringsovereenkomst biedt het bestuursorgaan immers mogelijkheden om zich te verzekeren dat de te subsidiëren activiteit ook daadwerkelijk wordt uitgevoerd.⁹ Verderop in dit hoofdstuk wordt hier dieper op ingegaan.

⁶ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 30.

⁷ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 30 en 31.

⁸ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 30 en 31.

⁹ College van Beroep voor het bedrijfsleven, 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180

Door een bestuursorgaan verstrekt.

De Algemene wet bestuursrecht is slechts van toepassing op bestuursorganen, de Awb is dan ook niet van toepassing op rechtsverhoudingen tussen particulieren onderling.¹⁰ In art. 1:1 van de Awb staat het begrip bestuursorgaan gedefinieerd:

‘Onder bestuursorgaan wordt verstaan: a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.’

Met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager.

Van een subsidie is pas sprake indien een aanspraak op financiële middelen worden verstrekt met het oog op bepaalde, min of meer welomschreven activiteiten van de ontvanger. Anders gezegd, het moet gaan om een gebonden inkomens- of vermogensoverdracht, in die zin dat, bij verstrekking voorafgaand aan de te verrichten activiteiten, de bestedingsrichting van de verstrekte middelen is vastgelegd. Daarmee vallen als gezegd de algemene sociale uitkeringen buiten het subsidie-begrip van de Algemene wet bestuursrecht.¹¹

Verder blijkt ook dat indien er sprake kan zijn van een subsidie vooral een algemeen belang wordt gediend en geen eigen belang. In de betreffende zaak blijkt immers dat het PSO een aanspraak op financiële middelen verschaft ter bevordering van investeringsactiviteiten van Nederlandse bedrijven in projecten in Oost-Europa (specifiek Turkije) met als doel de versterking van marktgeoriënteerde en duurzame economieën te ondersteunen, investeringen in die regio te stimuleren en handelsrelaties tussen bedrijven uit Nederland en Oost-Europa en Turkije te bevorderen.

Daarnaast ziet het College in dat de betalingen die in het kader van het PSO worden gedaan een commercieel karakter hebben. Niet de werkelijke kosten van het project, maar slechts de helft van de daaraan verbonden kosten worden gefinancierd.¹² Dat dit een belangrijk punt is blijkt ook uit een andere uitspraak van het CBB.¹³ De betaalde bijdrage van verweerden bedragen hier slechts ten dele de kosten van de exploitatie van het CVV met het gevolg dat de exploitatiebijdrage niet als een reële economische tegenprestatie kan worden gezien.

¹⁰ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 34.

¹¹ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 34 en 35.

¹² College van Beroep voor het bedrijfsleven, 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180

¹³ College van Beroep voor het bedrijfsleven, 24 februari 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT1735

Anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Dit element houdt commerciële transacties waarbij de overheid zelf partij is buiten het subsidiebegrip. Onder betaling dient te worden verstaan het leveren van een tegenprestatie die is afgestemd op de waarde van de verkregen goederen of diensten in het economisch verkeer.

Bij subsidiering kunnen veelal één of meer markttransacties tussen de ontvanger en derden worden aangewezen, die (mede) uit de subsidie worden bekostigd. De activiteit waarvoor subsidie wordt verstrekt bestaat immers vrijwel steeds uit het door de ontvanger aan een derde leveren of juist van een derde verkrijgen van een voorziening, product of dienst. Bij levering van goederen en diensten aan het bestuursorgaan daarentegen is de verstrekking van financiële middelen niet gericht op het bekostigen van een transactie tussen het bestuursorgaan en een derde, maar maakt zij deel uit van een transactie tussen het bestuursorgaan en de leverancier.¹⁴

Een bestuursorgaan verstrekt slechts een subsidie op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt, dit is een wettelijke grondslag die staat weergegeven in art. 4:23 lid 1 Awb.

2.2 De uitvoeringsovereenkomst

Normaal gesproken kan bij het verstrekken van een subsidie niets worden afgedwongen, maar de gemeente kan op basis van art. 4:36 lid 2 Awb bepalen dat de subsidieontvanger verplicht is de activiteiten te verrichten waarvoor de subsidie is verleend. Lid 1 van hetzelfde artikel geeft aan dat ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening een overeenkomst kan worden gesloten. Een overeenkomst behoort tot het privaatrecht, maar de Awb is publiekrechtelijk, je ziet hier dus een overlap. Door de uitvoeringsovereenkomst is de uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten af te dwingen via de burgerlijke rechter. De gemeente heeft op die manier meer grip op de uitvoering. Een belangrijk punt van aandacht is wel dat hoe strakker de grip van de gemeente is en hoe meer het bestuursorgaan kan sturen, hoe groter de kans is dat het wordt gezien als opdracht. Dat betekent vervolgens dat de opdracht mogelijk alsnog moet worden aanbesteed.¹⁵ De Hoge Raad erkent dan ook dat de overheid dan is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁶

¹⁴ Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 33.

¹⁵ VNG. (2019). *Basisbeginselen subsidierecht*, p. 12. Geraadpleegd van <https://vng.nl/sites/default/files/20190820-basisbeginselen-subsidierecht.pdf>

¹⁶ Hoge Raad ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (Amsterdam/Ikon)

Op deze uitvoeringsovereenkomst zijn niet alleen de bepalingen uit de Awb van toepassing, maar ook de artikelen over de overeenkomst uit het Burgerlijk Wetboek (BW) zijn van toepassing. De uitvoeringsovereenkomst werkt de subsidiebeschikking als het ware verder uit.

2.3 Europese regelgeving

In 2014 is een nieuwe meerjarenbegroting ingegaan, deze is opgesteld door de Commissie, de Raad en het Parlement en deze loopt tot en met 2020. In de meerjarenbegroting staat hoe de EU kan helpen om prioriteiten van decentrale overheden werkelijkheid te maken. Op vele beleidsterreinen kunnen projecten worden gefinancierd door Europese subsidieprogramma's. Naast de financiële steun die Europese programma's bieden, stimuleren ze ook samenwerking binnen Europa.¹⁷ Cofinanciering wil zeggen dat de EU-lidstaten in de meeste gevallen minimaal 50 procent van de kosten zelf voor hun rekening moeten nemen en dat het overige deel door de EU wordt betaald.

Financiering van projecten kan via twee wegen lopen:

- De Europese Commissie delegeert de financiering aan de lidstaten. Het geld kan in beheer komen bij nationale of regionale autoriteiten. Dit geldt vooral voor het gemeenschappelijk landbouwbeleid en het regionaal beleid
- De Europese Commissie verleent subsidies rechtstreeks aan begunstigden, zoals universiteiten, bedrijven, belangengroepen en niet-gouvernementele organisaties (NGO's)

Voor de gedecentraliseerde programma's wordt aan de lidstaten een vast budget toebedeeld. Deze subsidies moeten zodoende nationaal worden aangevraagd. De thematische subsidieprogramma's worden op Europees niveau opgesteld en gelden voor de gehele EU. Deze fondsen moeten direct bij de EU worden aangevraagd.¹⁸

De eindverantwoordelijkheid voor de toewijzing van het geld ligt bij de Commissie. Daarnaast controleert de Europese Rekenkamer elk jaar de bestedingen van het Europese geld. De rekenkamer kijkt of de EU het geld rechtmatig uitgeeft. En of dit leidt tot de gewenste resultaten. In Nederland ziet het ministerie van Financiën ook toe op de Europese uitgaven.¹⁹

¹⁷ Langhorst, A., & van Diemen, J. (2014). *Europese subsidiewijzer 2014-2020 p. 5 t/m 8*. Geraadpleegd van https://vng.nl/files/vng/publicaties/2015/europese_subsidiewijzer_20110928.pdf

¹⁸ *Subsidies van de Europese Unie 2014-2020*. (z.d.). Geraadpleegd op 12 mei 2020, van https://www.europa-nu.nl/id/vjasedzq2zym/subsidies_van_de_europese_unie_2014_2020

¹⁹ Ministerie van Financiën. (2019, 23 juli). *Begroting van de Europese Unie (MFK)*. Geraadpleegd op 12 mei 2020, van <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/financien-europese-unie/begroting-europese-unie-mfk>

2.4 Subsidiebeleid gemeente Westland

Zoals al eerder aangegeven kan een bestuursorgaan slechts subsidie verstrekken indien er een wettelijk voorschrift is dat regelt voor welke activiteiten een subsidie kan worden verstrekt. Met de Algemene Subsidie Verordening van de gemeente Westland (ASV) is hier aan voldaan.²⁰ Daarnaast hangt de ASV samen met de Gemeentewet. De ASV is daarmee als het ware een aanvulling/ nadere uitwerking van de Awb.

