

Aan: mevrouw C. (Caroline) Schermerhorn
Van: Naima El Ouahhabi, Tim Robbe
Datum: 2 december 2024
Onderwerp: Rechtmatigheid subsidies sociaal domein

I. **Inleiding**

U verzocht ons te adviseren over de rechtmatigheid van verleende subsidies binnen het sociaal domein. Deze subsidies kwamen naar voren tijdens de rechtmatigheidscontrole van de accountant. Hierdoor krijgt het subsidie-instrument in de gemeente Alkmaar extra aandacht. De wijzigingen in de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 zijn eerder afgewacht om veranderingen in de financieringswijze (subsidie) te voorkomen. De accountant merkte vorig jaar op dat de wetgeving inmiddels is gewijzigd en heeft gevraagd hoe de gemeente op deze wijzigingen acteren.

De vraag die speelt is of de gemeente Alkmaar door de inwerkingtreding van de Wet maatschappelijke verantwoord inkopen verplicht is om subsidies boven de drempel van € 750.000 aan te besteden. Het gaat om de volgende subsidies:

- Mee & de Wering (meerdere subsidies jeugd, wmo en onderwijs) totaal c.a. € 3.060.466;
- Blijf Groep (slachtoffers huiselijke geweld) c.a. € 3.486.000;
- Parnassia (inloop en dagbesteding, maatschappelijke opvang) c.a. € 1.884.156;
- DnoDoen (maatschappelijke opvang) c.a. € 3.323.772.

Bijgaand ontvangt u een juridisch kader met ons advies. Het antwoord op de vraag luidt als volgt:

De gemeente Alkmaar is niet verplicht subsidies aan te besteden omdat subsidies geen overheidsopdracht zijn. De Aanbestedingswet is dan ook niet van toepassing. De inwerkingtreding van de Wet Maatschappelijk Verantwoord Inkopen in het kader van de Jeugdwet en de Wmo 2015 is hier niet relevant. Omdat de gemeente Alkmaar bovendien een open-einderegeling hanteert, zijn de subsidies bovendien niet schaars. Dat betekent dat zij de voor de subsidies ook geen transparante selectieprocedure hoeft te organiseren om mededingingsruimte te bieden aan potentiële gegadigden.

II. **Juridisch kader**

Subsidie leerstuk

Victor Advocaten is een vennootschap onder firma, KvK nr. 67577032, BTW nr. NL857082012B01. 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.

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

Er zijn verschillende vormen van subsidies. De wettelijke- en de buitenwettelijke subsidie. De wettelijke subsidie is gebaseerd op een wettelijk voorschrift op basis waarvan de gemeente een subsidie verleent zoals een algemene subsidieverordening. De buitenwettelijke subsidies zijn de incidentele-² en de begrotingssubsidie³. Voornoemde subsidies kan de gemeente verlenen zonder wettelijk voorschrift zoals een subsidieverordening.

De gemeente Alkmaar (het college van b&w) verleende subsidies gebaseerd op wettelijke voorschriften. Het gaat om de Algemene subsidieverordening van de gemeente Alkmaar en de Nadere regels Sociaal Domein. Deze regelgeving biedt de wettelijke kaders waarbinnen het college van b&w subsidies kan verstrekken en zorgt ervoor dat het proces transparant en rechtmatig verloopt. Aanvragers krijgen duidelijkheid over de voorwaarden en criteria waaraan zij en hun aanvragen moeten voldoen om in aanmerking te komen voor de subsidies.

