

Advies - Intern/vertrouwelijk/niet openbaar

Van : Nysingh, Marktgroep Overheid, mrs. E. Belhadj, P.L.G. Haccou, M.J. Mutsaers en V.A. Textor
Aan : Gemeente Overbetuwe, t.a.v. mw. mr. S. van Oeveren
Datum : 8 mei 2019
Betreft : Aangevuld vervolgadvis Coöperatie Overbetuwe Samen U.A.
Referentie : 232011/MM

SAMENVATTING

1. De kernvraag die in onderstaand vervolgadvis (ons advies d.d. 28 januari jl. is als bijlage aan dit vervolgadvis gehecht) wordt beantwoord, kan als volgt worden uitgesplitst:
 - Wat is nodig om het voorliggende construct Overbetuwe Samen juridisch mogelijk te maken?
 - Welke belangrijkste juridische risico's kleven daaraan? En
 - Hoe kunnen die het beste worden geadresseerd?
2. Ook komen enkele specifieke (deel)vragen aan bod.
3. Resumerend komen wij hieronder op basis van een analyse vanuit een oogpunt van samenwerking/governance, bestuursrecht, aanbestedingsrecht en staatssteun/mededingingsrecht/Wet Markt & Overheid tot de volgende conclusies en adviezen.
4. Naar ons oordeel is het tot op grote hoogte mogelijk om het voorliggende construct juridisch zo in te richten dat daaraan geen zodanige risico's kleven dat de Gemeente niet voor deze opzet kan opteren. Zulks wel onder de voorwaarde dat aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan. Het is echter niet mogelijk om het construct helemaal waterdicht te maken. Dat wordt met name veroorzaakt door (een spanningsveld tussen) de aanbestedingsrechtelijke en bestuursrechtelijke kaders, waarbinnen het construct moet opereren, en de sturingsmogelijkheden die de Gemeente zich tegelijkertijd zal willen voorbehouden.
5. Het voorliggend construct voorziet in een subsidierelatie tussen de Gemeente en Samen. Het cruciale verschil tussen een subsidie en een overeenkomst van opdracht is de rechtstreekse afdwingbaarheid van de te leveren prestatie die de overeenkomst wel biedt, maar een subsidie niet. In het geval van onvoldoende kwaliteit kan een subsidie alleen worden gewijzigd dan wel worden ingetrokken. De te leveren prestatie kan niet in rechte worden afgedwongen. Gelet op de specifieke zorgsector, waar het hier om gaat, kan worden afgevraagd of dit een relevant verschil is, omdat u aangaf dat gemeenten in het algemeen onvoldoende in staat zijn om objectieve toetsbare en daarmee afdwingbare kwaliteitsnormen te formuleren en dat zij de kwaliteit van de te leveren prestatie daardoor ook niet goed kunnen controleren.

6. Voor wat betreft de aanbestedingsrechtelijke kaders kan op het volgende worden gewezen.
7. Zolang de Subsidiebeschikking als niet afdwingbare prestatie blijft vormgegeven en er dus géén aparte uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten tussen de Gemeente en SAMEN, is verdedigbaar dat in die relatie géén sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht. Een aanbestedingsplicht ter zake van de contracten die SAMEN met de zorgaanbieders gaat sluiten is niet aan de orde, als die contracten op basis van een open house model worden ingekocht.
8. Desondanks blijft met name in de relatie Gemeente – SAMEN sprake van een aanbestedingsrisico. Dit wordt vooral veroorzaakt door de AMvB Reële prijs, de in de Subsidiebeschikking opgenomen wijzigings- en intrekingsbevoegdheid, het feit dat die relatie verder gaat dan alleen het eenzijdig financieren van activiteiten van SAMEN en dat de subsidie zou kunnen worden aangemerkt als schaarse subsidie/schaars recht.
9. Hoe groot de kans is dat de hiervoor genoemde risico zich in de praktijk verwezenlijkt, op welk moment (voor, tijdens of na de inwerkingtreding van het construct) en in welk verband, kunnen wij helaas niet goed beoordelen. Dat is immers o.a. afhankelijk van de procedeerbereidheid van de desbetreffende belanghebbende. Mogelijk is die kans niet erg groot, omdat het niet heel waarschijnlijk lijkt dat een marktpartij de taken en verantwoordelijkheden op zich zal willen nemen die de Gemeente aan SAMEN wil toebedelen. In dit verband achten wij van belang dat u aangaf dat SAMEN géén vergoeding zal ontvangen voor de door haar te verrichten activiteiten: de Gemeente zal de administratie kosteloos/om niet voeren en het personeel van de leden/zorgaanbieders blijft bij hen in dienst. De kans dat (individuele) zorgaanbieders de relatie tussen de Gemeente en SAMEN bij de rechter ter discussie zullen willen stellen, lijkt niet erg groot, wanneer zij als gevolg van het door SAMEN toe te passen open house model in aanmerking kunnen komen voor een contract.
10. Genoemd risico kan de Gemeente proberen zo veel mogelijk te beperken door in de met de zorgaanbieders te sluiten contracten op te (laten) nemen dat SAMEN in voorkomend geval het recht heeft die contracten zonder gehoudenheid tot schade- en/of kostenvergoeding te beëindigen, of over te dragen aan een derde, zoals de Gemeente. Op basis daarvan kan de Gemeente alsdan de lopende contracten overnemen en kunnen lopende verplichtingen worden gecontinueerd en gestand worden gedaan.
11. Een andere, praktische risicobeperkende maatregel met het oog op het niet volledig weg te nemen aanbestedingsrisico, zou kunnen zijn dat de Gemeente “vrijwillige transparantie vooraf” betracht in de zin van art. 4.16 e.v. Aanbestedingswet 2012. De Gemeente zou kunnen overwegen om deze maatregel in dit geval (analoog) toe te passen, alhoewel zij zich daarmee wel enigszins kwetsbaar opstelt. Op die manier wordt namelijk niet alleen transparantie betracht als het gaat om de te verstrekken schaarse subsidie, maar ook als het gaat om de mogelijke onverenigbaarheid van de voorgenomen subsidierelatie met het aanbestedingsrecht. Als belanghebbenden de in dit kader te bieden rechtsbeschermingsmogelijkheid laten schieten, dan kan hun later hopelijk met succes worden verweten dat zij hun recht om te klagen hebben verwerkt. Hierbij dient overigens wel te worden bedacht dat als het construct na ommekomst van de initiële subsidieperiode wordt voortgezet, opnieuw een subsidie zal moeten worden verleend aan SAMEN. Alsdan zal daarom moeten worden overwogen of het zinvol/noodzakelijk is om opnieuw vrijwillige transparantie te betrachten.

12. Voor wat betreft de bestuursrechtelijke kaders kan op het volgende worden gewezen.
13. Om subsidie te kunnen verlenen aan SAMEN adviseren wij het college om op grond van artikel 3 van de Asv een subsidieregeling vast te stellen. Een subsidieregeling mag niet zo worden vorm gegeven dat SAMEN wordt aangemerkt als subsidie ontvanger.
14. Omdat sprake is van een schaarse subsidie, dient ons inziens - teneinde potentiële gegadigden gelijke kansen te bieden – de subsidie te worden getenderd.
15. Het risico hiervan is dat andere samenwerkingsverbanden dan SAMEN zich ook zouden kunnen melden met een aanvraag om een subsidie. Indien in de subsidieregeling de eis wordt opgenomen dat alleen samenwerkingsverbanden die voorzien in 80% van de gemeentelijke zorgvraag voor subsidiëring in samenwerking komen, dan lijkt dat risico beperkt te zijn. Wij adviseren daarbij wel om door B&W, dan wel de Raad beleid te laten vaststellen waarin duidelijk wordt gemaakt waarom de gemeente kiest voor deze nieuwe manier van werken kiest en wat zij daarmee beoogt. Op die manier kan worden betoogd dat de eis noodzakelijk is voor het doel van de subsidie.
16. Het is de bedoeling dat bepaalde functies bij SAMEN en/of bij de gecontracteerde zorgaanbieders besluiten kunnen nemen tot het verstrekken van maatwerkvoorzieningen. Zij zouden daartoe van het college een mandaat moeten krijgen. Gemandateerden mogen geen belang hebben bij het uitoefenen van hun mandaat. Omdat dat in de beoogde constructie wel aan de orde zou kunnen zijn, dienen aan de voorkant maatregelen te worden genomen om een mogelijk belang zoveel mogelijk te beperken.
17. Voor een goed begrip van deze verkort weergegeven conclusies en adviezen raden wij u aan om kennis te nemen van ons volledige advies inclusief bijlagen.

Achtergrond

1. Op 28 januari 2019 hebben wij u reeds een eerste (voorlopig) advies gegeven over het voornemen van de Gemeente Overbetuwe (hierna: de Gemeente) om een coöperatie op te (laten) richten, waaraan een subsidie (lumpsum) zal worden verleend, waarmee deze coöperatie taken in het sociaal domein gaat (laten) uitvoeren. Dit advies hechten wij hierbij aan nu daarnaar hieronder nog verwezen wordt (Bijlage 1). Naar aanleiding van dit eerste advies hebben wij overleg gevoerd en is de vraagstelling vanuit de Gemeente nader uitgewerkt.
2. Kort en goed komt die vraag erop neer dat we tot uitgangspunt nemen dat de door u voorgenomen vorm van inrichting van het sociaal domein mogelijk is, tenzij wij (sterke) contra-indicaties hebben dat dat niet het geval is. We zullen dus niet adviseren over alternatieve vormen. Wel brengen wij in kaart hoe deze vorm van inrichting versterkt kan worden in het bijzonder door de eventuele risico's die daar aan kleven te inventariseren en aan te geven hoe die risico's zo goed mogelijk ondervangen kunnen worden.

Opzet Coöperatie Overbetuwe Samen U.A.

