



GEEN AANBESTEDINGSPLICHT VOOR GEVELRENOVATIE



DE ZAAK

Een ontwerper (tevens kunstenaar) werkt een plan uit om het aanzien van de binnenstad van Heerlen te verbeteren. Onderdeel van het project is een gesubsidieerde gevelrenovatie van bestaande (winkel)panden in de binnenstad. De gemeente Heerlen omarmt het project en schakelt de ontwerper in om het project in het jaar 2020 in gang te zetten, voor een bedrag van € 135.000. Ook wordt een stichting opgericht, die het project met subsidiegelden van de gemeente zal faciliteren. De stichting ontvangt uiteindelijk een subsidie van ongeveer € 115.000 voor de gevelrenovatie van onder meer zes winkel-puien.

Meerdere partijen, waaronder een bouwadviesbureau, menen dat de gemeente het gehele project had moeten aanbesteden. Zij starten een juridische procedure. Deze procedure draait alleen om de vraag of het verlenen van een opdracht aan de ontwerper (voor € 135.000) over het jaar 2020 en het verlenen van subsidies aan pandeigenaren voor gevelrenovatie (€ 115.000), aanbesteed had moeten worden. De gemeente heeft namelijk besloten het project voor de jaren 2021 en 2022 wél aan te besteden.

De [rechtbank Limburg](#) oordeelt dat opdracht die verleend is aan de ontwerper niet aanbestedingsplichtig is, omdat de waarde daarvan onder de toepasselijke drempelwaarde (€ 215.000) blijft. De overeenkomst met de stichting kwalificeert ook niet als aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, oordeelt de rechtbank. De stichting heeft in het kader van het project enkel een subsidieaanvraag ingediend bij de gemeente, en de subsidies zijn bestemd voor de pandeigenaren. De gemeente heeft geen aannemingsovereenkomst gesloten met de stichting of met de pandeigenaren. Niet is gebleken dat de gemeente maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen. Ook bestaat er geen bouwplicht voor de pandeigenaren; de subsidies worden alleen verstrekt wanneer de betreffende werkzaamheden zijn uitgevoerd. De rol van de gemeente is beperkt tot de controle van de subsidieaanvraag, zodat nagegaan kan worden of de aanvraag binnen de gestelde voorwaarden valt en of de werkzaamheden waarvoor de subsidie wordt aangevraagd ten goede komen aan de opdrachtgevers (de pandeigenaren). Van een overheidsopdracht door de gemeente aan de stichting is daarmee geen sprake, aldus de rechtbank. Er is geen aanbestedingsplicht.



JURIDISCH KADER

- Een subsidie is een 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 (artikel 4:21 lid 1 Algemene wet bestuursrecht). Het bestuursorgaan geeft een beschikking tot subsidieverlening en stelt de subsidie overeenkomstig de subsidieverlening vast (artikel 4:46 Awb). De wettelijke regeling omtrent subsidies is neergelegd in titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht.
- Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van richtlijn 2014/24/EU (artikel 1:1 Aw 2012).
- Een belangrijk verschil tussen een overheidsopdracht en een subsidie is dat een overheidsopdracht (in rechte) afdwingbaar is en een subsidie (in beginsel) niet. Zo kon de gemeente Heerlen in deze zaak niet afdwingen dat de pandeigenaren hun gevels zouden renoveren. Als sprake zou zijn geweest van een overheidsopdracht, had de gemeente de uitvoering van de gevelrenovatie wél kunnen afdwingen (door 'nakoming' te eisen).
- Er kan overlap bestaan tussen subsidies en overheidsopdrachten. Een subsidie kwalificeert vaak (ook) als overheidsopdracht, bijvoorbeeld wanneer ter uitvoering van een subsidiebeschikking een overeenkomst wordt gesloten (artikel 4:36 Awb). In dat geval is vaak sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel, waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie. Een dergelijke subsidieovereenkomst is afdwingbaar en kwalificeert (ook) als (aanbestedingsplichtige) overheidsopdracht.

