

Juridische vraagstukken SPUK

Notitie naar aanleiding van de bijeenkomst van 9 juli 2021



Juridische vraagstukken SPUK

Notitie naar aanleiding van de bijeenkomst van 9 juli 2021

Mr. drs. T.H.G. (Tim) Robbe
Advocaat & Adviseur

19 juli 2021
Versie: 1.0

Inhoudsopgave

Samenvatting	4
1 Inleiding en vraagstelling.....	5
2 Afbakening van de juridische vraagstelling	7
3 Vorm: subsidie of overeenkomst?	10
3.1 Vrije keus subsidie of overeenkomst	10
3.2 Verschil subsidie en overeenkomst.....	11
4 Proces: nieuwe overeenkomst sluiten	13
4.1 Overheidsopdracht.....	13
4.2 Uitzonderingen.....	14
5 Proces: bestaande overeenkomst wijzigen	17
5.1 ‘Open systeem van afspraken’ en overheidsopdracht.....	17
5.2 Wezenlijke wijziging	17
5.3 Wezenlijke wijziging en SAS	18
5.4 Toch een wezenlijke wijziging?	19
6 Proces: subsidie	20
6.1 Schaarse subsidie?	20
6.2 Uitzonderingen.....	21
6.3 Uitvoeringsovereenkomst?	22
6.4 Staatssteun.....	22
7 Risico’s.....	24
7.1 Wat is een risico?	24
7.2 Risico bij overeenkomsten	24
7.3 Risico bij subsidies.....	24
7.4 Risicoanalyse	24

Samenvatting

Op 9 juli 2021 vond een digitale bijeenkomst plaats, waarin de vraag is behandeld hoe gemeenten die dat wensen, op rechtmatige wijze SPUK gelden kunnen uitkeren aan zelf aan te wijzen jeugdhulpaanbieders (dus zonder het toepassen van mededinging als verdelingsprincipe). Deze notitie is geschreven naar aanleiding van die bijeenkomst.

Uit de juridische analyse in deze notitie blijkt dat gemeenten een aantal opties hebben. Daarbij geldt wel dat zij lokaal en/of regionaal moeten onderzoeken of aan de voorwaarden voor deze opties is voldaan. Ook is een goede risicoanalyse nodig.

Een redelijke optie die gemeenten kunnen onderzoeken als zij een nieuwe overeenkomst willen sluiten, is de wettelijke uitzondering waarbij mededinging om technische redenen ontbreekt (par 4.2). Als gemeenten bestaande overeenkomsten met jeugdhulpaanbieders willen gebruiken, dan mag geen sprake zijn van een wezenlijke wijziging (par 5.2). Als gemeenten gebruik willen maken van een subsidie, dan lijkt het gebruik van een incidentele subsidie het meest voor de hand liggend (par 6.2). Mochten de genoemde opties niet mogelijk zijn of als gemeenten deze te riskant vinden, dan kunnen zij nog kiezen voor het sluiten van een nieuwe overeenkomst zonder aanbesteding en deze dan publiceren (par 4.2). Als andere belanghebbenden binnen 30 kalenderdagen geen bezwaar maken tegen het sluiten van deze overeenkomst, is deze aanbestedingsrechtelijk gezien onaantastbaar.

De juridische analyse is in deze notitie verder uitgewerkt.

1 **Inleiding en vraagstelling**

Het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (verder: VWS) stelt in de jeugdzorg zogenaamde specifieke uitkeringen beschikbaar (verder: SPUK gelden). Voor twee specifieke uitkeringen geldt dat coördinerende gemeenten samenwerken met specifieke jeugdhulpaanbieders. Namelijk voor de specifieke uitkering acute jeugd-ggz en specifieke uitkering vastgoedtransitie gesloten jeugdhulp.

Zie voor de tekst van de twee SPUK regelingen:

- 1) <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2021-34093.html>
- 2) <https://wetten.overheid.nl/BWBR0044113/2020-09-26>

Gemeenten zijn verantwoordelijk om de SPUK gelden in te zetten volgens de doelstelling waarvoor VWS deze uitkeert. Gemeenten naast de SPUK regeling bovendien nog gebonden aan andere wet- en regelgeving bij het uitkeren van de SPUK gelden aan jeugdhulpaanbieders. Het kan voor gemeenten om hun moverende redenen wenselijk zijn de SPUK gelden uit te keren aan de jeugdhulpaanbieders die bij hen de plannen indienden op basis waarvan de gemeenten de subsidie hebben aangevraagd. Het uitvoeren van een procedure waarbij mededinging het verdelingsprincipe is, is dan ongewenst. In dat geval kunnen immers ook andere dan voornoemde jeugdhulpaanbieders in aanmerking komen voor de SPUK gelden. De vraag is hoe één en ander juridisch vorm te geven. Deze notitie behandelt dan ook de volgende vraag:

Hoe kunnen gemeenten die dat wensen, op rechtmatige wijze de SPUK gelden uitkeren aan zelf aan te wijzen jeugdhulpaanbieders (dus zonder het toepassen van mededinging als verdelingsprincipe)?

