



Vereniging van
Nederlandse Gemeenten

HANDREIKING

Overheidsopdracht en subsidie



Handreiking overheidsopdracht en subsidie

Colofon

Schrijvers

mr. I.J. van den Berge, Nysingh advocaten - notarissen NV

mr. A.B.B. Gelderman, Nysingh advocaten - notarissen NV

Begeleiding VNG

mr. Y.A. Ditters, VNG

mr. E.H.J. de Bruin, VNG

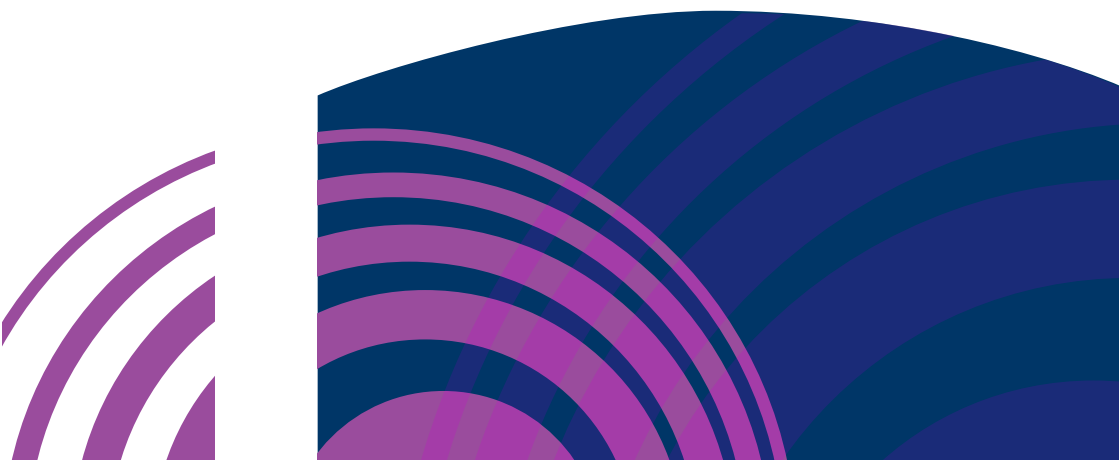
Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG)

Postbus 30435

2500 GK Den Haag

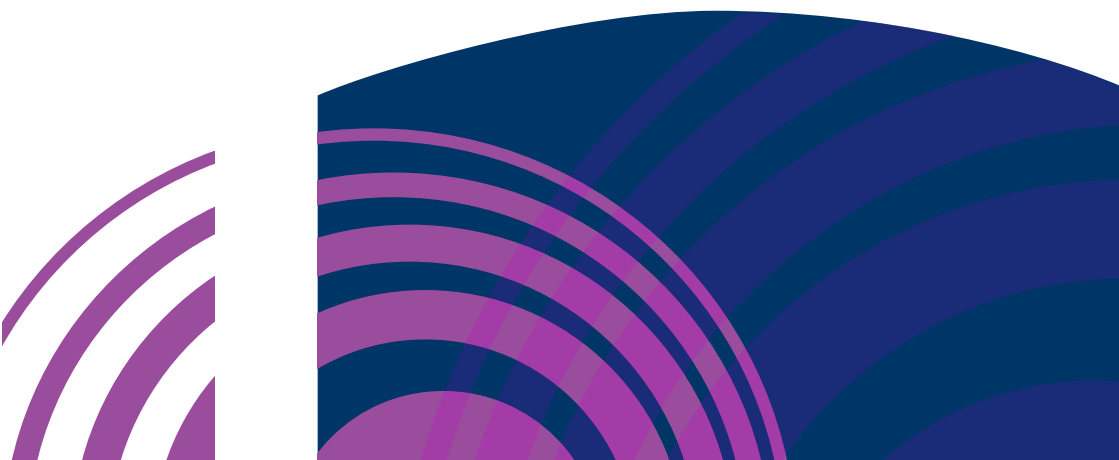
www.vng.nl

Copyright Vereniging van Nederlandse Gemeenten, Den Haag, 2013



Inhoudsopgave

1	Aanleiding en doel handreiking	5
2	Algemeen juridisch kader	7
3	Praktijkvoorbeelden	13
4	Slotwoord	23



1 Aanleiding en doel handreiking

Volgens vaste aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie dienen de definities in de Richtlijn 2004/18/EG en (nagenoeg identieke) definities in de Aanbestedingswet 2012 door rechters op een ruime en functionele wijze te worden uitgelegd. Mede als gevolg van deze ruime en functionele uitleg is het soms niet even helder in welke gevallen men spreekt van een subsidie en in welke gevallen (tevens) sprake is van een overheidsopdracht.

Om een onderscheid tussen overheidsopdrachten en subsidies te kunnen maken, zijn er in het verleden reeds meerdere artikelen en handreikingen geschreven. In deze bronnen treft men enkele praktische hulpvragen aan die helpen in het maken van een onderscheid.¹ Hulpvragen zijn bijvoorbeeld wie het initiatief neemt en wat de verhouding is tussen de waarde van de prestatie en de betaling. In dat verband wordt verdui-

¹ Mr. B.S. ten Kate en mr. T.A.M. van den Ende, *Subsidie of opdracht?*, Gemeentestem 2006, 7261/149. Zie ook Visiedocument 8, *Subsidie of overheidsopdracht?*, www.pianoo.nl, december 2010.