Gelet op art. 149 van de gemeente wet en de Awb, is de Algemene Subsidie Verordening van de gemeente Westland (ASV) vastgesteld door de gemeenteraad. Op grond van de hier voorgenoemde wetten is de raad bevoegd gemeentelijke verordeningen vast te stellen voor het grondgebied van de gemeente. De ASV is als het ware een aanvulling op de Awb. De inhoud van de verordening bestaat uit algemene bepalingen, subsidieverlening, verplichtingen en vaststelling van de subsidie. In art. 4:23 van de Awb staat dat de gemeente een wettelijk voorschrift moet vaststellen, waarin is geregeld voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt. Met de ASV heeft de gemeente Westland hier dus aan voldaan.

In een uitspraak van de Raad van State die al eerder in dit hoofdstuk is genoemd, blijkt dat indien er geen grondslag is te vinden in de subsidieverordening, een gemeente een te betalen vergoeding zelf vaak niet opvat als een subsidie voor de betreffende post.²¹

Gelet op art. 3 lid 3 en art. 4 ASV is het college van burgemeesters en wethouders (het college) belast met het uitvoeren van de verordening, ook stelt het college de subsidieplafonds vast. De ASV bepaald als het ware een aantal subsidiedoeleinden en op basis daarvan zijn specifieke subsidieregelingen opgesteld voor een aantal onderwerpen. De gemeente Westland subsidieert activiteiten op allerlei gebieden. Zoals op diverse activiteiten, kennis en innovatie, innovatiefonds sociaal domein en groenblauwe schoolpleinen. De hiervoor genoemde regelingen kennen allemaal een subsidieplafond. Een belangrijk doel van de subsidietitel was namelijk om opneinderegelingen te voorkomen. Een subsidieplafond is dan ook het bedrag dat maximaal beschikbaar is voor een bepaalde periode. Als dit bedrag is bereikt, worden alle aanvragen daarna afgewezen.²² Dit maakt art. 4:25 lid 2 van de AWb duidelijk. De gemeente Westland kent 4 soorten subsidies, te weten structurele-, incidentele-, investerings- en innovatiesubsidies.

²⁰ [Gemeentebld 2016, 101113](#)

²¹ Raad van State, 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:801

²² gemeente Westland. *Gemeente Westland: Subsidie voor maatschappelijke doeleinden*. Geraadpleegd op 13 mei 2020, van <https://www.gemeentewestland.nl/ondernemen/subsidies/subsidie-voor-maatschappelijke-doeleinden.html>

Om voor een subsidie in aanmerking te komen, moet er een schriftelijke aanvraag worden ingediend. In art. 14 van de ASV worden de eisen aan het aan de aanvraag weergegeven.

Het college is bevoegd te beslissen op aanvragen om subsidie op grond van artikel 4:23, derde lid, van de Awb.

2.5 Samenvatting

In art. 4:21 lid 1 van de Awb is de definitie van subsidie weergegeven, namelijk: de aanspraak of 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. Dit subsidiebegrip is materieel van aard, wat inhoudt dat de benaming niet van belang is, maar het beslissend is of aan de elementen van de gegeven begripsomschrijving is voldaan. De uitvoeringsovereenkomst kan naast de subsidiebeschikking worden gesloten, wat betekent dat de activiteiten kunnen worden afgedwongen. Op die manier heeft de gemeente meer grip op de uitvoering. Naast de nationale regels omtrent subsidie zijn er ook Europese regels, deze stimuleren de samenwerking binnen Europa. De eindverantwoordelijkheid hiervan ligt bij de Europese Commissie. Daarnaast is van belang dat de gemeente alleen een subsidie kan verstrekken indien dit is bepaald in een wettelijk voorschrift, de subsidieverordening. In de subsidieverordening van de gemeente Westland staan de subsidiedoeleinden en worden de subsidieplafonds aangegeven.

Met alleen informatie over het subsidiebegrip kom je nog niet tot een uitwerking van de vraag over het grijze gebied tussen subsidie en aanbesteding, daarom lees je in het volgende hoofdstuk meer over het aanbesteden.

Hoofdstuk 3: Aanbesteden

In dit hoofdstuk lees je over de aanbestedingswet, wat de beginselen van het aanbestedingsrecht zijn en wordt de definitie van opdracht uitgebreid besproken. Verder komt de Europese regelgeving aan bod met de bijbehorende drempelbedragen en het beleid op Europees niveau. Ook komt het aanbestedingsbeleid van de gemeente Westland aan bod. Uiteindelijk wordt het hoofdstuk weer afsloten met een korte samenvatting met alle belangrijke punten met betrekking tot aanbesteding.

3.1 De aanbestedingswet

Het aanbestedingsrecht is neergelegd in een Europese aanbestedingsrichtlijn²³ die is geïmplementeerd in de aanbestedingswet 2012, deze is op 1 april 2013 in werking getreden.²⁴ Verder staan de regels omtrent aanbesteding in titel 7 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De aanbestedingswet is erop gericht dat de overheid op een transparante en daarnaast ook op een effectieve manier inkoopt tegen de beste prijs- kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht.²⁵ Aanbestedende diensten krijgen ook meer flexibiliteit bij de toepassing van aanbestedingsprocedures.

Inmiddels zijn er nieuwe richtlijnen geïmplementeerd in het aanbestedingsbesluit, te weten 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU.²⁶ Deze regels geven een aanvulling op hetgeen in algemene zin is geregeld in het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot onrechtmatige (overheids)daad, de vernietiging van overeenkomsten en de schadevergoedingsacties die hieruit kunnen volgen. De richtlijn 2014/24/EU is de richtlijn waar in deze scriptie voornamelijk over wordt gesproken.

3.2 Beginselen van het aanbestedingsrecht

In deze richtlijn zijn een aantal rechtsbeginselen opgenomen, te weten:

Non-discriminatiebeginsel en gelijke behandeling

Dit is het basisbeginsel van de aanbestedingswet. Dit beginsel bevordert de ontwikkeling van de mededinging en zorgt ervoor dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen. Daarnaast is discriminatie

²³ Richtlijnen 2004/18/EG

²⁴ Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012)

²⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, par 1 en 2.1

²⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3 par 1 en 2.1

naar nationaliteit expliciet uitgesloten, dit moet ervoor zorgen dat deelnemers niet bevoordeeld of benadeeld worden ten opzichte van andere deelnemers.

Transparantiebeginsel

Aan potentiële deelnemers moet een voldoende mate van openbaarheid worden gegarandeerd. Ook dit beginsel is gericht op gelijke kansen voor alle deelnemers bij het formuleren van de offerte die zij opmaken.

Proportionaliteitsbeginsel

De gemeente moet bij aanbestedingen het minst ingrijpende middel kiezen om het doel te bereiken. Het optreden van de gemeente mag dan ook niet verder gaan dan noodzakelijk.

Beginsel van wederzijdse erkenning

Dit beginsel maakt vrij verkeer van goederen en diensten mogelijk tussen de lidstaten. Op basis van deze wederzijdse erkenning laat een lidstaat goederen en diensten van een andere lidstaat toe op eigen grondgebied.

