

# MEMO



STRIKT PERSOONLIJK EN VERTROUWELIJK: CORRESPONDENTIE ADVOCAAAT/CLIENT

Subsidierelatie stichting Sport en Welzijn

## 1. Inleiding

Hierbij refereren wij aan uw email d.d. 23 oktober 2015, waarin u ons verzoekt te adviseren inzake de subsidieverlening van (het college van burgemeester en wethouders van) de gemeente Ridderkerk (**'Gemeente'**) aan de Stichting Sport en Welzijn Ridderkerk (**"Stichting SenW"**).

Meer in het bijzonder vraagt u beantwoording van de vragen 1 tot en met 5 zoals opgenomen in de offerte van AKD 'betreffende het adviseren over het wijzigingen van de subsidierelatie met SenW'. Deze vragen luiden:

- 1 Voor welke producten c.q. diensten die Stichting SenW aan de gemeente levert, geldt een aanbestedingsplicht?
- 2 Verdient financiering van Stichting SenW (mede voor onderhoudskosten) door middel van subsidieverlening dan wel door middel van een overeenkomst de voorkeur?
- 3 Wat zijn de gevolgen van het afbouwen van de subsidierelatie met Stichting SenW voor het al dan niet aanbesteden van diverse producten c.q. diensten (mede in verband met onderhoud)?
- 4 Waar dient voor het overige rekening mee te worden gehouden bij het afbouwen van de huidige subsidierelatie met Stichting SenW?
- 5 In hoeverre is aanbesteding verplicht ten aanzien van het beheer en onderhoud van de panden van Stichting SenW?

Wij wijzen u er op dat vraag 5 in de offerte van AKD op iets andere wijze is geformuleerd dan de vraag die u in uw offerte-aanvraag d.d. 20 oktober jl. heeft opgenomen. Vraag 5 luidt daarin aldus: "Voor het beheer en onderhoud van de panden een check of aanbesteding verplicht is? Of ziet het adviesbureau andere mogelijkheden?".

In het kader van dit advies hechten wij er aan voorop te stellen dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen het nationaalrechtelijke kader en het Europeesrechtelijke kader. Het nationaalrechtelijke kader ziet op de vraag of er sprake is van een subsidie (als bedoeld in artikel 4:21 Awb) enerzijds of een

AKD B.V.B.A., RPR Brussel, BTW nr. BE 0463.349.796. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD B.V.B.A. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van toepassing waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op [www.akd.eu](http://www.akd.eu).

**AKD B.V.B.A. is ISO 9001 Quality Management gecertificeerd.**

AKD: #8548963v5

overeenkomst van opdracht (als bedoeld in artikel 7:400 BW) anderzijds. Dit is met name van belang om te bezien of op de verstrekking van de financiële middelen de subsidietitel uit de Awb van toepassing is. Dit kader staat bij de beantwoording van vraag 2 centraal. Het Europeesrechtelijk kader ziet op de vraag of er sprake is van een zogenoemde overheidsopdracht die moet worden aanbesteed. Dit kader staat bij de beantwoording van de vragen 1 en 5 centraal. Beide kaders hanteren eigen begrippen, die van elkaar onderscheiden dienen te worden. Dit dient steeds voor ogen te worden gehouden. Het is bijvoorbeeld onder omstandigheden mogelijk dat er naar nationaal recht sprake is van een subsidie, die zodanig is ingericht dat er Europeesrechtelijk sprake is van een overheidsopdracht.

Ten behoeve van dit advies hebben wij de volgende stukken van u mogen ontvangen:

- Raamovereenkomst Sport en Welzijn – Gemeente Ridderkerk d.d. 30 december 2011 (**'Raamovereenkomst'**);
- Brief gemeente Ridderkerk aan Stichting Sport en Welzijn d.d. 30 december 2013 (subsidiebeschikking groot onderhoud);
- Productafspraken Stichting SenW 2014 op het gebied van
  - Beheer en exploitatie van sportaccommodaties;
  - Beheer en exploitatie van welzijnsaccommodaties;
  - Sportstimulering
  - Vrijwilligerswerk
  - Opbouwwerk
  - Jeugd- en jongerenwerk
  - Peuterwerk
  - Prestatie afspraken coördinator Brede School
- Brief gemeente Ridderkerk aan Stichting Sport en Welzijn d.d. 31 maart 2015 (subsidiebeschikking regulier);
- Rapport "*Stichting Sport en Welzijn aangestuurd? De relatie tussen de gemeente Ridderkerk en de stichting Sport en Welzijn doorgelicht.*" Radboud Universiteit d.d. 7 juli 2015 (**'Rapport Radboud'**);
- Rapport "*Stichting Sport en Welzijn aangestuurd?*" (onderzoek van de Rekenkamercommissie Ridderkerk naar de sturingrelatie van de gemeente met de Stichting Sport en Welzijn) d.d. juli 2015 (**'Rapport Rekenkamer'**);
- Projectplan "*Herziening Raamovereenkomst Sport & Welzijn Ridderkerk / Gemeente 2015*" d.d. 8 september 2015 (**'Projectplan'**)
- Statuten Stichting Sport en Welzijn d.d. 29 oktober 2009.

Ons advies hebben wij uitsluitend op voornoemde documenten gebaseerd.

## 2 Feiten en omstandigheden

Ten behoeve van dit advies gaan wij uit van het volgende feiten en omstandigheden:<sup>1</sup>

- De Stichting SenW is ontstaan uit een fusie van Stichting Ridderkerk Sport en Stichting Dynamiek. Dit is een zelfstandige privaatrechtelijke organisatie, waarop de gemeente geen andere zeggenschap of sturing uitoefent dan uit hoofde van de subsidierelatie en/of een opdrachtgeversrol.
- Alle sportaccommodaties zijn in juridische zin volledig eigendom van de Gemeente. Voor de welzijnsaccommodaties geldt dat de Stichting SenW deze deels in eigendom heeft en deels van de gemeente en deels van derden huurt.
- Het college van burgemeester en wethouders geeft twee subsidiebeschikkingen af aan de Stichting SenW, te weten een 'reguliere subsidiebeschikking' en een subsidiebeschikking voor 'groot onderhoud' met een totale waarde van ongeveer € 6,9 miljoen (2014). Nadere afspraken tussen beide partijen zijn vastgelegd in de Raamovereenkomst, alsmede de daarbij horende productafspraken.
- De Stichting SenW heeft aangegeven minder afhankelijk te willen worden en meer voor eigen rekening en risico de activiteiten uit te voeren. De Gemeente heeft op haar beurt behoefte aan duidelijke afspraken die beter getoetst kunnen worden. Op grond daarvan is de Gemeente voornemens om de Raamovereenkomst te herzien waarbij uitgegaan zal gaan worden van een meer zakelijke relatie tussen SenW en de gemeente. Bezien wordt in hoeverre in den nieuwe situatie de gemeente welzijns- en sportactiviteiten kan inkopen bij SenW tegen marktconforme prijzen.

## 3 Beantwoording vraag : Voor welke producten c.q. diensten die de Stichting aan de Gemeente levert, geldt een aanbestedingsplicht?

Juridisch kader

In deze paragraaf wordt ingegaan op het Europeesrechtelijke onderscheid tussen een subsidie en een overheidsopdracht.

Waar uit het onderscheid tussen subsidie en overheidsopdracht bestaat, volgt allereerst uit de betreffende definities:

- a. Artikel 4:21 Awb omschrijft de subsidie als volgt:

<sup>1</sup> Indien dit advies feiten en/of aannames bevat die de daadwerkelijke situatie niet juist weergeven, dan vernemen wij dat graag, aangezien dat van invloed kan zijn op onze advisering.

*"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"* Een zuivere subsidie kenmerkt zich derhalve door het hebben van een aanspraak op financiële middelen door een bestuursorgaan, die niet kan worden aangemerkt als de levering van een goed of dienst aan een bestuursorgaan.

b. Er sprake van overheidsopdracht als is voldaan aan de volgende voorwaarden:<sup>2</sup>

- 1) schriftelijke overeenkomst;
- 2) onder bezwarende titel;
- 3) tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten;
- 4) uitvoering van werken, levering van producten of verlenen van diensten.

