

Hoofdstuk 9: Subsidie of opdracht?

In dit hoofdstuk gaan we in op enkele algemene vragen met betrekking tot het onderwerp Subsidie of Overheidsopdracht. Vallen gesubsidieerde opdrachten bijvoorbeeld onder de Europese aanbestedingsrichtlijn? Via onderstaande links kunt u ook veel informatie over dit onderwerp vinden.

Documenten en website

In het visiedocument [Subsidie of Overheidsopdracht](#) kunt u lezen wanneer een subsidie een zuivere subsidie is en wanneer deze kenmerken gaat vertonen van een overheidsopdracht. Ook onder [subsidie en aanbesteden](#) kunt u hier informatie over vinden. De VNG heeft in 2012 een [handreiking overheidsopdracht en subsidie](#) uitgebracht.

9.1 Vallen gesubsidieerde opdrachten onder de Europese aanbestedingsrichtlijn?

Gesubsidieerde opdrachten vallen mogelijk onder richtlijn 2004/18. Er is niet sprake van een zwart-wit situatie van subsidiëren of aanbesteden. Er is echter wel een aantal raakvlakken met bijzondere bepalingen in de richtlijn en de [Aanbestedingswet](#). Deze kunnen een rol spelen bij opdrachten die met subsidie worden vergeven.

Het gaat onder meer om art. 8 van de richtlijn, de definitie van publiekrechtelijke instelling, alleenrechten en het onderscheid tussen opdracht en subsidie.

Voor meer dan 50% gesubsidieerde opdrachten

Art. 8 van de richtlijn (art. 2.8 Aanbestedingswet) bevat een specifieke regeling met betrekking tot gesubsidieerde opdrachten. Dit artikel luidt als volgt:

‘Deze richtlijn is van toepassing op de plaatsing van:

- A.** opdrachten die voor meer dan 50% rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en waarvan de geraamde waarde (ex. BTW) ten minste gelijk is aan € 5 miljoen:
- wanneer deze opdrachten betrekking hebben op civieltechnische werkzaamheden in de zin van bijlage I;
 - wanneer deze opdrachten betrekking hebben op bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming;
- B.** opdrachten voor diensten die voor meer dan 50% rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en waarvan de geraamde waarde (ex. BTW) ten minste gelijk is aan € 200.00,= wanneer deze opdrachten verband houden met een opdracht voor werken als bedoeld onder a.

De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de aanbestedende diensten die de subsidies toekennen deze richtlijn doen naleven wanneer deze opdrachten door een of meer andere instanties dan zij zelf worden geplaatst, dan wel zelf deze richtlijn naleven wanneer zij zelf deze opdrachten in naam en voor rekening van deze andere instanties plaatsen.’

Opdrachten voor werken

Wanneer een werk gerealiseerd wordt dat voldoet aan de omschrijving onder punt A (dus civieltechnische werkzaamheden, bouwwerken voor ziekenhuizen, sport, scholen etc.) die een waarde hebben boven de Europese drempelwaarde en de aanbestedende dienst subsidieert dit werk voor meer dan 50%, dan is de richtlijn van toepassing. Het werk moet dan worden aangemerkt als een overheidsopdracht voor werken.

Overheidsopdracht verstreckende partij

Volgens het tweede deel van art. 8 moet de subsidie-ontvanger in dat geval aangemerkt worden als een overheidsopdracht verstreckende partij. Daarom moet de subsidie-ontvanger de opdracht met inachtnaam van de aanbestedingsrichtlijn aanbesteden. Art. 2.9 Aanbestedingswet bepaalt ook dat de subsidie-ontvanger een overheidsopdracht overeenkomstig de wet moet verstrekken.

Oprachten voor diensten

Oprachten voor diensten kunnen rechtstreeks verband houden met opdrachten voor werken. Art. 8b van de richtlijn stelt dat opdrachten voor diensten die rechtstreeks verband houden met opdrachten voor werken als bedoeld in art. 8a, en die voor meer dan 50% rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en die ten minste gelijk zijn aan het Europese drempelbedrag voor diensten (€ 200.000,=) ook moeten worden aangemerkt worden als overheidsopdrachten in de zin van de richtlijn en de Aanbestedingswet (art. 2.8).

Toepassing voorschriften

Deze bepalingen zijn bedoeld om te verzekeren dat de voorschriften voor overheidsopdrachten ook worden toegepast op de verlening van (meer dan 50% publiek gefinancierde) opdrachten door private of andere publiekrechtelijke opdrachtgevers dan de subsidieverstrekende overheid.

