



KENNISCENTRUM  
EUROPA  
DECENTRAAL

A photograph of an electric vehicle charging station. A silver car is parked at a charging station under a large, modern canopy structure. The canopy has a yellow frame and a white grid-patterned solar panel roof. The background shows a grassy field and a cloudy sky. On the right side of the image, there are large, overlapping blue circular graphics.

# **KED legt uit:** Subsidie of opdracht

## Samenvatting

In dit deel van **KED legt uit** wordt nader ingegaan op enkele algemene vragen met betrekking tot het onderwerp [subsidie of opdracht](#)? Decentrale overheden hebben regelmatig te maken met de vraag of een bepaalde rechtsverhouding kwalificeert als een overheidsopdracht, die aanbesteed moet worden, of als een subsidieverlening, waar mogelijk de Europese [staatssteunregels](#) op van toepassing zijn.

**Kernwoorden:** overheidsopdracht, bezwarende titel, subsidie, aanbestedende dienst.

## 1: Wanneer is er sprake van een overheidsopdracht?

De definitie van een [overheidsopdracht](#) is te vinden in artikel 2 lid 1 sub 5 [Richtlijn 2014/24](#). Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 1.1 [Aanbestedingswet 2012](#). Een overheidsopdracht is een:

- schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel;
- die tussen één of meer ondernemers en één 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 Richtlijn 2014/24.

## 2: Wanneer is er sprake van een 'bezwarende titel' bij een overheidsopdracht?

De bezwarende titel bij een overheidsopdracht geeft aan dat er een verband bestaat tussen de betaling en de prestatie in die zin dat er wederzijdse verplichtingen bestaan. Dit houdt in dat er een op geld waardeerbare tegenprestatie wordt geleverd door de aanbestedende dienst aan de opdrachtnemer voor het vervullen van de opdracht. Dit kan een geldelijke betaling zijn, maar bijvoorbeeld ook de vrijstelling van legesbetaling of het beschikbaar stellen van producten die in de uitvoering van de opdracht gebruikt kunnen worden.

Deze op geld waardeerbare tegenprestatie, ofwel de bezwarende titel, is niet aanwezig bij een subsidie. De subsidieontvanger kan eenzijdig aanspraak maken op financiële middelen. De

subsidieverlener heeft geen mogelijkheid om de uitvoering van activiteiten af te dwingen, wat bij een overheidsopdracht wel het geval is.

In het *Müller*-arrest ([C-451/08](#)) van het Europese Hof van Justitie (Hof) heeft het Hof geconcretiseerd wanneer (in het geval van een opdracht voor werken) sprake is van een 'bezwarende titel'. Hiervoor is het van belang dat de aanbestedende dienst een 'rechtstreeks economisch belang' heeft bij de uitvoering van de opdracht voor werken. Van een 'rechtstreeks economisch belang' is volgens het Hof sprake als:

- de aanbestedende dienst eigenaar wordt van het werk;
- het gaat om een werk met een openbaar karakter waarover de aanbestedende dienst kan beschikken;
- het werk gedeeltelijk voor rekening/risico van de overheid plaatsvindt;
- de overheid direct of toekomstig economische voordelen uit het werk haalt.

Er is geen sprake van een 'rechtstreeks economisch belang' in het geval de betrokkenheid van de decentrale overheid uitsluitend bestaat in de uitoefening van regulerende publiekrechtelijke bevoegdheden. Ook voor de aanwezigheid van door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen is het volgens het Hof niet voldoende dat een overheidsdienst een aantal voorgelegde plannen

onderzoekt of een besluit neemt in de 'uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden'.

#### Voorbeeld

Er is sprake van een gemeenschappelijke regeling tussen onze provincie en een waterschap waarbij we diensten voor elkaar doen, zoals het aanleggen van steigers en het eheer van sloten. Is dit aan te merken als een 'overeenkomst onder bezwarende titel'?

#### Antwoord

Ja, een bezwarende titel kan ook zitten in op geld waardeerbare tegenprestatie. Dit hoeft dus niet perse een geldsom te zijn.



### 3: Wanneer is er sprake van een subsidieverlening?

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" volgens artikel 4:12 lid 1 Algemene wet bestuursrecht.

