



[Visiedocument 8 Subsidie of overheidsopdracht?](#)

[PIANOo - Expertisecentrum aanbesteden](#)

- [Contact](#)
- [Help](#)
- [English](#)
- [Sitemap](#)
- [Aanmelden voor nieuwsbrief](#)
- [Links](#)

- [Home](#)
- [Actueel](#)
- [Praktijk & tools](#)
- [Thema's](#)
- [Inkoopproces](#)
- [Regelgeving](#)
- [Over PIANOo](#)

- [Medewerkers](#)
- [Bijeenkomsten](#)
- [Vakgroepen](#)
 - [Vakgroep Aanbestedingsrecht](#)
 - [Vakgroep Inkoopmanagement Publieke Sector](#)
- [Leergang Aanbestedingsrecht](#)
- [Publicaties](#)
- [Online instrumenten](#)

[Home](#) :: [Over PIANOo](#) :: [Vakgroepen](#) :: [Vakgroep Aanbestedingsrecht](#) :: [Visie 8: Subsidie of overheidsopdracht?](#)

Visie 8: Subsidie of overheidsopdracht?

Aanbestedende diensten worstelen regelmatig met de vraag of een bepaalde rechtsverhouding een aanbestedingsplichtige opdracht (civiele rechtsverhouding) is of een meer (vaak vrijblijvendere) bestuursrechtelijke subsidieverhouding. (december 2010)

Daarnaast speelt de vraag of de verstrekking van een subsidie waarbij de ontvanger bijvoorbeeld uitvoeringsverplichtingen op zich neemt niet dezelfde kenmerken vertoont als een aanbestedingsplichtige opdracht.

Met deze visie wil de PIANOo-vakgroep Aanbestedingsrecht de wezenlijke verschillen die er zijn tussen subsidies en opdrachten verduidelijken. Verder geeft de vakgroep overheidsinkopers enkele handvatten en een praktijkvoorbeeld om te kunnen beoordelen of een bepaalde rechtsverhouding zich (vooral) kwalificeert als opdracht of als subsidie.

Inleiding

Onderscheid tussen subsidies en (overheids)opdrachten is niet alleen juridisch relevant voor het van toepassing zijnde rechtskader, maar ook inkooptechnisch belangrijk. Bijvoorbeeld bij de vormgeving van stimuleringsmaatregelen (ook nu in tijden van financiële en economische crisis).

Wanneer moeten subsidies worden aanbesteed?

1. Op het moment dat een subsidie zich kwalificeert als een overheidsopdracht, is in principe de aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG) van toepassing en dient de opdracht (Europees) aanbesteed te worden.
2. Indien een concrete rechtsverhouding geen overheidsopdracht maar louter een zuivere subsidie met zich meebrengt, zijn met name de Europese staatssteunregels en (de subsidietitel van) de Algemene wet bestuursrecht (Awb) relevant.

Niet nakomen van Europese aanbestedingsregels kan tot diverse sancties leiden zoals een door de rechter opgelegd gebod tot staking van de uitvoering en aanbesteding, schadevergoeding, vernietiging van de overeenkomst, onthouding van een goedkeurende accountantsverklaring etc. Daarnaast kan niet nakomen van aanbestedingsregels in de praktijk soms leiden tot civiele schadevergoedingsacties van benadeelden, administratieve kosten voor het herstel van fouten of het voeren van nieuwe aanbestedingsprocedures. Oneigenlijk gebruik - bewust of onbewust - van het subsidie of opdrachtinstrumentarium dient derhalve zoveel mogelijk te worden voorkomen.

Omdat overheids subsidies op vele verschillende manieren worden vormgegeven en/of verleend is het moeilijk een algemene uitspraak te doen over het feit of een - in principe - bestuursrechtelijke subsidie zodanig is ingericht dat deze meer richting een opdracht (inclusief het privaatrechtelijke karakter daarvan) neigt. De uiteindelijke beslissing of een (financiële) transactie/handeling door de overheid zich kwalificeert als een opdracht of subsidie ligt dan ook altijd bij de

betreffende overheid.