Aan het vereiste (1) van een schriftelijke overeenkomst wordt voldaan als partijen over en weer verplichtingen aangaan. Van (2) een bezwarende titel is sprake als voor de uitvoering, levering of dienstverlening een op geld waardeerbare tegenprestatie wordt geleverd door de aanbestedende dienst aan de opdrachtnemer. Het bestaan van een bezwarende titel brengt in tegenstelling tot een zuivere subsidie een wederkerigheid met zich mee en derhalve het bestaan van een meerzijdige rechtshandeling in de zin van artikel 6:213 BW. De overeenkomst (3) dient te worden gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten. De term 'ondernemer' dekt de termen aannemer, leverancier of dienstverlener.<sup>3</sup> Het begrip onderneming wordt in het Europees verband ruim en functioneel uitgelegd: elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm, de wijze van financiering en ongeacht of er sprake is van een winstoogmerk.<sup>4</sup> Het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJ EU") verstaat onder 'economische activiteiten': activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt, in (potentiële) concurrentie met andere ondernemingen.<sup>5</sup> Een entiteit kwalificeert dus uitsluitend als onderneming ten aanzien van specifieke economische activiteiten en niet ten aanzien van niet-economische activiteiten. Tot slot, (4) kan een onderscheid kan worden gemaakt naar overheidsopdrachten voor werken, voor leveringen en voor dienstverlening.

Een van de meest onderscheidende criteria is het begrip 'bezwarende titel'. Het begrip 'bezwarende titel' dient ruim te worden uitgelegd. Daaronder kan ook betaling aan een derde worden verstaan.

<sup>2</sup> Artikel 1 lid 2 sub a Richtlijn 2004/18

<sup>3</sup> Art.1 lid 8 richtlijn 2004/18 en art. 1.1 Aanbestedingswet 2012

<sup>4</sup> HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 Höfner, Jur. p. I-1979, r.o. 21 en HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/94 Pavel Pavlov e.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Jur. p. I-6451. Inzake het winstoogmerk: HvJ EG 25 oktober 2001 (Ambulanz Glockner), zaak C475/99, r.o. 21-25.

<sup>5</sup> HvJ EG 16 juni 1987, Commissie/Italië, zaak 118/85, r.o. 7.

In het arrest Muller (zaak C 451/08) volgt dat er voor het bestaan van een bezwarende titel ook nodig is dat de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang heeft bij de uitvoering van de opdracht. Daarvan is volgens het Hof sprake als:

- de overheid zelf eigenaar wordt van het werk
- het werk gedeeltelijk voor rekening en risico van de overheid plaatsvindt of dat de overheid nu of in de toekomst een financieel voordeel van het werk heeft
- het werk een openbaar karakter heeft
- het werk in rechte afdwingbaar is.

Tegenover het rechtstreeks economisch belang staat dat bij een subsidie veeleer het algemeen of maatschappelijk belang gediend is.

Met betrekking tot het bepalen of een subsidie feitelijk niet kwalificeert als overheidsopdracht kunnen dan de volgende vragen worden gesteld:

- a. Hoe is het verband tussen betaling en prestatie? Indien de subsidieverstrekker de gesubsidieerde activiteit zeer specifiek omschrijft en de subsidieontvanger heeft weinig zeggenschap over de invulling van de activiteiten, vormt dit een aanwijzing dat sprake is van een overheidsopdracht. Bij een zuivere subsidie heeft de subsidieontvanger vaak veel vrijheid om de subsidie aan te wenden zoals zij wenst. Dit is anders in het geval van de uitvoering van een overheidsopdracht.
- b. Welke partij neemt het initiatief? Initiatief van de subsidie-aanvrager wijst op het bestaan van een zuivere subsidie. Bij overheidsopdrachten wordt het initiatief vaak genomen door de subsidieverstrekker.
- c. Wat is het doel van de activiteit? Wordt subsidie aangevraagd in het kader van de uitoefening van een werk/levering/dienst voor de aanbestedende dienst? Zo ja, dan wijst dit op het bestaan van een overheidsopdracht. Subsidies worden vaak verstrekt ten behoeve van activiteiten die het algemeen belang dienen. Ook hier geldt weer dat mate van nauwkeurigheid in de omschrijving van de subsidiabele activiteit een indicatie vormt van de kwalificatie als een zuivere subsidie of een overheidsopdracht.
- d. Is er sprake van winst? Hier is het verschil tussen kostprijs en marktprijs van belang. Als de subsidie-aanvrager werkt tegen kostprijs, vormt dit een "sterke aanwijzing" dat er sprake is van een subsidierelatie.<sup>6</sup> Marktpartijen zijn immers minder snel geneigd een opdracht 'slechts' kostendekkend uit te voeren. Zij wensen in de eerste plaats winst te maken op hun activiteiten. Het kan echter voorkomen

<sup>6</sup> PG Awb III, p. 188 en ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1073.

dat de marktpartij slechts tegen een kostendekkend tarief haar activiteiten verricht.

Indien na beantwoording van bovenstaande vragen blijkt dat sprake is van een meerzijdige rechtshandeling en niet zozeer op de enkele aanspraak op financiële middelen zonder dat daar al te veel voorwaarden en verplichtingen aan verbonden zijn, wijst dit op het bestaan van een overheidsopdracht.

Wanneer sprake is van een overheidsopdracht wordt aan de hand van geraamde opdrachtwaarde de te volgen aanbestedingsprocedure bepaald. Bij de raming van de opdrachtwaarde dient rekening te worden gehouden met de totale waarde van de opdracht *vanuit het oogpunt van een potentiële inschrijver*.<sup>7</sup> In beginsel wordt daarom de berekening van de geraamde waarde gebaseerd op het totale bedrag, exclusief omzetbelasting, met inbegrip van opties en verlengingen van het contract.<sup>8</sup> Een overheidsopdracht die evenveel of meer dan het drempelbedrag bedraagt, moet Europees worden aanbesteed. De Europese drempelbedragen worden iedere twee jaar door de Europese Commissie vastgesteld. In dit verband zijn relevant de drempelbedragen voor overheidsopdrachten voor werken (€ 5.186.000,-) en respectievelijk diensten (€ 207.000,-).<sup>9</sup> Opdrachten die de Europese drempelbedragen niet overschrijden, kunnen niet zonder enige vorm van aanbesteding worden gegund. Een aanbestedende dienst dient per opdracht een zorgvuldige afweging te maken over de te volgen procedure op basis van het proportionaliteitsbeginsel. Deze afweging is afhankelijk van de karakteristieken van de opdracht, waaronder begrepen de waarde en het mogelijke grensoverschrijdende belang van de opdracht. De Gids Proportionaliteit reikt hiervoor praktische handvatten aan. De Gids Proportionaliteit geeft invulling aan het proportionaliteitsbeginsel en is bij Algemene Maatregel van Bestuur bij de Aanbestedingswet 2012 als verplicht te volgen richtsnoer aangewezen voor Europese, nationale en meervoudige onderhandse aanbestedingen.<sup>10</sup> De Gids Proportionaliteit heeft dus zelfstandige status los van het gemeentelijke inkoopbeleid. Op grond van artikel 1.10 lid 4 Aw geldt dat een afwijking van de Gids Proportionaliteit moet worden gemotiveerd. De beslissing om af te wijken van de richtsnoeren kan door de rechter worden getoetst.

<sup>7</sup> Uitspraak van 18 januari 2007 in zaak C-220/05 van het Hof van Justitie EU, r.o. 53-54.

<sup>8</sup> Artikel 2.15 Aanbestedingswet 2012.

<sup>9</sup> Artikel 2 van Verordening (EU) Nr. 1336/2013 van de Commissie van 13 december 2013 tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten.

<sup>10</sup> Art. 1.10 lid 3, 1.13 lid 3 en 1.16 lid 3 Aanbestedingswet 2012; Besluit van 11 februari 2013, houdende de regeling van enkele onderwerpen van de Aanbestedingswet 2012 (Aanbestedingsbesluit), artikel 10 lid 1.

