Bezoekadres
Inventor Businesspark
Keesomstraat 10 D
T 072 528 00 36

Postadres
Postbus 9093
1800 GB Alkmaar

Fax
F 0725280080

contact@victoradvocaten.nl
www.victoradvocaten.nl

BTW NL857082012B01
KvK 67577032

Aan: [redacted] Gemeente Westerkwartier)
Onderwerp: Inkoopopties Inkoop Basisondersteuning
Datum: 10 juni 2026
Onze referentie: **CONCEPT 0.1**
Uw referentie: D2021009
Behandeld door: [redacted]

I. Inleiding

De huidige overeenkomst met Stichting Sociaal Werk De Schans ('de Stichting') voor de uitvoering van basisondersteuning loopt, inclusief alle verlengingsmogelijkheden, af op 31 december 2027. Het jaarlijks budget bedraagt minimaal € 6.655.341 (basisbegroting € 4.737.776, aanvullende gemeentelijke opdrachten € 634.616 en externe financiering circa € 800.000), verdeeld over vijf clusters: leefbaarheid/buurt (24%), armoede en schulden (14%), jeugd (25%), participatie en integratie (15%) en gezondheid (22%).

De gemeente staat voor de keuze: doorgaan met De Schans of een bredere marktconsultatie starten. Deze adviesnotitie zet eerst het verschil tussen subsidie, overeenkomst van opdracht en overheidsopdracht uiteen. Daarna schetst het vijf juridische mogelijkheden om de Stichting direct te financieren, met daarbij wel enkele kanttekeningen. Tot slot werkt het twee scenario's uit met bijbehorende voor- en nadelen: een scenario waarbij de gemeente de Stichting direct financiert en een scenario waarbij de gemeente dat niet doet, maar meerdere gegadigden benadert.

II. Subsidie, overeenkomst van opdracht en overheidsopdracht

Een subsidie is:

> *"de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten".*[1]

Een overeenkomst van opdracht is:

> *"de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke*

[1] Artikel 4:21 lid 1 Algemene wet bestuursrecht.

Victor Advocaten is een vennootschap onder firma, Op alle door ons verrichte diensten, alsook op al onze offertes, overeenkomsten en rechtsbetrekkingen van welke aard dan ook, alsmede op die van alle aan Victor Advocaten gelieerde ondernemingen, zijn onze algemene voorwaarden van toepassing. Deze algemene voorwaarden worden u op eerste verzoek kosteloos toegezonden. De algemene voorwaarden zijn tevens te raadplegen op www.victoradvocaten.nl en via deze link https://victoradvocaten.nl/wp-content/uploads/2023/10/Algemene-voorwaarden-Victor-Advocaten.pdf. De algemene voorwaarden bevatten onder andere een beperking van de aansprakelijkheid. In alle gevallen is onze aansprakelijkheid beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder onze beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald. De informatie verzonden met deze brief is uitsluitend bestemd voor de geadresseerde. Gebruik van deze informatie door anderen dan de geadresseerde is verboden. Openbaarmaking, vermenigvuldiging, verspreiding en/of verstrekking van deze informatie aan derden is niet toegestaan. Victor Advocaten staat niet in voor de juiste en volledige overbrenging van de inhoud van een verzonden brief, noch voor de tijdige ontvangst daarvan.

aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken".[2]

Een overheidsopdracht (voor diensten) is:

"een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken".[3]

De twee belangrijkste verschillen tussen een *subsidie* en een *overeenkomst van opdracht* zijn:

Subsidie	Overeenkomst van opdracht
Een subsidie mag geen activiteiten financieren die het leveren van een product of dienst aan het subsidiërende bestuursorgaan inhouden.	Een overeenkomst van opdracht mag ook activiteiten financieren die het leveren van een product of dienst aan de inkopende organisatie inhouden.
Een subsidie kent geen nakomingsverplichting voor gefinancierde activiteiten. Als een subsidieontvanger de gefinancierde activiteiten niet uitvoert, kan de subsidieverstrekker alleen subsidiegelden (naar rato) terugvorderen.	Een overeenkomst van opdracht kent een nakomingsverplichting voor gefinancierde activiteiten. Als de opdrachtnemer de activiteiten niet uitvoert, dan kan de opdrachtgever daarvan nakoming vorderen bij de rechter.