In artikel 2 van de Algemene subsidieverordening gemeente Alkmaar staat het volgende:

1. *Het college is bevoegd te besluiten over het verstrekken van subsidies.*
2. *Deze verordening is van toepassing op de verstrekking van subsidies door het college op de beleidsterreinen zoals opgenomen in de programmabegroting, met uitzondering van subsidies waarvoor bij afzonderlijke verordening een uitputtende regeling is getroffen.*
3. *Ten aanzien van subsidies waarvoor geen wettelijke grondslag nodig is, kan het college bepalen dat gedeelten van deze verordening niet van toepassing zijn."*

Artikel 3 van de Algemene subsidieverordening gemeente Alkmaar schrijft voor:

- "1. Het college stelt bij nadere regels vast welke activiteiten in aanmerking kunnen komen voor subsidie.
2. De in het eerste lid opgenomen verplichting geldt niet voor de subsidies waarvoor geen wettelijke grondslag nodig is.
3. In de nadere regel wordt tevens bepaald welke doelgroepen voor subsidie in aanmerking komen, hoe de subsidie wordt berekend en hoe de subsidiebedragen worden uitbetaald."

Artikel 5 bepaalt dat de raad een subsidieplafond kan vaststellen:

- "1. De raad kan subsidieplafonds vaststellen. In dat geval wordt bij nadere regel de wijze van verdeling van de betrokken subsidie bepaald."

Het college heeft de regels, zoals genoemd in artikel 3 van de subsidieverordening, vastgelegd in de nadere regels sociaal domein. Deze regels bieden een kader voor de beoordeling van activiteiten die in aanmerking komen voor subsidie binnen het sociaal domein. Ze specificeren de criteria en voorwaarden waaraan aanvragen moeten voldoen.

De nadere regel definieert Sociaal Domein in artikel 1 als volgt:

"alle taken en verantwoordelijkheden die door de gemeente uitgevoerd worden op het gebied van de Jeugdwet, Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), (Passend) onderwijs en werk en inkomen (Participatiewet)."

Artikel 2 bepaalt vervolgens: *"Subsidie kan periodiek of éénmalig worden verleend voor activiteiten die bijdragen aan de vastgestelde beleidsdoelstellingen binnen het Sociaal Domein."* *(leefgebieden nader uitgewerkt in de nadere regel)

¹ Artikel 4:21 lid 1 Algemene wet bestuursrecht.

² 4:23 lid 3 sub d Algemene wet bestuursrecht.

³ 4:23 lid 3 sub c Algemene wet bestuursrecht.

Artikel 7 bepaalt:

"7.1 Indien er sprake is van een subsidieplafond worden de volgende kwalitatieve verdeelcriteria gehanteerd:

- a. De mate waarin de activiteit bijdraagt aan het doel van deze subsidieregeling;*
- b. De mate waarin de activiteit bijdraagt aan de prioriteiten van het college met betrekking tot het sociaal domein;*
- c. De mate van continuïteit van dienstverlening aan inwoners;*
- d. De mate waarin sprake is van aantoonbare samenwerking met partners;*
- e. De mate waarin middelen efficiënt worden ingezet;*
- f. De mate waarin de activiteit zich richt op diversiteit, inclusie en emancipatie;*
- g. De mate waarin blijkt wordt gegeven van doorontwikkeling van aanbod en innovatieve manieren van werken.*

De subsidies worden verleend op basis van een rangorde waarbij het bedoelde onder artikel 7.1 a t/m e het zwaarst wegen."

De nadere regel lijkt een open-einderegeling te zijn, tenzij de gemeenteraad een subsidieplafond heeft vastgesteld, zoals vermeld in artikel 4:22 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en artikel 7 van de nadere regel. Een subsidieplafond is bedoeld voor situaties waarin de gemeente verwacht dat potentiële gegadigden meer subsidie aanvragen dan de gemeente beschikbaar wil stellen. In een open-einderegeling moet de gemeente ongeacht het totaal aan aanvragen, alle aanvragen honoreren. Artikel 7.1 bevat een verdelingsprocedure als er een subsidieplafond geldt en er potentiële gegadigden werkelijk meer subsidie aanvragen dan de gemeente beschikbaar stelt via het plafond.

