



Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Subsidiëren of inkopen?

Handreiking voor ambtelijke professionals

Voorwoord

Deze handreiking is een eindresultaat van het werkprogramma Subsidie zonder Moeite 2012-2013 dat Partners+Pröpper, *Denkers en doeners voor de publieke zaak*, heeft uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten. Zo'n 95 deelnemende gemeenten hebben hun kennis en ervaring gedeeld rond vier verdiepingsthema's:

- Sturen op maatschappelijke effecten
- Keten- en netwerksamenwerking inrichten
- LEAN-inrichting en digitalisering
- **Subsidiëren of inkopen?**

De handreiking is mede tot stand gekomen dankzij de bijdragen en energie die de deelnemers hebben ingebracht in verschillende werkbijeenkomsten en conferenties. We willen hen daarvoor hartelijk bedanken!

We wensen u veel inspiratie en succes toe bij het toepassen van deze handreiking en gaan graag in op eventuele vragen.

Sandra van Heukelom, advocaat partner Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten en notarissen
Jurgen de Jong, senior adviseur Partners+Pröpper
Contact: s.vanheukelom@pelsrijcken.nl of j.dejong@partnersenpropper.nl

Relatie met de andere handreikingen

Het werkprogramma Subsidie zonder Moeite 2012-2013 heeft vier handreikingen opgeleverd. De handreiking *Sturen op maatschappelijke effecten* vormt de basis en gaat vooraf aan *Keten- en netwerksamenwerking inrichten* en *Subsidiëren of inkopen?* De *Verkenner verbetering subsidieproces* gaat over de interne organisatie van het subsidieproces en staat los van deze handreiking.



Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties



PARTNERS+PRÖPPER
DENKERS EN DOENERS VOOR DE PUBLIEKE ZAAK

Pels Rijcken
& Droogleever
Fortuijn *advocaten*
en notarissen

Inhoudsopgave

Subsidiëren of inkopen?	1
1 Inleiding	1
2 Subsidie versus commerciële transactie.....	2
3 Aanbestedingsrecht: subsidie kan “overheidsopdracht” zijn.....	4
4 Conclusie rond subsidiëren of inkopen?	7

Subsidiëren of inkopen?

1 Inleiding

Al bij de start van Subsidie zonder Moeite bleek dat een antwoord op het vraagstuk 'subsidiëren of inkopen' of 'subsidiëren of aanbesteden' hoog op het verlanglijstje van deelnemers stond. Beleidsmedewerkers maatschappelijke ontwikkeling, programmamanagers rond de drie transities drukten ons op het hart dat zij nú antwoorden nodig hebben in de voorbereiding van de decentralisaties.

Tijdens de eerste werkbijeenkomst over dit thema bij de gemeente Hof van Twente in juli 2013 was een belangrijke conclusie dat de afweging 'subsidiëren of inkopen' of 'subsidiëren of aanbesteden' het sluitstuk is van een proces van beleidsontwikkeling en het verkennen van mogelijkheden tot samenwerking: je moet als overheid eerst weten wat je in de samenleving wilt realiseren en met welke partijen je daartoe wilt gaan samenwerken. Met het verlenen van subsidie of het geven van een opdracht worden de samenwerkingsrelaties geformaliseerd. De handreikingen *Sturen op maatschappelijke effecten* en *Keten- en netwerksamenwerking inrichten* gaan dus vooraf aan deze handreiking *Subsidiëren of inkopen*?

'Sturen' betekent doelgericht beïnvloeden. Sturen op maatschappelijke effecten betekent dat je als overheid partijen in de samenleving zover probeert te krijgen dat zij bijdragen aan het realiseren van een maatschappelijk gewenste situatie. Belangrijke kernboodschap van deze handreiking is dat beide regimes in principe dezelfde sturingsmogelijkheden bieden. Het is niet zo dat subsidie betere of slimmere sturingsmogelijkheden biedt dan inkoop, of andersom. Kernpunt is met name om financiële relaties met partijen in de samenleving correct juridisch te duiden en geldstromen te herkennen die zowel door het subsidierecht als het aanbestedingsrecht worden gereguleerd omdat (tevens) sprake is van een "overheidsopdracht". Daarbij biedt deze handreiking hulp.

