

Datum	21 juni 2021	Fax	F 0725280080
Dossiercode	D2020211		
Dossier	(BN) Serviceorganisatie Jeugd Zuid Holland Zuid I Nieuwe inkoop	contact@victoradvocaten.nl www.victoradvocaten.nl	
Onderwerp	Financiering/inkoop Stichting Jeugdteams	BTW NL857082012B01	
Van	Tim Robbe	KvK 67577032	
Aan	De heer Jelmer van den Bogerd		

Geachte heer Van den Bogerd, beste Jelmer,

Afgelopen vrijdag spraken wij elkaar telefonisch. De overeenkomsten met de stichting Jeugd ZHZ lopen eind dit jaar af. Een verlenging is niet mogelijk omdat gemeenten dan de drempelwaarde van EUR 750.000,00 excl. BTW overschrijden. Er is in dat geval, dus bij voortzetting van de overeenkomst, een aanbestedingsprocedure nodig.

Je vroeg mij of ik mijn eerder afgegeven advies over het gebruik van de begrotingssubsidie wilde aanvullen. Dit zodat bestuurders een betere afweging kunnen maken van de risico's bij het gebruik hiervan. Hierna volgt eerst kort integraal het door mij eerder afgegeven advies. Daarna zal ik de besproken aanvulling geven.

Eerder advies

U vroeg mij e.e.a. op papier te zetten waar het de financiering van de jeugdteams betreft. We concludeerden al eerder dat de wijze waarop de jeugdteams de afgelopen jaren zijn gefinancierd juridisch discutabel is. Het gaat om meer dan 750.000 euro (de drempelwaarde voor het aanbesteden van een overheidsopdracht), maar er is zonder aanbestedingsprocedure een overeenkomst gesloten met de stichting jeugdteams ter uitvoering van een subsidieregeling en subsidiebeschikking. De gemeenten willen vanaf 2022 wel overgaan tot een rechtmatige financiering. Dat kan op een aantal manieren: via het aanbesteden van een overheidsopdracht, via een subsidieregeling of via een begrotingssubsidie/incidentele subsidie.

Als de gemeenten een overeenkomst willen blijven gebruiken om de activiteiten van de stichting afdwingbaar te maken (bij een subsidie is alleen sprake van financiering van activiteiten; het niet leveren van de activiteiten geeft gemeenten direct de mogelijkheid financiering terug te halen), dan kan dat alleen met de aanbesteding van een overheidsopdracht. Dat mag met een zogenaamde verlichte SAS procedure. Maar ook deze procedure verplicht de gemeenten wel de opdracht open te stellen voor mededinging. Met andere woorden: het is niet zeker dat de stichting de opdracht ook werkelijk verwerft. Een stichting DOCK of Inluzio kunnen een betere offerte indienen. Het risico is hier dat deze laatstgenoemde partijen veel meer ervaring hebben met aanbestedingstrajecten en dus ook werkelijk een betere offerte zullen indienen.

De gemeenten kunnen ook gebruik maken van een 'reguliere' subsidie. Juridisch is dit een 'wettelijke subsidie', wat wil zeggen een subsidie gebaseerd op een wettelijke regeling zoals een subsidieverordening. De gemeenten verlenen dan dus een subsidie op basis van bijvoorbeeld de ASV of een nieuw op te stellen regeling. Hierbij geldt echter dat gemeenten een subsidieplafond zullen hanteren (dat lijkt mij logisch althans) en vervolgens bekend moet maken hoe zij de subsidie gaan

Victor Advocaten & Adviseurs is een vennootschap onder firma, KvK nr. 67577032, BTW nr. NL857082012B01. Op al onze offertes, verrichtte diensten, overeenkomsten en rechtsbetrekkingen van welke aard dan ook zijn onze algemene voorwaarden van toepassing. De algemene voorwaarden zijn te raadplegen op onze website <https://victoradvocaten.nl/voorwaarden>. Onze aansprakelijkheid is steeds beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder onze beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald.

verdelen. Volgens jurisprudentie is in dit geval sprake van een schaars recht. Op basis van het gelijkheidsbeginsel geldt dan een mededingingsnorm. Dit betekent dat alle potentiële gegadigden de mogelijkheid moeten krijgen de subsidie te verwerven. In deze situatie komen de gemeenten dus in de dezelfde situatie terecht als bij de aanbesteding van een overheidsopdracht met hetzelfde risico.