Op internet gaan langere lijstjes rond met verschillen. Maar de twee hier genoemde verschillen zijn doorslaggevend voor de juridische praktijk.

Als (het college van b&w van) een gemeente een subsidie verstrekt, is *in principe* geen sprake van een *overheidsopdracht*. Als een verplichting tot nakoming van gefinancierde prestaties ontbreekt, en de gemeente deze dus niet kan afdwingen, dan ontbreekt een 'bezwarende titel'.[4] Een bezwarende titel betekent namelijk dat partijen wederzijdse verplichtingen aangaan waarvan ook nakoming is te vorderen.[5] Als de gemeente een overeenkomst van opdracht sluit, is dan ook *in principe* wel sprake van een overheidsopdracht. In dat geval kan de gemeente immers wel nakoming vorderen van prestaties van de opdrachtnemer. Bovendien is een gemeente aangemerkt als een 'aanbestedende dienst'.[6] Van een 'ondernemer' is vrijwel ook altijd sprake omdat het Unierecht dat begrip functioneel uitlegt: elke entiteit, ongeacht winstoogmerk of wijze van financieren, dat een product of dienst aanbiedt op een markt.[7] Als de geraamde waarde van een overheidsopdracht de Europese drempelwaarde overschrijdt, moet de gemeente Europees aanbesteden. Voor diensten waar het in deze kwestie om gaat, sociale en andere specifieke diensten (zoals gezondheidszorg), geldt een

[2] Artikel 7:400 Burgerlijk Wetboek.
[3] Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.
[4] Vgl. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 april 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:1284.
[5] Ook als alleen sprake is van een vergoeding van kosten. Zie HvJ EU 18 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:843 (IBA Molecular).
[6] Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.
[7] HvJ EG 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161 (Hofner/Elsner).

drempelwaarde van EUR 750.000,00 exclusief BTW.[8] De raming van de waarde van de opdracht gaat over de hele looptijd van een opdracht, inclusief opties.[9]

III. Vijf mogelijkheden voor het direct financieren van De Schans

3.1 Scenario 1: Subsidie

De gemeente kan de Schans op verschillende manieren direct een subsidie verlenen, waarbij zij de subsidie niet 'aanbesteedt':[10]

- Op grond van de algemene subsidieverordening en een subsidieregeling, waarbij het college van de gemeente motiveert op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria dat de Stichting de enige serieuze gegadigde is voor de subsidie.
- Op grond van de algemene subsidieverordening die het takenpakket van de Stichting gemotiveerd uitzondert van een mededingingsverplichting, waarna in een subsidieregeling is opgenomen hoe het college de subsidie verleent. De uitkomst is dat alleen de Stichting in aanmerking komt voor de subsidie.
- Op grond van de begroting vastgesteld door de gemeenteraad, waarbij het college motiveert op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria dat de Stichting de enige serieuze gegadigde is voor de subsidie.

Mogelijkheid 1: De gemeente kan de Stichting direct een subsidie verlenen, zonder de verplichting de subsidie 'aan te besteden', op grond van de algemene subsidieverordening en een subsidieregeling, waarbij het college van de gemeente motiveert op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria dat de Stichting de enige serieuze gegadigde is voor de subsidie.