SUBSIDIERECHT EN AANBESTEDINGSRECHT

De gemeente geeft op verschillende manieren geld uit. Zo kan een gemeente bijvoorbeeld een commerciële transactie met een derde aangaan of aan een derde een subsidie verlenen. Het gaat in deze gevallen om het verstrekken van financiële middelen van de gemeente aan een derde. In de praktijk bestaat veel onduidelijkheid over de vraag of, en zo ja, wanneer deze overheidsuitgaven door het subsidierecht en/of het aanbestedingsrecht worden gereguleerd.

Een veel voorkomend misverstand is dat er een tegenstelling bestaat tussen enerzijds subsidie en anderzijds aanbesteden. Aan dit misverstand ligt de gedachte ten grondslag dat bij subsidieverlening geen sprake kan zijn van een aanbestedingsplicht en andersom. Dit is onjuist, omdat het verlenen van een subsidie in bepaalde gevallen tevens kwalificeert als het gunnen van een "overheidsopdracht". Een ander veelgehoord misverstand is dat gemeenten een keuze zouden kunnen maken tussen subsidieverlening of aanbesteden. Ook dat is onjuist. Het subsidierecht en het aanbestedingsrecht kennen een eigen begrippenkader. Deze begrippenkaders staan in beginsel los van elkaar. Het subsidierecht kent een nationaalrechtelijk begrippenkader, neergelegd in titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het aanbestedingsrecht kent een Europeesrechtelijk

begrippenkader, neergelegd in Europese aanbestedingsrichtlijnen¹ die zijn geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012.²

Een gemeente zal zodoende steeds de volgende twee vragen moeten beantwoorden:

- 1 kwalificeert de overheidsuitgave als een "subsidie" in de zin van titel 4.2 van de Awb en
- 2 kwalificeert de overheidsuitgave als een "overheidsopdracht" in de zin van de Aanbestedingswet 2012?

Deze handreiking beoogt handvatten te bieden die bij het beantwoorden van bovenstaande vragen nuttig kunnen zijn. In het bijzonder beoogt deze handreiking behulpzaam te zijn bij het herkennen van geldstromen die zowel door het subsidierecht als het aanbestedingsrecht worden gereguleerd omdat (tevens) sprake is van een "overheidsopdracht".

Deze geldstromen hoeven overigens niet steeds te worden aanbesteed. Of een aanbestedingsplicht bestaat is afhankelijk van de aard en de omvang van de gesubsidieerde werken, leveringen of diensten. In de praktijk worden veel subsidies verleend voor zogenoemde IIB diensten, die op grond van de (huidige) Europese aanbestedingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet 2012 niet aanbestedingsplichtig zijn³.

In hoofdstuk 2 zal op het onderscheid tussen een subsidie en een commerciële transactie worden ingegaan. Daarna zal in hoofdstuk 3 worden besproken wanneer een "subsidie" tevens als een "overheidsopdracht" kwalificeert. In hoofdstuk 4 sluiten wij de handreiking af met de belangrijkste conclusies.

2 Subsidie versus commerciële transactie

Onder subsidie wordt ingevolge artikel 4:21 lid 1 van de Awb verstaan: (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*.

Gelet op het laatste onderdeel van deze definitie "*anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten*" moet van een subsidie de commerciële transactie tussen een gemeente en een derde worden onderscheiden.

Is sprake van een subsidie, dan is titel 4.2 van de Awb van toepassing. Is sprake van een commerciële transactie, dan zijn de regels uit titel 7 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing.

Er is sprake van een commerciële transactie als de goederen en diensten direct worden geleverd aan de gemeente en de betaling voor die goederen of diensten is afgestemd op de waarde daarvan in het economische verkeer.

¹ Richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG.

² Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012).

³ Dit onderwerp laten wij in deze handreiking buiten beschouwing.

Er zal dus allereerst moeten worden gekeken of de door de gemeente betaalde prijs de waarde van de geleverde goederen of diensten op de economische markt vertegenwoordigt. Over het algemeen is dat de kostprijs plus een zekere winstmarge. Als de gemeente minder dan de kostprijs betaalt, is vaak sprake van subsidie. Kan op basis van de prijs niet worden bepaald of sprake is van een subsidie of van een commerciële transactie, dan bieden de volgende gezichtspunten houvast⁴:

- Wie neemt het initiatief voor de transactie? Bij subsidie dient de aanvrager een aanvraag in en bepaalt hij (zo) de exacte aard en omvang van de activiteiten. Bij een commerciële transactie beschrijft en vraagt de gemeente de goederen of diensten.
- Wie profiteert van de goederen of diensten? Als de goederen en diensten niet rechtstreeks ten goede komen aan de gemeente, maar aan derden, dan is dat een sterke aanwijzing dat sprake is van subsidie. Bij een commerciële transactie worden de goederen en diensten rechtstreeks aan de gemeente geleverd.