Objectiviteitsbeginsel

Dit beginsel houdt in dat het optreden van de gemeente controleerbaar moet zijn.²⁷

Met deze rechtsbeginselen geeft Nederland invulling aan de Europese richtlijnen voor aanbesteden. Het Parket bij de Hoge Raad heeft in een bepaalde zaak ook nog gekeken of er sprake is van grensoverschrijdend belang²⁸, zodat kan worden nagegaan of de algemene Europeesrechtelijke beginselen van het aanbestedingsrecht ook toepasselijk zijn.

3.3 De definitie

In art. 7:400 BW wordt het begrip opdracht specifiek genoemd, het is kenmerkend dat de ene partij bepaalde verplichtingen aan een andere partij opdraagt. Daarnaast zijn de prestaties afdwingbaar voor beide partijen. Dit betekent dat er zwart op wit afspraken worden gemaakt en dat die ook moeten worden nagekomen. Het Hof benadrukt dat het begrip 'onder bezwarende titel' een materieel begrip is, maar hiermee doelen ze op een overeenkomst waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie.²⁹

²⁷ Europa decentraal. (2020, 1 april). *Verdragsbeginselen bij aanbesteden*. Geraadpleegd van <https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbesteden/verdragsbeginselen/>

²⁸ Parket Hoge Raad ECLI:NL:PHR:2018:83

²⁹ HvJ EU, 18 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:843

Bij een aanbesteding gaat het om een overheidsopdracht.³⁰

‘Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van de richtlijn.’

Om te voldoen aan de bovenstaande definitie, moet er sprake zijn van de volgende kenmerken:

Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel.

Er moet sprake zijn van een schriftelijke overeenkomst, tegenwoordig is dit niet alleen maar op papier maar ook via de e-mail. Ook door middel van voorafgaande correspondentie via de e-mail en eerdere overeenkomsten kan blijken dat voldoende helder moet zijn wat de verplichtingen van beide partijen zijn. Het hoeft dan niet daadwerkelijk in een overeenkomst te staan, als het maar voldoende helder is, dat blijkt uit een uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.³¹ Daarnaast houdt een bezwarende titel in dat er voor overheidsopdrachten een op geld waardeerbare tegenprestatie wordt geleverd door de aanbestedende dienst aan de opdrachtnemer. Daarbij kan gedacht worden aan:

- geldelijke betaling voor de opdrachtvervulling (de prijs);
- het kwijtschelden van belastinggelden;
- de vrijstelling van legesbetaling;
- producten ter beschikking stellen in natura, die in de uitvoering van de opdracht gebruikt worden;
- beloning van de opdrachtnemer in de vorm van overdracht van grond of gebouwen.³²

Daarnaast blijkt uit het arrest van Helmut Müller van het HvJ EU dat aan het vereiste van een ‘bezwarende titel’ is voldaan als er sprake is van drie vereisten:

- de prestatie moet in rechte afdwingbaar zijn;
- de aanbestedende dienst moet een rechtstreeks economisch belang hebben;
- de aanbestedende dienst moet een tegenprestatie verrichten.³³

³⁰ Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU

³¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878

³² Europa decentraal. (2020b, 1 april). *Overheidsopdrachten en aanbestedingen*. Geraadpleegd van <https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbesteden/overheidsopdrachten/>

³³ HvJEU 24 maart 2010, ECLI:EU:2010:168, C-451/08

In een uitspraak van de Raad van State blijkt dat er een rechtstreeks verband bestaat voor een bestuursorgaan indien de betaalde vergoeding een reële tegenprestatie is en dat het bestuursorgaan het initiatief heeft genomen. Daarnaast is het overdragen van de onderhoudsplicht gericht op het behalen van een commercieel voordeel voor de gemeente, dus is er sprake van een economisch belang.³⁴

Daarnaast blijkt uit een uitspraak van het HvJ EU dat het begrip 'overeenkomsten onder bezwarende titel' ook ziet op het besluit waarbij een aanbestedende dienst aan een bepaalde ondernemer rechtstreeks, en dus zonder een aanbestedingsprocedure uit te schrijven, een financiering toekent die volledig bedoeld is voor de vervaardiging van producten die deze ondernemer om niet moet leveren aan meerdere overheidsdiensten, die geen andere vergoeding aan voornoemde leverancier verschuldigd zijn dan een forfaitair bedrag. Er kan dus sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel, ook al worden de kosten voor het vervaardigen van het product niet volledig gedekt door de financiering of door de leveringskosten die aan de specifieke overheidsinstanties kunnen worden aangerekend.³⁵

Tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten gesloten.

Het is van belang om te weten of de aanbesteder aangemerkt kan worden als aanbestedende dienst. Door te kijken naar art. 2 lid 1 van richtlijn 2014/24 en art. 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 kom je erachter wanneer de aanbesteder aangemerkt kan worden als aanbestedende dienst. Dit zijn de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling.

Die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of het verlenen van diensten.

Er bestaan drie categorieën overheidsopdrachten, namelijk werken, leveringen en diensten.

Werken staat in art. 2 lid 1 sub 6 van de richtlijn 2014/24 opgenomen. Dit zijn opdrachten die betrekking hebben op:

- de uitvoering, of ontwerp en uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II bedoelde activiteiten;
- de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk, of;
- de uitvoering, met welke middelen dan ook, van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk en het ontwerp van het werk.

³⁴ Raad van State, 23 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2016:801

³⁵ HvJ EU, 18 oktober 2018, [ECLI:EU:C:2018:843](https://eur-lex.europa.eu/eli/cjrep/2018/843)

Vervolgens staan leveringen in art. 2 lid 1 sub 8 van de richtlijn 2014/24 opgenomen.

Overheidsopdrachten voor leveringen hebben betrekking op de aankoop, lease, huur, of huurkoop van producten. Een overheidsopdracht die betrekking heeft op de levering van producten en in bijkomende orde op werkzaamheden voor het aanbrengen of installeren, wordt beschouwd als een overheidsopdracht voor levering.

Tot slot staan diensten in art. 2 lid 1 sub 9 van de richtlijn 2014/24 opgenomen.

Overheidsopdrachten voor diensten zijn opdrachten die betrekking hebben op het verrichten van andere diensten dan die bedoeld in art. 2 lid 1 sub 6 en 8. Wanneer een overheidsopdracht op zowel diensten als producten betrekking heeft, wordt deze als een dienstenopdracht beschouwd wanneer de waarde van de diensten hoger ligt dan voor de producten. Een overheidsopdracht die op diensten betrekking heeft en slechts bijkomstig ten opzichte van het hoofdvoorwerp van de opdracht werkzaamheden als bedoeld in bijlage II omvat, wordt als een overheidsopdracht voor diensten beschouwd.³⁶

Er wordt dus gesproken over aanbesteding als de goederen en diensten direct worden geleverd aan de gemeente en de betaling van die goederen of diensten is afgestemd op de waarde daarvan in het economische verkeer. De prijs die de gemeente betaald moet de waarde van de geleverde goederen of diensten vertegenwoordigen. Ook is het begrip 'derden' van belang. Als een gemeente een bepaalde taak door derden laat verrichten is mogelijk sprake van een dienst die moet worden aanbesteed. Dit blijkt ook uit de eerder genoemde uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.³⁷

3.4 Europese regelgeving

Het doel van Europees aanbesteden is het openstellen van de markt voor alle bedrijven in de EU. De aanbestedingswetgeving is alleen niet op iedere overheidsopdracht van toepassing. Dit komt doordat niet iedere overeenkomst tussen een subsidieontvanger en de overheid leidt tot een aanbestedingsplicht.

3.4.1 Drempelbedragen

Voor de aanbestedingswetgeving gelden immers drempelbedragen.³⁸ Europees aanbesteden is namelijk verplicht indien het bedrag gelijk is aan, of boven de drempelwaarde uitkomt. Verder zijn de

³⁶ Europa decentraal. (2020b, 1 april). *Overheidsopdracht: werk, levering of dienst?* Geraadpleegd van <https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbesteden/werk-levering-of-dienst/>

³⁷ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878

³⁸ Richtlijn 2014/24/EU

regels voor het aanbesteden dan ook niet van toepassing indien de waarde van de opdracht lager is dan:

- Overheidsopdracht voor werken; € 5.350.000
- Overheidsopdracht voor leveringen of diensten voor de centrale overheid; € 139.000
- Overheidsopdracht voor leveringen of diensten voor een decentrale-overheid; € 214.000
- Overheidsopdracht voor sociale of andere specifieke diensten in de zin van bijlage XIV van de aanbestedingsrichtlijn € 750.000.³⁹

De Europese Commissie stelt elke twee jaar nieuwe drempelwaarden vast⁴⁰, dit doet de Commissie aan de hand van de gemiddelde dagwaarde van de euro.