Toelichting

De handleiding van de Commissie bij de voormalige Richtlijn Werken (par. 1.5) geeft een toelichting op art. 8 van de richtlijn. Uit deze en andere toelichtingen in handboeken aanbestedingsrecht volgt onder andere dat indirecte bijdragen en ondersteuning van andere aard dan een financiële bijdrage vanuit de subsidierende partij niet onder deze regeling worden begrepen. De handleiding stelt wel dat het alle verschillende soorten subsidies betreft, ook communautaire, die rechtstreeks bestemd zijn voor de betrokken aannemingscontracten

De in art. 8 van de aanbestedingsrichtlijn gegeven opsomming is uitputtelijk, maar de benaming van de instellingen betreft een soortaanwijzing. Zo stelt de handleiding dat bijvoorbeeld bejaardentehuizen of instellingen voor lichamelijk gehandicapten gelijkgesteld worden met ziekenhuizen, voorzover deze instellingen bijvoorbeeld ook opdracht krijgen medische of chirurgische hulp te verstrekken aan zieke bejaarden of aan gehandicapten.

Publiekrechtelijke instelling

Een partij die door een aanbestedende dienst gesubsidieerd wordt, hoewel in principe geen publiekrechtelijke partij, kan door een grote mate van publieke geldverstrekking gaan voldoen aan de definitie van [publiekrechtelijke instelling](#) of aanbestedende dienst. Daardoor moet deze subsidieontvanger dan bij het vergeven van opdrachten, de Aanbestedingsrichtlijn in acht nemen.

Een publiekrechtelijke instelling (art. 1 lid 9 richtlijn en art. 1 lid 1 Aanbestedingswet) is onder meer een instelling die:

- Is opgericht met het doel te voorzien in de behoeften van algemeen belang (niet van industriële of commerciële aard);
- Rechtspersoonlijkheid bezit;
- En waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een decentrale overheid of andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd.

Daarmee is een publiekrechtelijke instelling die voldoet aan bovenstaande opsomming een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn. Wordt bijvoorbeeld een Stichting structureel en hoofdzakelijk gesubsidieerd door overheidsinstanties voor het verrichten van bepaalde diensten, dan kan deze Stichting volgens de definitie van publiekrechtelijke instelling als zelfstandige aanbestedende dienst worden aangemerkt.

Alleenrecht

Aanbestedende diensten moeten zich ervan bewust zijn dat zij de toepassing van art. 18 van de richtlijn (art. 2.24 Aanbestedingswet) kunnen raken, als zij bijvoorbeeld bij subsidieverlening een andere aanbestedende dienst een [alleenrecht](#) voor de uitvoering van bepaalde diensten opleggen. Een subsidieverleningsbesluit kan namelijk voldoen aan het vereiste voor vestiging van een alleenrecht dat er een besluit via bestuursrechtelijke bepalingen moet zijn waarin de uitvoering van het alleenrecht wordt opgedragen. Deze subsidieverstrekking of het besluit waarin de bestuursrechtelijke bepaling is vervat voor verlening van het alleenrecht moet dan wel in overeenstemming zijn met de EU-Verdragsbeginselen.

Subsidie of opdracht

Decentrale overheden hebben vaak te maken met de vraag waar de grens ligt tussen een subsidieverstrekking en een opdrachtverlening. Het is aan de geldverlenende instantie zelf om te kiezen welke constructie deze wil gebruiken en om te beoordelen of er sprake is van een [subsidie of opdracht](#).

Aanbestedingsplichtige opdracht

Als een subsidie zo is ingekaderd door de subsidieverlener, dat er ook sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel voor de uitvoering van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten, kan er sprake zijn van het voldoen aan de kenmerken van een aanbestedingsplichtige opdracht. Dat kan betekenen dat deze opdracht niet via een directe subsidierelatie had kunnen worden vergeven, maar via een aanbestedingsprocedure als opdracht gegund had moeten worden.

Richtlijnvoorstellen

De nieuwe richtlijnvoorstellen van eind 2011 geven een indicatie over hoe subsidierelaties in de aanbestedingsrichtlijn gezien kunnen worden. Art. 8 van de huidige richtlijn wordt in het voorstel licht gewijzigd. Het voorstel bepaalt in de paragraaf over de definitie van aanbesteden dat de aanbestedingsrichtlijnen niet zijn bedoeld om voor alle vormen van publieke uitgaven een regeling te treffen, maar slechts voor die uitgaven die betrekking hebben op overheidsopdrachten voor goederen, leveringen en diensten. Het slechts financieren van een activiteit (subsiëren) valt niet onder de reikwijdte van het richtlijnvoorstel. Zie voor meer informatie ook pag. 7 van het [Feuilleton Voorstellen nieuwe aanbestedingsrichtlijnen](#).