Een mededingingsverplichting vormt de algemene rechtsnorm bij het verlenen van schaarse subsidies. Een subsidie is echter alleen schaars als er meerdere potentiële gegadigden zijn. Het college kan met objectieve, toetsbare en redelijke criteria motiveren dat de Stichting de enige serieuze gegadigde is voor de subsidie. Een objectief, toetsbaar en redelijke criterium is – naar mijn mening – bijvoorbeeld dat de subsidieontvanger met unieke inhoudelijke, specialistische, (historische) lokale en regionale kennis en een lokaal en regionaal netwerk het takenpakket welzijn direct moet kunnen uitvoeren binnen het werkgebied van die gemeente. De motivering zal wel sluitend moeten zijn, want anders is het niet ondenkbaar dat er dan meerdere gegadigden overblijven en de Stichting met dit criterium *niet* de enige serieuze gegadigde voor de subsidie is. Het college moet als het niettemin op deze wijze de subsidie beschikt belangstellenden bovendien de mogelijkheid geven te betwisten dat de Stichting de enige serieuze gegadigde is. Dat kan door het voornemen tot beschikken te publiceren op de website van de gemeente of in het gemeenteblad.

[8] Artikel 2.6a Aanbestedingswet 2012.
[9] Artikel 2.15 Aanbestedingswet 2012.
[10] Op de website van de VNG is nog een verouderde opvatting te vinden dat bij het financieren van jeugdgezondheidszorg geen sprake (meer) zou kunnen zijn van subsidie (zie: https://vng.nl/vragen-en-antwoorden/welke-instellingen-mogen-de-jgz-uitvoeren). Dat de opvatting verouderd is blijkt onder andere uit een verwijzing naar het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten. Dat besluit is op 1 april 2013 vervallen met het in werking treden van de Aanbestedingswet 2012. Uit die wet, die een implementatie is van de Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU volgt geenszins dat gemeenten niet meer zouden kunnen kiezen voor een subsidie. De Europese wetgever stelt namelijk dat "(…) *het uitsluitend financieren, met name via subsidies, van een activiteit, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld de ontvangen bedragen terug te betalen indien deze niet worden benut voor de beoogde doeleinden, doorgaans niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels* [valt]" (Overweging 4 bij Richtlijn 2024/14/EU). Als gemeenten niet zouden kunnen kiezen voor een subsidie in plaats van een opdracht zou deze passage onzinnig zijn.

Het is de Afdeling die in 2018 bepaalde in de uitspraak Geobox dat een subsidie een schaars publiek recht is, als daarvoor in potentie meerdere gegadigden bestaan.[11] De Afdeling bepaalde ook dat dan het gelijkheidsbeginsel een beginsel van gelijke kansen is. Het beginsel van gelijke kansen verplicht het bestuursorgaan dat een schaars publiek recht verleent vervolgens tot het organiseren van een transparante selectieprocedure. In die procedure moet het bestuursorgaan ruimte bieden aan de potentiële gegadigden om mee te dingen naar het schaarse recht. Dit heet in het bestuursrecht inmiddels ook wel 'de mededingingsverplichting'. In de praktijk heeft men het dan wel eens over het 'aanbesteden' van subsidies. Dat is juridisch overigens niet de juiste term, omdat aanbesteden een hele specifieke uitwerking van een mededingingsverplichting is.

De mededingingsverplichting is ook bekend als verplichting bij de verkoop van onroerende zaken door overheidslichamen. Deze verschijningsvorm van de verplichting is in 2021 geïntroduceerd door de Hoge Raad in het arrest Didam.[12] De Hoge Raad stelde in dat arrest dat een transparante selectieprocedure achterwege kan blijven bij de verkoop van schaarse onroerende zaken, als sprake is van één serieuze gegadigde. Wil een overheidslichaam afzien van zo'n procedure omdat er volgens haar maar één serieuze gegadigde is, dan moet zij dat vaststellen op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Bovendien moet zij deze keuze transparant maken, zodat eventuele belangstellenden het bestaan van één serieuze gegadigde kunnen betwisten.

Mogelijkheid 2: De gemeente kan de Stichting direct een subsidie verlenen, zonder de verplichting de subsidie 'aan te besteden' op grond van de algemene subsidieverordening die het takenpakket van de Stichting gemotiveerd uitzondert van een mededingingsverplichting, waarna in een subsidieregeling is opgenomen hoe het college de subsidie verleent. De uitkomst is dat alleen de Stichting in aanmerking komt voor de subsidie.