Ligt de waarde voor werken onder het drempelbedrag, dan is de aanbestedende dienst verplicht om het Aanbestedingsreglement Werken 2016 te gebruiken. Dit reglement bevat algemene regels en vermeldt welke procedure er moet of kan worden toegepast.⁴¹ Het betreft een 'pas toe of leg uit'-principe, dus er kan worden afgeweken van de regeling, mits dit wordt gemotiveerd.

3.4.2 Aanbestedingsbeleid

Het huidige aanbestedingsbeleid is neergelegd in artikel 2.38 en 2.39 van de Aanbestedingswet 2012. Op basis van dit regime moeten gemeenten:

- 1) De (Europese) beginselen van transparantie en gelijkheid in acht nemen;
- 2) De opdracht bekend maken via TenderNed door middel van een (Europese) (voor) aankondiging met de voorwaarden voor deelneming en een omschrijving van de belangrijkste elementen van de gunningsprocedure;
- 3) Na gunning van de opdracht opnieuw een bekendmaking via TenderNed plaatsen.

Bij het sluiten van overeenkomsten beneden de drempel van € 750.000 zijn er ook verplichtingen.

- Gemeenten moeten op basis van objectieve criteria hun keuze voor de toepassing van een bepaalde procedure bepalen. De Gids Proportionaliteit bevat belangrijke aanwijzingen voor het kiezen van een procedure.

³⁹ Europa decentraal. (2020, 23 maart). *Drempelbedragen bij overheidsopdrachten*. Geraadpleegd van <https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/drempelwaarden/>

⁴⁰ Europees Publicatieblad (PB L 279, 31 oktober 2019)

⁴¹ Regelgeving aanbestedingsreglement werken 2016 ARW geraadpleegd van <https://www.pianoo.nl/nl/regelgeving/aanbestedingsreglement-werken-2016-arw-2016>

- Bij het voeren van een meervoudig onderhandse (niet-openbare) procedure dient de keuze voor de onderneming die tot een procedure wordt toegelaten kunnen worden gemotiveerd als een andere onderneming daarom vraagt. Het kan ook onrechtmatig zijn om bepaalde aanbieders niet te betrekken in een procedure en/ of overleg. Zowel de Aanbestedingswet 2012 als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vereisen objectieve criteria voor deze keuzes.

Daarnaast staan in art. 10 van de aanbestedingsrichtlijn een aantal specifieke diensten die zijn uitgesloten van de aanbestedingsplicht.⁴²

3.5 Aanbestedingsbeleid gemeente Westland

Met het inkoop- en aanbestedingsbeleid, die is vastgesteld door de gemeenteraad op 9 juli 2019, streeft de gemeente objectiviteit, transparantie en non-discriminatie na richting marktpartijen. Het inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente Westland moet leiden tot gelijke kansen voor en een gelijke behandeling van leveranciers.

In mei 2017 is het Actieplan Maatschappelijk Verantwoord inkopen (MVI) door het College vastgesteld. Met het Actieplan gaat de gemeente een inspanningsverplichting aan om uitdagendere ambities te realiseren op het gebied van people, planet en profit. Op die manier hoopt ze het concurrentievermogen van de economie te versterken en aan de andere kant de belasting op de mens en milieu te verminderen. Het Actieplan bouwt voort op het huidige inkoopbeleid en bestaat uit de volgende thema's:

- Social Return on Investment, kansen bieden voor mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt.
- Milieucriteria, het bevorderen van de duurzaamheid binnen de gemeente.
- Circulair inkopen, het stimuleren van preventie, hergebruik en recycling van grondstoffen.

De gemeente Westland heeft een aantal doelstellingen wat betreft het aanbestedingsbeleid. De volgende doelstelling komen aan bod:

- Rechtmatig en doelmatig inkopen.
- Een integere, betrouwbare, zakelijke en professionele inkoper en opdrachtgever zijn.
- Inkopen tegen de meest optimale prijs-kwaliteit verhouding.

⁴² Europa decentraal. (2020, 23 maart). *Uitgesloten en voorbehouden opdrachten*. Geraadpleegd, van <https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbesteden/uitgesloten-en-voorbehouden-opdrachten/>

- De gemeente stelt een administratieve lastenverlichting voor zowel zichzelf als voor ondernemers voorop.
- Het beleid sluit zoveel mogelijk aan op het algemene beleid van de gemeente.

Om bovenstaande doelstellingen te realiseren leeft de gemeente Westland de relevante wet- en regelgeving na. De relevante wet- en regelgeving bestaat uit de aanbestedingswet, Europese wet- en regelgeving, het Burgerlijk Wetboek en de Gemeentewet.

Als algemeen beleidsuitgangspunt geldt dat opdrachten worden aanbesteed volgens het principe van de 'Economisch Meest Voordelige Inschrijving' (EMVI).

EMVI is de overkoepelende term voor de volgende gunningscriteria:

- de beste prijs-kwaliteitsverhouding
- de laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten
- de laagste prijs

Om uniformiteit binnen gemeenten te bewerkstelligen heeft de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) het VNG Model Inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten opgesteld. Deze inkoopvoorwaarden zijn in samenwerking met gemeenten en het bedrijfsleven tot stand gekomen. Afwijken van dit inkoopbeleid is slechts mogelijk en toegestaan op basis van een besluit van het college. Verder zijn afwijkingen alleen toegestaan op basis van de geldende wet- en regelgeving.

Daarnaast spelen duurzaamheidsaspecten een grote rol bij aanbestedingen. De doelstellingen van het 'Programma duurzaam inkopen' van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu worden door de gemeente Westland onderschreven.

Bij de gemeente Westland is er sprake van een centrale inkooporganisatie. De keuze voor een centrale inkooporganisatie is gemaakt vanwege de steeds toenemende complexiteit van wet- en regelgeving en beleid op inkoopgebied. Om de juiste procedure te kunnen bepalen is het van belang om te weten welk onderwerp het betreft en wat de waarde is van de opdracht.

Aan de hand van het soort inkoop van een opdracht wordt bepaald welke inkoopprocedure dient te worden gevolgd. Daarnaast mag er, wanneer daar aanleiding voor is, een procedure worden toegepast die normaal bij een hogere opdrachtwaarde wordt toegepast. Hieronder volgt een tabel met de soorten inkoop en welke procedure daarbij hoort:

	Leveringen en diensten	Werken
Enkelvoudig en onderhands 1 offerteaanvraag	€ 0 tot € 70.000	€ 0 tot € 150.000
Meervoudig onderhands 3 tot 5 offerteaanvragen	€ 70.000 tot € 214.000 (drempelbedrag voor Europese aanbestedingen)	€ 150.000 tot € 3.000.000
Nationaal openbare aanbesteding	Niet verplicht, maar mag wel worden toegepast.	€ 3.000.000 tot € 5.350.000 (drempelbedrag voor Europese aanbestedingen)
Europese aanbesteding	Vanaf € 214.000	Vanaf € 5.350.000

Een uitzondering geldt voor Sociale en Andere specifieke diensten, met inachtneming van de algemene beginselen van de aanbestedingswet, daar is namelijk een procedurele vrijheid tot € 750.000. Boven deze drempel is een Europese aanbesteding verplicht met bepaalde vormvrijheden.