### Concrete beantwoording van de vraag

Op grond van de ter beschikking gestelde stukken, in het bijzonder daarbij de productafspraken, onderscheiden wij de volgende producten/diensten:

1. Beheer en exploitatie en onderhoud van sportaccommodaties;
2. Beheer en exploitatie en onderhoud van welzijnsaccommodaties;
3. Activiteiten op het gebied van sportstimulering, inhoudende activering, promotie, productontwikkeling en evenementen
4. Activiteiten op het gebied van vrijwilligerswerk, inhoudende bemiddeling, promotie, belangenbehartiging, informatie en advies, deskundigheidsbevordering, organisatie ondersteuning
5. Opbouwwerk, inhoudende ondersteuning, deskundigheidsbevordering, projectbegeleiding, productontwikkeling en buurtbemiddeling;
6. Jeugd- en jongerenwerk, inhoudende signaleren, activeren, begeleiding, informatie en advies, recreatie en ontmoeting;
7. Peuterwerk, inhoudende basis peuterplaatsen, peuteropvang VVE, Opstapje, Toeleiding peuters en Coördinator Brede School.

### Ad 1) beheer exploitatie en onderhoud sportaccommodaties

Op dit moment wordt het beheer en de exploitatie van de sportaccommodaties meegenomen in de reguliere subsidiebeschikking. De financiering van het groot onderhoud vindt plaats door middel van een afzonderlijke subsidiebeschikking. De vraag is echter of deze wijze van financieren kwalificeert als subsidie of toch als overheidsopdracht.

In dit verband is van belang dat de accommodaties eigendom zijn van de gemeente. Voor zover wij dit kunnen zien zijn zij niet door middel van een huurovereenkomst aan S&W ter beschikking gesteld. Dit betekent dat de gemeente nog steeds zelf verantwoordelijk is voor beheer en onderhoud en deze taken in beginsel dan ook zelf dient uit te voeren. Door middel van de raamovereenkomst (en zo ontstaan in de voorbijgegangene jaren) heeft de gemeente deze taken opgedragen aan SenW en geeft daarvoor een vergoeding (tegenprestatie). Gesteld kan worden dat de gemeente een rechtstreeks economisch belang heeft bij de opdracht aan SenW. Haar eigen accommodaties worden immers onderhouden en geëxploiteerd. Op grond hiervan kan een bezwarende titel worden aangenomen. Daarbij geldt dat de gemeente duidelijke randvoorwaarden stelt ten aanzien van het beheer en onderhoud (zie de prestatieafspraken) waarbij SenW ook een informatieplicht richting de gemeente heeft.

Ten slotte volgt uit de huidige raamovereenkomst dat deze ' wederzijdse afspraken, taakverdeling, bevoegdheden, en financiering van brede sport- en welzijnsactiviteiten en groot onderhoud van maatschappelijk vastgoed wens(t)en vast te leggen.' Deze aspecten duiden tezamen eerder op een opdrachtgevers-opdrachtnemers relatie dan op sec het

verstrekken van geldelijke middelen ten behoeve van de activiteiten van SenW.

Gelet hierop zijn wij van mening dat de financiering door de overheid van het beheer, exploitatie en onderhoud van de sportaccommodaties, kwalificeert als een overheidsopdracht die in beginsel aanbestedingsplichtig is (zie ook bij 5).

#### Ad 2) Beheer, exploitatie en onderhoud welzijnaccommodaties

Voor zover de welzijnsaccommodaties in eigendom zijn van de gemeente geldt hetzelfde als voor het beheer, exploitatie en onderhoud van sportaccommodaties .

#### Ad 3) Sportstimulering

Uit de productafspraken volgt dat SenW hier met name optreedt ter uitvoering van het gemeentelijk sport en welzijnsbeleid. Dit gebeurt nu via een reguliere subsidie. Uit de productafspraken is niet eenduidig af te leiden of SenW de activiteiten op eigen titel verricht of dat zij dit namens de gemeente doet. Uit de omschrijving van de ' producten' kan worden afgeleid dat SenW dit als een soort spreekbuis voor de gemeente doet. Dit geldt ook voor het verzorgen van evenementen. Indien de gemeente dan hierbij niet de activiteiten zelf financiert door middel van een subsidie, maar S&W betaalt voor haar dienstverlening ter zake van de uitvoering van het gemeentelijk sportbeleid, kan ook in deze zin een opdrachtrelatie worden aangenomen.

Daarbij geldt echter – in tegenstelling tot het onderhoud, exploitatie en beheer van accommodaties – dat de output van de subsidie het algemeen belang dient, te weten: de bewoners van Ridderkerk. De gemeente heeft uitsluitend een regulerende taak. Een rechtstreeks economisch belang voor de gemeente zelf lijkt hier niet aanwezig.

Dit brengt ons tot de conclusie dat de financiering van de sportfaciliteiten op papier duiden op een overheidsopdracht, maar qua karakter meer passen in de definitie van een subsidie. Indien subsidie aan SenW wordt afgebouwd, maar de gemeente vanuit het algemeen belang de activiteiten wil voortzetten, dan hoeft dit niet als overheidsopdracht op de markt gezet te worden, maar kan dit via een subsidierelatie. In dat geval dienen wel de productafspraken anders geformuleerd te worden, om verwarring te voorkomen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen in de vorm van een zogenoemde prestatiesubsidie (zonder uitvoeringsovereenkomst).

#### Ad 4, 5 en 6) Vrijwilligerswerk en opbouwwerk en jongerenwerk

Het bovenstaande met betrekking tot de sportstimulering geldt ook voor het vrijwilligerswerk en opbouwwerk. Behoudens het dienen van het algemeen belang, heeft de gemeente (als rechtspersoon) geen rechtstreeks economisch belang bij de verrichte activiteiten. Anders dan bij sportstimulering is dat het hierbij bovendien gaat om ' eigen' producten/activiteiten van S&W. Zo is Connect2Act (vrijwilligerswerk) een onderdeel van SenW

Onze conclusie is dat financiering van deze activiteiten niet kwalificeert als



overheidsopdracht en er geen verplichting bestaat om deze activiteiten door middel van een aanbestedingsprocedure in de markt te zetten.

Ad 6) Peuterwerk en VVE

Wij begrijpen dat de gemeente heeft besloten om deze activiteiten aan te besteden.

**Vraag 2: Verdient financiering van Stichting SenW (mede voor onderhoudskosten) door middel van subsidieverlening dan wel door middel van een overeenkomst de voorkeur?**

Deze vraag hebben wij aldus begrepen dat de gemeente wenst te vernemen of het nationaalrechtelijk bezien, de voorkeur verdient om te kiezen voor een overeenkomst of een subsidie.

2.1: Gevolgen van een materieel subsidiebegrip

Uit het projectplan, leiden wij af dat in de relatie met SenW het uitgangspunt inkoop (contracten per product met daarin de gewenste activiteiten met gewenste output tegen een marktconforme prijs) is en dat subsidiëring alleen aan de orde is als dat op onderdelen meer passend is.<sup>11</sup>

In het projectplan en in vraag 2 wordt er vanuit gegaan dat het in beginsel mogelijk is om een keuze te maken voor een subsidie of een overeenkomst in het kader van de financiering van SenW. Het is juist dat de gemeente (behoudens indien de wet een subsidie of overeenkomst verplichtend voorschrijft) zelf mag kiezen voor een subsidie of een overeenkomst van opdracht.

Van belang is daarbij wel dat de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') een zogenaamd materieel subsidiebegrip kent (artikel 4:21 Awb). Indien aan dat begrip wordt voldaan is er sprake van een subsidie, ook al hebben partijen de betreffende financiële aanspraak zelf als een overeenkomst aangemerkt. Een subsidie-vervangende overeenkomst is niet mogelijk. Indien er feitelijk sprake is van een subsidie, betekent dit dat een besluit tot subsidieverlening en (in beginsel) -vaststelling dient te worden genomen en dat deze besluiten dienen te berusten op een wettelijke grondslag.<sup>12</sup>

Het voorgaande betekent dat indien de keuze wordt gemaakt voor een overeenkomst, voorkomen moeten worden dat materieel aan de subsidiedefinitie wordt voldaan omdat er anders gewoon sprake is van een subsidie.

<sup>11</sup> Projectplan, p.2.

<sup>12</sup> HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812 en ABRvS 19 april 2006, AB 2006/296.