3. De Gemeente heeft het plan opgevat te komen tot de oprichting van de Coöperatie Overbetuwe Samen U.A. (hierna: SAMEN). Voor deze juridische vorm is gekozen, omdat

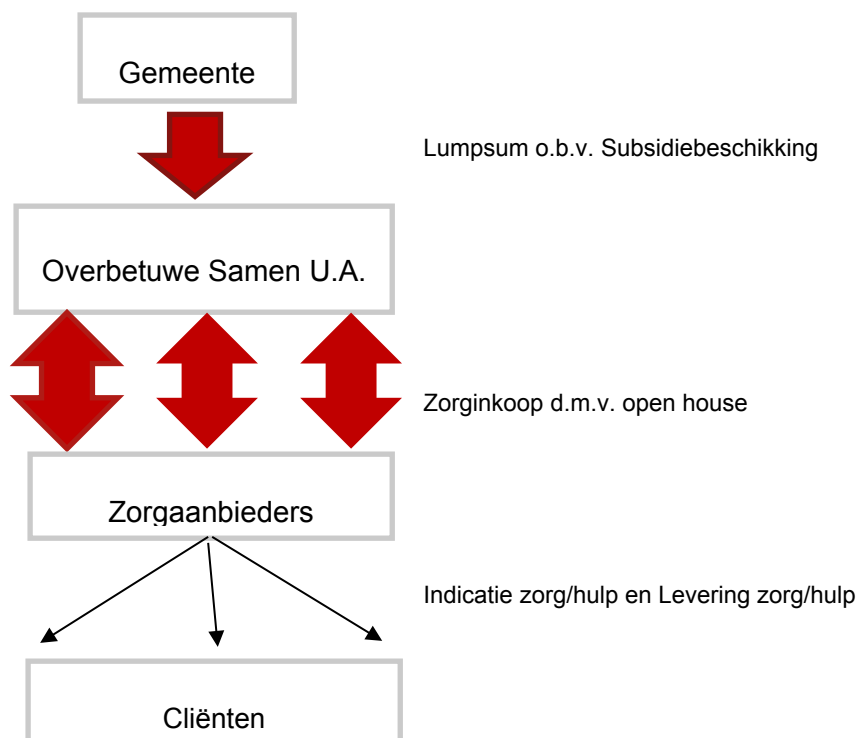
deze volgens de Gemeente het beste bij de achterliggende beleidsuitgangspunten en samenwerkingsgedachte past¹.

Activiteiten en taken

4. SAMEN gaat in deze opzet de volgende activiteiten/taken (laten) verrichten ten behoeve van de Gemeente en haar inwoners.
- Welzijn: voorliggende en vrij toegankelijke voorzieningen; informele netwerken; jeugd- en publieke gezondheidszorg (onder verantwoordelijkheid van de GGD).
 - Sociaal Team Overbetuwe Samen Integraal Deskundige Toeleiding: samengesteld uit de huidige sociale wijkteams en versterkte toegang.
 - Maatwerk ondersteuning: zorg en hulp zoals beschreven in de Wmo 2015 en de Jeugdwet, overeenkomsten landelijke voorzieningen, beschermd wonen, arbeidsmatige dagbesteding (budget is ondergebracht bij het werkbedrijf), zorgvervoer (budget blijft bij de Gemeente), en het Persoonsgebonden Budget (PGB) en alle daaruit voortvloeiende werkzaamheden.
 - Bijbehorende administratieve proces. Hierbij geldt echter dat de Gemeente (kosteloos/om niet) de administratie voert voor het construct/samenwerkingsverband op basis van een dienstverleningsovereenkomst (de Gemeente wordt voor wat betreft de administratie dus een soort onderaannemer van SAMEN).

Coöperatie als rechtsvorm

5. Schematisch weergegeven heeft de Gemeente de volgende juridische inrichting voor ogen:



6. SAMEN is een coöperatie. De concept-oprichtingsakte c.q. –statuten van SAMEN zijn nog niet beschikbaar. Wél hebben wij een concept-Subsidiebeschikking Overbetuwe Samen d.d. 21 januari jl. van u ontvangen en de oprichtingsakte van Coöperatie Rondom Wijchen U.A. U

¹ Zie ook ons advies 28 januari 2019

gaf aan dat SAMEN in principe op dezelfde wijze zal worden op-/ingericht als de Coöperatie Rondom Wijchen.

Subsidierelatie al sturingsmechanisme

7. Sturing zal enkel verlopen via de band van de Subsidiebeschikking en (voorzover mogelijk) de statuten van SAMEN. De Gemeente wenst haar verhouding tot SAMEN vorm te geven als niet-aanbestedingsplichtige subsidierelatie. Enerzijds verstrekt de Gemeente een lumpsum aan SAMEN, waarmee al haar activiteiten/taken moeten worden uitgevoerd, dus ook het indiceren van beschikkingen en de contractering van zorgaanbieders.
8. Anderzijds gaat de Gemeente via de subsidiebeschikking doelen formuleren welke SAMEN moet realiseren. Vanzelfsprekend gaat de Gemeente er ook op toezien dat die doelen worden gerealiseerd. Zo wordt in de Subsidiebeschikking vastgelegd dat SAMEN enkel door de Gemeente goedgekeurde documenten kan/mag hanteren, zoals de statuten, een huishoudelijk reglement en een leveranciers-overeenkomst. Als de afgesproken doelstellingen niet/onvoldoende worden gerealiseerd, dan kan de Gemeente de subsidie lager vaststellen of terugvorderen. Als zich een conflict voordoet tussen SAMEN en een gecontracteerde zorgaanbieder, dan moet de Gemeente via een nog op te stellen escalatieregeling “à la Wijchen” kunnen ingrijpen.

Relatie met zorgaanbieders

9. Het is de bedoeling dat de zorg-/hulpaanbieders lid worden van de coöperatie. Op die manier moet samenwerking worden bevorderd en kunnen de zorgaanbieders meebeslissen. U gaf aan dat 20% van alle gecontracteerde zorgaanbieders op dit moment 80% van de zorg/hulp in Overbetuwe levert. Partijen die in Overbetuwe zorg/hulp willen verlenen, moeten dus lid worden van de coöperatie en wel op basis van een kwaliteitseis, met als doel dat zij een actieve bijdrage leveren aan de gewenste ontwikkeling. Vooralsnog is het niet de bedoeling dat de Gemeente ook lid wordt van de coöperatie.
10. SAMEN gaat zorg- en hulpverleners contracteren middels een open house inkoopmodel. De leden en leveranciers van SAMEN gaan op die manier alle ondersteuning - van algemeen toegankelijke welzijnsactiviteiten tot en met alle maatwerk voorzieningen krachtens de Wmo 2015 en de Jeugdwet - uitvoeren.

Indicatiestelling is een integraal onderdeel van de taken

11. De toewijzing van de maatwerkvoorziening (indicatiestelling) is een integraal onderdeel van de opdracht van de Gemeente aan de coöperatie onder de randvoorwaarde dat de professionals die deze taak krijgen dit kunnen doen op basis van een werkproces dat de onafhankelijkheid van hun rol borgt. De Gemeente wil de indicatiestelling niet aan SAMEN als organisatie of aan bepaalde/specifieke personen mandateren, maar aan bepaalde functies bij SAMEN en/of bij de gecontracteerde zorgaanbieders. Een beoogd effect is echter dat de inzet van (dure) maatwerkvoorzieningen zo veel mogelijk wordt voorkomen.

Vraagstelling

12. De kernvraag die de Gemeente in dit vervolgvraagstuk beantwoord wil hebben, kan als volgt uitgesplitst worden:
 - *Wat is nodig om het voorliggende construct Overbetuwe Samen juridisch mogelijk te maken?*

- *Welke belangrijkste juridische risico's kleven daaraan? en*
- *Hoe kunnen die het beste worden geadresseerd?*

13. Bij de beantwoording zullen ook de door de Gemeente geformuleerde (deel)vragen – waar nodig vanzelf aan bod komen. Die deel vragen luiden:

- *Onder welke randvoorwaarden / uitgangspunten / risico's kan de gemeente aan 1 samenwerkingsverband een opdracht (en daarmee samenhangend) een som geld verstrekken voor de uitvoering van taken obv de WMO en de Jeugdwet?*
- *Is voor dit samenwerkingsverband een coöperatie dan het meest logische construct of is er een betere optie, mede gelet op de opties die de werkgroep Construct heeft onderzocht? Zijn daarbij nog andere aspecten van belang, bijv. evt. fiscale gevolgen?*
- *Welke monitoring en sturingsmechanismes (controle op prestaties, kwaliteit etc) heeft de gemeente bij een dergelijk construct? In een uiterst geval, zoals wanneer een zorgaanbieder als de Heldring stichting of de William Schrikker Groep vorig jaar negatief in de media kwamen, welke (rechts)middelen kan de gemeente dan aanwenden? Wat kan de gemeente of het samenwerkingsverband/de coöperatie bij een niet-presterende zorgaanbieder doen? Uitgesplitst naar 3 varianten*
- *Hoe verhoudt zich dat tot een (zuivere) subsidie en/ of overheidsopdracht en/of open house? (risico's en kanttekeningen uitsplitsen per 3 varianten)*
 - *Klopt de veronderstelling van de Gemeente dat onder deze omstandigheden zowel de subsidie, als de overheidsopdracht, als het openhouse bij de verstrekking van die som geld aan 1 partij getenderd moeten worden en hoe ziet dat er dan in praktijk uit? Risico bij bewust niet-tenderen? Wat betekent het als we tenderen, terwijl we "weten" dat er maar 1 partij dit kan door de wijze waarop we de eisen tot deelname hebben ingericht?*
 - *Hoe kan de gemeente omgaan met de situatie dat er zich meer dan 1 partij meldt bij zo'n tender?*
- *Welke risico's/ kanttekeningen zijn daarbij te maken, bijvoorbeeld maar niet uitsluitend in relatie tot de aanbestedingswet, staatssteun, Wet Markt en Overheid, Mededingingswet, fiscale risico's, BTW (ook i.v.m. relatie gemeente - adminkantoor)?*
 - *Als subsidie de grondslag is, op welke wijze kan de gemeente dan zo veel als mogelijk tegemoetkomen aan de eisen van de ACM (WM&O, mededingingswet).?*

Advies en aanbevelingen

14. In het hiernavolgende zullen wij de hiervóór geformuleerde kernvraag en deelvragen beantwoorden. Die beantwoording raakt aspecten vanuit de volgende perspectieven:

- samenwerking//governance,
- bestuursrecht,
- aanbestedingsrecht en
- staatssteun/mededinging/Wet Markt en Overheid (Wet M&O).