De gemeenteraad kan in de algemene subsidieverordening opnemen dat bepaalde activiteiten uitgezonderd zijn van de mededingingsverplichting. Hij moet dat dan wel motiveren in de verordening of in de toelichting op de verordening om aan te tonen dat de uitzondering evenredig is. Om evenredig te zijn, moet de beperking van de mededinging geschikt, noodzakelijk en evenwichtig zijn. De raad kan het belang van mededinging dan afwegen tegen bijvoorbeeld het belang van continuïteit. De raad kan dan – bijvoorbeeld – stellen dat het beperken van de mededinging geschikt is, omdat hij wil voorkomen dat het college de subsidie voor een publiek takenpakket via mededinging moet verlenen. De beperking is noodzakelijk omdat hij geen enkel risico wil lopen dat mededinging leidt tot discontinuïteit in het takenpakket. De beperking is tot slot evenwichtig, omdat zij in verhouding staat tot het belang dat de raad ermee wil dienen: gegarandeerde continuïteit van dienstverlening aan inwoners. Het college kan vervolgens op grond van een subsidieregeling bepalen hoe aanvragen het beste voldoen aan dit belang: continuïteit. Dan ligt het voor de hand dat de Stichting de subsidie ontvangt.

De mededingingsverplichting is in 2016 door de Afdeling geïntroduceerd in de uitspraak Speelautomatenhal Vlaardingen.[13] In die uitspraak ging het om schaarse vergunningen. De Afdeling heeft met de uitspraak Geobox de verplichting dus ook van toepassing verklaard op schaarse subsidies. De Afdeling bepaalde in de uitspraak Speelautomatenhal Vlaardingen ook dat het wettelijk voorschrift dat in het verlenen van het schaarse publieke recht voorziet de mededingingsruimte kan beperken. Het belang van het bieden van mededingingsruimte moet daarbij wel zijn meegewogen, omdat het geheel uitsluiten van mededinging niet mogelijk is. De Afdeling stelt echter geen materiële eisen aan de beperking. Dat maakt dat de beperking van mededingingsruimte in een wettelijk voorschrift mogelijk is met een zogenaamde evenredigheidstoets. Die evenredigheidstoets

[11] ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310.
[12] HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.
[13] ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

ontwikkelde de Afdeling in de uitspraak Hardewijk.[14] In het geval van het beperken van de mededingingsruimte bij schaarse publieke rechten houdt de toets kort samengevat in dat de beperking geschikt, noodzakelijk en evenwichtig moet zijn.

Het is overigens niet mogelijk om een subsidieontvanger in de verordening of een subsidieregeling op te nemen. In de uitspraak Gymnasion bepaalde de Afdeling dat bij het concreet noemen van een subsidieontvanger geen sprake meer is van een wettelijk voorschrift, maar van een beschikking.[15] In dat geval mist echter de verplichte wettelijke grondslag om de subsidie te kunnen verlenen. Dit maakt dat het uitzonderen van de mededinging alleen mogelijk is voor de te subsidiëren activiteiten, maar niet voor subsidieontvangers *an sich*.

De gemeente kan de Stichting direct een subsidie verlenen, zonder de verplichting de subsidie 'aan te besteden', op grond van de begroting vastgesteld door de gemeenteraad, waarbij het college motiveert op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria dat de Stichting de enige serieuze gegadigde is voor de subsidie.

De subsidie aan de Stichting hoeft niet een wettelijk voorschrift, zoals de algemene subsidieverordening, als grondslag te hebben. Ook de gemeentelijke begroting kan deze grondslag vormen. De raad kan op zijn begroting opnemen dat de Stichting een maximaal subsidiebedrag ontvangt voor het uitvoeren van het takenpakket. Vervolgens kan het college op grond van de onder mogelijkheid 1 genoemde objectieve, toetsbare en redelijke criteria bepalen dat de Stichting ook daadwerkelijk de enige serieuze gegadigde is voor de subsidie. Dat de raad de Stichting op de begroting noemt is daarvoor helaas niet een afdoende motivering. Het college is daarnaast gelijk aan mogelijkheid 1 verplicht het voornemen tot beschikken aan de Stichting transparant te maken. Publicatie op de gemeentelijke website of in het gemeenteblad is dus noodzakelijk. Bij begrotingssubsidies geldt op basis van jurisprudentie een verplichte termijn tussen bekendmaking en daadwerkelijk beschikken van acht weken.