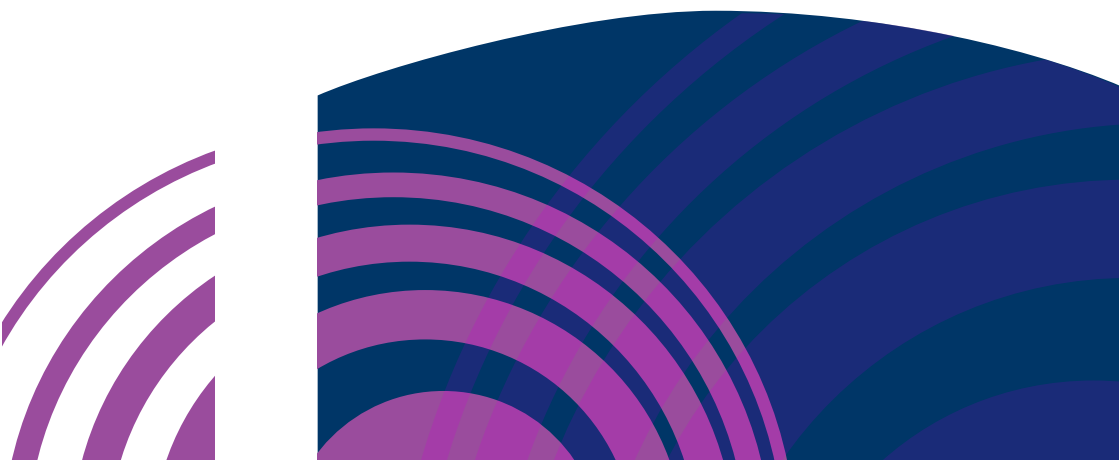
delijkt dat als de betaling niet kostendekkend is, het waarschijnlijk zal gaan om een subsidie en het initiatief bij een overheidsopdracht doorgaans bij de overheid ligt.

Hoewel deze hulpvragen voor de praktijk van waarde kunnen zijn, is het de vraag of deze hulpvragen juridisch gezien doorslaggevend zijn bij de beoordeling of sprake is van een *subsidie* of een *overheidsopdracht*. Dat is wellicht niet het geval en bovendien is het verschil tussen overheidsopdrachten en subsidies minder evident dan het in eerste instantie lijkt.²

In deze handreiking wordt aan de hand van een bondig juridisch kader en enkele praktijkvoorbeelden verduidelijkt wat de reikwijdte is van het begrip 'overheidsopdracht'.³ Het doel van de handreiking is dat gemeenten aan de hand van dit kader en praktijkvoorbeelden een beter onderscheid weten te maken tussen overheidsopdrachten en subsidies en zich realiseren dat iets zowel een subsidie kan zijn als een overheidsopdracht.

2 Zie bijvoorbeeld mr. A. Drahmman, Is het strikte onderscheid tussen subsidie en opdrachtverlening nog houdbaar?, Gemeentestem 2011/115.

3 Ten behoeve van de leesbaarheid van de handreiking wordt het onderscheid tussen overheidsopdrachten en raamovereenkomsten en overheidsopdrachten en concessies niet behandeld.



2 Algemeen juridisch kader

Relevante regelgeving

De definitie van 'overheidsopdrachten' in algemene zin treft men aan in artikel 1 lid 2 onder a) van Richtlijn 2004/18/EG (hierna: 'Richtlijn'). Deze definitie luidt als volgt:

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

In de Richtlijn treft men vervolgens in artikel 1 lid 2 onder b), c) en d) drie definities aan van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Overheidsopdrachten voor werken⁴ zijn overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Overheidsopdrachten voor leveringen zijn andere dan de onder b) bedoelde overheidsopdrachten die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten.

Een overheidsopdracht die betrekking heeft op de levering van producten en in bijkomende orde op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren wordt beschouwd als een 'overheidsopdracht voor leveringen'.

Overheidsopdrachten voor diensten zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten.

De definities voor overheidsopdrachten zoals genoemd in de Aanbestedingswet 2012 (hierna: 'Aanbestedingswet') zijn nagenoeg identiek aan en bovendien geënt op de hierboven genoemde definities uit de Richtlijn. Voor de uitleg van deze nationale definities wordt derhalve aangeknoopt bij de Richtlijn en de uitleg die aan de definities is gegeven in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Ruime, functionele uitleg van het begrip overheidsopdracht

In de nationale en Europese jurisprudentie is regelmatig de vraag aan de orde of sprake is van een overheidsopdracht. Deze vraag kan binnen

4 Een 'werk' is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.

de gemeentelijke praktijk bijvoorbeeld spelen bij gronduitgiftes en subsidies. Om in dergelijke situaties te beoordelen of (eveneens) sprake is van een overheidsopdracht, zullen de rechters telkens de concrete omstandigheden van het geval naast de voornoemde definities dienen te leggen.