Inhoud

[Definitiekader](#)

[Juridische en inkooptechnische verschillen](#)

[Belangrijke vragen bij het achterhalen van verschillen](#)

[De beoordelingscriteria toegepast in een praktijkvoorbeeld](#)

[Meer informatie](#)

Definitiekader

Zowel de Europese aanbestedingsrichtlijn als het (nationale) Burgerlijk Wetboek kennen definities van het begrip opdracht. Deze luiden als volgt:

Overheidsopdracht (artikel 1 lid 2 onder a Europese aanbestedingsrichtlijn 2004/18) = Schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten is gesloten en die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van de richtlijn.

Opdracht (boek 7 titel 7 BW (artikel 400) = de 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 uit iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

Een overeenkomst is volgens artikel 213 van Boek 6 BW 'een meezijdige rechtshandeling waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan'. Een Europeesrechtelijke definitie van 'subsidie' ontbreekt. Wel kent het Europees recht verschillende Europese subsidiefondsen en is het staatssteunrecht in zijn algemeen toegeschreven op o.m. subsidieverlening.

Artikel 4:21 Awb definieert subsidie als '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'.

Schematisch levert het tegenover elkaar zetten van de bovenstaande bruikbare definities van overheidsopdracht en subsidie het volgende op:

Overheidsopdracht (richtlijn 2004/18)	Subsidie (AWB)
Schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel	Aanspraak op financiële middelen
Tussen ≥ 1 ondernemers en ≥ 1 aanbestedende diensten gesloten	Door een bestuursorgaan verstrekt
Die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of het verlenen van diensten	Met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager
	Anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten

Juridische en inkooptechnische verschillen tussen overeenkomst en subsidie

Denkrichting in het schematisch overzicht met verschillen tussen overeenkomst (na opdracht) en subsidie is dat als vele aspecten uit de linkerkolom zich in de te onderzoeken situatie voordoen, en weinig uit de rechterkolom, er waarschijnlijk sprake is van een overheidsopdracht. Wanneer er sprake is van een grote vermenging van kenmerken uit de linker- en rechterkolom dan wordt in de praktijk vaak gekozen voor subsidie. Bedenk echter dat geen enkel criterium op zichzelf beschouwd doorslaggevend is.

[Schematisch overzicht](#)

Belangrijke vragen bij het achterhalen van verschillen

Om vast te stellen of sprake is van een subsidie of opdracht, zijn onder meer de volgende vijf vragen relevant (tussen haakjes staat aangegeven onder welke punten in het schema (elementen van) deze vragen aan de orde komen):

- Hoe is het verband tussen betaling en prestatie? (zie de punten 2, 3, 9 en 10)
- Van wie is het initiatief uitgegaan? (zie punt 8)
- Welk belang wordt gediend? Wat is het doel van de activiteit? (zie punt 3)
- Is er sprake van commerciële activiteiten (winst, kostprijs, onderneming, concurrentie)? (zie punten 6, 12 en 13)
- Zijn er derden bij het project betrokken? (zie ook punten 3 en 14)

[Vijf vragen bij het achterhalen van verschillen tussen subsidie en opdracht?](#)

De beoordelingscriteria toegepast in een praktijkvoorbeeld

In deze paragraaf passen we het schematische overzicht en de vragen toe op een praktijkvoorbeeld.

Een praktijkvoorbeeld

Ter stimulering van het economische transitieproces in Midden- en Oost Europese landen en om de bilaterale samenwerking met deze landen te bevorderen ontwikkelt een (decentrale) overheid een Programma. Nederlandse bedrijven die willen samenwerken met ondernemers in Midden- en Oost-Europa (bijvoorbeeld op het gebied van kennisoverdracht, innovatie, milieubescherming) kunnen op basis van dit Programma financiële ondersteuning krijgen. Bedrijven kunnen hiervoor een projectvoorstel indienen bij de betreffende overheid, die aan de hand van de programmavooraarden een beslissing op de aanvraag zal nemen. Bij de aanvraag wordt door een aanvragend bedrijf niet aan de formaliteiten, zoals gesteld in de programmavooraarden, voldaan. Er ontstaat een juridisch geschil over de vraag of er in dit geval sprake is van een subsidieaanvraag of een aanbestedingsplichtige opdracht.