De gemeenten kunnen tot slot gebruik maken van wat formeel heet een 'buitenwettelijke subsidie'. Dat wil zeggen een subsidie die de gemeenten verlenen direct op basis van de Algemene wet bestuursrecht. Dit kan een begrotings- of incidentele subsidie zijn. In dat geval geldt het deel van de subsidietitel uit de Awb over subsidieplafonds en verdelingsmechanismen niet. De jurisprudentie heeft ook nog geen mededingingsnorm van toepassing verklaard op deze vormen van subsidie. De literatuur is inmiddels verdeeld. De helft stelt dat ook bij deze subsidievormen de mededingingsnorm wel van toepassing is. De andere helft van niet. Pas met een uitspraak van de ABRvS krijgen we hier zekerheid over. Als de gemeenten gebruik maken van deze subsidievariant is het wel zeker dat de stichting de subsidie verwerft (er is immers sprake van 1-op-1 subsidiëring), maar is dus sprake van een andere risico. Dat risico is tweeledig: 1) een andere partij komt juridisch op tegen deze wijze van subsidiëren en 2) de ABRvS geeft uiteindelijk in deze (of een andere) zaak aan dat de mededingingsnorm idd van toepassing is.

Kortom: of de gemeenten besteden een overheidsopdracht aan/verlenen een subsidie na mededinging of de gemeenten verlenen een begrotingssubsidie/incidentele subsidie. In het eerste geval is niet zeker dat de stichting de financiering uiteindelijk krijgt, omdat een andere partij beter is in de aanbestedingsprocedure of subsidieverleningsprocedure. In het tweede geval is het zeker dat de stichting de financiering krijgt, maar is het risico dat een rechter de wijze van verlenen onrechtmatig acht. Naar mijn mening is het eerste risico vooralsnog groter dan het tweede risico.

Aanvulling

Met betrekking tot de begrotingssubsidie

Voor wat betreft publiekrechtelijke rechten geldt dat 'in algemene zin (...) sprake (is) van schaarse publieke rechten als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft'.¹ Dit veronderstelt dat de gemeente vooraf het aantal te verlenen rechten beperkt omdat '(a)lleen in dat geval (...) zich namelijk de situatie (kan) voordoen dat de totale omvang van de aanvragen het aantal beschikbare rechten overstijgt'.² Het maximum aan het aantal te verlenen rechten is beperkt tot een plafond en dat plafond kent een bepaalde eenheid, bijvoorbeeld het totaal beschikbare subsidiebedrag of het aantal beschikbare subsidies.³

Als sprake is van een 'schaarse subsidie' omdat de gemeente een plafond hanteert, volgt uit jurisprudentie van de ABRvS dat een op het formele gelijkheidsbeginsel, het beginsel van gelijke kansen, gebaseerde 'mededingingsnorm' van toepassing is.⁴ Deze rechtsnorm volgt niet alleen uit uitspraken over subsidies, maar ook uit eerdere uitspraken van de ABRvS over de verdeling van

¹ F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, Schaarse publieke rechten, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 19. Zie ook C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, Schaarse publieke rechten, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 180/181. Het gaat natuurlijk om aanvragen die rechtsgeldig zijn.

² Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel 2011, p. 19. Zie ook C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsrecht en algemeen bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters, & R. Schlössels (editors), 25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 809 en Wolswinkel 2011, p. 179.