Bij een subsidieverlening schetst de subsidieverlener een kader met voorwaarden waar de activiteit, waar subsidie voor wordt verleend, aan moet voldoen. Een 'bezwarende titel', zoals wel vereist bij een overheidsopdracht, is niet aanwezig. De subsidieverlener heeft verder geen zeggenschap over de concrete uitvoering van activiteiten. Dit betekent dat de subsidieontvanger in beginsel vrij is invulling te geven aan de activiteit waar subsidie voor wordt verkregen (wel binnen het door de subsidieverlener opgestelde kader).

#### **4: Wie bepaalt of er sprake is van een overheidsopdracht of een subsidie?**

Het is aan de geldverstrekkenende autoriteit, dus de decentrale overheid, zelf om vast te stellen of er sprake is van een overheidsopdracht, waar de aanbestedingsregels op van toepassing zijn, of een subsidieverlening, waar mogelijk de Europese staatssteunregels op van toepassing zijn. Het is niet altijd eenvoudig om vast te stellen of een rechtsverhouding kwalificeert als een opdracht of als een subsidieverlening. De decentrale overheid dient dit aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval vast te stellen. Als hulpmiddel voor de kwalificatie zijn er uit de literatuur, de rechtspraak en de praktijk diverse indicatoren afgeleid om te bepalen of er sprake is van een overheidsopdracht of een subsidie. Deze indicatoren zijn verzameld in dit [overzicht](#). Deze lijst is een handig hulpmiddel om aan de hand van de kenmerken van een opdracht en een subsidieverlening te bepalen wat de rechtsverhouding is. Overigens is geen van deze kenmerken op zich doorslaggevend. De kenmerken dienen in onderlinge samenhang te worden gezien.

Een decentrale overheid moet ervoor waken dat een subsidieverlening niet de kenmerken van een overheidsopdracht gaat vertonen. Dat kan het geval zijn als:

- de overheid door de uitvoering van een te subsidiëren activiteit economische voordelen verkrijgt;
- de overheid invloed heeft op de vormgeving van een project;

- de overheid financieel deelneemt in de verwezenlijking van een opdracht of;
- de overheid (gedeeltelijke) risico's draagt bij de uitvoering van de opdracht.

#### **5: Vallen gesubsidieerde opdrachten onder de Europese aanbestedingsrichtlijn?**

Ja, gesubsidieerde opdrachten vallen mogelijk onder Richtlijn 2014/24. In artikel 13 is een bepaling opgenomen omtrent de door aanbestedende diensten gesubsidieerde opdrachten. Deze bepaling is geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 in artikel 2.8. De term 'subsidie' dient hier naar Europees recht te worden uitgelegd. Het gaat in dit geval dus om een financiële bijdrage door één of meer aanbestedende diensten.

Artikel 2.8 Aanbestedingswet 2012 is restrictief geformuleerd. Dit betekent dat het artikel alleen ziet op financiële bijdragen en niet op indirecte bijdragen of ondersteuning van een andere aard dan de financiële bijdrage. De betreffende subsidieverlening is gekoppeld aan het verrichten van een bepaalde handeling. In acht dient te worden genomen dat de subsidie niet gebaseerd is op een overeenkomst onder bezwarende titel, in dat geval is er immers sprake van een overheidsopdracht.

Op grond van artikel 2.8 lid 1 Aanbestedingswet 2012 is de Aanbestedingswet 2012 ook van toepassing op subsidieontvangers in de volgende gevallen:

- Wanneer er een overeenkomst wordt gesloten voor het realiseren van een werk die voor meer dan 50% rechtstreeks door één of meer aanbestedende diensten wordt gesubsidieerd en die bestaat uit civieltechnische werkzaamheden als bedoeld in bijlage II van Richtlijn 2014/24 waarvan de geraamde waarde overeenkomt met of hoger is dan het bedrag genoemd in artikel 13 onderdeel a Richtlijn 2014/24, exclusief omzetbelasting (lid 1 sub a punt 1);
- Wanneer er een overeenkomst wordt gesloten voor het realiseren van een werk die voor meer dan 50% rechtstreeks door één of meer aanbestedende diensten wordt gesubsidieerd en die bestaat uit bouwwerken voor een ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming waarvan de geraamde waarde overeenkomt met of hoger is dan het bedrag genoemd in artikel 13 onderdeel a Richtlijn 2014/24, exclusief omzetbelasting (lid 1 sub a punt 2);
- Wanneer er een overeenkomst wordt gesloten voor een dienst die voor meer dan 50% rechtstreeks door één of meer aanbestedende diensten worden gesubsidieerd, verband houd met een overeenkomst voor werken als bedoeld in onderdeel a en waarvan de geraamde waarde overeenkomt

met of hoger is dan het bedrag genoemd in artikel 13 onderdeel b Richtlijn 2014/24, exclusief omzetbelasting (lid 1 sub b).