## 2.2: twee benaderingen mogelijk

In de huidige situatie 'levert' SenW een groot aantal (verschillende) producten aan de gemeente en ontvangt daarvoor subsidie. Op dit moment zijn of worden de verschillende producten geïnventariseerd en wordt per product – gelet op het beleid dienaangaande – bepaald welke activiteiten en welke output in dat kader zijn gewenst. Voorts wordt nagedacht over de prijs die bij een product hoort.

Voor wat betreft de vraag of de financiering van SenW de vorm van een subsidie of een overeenkomst dient te hebben, zijn er twee benaderingen mogelijk:

- a. de structuur-volgt-product-benadering: eerst wordt de keuze gemaakt voor de wijze waarop een product wordt ingevuld (activiteiten, output en prijs) en aan de hand van die keuze wordt (op grond van de materiële subsidiedefinitie) bepaald of er wel of geen sprake is van een subsidie.
- b. de product-volgt-structuur-benadering: eerst wordt (al dan niet per product) de keuze gemaakt voor een subsidie of een overeenkomst en vervolgens wordt het product zo ingericht dat aan de definitie van een subsidie respectievelijk overeenkomst wordt voldaan.

De product-volgt-structuur-benadering, lijkt aangewezen indien er (al dan niet ten aanzien van een bepaald product) redenen zijn om een voorkeur te hebben voor een subsidie of een overeenkomst. In de volgende paragraaf (2.3) wordt een vergelijking gemaakt tussen een overeenkomst en een subsidie op de punten die de gemeente bij de vormgeving van de financieringsrelatie van belang vindt. Aan de hand daarvan kan worden bepaald of het (al dan niet ten aanzien van een bepaald product) wenselijk is om wel of niet voor een subsidie of een overeenkomst te kiezen.

## 2.3 vergelijking tussen een subsidie en een overeenkomst in het licht van de doelstellingen van de gemeente

Om te bepalen of er inderdaad aanleiding bestaat om een overeenkomst of een subsidie te prefereren, zal goed zicht moeten bestaan op de doelstellingen die de gemeente nastreeft bij het opnieuw vormgeven van de financieringsrelatie met SenW.

Uit het projectplan, het rapport van de Rekenkamercommissie Ridderkerk en het rapport van de Radboud Universiteit, leiden wij in ieder geval de volgende doelstellingen af:

1. Afrekenbare productafspraken.
2. Inkopen van producten tegen een marktconforme prijs.
3. Niet (langer) afdekken van exploitatierisico's door de gemeente (risicoverdeling).
4. Heldere afspraken over verantwoording en rapportage over geleverde diensten en

- behaalde resultaten door SenW.
5. Transparantie door onderscheid beheer, onderhoud en exploitatie enerzijds en directe dienstverlening (aan de inwoners van Ridderkerk) anderzijds.
  6. Tijdige afhandeling van dossiers.

Voor wat betreft het (kunnen) realiseren van deze doelstellingen met een overeenkomst respectievelijk subsidie merken wij het volgende op.

#### Doelstelling 1: afrekenbare productafspraken

Deze doelstelling kan zowel met een subsidie als met een overeenkomst worden bereikt.

Wij leiden uit de stukken af dat er op dit moment reeds productafspraken worden gemaakt, maar dat die onderdeel uitmaken van de raamovereenkomst.<sup>13</sup> Voorts leiden wij uit de raamovereenkomst af dat het de bedoeling is dat achteraf met SenW wordt 'afgerekend' over het totaal van gesubsidieerde producten.<sup>14</sup>

Op dit moment (vergelijk de 'beschikking regulier sport en welzijn' en de 'beschikking groot onderhoud en investeringssubsidies Sport en Welzijn') vindt de subsidieverlening plaats door middel van korte subsidiebeschikkingen. In deze beschikkingen worden de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend niet of slechts summier beschreven. Bovendien houden de beschikkingen niet of nauwelijks verplichtingen in waaraan SenW zich in het kader van de door haar te verrichten activiteiten aan dient te houden. Tot slot bevat de subsidiebeschikking geen afrekensystematiek op grond waarvan de subsidie achteraf kan worden vastgesteld op basis van de (daadwerkelijk) gerealiseerde producten. Er is derhalve op dit moment geen koppeling aangebracht tussen de productafspraken (onderdeel van de raamovereenkomst) enerzijds en de financiering daarvan (door middel van subsidieverstrekking) anderzijds.

Het is echter mogelijk om door middel van subsidieverlening te komen tot afrekenbare productafspraken. Meer specifiek dient dan gekozen te worden voor een zogenoemde prestatiesubsidie. Een prestatiesubsidie betekent dat de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend als meetbare producten dienen te worden omschreven in de subsidieverleningsbeschikking. Denk in dat verband bijvoorbeeld aan het aanbieden van een x-aantal peuterplaatsen per jaar. Tevens is het mogelijk om door middel van het verbinden van verplichtingen aan de subsidie eisen te stellen aan de te verrichten activiteiten.<sup>15</sup> Tot slot zou per product (of prestatie-eenheid binnen een product) een (maximaal) subsidiebedrag bepaald moeten worden.

<sup>13</sup> Raamovereenkomst, artikel 1.2.

<sup>14</sup> Raamovereenkomst, artikel 1.3.

<sup>15</sup> Artikel 4:37, eerste lid aanhef en onder a Awb.

In het kader van de subsidievaststelling is het vervolgens mogelijk om de subsidie lager vast te stellen indien SenW een bepaald product niet of niet volledig heeft geleverd.<sup>16</sup> Een lagere vaststelling van de subsidie is eveneens mogelijk indien SenW met betrekking tot een bepaald product niet heeft voldaan aan alle daaraan gestelde eisen.<sup>17</sup>

Uiteraard is het ook mogelijk om in een overeenkomst afspraken omtrent de te leveren producten en de daaraan te verbinden eisen op te nemen.

#### Doelstelling 2: inkopen van producten tegen een marktconforme prijs

Wij begrijpen deze doelstelling aldus dat de gemeente voor een bepaald product een reële prijs wenst te betalen.

De gedachte is dat als wordt gekozen voor inkoop (via aanbesteding), dit leidt tot een marktconforme (en dus: reële) prijs voor het betreffende product. Dit betreft inderdaad een voordeel van inkoop (het sluiten van een overeenkomst).

Wij menen echter dat ook in een subsidierelatie waarborgen kunnen worden ingebouwd om deze doelstelling te kunnen bereiken. Er zou bijvoorbeeld voor gekozen kunnen worden om in de subsidieverleningsbeschikking per product een maximaal (reëel geacht) subsidiebedrag op te nemen of daarin te bepalen dat uitsluitend bepaalde kosten tot een bepaald maximumbedrag voor subsidie in aanmerking komen. Tevens is het mogelijk om te kiezen voor een zogenoemde tendersubsidie, hetgeen betekent dat verschillende aanvragers met elkaar worden vergeleken en waarbij de subsidie wordt verstrekt aan de aanvrager die het beste voldoet.

#### Doelstelling 3: niet langer afdekken van exploitatierisico's door de gemeente

Kennelijk worden er door middel van de subsidie op dit moment exploitatierisico's van de stichting afgedekt. Dit wordt er naar onze inschatting mede door verklaard doordat – kennelijk – de subsidie wordt verleend naar aanleiding van een begroting (door SenW) van de kosten. Verder is het SenW toegestaan om in ruime mate personeelskosten en overheadkosten te verdisconteren in de te begroten kosten.<sup>18</sup> Verder merken wij op dat indien de kosten hoger uitvallen dan begroot die (voor zover het groot onderhoud betreft) integraal alsnog worden vergoed<sup>19</sup>, althans (voor zover het de overige producten betreft) er in ieder geval ruimte bestaat om die meerkosten alsnog te vergoeden.<sup>20</sup> Indien (binnen

<sup>16</sup> Artikel 4:46, tweede lid aanhef en onder a Awb.

<sup>17</sup> Artikel 4:46, tweede lid aanhef en onder b Awb.

<sup>18</sup> Raamovereenkomst, artikel 2.2 en 2.3.