15. In feite vormen deze perspectieven de belangrijkste juridische kaders/randvoorwaarden waarbinnen het gewenste construct moet functioneren. Wij hebben hieronder ons beperkt tot een beknopt geïntegreerde advies in de vorm van de conclusies en adviezen ten aanzien van de kernvraag. Deze conclusies worden in het tweede deel van dit document uitgewerkt onder het hoofdstuk 'juridisch kader'. Voor een goed begrip van ons advies is het aan te raden om ook kennis te nemen van ook het uitgewerkte juridische kader en daarmee dus van het hele advies.

Hoofdconclusie: de gedachte inrichting van SAMEN is mogelijk, maar onder voorwaarden en niet zonder uitsluiting van alle risico's

16. Onze conclusie ten aanzien van de kernvraag is – kort samengevat: tot op grote hoogte is het naar ons oordeel mogelijk om het voorliggende construct juridisch zo in te richten dat daar aan geen zodanige risico's kleven dat de Gemeente niet voor deze opzet kan opteren. Zulks wel onder de voorwaarde dat aan een aantal - hierna verkort uit te werken - randvoorwaarden wordt voldaan. Het is echter niet mogelijk om het construct helemaal waterdicht te maken. Wij werken dit hierna verder uit.

Coöperatie doelmatige rechtsvorm

17. Wij stellen voorop dat het vertrekpunt van de coöperatie als samenwerkingsvehikel een prima gedachte is, omdat dat vehikel zich op zichzelf goed leent voor de door de Gemeente gewenste herinrichting van het Sociaal Domein en de daarin te bewerkstelligen transformatiebeweging. De coöperatie is een samenwerkingsvorm binnen een juridische entiteit die het ondernemers eenvoudig maakt tot die samenwerkingsentiteit toe te treden of uit te stappen. Het is een overzichtelijke rechtsvorm die de Gemeente op haar beurt de mogelijkheid geeft om met één partij een juridische relatie (in de vorm van lumpsum subsidie) aan te gaan.

Verhouding Gemeente - SAMEN

18. Het belangrijkste aandachtspunt is de spanning tussen enerzijds het zoveel mogelijk weg willen blijven van de aanbestedingsplicht en anderzijds het voldoende grip houden op de realisatie van de taken en doelmatige aanwending van de lumpsum.
19. Aan een aanbestedingsplicht, die ten aanzien van die diensten geldt, kan worden ontkomen, wanneer de relatie tussen de Gemeente en SAMEN zo veel mogelijk wordt vormgegeven als zuivere subsidierelatie (eenzijdige rechtshandeling) in plaats van als opdrachtrelatie (meerzijdige rechtshandeling/overeenkomst). Op het moment dat sprake is van een zuivere subsidierelatie tussen de Gemeente en SAMEN, is géén sprake van een overheidsopdracht c.q. concessieopdracht, en is een aanbestedingsplicht op grond van de Aanbestedingswet 2012 dus niet aan de orde. In dat licht adviseren wij concreet om ervoor te zorgen dat de Subsidiebeschikking als niet afdwingbare prestatie vormgegeven blijft, zodat verdedigbaar is dat géén sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel (en een aanbestedingsplicht dus ontbreekt). Dit betekent ook, dat er géén aparte uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten met SAMEN. Belangrijk (inherent) nadeel daarvan is echter/dus dat de Gemeente minder directe grip op SAMEN en de zorgaanbieders heeft, dan zij kan creëren via een contractuele opdrachtgever/opdrachtnemer relatie.
20. Het aanbestedingsrisico in de relatie Gemeente – SAMEN kan met het voorgaande echter niet volledig worden weggenomen. Wij kunnen namelijk niet uitsluiten dat een rechter (of bijvoorbeeld de accountant in het kader van de controle van de jaarrekening) desondanks tot het oordeel komt dat sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht van de Gemeente aan SAMEN, ook al is formeel géén sprake van een schriftelijke overeenkomst en evenmin van een direct afdwingbare prestatie. Hoe groot de kans is dat het hiervóór genoemde risico zich in de praktijk verwezenlijkt, op welk moment (voor, tijdens of na de inwerkingtreding van het construct) en in welk verband, is lastig te bepalen. Mogelijk is die kans niet erg groot,

omdat het niet heel waarschijnlijk lijkt dat een marktpartij de taken en verantwoordelijkheden op zich zal willen nemen die de Gemeente aan SAMEN wil toebedelen.

21. Een praktische, risicobeperkende maatregel met het oog op het niet volledig weg te nemen aanbestedingsrisico, zou kunnen zijn dat de Gemeente “vrijwillige transparantie vooraf” betracht in de zin van art. 4.16 e.v. Aanbestedingswet 2012. De Gemeente zou kunnen overwegen om deze maatregel in dit geval (analoog) toe te passen. Op die manier wordt transparantie betracht als het gaat om de mogelijke onverenigbaarheid van de voorgenomen subsidierelatie met het aanbestedingsrecht. Als belanghebbenden de in dit kader te bieden rechtsbeschermingsmogelijkheid laten schieten, dan kan hun later hopelijk met succes worden verweten dat zij hun recht om te klagen hebben verwerkt. Hierbij dient overigens wel te worden bedacht dat als het construct na ommekomst van de initiële subsidieperiode wordt voortgezet, opnieuw een subsidie zal moeten worden verleend aan SAMEN. Alsdan zal daarom moeten worden overwogen of het zinvol/noodzakelijk is om opnieuw vrijwillige transparantie te betrachten vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief.
22. Zoals in het eerdere advies en ook in dit advies nog meermaals aan de orde zal komen, brengt de aanbeveling om uit te gaan van een zuivere subsidierelatie wel met zich mee dat de Gemeente zich moet realiseren dat haar directe sturingsmogelijkheden op SAMEN beperkt zijn. Zij is geen lid van de coöperatie en ook geen bestuurder (hooguit invloed via toezichthoudend commissaris(en) en er ontbreekt een contractuele opdrachtrelatie (contract) waarin zowel inhoudelijke aanwijzingen, als sturings- en interventie mogelijkheden zijn neergelegd. Dit vraagt dus om een nauwkeurige inrichting van de subsidievoorwaarden. Daar komen wij hieronder nog op terug.
23. De subsidieverlening aan SAMEN en de doorgifte (van een deel) daarvan aan de zorgaanbieders levert geen staatssteun op. De activiteiten van SAMEN en de zorgaanbieders zijn namelijk lokaal van aard, zij bedienen een zeer lokale markt en trekken geen buitenlandse klanten aan. Bovendien zijn er geen aanwijzingen dat buitenlandse ondernemingen die soortgelijke diensten aanbieden geïnteresseerd zijn om diensten aan te bieden in Overbetuwe, zodat ook geen sprake is van een beperking van de mogelijkheid om te investeren. Verder zijn Nederlandse zorgaanbieders die soortgelijke diensten aanbieden ook nagenoeg niet actief in het buitenland, zodat de subsidieverlening ook hun mogelijkheden om in het buitenland te investeren beperkt.
24. De Wet M&O legt verplichtingen op aan overheden als zij economische activiteiten verrichten. Omdat de Gemeente bij de verstrekking van de subsidie geen economische activiteit verricht, maar eerder handelt ter uitoefening van haar overheidsbevoegdheden, is geen sprake is van een economische activiteit. Dat betekent dat de Wet M&O ook niet van toepassing is in dit geval.

Verhouding SAMEN-Zorgaanbieders

25. In de relatie met de zorgaanbieders moet gewaarborgd worden dat de zorg en hulp door SAMEN wordt ingekocht op basis van een open house model. Immers, kenmerk van dat model is dat alle zorgaanbieders die aan de gestelde eisen en voorwaarden voldoen, een contract krijgen. Alsdan ontbreekt namelijk een aanbestedingsplicht. Dit betekent dat SAMEN enkel uitsluitingsgronden en (geschiktheids)eisen kan en mag hanteren (en eventueel ook een examen kan afnemen van de geïnteresseerde aanbieders), maar dat er

géén plaats is voor het gebruik van gunningscriteria, op basis waarvan aanbiedingen met elkaar kunnen worden vergeleken en kunnen worden geselecteerd.

26. Het kartelverbod uit de Mededingingswet verbiedt de zorgaanbieders die in SAMEN gaan deelnemen in beginsel om afspraken te maken die de concurrentie tussen hen beperken. Dat verbod is hier niet van toepassing op de Gemeente, omdat deze niet aan te merken is als onderneming, aangezien zij in dit geval overheidstaken uitvoert. Ons is niet bekend welke zorgaanbieders lid worden van SAMEN en hoe zij gaan samenwerken in SAMEN. Om die reden kunnen wij niet bepalen of de samenwerking tussen de zorgaanbieders in SAMEN daadwerkelijk mededingingsrechtelijke risico's oplevert.
27. In het kort komt het erop neer dat zorgaanbieders die soortgelijke diensten aanbieden (dus geen ketenzorg) geen afspraken mogen maken over in ieder geval wie welk deel van de gemeente Overbetuwe of cliënten bedient en over tarieven die gehanteerd (gaan) worden, omdat die afspraken in beginsel de concurrentie tussen hen kunnen beperken. Bij een samenwerking van de zorgaanbieders in SAMEN bestaat een risico dat dergelijke afspraken wel worden gemaakt. Er zal dus bij de inrichting van SAMEN moeten worden bekeken wat de zorgaanbieders wel en niet kunnen concreet kunnen afspreken en uitwisselen.