³ Wolswinkel 2011, p. 179. Zie voor de introductie van het begrip 'plafond': F.J. van Ommeren. Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004.

⁴ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310 en ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595.

schaarse vergunningen en de bekostiging van onderwijs.⁵ In de uitspraak over schaarse vergunningen nam de ABRvS de conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven over dat '(n)aar Nederlands recht (...) er een rechtsnorm (bestaat), die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel, het beginsel van gelijke kansen'.⁶ Omdat de 'mededingingsnorm' dus niet alleen geldt bij het verdelen van schaarse vergunningen, maar ook bij het verdelen van schaarse subsidies, betekent dit dat de gemeente als sprake is van schaarse subsidies mededingingsruimte moet bieden aan (potentiële) jeugdhulpaanbieders. Er zijn geen wettelijke vastgelegde procedures hiervoor. De procedures moeten in ieder geval ingepast zijn in één van de volgende varianten: 1) de vergelijkende toets, 2) de loting, 3) de (omgekeerde) veiling, 4) 'op volgorde van binnenkomst' of 5) naar evenredigheid.

De 'mededingingsnorm' geldt niet als géén sprake is van schaarse subsidies. Het is daarom niet zeker dat de rechtsnorm geldt voor begrotingssubsidies. Bij een begrotingssubsidie neemt de gemeente de naam van de subsidieontvanger, de te verrichten activiteiten en het maximale subsidiebedrag op in de begroting.⁷ Er is bij deze vorm van subsidie geen sprake van een plafond waarbinnen de gemeente subsidies verleent omdat de maximale subsidiebedragen voor de subsidieontvanger en de subsidieontvanger zelf al bekend zijn. Er is evenmin een maximum aantal te verlenen subsidies aangezien bekend is welke jeugdhulpaanbieder de subsidies ontvangt. De regels uit de Algemene wet bestuursrecht over het subsidieplafond zijn niet van toepassing.⁸ Het verlenen van zogenaamde 'begrotingssubsidies' kan dan ook zónder wettelijk voorschrift en kent niet de verplichting vooraf de wijze van verdelen bekend te maken.⁹ Begrotingssubsidies zijn gezien voorgaande strikt gezien geen 'schaarse subsidies'. Deze subsidies vormen echter wel '(publiekrechtelijke) rechten met schaarse effecten' aangezien 'het aantal rechten weliswaar niet op voorhand is beperkt tot een maximum, maar inherent aan het betreffende publiekrechtelijke recht is dat het niet oneindig kan worden verleend'.¹⁰ De beperking in het aantal beschikbare rechten volgt hier niet uit een door de gemeente ingesteld plafond, maar uit het feit dat het subsidiebedrag en het aantal subsidies dat gemeenten verlenen feitelijk en juridisch wel beperkt moeten zijn. Dit is zeker waar op het moment dat de gemeente ook zelf de jeugdhulpaanbieders (en dus het aantal) kiest om begrotingssubsidies te verlenen. Een conclusie kan dan zijn dat het 'plafond' en het maximaal aantal te verlenen rechten en/of het maximale subsidiebedrag volgt uit de toepassing van het instrument in het concrete geval en dat daarom verdeling moet plaatsvinden zoals bij 'schaarse publieke rechten' via een 'mededingingsnorm'.¹¹ Dit volgt echter niet uit de wet en is ook (nog) niet bevestigd in jurisprudentie. Integendeel, uit zowel jurisprudentie als de wet kan men evenzogoed afleiden dat gemeenten geen mededingingsruimte hoeven te bieden.¹² De (on)wenselijkheid van een 'mededingingsnorm' bij

⁵ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 en ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86. De norm is overigens 'voorspeld' in literatuur. Zie bijvoorbeeld F.J. van Ommeren, W.D. den Ouden & C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten-Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben'. Nederlands Juristenblad 2011, afl. 28, p. 1864; Van Ommeren 2004; F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel 2011, p. 264.