<sup>19</sup> Raamovereenkomst, artikel 4.2.

bepaalde marges) SenW er in slaagt om tegen minder dan de begrote kosten de producten te leveren, heeft zij de mogelijkheid om de vrijgevallen middelen te besteden binnen de maatschappelijke doelstellingen van SenW.<sup>21</sup>

Het afdekken van exploitatierisico's kan worden voorkomen door een overeenkomst te sluiten met SenW en met betrekking tot de door haar te leveren producten een marktconforme prijs af te spreken. Het is echter ook mogelijk om de subsidierelatie zodanig vorm te geven dat daarmee geen (althans in beperktere mate) exploitatierisico's meer worden afgedekt. Dit zou onder meer kunnen door i) van SenW in het kader van de aanvraag (voor zover dat nog niet gebeurt) per product een specificatie te verlangen van de daaraan toe te rekenen kosten en ii) bij de subsidieverlening per product te bepalen dat de subsidie wordt verleend voor de daadwerkelijke kosten van het product (waarbij – desgewenst – bepaalde kosten (denk aan overhead) kunnen worden uitgesloten), met dien verstande dat het subsidiebedrag wordt gemaximeerd op het laagste bedrag van de daadwerkelijk gemaakte kosten of de door SenW begrote kosten.<sup>22</sup>

#### Doelstelling 4: Heldere afspraken over verantwoording en rapportage over geleverde diensten en behaalde resultaten door SenW.

Wij begrijpen dat het wenselijk is om heldere afspraken met SenW te hebben over de verantwoording en rapportage over geleverde diensten en behaalde resultaten. Zien wij het goed dan voorziet de vigerende Algemene subsidieverordening voor SenW reeds in de verplichting om bepaalde gegevens omtrent de uitgevoerde activiteiten (onder meer een inhoudelijk verslag en een financieel verslag) te overleggen.<sup>23</sup> Indien daaraan behoefte zou worden gevoeld, biedt de subsidietitel uit de Awb ruime mogelijkheden om aanvullende verantwoordingsverplichtingen aan de subsidie te verbinden.<sup>24</sup>

Verantwoordingsverplichtingen kunnen ook in een overeenkomst worden geregeld. Wel wijzen wij erop dat de Awb en de Algemene subsidieverordening verschillende (standaard) verantwoordingsbepalingen bevatten. Indien er voor een overeenkomst zou worden gekozen, gelden dergelijke (standaard) verantwoordingsbepalingen niet. Dat betekent dat in de overeenkomst dergelijke verplichtingen in detail moeten worden opgenomen. Bovendien biedt de subsidietitel uit de Awb de mogelijkheid om bijvoorbeeld de subsidie lager vast te stellen indien niet (tijdig) aan de verantwoordingsverplichtingen wordt voldaan.<sup>25</sup> Tevens bestaat de mogelijkheid om met betrekking tot SenW een toezichthouder te benoemen die

---

<sup>20</sup> Raamovereenkomst, artikel 1.4.

<sup>21</sup> Raamovereenkomst, artikel 1.5.

<sup>22</sup> Vergelijk artikel 4:31 Awb.

<sup>23</sup> Artikel 15, tweede lid, Algemene subsidieverordening.

<sup>24</sup> Onder meer artikel 4:37, eerste lid aanhef en onder b en f en artikel 4:58 jo. artikel 4:68-4:80 Awb.

<sup>25</sup> Artikel 4:46, tweede lid aanhef en onder b Awb.

in voorkomend geval bepaalde informatie kan opvragen.<sup>26</sup> In een overeenkomst is het niet mogelijk om te voorzien in een vergelijkbaar systeem.<sup>27</sup>

Doelstelling 5: Transparantie door onderscheid beheer, onderhoud en exploitatie enerzijds en directe dienstverlening (aan de inwoners van Ridderkerk) anderzijds.

Uit de stukken leiden wij af dat bezwaren bestaan tegen de huidige systematiek omdat er geen (of een onduidelijk) onderscheid zou bestaan tussen beheer, onderhoud en exploitatie enerzijds en directe dienstverlening (aan de inwoners van Ridderkerk) anderzijds.

Wij vragen ons af of dit bezwaar kan worden ondervangen door een keuze voor een overeenkomst of een subsidie. Veeleer lijkt het voor de hand te liggen om de financiering van het beheer, onderhoud en exploitatie apart te regelen (in een separate overeenkomst of beschikking) en datzelfde te doen met betrekking tot de financiering van de directe dienstverlening aan de burgers van Ridderkerk.

Doelstelling 6: tijdige afhandeling van dossiers

Tot slot maken wij uit de stukken op dat de dossiers op dit moment niet steeds tijdig zouden worden afgehandeld. De subsidiesystematiek maakt dat jaarlijks tijdig subsidieverleningsbeschikkingen en subsidievaststellingsbeschikkingen moeten worden genomen. Door te kiezen voor een overeenkomst, zouden de verplichtingen tot vaststelling van dergelijke beschikkingen komen te vervallen en zou wellicht een bijdrage geleverd kunnen worden aan de tijdige afhandeling van dossiers. Ook in het kader van een overeenkomst is monitoring en afrekening op basis van geleverde producten noodzakelijk. De mogelijk te bereiken tijdswinst is wat ons betreft dan ook beperkt.

Tussenconclusie

Alles overziende menen wij dat de ons bekende doelstellingen van de gemeente met een subsidie of een overeenkomst in (nagenoeg) gelijke mate kunnen worden bereikt. Wat ons betreft zijn er dan ook niet zodanige voordelen aan de ene of de andere vorm verbonden dat de gemeente een keuze voor een van beide vormen zou moeten maken. Het gaat er – denken wij – vooral om de overeenkomst(en) c.q. subsidieverleningsbeschikking(en) zodanig vorm te geven dat daarmee de doelstelling zoals hiervoor onder 1 tot en met 6 geformuleerd worden bereikt. Wij zouden derhalve geen algemene keuze maken om de financiering door middel van een overeenkomst of subsidie vorm te geven. In plaats daarvan geven wij in overweging om per product te bepalen of er sprake is van een

<sup>26</sup> Artikel 4:58 jo. 4:59 Awb.

<sup>27</sup> Weliswaar is het mogelijk om te bepalen dat SenW bepaalde boetes verbeurt indien niet (tijdig) aan bepaalde verplichtingen wordt voldaan, maar een dergelijk systeem is bepaald niet zonder complicaties (artikel 6:91 e.v. BW).

financiering die meer het karakter heeft van een subsidie of meer het karakter heeft van een overeenkomst. Aan de hand van die analyse zouden wij de gemeente willen adviseren om per product (of mogelijk cluster van producten) de financieringsrelatie als een subsidie of juist een overeenkomst vorm te geven. Van belang is vervolgens om daarbij steeds rekening te houden met de doelstellingen zoals hiervoor geformuleerd.

#### 2.4: criteria om te bepalen of er sprake is van een subsidie of een overeenkomst

Om te bepalen of er sprake is van een subsidie dient onderzocht te worden of aan alle 'bestanddelen' uit artikel 4:21 Awb (zie hiervoor) is voldaan:

1. Een 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.

Aan de eerste drie bestanddelen wordt in dit geval steeds voldaan.

Indien aan de eerste drie criteria is voldaan, is er toch geen sprake van een subsidie indien de financiële aanspraak een betaling vormt voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. De bedoeling is om commerciële transacties waarbij de overheid partij is buiten het subsidiebegrip te houden.<sup>28</sup> Het vierde criterium is dus relevant om te bepalen of de aan de Stichting Sport en Welzijn te verstrekken financiële bijdragen moeten worden aangemerkt als een subsidie of als een opdracht.

Of een bepaalde financiële bijdrage moet worden aangemerkt als "een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten", dient volgens de regering te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval.<sup>29</sup> Dit maakt het niet mogelijk om op voorhand een hard criterium te formuleren aan de hand waarvan met zekerheid kan worden vastgesteld of er in een bepaald geval sprake is van een subsidie of een opdracht. Wel zijn in de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak verschillende criteria te vinden, die kunnen worden gebruikt om te bepalen of er van een subsidie dan wel een opdracht sprake is.<sup>30</sup> Hiervoor zijn wij reeds op de belangrijkste kenmerken van een subsidie ingegaan. In onderstaande tabel hebben wij – aan de hand van de in de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak ontwikkelde criteria – een vergelijking gemaakt tussen de materiële kenmerken van de subsidie en de materiële kenmerken van een overeenkomst van opdracht (als bedoeld in artikel 7:400 BW).

<sup>28</sup> PG Awb III, p. 188 en ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1073.

<sup>29</sup> PG Awb III, p. 188-189.