Bezwarende titel

Één van de criteria die vaak wordt genoemd als element waardoor een opdracht zich onderscheidt van een subsidie betreft de bezwarende titel. Hieronder wordt verstaan dat er een op geld waardeerbare tegenprestatie wordt geleverd door de aanbestedende dienst aan de opdrachtnemer, voor de vervulling van de opdracht.

Daarbij kan worden gedacht aan de geldelijke betaling voor de opdrachtvervulling (de prijs), maar bijvoorbeeld ook aan:

- Het kwijtschelden van belastinggelden;
- De vrijstelling van legesbetaling;
- Het ter beschikking stellen van producten in natura die in de uitvoering van de opdracht gebruikt worden;
- Een beloning van de opdrachtnemer in de vorm van overdracht van grond of gebouwen door de aanbestedende dienst.

Uit jurisprudentie wordt duidelijk dat het begrip 'bezwarende titel' ruim wordt uitgelegd. Ook het toezeggen van betaling door een derde kan worden gezien als [bezwarende titel](#).

Rechtstreeks economisch belang

In het arrest Muller ([zaak C-451/08](#)) werd de invulling van het begrip geconcretiseerd. In dit arrest kwam aan de orde dat voor het aannemen van een bezwarende titel vereist is dat de aanbestedende dienst een 'rechtstreeks economisch belang' heeft bij de uitvoering van de opdracht.

Van een rechtstreeks economisch belang is volgens het Hof sprake in een aantal situaties (in het geval van Muller bij werken), namelijk:

- Als de overheid eigenaar wordt van het werk;
- Als sprake is van een werk met een openbaar karakter;
- Als het werk gedeeltelijk voor rekening en/of risico van de overheid plaatsvindt of de overheid financieel voordeel uit het werk haalt, nu of in de toekomst.

Verder veronderstelt de aanwezigheid van een bezwarende titel volgens het Hof in deze uitspraak dat de realisatie van het werk door de overheid afdwingbaar is.

Geen rechtstreeks economisch belang

Van een rechtstreeks economisch belang voor de overheid is geen sprake als de betrokkenheid van de overheid uitsluitend bestaat in de uitoefening van regulerende publiekrechtelijke bevoegdheden. Ook voor het vervullen van de tweede voorwaarde voor het ontstaan van een overheidsopdracht (de aanwezigheid van door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen) is het volgens het Hof niet voldoende dat een overheidsdienst een aantal voorgelegde plannen onderzoekt of een besluit neemt in de 'uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden'.

Overheidsopdrachten voor diensten of leveringen

Het arrest Muller ziet op werken. Toch kan de redenering van het Hof ook gebruikt worden bij overheidsopdrachten voor diensten of leveringen. Bij dit soort opdrachten gaat het namelijk ook om schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel.

In navolging van wat hiervoor is opgemerkt over het rechtstreeks economisch belang, lijkt in situaties waarin dit rechtstreeks belang ontbreekt op een aantal toetsonderdelen van dit belang analogie op te treden met kenmerken die volgens het hierboven genoemde overzicht van verschillen tussen opdracht en subsidie meer gaan richting de kenmerken van een subsidierelatie of typische overheidsrelatie. Immers, wanneer de overheid geen eigenaar wordt, de uitvoering van de opdracht niet voor rekening, risico of in het voordeel van de overheid plaatsvindt en de realisatie van de opdracht niet afdwingbaar is, is volgens het genoemde overzicht eerder sprake van subsidie dan van opdracht.

Staatssteun

Wanneer een overheidsinstantie/aanbestedende dienst louter een subsidie geeft aan een onderneming en geen sprake is van een overheidsopdracht (bijvoorbeeld omdat er geen sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel) is het wel noodzakelijk de regels van [staatssteun](#) in acht te nemen.

9.2 Art. 8 richtlijn 2004/18 en art. 2.8 Aanbestedingswet spreekt alleen over 'werken' of 'diensten gerelateerd aan een opdracht tot werken'. Hoe zit het dan met opdrachten die niet gerelateerd zijn aan werken? Dus bijvoorbeeld losse leveringen en dienstenopdrachten die voor meer dan 50% worden gesubsidieerd door de overheid?