Bij de beoordeling van het praktijkvoorbeeld is na toetsing van de 14 punten uit het schematisch overzicht en bovenstaande vragen de conclusie dat er sprake is van een niet gehonoreerde subsidieaanvraag. Er is geen sprake van een afwijzing van een projectvoorstel dat een aanbestedingsplichtige opdracht zou betreffen.

Hierbij is onder meer doorslaggevend dat:

- *het bewuste programma een algemeen (en niet specifiek een opdrachtgevers) belang dient* namelijk het bevorderen van investeringsactiviteiten van het Nederlandse MKB in Midden en Oost Europa met als doel de versterking van marktgeoriënteerde en duurzame economieën te ondersteunen, investeringen in die regio te stimuleren en de handelsrelaties tussen bedrijven uit Nederland en Midden- en Oost-Europa te bevorderen (zie verder ook punt 3 in het schematisch overzicht);
- *de steun geen tegenprestatie vormt voor een geleverde dienst*, maar een bijdrage ter stimulering van de betrokken activiteiten (zie ook punten 3 en 14 in het schematisch overzicht)
- *de gedane betalingen geen commercieel karakter hebben*. Zij dekken niet de volledige kosten van de activiteiten, noch een winstoverslag (zie ook punten 6, 12 en 13 in het schematisch overzicht)
- *het uitgaan van het initiatief tot betaling van een bijdrage als onderscheidend criterium voor subsidie of opdracht een minder kenmerkend onderscheid is* dan het feit dat 'de inhoud van de te leveren dienst' niet door de opdrachtgever zelf (dan is in de regel sprake van 'opdracht') maar door de opdrachtnemer wordt geformuleerd (dan is vaker sprake van 'subsidie')⁸ (zie ook punt 10, schematisch overzicht).

Meer informatie

Regelgeving

[Wet Personenvervoer 2000](#)

Jurisprudentie

[College van Beroep voor het bedrijfsleven, 9 juli 2008 LJN: BD8180](#)

Geraadpleegde literatuur

- [Factsheet Subsidie en Aanbesteding](#) (WMO, website invoeringwmo.nl, VWS, 2006)
- Artikel Mr. B.S. ten Kate en Mr. T.A.M. van der Ende - 'Subsidie of opdracht?' (Gemeentestem 2006, 7261/149), 4/11/06
- ['Het leertje van de kraan', voortgangsrapportage herijking subsidiërelaties](#), Provincie Noord-Holland, april 2008, met adviezen van Pels Rijcken Drooglever Fortuijn
- [Website Europa decentraal, Subsidie of opdracht?](#)
- [Website Europa decentraal, Dossier Staatssteun](#)
- Via de website van Rechtspraak kunt u zoeken op uitspraken. Zoek bijvoorbeeld op de termen 'subsidie-opdracht-aanbesteden' en vindt tientallen treffers. [Rechtspraak](#)

Handreiking

[Handreiking Europaproof gemeenten](#)

- [E-mail deze pagina](#)

PIANOo-loket

zoek:

Verstuur

Instrumenten:

- [PIANOo-desk](#)
- [Metrokaart FAQ](#)
- [TenderNed](#)

Gerelateerd

Visiedocumenten in pdf

Voor het opslaan en printen

	Subsidie of overheidsopdracht?
	Aanbesteden van unieke leveringen, diensten en werken
	Afwijzingsberichten en motiveringsplicht
	Inbesteding
	Openbaarheid van prijzen
	Betrekken van arbeidsgehandicapten en werklozen
	Model K verklaring
	Omgaan met termijnen

- 2012 PIANOo ©]
- webredactie@pianoo.nl]
- [RSS](#)]
- [Privacy & Disclaimer](#)