Inrichting subsidierelatie

28. Om subsidie te kunnen verlenen aan SAMEN adviseren wij het college om op grond van artikel 3 van de Asv een subsidieregeling vast te stellen. Een subsidieregeling mag niet zo worden vorm gegeven dat SAMEN wordt aangemerkt als subsidie ontvanger. Omdat sprake is van een schaarse subsidie, dient de subsidie ons inziens te worden getenderd.
29. Het risico hiervan is dat andere samenwerkingsverbanden dan SAMEN zich ook zouden kunnen melden met een aanvraag om een subsidie. Indien in de subsidieregeling de eis wordt opgenomen dat alleen samenwerkingsverbanden die voorzien in 80% van de gemeentelijke zorgvraag voor subsidiëring in samenwerking komen, dan lijkt dat risico beperkt te zijn. Wij adviseren daarbij wel om door B&W, dan wel de Raad beleid te laten vaststellen waarin duidelijk wordt gemaakt waarom de gemeente kiest voor deze nieuwe manier van werken kiest en wat zij daarmee beoogt. Op die manier kan worden betoogd dat de eis noodzakelijk is voor het doel van de subsidie.
30. Bij de inrichting van de subsidierelatie moet onderkend worden dat die voor wat betreft de sturingsmogelijkheden van de Gemeente begrensd is. Die mogen namelijk niet zo ver gaan dat qua voorwaarden (toch) een verkapte (aan te besteden) overheidsopdracht ontstaat. Ook moet worden voorkomen dat de relatie niet wordt aangemerkt als een zuivere subsidierelatie, maar als een overeenkomst van opdracht. Dit vereist dus aandacht omdat vanuit het sturingsbelang dat de Gemeente ook heeft zij wel eisen zou willen stellen aan de prestaties van SAMEN als zodanig en deze via een uitvoeringsovereenkomst zou willen afdwingen.
31. De sturingsmogelijkheden zullen dan vooral vormgegeven moeten worden door vooraf bij de subsidieverlening prestatieparameters/KPI's in te bouwen. Die vooral moeten zien op de door SAMEN te realiseren prestaties en realisatie van beleidsdoelstellingen. Tussentijds ingrijpen in de bedrijfsvoering van SAMEN is, mede ingegeven door de onafhankelijke positie van de coöperatie als de subsidierelatie, niet goed te bewerkstelligen. Dat betekent dat het inderdaad lastig is om in een uiterst geval, zoals wanneer een zorgaanbieder als de

Heldring stichting of de William Schrikker Groep vorig jaar negatief in de media kwamen, (rechts)middelen aan te wenden.

32. Een gedachte is wellicht wel dat als voorwaarde bij de subsidieverlening vereist wordt dat SAMEN bepaalde protocollen opstelt en hanteert om adequaat in te grijpen in geval een calamiteit zich voordoet of andere situaties aan de orde zijn die de zorgverlening aan inwoners van Overbetuwe direct kan raken.

Toelaatbaarheid verlenen mandaat indicatiestelling

33. Het is de bedoeling dat bepaalde functies bij SAMEN en/of bij de gecontracteerde zorgaanbieders besluiten kunnen nemen tot het verstrekken van maatwerkvoorzieningen. Zij zouden daartoe van het college een mandaat moeten krijgen. Een gemandateerde mag echter géén eigen belang hebben bij de mandaatuitoefening.
34. Om het risico te beperken dat besluiten van de gemandateerde in bezwaar en beroep met succes worden bestreden, omdat de aard van de bevoegdheid aan mandatering in de weg stond, is het van belang om diegenen die het mandaat krijgen, een onafhankelijke rol te geven. Dat kan in de eerste plaats door ervoor te zorgen dat de functionaris die optreedt als indicatiesteller niet tevens de functie van zorgverlener heeft. Het zal dus een persoon moeten zijn die binnen SAMEN louter als indicatiesteller optreedt en bij voorkeur ook in dienst is van SAMEN in die functie (dit laatste is niet in overeenstemming met uw wens). Tevens kan dit verder gewaarborgd worden door intern (bijvoorbeeld ook in de vorm van een te hanteren protocol bij indicatiestelling en bij de voorwaarden voor uitoefening van het mandaat te bepalen dat bepaalde functies onverenigbaar zijn met de functie van een gemandateerde indicatiesteller. Vanwege de werkgeversrelatie zal er echter altijd wel enige vorm van instructiebevoegdheid blijven bestaan. Als aan de voorkant dergelijke maatregelen zijn genomen om het 'eigen belang' uit te sluiten, kan afgevraagd worden of er dan nog grote risico's zijn mocht over de bevoegdheid van de indicatiestelling discussie gaat ontstaan.

Resumerend

Al met al lijkt ons de door u voorgestelde opzet van de herschikking van het sociaal domein met de introductie van Coöperatie Overbetuwe Samen U.A. werkbaar en aanvaardbaar te zijn zonder zodanige risico's dat deze opzet vanuit juridische optiek ontraden moet worden. Wel zal aan een aantal aspecten nader aandacht moeten worden besteed om juridische risico's tot een minimum te beperken. Daarnaast zal de Gemeente zich vooral moeten realiseren dat het op afstand zetten van deze taken in een entiteit met wie zij alleen een subsidierelatie kan hebben met zich brengt dat zij minder sturing en grip heeft op de uitvoering van die taken, dan wanneer de Gemeente een overheidsopdracht zou gunnen c.q. een overeenkomst met SAMEN of een andere uitvoerder zou sluiten. Kanttekening daarbij is dat u aangaf dat - gelet op de specifieke zorgsector, waar het hier om gaat - kan worden afgevraagd of dit een relevant verschil is, omdat u aangaf dat gemeenten in het algemeen onvoldoende in staat zijn om objectieve toetsbare en daarmee afdwingbare kwaliteitsnormen te formuleren en dat zij de kwaliteit van de te leveren prestatie daardoor ook niet goed kunnen controleren.

JURIDISCH KADER

In het hiernavolgende zullen wij de hiervóór geformuleerde kernvraag en deelvragen beantwoorden. Die beantwoording raakt aspecten vanuit de volgende perspectieven:

- i) samenwerking//governance,
- ii) bestuursrecht,
- iii) aanbestedingsrecht en
- iv) staatssteun/mededinging/Wet Markt en Overheid (Wet M&O).

In feite vormen deze perspectieven de belangrijkste juridische kaders/randvoorwaarden waarbinnen het gewenste construct moet functioneren. Wij hebben omwille van de leesbaarheid die inhoudelijke juridische kaders hieronder in een afzonderlijk “juridisch kader” uitgewerkt. Voor een goed begrip van ons advies is het aan te raden om ook kennis te nemen van deze juridische kaders .

1. **JURIDISCH KADER: Samenwerking/governance**

De coöperatie als rechtsvorm

- 1.1 De Gemeente neemt tot uitgangspunt dat SAMEN wordt vormgegeven in een coöperatie. Een coöperatie is een bijzondere verschijningsvorm van een vereniging. De coöperatie heeft, anders dan de vereniging, ten doel om in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien. Een vereniging mag daarentegen geen winst onder haar leden verdelen. Kenmerkend voor een vereniging/coöperatie is dat zij twee of meer oprichters en leden heeft. De oprichting van een vereniging/coöperatie door één lid is niet mogelijk.
- 1.2 Kenmerken coöperatie:
 - uniformiteit van belangen;
 - gaat overeenkomsten aan met en voor de leden;
 - oprichten met minimaal één partner;
 - hoogste zeggenschap ligt bij algemene ledenvergadering die het bestuur benoemt;
 - bestuur bestaat uit leden; niet-leden benoembaar als dit statutair is bepaald;
 - er kan een raad van commissarissen worden benoemd;
 - ieder lid heeft in beginsel één stem (tenzij statutair anders is bepaald);
 - coöperatie mag in tegenstelling tot een vereniging wel winst onder de leden verdelen;
 - coöperatie is als rechtspersoon aansprakelijk. Bij ontbinding zijn de leden aansprakelijk (wettelijke aansprakelijkheid (WA), in beginsel voor gelijke delen – er kan een andere verdeelsleutel in de statuten worden afgesproken), tenzij een coöperatie met beperkte aansprakelijkheid (BA) of met uitsluiting van aansprakelijkheid (UA) is opgericht;
 - diverse administratieve verplichtingen, zoals opmaken en deponeren van jaarstukken.
- 1.3 Voordelen
 - oprichting coöperatie is relatief eenvoudig en gaat niet gepaard met hoge kosten;
 - inrichting coöperatie ‘vrij’ dan een kapitaalvennootschap (BV/NV). Minder gebonden aan dwingendrechtelijke regels en zware bestuurslagen;
 - mogelijkheid onafhankelijke bestuurders;
 - mogelijkheid instellen onafhankelijke raad van toezicht;

- flexibel en slagvaardig, onafhankelijk optreden en relatief weinig bestuurlijke druk;
- relatief eenvoudig om andere marktpartijen bij de doelstelling te betrekken;

Coöperatie lijkt gelet op beoogde inrichting van SAMEN de meest aangewezen rechtsvorm als platform voor zorgaanbieders

- 1.4 Gelet op het feit dat de Gemeente met SAMEN beoogt een platform te creëren waarin individuele zorgaanbieders samenwerken om de taakstellingen op het sociaal domein voor de Gemeente uit te voeren, lijkt behoefte aan een zelfstandige entiteit in de vorm van een rechtspersoon. De coöperatie is daarbij een goed verdedigbaar construct. De coöperatie biedt immers anders dan een B.V. of N.V. een flexibele toegang voor deelnemers (zorgaanbieders). Bij de BV en NV is tussenkomst van de notaris nodig is om toe te treden tot die vennootschap. Ten opzichte van een stichting heeft de coöperatie het voordeel dat leden daadwerkelijk als lid en winstgerechtigde participeren in de coöperatie terwijl een stichting uitsluitend bestaat uit een bestuur.
- 1.5 Van een inrichting van governance structuur is niet echt sprake. De bedoeling is immers dat de coöperatie geen deelneming van de Gemeente is. Het is dus ook niet een “verbonden partij” noch draagt de gemeente als aandeelhouder, lid of bestuurder in enigerlei opzicht vanuit het rechtspersonenrecht, de gemeentewet of de begrotingsregels (BBV) verantwoordelijkheid voor SAMEN.