<sup>30</sup> Zie onder meer W. den Ouden e.a., *Subsidierecht*, Deventer 2011, p. 17-21.

	<b>Subsidie</b>	<b>Opdracht</b>
1.	Transacties tussen de ontvanger van de bijdrage en derden	Geen transacties tussen de ontvanger van de bijdrage en derden
2.	Financiële bijdrage dekt ten hoogste de kosten	Financiële bijdrage houdt een winstoverslag in
3.	Initiatief afkomstig van de ontvanger	Initiatief afkomstig van de verstrekker
4.	De financiële bijdrage dient met name het algemeen belang	De financiële bijdrage dient met name het rechtstreekse belang van de gemeente
5.	Ontvanger bepaalt in belangrijke mate zelf de inhoud van de te verrichten activiteit	Verstrekker bepaalt in belangrijke mate de inhoud van de te verrichten activiteiten
6.	Zonder de bijdrage komt de activiteit niet of slechts moeizaam tot stand	Activiteit kan ook plaatsvinden zonder een overheidsbijdrage

In de meest recente rechtspraak lijkt met name relevant te worden geacht of er sprake is van een prijs waarin naast de kosten een winstoverslag is verdisconteerd (criterium 2) en of de gemeente rechtstreeks bij de activiteit is gebaat (criterium 5).<sup>31</sup> Wij sluiten echter niet uit dat ook de andere genoemde omstandigheden een rol (kunnen) blijven spelen bij de beantwoording van de vraag of er in voorkomend geval al dan niet sprake is van een subsidie.

Indien de gemeente de wens zou hebben om in alle of bepaalde gevallen voor een overeenkomst te kiezen, dan adviseren wij om in ieder geval steeds te waarborgen dat de bijdrage die aan SenW wordt betaald naast de kosten ook een winstoverslag inhoudt (criterium 2). De prijs mag overigens niet ver boven de marktprijs liggen omdat er dan een niet-reële prijs meer wordt betaald voor de dienst en er geen sprake meer is van een betaling voor een dienst. Tevens zouden wij in het geval de voorkeur uitgaat naar een overeenkomst, de gemeente in overweging geven om gedetailleerde eisen te stellen aan de inhoud van de door SenW te verrichten activiteiten (criterium 5). Wel merken wij op dat de gemeente niet op alle criteria invloed kan uitoefenen, zoals het criterium of de gemeente wel of niet rechtstreeks door een bepaalde activiteit is gebaat.

## 2.5: verkenning van de verschillende op dit moment bestaande producten

<sup>31</sup> ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1073.



Op basis van de in de vorige paragraaf genoemde criteria hebben wij met betrekking tot de bestaande producten een eerste inventarisatie verricht. Wij hebben daarbij aangegeven of wij het product meer als een subsidie of als een overeenkomst van opdracht (als bedoeld in artikel 7:400 BW) zouden aanmerken. Daarbij merken wij op dat uiteindelijk een analyse van alle relevante feiten en omstandigheden nodig is om te beoordelen of er sprake is van een subsidie of een overeenkomst van opdracht. Onder meer (zie hiervoor) is daartoe inzicht vereist in de mate waarin de verschillende aan SenW toegekende bedragen ook een winstslag inhouden.

	product	Subsidie/overeenkomst	Korte toelichting
1.	Beheer en exploitatie van sportaccommodaties in eigendom bij de gemeente.	Overeenkomst	Gemeente is rechtstreeks gebaat. Alleen mogelijk geen subsidie indien de prijs ver boven of onder de marktconforme prijs ligt of uitsluitend (een deel van) de kosten worden vergoed.
2.	Beheer en exploitatie welzijnsaccommodaties.	Overeenkomst	Gemeente is (gedeeltelijk) rechtstreeks gebaat. Alleen mogelijk geen subsidie indien de prijs ver boven of onder de marktconforme prijs ligt of uitsluitend (een deel van) de kosten worden vergoed.
3.	sportstimulering	Subsidie	Gemeente is niet rechtstreeks gebaat (met name in het algemeen belang). Mogelijk geen subsidie indien er

			naast de kosten ook een winstslag wordt gehanteerd.
4.	Vrijwilligerswerk		Gemeente is niet rechtstreeks gebaat (met name in het algemeen belang). Mogelijk geen subsidie indien er naast de kosten ook een winstslag wordt gehanteerd.
5.	Opbouwwerk	Subsidie	Gemeente is niet rechtstreeks gebaat (met name in het algemeen belang). Mogelijk geen subsidie indien er naast de kosten ook een winstslag wordt gehanteerd.
6.	Jeugd- en jongerenwerk	Subsidie	Gemeente is niet rechtstreeks gebaat (met name in het algemeen belang). Mogelijk geen subsidie indien er naast de kosten ook een winstslag wordt gehanteerd.
7.	Peuterwerk	Subsidie	Gemeente is niet rechtstreeks gebaat (met name in het algemeen belang). Mogelijk geen subsidie indien er naast de kosten ook een winstslag wordt gehanteerd.

Wij merken op dat de categorisering die uit bovenstaande tabel volgt parallel loopt aan het

onderscheid overheidsopdracht-subsidie bij de beantwoording van vraag 1.

**Vraag 3: Wat zijn de gevolgen voor het afbouwen van de subsidie voor het al dan niet aanbesteden van diverse producten c.q. diensten (mede in verband met onderhoud).**

Onder 1 hebben wij aangegeven dat onzes inziens het beheer, exploitatie en onderhoud van de gemeentelijke accommodaties kwalificeert als overheidsopdracht die aanbesteed moet worden. Bij vraag 5 gaan wij in op de vraag of en hoe die aanbesteding moet plaatsvinden. Voor hier is het van belang dat de gemeente een al dan niet hypothetisch risico loopt indien zij niet overgaat tot aanbesteding van deze opdrachten.

De gemeente loopt de volgende risico's bij het onderhands gunnen van een opdracht die aanbesteed had moeten worden:

- Vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 4.15 lid 1 sub a Aw; Echter, de vordering tot vernietiging verjaart na zes maanden na het sluiten van de overeenkomst, zo bepaalt artikel 4.15 lid 2 sub b Aw. Zelfs als de meest recente subsidiebeschikking als uitgangspunt wordt genomen, zal dus in het onderhavige geval een vordering tot vernietiging niet-ontvankelijk worden verklaard.
- De rechter kan oordelen dat er sprake is van dusdanig ernstige schendingen van het aanbestedingsrecht dat het sluiten van de overeenkomst leidt tot misbruik van bevoegdheid of nietigheid van de overeenkomst vanwege strijd met het aanbestedingsrecht;<sup>32</sup> Dit hoeft niet direct tot aantasting van de overeenkomst te leiden, maar kan ook leiden tot een aansprakelijkheidstelling voor de geleden schade.
- een afkeurende verklaring in het kader van de rechtmatigheidscontrole door de accountant;

Wij achten het risico op verwezenlijking van de tweede en derde risico's gering. In beide gevallen zal (door de accountant en de rechter) rekening gehouden worden met de ontwikkelingen ten aanzien van de bestaande subsidierelatie, de afbouw van de subsidie en de voorbereidingen van de gemeente om e.e.a meer zakelijk in de markt te zetten. Voorts is ons niet gebleken dat de accountant vragen heeft gesteld mbt de rechtmatigheid van de subsidie. Evenmin hebben wij er weet van dat derden (concurrenten) aandringen op beëindiging van de subsidierelatie met SenW.

Een ander risico met betrekking tot het afbouwen van subsidie, is dat SenW niet meer in staat zal zijn het onderhoud te verrichten, gedurende de tijd die nodig is om een nieuwe

<sup>32</sup> Artikel 3:40 BW bepaalt dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met het aanbestedingsrecht, nietig is.

aanbesteding voor te bereiden. Het aanbestedingsrecht kent niet de mogelijkheid om dit soort gevallen een soort vrijstelling van de aanbestedingsplicht te verlenen. Indien het onderhoud voor de transitieperiode onder de Europese drempelwaarde blijft, mag de gemeente onderhands aan SenW opdragen om het onderhoud voort te zetten. Daarbij moet de gemeente ook haar eigen aanbestedingsbeleid naleven en de Gids Proportionaliteit in acht nemen.