De definities in de Richtlijn en (nagenoeg identieke) definities in de Aanbestedingswet dienen door rechters op een ruime en functionele wijze te worden uitgelegd, zodat het nuttig effect van de Richtlijn niet in gevaar wordt gebracht.⁵ Dit houdt onder andere in dat een beperkte tekstuele, grammaticale, subjectieve of louter 'nationaalrechtelijke' uitleg van deze definities niet is toegestaan. Ook van belang is dat de juridische kwalificaties naar nationaal recht irrelevant zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een overheidsopdracht. Zo is bijvoorbeeld de nationaalrechtelijke kwalificatie 'overeenkomst' of 'subsidie' niet relevant bij de vaststelling of sprake is van een overheidsopdracht.⁶

'Schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel'

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een overheidsopdracht dient telkens – gelet op de definities – te worden beoordeeld of sprake is van een '*schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel*'. Voor wat betreft het schriftelijkheidsvereiste moet worden opgemerkt dat ook overeenkomsten via elektronische weg, bijvoorbeeld via e-mail, een schriftelijke overeenkomst inhouden.

Voor wat betreft het begrip 'overeenkomst' dient te worden opgemerkt dat niet per definitie sprake hoeft te zijn van een overeenkomst naar nationaal recht. Ook andersoortige betrekkingen kunnen als overeenkomst in de zin van de Richtlijn (en Aanbestedingswet) kwalificeren. Zo kunnen vormvoorschriften in het nationale recht voor het begrip 'overeenkomst' niet worden ingeroepen om de richtlijnen hun nuttig effect

5 Zie ook HvJEU 12 juli 2001, zaak C-399/98 (Scala).

6 Zie HvJEU 18 januari 2007, zaak C-220/05 (Auroux) en HvJEU 20 oktober 2005, zaak C-264/03 (Commissie / Frankrijk).

te doen verliezen.⁷

De woorden 'onder bezwarende titel' houden volgens de literatuur in dat door de aanbestedende dienst een tegenprestatie in geld, of althans op geld waardeerbaar dient te worden geleverd.⁸ Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in het kader van de uitleg van de definitie van een overheidsopdracht voor werken verduidelijkt, dat een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat de aanbestedende dienst een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt. Een dergelijke prestatie moet wegens de aard ervan alsook de systematiek en de doelstellingen van de Richtlijn voor de aanbestedende dienst een zogenaamd '*rechtstreeks economisch belang*'⁹ inhouden.

Een dergelijk rechtstreeks economisch belang staat volgens het Hof van Justitie duidelijk vast wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van de werken of het werk waarop de opdracht betrekking heeft. Een dergelijk economisch belang kan ook worden vastgesteld wanneer de aanbestedende dienst krachtens een rechtstitel over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming (bijvoorbeeld huur). Het economisch belang kan ook liggen in de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk, in het feit dat hij financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen of in de risico's die hij loopt bij economische mislukking van het werk.

Het Hof van Justitie heeft in het kader van de uitleg van het begrip overheidsopdracht voor werken verder verduidelijkt dat een overeenkomst onder bezwarende titel inhoudt dat de aannemer zich verbindt om de betrokken werken uit te voeren of te laten uitvoeren. Het begrip overheidsopdracht voor werken vereist aldus dat de aannemer zich

7 Zie voetnoten 5 en 6.

8 Pijnacker-Hordijk, *Aanbestedingsrecht*, 4e druk, p. 76.

9 HvJEU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (Helmut Müller).

direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken en dat de uitvoering van deze verbintenis in rechte kan worden afgedwongen op de naar nationaal recht bepaalde wijze.¹⁰

Hoewel deze rechtspraak van het Hof van Justitie betrekking heeft op overheidsopdrachten voor werken, valt niet goed in te zien waarom een andere redenering zou hebben te gelden ten aanzien van overheidsopdrachten voor diensten of leveringen. Ook deze twee laatstgenoemde categorieën van overheidsopdrachten betreffen immers schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, zoals blijkt uit de definities zoals die hierboven worden genoemd.

Drie categorieën overheidsopdrachten

Er bestaan drie categorieën overheidsopdrachten. Overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze drie soorten overheidsopdrachten hebben ieder hun eigen definitie. De enkele vaststelling dat sprake is van schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel is derhalve niet voldoende om te kunnen concluderen dat sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de Richtlijn. Vastgesteld moet immers worden of de schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van de voornoemde definities.

Zo speelt bijvoorbeeld bij het begrip overheidsopdracht voor werken een rol of de aanbestedende dienst 'eisen' aan het bouwwerk stelt (zie definitie overheidsopdracht voor werken). Volgens het Hof van Justitie is dat pas het geval wanneer de aanbestedende dienst 'maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp uitoefent'. Daarbij bepaalt het Hof dat een aanbestedende dienst dus geen eisen vaststelt, wanneer hij slechts in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of op basis van bevoegdheden ter zake een besluit neemt. Dit wordt