Om een antwoord te formuleren, behandelt de notitie de volgende deelvragen:

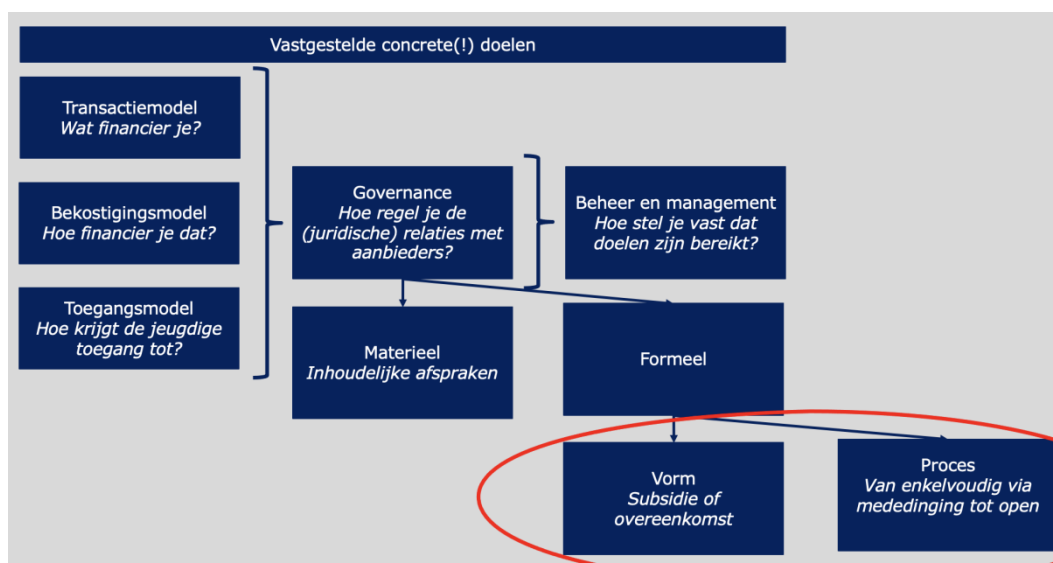
1. Wat is de afbakening van de juridische vraagstelling?
2. Is er een vrije keus tussen subsidie en overeenkomst?
3. In het geval van een overeenkomst, wat zijn opties voor gemeenten?
4. In het geval van een subsidie, wat zijn opties voor gemeenten?
5. Wat zijn de juridische risico's van de genoemde oplossingsrichtingen?

VWS en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (verder: VNG) organiseerden op 9 juli 2021 een digitale bijeenkomst voor gemeenten. Tijdens deze bijeenkomst zijn de hiervoor gestelde vragen beantwoord en gepresenteerd. De bijeenkomst is opgenomen. De opname is op te vragen bij de VNG.

Gemeenten die na het lezen van deze notitie en/of het (terug)kijken van de digitale bijeenkomst vragen hebben of diepgaander advies nodig hebben, kunnen deze stellen via spuk@victoradvocaten.nl. In het kader van de afspraken die gemaakt zijn tussen de gemeenten, VNG en VWS over de ondersteuning van coördinerende gemeenten bij het uitvoeren van SPUK regelingen, heeft VWS aangegeven deze advieskosten voor gemeenten te financieren.

2 Afbakening van de juridische vraagstelling

De vraag en het antwoord in deze notitie zien alleen op de juridische vorm en het juridische proces voor wat betreft de 'governance'. Hoewel keuzes voor vorm en proces van invloed kunnen zijn op wat gemeenten inhoudelijk (kunnen) afspreken met jeugdhulpaanbieders, ziet deze notitie niet (direct) op die afspraken.



Als gemeenten afspraken maken met jeugdhulpaanbieders, is het verstandig eerst concrete doelen of opgaven vast te stellen. Anders is onduidelijk waar de afspraken met de jeugdhulpaanbieders nu eigenlijk toe dienen. Het is ook verstandig deze doelen of opgaven te formuleren bij het uitkeren van SPUK gelden.

Als de doelen helder zijn, maken gemeenten op drie onderdelen inhoudelijke keuzes: 1) het transactiemodel, 2) het bekostigingsmodel en 3) het toegangsmodel. Het transactiemodel bepaalt wát gemeenten inkopen. Het gaat daarbij om de inspanning of het resultaat, het kwaliteitsniveau en de kostprijs. Het bekostigingsmodel bepaalt hóe gemeenten dat betalen. De bekostiging kan plaatsvinden op beschikbaarheid, prestatie, resultaat en/of populatie. Deze bekostigingsmodellen zijn gerelateerd aan de inspanningsgerichte, de outputgerichte en de taakgerichte uitvoeringsvarianten. Het toegangsmodel bepaalt hoe de jeugdige toegang krijgt tot de voorziening. Het gaat dan om de

inrichting van de 'toegang' qua organisatie en proces en de keuzevrijheid van jeugdigen.

Voorgaande keuzes landen in de 'governance': de wijze waarop gemeenten en jeugdhulpaanbieders afspraken vastleggen. Deze governance valt uiteen in een materieel en een formeel deel. Het materiële deel ziet op de inhoudelijke afspraken. Naast de keuzes onder 1, 2 en 3, gaat het daarbij om zaken als verantwoording en controle, hoofd- en onderaannemerschap, *et cetera*. Het formele deel valt zelf ook weer uiteen in twee delen: i) vorm en ii) proces. Voor wat betreft de vorm kunnen gemeenten – in principe - kiezen voor een (publiekrechtelijke) subsidie of een (privaatrechtelijke) overeenkomst. In het proces zijn de volgende keuzes – in principe - te maken:

Nr.	Proces	Beschrijving	Mededinging voor het verkrijgen van een subsidie of een overeenkomst? (M.a.w. er kunnen jeugdhulpaanbieders afvallen in het proces)
1	Enkelvoudig	De gemeente kiest zelf jeugdhulpaanbieders	Nee
2	Kwalitatieve toets	De gemeente beoordeelt aanvragen of inschrijvingen op vooraf getoetste kwalitatieve criteria. Jeugdhulpaanbieders met de beste aanvragen of inschrijvingen winnen.	Ja
3	(Omgekeerde) veiling	De gemeente veilt de subsidie of de overheidsopdracht. Jeugdhulpaanbieders die het meeste bieden binnen een budget of die de laagste prijs indienen winnen.	Ja
4.	Loting	De gemeente loot de subsidie of de overheidsopdracht. Jeugdhulpaanbieders die de gemeente 'inloot' winnen.	Ja
5.	Op volgorde van binnenkomst	De gemeente verleent subsidie of gunt overheidsopdrachten aan jeugdhulpaanbieders op volgorde van binnenkomst tot aan een plafond. Jeugdhulpaanbieders die als 'eerste' een aanvraag of inschrijving indienen, winnen.	Ja