**Vraag 4: Waar dient voor het overige rekening mee te worden gehouden bij het afbouwen van de huidige subsidierelatie met Stichting SenW?**

Met betrekking tot het afbouwen van de subsidierelatie met SenW, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de lopende subsidie enerzijds en de subsidie voor een toekomstig tijdvak anderzijds. De hierna te noemen punten hebben het karakter van aandachtspunten in het kader van de beëindiging/afbouw van de bestaande subsidierelatie. De concrete uitwerking vergt een meer diepgravend onderzoek op grond van onderliggende stukken die geen onderdeel uitmaken van het aan ons ter beschikking gestelde dossier.

Lopende subsidierelaties

Met betrekking tot het groot onderhoud is op 30 december 2013 een subsidie verleend voor het tijdvak 2014 tot en met 2016. Met betrekking tot de overige producten is de subsidie – voor zover wij kunnen zien – verleend voor het jaar 2015.

De mogelijkheid om beide subsidies tussentijds te wijzigen/af te bouwen in verband met de gewijzigde inzichten (onder meer de keuze om te komen tot een meer zakelijke relatie met SenW), achten wij – behoudens het geval dat de gemeente bereid zou zijn om de schade van SenW te vergoeden<sup>33</sup> – beperkt.

Afbouwen richting de toekomst

In beginsel is het mogelijk om op grond van de wens om te komen tot een andere organisatie/wijze van financieren (bijvoorbeeld door te kiezen voor een vorm van aanbesteding) van de aan de orde zijnde activiteiten te besluiten de bestaande subsidierelatie te beëindigen.<sup>34</sup>

De beëindiging mag echter niet in strijd komen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, terwijl er bij de beëindiging voorts een redelijke termijn in acht dien te worden genomen. Tot slot kan er onder bijzondere omstandigheden aanleiding bestaan tot het vergoeden van wachtgeldverplichtingen na ommekomst van de redelijke termijn.

<sup>33</sup> Artikel 4:50 Awb.

<sup>34</sup> ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1159.

*Strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

Indien en voor zover er voor wordt gekozen om de bestaande subsidierelatie met SenW te beëindigen, is het van belang om er voor te zorgen dat de eventueel uit met SenW gesloten overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen voor SenW (om bepaalde activiteiten te verrichten) niet onverkort op SenW blijven rusten (voor zover aannemelijk is dat SenW aan deze verplichtingen zonder subsidie niet zal kunnen voldoen).<sup>35</sup> Het beëindigen van de subsidierelatie zonder voldoende acht te slaan op doorlopende verplichtingen van SenW (jegens de gemeente), kan in strijd komen met het evenredigheidsbeginsel. Derhalve dienen de bestaande (raam)overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende verplichtingen in ogenschouw te worden genomen in het kader van de (gedeeltelijke) beëindiging van de subsidierelatie.

Onder omstandigheden kan ook het beginsel van gewettigd vertrouwen in de weg staan aan de beëindiging van een subsidierelatie.<sup>36</sup> Daartoe zal onderzocht dienen te worden of er door of namens het college concrete toezeggingen zijn gedaan waaraan SenW het gerechtvaardigd vertrouwen heeft kunnen ontleenen dat (een deel van) de bestaande subsidierelatie niet of slechts met inachtneming van bepaalde voorwaarden beëindigd zal worden. Wij menen dat er aanleiding bestaat om een dergelijk onderzoek uit te voeren. Wij wijzen er in dat verband op dat in de beschikking tot het verlenen van reguliere subsidie onder meer staat, dat met betrekking tot het mogelijk wijzigen van de subsidie met betrekking tot het Peuterwerk rekening zal worden gehouden met in het verleden met SenW gemaakte afspraken.

*In acht nemen van een redelijke termijn*

Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak dient de redelijke termijn van artikel 4:51, eerste lid, Awb ertoe om de subsidieontvanger in staat te stellen maatregelen te treffen om de gevolgen van de gehele of gedeeltelijke beëindiging van de subsidierelatie te ondervangen.<sup>37</sup> De termijn dient er niet toe om te garanderen dat de subsidieontvanger de activiteiten onverkort kan voortzetten<sup>38</sup>, noch verplicht het artikel tot het hanteren van een zodanige termijn dat de levensvatbaarheid van de voormalig subsidieontvanger is gegarandeerd.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1507.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 14 november 2012, 201202924/1

<sup>38</sup> ABRvS 27 juli 2005, AB 2006, 177.

<sup>39</sup> ABRvS 7 juni 2006, LJN AX7048.

Uit de rechtspraak volgt verder dat bij een termijn van één jaar in beginsel wordt voldaan aan de eis van artikel 4:51, eerste lid, Awb. Indien de subsidieontvanger werknemers in dienst heeft dient de duur van de redelijke termijn wel zodanig te zijn om werknemers die door de beëindiging overtollig zijn geworden met inachtneming van de contractueel overeengekomen of wettelijk voorgeschreven termijnen te ontslaan.<sup>40</sup> Wij hebben geen inzicht in de voor de bij SenW in dienst zijnde werknemers geldende opzegtermijnen. Het verdient aanbeveling te onderzoeken of er sprake is van zodanige termijnen, dat aanleiding dient te bestaan om een langere termijn dan een jaar te hanteren.

De redelijke termijn begint te lopen op het moment dat er aan SenW een voldoende concrete mededeling wordt gedaan op grond waarvan SenW ernstig rekening dient te houden met het beëindigen van de bestaande subsidierelatie. Het verdient aanbeveling om een dergelijke mededeling op zo kort mogelijk termijn te verzenden, met de mededeling dat dit nog niet de mededeling van het voornemen tot gehele of gedeeltelijke weigering van de subsidie inhoudt. Het verdient aanbeveling dat voornemen eerst te versturen indien definitieve keuzes omtrent de financiering van SenW zijn gemaakt en deze keuzes daadwerkelijk zullen leiden tot het geheel of gedeeltelijk beëindigen van de subsidierelatie. Tegen een dergelijk voornemen kan SenW bezwaar en beroep aantekenen.<sup>41</sup> Het verdient evenwel aanbeveling om op kort termijn al een eerste concrete mededeling omtrent de mogelijke beëindiging van de subsidie te doen omdat dergelijke mededelingen een rol kunnen spelen bij de beoordeling door de rechter van de redelijkheid van de geboden termijn voor beëindiging.

#### *Garantie voor wachtgeldverplichtingen*

Onder omstandigheden kan er op het college de verplichting rusten om een garantie te verstrekken voor eventuele wachtgeldverplichtingen die doorlopen ná ommekomst van de redelijke termijn. Dat kan aan de orde zijn indien het college invloed heeft gehad op de aanstelling van het personeel en daarmee verantwoordelijkheid heeft gedragen voor de wachtgeldverplichtingen.<sup>42</sup> Uit de stukken leiden wij af dat aan SenW onder meer subsidie is verleend voor het financieren van een brede school coördinator en combinatiefunctionarissen. Voorts leiden wij uit de stukken af dat er bij SenW nog een aantal medewerkers in dienst zijn die gebruikmaken van de oude gemeentelijke rechtspositieregeling voor hun rechtspositie. Niet uit te sluiten is dus dat er in bepaalde gevallen sprake is geweest van een verantwoordelijkheid van het college voor het aangaan van wachtgeldverplichtingen. Dit kan betekenen dat het beëindigen van de subsidierelatie mogelijk gepaard dient te gaan met het verstrekken van een bepaalde garantie voor na ommekomst van de redelijke termijn geldende wachtgeldverplichtingen. Of en in hoeverre

<sup>40</sup> CRvB 25 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1007.

<sup>41</sup> ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2463.

<sup>42</sup> ABRvS 2 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2079.

een dergelijke verantwoordelijkheid bestaat vergt nader onderzoek naar onder meer de in het verleden afgegeven subsidiebeschikkingen en naar de met SenW gemaakte afspraken omtrent – onder meer – het overnemen c.q. aanstellen van personeel.

**Vraag 5: In hoeverre is aanbesteding verplicht ten aanzien van het beheer en onderhoud van de panden van Stichting SenW? Of ziet het adviesbureau andere mogelijkheden?**

Bij vraag 1 hebben wij geantwoord dat opdrachten tot het beheer, onderhoud en exploitatie van sport- en welzijnsaccommodaties aanbestedingsplichtig zijn. Indien met deze opdrachten een waarde gemoeid is die gelijk is of hoger dan de drempelwaarde (en dat is het geval) dient in beginsel een Europese aanbestedingsprocedure te worden gevolgd.

