

Advies - Legal Privilege - vertrouwelijke advocaat-cliënt correspondentie

Van : Nysingh, Marktgroep Overheid, mrs. P.L.G. Haccou, M.J. Mutsaers en V.A. Textor
Aan : Gemeente Overbetuwe, t.a.v. mw. mr. S. van Oeveren en dhr. P.P. Doodkorte
Datum : 28 januari 2019
Betreft : Gemeente Overbetuwe / Sociaal Domein; **advies**
Referentie : 232011/MM

MANAGEMENTSAMENVATTING

1. Dit advies ziet op de volgende, kort samengevatte casus.
2. De Gemeente is voornemens om een coöperatie op te (laten) richten, waaraan een subsidie (lumpsum) zal worden verleend, waarmee deze coöperatie taken in het sociaal domein gaat (laten) uitvoeren. Deze activiteiten bestaan onder andere uit advisering aan de Gemeente, het indiceren van inwoners van Overbetuwe die aanspraak maken op een maatwerkvoorziening, en het contracteren van zorgaanbieders die de daadwerkelijke zorg en hulp gaan verlenen in het kader van de Wmo 2015 en de Jeugdwet aan inwoners van Overbetuwe. Deze zorgaanbieders kunnen lid worden van de coöperatie, die hierna zal worden aangeduid als SAMEN.
3. Op dit moment wenst de Gemeente een antwoord op de volgende twee vragen:
 - A. *Kan Nysingh gelet op de ontwikkelingen in wetgeving of jurisprudentie een update geven van de inhoud van de presentatie van Dirkzwager van 24 april 2017. Het is niet de bedoeling dat er een geheel nieuw adviesdocument wordt opgesteld. De centrale vraag is op welke wijze subsidieverlening aan de coöperatie mogelijk is of mogelijk te maken gelet op de geldende wet- en regelgeving. Daarbij vragen wij aandacht voor de beoogde bekostigingssystematiek (lumpsum), de schaarse vergunningenproblematiek die parallel geldt voor schaarse subsidies en of de coöperatie de inkoop van de zorgcontracten mag doen? Als zij dit namens het college gaat doen, in hoeverre is mandatering in strijd met de aard van de bevoegdheid?*
 - B. *Er zijn door de raadsfractie Groenlinks vragen gesteld die hiermee verband houden (bijgevoegd). Graag een advies ten aanzien van de beantwoording van deze vragen.*
4. Deze vragen worden in onderstaand advies, gelet op uw vraagstelling en de beschikbare tijd, enkel vanuit aanbestedingsrechtelijk en bestuursrechtelijk perspectief beantwoord. Hieronder volgt een korte samenvatting. Voor een goed begrip is het van belang om integraal kennis te nemen van ons advies.

Ad vraag B:

5. In par. 2.2 van ons advies treft u, met inachtneming van hetgeen wij daarvóór hebben opgemerkt en ervan uitgaande dat de Gemeente wenst vast te houden aan de nu voorliggende constructie, daar waar mogelijk in geel een suggestie aan voor de beantwoording van de vragen van GroenLinks.

Ad vraag A:

6. In par. 2.1.2 van ons advies treft u de gevraagde update aan van de presentatie die Dirkzwager op 24 april 2017 heeft gegeven over de Uitvoering Sociaal Domein Wijchen. Sindsdien hebben zich de nodige ontwikkelingen voorgedaan in de wet- en regelgeving (denk aan de AMvB Reële prijs) en de jurisprudentie (o.a. over het open house model en schaarse rechten), die voor deze casus van belang zijn. Deze ontwikkelingen zijn ook van invloed op onze beoordeling van uw centrale vraag: op welke wijze is subsidieverlening aan de coöperatie mogelijk of mogelijk te maken gelet op de geldende wet- en regelgeving? Ter beantwoording van uw centrale vraag komen wij in ons advies tot de volgende, kort samengevatte bevindingen.

Centrale vraag:

7. Wij benadrukken dat de vraag of de financiële verstrekking door de overheid valt aan te merken als een subsidie of een opdracht in de zin van art. 7:400 BW niet zozeer een keuze is, maar moet worden bepaald aan de hand van de vraag of de financiële verstrekking kwalificeert als een subsidie in de zin van art. 4:21 Awb. Het subsidiebegrip is een materieel begrip. Zodra aan de materiële vereisten van het subsidiebegrip is voldaan, is sprake van een subsidie. Daarnaast merken wij op dat een subsidie ook kan kwalificeren als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.
8. De materiële vereisten ex art. 4:21 Awb zijn de volgende: **a)** aanspraak op financiële middelen, **b)** door een bestuursorgaan verstrekt, **c)** met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, **d)** anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten. In de voorgestane constructie zal vooral de vraag zijn of aan vereiste **d** 'anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten' wordt voldaan.
9. Wij constateren dat de voorliggende concept-subsidiebeschikking (hierna: de Subsidiebeschikking) thans niet als afdwingbare prestatie is vormgegeven. Dit is een indicatie dat sprake is van een subsidie. Daarbij vragen wij ons wel af, of het ontbreken van een afdwingbare prestatie wenselijk en realistisch is. Immers, de op de Gemeente rustende wettelijke taken moeten goed worden uitgevoerd en dus heeft de Gemeente er belang bij om de door SAMEN te (laten) leveren prestaties afdwingbaar te maken.
10. Verder constateren wij dat genoemde AMvB de Gemeente verplicht om (via SAMEN) een reële prijs (aan de te contracteren zorgaanbieders) te betalen. Deze verplichting is van invloed op de hoogte van de door de Gemeente aan SAMEN beschikbaar te stellen lumpsum en beschouwen wij als contra-indicatie. Immers, op het moment dat een "commerciële vergoeding" wordt betaald, is dat een belangrijke aanwijzing dat sprake is van een opdracht. Alleen indien en voor zover sprake zou zijn van de betaling van de kostprijs of een tegemoetkoming in de kosten voor de dienstverlening die SAMEN gaat (laten) uitvoeren – uw e-mail van 27 januari jl. lijkt te suggereren dat daarvan inderdaad sprake is – zou dit erop duiden dat sprake is van een subsidie. Dat lijkt ons echter géén realistisch scenario, nu de

AMvB verplicht om een reële prijs te (laten) betalen aan de door SAMEN (te contracteren zorgaanbieders, welke prijs zal moeten worden voldaan uit de eerder genoemde lumpsum.