Wanneer zich één van bovengenoemde situaties zich voordoet, moet de subsidieontvanger de betreffende overheidsopdracht volgens de Aanbestedingswet 2012 aanbesteden. Dit volgt uit artikel 2.9 Aanbestedingswet 2012.

#### **Voorbeeld 1**

Een lokale sportvereniging is de opdrachtgever voor de bouw van een sporthal. 60% van de bouwsom wordt door de gemeente gesubsidieerd. Een groot aantal lokale ondernemers is bereid om financieel bij te dragen, mits zij onderdelen van het werk mogen uitvoeren. De bouwsom kan hierdoor ook lager uitvallen. Mag deze opdracht voor de bouw van een sporthal louter door de lokale ondernemers worden uitgevoerd? Omdat hier voor wat betreft de betrokkenheid van de gemeente sprake is van een subsidie en dus geen opdracht betreft?

#### **Antwoord**

Nee, de opdracht mag niet louter door de lokale ondernemers worden uitgevoerd. Wanneer de waarde van de opdracht voor de bouw van een sporthal boven de Europese drempelwaarde uitkomt, dan geldt op grond van artikel 13 Richtlijn 2014/24 (artikel 2.8 Aanbestedingswet 2012) mogelijk een Europese aanbestedingsverplichting. De opdracht wordt namelijk voor meer dan 50% gesubsidieerd door een aanbestedende dienst, de gemeente. Verder betreft de opdracht een bouwwerk, waardoor de opdrachtverlenende sportvereniging verplicht is de opdracht met inachtnaam van de Europese aanbestedingsrichtlijnen aan te besteden. Daarbij zal het volgen van een aanbestedingsprocedure waarbij concurrentiestelling wordt beperkt tot alleen de lokale ondernemers moeilijk haalbaar zijn.

### Voorbeeld 2

Een particuliere opdrachtgever wordt voor 20% gesubsidieerd door onze gemeente voor de bouw van een ziekenhuis. De waarde van de opdracht komt boven de Europese drempel voor werken uit. De particuliere opdrachtgever zal echter waarschijnlijk ook van andere overheden (provincie en Rijk) subsidie ontvangen. De totale overheidssubsidie voor de bouw van het ziekenhuis komt dan wel boven de 50% uit. Moet de particuliere opdrachtgever zich nu wel aan de Europese aanbestedingsregels houden?

### Antwoord

Ja, om te bepalen of een onderneming voor meer dan 50% wordt gesubsidieerd moeten alle overheidssubsidies bij elkaar worden opgeteld. Artikel 13 van Richtlijn 2014/24 en artikel 2.8 van de Aanbestedingswet 2012 hebben het over de gunning van overheidsopdrachten voor werken en diensten die voor meer dan 50% worden gesubsidieerd door aanbestedende diensten. Als de gezamenlijke subsidies meer dan 50% bedragen en de opdracht de relevante drempelwaarde overstijgt, moet er dus met inachtneming van de Europese aanbestedingsrichtlijn worden aanbesteed.

## 6: Gelden er nog specifieke regels waar rekening mee moet worden gehouden wanneer een aanbestedende dienst de activiteiten van een bepaalde entiteit subsidieert?