- Dat betekent overigens niet dat iedere subsidie-/uitvoeringsovereenkomst tussen een bestuursorgaan en subsidieontvanger aanbestedingsplichtig is. Zo gelden er uitzonderingen op de aanbestedingsplicht (zie bijvoorbeeld artikel 10 richtlijn 2014/24/EU) en is er alleen een aanbestedingsplicht wanneer het toepasselijke drempelbedrag wordt bereikt of overschreden.
- In beginsel is niet van belang of het bestuursorgaan een bepaalde financiële relatie bestempelt als subsidie dan wel als overheidsopdracht. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) kent doorgaans een ruime toepassing toe aan de aanbestedingsrichtlijnen, teneinde de effec-

tieve werking ervan te garanderen. Het enkele feit dat een bepaalde financiële relatie door het betreffende overheidsorgaan als subsidie wordt bestempeld, betekent dus niet dat deze financiële relatie per definitie aan de werking van de aanbestedingsrichtlijnen onttrokken is. Een materiële beoordeling zal van geval tot geval antwoord moeten geven op de vraag of er bij het verlenen van een subsidie in de zin van de Awb toch sprake is een overheidsopdracht, dat wil zeggen een regeling die voorziet in de verwerving van diensten, goederen of werken.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Wanneer sprake is van een overheidsopdracht (voor werken), is verduidelijkt in een aantal arresten van het HvJEU. Het arrest [Jean Auroux](#) gaat over de aanleg van een recreatiepark in Roanne (Frankrijk). De gemeente beoogt met dit project een desolaat stadsgedeelte nieuw leven in te blazen. Volgens de gemeente zou sprake zijn van een stedelijk project (ruimtelijke ordening) dat niet kwalificeert als overheidsopdracht voor werken. Het HvJEU is het daar niet mee eens, onder meer omdat de aanbestedende dienst concrete eisen stelt aan de uit te voeren werkzaamheden.
- In het arrest [Helmut Müller](#) geeft het HvJEU aan onder welke omstandigheden sprake is van omstandigheden die maken dat sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor werken. Het HvJEU geeft aan dat er dan sprake moet zijn van (i) een rechtstreeks economisch belang en (ii) dat de opdrachtnemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken en dat de uitvoering van deze verbintenis in rechte kan worden afgedwongen. Wanneer niet wordt voldaan aan voorwaarde (i) en/of (ii), kan (mogelijk) alsnog sprake zijn van een overheidsopdracht voor werken indien de opdracht betrekking heeft op het laten uitvoeren (met welke middelen dan ook) van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk en het ontwerp van het werk (zie artikel 2, onder 6 onder c van richtlijn 2014/24/EU).
- In een vonnis van de rechtbank Arnhem in [de zaak P1 Holding / Gemeente Ede](#) oordeelde de rechter dat geen sprake was van een overheidsopdracht, omdat de aannemer niet verplicht was de betrokken werken uit te voeren of te laten uitvoeren. De omstandigheid dat van een dergelijke bouwplicht eerder wel sprake was geweest, was voor de rechter kennelijk geen reden om te oordelen dat sprake was van een ontoelaatbare omzeiling van een aanbestedingsplicht. Let wel: op grond van het (toen nog niet gewezen) [Didam](#)-arrest van de Hoge Raad zou het overheidslichaam onder deze omstandigheden waarschijnlijk nu wel een verdelingsprocedure moeten organiseren.
- Als een bestuursorgaan een subsidieregeling hanteert met een subsidieplafond en er meer subsidie wordt aangevraagd dan er beschikbaar is (en er dus sprake is van schaarse subsidiegelden) zal het bestuursorgaan een open, eerlijke en transparante verdelingsprocedure moeten vaststellen. Deze verplichting vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel, zo blijkt onder meer uit een arrest van [de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State](#). Het bestuursorgaan heeft in dat geval een grote mate van vrijheid bij het vaststellen van de verdelingsprocedure. Selectie kan plaatsvinden op grond van een inhoudelijke/kwalitatieve beoordeling van de aanvragen, maar bijvoorbeeld ook op volgorde van indiening of zelfs loting.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Stel van te voren goed vast of je te maken hebt met een subsidie of een overheidsopdracht. Subsidies en overheidsopdrachten zijn namelijk twee verschillende instrumenten met een eigen wettelijk regime. Bij het verlenen van subsidies ben je gebonden aan de Awb, bij het plaatsen van een overheidsopdracht ben je gebonden aan de Aw 2012. Dat brengt verschillende verplichtingen met zich mee. Zo zul je bij het verlenen van een subsidie een subsidiebeschikking moeten opstellen; een overheidsopdracht dien je aan te kondigen conform de voorschriften van de Aw 2012. Er kan ook nog overlap bestaan tussen subsidies en overheidsopdrachten. In dat geval zijn beide regimes van toepassing.
- Deze zaak gaat over het subsidiëren van pandeigenaren door de gemeente Heerlen, via een speciaal daarvoor opgerichte stichting. Daarnaast schakelde de gemeente een particuliere ontwerper/kunstenaar in om het project in gang te zetten. Bij dit soort projecten is het niet altijd even makkelijk om vast te stellen of sprake is van een subsidierelatie en/of een overheidsopdracht. Zorg dus dat je van te voren deskundig advies inwint, zodat je zeker weet welk wettelijk regime je dient te volgen.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves 
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com