11. De afdwingbaarheid van de door SAMEN te leveren prestaties is tevens één van de vereisten voor het bestaan van een aanbestedingsplicht. Aanbestedingsplichtig zijn namelijk schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en een dienstverlener, gericht op de uitvoering van diensten.
12. Ervan uitgaande dat er géén uitvoeringsovereenkomst aan de Subsidiebeschikking wordt gekoppeld, kan worden betoogd dat een aanbestedingsplicht niet aan de orde is. Immers, een schriftelijke overeenkomst ontbreekt alsdan, evenals een directe leverings-/uitvoeringsplicht (bezwarende titel). Desondanks kunnen wij niet uitsluiten dat een rechter in voorkomend geval tot een ander oordeel komt. Immers, de in de Subsidiebeschikking opgenomen wijzigings- en intrekingsbevoegdheid zou kunnen worden beschouwd als indirecte verbintenis tot het verrichten van overeengekomen prestaties. Bovendien gaat de relatie tussen de Gemeente en SAMEN verder dan het uitsluitend (eenzijdig) financieren van activiteiten van SAMEN.
13. Kortom, als de Subsidiebeschikking c.q. de te subsidiëren activiteiten niet als afdwingbare prestaties worden vormgegeven, en er ook géén uitvoeringsovereenkomst aan de Subsidiebeschikking wordt gekoppeld, dan kan worden betoogd dat sprake is van een subsidie en niet van een aanbestedingsplichtige (overheids)opdracht aan SAMEN. Erg overtuigend vinden wij dat betoog echter niet, omdat er belangrijke contra-indicaties zijn. Bovendien kunnen wij niet uitsluiten dat sprake is van een schaars recht, ter zake waarvan mededingingsruimte moet worden geboden.
14. Daar komt bij dat wij ons afvragen of de voorgestane constructie werkelijk realistisch en wenselijk is. Immers, de Gemeente is en blijft verantwoordelijk voor de uitvoering van de Wmo 2015 en de Jeugdwet, hetgeen met zich kan brengen dat de Gemeente de levering en kwaliteit van de dienstverlening en ook de uiteindelijke hulp en zorg daadwerkelijk wil/moet kunnen afdwingen via de rechter. Die mogelijkheid heeft de Gemeente op basis van het voorgelegde concept uitgesloten.
15. Mocht de Gemeente zekerheidshalve, of vanuit de Wmo 2015 en de Jeugdwet, noodzakelijkerwijs wél een leveringsplicht willen/moeten opnemen (dit laatste hebben wij niet beoordeeld), dan zal sprake zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht, tenzij een beroep kan worden gedaan op één of meer wettelijke uitzonderingen. In dat geval zou nader kunnen/moeten worden onderzocht in hoeverre het mogelijk is om de relatie Gemeente – SAMEN vorm te geven als quasi-inhouse. Zie art. 2.24a e.v. Aanbestedingswet 2012. Daarvoor is echter onder meer vereist dat géén sprake is van participatie van privékapitaal in SAMEN. Dat vereiste lijkt in de weg te staan aan de oprichting van een coöperatie, waarvan particuliere partijen (zorgaanbieders) lid (kunnen) worden. Met andere woorden: in voorkomend geval lijkt een ingrijpende wijziging van het nu voorliggende constructie onontkoombaar.
16. Verder adviseren wij u te onderzoeken hoe de structuur van de coöperatie zo kan worden vormgegeven dat de gemandateerde géén eigen belang heeft bij de mandaatuitoefening. Ook adviseren wij u om - indien nodig - nader te laten onderzoeken in hoeverre het is toegestaan dat leden en leveranciers van de coöperatie de rechten en verplichtingen van diegene die een

aanspraak maken op een maatwerkvoorziening krachtens de Wmo 2015 en de Jeugdwet vaststellen.

ADVIES

1. AANLEIDING

- 1.1. Aanleiding voor dit advies vormt uw e-mail van 16 januari jl. Daarin schetst u de volgende casus:

“De gemeente beoogt een transformatie in het Sociaal Domein. Daartoe wil het werkzaamheden ten aanzien van Jeugd en WMO buiten de gemeente onderbrengen in een samenwerkingsconstruct. In dit construct participeren ook zorgaanbieders. De voorkeur gaat uit naar een coöperatie naar het Wijchens model. Het accentverschil met Wijchen is dat we in Overbetuwe ook de toegang (indicatie) in dit samenwerkingsconstruct willen onderbrengen.

In tegenstelling tot onderstaande mail heeft Dirkzwager de gemeente Wijchen niet geadviseerd over de vorm van het construct (coöperatie). Dirkzwager is gevraagd of regelgeving in de weg staat aan subsidieverlening aan een coöperatie. Het antwoord is in bijgevoegde presentatie weergegeven (er is geen onderliggend adviesdocument).

Kernpunt is met name om financiële relaties met partijen in de samenleving correct juridisch te duiden en geldstromen te herkennen die zowel door het subsidierecht als het aanbestedingsrecht worden gereguleerd omdat (tevens) sprake is van een “overheidsopdracht”. Het advies dateert van 24 april 2017.”

- 1.2. Als achtergrondinformatie ontvingen wij de volgende stukken van u:

- Powerpointpresentatie Uitvoering Sociaal Domein Wijchen van Dirkzwager d.d. 24 april 2017 (hierna: **de PPT**);
- Schriftelijke vragen van GroenLinks d.d. 15 januari 2019;
- Visie op de organisatie van het Sociaal Domein Gemeente Overbetuwe d.d. juli 2018 (hierna: **de Visie**);
- Gespreksverslag d.d. 11 januari 2019 (hierna: **het Gespreksverslag**);
- Plan van Aanpak Samen Overbetuwe (ongedateerd) (hierna: **het PvA**);
- Juridische vormgeving Construct Overbetuwe Samen (ongedateerd) (hierna: **de Juridische Vormgeving**);
- Het gewone leven als basis Overbetuwe Samen (ongedateerd);

- 1.3. Naar aanleiding hiervan hebben wij u bij e-mail van 21 januari jl. enkele verduidelijkingsvragen gesteld, welke u bij e-mail van 23 januari jl. heeft beantwoord. Daarbij was ook de volgende aanvullende achtergrondinformatie gevoegd:
- Concept-subsidiebeschikking Overbetuwe Samen d.d. 21 januari jl. (hierna: **de Subsidiebeschikking**);
 - Leveranciersovereenkomst Rondon Wijken d.d. 29 augustus 2017 (hierna: **de Leveranciersovereenkomst**);
- 1.4. In het kader van de hiervóór geschetste casus/constructie legt u ons voor nu de volgende vragen ter beantwoording voor:
- A. *Kan Nysingh gelet op de ontwikkelingen in wetgeving of jurisprudentie een update geven van de inhoud van de presentatie van Dirkzwager van 24 april 2017. Het is niet de bedoeling dat er een geheel nieuw adviesdocument wordt opgesteld. De centrale vraag is op welke wijze subsidieverlening aan de coöperatie mogelijk is of mogelijk te maken gelet op de geldende wet- en regelgeving. Daarbij vragen wij aandacht voor de beoogde bekostigingssystematiek (lumpsum), de schaarse vergunningenproblematiek die parallel geldt voor schaarse subsidies en of de coöperatie de inkoop van de zorgcontracten mag doen? Als zij dit namens het college gaat doen, in hoeverre is mandatering in strijd met de aard van de bevoegdheid?*
- B. *Er zijn door de raadsfractie Groenlinks vragen gesteld die hiermee verband houden (bijgevoegd). Graag een advies ten aanzien van de beantwoording van deze vragen.*
- 1.5. Zoals afgesproken kunnen wij in een later stadium desgewenst ingaan op de twee volgende, nadere vragen:
- C. *Is de keuze voor een coöperatie de meest logische of is er een betere optie, mede gelet op de opties die de werkgroep Construct heeft onderzocht. Zijn daarbij nog andere aspecten van belang, bijv. evt. fiscale gevolgen?*
- D. *Past de uitwerking (de wijze waarop wij de coöperatie gaan/willen vormgeven) binnen de geldende regels.*
- 1.6. Hieronder treft u onze beoordeling en beantwoording van uw vragen A en B aan, waarbij wij ons, gelet op uw vraagstelling en de beschikbare tijd, concentreren op het aanbestedings- en bestuursrecht. Op andere relevante juridische aspecten, zoals het mededingingsrecht, staatssteun en Wet Markt en Overheid, kunnen wij desgewenst ingaan in het kader van uw vragen C en D.