6.	Evenredige verdeling	De gemeente honoreert alle geschikte aanvragen of inschrijvingen en verdeelt de subsidie of de overheidsopdrachten naar evenredigheid.	Ja (immers, in potentie krijgt niet elke jeugdhulpaanbieder wat hij aanvraagt of aanbiedt)
7.	Open	De gemeente honoreert alle geschikte aanvragen of inschrijvingen.	Nee (de mededinging vindt dan plaats in de uitvoering, bijvoorbeeld: jeugdige kiest een gesubsidieerde of gecontracteerde jeugdhulpaanbieder)
8.	Combinaties, bijvoorbeeld aanbesteden op EMVI/BPKV	Aanbesteden op economisch meest voordelige inschrijving (EMVI), beste prijs kwaliteit verhouding (BPKV) is een combinatie van proces 2 en 3 als prijs onderdeel is van gunningscriteria.	Ja

Hiervoor is steeds aangegeven dat de gemeente *in principe* keuzes heeft in de vorm en het proces bij het vastleggen van afspraken. Wet- en regelgeving kunnen deze keuzes beperken. Juist daarop ziet de gestelde vraag en deze notitie.

De Jeugdwet schrijft op dit moment bijvoorbeeld voor dat als gemeenten een overheidsopdracht aanbesteden, zij moeten aanbesteden op EMVI/BPKV (artikel 2.114 Aanbestedingswet 2012).

3 Vorm: subsidie of overeenkomst?

3.1 Vrije keus subsidie of overeenkomst

Voor wat betreft de vorm in de governance bestaat de keus uit 1) (publiekrechtelijke) subsidie en 2) (privaatrechtelijke) overeenkomst. Deze keus is niet aanwezig als wet- of regelgeving een vorm voorschrijven. De keus is ook niet aanwezig als de doorkruisingsleer van toepassing is.

Uit een analyse blijkt dat de keus tussen subsidie of overeenkomst niet is beperkt. Gemeenten zijn dus vrij in hun keus om voor uitkering van de SPUK gelden gebruik te maken van een subsidie of een overeenkomst.

- In de regelingen van VWS die zien op de SPUK gelden zijn geen beperkingen opgenomen voor gemeenten om te kiezen tussen een subsidie of een overeenkomst bij het uitkeren van deze gelden aan jeugdhulpaanbieders.
- De Jeugdwet verplicht gemeenten “*een kwalitatief en kwantitatief toereikend aanbod*” te organiseren “*om aan de taken als bedoeld in de (Jeugdwet) te kunnen voldoen*” (Artikel 2.6 lid 1 Jeugdwet). Daarvoor mogen gemeenten ‘derden’ inschakelen (de jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen). Uit de Jeugdwet vloeit daarbij verder geen verplichte vorm voort. Dit blijkt uit artikel 2.11 lid 2 Jeugdwet, waarin is opgenomen dat “***(i)ndien de levering van jeugdhulp of het uitvoeren van een kindbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering wordt aanbesteed, (...).*** Aanbesteden hangt samen met overheidsopdrachten en overheidsopdrachten zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel. Doordat de wetgever ‘indien’ gebruikt in de passage blijkt dat ook subsidies mogelijk zijn.
- De doorkruisingsleer bepaalt dat overheden, waaronder dus gemeenten, niet altijd vrij kunnen kiezen voor het privaatrecht (in dit geval de overeenkomst) als zij daarmee het publiekrecht (in dit geval de subsidie) doorkruist. De doorkruisingscriteria luiden:
 - o Sluiten wet- en/of regelgeving het gebruik van privaatrecht uit?
 - o Biedt het publiekrecht betere bescherming gezien de wijze waarop en mate waarin belangen van burgers zijn beschermd?
 - o Is een vergelijkbaar resultaat te behalen met de publiekrechtelijke regeling?

De doorkruisingscriteria zijn in deze kwestie geen probleem.

Voor uitgebreide informatie over de doorkruisingsleer, zie de publicatie van de VNG “doorkruisingsleer in perspectief” (link: <https://vng.nl/publicaties/de-doorkruisingsleer-in-perspectief>).

3.2 Verschil subsidie en overeenkomst

Het is verstandig kennis te nemen van het verschil tussen een subsidie en een overeenkomst. Hierover is veel literatuur te vinden, zowel wetenschappelijk als praktisch. Deze notitie beperkt het overzicht tot verschillen in de basis zoals ook terug te vinden in de wetgeschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb).

Subsidie	Overeenkomst
Levering niet aan bestuursorgaan	Levering aan bestuursorgaan, maar mag ook aan derden
Verstrekke bedrag niet hoger dan de kosten	Verstrekke bedrag mag hoger zijn dan de kosten
Bestuursorgaan bepaalt inhoud van de activiteiten niet	Bestuursorgaan kan inhoud van de activiteiten bepalen
Derde dient met activiteiten een meer abstract algemeen belang	Derde hoeft met activiteiten niet een meer abstract algemeen belang te dienen
Activiteiten niet uitgevoerd? Nakoming vorderen niet mogelijk. Wel terugvordering subsidie mogelijk.	Activiteiten niet uitgevoerd? Nakoming vorderen mogelijk.

Let op dat het hier steeds gaat om aanwijzingen dat sprake is van een subsidie of een overeenkomst. De wijze waarop de gemeente werkelijk inhoud geeft aan een rechtsverhouding bepaalt uiteindelijk of sprake is van een subsidie of overeenkomst.