Afweging: onafhankelijkheid versus (gebrek aan) sturing

- 1.6 Waar de Gemeente echter niet beoogt zelf lid te worden van de coöperatie, is haar invloed daarop vanuit het rechtspersonenrecht/governance beperkt. Het voordeel van deze constructie en de onafhankelijke positie van de coöperatie ten opzichte van de Gemeente, is vanzelfsprekend dat eventuele problemen in de bedrijfsvoering die kunnen leiden tot situaties van surséance of faillissement, de Gemeente niet (in financiële zin) zullen raken. De Gemeente participeert immers niet als risicodragend deelnemer in de coöperatie.
- 1.7 Om te beginnen zou de Gemeente wel in overweging kunnen nemen om wat meer toezicht te houden op SAMEN door te bedingen dat in statuten wordt voorzien in een Raad van Commissarissen. Daarbij zou de Gemeente de mogelijkheid kunnen worden gegeven om (bijvoorbeeld) een of meer externe personen tot commissaris te benoemen. Bedacht zal echter wel steeds moeten worden dat het bestuur en de Raad van Commissarissen het belang van de rechtspersoon voorop dienen te stellen en niet het belang van derden, zoals bijvoorbeeld de Gemeente en de te realiseren beleidsdoelstellingen. Dat neemt niet weg dat het mogelijk is om het statutaire doel van SAMEN zo veel mogelijk in lijn te formuleren met de gemeentelijke doelstelling, die erop neerkomt dat de gewenste beweging in het sociaal domein daadwerkelijk gaat worden gemaakt. Het is echter wel zaak om de zorgaanbieders daarin mee te krijgen, vooral ook omdat u aangaf dat het niet zozeer aan de Gemeente is om te bepalen dat er met een Raad van Commissarissen moet worden gewerkt, maar dat dit vooral aan de zorgaanbieders/leden van de coöperatie is. Niettemin zullen zij (vanwege de subsidiegelden) rekening willen houden met de wensen van de Gemeente, zo is de verwachting. Met andere woorden: afstemming van de inhoud van de oprichtingsakte/statuten van SAMEN met de zorgaanbieders ligt voor de hand.
- 1.8 Dit betekent dus dat de Gemeente tevens op andere sturingsmechanisme is aangewezen om te bewerkstelligen dat door SAMEN de prestaties worden geleverd en een bedrijfsvoering wordt gevoerd die in overeenstemming is met de doelstellingen die de

Gemeente zich heeft gesteld. Dat zou bijvoorbeeld de subsidierelatie danwel het sluiten van een overeenkomst kunnen zijn.

2. JURIDISCH KADER: Bestuursrecht

2.1 Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt hebben wij in ons advies van 28 januari jl. twee thema's benoemd die de aandacht verdienen:

- Subsidierecht;
- Toelaatbaarheid verlenen mandaat indicatiestelling.

2.2 Wij benadrukken dat de vraag of de financiële verstrekking door de overheid valt aan te merken als een subsidie of een opdracht in de zin van art. 7:400 BW niet zozeer een keuze is, maar moet worden bepaald aan de hand van de vraag of de financiële verstrekking kwalificeert als een subsidie in de zin van art. 4:21 Awb. Het subsidiebegrip is een materieel begrip. Zodra aan de materiële vereisten van het subsidiebegrip is voldaan, is sprake van een subsidie. Daarnaast merken wij op dat een subsidie ook kan kwalificeren als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.

2.3 De materiële vereisten ex art. 4:21 Awb zijn de volgende: a) aanspraak op financiële middelen, b) door een bestuursorgaan verstrekt, c) met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, d) anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten. In de voorgestane constructie zal vooral de vraag zijn of aan vereiste d 'anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten' wordt voldaan.

2.4 Wij constateren dat de voorliggende concept-subsidiebeschikking (hierna: de Subsidiebeschikking) thans niet als afdwingbare prestatie is vormgegeven. Dit is een indicatie dat sprake is van een subsidie. Daarbij vragen wij ons wel af, of het ontbreken van een afdwingbare prestatie wenselijk en realistisch is. Immers, de op de Gemeente rustende wettelijke taken moeten goed worden uitgevoerd en dus heeft de Gemeente er belang bij om de door SAMEN te (laten) leveren prestaties afdwingbaar te maken.

Ad a Subsidierecht

Verhouding Gemeente - SAMEN

2.5 De wens is om de verhouding tussen Gemeente en SAMEN als subsidierelatie vorm te geven. Aandachtspunten die daarbij spelen zijn:

- Is sprake van een subsidie?
- Is de subsidie een schaars recht?

2.6 Beide punten raken ook het aanbestedingsrechtelijk kader en zullen in hoofdstuk 3 worden besproken.

2.7 In aanvulling daarop merken wij op dat, art. 4:23 van de Awb vereist dat een subsidie op grond van een wettelijk voorschrift wordt verstrekt. Dit wettelijk voorschrift is er op dit moment niet in de Gemeente en dient alsnog te worden vastgesteld. B&W kunnen op grond van art. 3 van de ASV 2016 een regeling vaststellen. In recente rechtspraak is nog eens

benadrukt dat er daarbij op moet worden gelet dat de eis van een wettelijk voorschrift erop neerkomt dat de subsidieverstreking moet zijn gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift.

- 2.8 Het is vaste rechtspraak dat een algemeen verbindend voorschrift zich onderscheidt van andere besluiten doordat het algemene abstracte regels bevat, die zich zonder nadere normering voor herhaalde toepassing lenen. Een besluit waarin nader naar plaats, tijd of object de toepassing van een in een algemeen voorschrift besloten liggende norm wordt bepaald, kan zelf geen algemeen verbindend voorschrift zijn (zie bijv. ECLI:NL:RVS:2014:2060 en recent ECLI:NL:RVS:2019:595).
- 2.9 Het gevolg van deze rechtspraak is dat een nadere regeling die geen ruimte laat voor subsidiëring aan anderen dan aan Samen geen algemeen verbindend voorschrift is. Subsidievertrekking aan Samen op basis van een dergelijke regeling, zal dan niet voldoen aan artikel 4:23 van de Awb. Een dergelijk subsidiebesluit zal dan onbevoegd zijn genomen en daarmee onrechtmatig zijn.
- 2.10 Bij het verstrekken van een subsidie in de vorm van een begrotingssubsidie is een wettelijke grondslag niet vereist. Dat is ons inziens echter geen reële optie, gelet op de wens van de Gemeente om het subsidiebedrag (lump sum) naar beneden en boven te kunnen bijstellen.
- 2.11 Al met al adviseren wij vanuit subsidierechtelijk oogpunt om B&W op grond van art. 3 van de ASV een subsidieregeling te laten vaststellen die wel zelfstandige normen bevatten die zich lenen voor herhaalde concrete toepassing. Daarbij is het ons inziens goed verdedigbaar dat die regeling zodanig is vormgegeven dat als eis wordt gesteld dat alleen een samenwerkingsverband dat voorzieningen aanbiedt op het gebied van de Jeugd en Wmo en voorziet in 80% van de gemeentelijke zorgvraag in aanmerking komt voor subsidiëring, zolang de gemeente goed kan motiveren dat alleen op die wijze aan het gemeentelijk beleid kan worden voldaan. In de toelichting bij de subsidieregeling zou kunnen worden opgemerkt dat bij een samenwerkingsverband kan worden gedacht aan een coöperatie. Wij adviseren daarbij om door B&W, dan wel de Raad beleid te laten vaststellen waarin duidelijk wordt gemaakt waarom de gemeente kiest voor deze nieuwe manier van werken kiest en wat zij daarmee beoogt.
- 2.12 Het risico van de noodzakelijke subsidieregeling is dat andere samenwerkingsverbanden dan SAMEN zich ook zouden kunnen melden met een aanvraag om een subsidie. Indien de eis dat alleen samenwerkingsverbanden die voorzien in 80% van de gemeentelijke zorgvraag voor subsidiëring in samenwerking komen goed is gemotiveerd, dan lijkt dat risico beperkt te zijn.

Verhouding SAMEN-Zorgaanbieders

- 2.13 Een aandachtspunt is ons inziens nog dat derden zich op goede gronden op het standpunt zouden kunnen stellen dat SAMEN bij het doen van financiële verstrekkingen als bestuursorgaan (zogenoemd b-orgaan) wordt aangemerkt. Zij zouden zich op het standpunt kunnen stellen dat de financiële verstrekking van SAMEN aan de zorgaanbieders als een

subsidie wordt aangemerkt. Het is onze verwachting dat dit standpunt niet zal slagen. Aan het materiële subsidiebegrip zal niet worden voldaan (zie hiervoor par. 2.2 e.v.), omdat SAMEN met de zorgaanbieders wel afdwingbare afspraken zal gaan maken.

Toelaatbaarheid verlenen mandaat indicatiestelling

- 2.14 Het is de bedoeling dat bepaalde functies bij SAMEN en/of bij de gecontracteerde zorgaanbieders besluiten kunnen nemen tot het verstrekken van maatwerkvoorzieningen. Zij zouden daartoe van het college een mandaat moeten krijgen. Ten aanzien van de vraag in hoeverre mandatering van de inkoop van de zorgcontracten aan leden van de coöperatie in strijd is met de aard van de bevoegdheid, merken wij het volgende op.
- 2.15 Uit de Memorie van Toelichting bij art. 10:3 Awb valt af te leiden dat er twee situaties zijn waarin mandaatverlening vanwege de aard van de bevoegdheid niet is toegestaan:
1. Mandaatverlening is geheel uitgesloten omdat besluitvorming alleen mag plaatsvinden door het orgaan dat door de wetgever is aangewezen. Het gaat in die gevallen om zware bevoegdheden op basis waarvan ingrijpende besluiten kunnen worden genomen. Daarvan is in casu géén sprake.
 2. Mandaatverlening is in een concreet geval uitgesloten vanwege de hoedanigheid of positie van de mandaatontvanger. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de gemandateerde een eigen belang heeft bij de mandaatuitoefening. Daarvan zou in casu wél sprake kunnen zijn. Daarbij denken wij vooral aan de situatie waarin de zorgaanbieder, als gevolg van de lump sum financiering, er belang bij zou kunnen hebben om een lagere indicatie af te geven, dan een aanvrager nodig heeft.
- 2.16 Om het risico te beperken dat besluiten van de gemandateerde in bezwaar en beroep met succes worden bestreden, omdat de aard van de bevoegdheid aan mandatering in de weg stond, is het van belang om diegenen die het mandaat krijgen, een onafhankelijke rol te geven. Dat kan in de eerste plaats door er voor te zorgen dat de functionaris die optreedt als indicatiesteller niet tevens de functie van zorgverlener heeft. Het zal dus een persoon moeten zijn die binnen SAMEN louter als indicatiesteller optreedt en bij voorkeur ook in dienst is van SAMEN in die functie (dit laatste is in de door u voorgestane constructie overigens niet de bedoeling). Tevens kan dit verder gewaarborgd worden door intern (bijvoorbeeld ook in de vorm van een te hanteren protocol bij indicatie stelling en bij de voorwaarden voor uitoefening van het mandaat te bepalen dat bepaalde functies onverenigbaar zijn met de functie van een gemandateerde indicatiesteller. Vanwege de werkgeversrelatie zal er echter altijd wel enige vorm van instructiebevoegdheid blijven bestaan. Wij schatten in dat met het treffen van voornoemde maatregelen aan de voorkant, het risico op vernietiging van besluiten aanvaardbaar is.