2. BEOORDELING EN BEANTWOORDING

2.1. Vraag A

- 2.1.1. Uw eerste vraag beoordelen en beantwoorden wij vanuit aanbestedingsrechtelijk en bestuursrechtelijk perspectief.

2.1.2. Update PPT

- 2.1.2.1. De PPT van Dirkzwager ten behoeve van de Gemeente Wijchen dateert van 24 april 2017. Sindsdien hebben zich op het gebied van wet- en regelgeving en jurisprudentie de nodige ontwikkelingen voorgedaan. Wij beperken ons tot de volgende, voor dit advies belangrijkste ontwikkelingen en opmerkingen.

AMvB Reële prijs:

- 2.1.2.2. Art. 2.6.6 leden 1 en 2 Wmo 2015 luiden als volgt:

“1. Met het oog op gevallen waarin ten aanzien van een voorziening artikel 2.6.4 wordt toegepast, worden bij verordening regels gesteld ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van een voorziening en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van de voorziening. Daarbij wordt rekening gehouden met de deskundigheid van de beroepskrachten en de arbeidsvoorwaarden.

2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent het in het eerste lid bepaalde.”

- 2.1.2.3. Op 1 juni 2017 (Stb. 2017, 158) is de AMvB Reële prijs Wmo 2015 in werking getreden (Stb. 2017,55). Dit is de AMvB zoals bedoeld in art. 2.6.6 Wmo 2015. Doel van de AMvB is dat het College (na voorafgaande zorgvuldig (markt)onderzoek) een reële prijs vaststelt voor diensten die in opdracht van het College door derden worden verleend, zodat de kwaliteit en continuïteit van deze diensten kunnen worden gewaarborgd door het gemeentebestuur en de gecontracteerde aanbieders. De AMvB stelt hiertoe nadere regels aan de al in de Wmo 2015 opgenomen verplichting om een reële prijs te hanteren. De bepaling van een reële prijs voor een voorziening wordt met dit besluit geregeld door de kostprijscomponenten waar het College een reële prijs op moet baseren, vast te leggen. Daarnaast wordt met deze AMvB het moment in de aanbestedingsprocedure geregeld van een door het College vastgestelde reële prijs.

- 2.1.2.4. Hoewel de AMvB niet (ook) voor jeugdhulp op grond van de Jeugdwet geldt, bevat de Jeugdwet een met art. 2.6.6 Wmo 2015 overeenkomende bepaling in art. 2.12:

“Met het oog op gevallen waarin ten aanzien van jeugdhulp, kinderbeschermingsmaatregelen of jeugdreclassering artikel 2.11, eerste lid, wordt toegepast, worden bij verordening regels gesteld ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van jeugdhulp of de uitvoering van een kinderbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit daarvan. Daarbij wordt rekening gehouden met de deskundigheid van de beroepskrachten en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden.”

- 2.1.2.5. Het ligt dan ook voor de hand om ervan uit te gaan dat de AMvB analoog kan/moet worden toegepast op jeugdhulp.
- 2.1.2.6. Concreet betekent dit, dat de Gemeente via de Coöperatie Overbetuwe SAMEN (hierna: SAMEN) een reële prijs moet betalen voor de hulp en zorg die door haar leden (zorgaanbieders) aan inwoners van Overbetuwe worden verleend. Dit heeft mogelijk gevolgen voor de hoogte van de lumpsum die de Gemeente mede ten behoeve van

genoemde activiteiten aan SAMEN wil gaan verstrekken en voor het antwoord op de vraag of deze lumpsum kan kwalificeren als subsidie in de zin van de Awb.

- 2.1.2.7. In dit verband benadrukken wij dat de vraag of de financiële verstrekking door de overheid valt aan te merken als een subsidie of een opdracht in de zin van art. 7:400 BW niet zozeer een keuze is, maar moet worden bepaald aan de hand van de vraag of de financiële verstrekking kwalificeert als een subsidie in de zin van art. 4:21 Awb. Het subsidiebegrip is een materieel begrip. Zodra aan de materiële vereisten van het subsidiebegrip is voldaan, is sprake van een subsidie. Daarnaast merken wij op dat een subsidie ook kan kwalificeren als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.
- 2.1.2.8. De materiële vereisten zijn:
- a. Aanspraak op financiële middelen
 - b. Door een bestuursorgaan verstrekt
 - c. Met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager
 - d. Anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten
- 2.1.2.9. In de voorgestane constructie zal vooral de vraag zijn of aan vereiste d 'anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten' wordt voldaan.
- 2.1.2.10. Uit rechtspraak volgt namelijk dat de vraag 'welk belang wordt gediend' (het doel van de vergoeding) één van de indicaties is om te bepalen of sprake is van een opdracht in de zin van art. 7:400 van het BW of van een subsidie. Daarbij merken wij op dat de Gemeente in de voorgestane constructie financiële verstrekkingen doet, omdat zij haar wettelijke taken op grond van de Wmo 2015 en de Jeugdwet moet uitvoeren. In dit geval kiest de Gemeente ervoor om een en ander door SAMEN te laten doen. In zoverre gaat SAMEN in feite als verlengstuk van de Gemeente fungeren. De Gemeente heeft er dan ook belang bij dat de ontvangers van de financiële middelen presteren en dat die prestatie rechtens afdwingbaar is. Dat is in de rechtspraak aangemerkt als een indicatie dat géén sprake is van een subsidie. Aan de andere kant geldt dat niet voor alle verplichtingen die de zorgaanbieders op zich zullen nemen. Voor zover de financiering ziet op de zorgactiviteiten van de zorgaanbieders komen deze niet *rechtstreeks* ten goede aan de Gemeente. Het zijn uiteindelijk de ontvangers van de zorg die profijt hebben van de door de gemeente gefinancierde zorg.
- 2.1.2.11. De vraag of sprake is van een commerciële activiteit (de hoogte van de vergoeding), is een andere indicator om vast te stellen of aan vereiste d is voldaan en of dus sprake is van een subsidie of een opdracht in de zin van art. 7:400 BW.¹ Op het moment dat een "commerciële vergoeding" wordt betaald, is dat ons inziens een belangrijke aanwijzing dat sprake is van een opdracht. Gelet op de AMvB kan er niet aan worden ontkomen om een reële prijs en in zoverre een commerciële vergoeding te (laten) betalen (door/via SAMEN)

¹ Zie bijv. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812 en CBB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180.

aan de zorgaanbieders, hetgeen van invloed is op de hoogte van de lumpsum die de Gemeente aan SAMEN gaat voldoen. Alleen indien en voor zover sprake zou zijn van de betaling van de kostprijs of een tegemoetkoming in de kosten voor de dienstverlening die SAMEN gaat (laten) uitvoeren, zou dit erop duiden dat sprake is van een subsidie. Die onderdelen van de financiële verstrekking zouden wellicht in de vorm van een subsidie kunnen worden verstrekt.