In veel gevallen is duidelijk of sprake is van een commerciële transactie of van een "subsidie". Voorbeelden van evidente commerciële transacties zijn het aankopen van potloden, het inkopen van reguliere schoonmaakdiensten of het laten verbouwen van het gemeentehuis. Voorbeelden van evidente subsidies zijn ondersteuning van de plaatselijke voetbalvereniging, ondersteunende financiering voor natuurbeheer of voor monumentenonderhoud door particuliere eigenaren.

Soms is het minder duidelijk of sprake is van een commerciële transactie of van een "subsidie". Zo kan men denken aan diensten die niet rechtstreeks ten goede komen aan gemeente, maar in wezen wel rechtstreeks aan gemeente worden geleverd. Voorbeeld hiervan zijn gedecentraliseerde overheidsverplichtingen, zoals de zorg voor "maatschappelijke ondersteuning", waarvoor gemeenten op basis van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) verantwoordelijk zijn. Hoewel vooral derden van deze diensten profiteren kan toch sprake zijn van een commerciële transactie.

Bij commerciële transacties zijn de prestaties over en weer afdwingbaar. Voor een gemeente kan het soms wenselijk zijn ook een gesubsidieerde activiteit af te kunnen dwingen. Een gemeente kan in dat geval op grond van artikel 4:36 lid 2 van de Awb naast de subsidieverlening een zogeheten uitvoeringsovereenkomst (ook wel afdwingovereenkomst genoemd) sluiten. In deze overeenkomst kan een verplichting voor de subsidieontvanger worden opgenomen tot het verrichten van de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend. Een gemeente heeft met andere woorden de mogelijkheid om een concrete (tegen)prestatie van de subsidieontvanger te verlangen.

Doet de gemeente dat niet, dan heeft zij beperkte middelen om de gesubsidieerde activiteiten af te dwingen. Indien de subsidieontvanger zich niet houdt aan de ingevolge artikelen 4:37 tot en met 4:39 van de Awb aan de subsidieverlening verbonden verplichtingen, kan de gemeente enkel de verleende subsidie lager of op nihil vaststellen en de inmiddels betaalde voorschotten terugvorderen. Het vorderen van nakoming is dan niet mogelijk.

Subsidie wordt in de praktijk vaak gebruikt om activiteiten te stimuleren. Denk bijvoorbeeld aan cultuuruitingen. In dergelijke gevallen is het niet nodig om nakoming van de activiteit te vorderen. De decentralisatie leidt er toe dat gemeenten subsidie de laatste jaren veelvuldig inzetten om door gemeenten vastgestelde beleidsdoelen te bereiken en/of wettelijke taken (zogenaamde medebewindstaken) te verrichten. Gemeenten moeten die taken verrichten; het

⁴ Deze gezichtspunten zijn ontleend aan de uitspraak van het College voor Beroep voor het bedrijfsleven van 9 juli 2008, AWB 07/612, LJN: BD8180.

enkel stimuleren daarvan is dan niet voldoende. Een verplichting tot nakoming is dan noodzakelijk om te garanderen dat de vereiste activiteiten daadwerkelijk worden verricht. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de wettelijke taken van gemeenten op grond van de Wmo en de (op handen zijnde) Jeugdwet.

3 Aanbestedingsrecht: subsidie kan “overheidsopdracht” zijn

Het in hoofdstuk 2 toegelichte (nationaalrechtelijke) onderscheid tussen een subsidie en een commerciële transactie is niet leidend bij de vraag of het Europese aanbestedingsrecht van toepassing is. Dat moet zowel in geval van subsidieverstrekking als in het geval van een commerciële transactie aan de hand van de regels van het Europese aanbestedingsrecht (geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012) worden bepaald.