3. **JURIDISCH KADER: Aanbestedingsrecht**

Inleiding/aanbestedingsrechtelijk kader:

- 2.17 Op grond van de Aanbestedingswet 2012 moeten *overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten* met een waarde van € 750.000,-- ex BTW of hoger, en *concessieopdrachten voor diensten* met een waarde van € 5.548.000,-- ex BTW of hoger Europees worden aanbesteed.² Een *overheidsopdracht voor diensten* is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en een dienstverlener gericht op het (laten) uitvoeren van diensten. Een *concessieopdracht voor diensten* heeft dezelfde kenmerken, met dien verstande dat de tegenprestatie (van de aanbestedende dienst) bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling. Zie de definities in art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.
- 2.18 Gelet op de hierboven geschetste constructie kan daarom een aanbestedingsplicht aan de orde zijn, zowel in de relatie *Gemeente – SAMEN*, als in de relatie *SAMEN – zorgaanbieders* (leveranciers). Namelijk, wanneer de Gemeente een overheidsopdracht c.q. concessieopdracht voor diensten aan SAMEN gunt en wanneer SAMEN een overheidsopdracht c.q. concessieopdracht voor diensten aan zorgaanbieders gunt.
- 2.19 Daarbij gaan wij ervan uit i) dat SAMEN een *publiekrechtelijke instelling* en dus een *aanbestedende dienst* is in de zin van art. 1.1 Aanbestedingswet 2012,³ dat ii) de dienstverlening door SAMEN resp. de zorgaanbieders (hoofdzakelijk) in de categorie *sociale en andere specifieke diensten* ex Bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24/EU valt,⁴ en dat iii) de waarde van de lumpsum die de Gemeente aan SAMEN verstrekt en ook de waarde van de contracten die SAMEN met de zorgaanbieders gaat sluiten de hiervoor genoemde drempels ruimschoots overschrijden.⁵

Conclusie en advies t.a.v. kernvraag:

- 2.20 Aan een aanbestedingsplicht kan niettemin worden ontkomen, a) wanneer de Gemeente géén overheidsopdracht c.q. concessieopdracht (zijnde overeenkomsten/meerzijdige rechtshandelingen) aan SAMEN gunt, maar deze verhouding wordt vormgegeven als *zuivere subsidierelatie* in de zin van art. 4:21 lid 1 Awb (een subsidiebeschikking is een eenzijdige

² Voor sociale en andere specifieke diensten en concessies geldt overigens een verlicht aanbestedingsregime.

³ Al was het maar vanwege het feit dat SAMEN voor wat betreft de uitvoering van de Wmo 2015 en de Jeugdwet en de contractering van de zorgaanbieders kan worden beschouwd als verlengstuk van de Gemeente en aanbestedingsrechtelijke begrippen ruim en functioneel (d.w.z.: in overeenstemming met doel en strekking van de aanbestedingsregels) moeten worden uitgelegd.

⁴ In Bijlage XIV worden o.m. genoemd: diensten voor de terbeschikkingstelling van huishoudelijke hulp, gezondheidszorg en maatschappelijk werk, diensten t.b.v. de gemeenschap, diensten voor begeleiding, welzijnszorg, administratieve sociale diensten en andere administratieve diensten en overheidsdiensten (zoals uitvoerende diensten).

⁵ Onderdrempelige overheidsopdrachten c.q. concessieopdrachten kunnen/mogen op grond van deel

1 Aanbestedingswet 2012 overigens ook niet zomaar één op één worden gegund.

rechtshandeling),⁶ en b) SAMEN géén overheidsopdracht c.q. concessieopdracht aan de zorgaanbieders verstrekt, maar de zorgaanbieders door middel van een *open house model* contracteert. Alsdan is verdedigbaar dat het construct in overeenstemming is met de aanbestedingsregels en kan uw kernvraag vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief positief worden beantwoord.

2.21 Concreet **adviseren** wij u om er dan wel voor te zorgen dat:

Ad a: de Subsidiebeschikking als niet afdwingbare prestatie blijft vormgegeven, zodat verdedigbaar blijft dat géén sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel (en een aanbestedingsplicht dus ontbreekt). Dit betekent ook, dat er géén aparte uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten met SAMEN. Als de Subsidiebeschikking c.q. de te subsidiëren activiteiten niet als afdwingbare prestaties worden vormgegeven en er ook géén uitvoeringsovereenkomst aan de Subsidiebeschikking wordt gekoppeld, dan achten wij verdedigbaar dat in deze relatie sprake is van een subsidie en niet (ook) van een aanbestedingsplichtige opdracht aan SAMEN;

Ad b: de zorg en hulp door SAMEN wordt ingekocht op basis van een *open house model*. Alsdan ontbreekt een aanbestedingsplicht namelijk, zo blijkt uit Europese rechtspraak.⁷ Dit betekent dat SAMEN enkel uitsluitingsgronden en (geschiktheids)eisen kan en mag hanteren (en eventueel ook een examen kan afnemen van de geïnteresseerde aanbieders), maar dat er géén plaats is voor het gebruik van gunningscriteria, op basis waarvan aanbiedingen met elkaar kunnen worden vergeleken en kunnen worden geselecteerd. Vanwege de verwachte waarde van de contracten, adviseren wij verder om ervan uit te gaan dat deze een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben en dat dus een passende mate van (voorafgaande) openbaarheid moet worden betracht (veiligste weg: aankondiging op www.ted.europa.eu via TenderNed).⁸ Op die manier kunnen alle belanghebbenden kennis nemen van de te vergeven contracten en daarnaar op gelijke voet kunnen meedingen. Uit genoemde rechtspraak volgt dat bij dat de fundamentele regels van het VWEU (non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie, etc.) van kracht blijven in geval van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Tot slot adviseren wij om tussentijdse toetreding tijdens de looptijd van de contracten toe te staan/mogelijk te maken, de inkoopprocedure met inachtneming van de kernbeginselen van het aanbestedingsrecht in te richten (en uiteraard ook i.o.m. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur),⁹ en er (gelet op de AMvB Reële prijs en de vergelijkbare regels in de Jeugdwet) voor te zorgen dat realistische tarieven worden gehanteerd in de door de Gemeente goed te keuren Leveranciersovereenkomsten. Op die manier kan maximale “concurrentie” worden geborgd, althans kan worden geborgd

⁶ Art. 4:21 Awb: “Onder subsidie wordt verstaan: 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.”

⁷ HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (Dr. Falk Pharma), ECLI:EU:C:2016:399; HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17 (Tirkkonen), ECLI:EU:C:2018:142.

⁸ De staatssteunrechtelijke toets (géén grensoverschrijdend effect) is een andere dan de aanbestedingsrechtelijke: de Europese aanbestedingswetgever gaat er namelijk van uit dat opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten met een waarde van € 750 k. of hoger een beperkte, maar wel degelijk grensoverschrijdende dimensie hebben, reden waarom dergelijke opdrachten op Europees niveau moeten worden aangekondigd. Die drempelwaarde zal i.c. worden overschreden.

⁹ In zoverre komt het open house inkoopmodel dus nog steeds neer op een soort aanbestedingsprocedure.

dat alle belanghebbenden in aanmerking kunnen komen voor een overeenkomst (en wordt op die manier de kans op juridische procedures verkleind). Een en ander kan de Gemeente van SAMEN “afdwingen” c.q. borgen, met name via de band van de Subsidiebeschikking sub L en M: SAMEN hanteert de aldaar genoemde documenten (w.o. Leveranciersovereenkomst) die door de Gemeente moeten worden goedgekeurd, en SAMEN hanteert de jaarlijks door de Gemeente vast te stellen reële tarieven en bouwstenen. Aan het bepaalde sub L dient naar onze mening in ieder geval te worden toegevoegd: de door SAMEN in de inkoopprocedure te hanteren inkoopdocumenten.