Het belangrijkste verschil tussen een subsidie en een overeenkomst is opgenomen in de laatste rij: het kunnen vorderen van nakoming van gefinancierde activiteiten. Bij een subsidie is dit niet mogelijk. Als de subsidieontvanger activiteiten niet uitvoert, kan de gemeente daartoe ook niet dwingen. De gemeente kan dan alleen subsidie (naar rato) terugvorderen of niet uitkeren. Bij een overeenkomst kan de gemeente wel nakoming vorderen van de activiteiten.

In feitelijke situaties kan voorgaande echter tot dezelfde resultaten leiden. Als een jeugdhulpaanbieder als subsidieontvanger niet levert, haalt de gemeente de gelden terug en kan dan een andere jeugdhulpaanbieder financieren. Als een jeugdhulpaanbieder als contractant niet levert, vordert de gemeente nakoming.

Komt de jeugdhulpaanbieder niet na, dan kan de gemeente uiteindelijk schadevergoeding vorderen om een andere jeugdhulpaanbieder te financieren.

Verdere literatuur:

P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, Hoofdstukken van Privaatrechtelijk overheidshandelen – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 391-396. ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1073. Zie ook de annotatie van Den Ouden (AB 2015/309).

4 **Proces: nieuwe overeenkomst sluiten**

4.1 **Overheidsopdracht**

Als de gemeente kiest voor een overeenkomst, dan kan zij een nieuwe overeenkomst sluiten of een bestaande overeenkomst wijzigen. In een overeenkomst leggen gemeente en jeugdhulpaanbieder wederzijdse verbintenissen vast. De gemeente keert de SPUK gelden uit als de jeugdhulpaanbieder een bepaalde prestatie levert. De jeugdhulpaanbieder levert een bepaalde prestatie als de gemeente de SPUK gelden uitkeert. Dit is een wederkerige overeenkomst.

Als de gemeente een nieuwe overeenkomst sluit, is het aanbestedingsrecht relevant. Een nieuwe overeenkomst voldoet namelijk vrijwel zeker aan de definitie van een overheidsopdracht voor diensten. Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 (verder: Aw) luidt: *“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 (...) diensten (...)”*.

De gemeente zet de overeenkomst zeker op schrift. De gemeente is bovendien een aanbestedende dienst: *“de staat, een provincie, **een gemeente**, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen”* (artikel 1.1 Aw). Jeugdhulpaanbidders zijn aan te merken als dienstverleners: *“een ieder die diensten op de markt aanbiedt”* (artikel 1.1 Aw). Een overeenkomst onder bezwarende titel is een overeenkomst waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie. Bij wederkerige overeenkomsten is sprake van een dergelijke verbintenis.

Voor de bezwarende titel, zie onder andere: HvJ EU 18 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:843 (IBA Molecular)

Een Europese aanbestedingsprocedure is voorgeschreven als de geraamde waarde van de overheidsopdracht boven de zogenaamde Europese drempelwaarde ligt (artikel 2.1 Aw). Naar verwachting ligt de uitkering van de SPUK gelden bij gemeenten boven deze drempelwaarde.¹ Een Europese aanbestedingsprocedure is dan voorgeschreven.

¹ Ongeacht of de gemeente de overheidsopdracht aanmerkt als een opdracht voor sociale en specifieke diensten (SAS) of niet. Reguliere overheidsopdrachten kennen een drempelwaarde van EUR 214.000,00 excl. BTW. Overheidsopdrachten voor SAS kennen een drempelwaarde van EUR 750.000,00 excl. BTW.

Alle Europese aanbestedingsprocedures, ook die voor SAS diensten, verdelen overheidsopdrachten via het principe van mededinging. Het op kunstmatige wijze beperken van de mededinging is niet toegestaan (artikel 1.10a Aw).

4.2 Uitzonderingen

De vraag is hoe gemeenten SPUK gelden rechtmatig kunnen uitkeren aan zelf gekozen jeugdhulpaanbieders, dus zónder deze te verdelen via het principe van mededinging. Gezien de conclusie dat sprake is van een Europees aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, kan de gemeente dit alleen doen door een uitzondering uit de wet- en regelgeving in te roepen.

Vooralsnog lijken twee uitzonderingen (waarvan er slechts één een werkelijke uitzondering is) bruikbaar:

- Stellen dat de mededinging vanwege technische redenen ontbreekt (artikel 2.32 lid 1 sub b no. 2 Aw);
- Vrijwillig publiceren van een gegunde overheidsopdracht die de gemeente eigenlijk Europees had moeten aanbesteden (artikel 4.15 lid 2 sub a eerste streepje Aw).

Uitzondering 1

Als de mededinging om technische redenen ontbreekt, dan mag de gemeente de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging voeren. Feitelijk betekent dit dat de gemeente direct zelf jeugdhulpaanbieders kan kiezen en daaraan een overheidsopdracht mag gunnen (uiteraard alles binnen beginselen van behoorlijk bestuur). Het is van belang dat gemeenten ervan doordrongen zijn dat uitzonderingen in het aanbestedingsrecht altijd een strikte interpretatie kennen. Ook het toepassen van deze uitzondering vraagt dus gedegen onderzoek en een glasheldere motivering bij een beroep erop.

De mededinging ontbreekt 'om technische redenen' als het bijvoorbeeld voor andere jeugdhulpaanbieders technisch onhaalbaar is de vereiste prestaties te leveren, andere jeugdhulpaanbieders de specifieke deskundigheid en middelen missen of specifieke eisen gelden waaraan moet zijn voldaan om de jeugdzorg niet in gevaar te brengen. Hieruit volgt dat geen redelijk alternatief of substituut beschikbaar is voor de opdracht en dat het ontbreken van de mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht.