Uit de publicaties van de gemeente Alkmaar en de navraag bij uw organisatie blijkt dat er momenteel geen subsidieplafond is vastgesteld voor de gesubsidieerde diensten. Bij een open-einderegeling moet de gemeente alle aanvragen die aan de voorwaarden voldoen honoreren. Dit betekent dat de gemeente in principe de mogelijkheid heeft om in dit geval subsidie aan één partij toe te kennen als zich maar één aanvrager heeft gemeld. Mocht er zich nog een aanvrager melden die aan de voorwaarden voldoet dan kan de gemeente de subsidie niet weigeren. Iedereen kan subsidie aanvragen en – als aan de voorwaarden is voldaan – ook krijgen. Mocht de gemeente in de toekomst besluiten om een subsidieplafond in te voeren, dan zou zij verplicht zijn om de beschikbare middelen te verdelen onder alle potentiële aanvragers.

Vrije keuze subsidie of inkoop

Als gemeenten een financiële transactie een juridische titel moeten geven, dan hebben zij in beginsel de vrijheid om te kiezen voor een privaatrechtelijke overeenkomst (van opdracht, of anderszins) of een publiekrechtelijke subsidie, tenzij wet- of regelgeving één van twee verbiedt of voorschrijft. Er bestaat dus geen zogenaamde aanbestedingsverplichting. De Jeugdwet, de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015, en de Participatiewet stellen alleen dat gemeenten de wet door derden kunnen laten uitvoeren, maar schrijven daarbij niet het gebruik van een overeenkomst of een subsidie voor.

Afhankelijk van de gekozen vorm dient de gemeente boven een bepaald bedrag Europees aan te besteden (overeenkomst) of ongeacht het bedrag mededingingsruimte te bieden aan potentiële gegadigden (subsidie). In deze kwestie gaat het om reeds verleende subsidies. Daarom lichten wij de verplichting mededingingsruimte te bieden toe. Deze verplichting vereist dat gemeenten, als er in potentie meer gegadigden zijn voor een subsidie dan beschikbare subsidie (zgn. schaarse subsidies), mededingingsruimte bieden aan deze potentiële gegadigden met een transparante selectieprocedure (ABRvS Geobox). Deze verplichting mededingingsruimte te bieden staat helemaal los van 'aanbesteden', omdat op subsidies de Aanbestedingswet niet van toepassing is. Ook de drempelwaarde voor overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten van EUR

750.000,00 is hier dus irrelevant. Omdat de gemeente Alkmaar bovendien met een open-einderegeling lijkt te werken, is geen sprake van een schaarse subsidie. Alle gegadigden die een geldige aanvraag indienen krijgen daarom een subsidie. Als er geen schaarse subsidie is, dan geldt ook de verplichting om mededingingsruimte te bieden niet.

Wet maatschappelijk verantwoord inkopen.

Gemeenten die niet alle partijen onder gelijke voorwaarden willen contracteren ('open house') maar een vooraf vastgesteld aanbieder willen kiezen, plaatsen een overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012. Het gaat in het sociaal domein echter om sociale en andere specifieke diensten. De Aanbestedingswet kent dan een verlicht regime volgens artikel 2.38 en 2.39. Volgens 2.39 lid 2 is bovendien maar een beperkt aantal artikelen uit de Aanbestedingswet verder van toepassing. Zo is de bepaling over het gebruik van gunningscriteria niet van toepassing. De Jeugdwet en de Wmo 2015 kenden wel een bepaling die voorschreef dat gemeenten als zij een overheidsopdracht plaatsten gebruik moesten maken van gunningscriteria en wel van het emvi-bpkv criterium (economisch meest voordelige inschrijving – beste prijs kwaliteit verhouding). Laagste prijs was verboden als gunningscriterium.

Met de inwerkingtreding van de Wet maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015 is dit criterium in de Jeugdwet en Wmo 2015 komen te vervallen. Dat betekent dat gemeenten in een aanbesteding geen winnaar(s) meer hoeven te kiezen op grond van een gunningscriterium.