Wanneer de activiteiten van een entiteit merendeels door de staat, een aanbestedende dienst of een publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, dan kan deze entiteit kwalificeren als een 'publiekrechtelijke instelling'. Een publiekrechtelijke instelling is een aanbestedende dienst in de zin van artikel 2 lid 1 sub 1 Richtlijn 2014/24 (artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012). Dit betekent dat overheidsopdrachten van een publiekrechtelijke instelling die boven

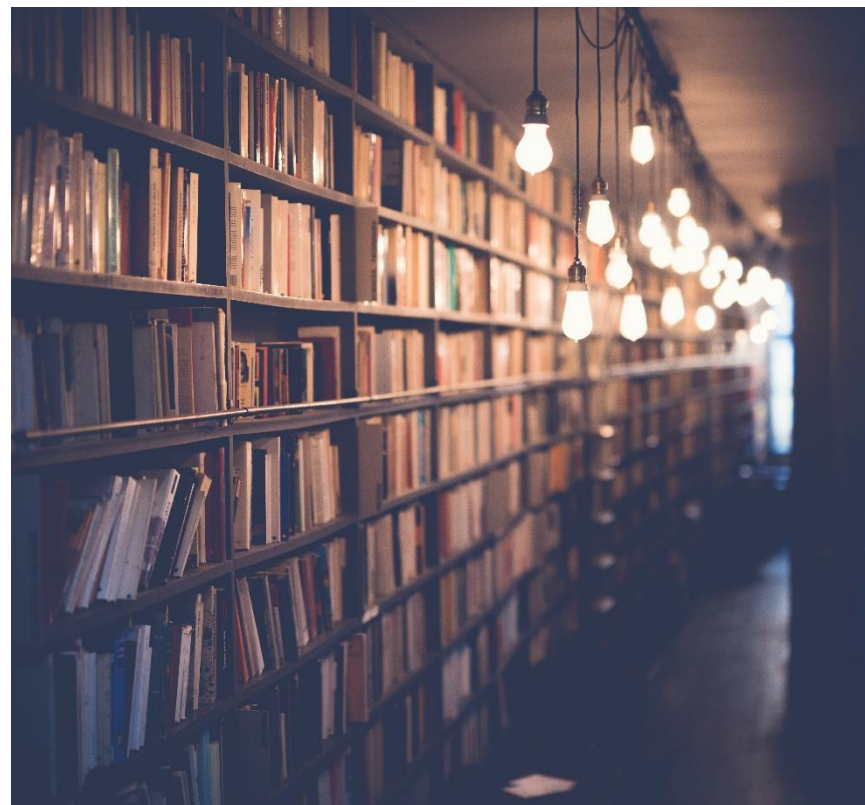
de Europese [drempelwaarde](#) komen ook Europees aanbesteed moeten worden.

Een publiekrechtelijke instelling (artikel 2 lid 1 sub 4 Richtlijn 2014/24) is iedere instelling die:

1. is opgericht met het doel om te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van commerciële of industriële aard;
2. die rechtspersoonlijkheid bezit;
3. en die:
  - a. merendeels door de staats-, regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke instellingen wordt gefinancierd;
  - b. of die wat betreft haar beheer onder toezicht van deze instanties of lichamen staat;
  - c. of die een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan heeft waarvan de leden voor meer dan de helft door de staats-, regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Om vast te stellen of een bepaalde organisatie een publiekrechtelijke instelling is, moeten de kenmerken en de functie van de betreffende organisatie worden bekeken. Hierbij wordt met name gelet op de samenstelling en de taak van de entiteit in kwestie en of er sprake is

van een afhankelijkheidsrelatie met de overheid. Voorwaarden 1 t/m 3 zijn cumulatief. Sub a t/m c onder voorwaarde 3 zijn echter niet cumulatief: het is voldoende als één van de afhankelijkheidssituaties van toepassing is op de betreffende entiteit. Voorbeelden van een publiekrechtelijke instelling zijn scholen, universiteiten, nationale voetbalbonden of bibliotheken. Een verdere toelichting op bovenstaande voorwaarden en afhankelijkheidssituaties is te vinden op de [pagina over 'publiekrechtelijke instelling'](#).







KENNISCENTRUM  
EUROPA  
**DECENTRAAL**

### **Contact met Europa Decentraal**

[info@europadecentraal.nl](mailto:info@europadecentraal.nl)

[www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl)

De dienstverlening van Kenniscentrum Europa Decentraal beperkt zich tot het verlenen van eerstelijns advies. Wij kunnen geen bindende en gedetailleerde uitspraak doen. Wel kunnen we proberen u aan de hand van relevante informatie verder op weg te helpen. Als u toch behoefte heeft aan een volledig juridisch advies om meer zekerheid en duiding te verkrijgen voor uw specifieke situatie kunt u overwegen een juridisch adviesbureau in te schakelen.