Zie ook rechtbank Midden-Nederland van 18 juni 2020 ECLI:NL:RBMNE:2020:2212. Het gaat hierin om een ICT aanbesteding in de nuts-sector, maar de redenering is vergelijkbaar.

De redenering is mogelijk toe te passen op de uitkering van SPUK gelden. Daarbij zijn verschillende argumenten te geven, die gemeenten dan in samenhang kunnen uitwerken in een motivering. Een mogelijke samengestelde(!) argumentatie voor de SPUK gelden acute JGGZ luidt bijvoorbeeld dat het technisch onhaalbaar is voor andere jeugdhulpaanbieders op de gewenste schaal de jeugdhulp te leveren, dat zij de specifieke, benodigde crisis-deskundigheid missen en dat te grote versnippering van de uitvoering juist niet leidt tot het oplossen van gesignaleerde problematiek. Een mogelijke argumentatie voor de SPUK gelden vastgoed luidt dat het technisch onhaalbaar is voor andere jeugdhulpaanbieders de opdracht om vastgoed te transformeren is uit te voeren omdat deze niet over het vastgoed beschikken (of in deze mate daarover beschikken) om die transformatie uit te voeren. Deze argumentaties zijn voorbeelden. De gemeente moet op basis van een lokale en regionale feitelijke analyse vaststellen of werkelijk is voldaan aan de voorwaarden voor het inroepen van de uitzondering. Juridisch gezien ligt ook de bewijslast bij de gemeente. Een risicoanalyse en dossiervorming zijn daarom aangewezen.

De voorgaande redenering geldt ook als de gemeente een beroep wil doen op de uitzondering waarin mededinging ontbreekt door het bestaan van uitsluitende rechten (artikel 2.32 lid 1 sub b no. 3 Aw). In dat geval moet de gemeente natuurlijk wel kunnen bewijzen dat ook werkelijk sprake is van te respecteren uitsluitende rechten. In de SPUK gelden vastgoed zou een argumentatie kunnen zijn dat de jeugdhulpaanbieders eigenaar of huurder zijn van het vastgoed waarop de problematiek ziet waarvoor de SPUK gelden beschikbaar komen.

Uitzondering 2

Uitzondering 2 is eigenlijk geen uitzondering. In dit geval erkent de gemeente dat zij een overheidsopdracht Europees moet aanbesteden, maar motiveert zij waarom zij dat in dit specifieke geval niet doet. De Aw biedt vervolgens de gemeente de mogelijkheid de aankondiging van de gegunde overheidsopdracht te publiceren met daarbij de rechtvaardiging voor het uitblijven van een Europese aanbestedingsprocedure. Belanghebbenden krijgen vervolgens 30 kalenderdagen de tijd, gerekend vanaf de dag na publicatie, om bezwaar te maken. Als een belanghebbende bezwaar maakt, zal de gemeente vrijwel zeker alsnog Europees moeten aanbesteden.

Let op dat in de wettekst staat dat het gaat om een 'gegunde overheidsopdracht'. Dat wil zeggen dat duidelijk moet zijn wat de overeenkomst precies inhoudt. Dat is ook logisch, anders weten belanghebbenden niet waar zij bezwaar tegen (kunnen) maken. Het is dus niet voldoende te publiceren dat de gemeente van plan is een overeenkomst te sluiten met bepaalde jeugdhulpaanbieders, zonder duidelijk te verwoorden wat die overeenkomst dan inhoudt.

Hoewel de overeenkomst na 30 kalenderdagen aanbestedingsrechtelijk gezien onaantastbaar is, blijft het de vraag of deze rechtmatig is. Een accountant kan bijvoorbeeld nog steeds menen dat de overeenkomst weliswaar onaantastbaar is, maar dat deze nog steeds niet op rechtmatige wijze (want niet Europees aanbesteed) is gesloten. Het is daarom verstandig de accountant vooraf te betrekken bij het gebruiken van deze 'uitzondering'.

Als de gemeente deze 'uitzondering' gebruikt, maar er komt een bezwaar van een belanghebbende, dan is het moeilijker voor de gemeente nog aan te tonen dat andere uitzonderingen genoemd in deze notitie mogelijk zijn. In dat geval zal vermoedelijk een zwaardere bewijslast op de gemeente liggen om aan te tonen dat aan de voorwaarden voor die uitzondering is voldaan. En dat dus geen sprake is van het 'ontwijken' of 'ontduiken' van een Europese aanbestedingsplicht waarvan de gemeente dan eerder erkende dat deze bestaat.

5 **Proces: bestaande overeenkomst wijzigen**

5.1 **'Open systeem van afspraken' en overheidsopdracht**

In plaats van een nieuwe overeenkomst kan de gemeente ook een bestaande overeenkomst wijzigen. In dit geval is die keus ook weer beperkt door wet- en regelgeving.

Als de bestaande overeenkomsten zijn gesloten als een 'open systeem van afspraken' ('open house'), dan is het **niet mogelijk** deze zo te wijzigen dat de gemeente zelf een beperkt aantal jeugdhulpaanbieders aanwijst. Het kenmerk van een 'open systeem van afspraken' is immers dat de gemeente met elke jeugdhulpaanbieder die voldoet aan bepaalde voorwaarden voor een opdracht en daarmee akkoord gaat, een overeenkomst sluit. Het is vervolgens een ander dan de gemeente, - in de praktijk vaak de jeugdige zelf - die uiteindelijk bepaalt welke jeugdhulpaanbieder ook daadwerkelijk de jeugdhulp levert.