Tirkkonen-arrest:

- 2.1.2.12. Het voorgaande zag met name op de juridische kwalificatie van de relatie tussen de Gemeente en SAMEN. De relatie tussen SAMEN en de te contracteren zorgaanbieders is juridisch echter eveneens van belang. SAMEN gaat met behulp van de lumpsum die zij van de Gemeente ontvangt diensten van zorgaanbieders inkopen. Daarbij zal een aanbestedingsplicht in beeld komen, ervan uitgaande dat SAMEN als aanbestedende dienst kwalificeert.² Een aanbestedingsplicht ontbreekt echter, als en succesvol beroep kan worden gedaan op één of meer uitzonderingen. Eén van die uitzonderingen is de keuze voor een niet aanbestedingsplichtig open house-inkoopmodel. Strikt genomen gaat het daarbij overigens niet om een wettelijke uitzondering op de aanbestedingsplicht, maar om een inkoopvorm die niet kwalificeert als aanbesteding c.q. overheidsopdracht.
- 2.1.2.13. Op 1 maart 2018 heeft het HvJ EU het Tirkkonen-arrest gewezen.³ In dit arrest wordt de reikwijdte van het open house-model verruimd. Waar het in het Falk Pharma-arrest⁴ ging om een situatie waarbij de overeenkomst gedurende de gehele looptijd ervan openstond voor nieuwe inschrijvers, betreft Tirkkonen een overeenkomst waarbij toetreding van nieuwe inschrijvers niet mogelijk was. Desondanks oordeelt het HvJ EU dat ook in dit geval géén sprake is van een overheidsopdracht (zodat een aanbestedingsplicht ontbreekt).
- 2.1.2.14. Het arrest betreft een Finse zaak over een raamovereenkomst inzake advisering op landbouwgebied, waarbij alle inschrijvers die aan de geschiktheidseisen voldoen en een examen met goed gevolg hebben afgelegd, worden toegelaten tot de raamovereenkomst. De landbouwers die een advies willen aanvragen, kunnen vervolgens contact opnemen met een adviseur naar eigen keuze. Gedurende de looptijd van de raamovereenkomst worden er geen nieuwe inschrijvers tot de overeenkomst meer toegelaten. De behandelende rechter vraagt zich af of een dergelijke overeenkomst moet worden gekwalificeerd als een 'overheidsopdracht' en legt deze vraag via een prejudiciële procedure voor aan het Hof van Justitie.
- 2.1.2.15. Het HvJ EU herhaalt allereerst de regel van de open house-uitzondering uit het Falk Pharma-arrest: de keuze van een bepaalde inschrijving is een element dat intrinsiek verbonden is met de ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten. In het geval dat deze keuze wordt overgelaten aan een derde partij en de aanbestedende dienst zelf geen inschrijver aanwijst aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, bestaat er geen noodzaak om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels

² Wij hebben dit gelet op uw adviesvraag niet getoetst en gaan ervan uit dat de Gemeente dit zelf eerder al heeft beoordeeld c.q. laten beoordelen.

³ HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142.

⁴ HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399.

van de aanbestedingsrichtlijnen te onderwerpen. In dat geval is er dus geen sprake van een overheidsopdracht.

- 2.1.2.16. In Tirkkonen breidt het HvJ EU deze maatstaf verder uit. Ook in het geval dat de toegang tot de raamovereenkomst wordt beperkt tot ondernemers die uiterlijk op het moment van publicatie van het definitieve besluit een inschrijving hebben gedaan, en waarbij gedurende de looptijd van de raamovereenkomst géén nieuwe inschrijvers worden toegelaten, kan géén sprake zijn van een overheidsopdracht (in welke situatie géén sprake is van een aanbestedingsplicht/toepasselijkheid van de aanbestedingsregels). Beslissend blijft of de aanbestedende dienst een criterium noemt voor het vergelijken en rangschikken van de ontvankelijke inschrijvingen.
- 2.1.2.17. Dit arrest is met name in het sociaal domein van belang, omdat daarin ook regelmatig een open house-aanbesteding wordt uitgezet. Dit arrest bevestigt dat er dan géén aanbestedingsplicht geldt. Het blijft in een dergelijk model mogelijk – maar is dus niet verplicht - om periodiek nieuwe zorgpartijen/ inschrijvers toe te laten.
- 2.1.2.18. **NB!** Uit Falk Pharma en Tirkkonen volgt wél, dat als de overeenkomst die het voorwerp is van de open house procedure, een zeker grensoverschrijdend belang heeft, de fundamentele regels van het VWEU van toepassing zijn, hetgeen o.a. tot een transparantieverplichting (o.a. passende mate van openbaarheid betrachten), non-discriminatie en gelijke behandeling verplicht.
- 2.1.2.19. Ten overvloede: de Gemeente is bij haar privaatrechtelijk handelen hoe dan ook gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dus ook als de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn.

Duidelijk grensoverschrijdend belang:

- 2.1.2.20. De HR heeft recent twee belangrijke arresten gewezen in het kader van de vraag of een concessie een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.⁵ Kort samengevat wordt als volgt geoordeeld.
- 2.1.2.21. Bij de uitleg van het begrip duidelijk grensoverschrijdend belang moet aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak van het HvJ EU. Een duidelijk grensoverschrijdend belang kan met name blijken uit de economische waarde van de overeenkomst, gezien in samenhang met de plaats van uitvoering en de specifieke kenmerken ervan, naast eventuele andere relevante omstandigheden. Er moet sprake zijn van een weging van de relevante factoren in onderlinge samenhang. Tot deze factoren behoort onder meer het reële en niet fictieve belang van in andere lidstaten gevestigde ondernemers. Niet vereist is dat die marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling hebben geuit. Evenmin hoeft de klager te stellen of aannemelijk te maken dat ondernemingen uit andere lidstaten daadwerkelijk geïnteresseerd zullen of kunnen zijn in de opdracht. Concrete belangstelling van een buitenlandse partij die de opdracht wenst te verwerven via een lokale dochtervennootschap is een relevante en mee te wegen omstandigheid. Belangstelling van de dochter brengt echter nog niet mee dat deze moet worden aangemerkt als belangstelling van de buitenlandse moeder. Onder omstandigheden kan

⁵ HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720 en ECLI:NL:HR:2018:722.

een substantieel economisch belang een zwaarwegende indicatie opleveren voor het aannemen van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

- 2.1.2.22. Wij gaan ervan uit dat de waarde van de onderhavige lumpsum althans van de met de zorgaanbieders te sluiten contracten zeer substantieel is en meer bedraagt dan de drempels voor overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten ad € 750.000,-- ex BTW en voor concessieopdrachten voor diensten € 5.548.000,-- ex BTW. Mede gelet op de plaats van uitvoering van de diensten (Overbetuwe) kunnen wij - met inachtneming van voormelde rechtspraak - daarom niet uitsluiten dat de onderhavige lumpsum/subsidie en overeenkomsten een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben.

Overige aanbestedingsrechtelijke ontwikkelingen/rechtspraak:

- 2.1.2.23. Sinds 24 april 2017 is natuurlijk ook nog andere rechtspraak verschenen die voor deze zaak van belang kan zijn. Wij noemen hier bij wijze van voorbeeld Hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534. Deze zaak betreft een aanbesteding van de Gemeente Tilburg in het sociaal domein (Jeugdwet), waarin een Zeeuws model werd gehanteerd. Het Hof oordeelt dat géén sprake is van reële tarieven als bedoeld in art. 2.12 Jeugdwet en dat dit strijd oplevert met art. 1.10 Aanbestedingswet 2012 (proportionaliteit).