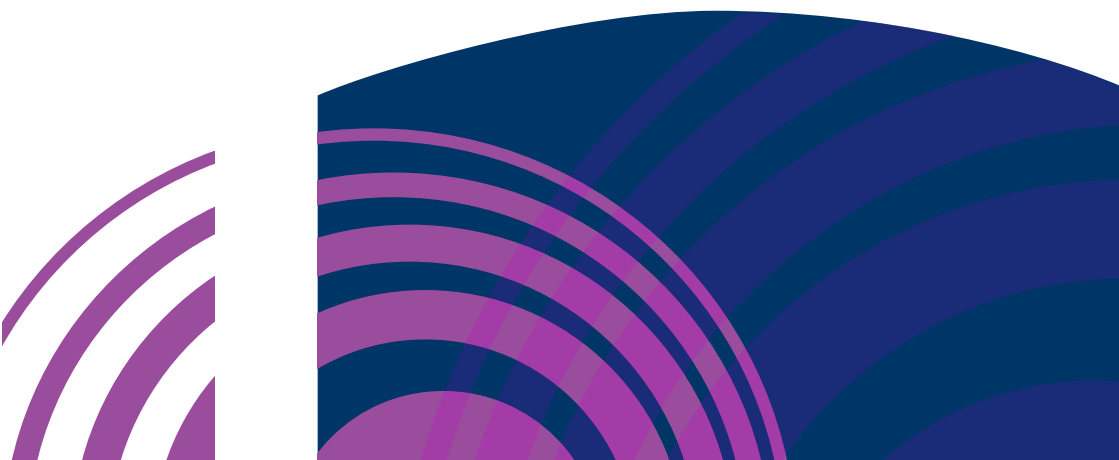
10 Idem.

in de praktijk zó uitgelegd dat een aanbestedende dienst pas 'eisen' stelt wanneer die eisen verder gaan dan de publiekrechtelijke eisen die een gemeente gewoonlijk pleegt te stellen in bijvoorbeeld een bestemmingsplan en/of beeldkwaliteitsplan.¹¹

Omdat deze handreiking niet het karakter van een handboek heeft, maar een praktisch richtsnoer voor gemeenten wil zijn, voert het in dit algemene juridische kader te ver om alle belangrijke nuances ten aanzien van de drie verschillende definities te bespreken. Voor een dergelijke bespreking zij verwezen naar de aanbestedingsrechtelijke handboeken.¹² De belangrijkste nuances zullen in onderstaande praktijkvoorbeelden wél besproken worden, voor zover deze relevant zijn voor het betreffende voorbeeld.

11 Vgl. Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 73.

12 Zoals: Pijnacker Hordijk, Aanbestedingsrecht, 4e druk, p. 75 e.v.. Essers, Aanbestedingsrecht voor overheden, 3e druk, p. 94 e.v.



3 Praktijkvoorbeelden

Casus sportvereniging

Een lokale sportvereniging binnen een gemeente wil graag uitbreiden door een nieuwe sportaccommodatie ter waarde van circa € 3.500.000 te realiseren. De nieuwe accommodatie zal onderdeel gaan uitmaken van een reeds bestaand sportcomplex. Gezien de centrale ligging vervult het complex een belangrijke functie binnen de gemeente. Behalve sportactiviteiten vinden er regelmatig andere activiteiten plaats zoals beurzen, braderieën en andere evenementen. De gemeente zal ook geregeld gebruik willen maken van de nieuwe locatie voor informatiebijeenkomsten.

Ten behoeve van de realisatie van de nieuwe accommodatie verzoekt de sportvereniging de gemeente om een subsidie van € 2.500.000. De gemeente wenst dit subsidieverzoek te honoreren, maar wenst vooraf te vernemen of de facto geen sprake is van een overheidsopdracht voor werken die, gelet op de geraamde waarde voor de realisatie van de nieuwe sportaccommodatie, volgens het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid nationaal openbaar zou moeten worden aanbesteed.

Beoordeling casus sportvereniging

De centrale vraag in deze kwestie betreft of de subsidieverlening van de gemeente, gelet op de feitelijke omstandigheden en de overige afspraken die worden gemaakt, niet eveneens moet worden beschouwd als een overheidsopdracht voor werken. Voor de beantwoording van die vraag is relevant (i) of een rechtstreeks economisch belang voor de gemeente

aanwezig is, (ii) of de sportvereniging zich bij subsidieverlening direct of indirect verbindt tot de realisatie van de nieuwe sportaccommodatie en (iii) of de gemeente maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp uitoefent (bijvoorbeeld vanuit haar rol als toekomstige gebruiker van de accommodatie).

Omdat de gemeente door middel van de subsidie financieel aan de verwezenlijking van het bouwwerk deelneemt, is het rechtstreeks economisch belang een gegeven. De vraag of sprake is van een overheidsopdracht voor werken zal dus afhangen van de vragen of deze subsidie (al dan niet in samenhang met andere afspraken) de sportvereniging (direct of indirect) verbindt tot de bouw van de accommodatie én of de gemeente 'eisen' (zie juridisch kader hierboven) zal stellen aan de sportaccommodatie. Deze vragen zullen in de regel moeten worden beantwoord aan de hand van de subsidievoorwaarden en/of andere eventuele (uitvoerings-)afspraken (in welke vorm dan ook). Worden die vragen positief beantwoord, dan zal de subsidieverlening in combinatie met andere afspraken kwalificeren als overheidsopdracht voor werken.