Voor 'open systeem van afspraken', zie: HvJ EU 2 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:399 (Falk/DAK) en HvJ EU 1 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:142 (Tirkkonen)

Als de bestaande overeenkomsten een overheidsopdracht zijn, en deze dus eerder Europees zijn aanbesteed, dan stelt artikel 2.163a Aw dat het zogenaamd 'wezenlijk' wijzigen van de overheidsopdracht niet mogelijk is zonder nieuwe Europese aanbesteding. De gemeente die de uitkering van de SPUK gelden in de vorm van een aanvullende opdracht willen toevoegen aan een lopende overeenkomst, doen er dus verstandig aan vast te stellen en vast te leggen dat géén sprake is van een wezenlijke wijziging.

5.2 **Wezenlijke wijziging**

In hoofdstuk 2.5 van de Aw zijn verschillende situaties beschreven waarin géén sprake is van een wezenlijke wijziging (artikelen 2.163b tot en met 2.163f Aw) en wanneer daarvan wel sprake is (artikel 2.163g Aw). Uit de verschillende artikelen blijkt dat vrij snel sprake is van een wezenlijke wijziging. Dat blijkt alleen al uit onderstaande twee voorbeelden.

Een wijziging is in ieder niet wezenlijk als het met de waarde van de wijziging gepaard gaande bedrag lager is dan 10% van de totale opdrachtwaarde – in het geval van diensten - én lager dan de van toepassing zijnde drempelwaarde (EUR 214.000,00 excl. BTW of EUR 750.000,00 excl. BTW)(artikel 2.163b Aw). Gezien de

bedragen die gemoeid zijn met de uitkering van de SPUK gelden, ligt het in de verwachting dat de gemeente deze bedragen overschrijdt.

Een wijziging is ook niet wezenlijk als deze is ondergebracht in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules (artikel 2.163c Aw). Dit betekent dat de gemeente en de betreffende jeugdhulpaanbieders in de overeenkomst al opties moeten hebben opgenomen die omvang, aard en voorwaarden beschrijven van die opties. Die opties moeten het dan mogelijk maken dat door de gemeente geselecteerde jeugdhulpaanbieders die al een overeenkomst hebben, specifiek de opdracht uitvoeren om in aanmerking te komen voor de SPUK gelden. De opdracht die deze jeugdhulpaanbieders al uitvoeren mag bovendien niet in algemene zin veranderen door de wijziging. Vraag is of de gemeente in bestaande overeenkomsten dus dit soort clausules heeft opgenomen.

Een wijziging is niet wezenlijk als – onder andere - de behoefte aan de wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien (artikel 2.163e Aw). Het is lastig te beargumenteren dat de omstandigheden van wachtlijsten in de acute JGGZ en van vastgoedproblematiek in de gesloten jeugdhulp niet voorzienbaar waren voor gemeenten. De problematiek speelt immers al een hele tijd. Juist daarom komen de SPUK gelden beschikbaar.

Uiteindelijk is het aan de gemeente zelf om te beoordelen of een voorgestelde wijziging van een bestaande overeenkomst wezenlijk is of niet. Daarvoor is een analyse nodig van de eigen overeenkomst en de gewenste wijziging in relatie tot hoofdstuk 2.5 Aw.

5.3 Wezenlijke wijziging en SAS

De meeste overeenkomsten in de jeugdzorg die Europees zijn aanbesteed, zijn aanbesteed volgens de zogenaamde SAS procedure (artikel 2.38 en 2.39 Aw). In artikel 2.39 lid 2 Aw is opgenomen dat ‘bij het toepassen van de procedure’ slechts bepaalde paragrafen uit de Aw van toepassing zijn. Hoofdstuk 2.5 noemt de wet daarbij niet. Hierdoor is in de praktijk de misvatting ontstaan dat hoofdstuk 2.5 niet van toepassing is op overheidsopdrachten aanbesteed met een SAS procedure. Het betreffende artikellid ziet echter op onderdelen van de wet die gelden als de gemeente *de SAS procedure toepast*. Hoofdstuk 2.5 Aw ziet op *de overheidsopdracht die daaruit voortvloeit*, zoals die uit alle aanbestedingsprocedures voortvloeit. Hoofdstuk 2.5 is dus óók van toepassing op

overeenkomsten die als overheidsopdracht Europees zijn aanbesteed volgens de SAS procedure.

5.4 Toch een wezenlijke wijziging?

Als de gemeente de wijziging doorvoert en uiteindelijk blijkt toch sprake te zijn van een wezenlijke wijziging, dan is sprake van een nieuwe overheidsopdracht die de gemeente Europees had moeten aanbesteden.

6 Proces: subsidie

6.1 Schaarse subsidie?

Als de gemeente niet kiest voor een overeenkomst, maar voor een subsidie, dan is gezien de vraag het leerstuk van de schaarse subsidies een belangrijk onderwerp. Voor wat betreft subsidies geldt dat in algemene zin sprake is van schaarse subsidies als de som van de omvang van potentiële aanvragen het beschikbare subsidiebedrag overtreft. Dit veronderstelt dan dat de gemeente vooraf het totale subsidiebedrag beperkt omdat alleen in dat geval zich namelijk de situatie kan voordoen dat de totale omvang van de potentiële aanvragen het subsidiebedrag overtreft.

Als sprake is van een schaarse subsidie, dan geldt in Nederland sinds 2016 de zogenaamde ‘mededingingsnorm’ gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel. Deze norm blokkeert het door de gemeente ‘enkelvoudig’ verlenen van subsidies aan jeugdhulpaanbieders. De gemeente is namelijk in de regel verplicht om het beschikbare subsidiebedrag dan te verdelen onder potentiële gegadigden via een procedure met mededinging (zie de verdelingsprocessen in hoofdstuk 2).

Verdere literatuur:

F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, Schaarse publieke rechten, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Zie voor schaarse rechten en de mededingingsnorm: ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595.