Schaarse publieke/private rechten:

- 2.1.2.24. Een subsidie kan een schaars recht zijn, namelijk in het geval een subsidieplafond is ingesteld of in het geval er meer gegadigden zijn dan er subsidies te vergeven zijn. Op 18 juli 2018 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State⁶ hierover het volgende overwogen:

‘Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86) geldt in het Nederlandse recht een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat deze rechtsnorm ook in de hier aan de orde zijnde situatie van toepassing is, omdat sprake is van verdeling van schaarse subsidiemiddelen.’

Staatssteun/Wet Markt en Overheid/mededingingsrecht:

- 2.1.2.25. In de PPT worden deze juridische aandachtspunten terecht ook aangestipt. Desgewenst zijn wij graag bereid om in het kader van de beantwoording van uw aanvullende vragen C en D in te gaan op deze aspecten.

⁶ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310.

2.1.3. Beoordeling en beantwoording van uw centrale vraag:

Inleiding:

- 2.1.3.1. Bij de beoordeling en beantwoording van uw centrale vraag (op welke wijze is subsidieverlening aan de coöperatie mogelijk of mogelijk te maken gelet op de geldende wet- en regelgeving?) stellen wij het volgende voorop.
- 2.1.3.2. Wij begrijpen dat Dirkzwager géén concreet advies heeft gegeven aan de Gemeente Wijchen, maar enkel de hiervóór genoemde PPT heeft gehouden over de uitvoering van het sociaal domein in die Gemeente. Wij zijn niet bekend met de precieze Wijchense situatie en dus ook niet met de constructie waarvoor die Gemeente uiteindelijk heeft gekozen. De scenario's die Dirkzwager kennelijk in Wijchen heeft besproken ontbreken in de PPT.
- 2.1.3.3. Ons is evenmin bekend op basis waarvan de Gemeente Overbetuwe precies tot haar voornemen is gekomen om SAMEN op te richten, welke afwegingen zij daarbij precies heeft gemaakt en waarom zij precies tot de conclusie is gekomen dat de voorliggende constructie juridisch houdbaar is. Overigens hebben wij géén concept-statuten o.i.d. van SAMEN van u ontvangen.
- 2.1.3.4. Dit betekent dat wij, net als in de PPT, enkel op hoofdlijnen/meer in het algemeen kunnen aangegeven op welke wijze subsidieverlening aan SAMEN mogelijk is of te maken is zonder in strijd te handelen met de geldende wet- en regelgeving, waarbij wij ons mede gelet op de beschikbare tijd zullen concentreren op het bestuursrecht en de (Europese) aanbestedingsregels.

Subsidie/overeenkomst van opdracht:

- 2.1.3.5. Zoals hiervoor is opgemerkt, is de vraag of de financiële verstrekking door de Gemeente aan SAMEN valt aan te merken als een subsidie of een opdracht in de zin van art. 7:400 BW niet zozeer een keuze, maar moet dat worden bepaald aan de hand van de vraag of de financiële verstrekking kwalificeert als een subsidie in de zin van art. 4:21 Awb. Het subsidiebegrip is een materieel begrip. Zodra aan de materiële vereisten van het subsidiebegrip is voldaan, is sprake van een subsidie. Daarnaast merken wij op dat een subsidie ook kan kwalificeren als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.
- 2.1.3.6. Wij hebben hiervoor uiteengezet dat het in de voorgestane constructie vooral de vraag zal zijn of aan vereiste d 'anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten' wordt voldaan. Het antwoord op die vraag is erg casuïstisch.
- 2.1.3.7. Uit rechtspraak volgt dat de vraag 'welk belang wordt gediend' (het doel van de vergoeding) daarbij van belang is. De Gemeente doet de financiële verstrekkingen, omdat zij haar wettelijke taken op grond van de Wmo 2015 en de Jeugdwet moet uitvoeren. In dit geval kiest de Gemeente ervoor om een en ander door SAMEN te laten doen. In zoverre gaat SAMEN in feite als verlengstuk van de Gemeente fungeren. De Gemeente heeft er dan ook belang bij dat de ontvangers van de financiële middelen presteren en dat die prestatie rechtens afdwingbaar is. Dat is in de rechtspraak aangemerkt als een indicatie dat géén sprake is van een subsidie. Aan de andere kant geldt dat niet voor alle verplichtingen die de zorgaanbieders op zich zullen nemen. Voor zover de financiering

ziet op de zorgactiviteiten van de zorgaanbieders komen deze niet rechtstreeks ten goede aan de Gemeente. Het zijn uiteindelijk de ontvangers van de zorg die profijt hebben van de door de Gemeente gefinancierde zorg.

- 2.1.3.8. Wij constateren dat de Subsidiebeschikking thans niet als een afdwingbare prestatie is vorm gegeven, hetgeen een indicatie is dat sprake is van een subsidie. Wij achten het, gelet op het feit dat de Gemeente er wél belang bij heeft dat sprake is van een afdwingbare prestatie – de wettelijke taken moeten immers worden uitgevoerd – niet verstandig om hiervoor te kiezen.
- 2.1.3.9. De vraag of sprake is van een commerciële activiteit (de hoogte van de vergoeding), is zoals opgemerkt een andere indicator om vast te stellen of aan vereiste d is voldaan en of dus sprake is van een subsidie of een opdracht in de zin van art. 7:400 BW. Op het moment dat een “commerciële vergoeding” wordt betaald, is dat ons inziens een belangrijke aanwijzing dat sprake is van een opdracht. Gelet op de AMvB kan er niet aan worden ontkomen om een reële prijs en in zoverre een commerciële vergoeding te (laten) betalen (door/via SAMEN) aan de zorgaanbieders (zie ook sub M in de Subsidiebeschikking), hetgeen van invloed is op de hoogte van de lumpsum die de Gemeente aan SAMEN gaat voldoen. Alleen indien en voor zover sprake zou zijn van de betaling van de kostprijs of een tegemoetkoming in de kosten voor de dienstverlening die SAMEN gaat (laten) uitvoeren – uw e-mail van 27 januari jl. lijkt te suggereren dat daarvan inderdaad sprake is - zou dit erop duiden dat sprake is van een subsidie. Dat lijkt ons echter géén realistisch scenario, nu de AMvB verplicht om een reële prijs te (laten) betalen aan de door SAMEN te contracteren zorgaanbieders, welke prijs zal moeten worden voldaan uit de eerder genoemde lumpsum.

Schaars recht:

- 2.1.3.10. De Gemeente heeft een maximum subsidiebedrag beschikbaar in de vorm van de lumpsum. Ons inziens valt – gelet op de aard en omvang van de opdracht – niet uit te sluiten dat er meerdere gegadigden zijn die aanspraak willen maken op het subsidiebedrag. In dat geval is het – indien en voor zover al sprake zou zijn van een subsidie - niet toegestaan om de subsidie een-op-een te verstrekken, ongeacht of er een aanbestedingsplicht geldt. Er dient aan potentiële gegadigden mededingingsruimte te worden geboden. Daarbij moet een passende mate van transparantie met betrekking tot de beschikbaarheid, verdelingsprocedure, aanvraagtijd en toe te passen criteria te worden betracht. De criteria moeten dus vooraf duidelijk zijn en er mag niet worden toegeschreven naar een bepaalde voorkeurspartij.

Overheidsopdracht?