Is de conclusie dat sprake is van een overheidsopdracht voor werken, dan rijst vervolgens de vraag óf, en zo ja hoe, de opdracht dient te worden aanbesteed. In dat kader is allereerst de geraamde waarde van het bouwwerk relevant. Deze waarde ligt onder de Europese drempelwaarde, zodat een Europese aanbestedingsplicht ontbreekt. In die gevallen dient te worden bepaald of een andere grondslag de gemeente verplicht om de bouw van de accommodatie aan te besteden. Om dat te bepalen is een enkele bestudering van het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid niet voldoende. Daarvoor zal immers nog moeten worden vastgesteld of de opdracht een *'grensoverschrijdend belang'* vertoont. Een dergelijk grensoverschrijdend belang is – kort gezegd – aanwezig wanneer buitenlandse aanbieders interesse in de bouwopdracht hebben. Dat zal blijkens jurisprudentie van het Hof van Justitie eerder het geval zijn, wanneer de opdracht bijvoorbeeld in een grensstreek wordt uitgevoerd en/of naarmate de waarde van de opdracht hoger is.¹³

Indien een grensoverschrijdend belang aanwezig is, dan verdient het aanbeveling om de opdracht op Europees niveau aan te besteden, om zo iedere geïnteresseerde onderneming binnen Europa in staat te stellen

13 HvJEU 15 mei 2009, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (SECAP).

om mee te dingen naar de opdracht.¹⁴ Is het grensoverschrijdend belang afwezig, pas dan dient te worden beoordeeld of, en zo ja welk type aanbestedingsprocedure het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid voorschrijft.

Belangrijk in deze zaak (én in vergelijkbare zaken) is om niet uit het oog te verliezen dat de aanbestedingsrechtelijke definitie voor overheidsopdracht (voor werken) op een ruime en functionele manier moet worden uitgelegd. In het licht van een dergelijke ruime en functionele uitleg kan men bijvoorbeeld niet goed betogen dat een aanbestedingsplicht ontbreekt, omdat 'op papier' de sportvereniging de eisen aan het gebouw zal vaststellen. Althans, wanneer deze eisen feitelijk 'afkomstig' zijn van de gemeente (bijvoorbeeld vanuit haar rol als toekomstig gebruiker van de accommodatie), houdt een dergelijk betoog juridisch geen stand.

Naast de bovenstaande aanbestedingsrechtelijke beoordeling, dienen de gemeente én de sportvereniging zich te realiseren dat een subsidie aan een sportvereniging kan kwalificeren als staatssteun.¹⁵

14 De suggestie dat in die gevallen een nationaal openbare procedure zou volstaan, lijkt niet logisch gelet op het 'Europese karakter' van de opdracht.

15 Een staatssteunrechtelijke beoordeling valt buiten de scope van deze handreiking. Voor meer informatie over dit onderwerp, zie www.europadecentraal.nl.

Casus kunstwerk

Een gemeente wil graag een kunstwerk laten realiseren. Hiervoor is een budget van circa € 50.000 beschikbaar. De gemeente heeft ook al een bekende lokale beeldend kunstenaar op het oog voor de realisatie van het kunstwerk. Het is de bedoeling dat het kunstwerk in de entree van het gemeentehuis zal worden geplaatst. Het stedelijk museum zou graag zien dat het kunstwerk na enige tijd onderdeel gaat uitmaken van de museumcollectie, zodat het kunstwerk in de toekomst voor een breder publiek toegankelijk wordt. De gemeente is hierover in gesprek gegaan met het museum. In het kader van deze gesprekken stelt het museum voor dat niet de gemeente maar het museum het kunstwerk aanschaf en dat het museum hiervoor een subsidie van € 50.000 ontvangt van de gemeente. De gemeente ziet wel iets in dit voorstel. Niet zij maar het museum zal dan de aanschaf en vervolgens ook het onderhoud en beheer verzorgen en op deze manier kan de gewenste kunstenaar worden ingeschakeld zonder dat de gemeente in de knel komt met haar eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid. Het gemeentelijk inkoop- en aanbestedingsbeleid schrijft namelijk voor dat bij opdrachten boven de EUR 40.000,- ten minste drie offertes moeten worden opgevraagd.

Beoordeling casus kunstwerk

De aanschaf van een bestaand kunstwerk door een gemeente of het laten realiseren van een nieuw kunstwerk in opdracht van een gemeente zal in de regel kwalificeren als overheidsopdracht voor leveringen óf diensten.¹⁶ Een gemeente sluit dan immers een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die gericht is op het leveren van een dienst of product. Dit zal ook het geval zijn wanneer de gemeente het kunstwerk na verloop van tijd overdraagt aan c.q. laat plaatsen in een museum. Wanneer het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid, gelet op de geraamde waarde van het kunstwerk in kwestie, verplicht tot een (onderhandse) aanbestedingsprocedure zal er dus moeten worden aanbesteed conform die voorgeschreven procedure.¹⁷

De conclusie dat er moet worden aanbesteed verandert niet zonder meer wanneer het museum het kunstwerk zal aankopen door middel van een subsidie van de gemeente en wanneer het museum het kunstwerk ver-

16 Zie ook de praktijkvraag op www.europadecentraal.nl over het aanbesteden van kunstwerken. Van een 'werk' in aanbestedingsrechtelijke zin zal niet snel sprake zijn in het geval van beeldende kunst.