Verder wil de gemeente de ondernemers uit het Westland stimuleren, voor zover de wet- en regelgeving hiervoor ruimte biedt. De lokale ondernemers kunnen zich daarom inschrijven in de 'database lokale ondernemers'.⁴³

3.6 Samenvatting

Ook het begrip overheidsopdracht betreft een materieel begrip. Ook hier moet aan de hand van de inhoud van de overeenkomst worden gekeken of er sprake is van een overheidsopdracht. In de aanbestedingsrichtlijn wordt gesproken 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. Vervolgens moet de gemeente bij het aanbesteden van opdrachten de beginselen van non discriminatie/ gelijkheid, transparantie, proportionaliteit, wederzijdse erkenning en objectiviteit in acht nemen. Voor de Europese aanbestedingswetgeving gelden drempelbedragen, Europees aanbesteden is namelijk verplicht indien het bedrag gelijk is aan, of boven de drempelwaarde uitkomt. Daarnaast heeft de gemeente Westland ook een eigen aanbestedingsbeleid wat bestaat uit de volgende thema's: Social Return on Investment, milieucriteria en circulair inkopen. Verder geldt als algemeen beleidsuitgangspunt dat

⁴³ gemeenteraad gemeente Westland. (2019). *Inkoopbeleid van de gemeente Westland*. Geraadpleegd van <https://www.gemeentewestland.nl/fileadmin/documenten/ondernemen/Inkoop/Welbested 2019.pdf>

opdrachten moeten worden aanbesteed volgens het principe van EMVI. Er bestaan verschillende procedures voor een bepaalde soort inkoop van een opdracht, waar ook een aantal uitzonderingen op zijn.

Met het uitgebreid bespreken van beide begrippen zijn we er nog niet. Op een aantal plaatsen kan onduidelijkheid bestaan over het kiezen tussen subsidie en overheidsopdracht, omdat er een overlap is. Dit kan ervoor zorgen dat er een onjuiste procedure in gang wordt gezet. In het volgende hoofdstuk lees je dan ook wat de mogelijke gevolgen kunnen zijn van een onjuiste keuze.

Hoofdstuk 4: Risico's bij een onjuiste keuze

In dit hoofdstuk lees je aan de hand van literatuur wat nationaal gezien tot de risico's behoort en wat de procedure bij de rechter is. Ook wordt er verder op de accountantscontrole ingegaan. Vervolgens wordt er besproken wat Europees gezien tot de risico's behoort. Als afsluiting lees je uiteindelijk weer een korte samenvatting van het hoofdstuk.

4.1 Nationale risico's

Indien aanvragers en ontvangers van mening zijn dat de overheid had moeten aanbesteden in plaats van het verstrekken van een subsidie, dan is het van belang dat zij van rechtsbescherming kunnen genieten. Subsidie en aanbesteding hebben andere rechtsgangen. Subsidie valt namelijk onder het publiekrecht dan wel het bestuursrecht en daarom is de bestuursrechter bevoegd. Aan de andere kant valt aanbesteding onder het privaatrecht en om die reden is de civiele rechter bevoegd.

4.1.1 Procedure bij de rechter

Wanneer het onduidelijk is of er sprake is van een subsidie dan wel een aanbesteding ontstaat er een risico voor de gemeente, omdat er mogelijk sprake is van schending van het aanbestedingsrecht. Aanvragers en ontvangers kunnen dan ook een procedure starten op grond van onrechtmatige daad wat staat weergegeven in art. 6:162 BW. Vervolgens kan de burgerlijke rechter de volgende sancties opleggen in zijn uitspraak:

- Bevel tot staken aanbestedingsprocedure;
- Bevel tot (her)aanbesteding;
- Bevel tot toelating tot aanbesteding;
- Bevel tot gunning aan de eiser;
- Verbod tot gunning aan een ander dan de eiser of heraanbesteding;
- Verbod van gunning aan een derde.
- Schadevergoeding

Indien de overeenkomst al is gesloten voor de uitspraak van de voorzieningenrechter (kort geding), dan kan deze ook als volgt uitspraak doen:

- Verbod uitvoering te geven aan de overeenkomst;
- Gebod om de overeenkomst op te zeggen of te beëindigen op grond van een wettelijke of contractuele bevoegdheid.⁴⁴

⁴⁴ *Rechtsbescherming*. Geraadpleegd van <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-2-doorlopen-aanbestedingsprocedure/gunnen/rechtsbescherming>

In sommige gevallen zal blijken dat een subsidie niet terecht was en dat er had moeten worden aanbesteed. Dan moet de gemeente de subsidie beëindigen en moet het de opdracht alsnog aanbesteden.

4.1.2 Accountantscontrole

Een onderliggend probleem bij het verlenen van een onrechtmatige financiële verstrekking is dat de gemeente problemen kan krijgen bij de accountantscontrole. De rechtmatigheidscontrole bij jaarrekeningen of andere financiële overzichten in de publieke sector ziet toe op de financiële rechtmatigheid. Financiële handelingen in het kader van aanbestedingsrechtmatigheid hebben betrekking op de volgende activiteiten:

- Het naleven van de (Europese) aanbestedingsplicht.
- Keuze van het regime van de aanbestedingsprocedure (Nationaal of Europees).
- Keuze voor een bijzondere aanbestedingsprocedure (dynamisch aankoopstelsel (DAS)onderhandelingsprocedure zonder aankondiging).
- Gunning van een overheidsopdracht.
- Wijziging van de opdracht gedurende de contractfase.

Aangezien diverse onderdelen moeilijk te controleren zijn, wordt de controle beperkt tot de aspecten die voorgeschreven worden in de Aanbestedingswet. De controle op aanbestedingsrechtmatigheid kent twee elementen, namelijk een formele controle op de vereisten volgens de Aanbestedingswetgeving en een materiële controle op de inhoudelijke keuzes en ingenomen posities die tijdens een inkoopproces/aanbestedingsproces zijn gemaakt.

Indien er subsidies zijn verstrekt die zich mogelijk laten kwalificeren als overheidsopdracht en ten onrechte niet zijn aanbesteed, dan moet de gemeente een position paper opstellen met onderbouwende documentatie. De position paper omvat:

- Een overzicht van de subsidies, gegroepeerd naar soort subsidie, aansluitend op de financiële administratie.
- Een analyse van het mogelijke risico op overheidsopdrachten op subsidiesoort niveau.
- Een analyse van materiële individuele subsidies die risicovol zijn met inachtneming van de volgende punten:
 - Is er een verband tussen betaling en prestatie?
 - Van welke partij is het initiatief uitgegaan?
 - Worden aanvullende eisen gesteld over de wijze van uitvoering?
 - Welk belang wordt gediend? Wat is het doel van de activiteit?

- Is er sprake van commerciële activiteiten (winst, kostprijs, onderneming, concurrentie)?
- Is sprake van een opdracht die in het economisch verkeer kan worden verricht door andere opdrachtnemers?⁴⁵

Mochten er onjuiste keuzes gemaakt zijn omtrent het aanbestedingsbeleid dan kan dat ervoor zorgen dat de accountant een niet-instemmende accountantsverklaring afgeeft.⁴⁶

4.2 Europese risico's

Indien de hierboven genoemde nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, kan een onderneming een klacht indienen tegen een gemeente bij de Europese Commissie. Elke gemeente is immers verplicht om het Europees recht na te leven met betrekking tot aanbesteding en subsidie. De Europese Commissie onderzoekt of de Nederlandse staat aansprakelijk kan worden gesteld. Vervolgens kan de Europese Commissie een inbreukprocedure starten bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). De zaak wordt aanhangig gemaakt bij het HvJ EU indien de gemeente zich niet houdt aan het advies van de Europese Commissie, art. 258 van het VWEU.

Daarnaast moet bij subsidies uitgekeken worden dat er geen sprake is van staatssteun. Staatssteun beperkt zich niet alleen tot de klassieke subsidie. Ook steunmaatregelen in de vorm van garanties, leningen, risicokapitaal, verlaagde huur en grondverkoop onder de marktwaaarde kunnen hier bijvoorbeeld onder vallen.⁴⁷ Alle steunmaatregelen in een andere vorm dan subsidie worden in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.