Voor separate opdrachten voor leveringen en diensten die voor meer dan 50% worden gesubsidieerd door een overheid, geldt geen separaat regime zoals voor werken (en daaraan gerelateerde diensten) is aangegeven in art. 8 van de richtlijn (art. 2.8 Aanbestedingswet).

Vormgeving subsidiering

Het is in dergelijke situaties met name de vraag hoe de meer dan 50% subsidiering is vormgegeven. Als de subsidiebijdrage zo is ingericht dat er toch sprake kan zijn van een schriftelijke overeenkomst tussen de subsidiërende overheid en de dienstverlener/leverancier, waarbij een bezwarende titel voor dienstverlening/levering aanwijsbaar is, kan er toch sprake zijn van een overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn of de Aanbestedingswet.

Hoewel een subsidie dan wel een subsidie wordt genoemd, is die feitelijk zo vormgegeven dat deze ook voldoet aan de (ruime interpretatie van de Europese Commissie van de) definitie van overheidsopdracht. Zie hierover ook de informatie onder vraag 9.1 aangaande het nieuwe richtlijnvoorstel, dat een onderscheid maakt tussen het louter financieren van een activiteit (subsidie) of het doen van een overheidsaanschaffing (opdracht).

Daarnaast is het ook zo dat wanneer een overheid een organisatie structureel voor meer dan 50% financiert/subsidieert, een dergelijke organisatie zelf een publiekrechtelijke instelling (dat wil zeggen aanbestedende dienst) in de zin van de richtlijn kan zijn. Daarom kan deze organisatie zelf een Europese aanbestedingsplicht hebben.

Voorbeelden:

Vraag: Een lokale sportvereniging is opdrachtgever voor de bouw van een sporthal waarbij meer dan 50% van de bouwsom wordt gesubsidieerd door de gemeente. Een groot aantal lokale ondernemers is bereid aanzienlijke bedragen te sponsoren, mits zij onderdelen van het werk mogen uitvoeren. De bouwkosten kunnen daardoor ook lager uitvallen. Mag deze opdracht door louter lokale ondernemers worden uitgevoerd, omdat het hier voor wat betreft de betrokkenheid van de gemeente louter een subsidie en geen opdracht betreft?

Antwoord: Nee. Wanneer deze opdracht boven de Europese drempel uitkomt geldt dat op basis van art. 8 van de richtlijn dat deze opdracht onder de Europese richtlijnen valt. De opdracht wordt voor meer dan 50% gesubsidieerd door de gemeente en betreft een bouwwerk in de zin van art. 8 van de richtlijn, waardoor de opdrachtverlenende sportvereniging verplicht is de opdracht met inachtnaam van de Europese aanbestedingsrichtlijnen aan te besteden. Daarbij zal het volgen van een aanbestedingsprocedure waarbij concurrentiestelling wordt beperkt tot alleen de lokale ondernemers moeilijk haalbaar zijn.

Vraag: In ons geval wordt een particuliere opdrachtgever voor minder dan 50% gesubsidieerd door de gemeente voor de bouw van een ziekenhuis. De opdracht zelf komt boven de drempel voor werken uit. Echter, de particuliere opdrachtgever gaat waarschijnlijk van andere overheden (provincie, Rijk) ook subsidie ontvangen. Het totaal aan overheidssubsidie voor de bouw van het ziekenhuis komt dan wel boven de 50% uit. Moet deze particuliere opdrachtgever zich nu wel aan de Europese aanbestedingsregels houden?

Antwoord: Ja. Om te bepalen of een onderneming voor meer dan 50% wordt gesubsidieerd moeten alle overheidssubsidies bij elkaar worden opgeteld. Art. 8 van de richtlijn en artikel 2.8 van de Aanbestedingswet hebben het over de gunning van overheidsopdrachten voor werken en diensten die voor meer dan 50% worden gesubsidieerd door aanbestedende diensten. Als de gezamenlijke subsidies meer dan 50% bedragen en de opdracht de relevante drempelwaarde overstijgt moet er dus met inachtnaam van de Europese aanbestedingsrichtlijn worden aanbesteed.

Meer informatie:

[Visiedocument 8](#), Subsidie of opdracht

[Subsidies](#), Aanbesteden

[Aanbesteden en subsidieontvangers?](#) Praktijkvraag

[Gesubsidieerde instellingen en Europees aanbesteden?](#) Praktijkvraag

[Handreiking overheidsopdracht en subsidie](#), VNG