Bestuursorganen kunnen in principe alleen subsidie verlenen op grond van een wettelijk voorschrift. In de Algemene wet bestuursrecht zijn wel enkele uitzonderingen opgenomen. Hier is van belang de begrotingssubsidie. Bij een begrotingssubsidie plaatst een bestuursorgaan een subsidieontvanger op de begroting met daarbij een maximaal bedrag voor te subsidiëren activiteiten. De uitspraak Geobox zag niet op een begrotingssubsidie, maar op een subsidie op grond van een wettelijk voorschrift. In 2024 verduidelijkte de Afdeling echter dat ook begrotingssubsidies schaarse subsidies kunnen zijn.[16] Omdat het beperken van de mededinging niet mogelijk is bij wettelijk voorschrift bij een begrotingssubsidie – er is immers geen wettelijk voorschrift – zocht de Afdeling expliciet aansluiting bij de onder mogelijkheid 1 beschreven uitzonderingsgrond geformuleerd in het arrest Didam van de Hoge Raad. Bij begrotingssubsidies is het mogelijk direct subsidie te verlenen als er sprake is van één serieuze gegadigde, vast te stellen op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. De Afdeling bepaalde voor begrotingssubsidies dat een bestuursorgaan het voornemen om de subsidie te verstrekken aan deze gegadigde bekend moet maken, zodat belanghebbenden het bestaan van één serieuze gegadigde kunnen betwisten.

3.2 Scenario 2: Overeenkomst van opdracht (overheidsopdracht)

De gemeente kan de Stichting op verschillende manieren direct een opdracht verlenen, zonder de opdracht aan te besteden:

[14] ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.
[15] ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595.
[16] ABRvS 23 juli 2025, ECLI:NL:RVS:2025:3399.

- Op grond van de uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht dat alleen de Stichting de opdracht kan uitvoeren omdat mededinging om technische redenen ontbreekt.
- Op grond van de uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht dat alleen de Stichting de opdracht kan uitvoeren omdat een uitsluitend recht van de Stichting, dat de raad voor de Stichting realiseert bij verordening, daartoe moet worden beschermd.

De gemeente kan de Stichting direct een opdracht verlenen, zonder de verplichting de opdracht aan te besteden op grond van de uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht dat alleen de Stichting de opdracht kan uitvoeren omdat mededinging om technische redenen ontbreekt.

De gemeente kan besluiten een overeenkomst van opdracht te sluiten met de Stichting. Deze opdracht heeft waarschijnlijk een hogere geraamde waarde dan de Europese drempelwaarde van EUR 750.000,00 exclusief BTW. Als de gemeente de opdracht niet Europees wil aanbesteden, dan kan zij motiveren dat om technische redenen de mededinging ontbreekt. Zij moet dan motiveren dat er geen redelijk alternatief bestaat voor de Stichting en dat zij de opdracht niet zo heeft geformuleerd dat sprake is van een kunstmatige beperking van de mededinging. De gemeente kan lastig motiveren dat er geen serieuze andere gegadigden bestaan voor diensten in het takenpakket van de Stichting. Het takenpakket en hoe ook andere gemeenten dit in Nederland organiseren laat zien dat er meerdere gegadigden kunnen zijn. De Schans is zelf via een Europese aanbesteding gecontracteerd. Als er echter een motivering is waaruit blijkt dat geen andere serieuze gegadigden bestaan, dan is er ook geen redelijk alternatief beschikbaar. Als de gemeente van deze uitzondering gebruik maakt, dient zij het voornemen tot sluiten van de overeenkomst met de Stichting wel op TenderNed te publiceren. Belanghebbenden krijgen dan twintig kalenderdagen de tijd om bezwaar te maken.