- 2.1.3.11. De Gemeente heeft besloten om de levering van hulp en zorg in het kader van de Wmo 2015 en de Jeugdwet uit te besteden aan derden. Dit betekent dat een aanbestedingsplicht in beeld kan komen.
- 2.1.3.12. Wij gaan ervan uit dat genoemde hulp en zorg in de categorie sociale en andere specifieke diensten vallen zoals bedoeld in Bijlage 14 bij Richtlijn 2014/24/EU, welke Richtlijn via de (per 1 juli 2016 gewijzigde) Aanbestedingswet 2012 in de Nederlandse wet- en regelgeving is geïmplementeerd.

- 2.1.3.13. Op grond van de Aanbestedingswet 2012 zijn Europees aanbestedingsplichtig: overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten met een waarde van € 750.000,-- of hoger, en concessieopdrachten voor dergelijke diensten met een waarde van € 5.548.000,-- of hoger. Zoals opgemerkt gaan wij er van uit dat genoemde drempels in casu ruimschoots worden overschreden. Overigens kunnen/mogen onderdrempelige overheidsopdrachten en concessies ook niet zomaar één op één worden gegund, gelet op de algemene bepalingen van deel 1 van de Aanbestedingswet 2012.
- 2.1.3.14. Een overheidsopdracht voor diensten is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en een dienstverlener gericht op de uitvoering van diensten. Een concessieopdracht voor diensten vertoont dezelfde kenmerken, met dien verstande dat de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling.
- 2.1.3.15. Aan de hand van deze kort samengevatte definities moet worden beoordeeld of de voorgenomen subsidie van de Gemeente aan SAMEN, en ook de overeenkomsten die SAMEN wil gaan sluiten met zorgaanbieders (aanbestedingsplichtige) overheidsopdrachten dan wel concessies zijn. Wij zullen ons daarbij vooralsnog concentreren op eerstgenoemde rechtsfiguur.⁷
- Beoordeling relatie Gemeente - SAMEN*
- 2.1.3.16. De Gemeente is een aanbestedende dienst. SAMEN dient te worden beschouwd als ondernemer die diensten op de markt aanbiedt. De afspraken tussen partijen zullen op papier worden gezet. SAMEN gaat diensten aan de Gemeente (zie bijv. sub E in de Subsidiebeschikking) en aan inwoners van Overbetuwe (laten) verlenen. Resteert de (ham)vraag of sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel.
- 2.1.3.17. Strikt genomen/op het eerste gezicht lijkt géén sprake te zijn van een schriftelijke overeenkomst tussen de Gemeente en SAMEN, maar van een eenzijdige rechtshandeling in de vorm van een subsidiebeschikking. Vgl. ook nr. 4 in de considerans van Richtlijn 2014/24/EU: het uitsluitend financieren van activiteiten (van derden) door middel van een subsidie valt buiten het bereik van de aanbestedingsrichtlijnen.
- 2.1.3.18. Toch schatten wij in dat een rechter in voorkomend geval breder naar deze zaak/constructie zal kijken. Al was het maar omdat aanbestedingsrechtelijke begrippen ruim en functioneel (d.w.z.: in overeenstemming met doel en strekking van de aanbestedingsregels) moeten worden uitgelegd en toegepast, waarbij nationaalrechtelijke noties/kwalificaties niet bepalend (mogen) zijn. In dat kader is van belang dat de relatie tussen de Gemeente en SAMEN verder gaat dan de uitsluitende financiering van de activiteiten van SAMEN. Zo volgt uit sub E van de Subsidiebeschikking dat SAMEN de Gemeente gaat adviseren. In zoverre koopt de Gemeente dus wel degelijk diensten bij SAMEN in. Bovendien kan worden gesteld dat de Gemeente via tussenkomst van SAMEN zorgaanbieders contracteert en zo zorg en hulp voor haar inwoners inkoop. Daarbij is van belang dat de relatie tussen SAMEN en de zorgaanbieders (mede) zal worden vormgegeven door schriftelijke overeenkomsten "à la" de

⁷ Zie echter art. 4 Subsidiebeschikking, waarin wordt gesteld dat SAMEN risicodragend is. Dit zou kunnen duiden op een concessie.

Leveranciersovereenkomst, die aan goedkeuring van de Gemeente zijn onderworpen. Zie sub L Subsidiebeschikking. Tot slot is van belang dat de relatie tussen de Gemeente en SAMEN ook zal worden geregeld via de statuten van SAMEN en dat er een uitvoeringsovereenkomst aan de subsidie kan worden gekoppeld.

2.1.3.19. Kortom, wij schatten in dat de kans reëel is dat een rechter in voorkomend geval tot het oordeel zal komen dat géén sprake is van een zuivere subsidie, maar van een schriftelijke overeenkomst tussen de Gemeente en SAMEN.

2.1.3.20. Het element bezwarende titel houdt allereerst in dat de Gemeente een rechtsreeks economisch belang moet hebben bij de door SAMEN te leveren prestatie. Dat is in casu het geval. Al was het maar omdat de Gemeente een op geld waardeerbare tegenprestatie zal leveren aan SAMEN in de vorm van de verstrekking van een lumpsum.

2.1.3.21. In de tweede plaats veronderstelt een bezwarende titel dat sprake is van een directe of indirecte verbintenis tot het verrichten van de aan de orde zijnde diensten en dat de uitvoering van die verbintenis rechtens afdwingbaar is. Van een directe verbintenis c.q. verplichting tot het (laten) verrichten van de aan de orde zijnde diensten lijkt géén sprake te zijn. Zie immers art. 7.4, laatste alinea, en art. 8 Subsidiebeschikking:

“Als bij de verantwoording blijkt dat in afwijking van afspraken de geleverde prestaties sterk achterblijven, worden de oorzaken hiervan onderzocht. Indien dit achterblijven aantoonbaar wordt veroorzaakt door een te geringe inspanning van Overbetuwe SAMEN, kan de gemeente de subsidie op grond van de Awb en de Algemene subsidieverordening wijzigen of intrekken.”

“Deze subsidiebeschikking bevat geen uitvoeringsplichten die door de gemeente Overbetuwe jegens Overbetuwe SAMEN in rechte kunnen worden afgedwongen. Als Overbetuwe SAMEN niet voldoet aan (een of meer) van de in deze beschikking geformuleerde (subsidie)voorwaarden dan kan dat wel leiden tot het lager vaststellen en terugvorderen van de subsidie.”

2.1.3.22. Echter, op basis van deze wijzigings-/intrekkingsbevoegdheid kunnen wij niet uitsluiten dat een rechter tot het oordeel komt dat wél sprake is van een indirecte verbintenis en dus tóch van een bezwarende titel.

2.1.3.23. Conclusie: ervan uitgaande dat niet ook nog een uitvoeringsovereenkomst met SAMEN zal worden gesloten, waarin een leveringsverplichting wordt opgenomen, kan worden verdedigd dat in casu géén sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel, zodat een aanbestedingsplicht ontbreekt. Wij kunnen gelet op de aan de orde zijnde feiten en omstandigheden echter niet uitsluiten dat een rechter tot een ander oordeel komt. Zie ook hetgeen wij hierboven hebben opgemerkt over de vraag of sprake is van een subsidie dan wel een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW.