Risico's:

2.22 Het voorgaande neemt niet weg, dat een rechter in het onverhoopte geval van een procedure en/of de accountant in het kader van de controle van de jaarrekening, ondanks de in par. 2.21 geadviseerde maatregelen, tóch tot het oordeel kan komen dat het construct in strijd is met het (aanbestedings)recht. Wij schatten in dat dat risico zich met name in de relatie *Gemeente –SAMEN* voordoet, welk risico vooral wordt veroorzaakt doordat:

- De Gemeente op grond van de AMvB Reële prijs via SAMEN een realistische prijs dient te betalen aan de zorgaanbieders in ruil voor hun diensten. Bovendien zal de Gemeente een zodanig bedrag aan SAMEN verstrekken, dat SAMEN daarmee de aan haar op te dragen taken kan waarmaken. Een en ander heeft gevolgen voor de hoogte van de aan SAMEN te verstrekken lumpsum en levert een contra-indicatie op voor de kwalificatie van de verhouding tussen de Gemeente en SAMEN als subsidierelatie. Immers, kenmerk van een subsidie is dat deze wordt verstrekt *met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten*;
- De in de Subsidiebeschikking opgenomen wijzigings- en intrekingsbevoegdheid (al dan niet in combinatie met bijvoorbeeld de in de inleiding genoemde escalatieregeling) zou kunnen worden beschouwd als *indirecte* verbintenis tot het verrichten van overeengekomen prestaties. Op grond van Europese rechtspraak kan ook een dergelijke verbintenis kwalificeren als bezwarende titel.¹⁰ Alsdan is aan alle voorwaarden uit de definities van het overheidsopdrachten- en concessiebegrip voldaan en is dus wel degelijk een aanbestedingsplicht aan de orde;
- De relatie tussen de Gemeente en SAMEN gaat verder dan alleen het (eenzijdig) financieren van activiteiten van SAMEN. In feite gaat SAMEN de taken en verantwoordelijkheden die uit de Wmo 2015 en Jeugdwet op de Gemeente rusten namens/voor de Gemeente uitvoeren, waartoe op initiatief van de Gemeente een coöperatie/construct in het leven wordt geroepen. In zoverre zou kunnen worden gesteld dat het hier niet zozeer om het subsidiëren van de activiteiten van de aanvrager gaat (vgl. art. 4:21 Awb), als wel om het financieren/uitbesteden van gemeentelijke taken en verantwoordelijkheden aan een derde;
- De subsidie van de Gemeente aan SAMEN zou kunnen worden aangemerkt als schaarse subsidie/recht, ter zake waarvan mededingingsruimte moet worden

¹⁰ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168, r.o. 63.

geboden.¹¹ De Gemeente heeft een maximum subsidiebedrag beschikbaar in de vorm van de lumpsum. Ons inziens valt – gelet op de aard en omvang van de opdracht – niet uit te sluiten dat er meerdere gegadigden zijn die aanspraak willen maken op het subsidiebedrag. In dat geval is het – indien en voor zover al sprake zou zijn van een subsidie - niet toegestaan om de subsidie één op één te verstrekken, ongeacht of er een aanbestedingsplicht geldt. Er dient aan potentiële gegadigden mededingingsruimte te worden geboden. Daarbij moet een passende mate van transparantie met betrekking tot de beschikbaarheid, verdelingsprocedure, aanvraagtijd en toe te passen criteria worden betracht. De criteria moeten dus vooraf duidelijk zijn en er mag niet worden toegeschreven naar een bepaalde voorkeurspartij. De in par. 2.11 geadviseerde subsidieregeling zal aan deze eisen moeten voldoen.

- 2.23 Hoe groot de kans is dat de hiervoor genoemde risico zich in de praktijk verwezenlijkt, op welk moment (voor, tijdens of na de inwerkingtreding van het construct) en in welk verband, kunnen wij helaas niet goed beoordelen. Dat is immers o.a. afhankelijk van de procedeerbereidheid van de desbetreffende belanghebbende. Mogelijk is die kans niet erg groot, omdat het niet heel waarschijnlijk lijkt dat een marktpartij de taken en verantwoordelijkheden op zich zal willen nemen die de Gemeente aan SAMEN wil toebedelen. In dit verband achten wij van belang dat u aangaf dat SAMEN géén vergoeding zal ontvangen voor de door haar te verrichten activiteiten: de Gemeente zal de administratie kosteloos/om niet voeren en het personeel van de leden/zorgaanbieders blijft bij hen in dienst. De kans dat (individuele) zorgaanbieders de relatie tussen de Gemeente en SAMEN bij de rechter ter discussie zullen willen stellen, lijkt niet erg groot, wanneer zij als gevolg van het door SAMEN toe te passen open house model in aanmerking kunnen komen voor een contract.
- 2.24 Als het hiervóór genoemde risico zich onverhoopt tóch mocht verwezenlijken, dan zal het, afhankelijk van het tijdstip, niet eenvoudig zijn om het alsdan opgetuigde construct alsnog in overeenstemming met de aanbestedingsregels te maken. Daartoe is o.m. van belang dat alsdan sprake is van een constructie (coöperatie), waarin (waarvan) particuliere partijen participeren (lid zijn), hetgeen in de weg staan aan een succesvol beroep op de *quasi-inhouse* uitzondering ex art. 2.24a Aanbestedingswet 2012. Eén van de bijbehorende voorwaarden houdt namelijk in, dat géén sprake mag zijn van directe participatie van privé kapitaal. Indien de statuten van de Coöperatie (Rondom Wijchen) worden gevolgd, dan is van belang dat art. 8 van die statuten juist de mogelijkheid inhoudt dat aan de leden verplichtingen kunnen worden opgelegd tot het betalen van een jaarlijkse contributie. Met het lidmaatschap van particuliere partijen (zorgaanbieders) is niet/onvoldoende verzekerd dat enkel doelstellingen van algemeen belang worden nagestreefd.¹² Bovendien zal in die onverhoopte situatie sprake (kunnen) zijn van al gesloten contracten, die mogelijk niet zomaar kunnen worden beëindigd. Dit risico kan de Gemeente echter proberen te beperken door in de met de zorgaanbieders te sluiten contracten op te (laten) nemen dat SAMEN in voorkomend geval het recht heeft die contracten zonder gehoudenheid tot schade- en/of kostenvergoeding te beëindigen, of over te dragen aan een derde, zoals de Gemeente. Op basis daarvan kan de Gemeente alsdan de lopende contracten overnemen en kunnen lopende verplichtingen worden gecontinueerd en gestand worden gedaan. Kortom, hoewel

¹¹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310; ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86.

¹² Vgl. HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (Stadt Halle), r.o. 50 en 51.

het bij de nu voorliggende stand van zaken niet goed mogelijk is om alle risico's volledig te overzien, lijken deze tot op zekere hoogte beheersbaar te maken.

- 2.25 Wij schatten in dat de kans dat de aanbestedingsrechtelijke houdbaarheid van de relatie *SAMEN – zorgaanbieders* via de rechter ter discussie zal worden gesteld kleiner is, mits het in die relatie toe te passen open house inkoopmodel op juiste wijze wordt toegepast. Immers, kenmerk van dat model is dat alle zorgaanbieders die aan de gestelde eisen en voorwaarden voldoen, een contract krijgen. Het is dan (dus) wel zaak dat er niet te hoge/zware eisen aan de te contracteren aanbieders worden gesteld, zodanig dat slechts een selecte groep in aanmerking kan komen voor een contract. Dat zou overigens ook gelden in de situatie waarin niet wordt gewerkt met dit construct, maar waarin de Gemeente de contractering van de zorgaanbieders zelf verzorgt.

Beantwoording deelvragen

- 2.26 Tot slot de beantwoording van uw deelvragen. De vraag achter de 2^e bullet is aanbestedingsrechtelijk en subsidierechtelijk van aard. Daarover het volgende.
- 2.27 Op het moment dat sprake is van een zuivere subsidierelatie tussen de Gemeente en SAMEN, is géén sprake van een overheidsopdracht c.q. concessieopdracht, en is een aanbestedingsplicht op grond van de Aanbestedingswet 2012 dus niet aan de orde. Zie hiervóór. Een open house inkoopmodel valt evenmin onder het toepassingsbereik van de Aanbestedingswet 2012. Wél dienen in het kader van een dergelijke inkoopprocedure de kernbeginselen van het aanbestedingsrecht althans de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te worden genomen. In zoverre vertoont dat model dus wel gelijkenis met een “echte” aanbestedingsprocedure. Zie ook hiervóór.
- 2.28 Het risico bestaat niettemin, dat de subsidie van de Gemeente aan SAMEN kan worden aangemerkt als schaarse subsidie/recht, ter zake waarvan mededingingsruimte moet worden geboden. De subsidie moet worden “getenderd” en kan deze (dus) niet één op één aan SAMEN worden verstrekt. De subsidieregeling moet daarin voorzien. Wel schatten wij, zoals aangegeven in, dat de kans niet zo groot is dat een andere partij dan SAMEN subsidie zal aanvragen op de subsidieregeling.
- 2.29 Een vanuit het aanbestedingsrecht praktische, risicobeperkende maatregel zou overigens nog kunnen zijn, dat de Gemeente vrijwillige transparantie vooraf betracht in de zin van art. 4.16 e.v. Aanbestedingswet 2012: de Gemeente kondigt via TenderNed haar voornemen aan om het construct in werking te laten treden, tenzij belanghebbenden zich daar binnen 20 kalenderdagen tegen verzetten middels een kort geding. Wordt géén kort geding aangespannen, dan kan het construct in werking treden. Wordt wél een kort geding aangespannen, dan dient de beslissing van de rechter te worden afgewacht. Als deze vervolgens tot het oordeel komt dat het construct niet rechtmatig is, dan kan de Gemeente haar plannen daarop aanpassen. In het andere geval kan de Gemeente voortgaan op de ingeslagen weg. Hoewel deze wettelijke bepaling bedoeld is als middel om vernietigbaarheid van een overeenkomst die eigenlijk had moeten worden aanbesteed te voorkomen, zou de Gemeente kunnen overwegen om deze maatregel in dit geval (analoog) toe te passen. Als belanghebbenden de geboden rechtsbeschermingsmogelijkheid vervolgens laten schieten, dan kan hun later hopelijk met succes worden verweten dat zij hun recht om te klagen hebben verwerkt. Hierbij dient overigens wel te worden bedacht dat als het construct na ommekomst van de initiële subsidieperiode wordt voortgezet, opnieuw een subsidie zal

moeten worden verleend aan SAMEN. Alsdan zal daarom moeten worden overwogen of het zinvol/noodzakelijk is om opnieuw vrijwillige transparantie te betrachten.

- 2.30 Voor zover u met de eerste sub-bullet bij uw tweede vraag wenst te vernemen in hoeverre de 3 varianten (overheidsopdracht, zuivere subsidie of open house) méér of minder sturing mogelijk maken, merken wij tot slot nog het volgende op. In zijn algemeenheid geldt dat de beste sturing kan worden geregeld via een contract. Dit betekent dat een subsidie vanuit dat perspectief een minder voor de hand liggend instrument/keuze is dan de twee andere varianten. Het cruciale verschil is de rechtstreekse afdwingbaarheid van de te leveren prestatie die de overeenkomst wel biedt, maar een subsidie niet. In het geval van onvoldoende kwaliteit kan een subsidie alleen worden gewijzigd dan wel worden ingetrokken. De te leren prestatie kan niet in rechte worden afgedwongen. Gelet op de specifieke zorgsector, waar het hier om gaat, kan worden afgevraagd of dit een relevant verschil is, omdat u aangaf dat gemeenten in het algemeen onvoldoende in staat zijn om objectieve toetsbare en daarmee afdwingbare kwaliteitsnormen te formuleren en de kwaliteit van de te leveren prestatie daardoor ook niet goed kunnen controleren.