In de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet 2012 staat het begrip “overheidsopdracht” centraal. Indien aan de elementen van een “overheidsopdracht” wordt voldaan, komt het Europese aanbestedingsrecht in beeld.⁵ Onder een “overheidsopdracht” wordt in de aanbestedingsregelgeving verstaan:

een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten is gesloten en die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

Gemeenten kwalificeren als “aanbestedende dienst”. Als “ondernemer” kunnen worden aangemerkt: alle natuurlijke of rechtspersonen die werken producten of diensten op de markt aanbieden (een economische activiteit uitoefenen). Daaronder vallen ook niet op winst gerichte entiteiten, zoals stichtingen.

Daarmee rijst de vraag of in het kader van subsidieverlening sprake zou kunnen zijn van een “overeenkomst onder bezwarende titel”.

Een misverstand dat bij veel aanbestedende diensten heeft postgevat is dat vanwege het publiekrechtelijke karakter van subsidie (en het eenzijdige karakter van een besluit tot verlening daarvan) geen sprake zou kunnen zijn van een “overeenkomst”. De enkele omstandigheid dat een overeenkomst een publiekrechtelijke karakter heeft en is gesloten in het kader van de uitoefening van overheidsgezag, verzet zich evenwel niet tegen het bestaan van een contractueel element. Bij de vraag of sprake is van een contractueel element – een overeenkomst onder bezwarende titel – gaat niet om de *vorm* (publiekrechtelijk of privaatrechtelijk) maar om de *inhoud*: zijn partijen materieel over en weer verplichtingen aangegaan die een contractueel element opleveren?⁶

Wanneer *materieel* sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel tussen een gemeente en een instelling of ondernemer die voorziet in de verwerving van diensten, goederen of werken, valt deze regeling in uitgangspunt onder de werking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (en

⁵ *Het concessiebegrip laten wij in deze handreiking buiten beschouwing.*

⁶ *HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (Scala-arrest). Zie in dit verband ook overweging 90 van het arrest van 29 april 2010 (C-160/08) (Commissie/Duitsland) over het ambulancevervoer: "Ten derde neemt het door de Bondsrepubliek Duitsland gestelde feit dat de overeenkomsten tot gunning van die opdrachten onder het publiekrecht vallen, niet weg dat er sprake is van het in artikel 1 sub a van richtlijn 92/50 dan wel artikel 1 lid 2 sub a van richtlijn 2004/18 vereiste contractuele element."*

de Aanbestedingswet 2012), ook als de Awb deze regeling niet als een privaatrechtelijke overeenkomst aanmerkt.

Om *materieel* van een overeenkomst onder bezwarende titel ("overheidsopdracht") te kunnen spreken dient blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie sprake te zijn van een uitwisseling van prestaties die in rechte afdwingbaar is.⁷ Dit vereiste lijkt een handvat te bieden om onderscheid te maken tussen een subsidie en een "overheidsopdracht".

Gesteld zou kunnen worden dat met het enkel verlenen van een subsidie geen *wederzijds afdwingbare* verplichtingen in het leven worden geroepen. De subsidieontvanger krijgt immers alleen een voorlopige aanspraak op financiële middelen. Aan deze aanspraak kan de gemeente wel verplichtingen verbinden, maar die moeten (ingevolge artikelen 4:37 tot en met 4:39 van de Awb) beperkt blijven tot de wijze waarop de gesubsidieerde activiteit wordt verricht en de wijze waarop het daarmee te dienen doel wordt verwezenlijkt. Een verplichting voor de subsidieontvanger om de gesubsidieerde activiteit daadwerkelijk uit te voeren, valt hier in ieder geval niet onder. Dit hangt nauw samen met de gedachte dat het subsidie-instrument oorspronkelijk niet bedoeld is om "*in te kopen*", maar om bepaalde (maatschappelijk wenselijke) activiteiten te *stimuleren*. Verricht de subsidieontvanger de activiteit niet, dan kan de gemeente de subsidie intrekken. De prestatie zelf kan echter niet bij de rechter worden afgedwongen.

Daarmee is goed verdedigbaar dat het enkel verlenen van een "subsidie" niet als (schriftelijke) "overeenkomst onder bezwarende titel" kwalificeert. Dat na uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten een definitief recht komt te bestaan op toekenning van de subsidie, maakt niet dat (alsnog) sprake is van een "overheidsopdracht" en (alsnog) in strijd wordt gehandeld met het bepaalde in de Algemene Richtlijn (met alle ongewenste effecten van dien).