Uit bestudering van de literatuur en jurisprudentie volgt dat de mededingingsnorm in ieder geval van toepassing is op wettelijke subsidies, dat wil zeggen subsidies verleend op basis van een wettelijk voorschrift, zoals door een bestuursorgaan vastgestelde subsidieregeling (bijvoorbeeld een Algemene subsidieverordening). Gemeenten kunnen daarbij een subsidieplafond vaststellen en zijn dan verplicht de wijze van verdelen bekend te maken (artikel 4:25 en 4:26 Awb).

Het is nog niet vastgesteld dat de mededingingsnorm ook van toepassing is op zogenaamde ‘buitenwettelijke subsidies’ zoals de incidentele subsidie (4:23 lid 3 sub d Awb) en de begrotingssubsidie (4:23 lid 3 sub c Awb). Bestuursorganen kunnen deze subsidies verlenen zonder wettelijk voorschrift. De Awb creëert zelf

die mogelijkheid. Deze twee uitzonderingen zijn hierna uitgewerkt. Het is aan de gemeente om bij het gebruiken van deze subsidievarianten goed de voorwaarden daarvoor in acht te nemen.

6.2 Uitzonderingen

Uitzondering 1

Een incidentele subsidie is niet incidenteel simpelweg omdat gemeenten dat zo noemen. Een incidentele subsidie is een subsidie voor een beperkt aantal jeugdhulpaanbieders en is beperkt in de tijd (maximaal 4 jaar). Bij deze subsidievariant moet daarnaast, zoals de naam al stelt, sprake zijn van 'incidentele activiteiten'. Uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat eenmalige subsidies voor bepaalde projecten met een beperkte aantal ontvangers onder het begrip 'incidentele activiteiten' valt. De wetgever geeft als voorbeeld het verlenen van een starterssubsidie voor een onderneming die bepaalde unieke activiteiten ontplooit. Die starterssubsidie mag echter weer niet vallen onder algemeen startersbeleid, omdat in dat geval geen sprake meer is van incidentele activiteiten, maar staand beleid om starters te financieren.

Als de gemeente gebruik wil maken van een incidentele subsidie, moet zij dan ook motiveren dat activiteiten die zij financiert met de SPUK gelden 'incidenteel' zijn. Hierbij kan de gemeente argumenten gebruiken zoals deze al zijn genoemd in paragraaf 4.2, uitzondering 1 (mededinging ontbreekt door technische redenen).

Hoewel er nog geen jurisprudentie voorhanden is, lijkt de literatuur het standpunt in te nemen dat de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte bij incidentele subsidies niet aanwezig is.

Uitzondering 2

Een begrotingssubsidie is een subsidie waarbij de gemeente activiteiten op de begroting plaatst, een plafond daarbij noemt en jeugdhulpaanbieders aanwijst. In dit geval gaat het volgens de wetgever ook om een beperkt aantal jeugdhulpaanbieders dat de activiteiten kan uitvoeren. Daarnaast stelt de wetgever dat door democratische controle op de besteedde gelden geen verder wettelijk voorschrift (een subsidieregeling) nodig is.

Als de gemeente gebruik wil maken van een begrotingssubsidie, moet zij ook hier motiveren waarom bepaalde jeugdhulpaanbieders de SPUK gelden ontvangen –

en waarom dit aantal beperkt is - voor het verrichten van op de begroting genoemde activiteiten.

Ook hier geldt dat nog geen jurisprudentie voorhanden is. De literatuur is voor begrotingssubsidies echter minder eenduidig in het standpunt voor wat betreft de verplichting mededingingsruimte te creëren.

Verdere literatuur:

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

T.H.G. Robbe, 'Hoe verdeel je een chocoladetaart? Een kritische beschouwing van de "mededingingsnorm" bij het verdelen van schaarse (publieke) rechten', Nederlands Tijdschrift Bestuursrecht, oktober 2019, nr.8

E.M.J Hardy en L.W. Verboekt, 'Prematuur over het primaat: (reactie op: T.H.G. Robbe, 'Hoe verdeel je een chocoladetaart?'" Nederlands Tijdschrift Bestuursrecht, maart 2020, nr. 3.

J. Wolswinkel, 'Begroten is verdelen: verdelingsrecht voor schaarse subsidies', in: L.W. Verboeket, J.E. van den Brink, A. Drahmman, M.J. Jacobs, R. Ortle, Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

6.3 Uitvoeringsovereenkomst?

Voor de uitvoering van een subsidie, kan de gemeente nog een uitvoeringsovereenkomst sluiten (4:36 Awb). Hoewel de uitvoeringsovereenkomst is geregeld in de Awb, is dit een overeenkomst die valt onder het privaatrecht. In deze overeenkomst kan de gemeente vastleggen dat zij bij de subsidieontvanger nakoming kan vorderen van de gesubsidieerde activiteiten. Als de gemeente dit echter doet, voldoet de rechtsverhouding (subsidie en uitvoeringsovereenkomst) weer aan de definitie van een overheidsopdracht (zie hoofdstuk 3). Het aanbestedingsrecht is dan – naast het subsidierecht – van toepassing.

6.4 Staatssteun

Het is verstandig voor gemeenten om nog te toetsen of de uitkering van SPUK gelden aan jeugdhulpaanbieders is aan te merken als verboden staatssteun. Er is sprake van staatssteun als voldaan is aan de volgende cumulatieve criteria (artikel 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie):

- de steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht;
- de steun wordt door staatsmiddelen bekostigd;
- deze staatsmiddelen verschaffen een economisch voordeel dat niet via normale commerciële weg zou zijn verkregen (non-marktconformiteit);
- de maatregel is selectief: het geldt voor één of enkele ondernemingen, een specifieke sector/regio;
- de maatregel vervalst de mededinging (in potentie) en (dreigt te) leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU.