Een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht voor deze opdracht bestaat als alleen een bepaalde ondernemer de overheidsopdracht kan uitvoeren omdat om technische redenen de mededinging ontbreekt.[17] Deze uitzondering moet restrictief uitgelegd.[18] Er mag geen redelijk alternatief of substituut bestaan en het ontbreken van mededinging mag niet het gevolg zijn van een kunstmatige beperking van de opdracht.[19] De aanbestedende dienst mag de uitzondering ook niet toepassen als hij zichzelf in een situatie brengt waardoor zijn keuzes later beperkt zijn ('vendor lock-in').[20]

Als de aanbestedende dienst van mening is dat deze uitzondering van toepassing is, dan publiceert hij een aankondiging van het voornemen de overeenkomst te sluiten op TenderNed.[21] Belanghebbenden krijgen dan twintig kalenderdagen de tijd om bezwaar te maken. Doet de aanbestedende dienst dit niet, en blijkt in een rechtszaak dat de uitzondering onterecht is ingeroepen, dan heeft een belanghebbende tot zes kalendermaanden na het sluiten van de overeenkomst de tijd om vernietiging daarvan te vorderen.[22]

De gemeente kan de Stichting direct een opdracht verlenen, zonder de verplichting de opdracht aan te besteden op grond van de uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht dat alleen de Stichting de opdracht kan uitvoeren omdat een uitsluitend recht van de Stichting, dat de raad voor de Stichting realiseert bij verordening, daartoe moet worden beschermd.

[17] Artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aanbestedingswet 2012.
[18] HvJ EG 18 mei 1995, ECLI:EU:C:1995:150.
[19] Artikel 2.32 lid 3 Aanbestedingswet 2012.
[20] HvJ EU 9 januari 2025, ECLI:EU:C:2025:4.
[21] Artikel 4.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012.
[22] Artikel 4.15 lid 2 sub b Aanbestedingswet 2012.

De gemeente kan besluiten een overeenkomst van opdracht te sluiten met de Stichting. Als de gemeente deze opdracht niet Europees wil aanbesteden, dan kan de raad bij verordening een uitsluitend recht vestigen bij de Stichting voor het uitvoeren van de gewenste diensten. De gemeente kan dan motiveren dat zij de opdracht alleen kan plaatsen bij de Stichting omdat zij het uitsluitende recht van de Stichting moet beschermen. Het vestigen van het uitsluitende recht moet voldoen aan het Unierecht, maar aangezien voor het takenpakket van de Stichting geen duidelijk grensoverschrijdend belang bestaat, acht ik dat niet problematisch. Wel lijkt het verstandig de ontwikkelingen bij schaarse publieke rechten en de mededingingsverplichting te volgen. Dat kan door de raad het vestigen van het uitsluitende recht te laten motiveren met objectieve, toetsbare en redelijke criteria, zoals al genoemd bij mogelijkheid 1 en 3. Mogelijk dat hier de motivering wel lastig is, gezien hetgeen opgemerkt bij die en vorige opties: er zijn meerdere gegadigden denkbaar. Als de gemeente niettemin vervolgens de opdracht aan de Stichting verstrekt, moet zij gelijk aan mogelijkheid 4 motiveren dat er geen redelijk alternatief bestaat voor de Stichting en dat zij de opdracht niet zo hebben geformuleerd dat sprake is van een kunstmatige beperking van de mededinging. Ook dat lijkt dan toch wel lastig. Ook geldt hier dat zij het voornemen tot sluiten van de overeenkomst met de Stichting op TenderNed dienen te publiceren. Belanghebbenden krijgen twintig kalenderdagen de tijd om bezwaar te maken.