2.1.3.24. Hierbij benadrukken wij nogmaals dat wij ons afvragen of de nu voorliggende constructie werkelijk realistisch en wenselijk is. Immers, de Gemeente is en blijft verantwoordelijk voor de uitvoering van de Wmo 2015 en de Jeugdwet, hetgeen met zich kan brengen dat de Gemeente de levering en kwaliteit van de dienstverlening en ook de uiteindelijke hulp

en zorg daadwerkelijk wil/moet kunnen afdwingen via de rechter. Die mogelijkheid heeft de Gemeente op basis van het voorgelegde concept uitgesloten.

- 2.1.3.25. Mocht de Gemeente zekerheidshalve of vanuit de Wmo 2015 en de Jeugdwet noodzakelijkerwijs wél een leveringsplicht willen/moeten opnemen (dit laatste hebben wij niet beoordeeld), dan zal sprake zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht, tenzij een beroep mogelijk is op één of meer wettelijke uitzonderingen. In dat geval zou nader kunnen/moeten worden onderzocht in hoeverre het mogelijk is om de relatie Gemeente – SAMEN vorm te geven als quasi-inhouse. Zie art. 2.24a e.v. Aanbestedingswet 2012. Daarvoor is echter onder meer vereist dat géén sprake is van participatie van privékapitaal in SAMEN. Dat vereiste lijkt dus in de weg te staan aan de oprichting van een coöperatie, waarvan particuliere partijen (zorgaanbieders) lid (kunnen) worden. Met andere woorden: in voorkomend geval lijkt een ingrijpende wijziging van het nu voorliggende construct onontkoombaar.

Relatie SAMEN - zorgaanbieders

- 2.1.3.26. Het idee is dat de relatie SAMEN – zorgaanbieders evenmin aanbestedingsplichtig is, als SAMEN de Leveranciersovereenkomsten sluit middels een open house procedure. Kennelijk wordt ervan uitgegaan dat SAMEN als publiekrechtelijke instelling en daarmee als aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet 2012 kwalificeert. Daarvan uitgaande kunnen wij dat idee volgen.
- 2.1.3.27. Ter beperking van juridische risico's verdient het alsdan, mede gelet op de waarde van de te sluiten contracten, aanbeveling om het open house model tevoren publiekelijk via TenderNed op Europees niveau aan te kondigen, géén gunningscriteria te hanteren, tussentijdse toetreding wél toe te staan, de procedure met inachtneming van de kernbeginselen van aanbestedingsrecht in te richten en ervoor te zorgen dat realistische tarieven worden gehanteerd in de Leveranciersovereenkomsten. Op die manier kan maximale "concurrentie" worden geborgd althans kan worden geborgd dat alle belanghebbenden in aanmerking kunnen komen voor een overeenkomst.
- 2.1.3.28. Ook hier weer de opmerking dat als de contractering van de zorgaanbieders wordt uitbesteed aan SAMEN, waarvan de Gemeente mogelijk niet lid wordt, de Gemeente zich moet realiseren dat zij in feite géén juridische instrumenten heeft om in te grijpen in die overeenkomsten c.q. de naleving ervan af te dwingen. Een (mogelijk) nadeel van een open house model is bovendien dat er géén vergelijkende beoordeling/selectie kan plaatsvinden van de te contracteren zorgaanbieders.

Mandaat:

- 2.1.3.29. Ten aanzien van de vraag in hoeverre mandatering van de inkoop van de zorgcontracten aan leden van de coöperatie in strijd is met de aard van de bevoegdheid, merken wij het volgende op.
- 2.1.3.30. Uit de Memorie van Toelichting bij art. 10:3 Awb valt af te leiden dat er twee situaties zijn waarin mandaatverlening vanwege de aard van de bevoegdheid niet is toegestaan:
1. Mandaatverlening is geheel uitgesloten omdat besluitvorming alleen mag plaatsvinden door het orgaan dat door de wetgever is aangewezen. Het gaat in die gevallen om zware

bevoegdheden op basis waarvan ingrijpende besluiten kunnen worden genomen. Daarvan is in casu géén sprake.

2. Mandaatverlening is in een concreet geval uitgesloten vanwege de hoedanigheid of positie van de mandaatontvanger. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien: gemandateerde een eigen belang heeft bij de mandaatuitoefening. Daarvan zou in casu wél sprake kunnen zijn. Daarbij denken wij vooral aan de situatie waarin een concurrent van een zittend lid wil toetreden als lid van de coöperatie. Onderzocht zou moeten worden hoe de structuur van de coöperatie zo kan worden vormgegeven dat de gemandateerde géén eigen belang heeft bij de mandaatuitoefening.

2.1.3.31. Verder adviseren wij u om - indien nodig - nader te laten onderzoeken in hoeverre het is toegestaan dat leden en leveranciers van de coöperatie de rechten en verplichtingen van diegene die een aanspraak maken op een maatwerkvoorziening krachtens de Wmo 2015 en de Jeugdwet vaststellen.

2.2. Vraag B

2.2.1. Hieronder treft u, ervan uitgaande dat de Gemeente wenst vast te houden aan de nu voorliggende constructie, daar waar mogelijk **in geel** een suggestie aan voor de beantwoording van de vragen van GroenLinks. Wij merken wel op dat wij in het voorgaande de nodige kanttekeningen hebben geplaatst bij de voorgestane constructie.

Aanleiding:

In het blad Binnenlands Bestuur van 6 december 2018 wordt aangegeven dat GroenLinks en SGP af willen van de verplichte Europese aanbesteding voor de jeugdhulp, de WMO en de Participatiewet. Zij hebben daarvoor een initiatiefvoorstel ingediend om de Aanbestedingswet te wijzigen. Volgens de indieners zijn gemeenten nu bij de inkoop van diensten en zorg boven het drempelbedrag van 750.000 euro verplicht om aan te besteden.

Vragen:

1. Wat is het risico dat de voorgestane subsidierelatie wordt gezien als overheidsopdracht en daarmee als een aanbestede dienst op basis van de Aanbestedingswet van 2012?

Het College is voornemens om de verhouding tussen de Gemeente en SAMEN vorm te geven als een zuivere subsidierelatie (eenzijdige rechtshandeling). Dit betekent onder andere dat géén uitvoerings-/leveringsplicht wordt opgenomen en dat er ook géén (nadere) uitvoeringsovereenkomst zal worden gesloten. Alsdan acht het College het risico beperkt dat een rechter tot het oordeel komt dat sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht van de Gemeente aan SAMEN. De zorgaanbieders zullen op hun beurt door SAMEN worden gecontracteerd op basis van een niet aanbestedingsplichtig open house-model.

2. Wat is het risico dat de binnen één verband samenwerkende aanbieders worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling en daarmee volgens de Aanbestedingswet sprake moet zijn van een aanbestede dienst?

Het College gaat ervan uit dat SAMEN kwalificeert als publiekrechtelijke instelling en daarmee als aanbestedende dienst. Een aanbestedingsplicht ten aanzien van de door

SAMEN te contracteren zorgaanbieders kan echter worden voorkomen door die inkoop vorm te geven als open house-model. Indien en voor zover SAMEN niet zou moeten worden aangemerkt als aanbestedende dienst, zou een aanbestedingsplicht ten aanzien van die contracten hoe dan ook ontbreken.

3. Hoe verhoudt het uitsluiten van eventuele andere consortia/samenwerkingsverbanden uit bijvoorbeeld omliggende gemeenten zich tot de bepalingen in de Wet op de Mededinging?