Het verlenen van verboden staatssteun is uiteraard onrechtmatig. De Europese Commissie kan de lidstaat Nederland aanspreken als gemeenten verboden staatssteun verlenen. In de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie zijn echter voorbeelden te vinden waaruit blijkt dat het risico op staatssteun bij het uitkeren van de SPUK gelden aan lokale en regionale jeugdhulpaanbieders beperkt is. De Europese Commissie bepaalde namelijk in een drietal zaken dat steun aan lokale en regionale zorginstellingen de mededinging (in potentie) niet vervalst en ook niet (dreigt te) leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU.

Zie: SA.37432 (Openbare ziekenhuizen in Hradec Králové), SA.37904 (Medisch centrum in Durmersheim) en SA.38035(Landgrafen-Klinik).

Naast deze beschikkingenpraktijk is het zeer wel mogelijk dat de activiteiten die gemeenten financieren vallen onder het zogenaamde Vrijstellingsbesluit 2012. Het is aan de gemeente om te beoordelen of in het specifieke geval daaraan is voldaan.

Besluit van de Commissie van 20 december 2011 (2012/21/EU) ('Vrijstellingsbesluit 2012'. Link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012D0021&from=EL>

7 **Risico's**

7.1 Wat is een risico?

Een risico is de kans dat een situatie zich voordoet vermenigvuldigd met de impact van die situatie. De kans is bijvoorbeeld in te schatten als vrijwel zeker (3), waarschijnlijk (2) en onwaarschijnlijk (1). De impact van een situatie is in te schatten als groot (3), gemiddeld (2) en klein (1). Door risico's op deze wijze in kaart te brengen, kunnen gemeenten enerzijds nadenken over beheersmaatregelen op de kans en/of de impact. Anderzijds kunnen zij weloverwogen de risico's afwegen die met een besluit gepaard gaan.

7.2 Risico bij overeenkomsten

Wat is het **juridisch** risico als gemeenten een nieuwe overeenkomst sluiten of een bestaande overeenkomst wezenlijk wijzigen, in strijd met het aanbestedingsrechtelijk kader?

Artikel 4.15 lid 1 sub a jo. lid 2 sub b Aw maakt het mogelijk voor belanghebbenden om binnen zes kalendermaanden gerekend vanaf de datum na het sluiten van de overeenkomst, een vordering tot vernietiging daarvan in te stellen bij de rechtbank. Als de rechter deze vordering toewijst, dan leidt vernietiging van de overeenkomst tot nietigheid. Er is dan geen rechtsgrondslag meer voor de transactie.

7.3 Risico bij subsidies

Wat is het **juridisch** risico als gemeenten een subsidie verlenen in strijd met het subsidierechtelijk kader?

Belanghebbenden kunnen in bezwaar, beroep en hoger beroep gaan tegen het subsidiebesluit. Hoewel dit geen schorsende werking heeft, kan de rechter uiteindelijk een (hoger) beroep gegrond verklaren en vervolgens het besluit vernietigen. Vernietiging leidt in dit geval – tenzij de rechter anders bepaalt – tot vernietiging van de rechtsgevolgen. Er is dan ook hier geen rechtsgrondslag meer voor de transactie.

7.4 Risicoanalyse

Het is verstandig als gemeente zelf, op basis van lokale en regionale feiten, gegevens en belangen een risicoanalyse te maken. Voor wat betreft het juridische risico geldt daarbij de volgende formule:

$$jR = (Kp \times (Kva \times Iva))$$

jR = juridisch risico

Kp = kans dat een belanghebbende een juridische procedure start

Kva = kans dat een rechter de belanghebbende in het gelijk stelt

Iva = de impact van een vonnis/arrest

Voorbeeld: als de gemeente de kans dat een belanghebbende een procedure inschat als laag (1), de kans dat een rechter de belanghebbende in het gelijk steelt hoog inschat (3) en de impact van een vonnis/arrest als gemiddeld (2), dan leidt dit tot de volgende uitkomst:

$$(1 \times (3 \times 2)) = 6 \text{ op een maximum } jR \text{ van } (3 \times (3 \times 3)) = 27.$$

Het is vervolgens aan politiek en bestuur om dit risico politiek-bestuurlijk in te schatten en te besluiten het wel of niet te nemen.

Gemeenten die na het lezen van deze notitie en/of het (terug)kijken van de digitale bijeenkomst vragen hebben of diepgaander advies nodig hebben, kunnen deze stellen via spuk@victoradvocaten.nl. VWS heeft aangegeven de advieskosten te financieren. In het kader van de afspraken die gemaakt zijn tussen de gemeenten, VNG en VWS over de ondersteuning van coördinerende gemeenten bij het uitvoeren van SPUK regelingen, heeft VWS aangegeven deze advieskosten voor gemeenten te financieren.

Victor Advocaten & Adviseurs is gevestigd aan de Keesomstraat in Alkmaar. Vandaar ook onze naam. Alkmaar was de eerste stad in Nederland die succesvol in opstand kwam tegen de Spaanse Koning en zo de weg naar Nederlandse onafhankelijkheid inleidde.

Die strijdbaarheid, onafhankelijkheid en eigenzinnigheid kenmerkt ook ons kantoor. Daarom zijn wij vaak al betrokken bij zaken waar andere advocaten nog niet betrokken zijn (adviseren, projectmanagement, interim) en gaan wij verder waar normale consultants het moeten laten afweten (procederen). Met onze manier van werken leveren wij daarom een effectieve bijdrage aan de algemene doelstellingen en resultaten die onze cliënten willen bereiken, of die nu commercieel, politiek of persoonlijk zijn.