Een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht bestaat als alleen een bepaalde ondernemer de overheidsopdracht kan uitvoeren omdat een uitsluitend recht moet beschermd. Ook deze uitzondering moet restrictief uitgelegd.[23] Er mag geen redelijk alternatief of substituut bestaan en het ontbreken van mededinging mag niet het gevolg zijn van een kunstmatige beperking van de opdracht.[24]

Voor het vestigen van het uitsluitende recht geldt dat dit moet gebeuren bij een wettelijk voorschrift. Een collegebesluit is niet voldoende.[25] De raad kan dit wel doen bij verordening. Als het uitsluitende recht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, dan mag een decentrale overheid het uitsluitende recht niet zomaar vestigen.[26] Zij moet daarvoor een transparante selectieprocedure doorlopen of kunnen rechtvaardigen waarom zij dat niet doet. Bij gebrek aan een duidelijk grensoverschrijdend belang, lijkt de mededingingsverplichting bij schaarse publieke rechten relevant. Als er in potentie meer gegadigden zijn voor een uitsluitend recht, dan lijkt het niet langer mogelijk dit te vestigen zonder een transparante selectieprocedure te hebben doorlopen. Waarschijnlijk is het hier wel mogelijk op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria tot één serieuze gegadigde te komen en dan het recht te vestigen, omdat dit ook door de Hoge Raad bij de verkoop van onroerende zaken is aanvaard en door de Afdeling bij begrotingssubsidies.

Als de aanbestedende dienst van mening is dat de uitzondering van toepassing is, dan publiceert hij een aankondiging van het voornemen de overeenkomst te sluiten op TenderNed.[27] Belanghebbenden krijgen dan twintig kalenderdagen de tijd om bezwaar te maken. Doet de aanbestedende dienst dit niet, en blijkt in een rechtszaak dat de uitzondering onterecht is ingeroepen, dan heeft een belanghebbende tot zes kalendermaanden na het sluiten van de overeenkomst de tijd om vernietiging daarvan te vorderen.[28]

IV. Scenario's en voor- en nadelen

[23] Artikel 2.32 lid 1 sub b onder 3 Aanbestedingswet 2012
[24] Artikel 2.32 lid 3 Aanbestedingswet 2012.
[25] Rb. Gelderland 29 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5490.
[26] Vgl. Conclusie AG Bot bij HvJ EU 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307.
[27] Artikel 4.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012.
[28] Artikel 4.15 lid 2 sub b Aanbestedingswet 2012.

4.1 Scenario A: Doorgaan met de Stichting

De gemeente gaat verder met De Schans als aanbieder, met een geactualiseerde opdracht en prestatieafspraken per 1 januari 2028. De wijze van financieren is gezien het hiervoor geschetste juridische kader op meerdere scenario's mogelijk.

Optie A1 – Subsidie via ASV (Vlaardingen-route)
De raad past de ASV aan zodat de activiteiten van de basisondersteuning zijn uitgezonderd van mededinging, na het doorlopen van een evenredigheidstoets. Vervolgens verleent het college subsidie op grond van objectieve criteria die De Schans als enige serieuze gegadigde kwalificeren.

Mogelijke voordelen: lage administratieve lasten, continuïteit gewaarborgd.
Mogelijke nadelen: prestaties zijn niet juridisch afdwingbaar (alleen terugvordering gelden bij niet-uitvoering), minder grip op inhoudelijke sturing, raadswijziging ASV nodig (politiek traject), kans op bezwaar door derden, redelijke kans dat rechter hen gelijk geeft.

Optie A2 – Begrotingssubsidie (Peel en Maas-route)
De gemeenteraad neemt De Schans op de begroting op voor een maximumbedrag. Het college motiveert op objectieve, toetsbare en redelijke criteria dat De Schans de enige serieuze gegadigde is. Het voornemen is minimaal acht weken vóór de beschikking gepubliceerd.

Mogelijke voordelen: flexibele grondslag (geen ASV-wijziging nodig), relatie direct zichtbaar in begroting, continuïteit gewaarborgd.
Mogelijke nadelen: prestaties niet afdwingbaar, publicatieplicht acht weken met risico bezwaar door derden, college moet deugdelijk motiveren dat geen andere serieuze gegadigden bestaan (risico op vernietiging besluit als motivering tekortschiet, zoals in de Peel en Maas-zaak ten aanzien van Vorkmeer), redelijke kans dat rechter derden gelijk geeft.