⁶ Conclusie AG Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

⁷ Artikel 4:23 lid 3 sub c Algemene wet bestuursrecht.

⁸ M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', Jurisprudentie Bestuursrecht plus 2011, nr 1 vol 13, p. 53.

⁹ Dit volgt uit artikel 4:23 lid 3 sub c en d Awb.

¹⁰ Wolswinkel, 2019, p. 810.

¹¹ Wolswinkel 2019, p. 810.

¹² Zie ABRvS van 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191. De gemeente had in die zaak in beleid een instelling als culturele kernvoorziening aangewezen en vervolgens subsidie toegewezen. Tegelijkertijd wees zij de aanvraag van een andere instelling af omdat alleen de aangewezen instelling als kernvoorziening in aanmerking kwam voor de subsidie. De ABRvS lijkt deze lijn te volgen in ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 waarbij zij stelt dat een bouwvergunning voor een ontwikkelaar die een stuk grond in eigendom heeft en dus de enige is die ook werkelijk daar mag bouwen – en de vergunning kan aanvragen – niet schaars is. De wetgever stelt bovendien bij begrotingssubsidies dat '(d)e vermelding in de begroting (...) immers publieke controle op de subsidieverstrekking mogelijk (maakt); in de meerderheid van de gevallen waarin de begroting door een vertegenwoordigend orgaan wordt vastgesteld, stelt de vermelding in de begroting dat orgaan

begrotingssubsidies en incidentele subsidies is vooralsnog politiek en beleidsmatig van aard, ook als deze terugkomt in literatuur¹³, maar zeker (nog) niet juridisch vastgesteld.¹⁴

Kortom, ik meen dat de gemeente, als zij rekening houdt met alle beginselen van behoorlijk bestuur (formele zorgvuldigheid, motivering, *et cetera*) een begrotingssubsidie aan één partij kan verstrekken. Dit omdat een begrotingssubsidie geen 'schaarse subsidie' is, maar een 'subsidie met schaars effect' en de jurisprudentie van de ABRvS niet over deze subsidievariant gaat.

Met betrekking tot de aanbestedingsplicht

Eerder is mij verzocht te kijken of gemeenten de diensten van de stichting Jeugdteams ZHZ niet kunnen 'inbesteden'. Inbesteden betekent dat een aanbestedende dienst een overheidsopdracht verstrekt aan een eigen dienstonderdeel. Dit soort opdrachten zijn per definitie niet aanbestedingsplichtig. Er is sprake van 'quasi-inbesteden' als een aanbestedende dienst een overheidsopdracht verstrekt aan een andere rechtspersoon waar zij toezicht op uitoefent als ware het een eigen dienstonderdeel. Ook dit soort opdrachten is niet aanbestedingsplichtig, mits is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2.24a Aanbestedingswet 2021. Er zijn drie cumulatieve voorwaarden:

1. de aanbestedende dienst oefent op de betrokken rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten (lid 1, onderdeel a), ook wel het zogenaamde toezichtscriterium genoemd;
2. ten minste 80% van de activiteiten van deze rechtspersoon wordt uitgeoefend voor de controlerende aanbestedende dienst of voor andere rechtspersonen die door deze aanbestedende dienst worden gecontroleerd (lid 1, onderdeel b); en
3. er is geen sprake van directe participatie van privaat kapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (lid 1, onderdeel c).