Staatssteun is een overheidsmaatregel en mag geen invloed hebben op de markt. Krijgt een specifiek bedrijf staatssteun, maar de concurrenten van dat bedrijf niet? Dan kan dit mogelijk leiden tot oneerlijke concurrentie. Daarom is staatssteun bijna altijd verboden.⁴⁸ Er is sprake van staatssteun als wordt voldaan aan de volgende 5 criteria van art. 107 lid 1 VWEU:

- Bekostigd door een lidstaat of met staatsmiddelen bekostigd.

⁴⁵ Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants. (2019a). *SDO-Notitie Uitvoering van de controle op aanbestedingsrechtmatigheid bij de jaarrekeningcontrole van decentrale overheden*, p. 16 + 17. Geraadpleegd van <https://www.nba.nl/globalassets/themas/thema-publieke-sector/sdo/sdo-notitie-uitvoering-controle-aanbestedingsrechtmatigheid-jaarrekeningcontrole-decentrale-overheden-januari2019.pdf>

⁴⁶ NU.nl. (2018, 19 januari). *Dit is het gevolg als je jaarrekening niet wordt goedgekeurd*. Geraadpleegd van <https://www.nu.nl/ondernemen/5092769/gevolg-als-jaarrekening-niet-wordt-goedgekeurd.html>

⁴⁷ *Subsidies van de Europese Unie 2014-2020*. Geraadpleegd van https://www.europa-nu.nl/id/vjasedzq2zym/subsidies_van_de_europese_unie_2014_2020

⁴⁸ Ministerie van Economische Zaken en Klimaat. (2019, 11 december). *Staatssteun voor bedrijven*. Geraadpleegd van <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/staatssteun/wel-of-geen-staatssteun#:~:text=Wanneer%20wel%20staatssteun&text=De%20overheid%20geeft%20geld%20of%20een%20ander%20voordeel.&text=De%20overheid%20geeft%20het%20geld,voordeel%20hebben%20van%20de%20steun.>

- Begunstiging van ondernemingen.
- Selectieve steun (bepaalde ondernemingen of bepaalde producties).
- Vervalsing of dreigende vervalsing van de mededinging.
- Ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten.⁴⁹

Indien er sprake is van staatssteun, mag de steun niet worden verleend voordat goedkeuring is verkregen van de Europese Commissie. Is de subsidie al verstrekt, dan is de gemeente verplicht om de subsidie terug te vorderen. Sinds 1 juli 2018 is de gemeente ook verplicht om een subsidie te weigeren op basis van dit argument. Dit is neergelegd in art. 4:35 lid 3 van de Awb.

De Europese Commissie is op grond van art. 108 VWEU belast met deze controle. De steun is onrechtmatig indien de steun aangemeld had moeten worden en ook niet aan de meldingsplicht is voldaan.⁵⁰

Zoals al eerder vermeld kan de Europese Commissie alleen de Nederlandse staat aanspreken en niet de gemeente zelf. Dus indien er verplichtingen uit het VWEU niet worden nagekomen, is het de lidstaat die wordt aangesproken. De lidstaat kan de boete die is opgelegd door het HvJ EU (art. 260 van het VWEU) wel verhalen op de gemeente, door middel van het verhaalsrecht. Dit is terug te vinden in art. 7 wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (NErpe). Op deze manier kan de (betreffende) minister toch toezicht houden op de gemeente. De gemeente kan wel in beroep gaan tegen een besluit van verhaal van de lidstaat volgens de Awb.⁵¹

4.3 Samenvatting

Bij een vermoeden van een onjuiste keuze kunnen aanvragers en ontvangers een procedure starten op grond van onrechtmatige daad. Naast het feit dat het mogelijk is om een procedure te starten kan de gemeente ook te maken krijgen met problemen met de accountantscontrole. Dit kan ervoor zorgen dat de gemeente een niet-instemmende accountantsverklaring afgeeft. Als de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput kan een onderneming een klacht indienen bij de Europese Commissie. Elke gemeente moet immers de regels met betrekking tot het aanbestedingsrecht in acht nemen. De Europese Commissie kan mogelijk een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie starten. Deze procedure wordt gestart tegen de staat, maar het is mogelijk, indien er een boete

⁴⁹ Europees recht een inleiding, C. Bakker, Pearson 2015 derde editie

⁵⁰ Ministerie van BZK en EZ. (2016). *Handreiking staatssteun voor de overheid, par. 2.1*. Geraadpleegd van <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2017/01/Handreiking-Staatssteun-2016.pdf>

⁵¹ Europa decentraal. (2020a, 10 februari). *Toezicht en naleving EU-recht*. Geraadpleegd van <https://europadecentraal.nl/onderwerp/europees-recht-en-beleid-decentraal/toezicht-en-naleving/>

wordt opgelegd, om deze te verhalen bij de decentrale overheid. Daarnaast is er bij subsidies een risico dat er sprake is van staatssteun.

Nu in dit hoofdstuk is weergegeven welke risico's er hangen aan het maken van een onjuiste keuze. Is het belangrijk dat er een dossieronderzoek wordt gedaan naar dossiers waarbij twijfel over de keuze bestaat. Dit onderzoek is dan ook te lezen in het volgende hoofdstuk.

Hoofdstuk 5: Dossieronderzoek

In dit hoofdstuk worden de resultaten van de dossiers besproken. Dit gebeurt aan de hand van een aantal criteria die vaak gebruikt worden bij de vraag of er sprake is van een subsidie dan wel van een opdracht.

- Hoe is het verband tussen betaling en prestatie?
- Van wie is het initiatief uitgegaan?
- Welk belang wordt er gediend? Wat is het doel van de activiteit?
- Is er sprake van commerciële activiteiten?
- Zijn er derden bij het project betrokken?

De meeste dossiers bestaan uit een advies van een externe partij, maar er zijn ook dossiers waarin alleen sprake is van e-mail verkeer over en weer tussen medewerkers van de gemeente. In totaal worden er 7 dossiers besproken waarin de vraag bestaat of er sprake is van subsidie of opdracht, daarnaast komt ook een aantal keer de vraag terug of er sprake is van staatssteun.

De dossiers worden in de bijlage aangeduid als dossier 1 tot en met 7, omdat er een geheimhoudingsplicht is. Elk dossier wordt apart besproken en vervolgens wordt weergegeven waar vaak het knelpunt ligt bij de keuze tussen subsidie en opdracht. Ook wordt er een kleine analyse weergegeven van de dossiers waar ook mogelijk sprake is van staatssteun. Er is mogelijk sprake van staatssteun indien is voldaan aan de criteria die staan in art. 107 lid 1 VWEU.

- De steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht.
- De steun wordt door staatsmiddelen bekostigd.
- Deze staatsmiddelen verschaffen een economisch voordeel dat niet via normale commerciële weg zou zijn verkregen.
- De maatregel is selectief.
- De maatregel vervalst de mededinging (in potentie) en (dreigt te) leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer.

Staatssteun is in principe niet toegestaan, maar er gelden uitzonderingen. De Europese Commissie is uiteindelijk de enige instantie die bevoegd is om te bepalen of er wel of geen sprake is van staatssteun.

5.1 Resultaten

Op basis van de uitwerkingen van de dossiers, deze zijn te vinden in de bijlage, merk ik op dat er in elk dossier van uit wordt gegaan dat er sprake is van subsidie, terwijl niet alle argumenten in die richting wijzen. Vaak ligt het knelpunt bij een van de volgende redenen:

- Niet duidelijk of de vergoeding marktconform is.
- Niet duidelijk bij wie het initiatief ligt.
- Het niet hebben van een schriftelijke overeenkomst, terwijl dat in een aantal gevallen wel doorslaggevend zou zijn.

Bij het staatssteun perspectief ligt het knelpunt vaak bij een van de volgende redenen:

- Niet duidelijk of er sprake is van een economische activiteit.
- Niet duidelijk of het de tussenstaatse handel beïnvloed.