In dit geval geldt dat de exploitatie van sportaccommodaties kwalificeert als een zogeheten 2B dienst op grond van artikel 2.38 aanbestedingswet 2012.<sup>43</sup> Voor dergelijke 2B-diensten geldt een verlichte aanbestedingsprocedure, omdat de Europese wetgever ervan uit is gegaan dat dergelijke diensten geen grensoverschrijdend belang hebben. De Gemeente dient enkel op objectieve gronden te motiveren waarom zij de procedure van een onderhandse procedure zonder bekendmaking volgt en achteraf de resultaten van deze procedure via een aankondiging op TenderNed te publiceren. Deze werkwijze is echter niet mogelijk als er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De criteria om te kunnen vaststellen of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang zijn onder meer de geraamde opdrachtwaarde, de technische aard van de opdracht en de plaats van uitvoering. In dat geval moeten de beginselen van non-discriminatie en transparantie in acht worden genomen. De Gemeente hoeft dan niet de Europese procedure te volgen, maar moet de opdracht vooraf bekend maken. In de bekendmaking zal de Gemeente bedrijven moeten uitnodigen om deel te nemen aan de procedure. Het komt ons echter voor dat de exploitatie van onderhavige sportaccommodaties geen duidelijk grensoverschrijdend karakter heeft.

Onderhoud van sportaccommodaties kwalificeert echter niet als 2B-dienst, maar als 2A dienst. Ten aanzien van dit onderdeel dient de reguliere aanbestedingsprocedure te worden gevolgd. Artikel 2:38 Aw 2012 bepaalt dat indien een opdracht zowel betrekking heeft op 2B als op 2A diensten, de aanbestedende dienst de procedure voor B-diensten kan toepassen indien de geraamde waarde van de B-diensten gelijk is aan of hoger dan die van de II-A diensten. Op dit moment hebben wij te weinig inzicht in de daadwerkelijke kosten voor

<sup>43</sup> 92610000-0 Exploitatie van sportaccommodatie. Zie VERORDENING (EG) Nr. 213/2008 VAN DE COMMISSIE van 28 november 2007 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2195/2002 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV) en tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, in verband met de herziening van de CPV

exploitatie en onderhoud om hierover een oordeel te vellen.

Naast het verstrekken van een overheidsopdracht voor het beheren, onderhouden en exploiteren van de sportaccommodaties, is het ook mogelijk om een concessie voor diensten te verstrekken. Een concessie heeft alle kenmerken van een overheidsopdracht, behalve dat de tegenprestatie bestaat uit het recht om de dienst te exploiteren, al dan niet gecombineerd met een betaling.<sup>44</sup> De gunning van een concessie impliceert dat een exploitatierisico wordt overgedragen aan de concessiehouder. Aangenomen wordt dat de concessiehouder een exploitatierisico loopt wanneer hij (onder normale omstandigheden) geen garantie heeft dat hij de investeringen en kosten die nodig zijn voor de exploitatie, kan terugverdienen. Het exploitatierisico dat wordt overgedragen aan de concessiehouder dient een daadwerkelijke blootstelling aan de grillen van de markt in te houden, wat betekent dat het mogelijke verlies waaraan de concessiehouder wordt blootgesteld, niet alleen theoretisch of verwaarloosbaar is.

Op dit moment geldt dat concessieovereenkomsten voor diensten zijn vrijgesteld van de aanbestedingsplicht, ongeacht de waarde van de concessie.<sup>45</sup> Echter, overheidsinstanties die een dergelijke concessie willen verlenen, moeten de fundamentele regels van het VWEU<sup>46</sup> en de aanbestedingsbeginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie in acht nemen als de concessie een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.<sup>47</sup> Dit betekent dat voor een concessie voor diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang pas kan worden gegund na een voorafgaande oproep tot mededinging, zonder noodzakelijkerwijs te impliceren dat een aanbestedingsprocedure moet worden uitgeschreven.<sup>48</sup> Dit geldt tevens voor de hernieuwing van een concessieovereenkomst.

Naar verwachting zal begin 2016 de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn inzake concessies worden geïmplementeerd.<sup>49</sup> De richtlijn bevat geen opsomming van mogelijk of verplicht te volgen aanbestedingsprocedures voor dienstenconcessies, maar stelt wel een aantal procedurele eisen om de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zeker te stellen. Deze betreffen: voorafgaande aankondiging, termijn voor inschrijvingen,

<sup>44</sup> Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012. Artikel 5 lid 1 sub b Richtlijn 2014/23/EU betreffende concessieovereenkomsten.

<sup>45</sup> Artikel 17 Richtlijn 2004/18/EG. Alleen voor concessieovereenkomsten voor werken boven een drempelbedrag van EUR 5.186.000 gelden bijzondere voorschriften, zie artikel 56 Richtlijn 2004/18/EG en artikel 2.4 Aanbestedingswet 2012.

<sup>46</sup> Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

<sup>47</sup> HvJ EU 14 november 2013, zaak C-221/12 (Belgacom), r.o. 28. Artikel 1.7 sub c Aanbestedingswet 2012.

<sup>48</sup> HvJ EU 6 april 2006, zaak C-410/04 (Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori), r.o. 22. HvJ EU 14 november 2013, zaak C-388/12 (Comune di Ancona), r.o.46.

<sup>49</sup> Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten.



aankondiging gunning concessieovereenkomst en een aantal overige randvoorwaarden. De richtlijn voor concessies is alleen van toepassing op concessieovereenkomsten met een waarde gelijk aan of groter dan €5.186.000,=. Dit bedrag geeft het duidelijk grensoverschrijdende belang weer van concessies voor ondernemers die gevestigd zijn in andere lidstaten.<sup>50</sup>

De waarde van een concessie wordt gevormd door de totale tijdens de looptijd van het contract te behalen omzet van de concessiehouder, exclusief btw, zoals deze door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie is geraamd, als tegenprestatie voor de werken en diensten die het voorwerp van de concessie uitmaken, en ook voor de bijkomende leveringen die in het kader van deze werken en diensten zijn verricht.<sup>51</sup> De geraamde waarde van de concessie wordt berekend volgens een objectieve methode die wordt gespecificeerd in de concessiedocumenten. Bij de berekening van de geraamde waarde van de concessie dient de gemeente rekening onder andere rekening te houden met:

- de waarde van elke vorm van optie en eventuele verlenging van de looptijd van de concessie;
- de inkomsten uit de betaling van andere honoraria en boeten door de gebruikers van de werken of diensten dan die welke worden geïnd namens de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie;
- de betalingen of financiële voordelen, in welke vorm dan ook, die door de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie of een andere overheidsinstantie worden verstrekt aan de concessiehouder, met inbegrip van compensatie voor de nakoming van een openbaredienstverplichting en overheidsinvesteringsubsidies;
- de waarde van subsidies of andere financiële voordelen, in welke vorm dan ook, van derden voor de uitvoering van de concessie;

Met betrekking tot de opdracht beheer, onderhoud en exploitatie van welzijnsaccommodaties, geldt niet zonder meer dat deze kwalificeert als 2B dienst. In de cpv code is een niet daarmee vergelijkbare code te vinden. Dit betekent dat óf moet worden teruggevallen op de dienst beheer gebouwen (2A) of een oplossing kan worden gevonden in de restcategorie 'overige diensten'. Dit laatste zou mogelijk te verdedigen zijn nu er geen redelijke argumentatie is te geven voor het onderscheid tussen sportaccommodaties en welzijnsaccommodaties. Ook hierbij geldt uiteraard dat indien het component onderhoud een grotere waarde heeft dan de component exploitatie, de reguliere aanbestedingsprocedure voor 2A diensten gevolgd zal dienen te worden.

<sup>50</sup> Overweging 23 en artikel 8 lid 1 Richtlijn 2014/23/EU.

<sup>51</sup> Artikel 8 lid 2 Richtlijn 2014/23/EU

\* \* \*

In geval van vragen of opmerkingen over het bovenstaande vernemen wij dat graag.

AKD