17 Ervan uitgaande dat deze opdracht geen grensoverschrijdend belang vertoont en afwijking van het beleid niet gerechtvaardigd is.

volgens voor een bepaalde tijd uitleent aan de gemeente. Vooropgesteld moet worden dat veel musea in Nederland publiekrechtelijke instellingen zijn in de zin van de Richtlijn.¹⁸ Dit kan met zich brengen dat niet de gemeente, maar het museum zélf verplicht is om het kunstwerk aan te besteden op grond van zijn eigen beleid. Daarnaast geldt dat ook de verlening van de subsidie van de gemeente aan het museum aanbestedingsplichtig kan zijn, wanneer deze subsidie feitelijk een vergoeding aan het museum is voor het verlenen van een dienst aan de gemeente, namelijk het laten vervaardigen en vervolgens uitlenen van een kunstwerk.¹⁹ Of die dienstverlening op grond van het inkoop- en aanbestedingsbeleid moet worden aanbesteed zal afhangen van de vraag of deze dienst kwalificeert als een 2A- of 2B-dienst én of het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid qua inkoopprocedure een onderscheid maakt tussen die verschillende typen dienstverlening. Daar artistieke diensten vaak onder 2B-diensten vallen, zal de vraag of aanbesteed moet worden op grond van het beleid afhangen van de vraag of het beleid ook een aanbestedingsplicht kent voor (onderdrempelige) 2B-diensten.

Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat de subsidie aan de kunstenaar en/of het museum ook staatssteunrechtelijke implicaties kan hebben, ondanks het relatief lage bedrag.²⁰

18 Zie bijlage III van de Richtlijn waarin publiekrechtelijke instellingen, waaronder musea, worden genoemd.

19 Overheidsopdrachten tussen aanbestedende diensten zijn in beginsel 'gewoon' aanbestedingsplichtig. Dit kan in uitzonderingsgevallen anders liggen. Deze uitzonderingen op de aanbestedingsplicht vallen echter buiten bestek van deze handreiking.

20 Hoewel de hoogte van de subsidie in casu veronderstelt dat het om (niet-meldingsplichtige) 'de-minimis steun' zal gaan, is niet uitgesloten dat toch sprake kan zijn van (meldingsplichtige) steun, wanneer bijvoorbeeld reeds in een eerder stadium steun is verleend aan het museum of de kunstenaar.

Casus vogeltelling

Sinds jaar en dag subsidieert een gemeente een stichting die de vogelstand binnen de gemeente bijhoudt. Met behulp van deze subsidie onderzoekt de stichting onder andere welke gevolgen bepaalde bouwtechnieken hebben op de vogelstand binnen de gemeente. De resultaten van het onderzoek publiceert de stichting jaarlijks op haar website. Ook in 2012 publiceert de stichting een onderzoek over de vogelstand binnen de gemeente. Uit dit onderzoek blijkt dat het bestaan van de huismus binnen de gemeente ernstig wordt bedreigd. Naar aanleiding van dit alarmerende rapport besluit de gemeente begin 2013 contact met de stichting op te nemen om te bespreken welke maatregelen de gemeente kan nemen om de huismus te redden. In dat kader wordt besloten dat de stichting aanvullend onderzoek zal verrichten naar bouwkundige oplossingen die de huismus tegemoet komen, zoals bijvoorbeeld 'musvriendelijke' dakpannen. Ter financiering van dit aanvullende onderzoek ontvangt de stichting een aanvullende subsidie en besluiten de gemeente en de stichting om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten, waarin de afspraken omtrent het onderzoek worden vastgelegd. In de uitvoeringsovereenkomst wordt onder meer vastgelegd wanneer de eerste resultaten van het aanvullende onderzoek moeten worden gepubliceerd. Vervolgens publiceert een lokale krant een artikel waarin melding wordt gemaakt van het noble streven van de gemeente om de huismus te redden. In dat artikel wordt tevens vermeld dat de stichting dit onderzoek op zich zal nemen. Naar aanleiding van dit artikel wordt de gemeente aangeschreven door een onderzoeksbureau. Volgens dit bureau had het onderzoek aanbesteed moeten worden op grond van het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid.

Beoordeling casus vogeltelling

In deze casus sluit de gemeente met de stichting een schriftelijke (uitvoerings-)overeenkomst die gericht is op het leveren van een dienst. Deze overeenkomst verplicht de stichting om bepaalde (onderzoeks-)werkzaamheden uit te voeren. Daarbij is de bezwarende titel (en het rechtstreeks economisch belang) te vinden in de subsidiebeschikking waarin de stichting een bepaald bedrag wordt toegekend. Kortom, de uitvoeringsovereenkomst kan in combinatie met de subsidie kwalificeren als een overheidsopdracht voor diensten. Dit geldt temeer nu de gemeente en de stichting een uitvoeringsovereenkomst hebben gesloten, die de stichting verplicht om het onderzoek uit te voeren. In die omstandigheden kunnen de gemeenten en de stichting dus ook niet betogen dat een uitvoeringsplicht ontbreekt zodat om die reden geen sprake zou zijn van een overheidsopdracht.