Belangrijk om te weten is dat het een subsidie betreft als iets voldoet aan de criteria van het subsidiebegrip. Als er aanspraak is op financiële middelen, dan is het bestuursorgaan niet meer bevoegd om ter vervanging van de subsidiebeschikking een overeenkomst te sluiten. Daarnaast komt uit de jurisprudentie sterk naar voren dat het een subsidie betreft indien de vergoeding maar een deel van de kosten betreft. Bij een kostendekkende vergoeding zal immers vaak sprake zijn van een opdracht.

Door erachter te komen bij wie het initiatief ligt, kunnen een aantal zaken veel duidelijker worden. De jurisprudentie geeft immers aan dat er hoogstwaarschijnlijk sprake is van een opdracht indien het initiatief ligt bij het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan heeft er dan immers zelf een economisch belang bij.

Het is van belang om te weten of er een schriftelijke overeenkomst tussen partijen is, ook voldoende kan zijn dat redelijkerwijs is aan te nemen dat er bepaalde verplichtingen over en weer zijn. Indien je geen aanbestedingsprocedure wil doen als bestuursorgaan kan je ook een uitvoeringsovereenkomst sluiten bij de subsidiebeschikking.

Over het staatssteun perspectief kan weinig gezegd worden. Alleen de Europese Commissie is immers bevoegd om hier uitspraak over te doen. Wel kan met het aangaan van een overheidsopdracht worden voorkomen dat er sprake is van staatssteun. Nu in de dossiers veel wordt gekozen voor subsidie, is er een groter risico dat er ook sprake is van staatssteun in enkele gevallen. In zes van de zeven dossiers wordt aan 4 criteria voldaan. Of wordt voldaan aan het vijfde criterium is nog maar de vraag. Hieronder volgt een uitleg bij de betreffende vragen of voldaan wordt aan het vijfde criterium.

Er bestaan in de dossiers vragen over of de hoogte van de vergoeding een economisch voordeel met zich mee brengt, dus of de vergoeding marktconform is of niet. Brengen de staatsmiddelen een economisch voordeel met zich mee dan is ook voldaan aan dat criterium. Er staat in die gevallen ook geen tegenprestatie tegenover. Een open, niet discriminerende en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure is een goede manier om te zorgen dat de steun overeenkomt met de marktprijs.⁵²

Verder is het in twee dossiers de vraag of er sprake is van een lokale aangelegenheid. Als het een lokale aangelegenheid betreft is er geen sprake van staatssteun. Indien de maatregel de mededinging in potentie wel vervalst en dreigt te leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU, dan is voldaan aan het criterium en is er wel sprake van staatssteun. De Europese Commissie en het HvJ EU geven een ruime uitleg aan het begrip 'grensoverschrijdend effect'. Er bestaat dan ook geen drempel of percentage. Zij achten het wel mogelijk om lokale activiteiten te stimuleren zonder dat er sprake is van staatssteun. Hierbij wordt met name gelet op de aspecten dat de steun geen obstakels creëert voor de vestiging van ondernemingen uit andere lidstaten, de geproduceerde goederen en diensten een puur lokaal karakter of slechts aantrekkingskracht hebben in een beperkte regio en er slechts een marginaal effect is op de markt en op consumenten in aangrenzende lidstaten.⁵³

Als laatste de vraag of er sprake is van een onderneming dan wel van een economische activiteit. Er is sprake van een economische activiteit als er goederen of diensten op een markt worden aangeboden, dit heeft het Hof van Justitie van de EU in rechtspraak vastgelegd. Dit moet wel altijd per specifiek geval worden bekeken, er is dan ook geen uitputtende lijst opgesteld.⁵⁴

⁵² Decentraal, E. (2020, 1 april). *Marktconformiteit*. Geraadpleegd van <https://europadecentraal.nl/onderwerpen/staatssteun/criteria-staatssteun/marktconformiteit/>

⁵³ Decentraal, E. (2020a, 1 april). *Grensoverschrijdend effect*. Geraadpleegd van <https://europadecentraal.nl/onderwerpen/staatssteun/criteria-staatssteun/grensoverschrijdend-effect/>

⁵⁴ Decentraal, E. (2020c, 1 april). *Onderneming*. Geraadpleegd van <https://europadecentraal.nl/onderwerpen/staatssteun/criteria-staatssteun/onderneming/>

Hoofdstuk 6: Conclusie en aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden de conclusies uit deze afstudeeropdracht getrokken. Op basis van de conclusie worden er een aantal aanbevelingen gedaan waar de gemeente Westland mee aan de slag zou kunnen gaan.

6.1 Conclusie

In dit onderzoek is gezocht naar een antwoord op de vraag:

‘Welk advies kan er aan de gemeente Westland worden gegeven over de invulling van het beleid omtrent de keuze tussen subsidie en aanbesteden op grond van de wet, literatuur, jurisprudentie en een dossieronderzoek?’

Om deze vraag te beantwoorden is er gekeken naar de wet, naar de literatuur, naar jurisprudentie en is er een dossieronderzoek gedaan om te kijken welke standpunten en argumenten worden gebruikt om voor subsidie of aanbesteden te kiezen.

Na dit onderzoek kan geconcludeerd worden dat beide begrippen anders zijn. In art. 4:21 lid 1 Awb wordt namelijk de definitie van het subsidiebegrip weergegeven:

‘Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak of 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.’

Daarnaast wordt in de aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU het begrip overheidsopdracht weergegeven:

‘Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van de richtlijn.’

Maar aan de hand van deze begrippen is het soms niet eenvoudig om te beslissen van welke procedure nu sprake is, daarom is er ook sprake van een grijs gebied. Het kan immers beide kanten op gaan. Pianoo heeft vijf vragen opgesteld, indien er geen keuze gemaakt kan worden aan de hand van de voorwaarden die terugkomen in de begrippen. Hieronder volgen de vijf vragen:

- Hoe is het verband tussen betaling en prestatie?
- Van wie is het initiatief uitgegaan?
- Welk belang wordt er gediend? Wat is het doel van de activiteit?

- Is er sprake van commerciële activiteiten?
- Zijn er derden bij het project betrokken?

De antwoorden op deze vragen moeten in samenhang worden gebruikt, geen enkel element is op zichzelf van doorslaggevende betekenis.

In de dossiers die ik heb geanalyseerd ben ik tot de conclusie gekomen dat er vaak onduidelijkheid is over het feit waar nu het initiatief ligt, het niet duidelijk is wanneer een vergoeding marktconform is en het missen van een schriftelijke overeenkomst.

Het is wel van belang om antwoord te kunnen geven op deze vragen. Ligt het initiatief immers bij de gemeente, dan wordt vaak uitgegaan van een opdracht, omdat de gemeente er dan waarschijnlijk een economisch belang bij heeft. Ligt het initiatief niet bij de gemeente, dan is er vaak sprake van een subsidie.

Verder worden er bij een subsidie ten hoogste de kosten vergoed, dit moet ter stimulering van iets zijn. Bij een opdracht wordt daarentegen vaak alles vergoed plus een winstmarge.

Ook kan je bij een subsidie geen activiteiten afdwingen. Dit kan wel indien je een uitvoeringsovereenkomst naast de subsidiebeschikking legt, maar indien de gemeente eisen gaat stellen die er voor zorgen dat de gemeente (veel) grip krijgt op de uitvoering van activiteiten, kan alsnog sprake zijn van een opdracht. Indien de uitvoeringsovereenkomst niet is opgesteld, kan er ook geen sprake zijn van een opdracht, het ontbreekt immers aan een bezwarende titel. Dus hoe meer grip en hoe gedetailleerder de gemeente beschrijft, hoe eerder sprake is van een opdracht. Bij dit onderdeel zit dan ook de meeste bewegingsruimte voor de gemeente. Willen zij dat er sprake is van een subsidie dan moeten zij zorgen dat ze vrijwel geen grip hebben op de uitvoering van de activiteiten. Willen zij dat er sprake is van een aan te besteden opdracht, dan moeten zij een overeenkomst opstellen, dit brengt met zich mee dat zij veel grip kunnen uitoefenen op de activiteiten die worden uitgevoerd.