De stichting Jeugdteams ZHZ voldoet – voor zover ik heb kunnen achterhalen – in ieder geval aan voorwaarden 2 en 3. Voorwaarde 1 is echter problematisch. De stichting is een aparte rechtspersoon. De rechtsverhouding met de gemeenten is geregeld in een overeenkomst en/of een subsidie. Dat is onvoldoende om te voldoen aan voorwaarde 1 (toezichtscriterium).¹⁵ Er is ook een onafhankelijke raad van toezicht, waarin geen van de gemeenten deelneemt. Tot slot is er wel een raad van publiek belang. Daarin zitten echter slechts vier wethouders van deelnemende gemeenten. De rol van deze raad is daarnaast vooral adviserend. De meest verregaande bevoegdheid is het goedkeuren van bepaalde strategische besluitvorming, maar dat is verder niet uitgewerkt – voor zover ik heb kunnen achterhalen. Het toezicht van de gemeenten is ook door deze raad van publiek belang naar mijn mening onvoldoende om te voldoen aan het toezichtscriterium. De gemeenten bepalen immers niet de strategie, maar kunnen deze alleen 'goedkeuren'.

in staat zich rechtstreeks uit te spreken over de wenselijkheid en de hoogte van de subsidie, zodat de democratische controle afdoende is gewaarborgd' (PG Awb III, p. 196-203). **Het politieke primaat weegt een bepaald maatschappelijk belang als zwaarder dan het belang van (potentiele) concurrenten van de partij die subsidie ontvangt om ook aanspraak op die subsidie te maken. Het besluit is dan geen mededingingsruimte te bieden.** ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595 brengt echter onduidelijkheid, zie ook Drahmman 2019, p. 392.

¹³ R. Jacobs en W. den Ouden, 'Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht?', Netherlands Administrative Law Library, januari 2014, DOI: 10.5553/NALL/.000017, p. 9; Wolswinkel 2019, p. 810; ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, Gst. 2019/78, m.nt. A. Drahmman, p. 392.

¹⁴ Ik heb überhaupt vraagtekens bij juridische houdbaarheid van de 'mededingingsnorm' gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel. Zie T.H.G. Robbe, 'Hoe verdeel je een chocoladetaart? Een kritische beschouwing van de "mededingingsnorm" bij het verdelen van schaarse (publieke) rechten', Nederlands Tijdschrift Bestuursrecht, oktober 2019, nr.8, p. 357. In hun reactie op mijn bijdrage stellen Hardy & Verboeket overigens zelfs dat bestuursorganen begrotingssubsidies kunnen verlenen zonder mededinging, zie E.M.J. Hardy & L. Vebouket, 'Prematuur over het primaat – Reactie op 'Hoe verdeel je een chocoladetaart'', Nederlands Tijdschrift Bestuursrecht, februari 2020, nr. 50.

¹⁵ HvJ, 13 juni 2013, C-386/11

Als de stichting Jeugdteams ZHZ de raad van toezicht vervangt door een raad van toezicht die bestaat uit alle deelnemende gemeenten, dan voldoet de stichting overigens wel aan het 'toezichtscriterium'. In dat geval is 'quasi-inbesteden' dus wel mogelijk. Ik weet echter niet of dit ook de intentie is die de stichting en gemeenten uiteindelijk hebben, dus ook deze verandering is uiteindelijk een politiek besluit.

Conclusie

Met de hiervoor gegeven aanvulling, verandert er verder niets aan mijn advies. Gemeentelijke bestuurders moeten voor zichzelf een afweging maken en de vraag beantwoorden wat zwaarder weegt: het risico dat de stichting Jeugdteams ZHZ een aanbestedingsprocedure of subsidieverleningsprocedure verliest of het risico dat uiteindelijk de ABRvS het gebruik van de begrotingssubsidie als onrechtmatig aanmerkt.¹⁶ Deze afweging kan ik als adviseur niet maken.

Met vriendelijke groet,
Tim Robbe

¹⁶ Ik spreek hier expliciet van ABRvS en niet van de rechter of de accountant. Jurisprudentie van de ABRvS is leidend, als hoogste rechter in het subsidierecht. De ABRvS kan jurisprudentie van lagere rechters 'overrulen'. De accountant moet bij rechtmatigheidstoetsen de stand van het recht volgen en kan niet zelf juridische oordelen geven.