Casus Wellness

Ter stimulering van de werkgelegenheid bestaat binnen een gemeente de wens om nieuwe middelgrote tot grote bedrijven te binden aan de gemeente. Na enige tijd toont een exploitant van zogenoemde Wellness centres concrete interesse om zich te vestigen aan een enigszins afgelegen plas binnen de gemeente. Deze exploitant stelt naar aanleiding van gesprekken met de gemeente enkele voorwaarden aan zijn komst. De onderneming is bereid om de gronden van de gemeente aan te kopen tegen een marktconforme prijs, maar weigert de kosten voor de aanleg van een nieuwe weg naar het toekomstige afgelegen Wellness centre te dragen. Om de exploitant over de streep te trekken, overweegt de gemeente daarom om de exploitant een subsidie van € 180.000 toe te kennen om de benodigde weg te laten aanleggen. Voordat de gemeente een besluit neemt wint zij extern juridisch advies in.

De externe adviseur beoordeelt of de toekenning van de subsidie feitelijk een overheidsopdracht voor werken inhoudt. Dat lijkt volgens de adviseur het geval te zijn. De toekenning van de subsidie houdt immers een rechtstreeks economisch belang voor de gemeente in. Daarnaast zal deze subsidie toegekend worden voor de aanleg van een zeer specifieke weg naar een afgelegen locatie. De exploitant wordt zo dus (indirect) verplicht om de weg aan te leggen. De subsidie betreft in dit geval volgens de adviseur niets meer en niets minder dan een 'verkapte opdracht' aan de Wellness-exploitant om een bepaalde weg te laten aanleggen.

Na lezing van het advies besluit het college van burgemeester en wethouders van de gemeente uiteindelijk om af te zien van de toekenning van de subsidie. Onder verwijzing naar het externe advies wordt de exploitant door de wethouder ingelicht dat het verlenen van de subsidie op juridische bezwaren stuit en daarom geen doorgang kan vinden. Bij monde van zijn advocaat reageert de exploitant vervolgens schriftelijk dat de subsidie géén overheidsopdracht betreft, omdat de subsidie de exploitant niet zou verplichten om de weg aan te leggen. De subsidie kan immers worden teruggevorderd wanneer de exploitant niet binnen bepaalde tijd tot het aanleggen van de weg zal overgaan. Nu een 'bouwplicht' zou ontbreken, zou van een overheidsopdracht voor werken geen sprake kunnen zijn, aldus de advocaat.

Beoordeling casus Wellness

Vastgesteld moet worden dat het standpunt van de advocaat van de exploitant bij de huidige stand van de jurisprudentie verdedigbaar is²¹ maar niet meer dan dat. Het standpunt van de advocaat is gebaseerd op een zeer enge uitleg van het begrip overheidsopdracht voor werken. Gelet op de verplichte ruime en functionele uitleg van de aanbestedingsrechtelijke definities valt daarom zeer te betwijfelen of deze uitleg juist is. Bij een ruime en functionele uitleg van de aanbestedingsrechtelijke definities ligt het juist meer voor de hand te concluderen dat de aannemer zich er door middel van de subsidietoekenning (direct dan wel indirect) toe verbindt om een bepaalde weg aan te leggen. Althans, door de woorden 'schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel' zó uit te leggen dat er slechts sprake van een overheidsopdracht kan zijn, wanneer sprake is van een bouwplicht, leverplicht, of plicht tot het verrichten van bepaalde diensten in de enge zin des woords, wordt het begrip overheidsopdracht dusdanig uitgehold, dat een aanbestedingsplicht in bijna alle gevallen te omzeilen zou zijn.

Zou de stelling van de advocaat juist zijn, dan zou in feite geen enkele overeenkomst meer aanbestedingsplichtig zijn, wanneer een overeenkomst geen 'verplichting' oplegt, maar enkel 'een recht op een financiële vergoeding' toekent, wanneer bepaalde werken worden gerealiseerd, producten worden geleverd en of diensten worden verricht. Dit is juridisch een riskant standpunt. De gemeente besluit daarom om de aanleg van de weg aan te besteden, conform haar inkoop- en aanbestedingsbeleid.

21 Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Arnhem d.d. 10 november 2010, LJN: BO4451 en Vzr. Rb. Alkmaar d.d. 26 november 2010, LJN: BO5112, waarin een "bouwplicht" in enge zin doorslaggevend werd geacht.

Casus parkeergarage

Een gemeente besluit een onderhandse overeenkomst te sluiten voor de bouw en exploitatie van een openbare parkeergarage met 200 parkeerplaatsen voor de duur van 20 jaar. Kort nadat de overeenkomst is gesloten wordt de gemeente in kort geding gedagvaard door een concurrent van de parkeerexploitant. In de dagvaarding stelt de concurrent van de gecontracteerde parkeerexploitant zich op het standpunt dat de bouw en exploitatie van de parkeergarage aanbesteed had moeten worden. De exploitant vordert onder andere een verbod op verdere uitvoering van de overeenkomst, welke vordering door de voorzieningenrechter wordt toegewezen.