Als je kijkt naar het belang, is er sprake van subsidie indien er geld wordt verstrekt in het algemeen belang. Wordt het belang van de gemeente zelf gediend, dan is er sprake van een opdracht.

Wettelijke taken van de gemeente vallen onder het algemeen belang, dat is af te leiden uit de jurisprudentie.

Daarnaast merk ik op dat aan de vijfde vraag (derden) geen grote waarde wordt gehecht, in veel dossiers komt dit punt namelijk vaak niet naar voren. Ook in de jurisprudentie worden er over dit punt geen uitspraken gedaan.

Indien er toch een onjuiste keuze wordt gemaakt zijn er risico's voor de gemeente. Nationaal gezien kunnen benadeelde partijen, op basis van een onrechtmatige daad, een procedure starten bij de rechter en kan de gemeente een niet-instemmende accountantsverklaring ontvangen. Ook moeten de regels van het Europese recht in acht worden genomen. De Europese Commissie komt in beeld indien dit niet wordt gedaan. De Commissie kan mogelijk oordelen dat er sprake is van staatssteun en dan moet de subsidie worden teruggevorderd. Daarnaast kan het HvJ EU een boete aan de lidstaat opleggen, die de lidstaat vervolgens weer kan verhalen op de betreffende gemeente.

Het advies dat aan de gemeente Westland gegeven kan worden, is dat er op voorhand (dus bij de het eerste gesprek) naar de bovenstaande vragen moet worden gekeken. Daarbij kan gedacht worden aan een checklist die de gemeente invult samen met de andere partij. Op die manier ben je voor dat je, als je er eenmaal in zit, niet de antwoorden kan benoemen op voorgaande vragen. In situaties waar je al in het grijze gebied zit, kan door middel van de antwoorden in dit onderzoek, op openstaande vragen in worden gegaan. Het is van belang om ook goed met de wederpartij te praten over hoe die ertegenaan kijken. Dit moet er uiteindelijk voor zorgen dat de gemeente tegen minder risico's aanloopt.

6.2 Aanbevelingen

Naar aanleiding van dit onderzoek wordt de gemeente Westland ook een aantal aanbevelingen gedaan.

De gemeente Westland wordt aangeraden om hun medewerkers over dit onderzoek en met name de conclusie in te lichten. Op die manier kunnen medewerkers hiermee aan de slag en kunnen zij de zaken vanaf het begin in goede banen leiden.

Daarnaast is het van belang dat er bij de uitleg van de vragen een uitgebreide onderbouwing komt. En dus duidelijk wordt aangegeven waarom een bepaalde keuze is gemaakt. Op die manier staat de gemeente Westland sterk indien er toch een procedure aanhangig wordt gemaakt.

Bij twijfel tussen subsidie en aanbesteden kan beter voor aanbesteden worden gekozen. Op die manier kan in ieder geval worden uitgesloten dat er sprake is van staatssteun. Ook bestaat bij het kiezen voor een subsidie het risico dat de subsidie alsnog als een opdracht aangemerkt wordt. Een ander voordeel is dat de gemeente de concurrentie bevordert. De overheid is er immers bij gebaat dat het project tegen de laagst mogelijke kosten wordt uitgevoerd en dat het van hoge kwaliteit is.

Bij een vervolgonderzoek is het handig als er van de betreffende (of andere) zaken meer informatie is, zodat er een nog uitgebreidere analyse kan worden gemaakt. Op basis van die informatie en de informatie uit de jurisprudentie kan er wellicht een nieuw afwegingskader worden gemaakt. Indien

er een nieuw afwegingskader wordt gemaakt voor de gemeente Westland is elke medewerker van dezelfde informatie op de hoogte en wordt elke aanvraag aan dezelfde punten getoetst.

Wanneer de gemeente Westland naar bovenstaande punten gaat kijken, zal dit leiden tot zaken die sneller afgehandeld kunnen worden. Daarnaast zullen die zaken ook een sterkere argumentatie bevatten. Dat brengt met zich mee dat het grijze gebied kleiner wordt.

Bronnenlijst

Internetbronnen

<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/public-law/faq-de-procedure-van-subsidieverstrekking/>

<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/public-law/wanneer-is-een-subsidie-een-aanbestedingsplichtige-opdracht/>

<https://blogbestuursrecht.nl/schaarse-subsidie-of-inkoop/>

<https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/drempelwaarden/>

<https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/subsidie-en-aanbesteden/>

<https://europadecentraal.nl/onderwerpen/staatssteun/criteria-staatssteun/marktconformiteit/>

<https://europadecentraal.nl/onderwerpen/staatssteun/criteria-staatssteun/grensoverschrijdend-effect/>

<https://europadecentraal.nl/onderwerpen/staatssteun/criteria-staatssteun/onderneming/>

<https://vng.nl/brieven/geactualiseerd-vng-model-inkoop-en-aanbestedingsbeleid>

<https://vng.nl/brieven/wijziging-model-algemene-subsidieverordening-2013>

https://vng.nl/files/vng/publicaties/2015/europese_subsidiewijzer_20110928.pdf

https://vng.nl/files/vng/szm-handreiking_subsidieren_of_inkopen_def.pdf

<https://vng.nl/sites/default/files/20190820-basisbeginselen-subsidierecht.pdf>

https://vng.nl/sites/default/files/brieven/2019/attachments/vng-model-inkoop_definitief.pdf

https://www.gemeentewestland.nl/fileadmin/documenten/ondernemen/Inkoop/Welbested_2019.pdf

https://www.gemeentewestland.nl/fileadmin/documenten/organisatie_en_bestuur/Begroting/Ontwerpbegroting_2017-2020/Algemene_subsidieverordening_Westland_2016_S_16-0103934_31.pdf

<https://www.gemeentewestland.nl/ondernemen/aanbestedingen/inkoopbeleid.html>

<https://www.gemeentewestland.nl/ondernemen/subsidies/subsidie-voor-maatschappelijke-doeleinden.html>

<https://www.nba.nl/globalassets/themas/thema-publieke-sector/sdo/sdo-notitie-uitvoering-controle-aanbestedingsrechtmatigheid-jaarrekeningcontrole-decentrale-overheden-januari2019.pdf>

https://www.pelsrijcken.nl/sites/default/files/517394/handreiking_juridische_vraagstukken_harmonisatie.pdf

<https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-0-organisatie-van-inkoop>

<https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-2-doorlopen-aanbestedingsprocedure/gunnen/rechtsbescherming>

<https://www.pianoo.nl/nl/over-pianoo/vakgroepen/vakgroep-aanbestedingsrecht/visie-subsidie-of-overheidsopdracht/overzicht-verschillen-tussen-overeenkomst>

<https://www.pianoo.nl/nl/themas/sociaal-domein/toegelicht/subsidie>

<https://www.pianoo.nl/nl/visie-subsidie-overheidsopdracht>

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden/aanbestedingsregels>

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/financien-europese-unie/begroting-europese-unie-mfk>

<https://www.schenkeveldadvocaten.nl/subsidieontvangers-kunnen-aanbestedingsplichtig-zijn/>

<https://www.vijverbergadvocaten.nl/juridisch-advies/subsidierecht/subsidieverordeningen>

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32440-3.html>

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34329-3.html>

Handboeken

Bestuursrecht begrepen, MR. Albers, Boom Juridische uitgevers, 2015 tweede druk

Europees recht een inleiding, C. Bakker, Pearson 214 derde editie

Jurisprudentie

ECLI:NL:PHR:2019:452

ECLI:NL:CBB:2019:437

ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211

ECLI:EU:C:2010:168

ECLI:NL:RVS:2015:1073

ECLI:NL:RVS:2016:801

ECLI:NL:RVS:2016:803

ECLI:EU:C:2018:843

ECLI:NL:GHARL:2014:2878

ECLI:NL:CBB:2008:BD8180

ECLI:NL:CBB:2005:AT1735

Kamerstukken

Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, par 1 en 2.1

Kamerstukken II 2015/16, 34329 nr. 3, par 1 en 2.1

Stb. 2016/242

Europees Publicatieblad (PB L 279, 31 oktober 2019)