Optie A3 – Overeenkomst van opdracht via vrijwillige transparantie (art. 4.16 Aw 2012)
De gemeente sluit een overeenkomst van opdracht met De Schans op grond van de uitzondering technische redenen (art. 2.32 Aw 2012) en publiceert het voornemen op TenderNed met een wachttermijn van twintig kalenderdagen.

Mogelijke voordelen: prestaties zijn juridisch afdwingbaar, maximale sturing op kwaliteit en inhoud, bescherming tegen nietigheidsrisico via TenderNed-publicatie.
Nadelen: strengere motivering vereist (restrictieve uitleg uitzondering), aanbestedingsrechtelijk risico bij onvoldoende onderbouwing, twintig dagen bezwaartermijn met risico kort geding, redelijke kans dat rechter derden gelijk geeft.

Optie A4 – Overeenkomst van opdracht via vrijwillige transparantie (art. 4.16 Aw 2012)
De gemeente sluit een overeenkomst van opdracht met De Schans op grond van de uitzondering uitsluitend recht (art. 2.32 Aw 2012) en publiceert het voornemen op TenderNed met een wachttermijn van twintig kalenderdagen.

Mogelijke voordelen: prestaties zijn juridisch afdwingbaar, maximale sturing op kwaliteit en inhoud, bescherming tegen nietigheidsrisico via TenderNed-publicatie.
Mogelijke nadelen: raadstraject voor vestigen uitsluitend recht, strengere motivering vereist (restrictieve uitleg uitzondering), aanbestedingsrechtelijk risico bij onvoldoende onderbouwing, twintig dagen bezwaartermijn met risico kort geding, redelijke kans dat rechter derden gelijk geeft.

4.2 Scenario B: Breder kijken dan Sociaal Werk De Schans

De gemeente kiest voor een transparante marktconsultatie en selecteert de beste aanbieder via een competitieve procedure. Dit kan via een subsidieprocedure op grond van de ASV of via een aanbestedingsprocedure voor sociale diensten.

Optie B1 – Subsidieprocedure via ASV met competitieve selectie
De gemeente organiseert een transparante subsidieverlening op grond van de ASV met een tender (open vraag, vooraf bekendgemaakte criteria). Meerdere aanbieders kunnen aanvragen indienen; De Schans mag deelnemen en heeft als zittende aanbieder een sterke uitgangspositie.

Mogelijke voordelen: voldoet volledig aan de mededingingsverplichting (Geobox), zorgvuldig en rechtmatig proces, stimuleert in theorie innovatie en kwaliteitsverbetering, brede legitimatie van de keuze, geen juridische risico's op keuze voor proces.
Mogelijke nadelen: prestaties niet afdwingbaar (subsidie-instrument), tijdsintensief traject (minimaal twaalf maanden), risico op discontinuïteit als De Schans niet wint (overdrachtsperiode nodig), organisatiekosten voor aanvraag en beoordeling, eisen aan procedure niet volledig uitgekristalliseerd in jurisprudentie, dus kans op bezwaar en beroep.

Optie B2 – Aanbestedingsprocedure sociale diensten (art. 2.32 Aw 2012)
De gemeente schrijft een aanbesteding uit voor de basisondersteuning via de procedure voor sociale en andere specifieke diensten. De drempelwaarde van € 750.000 is ruimschoots overschreden. Meerdere marktpartijen kunnen inschrijven.

Mogelijke voordelen: prestaties volledig afdwingbaar, maximale marktwerking, objectieve gunning op kwaliteit en prijs, juridisch meest robuuste route, mogelijkheid nieuwe aanbieders te selecteren die beter aansluiten bij de nieuwe criteria (preventie, impactmeting, gebiedsgerichtheid).
Mogelijke nadelen: zwaarste administratieve lasten, langste doorlooptijd, risico op discontinuïteit bij wisseling van aanbieder, onzekerheid over continuïteit van zeven jaar opgebouwde gebiedskennis en netwerken, proceduregevoelig met dure rechtszaken, maximale marktwerking.

Met vriendelijke groet,

[redacted]
Advocaat & Adviseur