Als gemeenten besluiten om een overheidsopdracht te plaatsen voor sociale en andere specifieke diensten, zijn ze verplicht om Europees aan te besteden als de geraamde waarde van de overheidsopdracht meer dan € 750.000,00 bedraagt. Bij opdrachten onder dit bedrag is het aan de gemeente zelf om te bepalen hoe ze tot een overeenkomst komen.

Belangrijk om op te merken is dat voor sociale en specifieke diensten, op basis van de Gids Proportionaliteit, er geen verplichting bestaat om opdrachten op te splitsen in drempelbedragen voor meervoudig onderhands en nationale aanbestedingen.

De wetswijziging heeft verder geen invloed gehad op de bestaande verplichtingen met betrekking tot aanbestedingen, noch heeft het veranderingen aangebracht in de geldende drempelbedragen voor aanbestedingen. De drempelbedragen voor Europese aanbestedingen blijven ongewijzigd, waardoor de regels en procedures voor het inkopen voor sociale en specifieke diensten in essentie hetzelfde blijven. De focus ligt dus nog steeds op de bestaande regelgeving waarbij de belangrijkste wijziging ziet op de mogelijkheid – maar niet de verplichting – om meerdere partijen te selecteren binnen een aanbesteding.

Voor subsidies waar de vraagstelling in dit advies op ziet is de wetswijziging echter in het geheel niet relevant. Zoals hiervoor al uiteengezet is een subsidie geen overheidsopdracht. Voor een subsidie geldt per definitie geen 'Europese aanbestedingsplicht', ook niet als de subsidie een hogere waarde kent dan EUR 750.000,00.

III. Advies

Het antwoord op de vraag luidt dan ook als volgt: De gemeente Alkmaar is niet verplicht subsidies aan te besteden omdat subsidies geen overheidsopdracht zijn. De Aanbestedingswet is dan ook niet van toepassing. De inwerkingtreding van de Wet Maatschappelijk Verantwoord Inkopen in het kader van de Jeugdwet en de Wmo 2015 is hier niet relevant.

Omdat de gemeente Alkmaar een open-einderegeling hanteert, zijn de subsidies bovendien niet schaars.

Het gebruik van een open-einderegeling voor subsidies in het sociaal domein valt op. Een open-einderegeling betekent dat er geen vooraf vastgesteld maximum is voor het totaalbedrag dat beschikbaar wordt gesteld. Dat betekent dat zij de voor de subsidies ook geen transparante selectieprocedure hoeft te organiseren om mededingingsruimte te bieden aan potentiële gegadigden. Het resultaat hiervan is dat de gemeente geen directe controle heeft over de totale uitgaven voor subsidies, wat de budgettaire beheersbaarheid kan bemoeilijken. Door een plafond te stellen, kan een gemeente bepalen hoeveel er maximaal kan worden toegekend aan subsidies, wat helpt bij het beheren van de uitgaven en het maken van keuzes

Het gebruik van een open-einderegeling kan voordelen hebben, zoals het garanderen van toegang tot financiering voor organisaties die voldoen aan de criteria, en het stimuleren van een breed scala aan initiatieven zonder dat er selectieve beperkingen zijn. Echter, het brengt ook risico's met zich mee, zoals een gebrek aan sturing op de totale uitgaven.

Wellicht ten overvloede verdient het aanbeveling om – als de gemeente Alkmaar er voor kiest om ontwikkeling en flexibiliteit de voorkeur te geven in haar beleid- het subsidie-instrument te heroverwegen. Een overeenkomst of overheidsopdracht biedt mogelijk meer kansen om tussentijds bij te sturen dan wel toekomstige ontwikkelingen mee te nemen omdat de afspraken tussen partijen wederkerig zijn. Zo heeft de gemeente meer controle over de uitvoering en het behalen van de specifieke doelen.

Met vriendelijke groet,

Victor advocaten