Naar aanleiding van het vonnis van de voorzieningenrechter besluiten de gemeente en de parkeerexploitant om de overeenkomst in goed overleg te beëindigen. De gemeente wint vervolgens extern juridisch advies over de vraag hoe zij toch in zee kan gaan met dezelfde exploitant, zonder daarbij in strijd te handelen met het aanbestedingsrecht. De gemeente wordt geadviseerd om de bouw- en exploitatieplicht uit de overeenkomst te schrappen. Daarnaast wordt de gemeente, onder andere ter voorkoming van eventuele toekomstige 'misvattingen' van de concurrent van de eerder gecontracteerde parkeerexploitant, geadviseerd om de bouw en exploitatie van de parkeergarage te 'subsidiëren'. Onder die omstandigheden kan de gemeente volgens de externe adviseur alsnog in zee gaan met de eerder geselecteerde exploitant, zonder daarbij in strijd te handelen met het aanbestedingsrecht.

Naar aanleiding van het externe advies wordt het college van burgemeester en wethouders verzocht in te stemmen met de subsidie aan de exploitant. Voordat het college ter zake een besluit neemt wenst het college vooraf te vernemen welke voornaamste aanbestedingsrechtelijke risico's zij loopt, wanneer zij bijvoorbeeld wederom in kort geding zal worden betrokken door de concurrent van de beoogde parkeerexploitant.

Beoordeling casus parkeergarage

In lijn met voornoemde praktijkvoorbeelden geldt ook in dit voorbeeld dat het uit de overeenkomst schrappen van de bouw- en exploitatieplicht en het 'ombouwen' van de wijze van financiering riskant kan zijn. Bij de huidige stand van het recht kan betoogd worden dat ook deze nieuwe afspraken nopen tot het houden van een aanbestedingsprocedure. De nieuwe constructie komt namelijk in wezen op hetzelfde neer als de eerder gesloten (aangebestedingsplichtige) overeenkomst, met dien verstande dat de exploitant in de nieuwe situatie niet meer gedwongen kan worden

om de garage te bouwen en te exploiteren. Daar staat wel tegenover dat de exploitant de subsidie niet zal ontvangen, wanneer niet wordt overgegaan tot de bouw en exploitatie van de parkeergarage. Onder deze omstandigheden kan dus alsnog betoogd worden dat de afspraken de exploitant (direct, dan wel indirect) 'verbinden' om de parkeergarage te bouwen en exploiteren. Een ander standpunt zou het nuttig effect van het aanbestedingsrecht aanzienlijk uithollen. In situaties als deze is het dus inderdaad verstandig om op de hoogte te zijn van de risico's alvorens in te stemmen met de constructie.

Het voornaamste risico waar de gemeente rekening mee dient te houden is dat de concurrent van de parkeerexploitant opnieuw naar de rechter en/of naar de Europese Commissie zal stappen om zo een stokje te steken voor de nieuwe plannen. Wanneer in die procedures een aanbestedingsplicht voor de bouw en exploitatie van de parkeergarage wordt aangenomen is de gemeente nog even ver verwijderd van haar plannen als voorheen. Het is bovendien te hopen dat de gemeente ook duidelijke afspraken met de exploitant heeft gemaakt over de mogelijkheden tot het beëindigen van de afspraken. Zijn die afspraken er niet, dan kan de gemeente in een vervelende 'spagaat' komen te verkeren, waarin zij enerzijds wordt verplicht om de bouw- en exploitatie van de garage alsnog aan te besteden, terwijl zij anderzijds door de exploitant gehouden wordt aan de gemaakte afspraken. Daarnaast liggen ook andere 'Europese' risico's op de loer, zoals bijvoorbeeld het risico op het verlenen van onrechtmatige staatssteun, het risico op ingrijpen door de centrale overheid op grond van de wet Nerpe en/of het risico op imagoschade.



4 Slotwoord

Aan de hand van het bovenstaande juridisch kader en praktijkvoorbeelden is verduidelijkt wat de reikwijdte is van het begrip overheidsopdracht. Deze reikwijdte is omvangrijk omdat het begrip overheidsopdracht telkens op een ruime en bovenal op een functionele wijze moet worden uitgelegd. Het bovenstaande kader en de praktijkvoorbeelden tonen ook aan dat de juridische kwalificaties naar nationaal recht niet relevant zijn voor de beoordeling of sprake is van een overheidsopdracht naar Europees recht. Wat hiermee wordt bedoeld is dat de nationaalrechtelijke kwalificatie 'subsidie' niet automatisch uitsluit dat sprake is van een overheidsopdracht. Zoals is verduidelijkt kan namelijk ook een subsidie, al dan niet in samenhang met andere afspraken, een overheidsopdracht zijn. In die gevallen zijn gemeenten dus ook verplicht om de (Europese) aanbestedingsregels in acht te nemen.

Wanneer gemeenten ten onrechte (Europese) overheidsopdrachten niet aanbesteden lopen zij financiële en politieke risico's. Gelet op deze 'Europese' risico's verdient het aanbeveling om bij het toekennen van subsidies van geval tot geval te bezien of sprake is van een overheidsopdracht.