De aanbestedingsrichtlijnen reguleren immers niet alle overheidsuitgaven, maar enkel de overheidsuitgaven die voortvloeien uit een (in rechte afdwingbare) *opdracht* om tegen betaling van een geldsom (of een ander op geld waardeerbaar voordeel) een werk te realiseren, producten te leveren of diensten te verrichten. Andere overheidsuitgaven zullen in het licht van het staatssteunregime beoordeeld moeten worden.

Een en ander vindt bevestiging in het werkdocument van de staf van de Europese Commissie getiteld "Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest" (SEC (2007) 1514). In dit document geeft de staf van de Europese Commissie aan hoe naar haar mening "zuivere financieringsrelaties" zouden kunnen worden onderscheiden van "overheidsopdrachten" waarop het regime van de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is:

"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."

⁷ In dit verband is te wijzen op rechtsoverweging 62 van het arrest van het HvJ EG 25 maart 2010, zaak C-451/08 (Helmut Müller).

In de praktijk worden evenwel steeds vaker overeenkomsten gesloten over de uitvoering van gesubsidieerde projecten, aangezien de gemeente de zekerheid wil hebben dat de te subsidiëren activiteiten daadwerkelijk worden uitgevoerd. Zoals toegelicht in hoofdstuk 2 kunnen de "prestaties" van de subsidieontvanger in dat geval worden afgedwongen door middel van een zogenoemde "afdwingovereenkomst" als bedoeld in artikel 4:36 lid 2 van de Awb. Als de subsidieontvanger op deze wijze de verplichting wordt opgelegd om de gesubsidieerde activiteiten daadwerkelijk uit te voeren, moet er rekening mee worden gehouden dat *de subsidieverstreking alsnog het karakter verkrijgt van een "overheidsopdracht"*.

In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Jeugdwet wordt deze situatie onderkend. In de Memorie wordt hierover het volgende opgemerkt:

Tweede Kamer 2012-2013, 33 684, nr. 3, p. 79:

"Wanneer een gemeente ervoor kiest de mogelijkheid te willen hebben om een instelling, al dan niet gefinancierd met subsidie, te dwingen de overeengekomen prestatie te leveren ingeval de instelling dit zou nalaten, dan zal er al snel sprake zijn van een overheidsopdracht. Deze afdwingbaarheid van een prestatie kan bijvoorbeeld van belang zijn als de rechter de uitvoering heeft opgelegd, bijvoorbeeld bij een kindbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering. In veel gevallen zal sprake zijn van inkoop met een bijbehorende aanbestedingsplicht."

Ook bij het ontbreken van een document dat als "uitvoeringsovereenkomst" kan worden betiteld, zal steeds moeten worden onderzocht of in de totale rechtsverhouding tussen de subsidieverlener en de subsidieontvanger niet toch sprake is van een wederzijdse prestatieplicht. Als bijvoorbeeld uit een briefwisseling of een beleidsdocument blijkt dat de subsidieverlener prestaties van de subsidieontvanger verwacht, dan kan dat stuk bijdragen aan het bewijs dat sprake is van een "overheidsopdracht". Ook zou bij het aannemen van een (wederzijdse) prestatieplicht een rol kunnen spelen of de subsidieverlener een langdurige/bestendige subsidierelatie met de subsidieontvanger is aangegaan.

Bedacht dient te worden dat het Hof van Justitie een ruime toepassing aan de Algemene Richtlijn geeft teneinde de effectiviteit daarvan te optimaliseren. De effectieve toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen zal bij de vraag of wordt voldaan aan de kenmerken van een "overheidsopdracht" steeds prevaleren.

Dat heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat (de Europese) rechter vrij snel zal aannemen dat sprake is van een bezwarende titel (een tegenprestatie), ook wanneer geen sprake is van een kostendekkende vergoeding, zoals bij een "subsidie".⁸ In het aanbestedingsrecht geldt voorts dat de werkingssfeer van de Algemene Richtlijn zo ruim mogelijk is en alle mogelijke overeenkomsten omvat die door de aanbestedende dienst zouden kunnen worden overwogen om in zijn behoeften te voorzien. Die behoeften kunnen heel ruim zijn en hoeven niet per definitie rechtstreeks ten goede te komen aan de aanbestedende dienst. De omstandigheid dat vooral derden van de transactie profiteren is in het aanbestedingsrecht niet relevant. Ook in dat geval kan sprake zijn van een "overheidsopdracht".