Zoals opgemerkt zullen de zorgaanbieders door SAMEN worden gecontracteerd op basis van een open house-model. Dit veronderstelt – kort samengevat – dat alle aanbieders die aan de gestelde eisen voldoen, een contract krijgen.

4. Is de huidige subsidieregeling voor het sociaal domein toereikend in het kader van de voorgestelde wijzigingen?

Opmerking Nysingh: subsidies dienen in beginsel te worden verstrekt op basis van een wettelijke grondslag (zie art. 4:23 Awb). De ter beschikking gestelde Subsidiebeschikking gaat uit van de Algemene Subsidieverordening als wettelijke grondslag. De Gemeente hanteert op dit moment de Algemene Subsidieverordening 2016 (ASV 2016). De ASV 2016 biedt op zich géén wettelijke grondslag voor het verlenen van een subsidie aan SAMEN. In art. 3 ASV 2016 is geregeld dat B&W in subsidieregelingen moeten bepalen welke activiteiten voor subsidie in aanmerking komen. Voor zover wij kunnen overzien is er op dit moment geen subsidieregeling die een wettelijke basis biedt voor subsidiëring van de door SAMEN uit te voeren activiteiten. De Gemeente heeft ons inziens twee opties: 1. B&W stellen een subsidieregeling vast die voorziet in een wettelijke basis om SAMEN te subsidiëren. In die subsidieregeling kan dan worden bepaald dat subsidie wordt verstrekt aan SAMEN, dat jaarlijks een subsidieplafond wordt vastgesteld en dat dit plafond kan worden gewijzigd. Voordeel ten opzichte van optie 2 is dat het lumpsumbedrag naar boven kan worden bijgesteld. Wij begrijpen uit de stukken dat dat een wens is van de gemeente. 2. B&W verleent een begrotingssubsidie. Nadeel is wel dat de lumpsum dan niet naar boven kan worden bijgesteld. Naast de naam van de subsidieontvanger moet dan immers het maximumbedrag in de begroting worden opgenomen. NB: dit antwoord houdt er geen rekening mee dat mogelijk geen sprake is van een subsidie en dat, als sprake is van een subsidie, de subsidie waarschijnlijk als een schaars recht moet worden verdeeld.

Voorgesteld antwoord optie 1

B&W zullen op grond van art. 3 van de ASV 2016 een subsidieregeling vaststellen.

Voorgesteld antwoord optie 2

B&W is voornemens om de subsidie in de vorm van een begrotingssubsidie te verlenen.

5. Op welke wijze denkt het college doelstellingen te koppelen aan de bestaande of een eventueel aangepaste, dan wel geheel nieuwe regeling?

Opmerking Nysingh: ons is niet duidelijk wat precies wordt bedoeld met doelstellingen en de bestaande, aangepaste of nieuwe regeling. Deze vraag kunnen wij dan ook niet beantwoorden.

6. *Op welke wijze zal het college de raad betrekken bij het vaststellen van de vooraf afgesproken resultaten (zie paragraaf 1 van de oplegnotitie "Het gewone leven als basis")?*

Opmerking van Nysingh: dit lijkt ons géén juridische vraag, maar een vraag die door de Gemeente zelf kan/moet worden beantwoord.

7. *Hoe schat het college het risico in van interne concurrentie binnen het samenwerkingsverband van aanbieders door bijvoorbeeld verschillende vormen van werkgeverschap (andere arbeidsvoorwaarden) en wijze van administreren (bijvoorbeeld het wel dan niet toerekenen van overheadkosten aan te leveren diensten)?*

Opmerking Nysingh: op basis van de ons beschikbare informatie kunnen wij deze vraag niet beantwoorden.

8. *Wat verstaat het college onder wederkerigheid zoals beschreven in paragraaf 7 van de oplegnotitie "Het gewone leven als basis", waar wordt geformuleerd dat het ondersteuningsaanbod "is gebaseerd op wederkerigheid: we doen lokaal wat voor elkaar, ieder naar vermogen"? En kan het college in dit verband eveneens aangeven wat verstaan dient te worden onder een 'verplichte tegenprestatie' zoals aangegeven in paragraaf 2.1.3 van de notitie 'Van cliënt naar kandidaat'?*

Idem.

9. *Kan het college aangeven of de in paragraaf 3 van de oplegnotitie 'Het gewone leven als basis' voorgestelde partnerschap met zorgaanbieders, de inwoners van Overbetuwe verplicht om zorg af te nemen bij de betreffende gecontracteerde zorgaanbieders of zijn ze vrij in hun keuze van aanbieder c.q. vorm waarin zij de zorg willen organiseren? Staat een eventuele verplichting niet haaks op de uitgangspunten van keuzevrijheid en onafhankelijkheid zoals geformuleerd in Samen Overbetuwe" op bladzijde 5 onder de punten 6 en 7?*

Opmerking van Nysingh: de hiernavolgende suggestie is gebaseerd op onze interpretatie van de ontvangen informatie en de voorliggende constructie, maar dient door de Gemeente te worden gecontroleerd op juistheid.

De inwoners van Overbetuwe kunnen in principe een keuze maken uit de via/door SAMEN te contracteren zorgaanbieders. Het alternatief is dat zij kiezen voor een PGB.

Aanleiding:

Voor de behandeling van de visie op de organisatie van het sociaal domein ligt behalve het raadsvoorstel een diversiteit aan onderliggende beleidsstukken op tafel. Ook in de verdere uitwerking wordt aan de Raad, naast vele andere betrokken partijen, een rol toebedeeld.

Vragen:

10. *Hoe stelt het college vast of het nodig is dat er aan de raad aparte adviezen worden voorgelegd (zie paragraaf 5 van het raadsvoorstel: "Dit leggen wij (indien nodig) de raad in aparte adviezen voor")?*

Opmerking Nysingh: dit lijkt ons geen juridische vraag, maar een vraag die alleen door de Gemeente/het College zelf kan worden beantwoord.

11. Wat staat het college voor ogen bij "het in samenspraak met de Participatieraad inzetten van een onomkeerbaar proces" (zie paragraaf 4, punt 1.3. van het raadsvoorstel)? Is dit iets anders dan het vragen van advies?

Idem.

12. Op welke wijze gaat het college de "ervaren barrières en belemmeringen" zoals genoemd in de oplegnotitie "Het gewone leven als basis" inventariseren, met welke frequentie gaat dat gebeuren en op welke wijze denkt zij de ontwikkelingen daarin te monitoren?

Idem.

13. Het college spreekt van: "één uitvoeringspraktijk voor vrijwilligerswerk, mantelzorg, welzijn en toeleiding naar zorg..." In de praktijk hebben vrijwilligersinitiatieven nogal eens een kritische functie ten opzichte van beleid en uitvoering van welzijns- en zorgorganisaties en de gemeente ('de markt van welzijn en geluk'). In hoeverre is daarvoor nog ruimte bij deze wijze van organiseren? En op welke wijze kan deze zeer gewenste kritische functie ook gehonoreerd, geactiveerd en gefaciliteerd worden?

Idem en niet door ons te beantwoorden op basis van de beschikbare informatie.

3. SLOTOPMERKINGEN

- 3.1. Tot zo ver het van ons gevraagde advies. Wij zijn vanzelfsprekend gaarne bereid tot een nadere toelichting en/of overleg.