De staf van de Europese Commissie noemt in haar werkdocument ook enkele (aanvullende) indicatoren die kunnen bijdragen aan het aannemen van een prestatieplicht van de subsidieontvanger, te weten:

- de gesubsidieerde activiteit/het "type" dienst behoort tot de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst;

⁸ In dit verband is te wijzen op rechtsoverweging 45 van het arrest van het HvJ EG 18 januari 2006, zaak C-220/05 (Auroux).

- de activiteit/dienst wordt in detail door de aanbestedende dienst beschreven;
- er is sprake van een kostendekkende vergoeding.

Waarschijnlijk is de gedachte van de staf van de Europese Commissie dat de overheid vanuit haar publiekrechtelijke verantwoordelijkheid om bepaalde diensten te “leveren” (denk aan jeugdzorg, ambulancediensten, kinderopvang, inburgeringscursussen) doorgaans is gedwongen om deze diensten “in te kopen”, waarbij tevens nakoming van de opdrachtnemer zal worden geëist. Doorgaans zal bij dergelijke diensten ook nauwgezet worden bepaald aan welke eisen de subsidieontvanger en de door hem “geleverde” diensten moeten voldoen en zal sprake zijn van een kostendekkende vergoeding.

Daarmee sluiten deze indicatoren goed aan bij de (nationaal)rechtelijke indicatoren om een publiekrechtelijke “subsidie” van een civielrechtelijke “overeenkomst van opdracht” te onderscheiden. Bedacht dient evenwel te worden dat de door de staf van de Europese Commissie genoemde indicatoren geen zelfstandige grond vormen om aan te nemen dat in de rechtsverhouding met de subsidieontvanger sprake is van een “overheidsopdracht” in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.⁹

Bij twijfelgevallen kan het niettemin verstandig zijn om te toetsen aan de hiervoor genoemde indicatoren. De omstandigheid dat de gefinancierde activiteit wordt verricht ter invulling van een wettelijke taak van de gemeente zou bijvoorbeeld een sterke *aanwijzing* kunnen vormen dat sprake is van een “overheidsopdracht”. Dat hoeft echter niet steeds zo te zijn.¹⁰

4 Conclusie rond subsidiëren of inkopen?

Transacties die in ons nationale recht buiten de subsidietitel van de Awb zijn gebracht omdat ze als “gewone” commerciële transactie worden beschouwd, kwalificeren in beginsel als “overheidsopdracht”. Transacties die in ons nationale recht onder de subsidietitel van de Awb zijn gebracht, kunnen eveneens onder het begrip “overheidsopdracht” vallen. Er kan daarom niet van worden uitgegaan dat bij subsidieverstrekking geen aanbestedingsplicht bestaat.

De aanwezigheid van een prestatieplicht vormt de belangrijkste aanwijzing dat bij verstrekken van subsidies sprake is van een “overheidsopdracht”. In dat geval dient rekening te worden gehouden met de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (en de Aanbestedingswet 2012). Daarmee is uiteraard niet gezegd dat bij een prestatieplicht steeds een aanbestedingsplicht bestaat; dat hangt van de aard en de omvang van de gesubsidieerde projecten af.

⁹ *De staf van de Europese Commissie benadrukt dat in haar werkdocument ook: Indications for the existence of a public service contract or a concession are that the type of activity concerned falls within the competence of the public authority, that the terms of the service are set out in detail by the public authority and that the service is wholly remunerated by the public authority. However, these indicators are not as such decisive in themselves, but serve as a proxy to establish whether the subject matter of the contract is indeed an obligation to provide a service.*

¹⁰ *In sommige gevallen zullen de gemeenten een wettelijke taak c.q. verantwoordelijkheid hebben, maar ter uitvoering hiervan niet verplicht zijn bepaalde diensten te (laten) verrichten. Indien zij om beleidsmatige redenen echter toch kiezen voor een subsidierelatie waarbij de door de subsidieontvanger te verrichten diensten worden afgedwongen, is naar onze mening sprake van een overheidsopdracht voor diensten.*

Het volgende schema laat zien dat er binnen het subsidiekader een onderscheid moet worden gemaakt tussen de zogeheten zuivere subsidie (de blauw gekleurde vakken) en de subsidie verleend met een uitvoeringsovereenkomst waarin een prestatieplicht is neergelegd (het oranje gekleurde vak onderaan het schema). In de oranje gekleurde vlakken kan een gemeente met een aanbestedingsplicht te maken krijgen.