4. JURIDISCH KADER: Staatssteun, mededingingsrecht en Wet M&O

Staatssteun

- 4.5 Van Staatssteun is op grond van artikel 107, lid 1, VWEU sprake als (1) door de overheid met overheidsmiddelen aan (2) een onderneming (3) een selectief, niet-marktconform voordeel wordt verschaft, waardoor (4) de mededinging wordt vervalst en (5) de tussenstaatse handel (potentieel) wordt beïnvloed. Staatssteun is niet verboden, maar is alleen toegestaan als de steun na aanmelding bij de Europese Commissie (hierna: de Commissie) is goedgekeurd of onder een regeling valt die een vrijstelling geeft van die aanmeldingsplicht.
- 4.6 In het kader van de subsidie aan SAMEN spelen de staatssteunregels op twee niveaus een rol: i) de verstrekking van de subsidie aan SAMEN en (ii) de verstrekking van een vergoeding afgeleid uit de subsidie door SAMEN aan gecontracteerde zorgaanbieders.

Ad 1) Overheidsmiddelen en toerekenbaar aan de overheid

4.7 Aangezien de subsidie voor SAMEN wordt gefinancierd met financiële middelen van de Gemeente is sprake van overheidsmiddelen die door de overheid ter beschikking worden gesteld (niveau i). Doordat de subsidie wordt gebruikt door SAMEN voor de vergoedingen aan gecontracteerde zorgaanbieders is sprake van overheidsmiddelen als het gebruik daarvan door SAMEN kan worden toegerekend aan de Gemeente (niveau ii). Dat is het geval als de Gemeente invloed heeft op de wijze waarop die gelden worden besteed en dat hangt af van de wijze waarop SAMEN verder wordt vormgegeven. Staatssteunrechtelijk is dat echter niet van belang, gezien het onderstaand

Ad 2) Onderneming

4.8 De staatssteunregels zijn alleen van toepassing wanneer de begunstigde van een maatregel een onderneming is. Een onderneming is een entiteit die diensten aanbiedt op de markt. Waarschijnlijk kan SAMEN als onderneming aangemerkt worden, aangezien deze diensten aanbiedt die bestaan uit het – kort gezegd – zorgdragen voor de organisatie van

bepaalde vormen van zorg en daar een vergoeding voor krijgt. Dat is een activiteit die in principe andere ondernemingen op de markt ook zouden kunnen uitoefenen. Of er al dan niet sprake is van een opdracht van de Gemeente is daarbij niet van belang. De te contracteren zorgaanbieders zijn hoe dan ook aan te merken als ondernemingen, omdat een dienst (zorg) wordt aangeboden op de markt

Ad 3) Selectief, niet-marktconform voordeel

- 4.9 Aangezien alleen SAMEN en de te contracteren zorgaanbieders aanspraak maken op de subsidie, is er sprake van selectiviteit. Andere ondernemingen komen immers niet in aanmerking voor de maatregel.

4.10 Van een niet-marktconform voordeel is sprake als de begunstigde een voordeel ontvangt dat hij onder normale marktomstandigheden niet zou hebben gehad. Een subsidie vormt gelet daarop in principe een niet-marktconform voordeel. Wij begrijpen dat de subsidie in de vorm van een lumpsum aan SAMEN wordt verstrekt, waarmee alle activiteiten/taken van SAMEN worden uitgevoerd. SAMEN moet met de subsidie dus alle interne (organisatiekosten) en externe (zorgkosten) kosten dekken. Of sprake is van marktconformiteit hangt samen van de prestatie die tegenover de vergoeding staat en of de wijze waarop die marktconformiteit wordt vastgesteld zoals wel of geen tender, inschakelen financieel deskundige. Aangezien de tussenstaatse handel niet wordt beïnvloed door de subsidie hoeft dat echter niet verder beoordeeld te worden, zie hierna

Ad 4 en 5) Vervalsing mededinging en beïnvloeding tussenstaatse handel

- 4.11 Als sprake is van een niet-marktconform voordeel, wordt de mededinging vervalst. Omdat zoals aangegeven de tussenstaatse handel niet wordt beïnvloed, hoeft dit punt ook niet nader belicht te worden.
- 4.12 De Commissie volgt de lijn dat als de begunstigde diensten in een beperkt gebied binnen een lidstaat levert, er weinig kans is dat deze klanten uit andere lidstaten aantrekt en dat niet valt te voorzien dat de maatregel meer dan een marginaal effect heeft op de voorwaarden voor grensoverschrijdende investeringen of grensoverschrijdende vestiging, de tussenstaatse handel niet wordt beïnvloed. Hoewel in het algemeen hierop het nodige valt af te dingen in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie – dat een ruimere interpretatie hanteert – kan voor de subsidie in dit specifieke geval de lijn van de Commissie gevolgd worden, omdat er enkel sprake is van een lokaal effect.¹³
- 4.13 De activiteiten van SAMEN hebben een lokaal karakter, aangezien SAMEN zich alleen richt op de lokale markt, de activiteiten van SAMEN niet aangeboden worden aan buitenlandse klanten en er geen aanwijzingen zijn dat er buitenlandse ondernemingen zijn die gelijksoortige diensten aanbieden als SAMEN en in de gemeente Overbetuwe hun diensten willen aanbieden en daarin worden gehinderd door de subsidie aan SAMEN. Ook is niet in te zien dat er ondernemingen zijn die gelijksoortige diensten aanbieden als SAMEN en door de subsidie aan SAMEN worden gehinderd in hun mogelijkheden om in het buitenland diensten aan te bieden.

¹³ Voor veel andere diensten en goederen die andere ondernemingen aanbieden, geldt dat snel kan worden aangenomen dat de tussenstaatse handel kan worden beïnvloed.

- 4.14 Ten aanzien van de beïnvloeding op de tussenstaatse handel op het niveau van de te contracteren zorgaanbieders wordt de tussenstaatse handel evenmin beïnvloed. De Commissie is in eerdere besluiten tot de conclusie gekomen dat een zorgaanbieder die het gebruikelijke aanbod medische diensten voor een lokale bevolking aanbiedt geen buitenlandse klanten aantrekt en concurrentie voor dergelijke diensten enkel op lokaal gebied plaatsvindt. Dat geldt ook in dit geval, aangezien het gaat om lokale zorgverlening, de zorgaanbieders niet in het buitenland actief zullen zijn en er ook geen buitenlandse partijen op het gebied van de zorg waar het hier om gaat investeren in Nederland.
- 4.15 Kortom, de subsidie aan SAMEN en doorgifte van (een deel) daarvan aan de te contracteren zorgaanbieders levert geen staatssteun op.

Wet M&O

- 4.16 Als geen sprake is van staatssteun kan de Gemeente te maken krijgen met de Wet M&O. De Wet M&O legt verplichtingen op aan overheden als zij economische activiteiten verrichten. Omdat de Gemeente bij de verstrekking van de subsidie geen economische activiteit verricht, maar eerder handelt ter uitoefening van haar overheidsbevoegdheden, is geen sprake is van een economische activiteit. Dat betekent dat de Wet M&O ook niet van toepassing is in dit geval.
- 4.17 Kortom, bij de subsidieverlening hoeft geen rekening gehouden te worden met de verplichtingen uit de Wet M&O.

Mededingingsrecht

- 4.18 Op grond van artikel 6, lid 1, Mededingingswet (Mw) is het ondernemen verboden om afspraken te maken die de concurrentie beperken (kartelverbod). Ook is het op grond van dat artikel niet toegestaan dat concurrenten concurrentiegevoelige informatie uitwisselen, omdat daarmee de concurrentie beperkt kan worden (hierna ook wel als aangeduid als afspraken). Het uitwisselen van die informatie kan er namelijk toe leiden dat ondernemingen niet meer zelfstandig en onafhankelijk hun marktgedrag bepalen en dat coördinatie van marktgedrag wordt vergemakkelijkt. Overeenkomsten die in strijd zijn met het kartelverbod en niet gerechtvaardigd kunnen worden op basis van artikel 6, lid 3, Mw zijn op grond van de Mw nietig.
- 4.19 Afspraken die de concurrentie beperken en dus onder het kartelverbod vallen, kunnen worden gerechtvaardigd, mits zij voldoen aan de volgende cumulatieve voorwaarden uit artikel 6, lid 3, Mw:
- De samenwerking moet leiden tot een beter product/betere dienst en/of een efficiëntere productie (voordelen);
 - De beperking van de mededinging die de samenwerking met zich brengt moet noodzakelijk zijn om de voordelen te behalen en mag niet verder gaan dan noodzakelijk (als er dus minder vergaande samenwerkingsvormen/beperkingen te bedenken zijn waarmee de doelstellingen ook bereikt kunnen worden, dienen die minder vergaande vormen/beperkingen gekozen te worden, denk bijvoorbeeld aan samenwerking met minder zorgaanbieders);
 - De voordelen uit de samenwerking moeten (ten minste deels) worden doorgegeven aan de cliënten/gemeente;
 - Er moet voldoende concurrentie overblijven (restconcurrentie).

- 4.20 De Gemeente is niet aan te merken als onderneming, aangezien zij in dit geval overheidstaken uitvoert en dus geen economische activiteiten ontplooit. Het kartelverbod is hier dan ook niet van toepassing op de Gemeente.
- 4.21 Het kartelverbod is niet van toepassing op de zorgaanbieders – zij kunnen wel als onderneming worden aangemerkt – die soortgelijke zorg aanbieden als zij gezamenlijk minder dan € 1,1 miljoen omzet hebben of als zij gezamenlijk een marktaandeel hebben dat lager is dan 10% (“bagatel” genoemd) op de markt waarop zij actief zijn. Gezien het idee dat zorgaanbieders zich moeten aansluiten bij SAMEN en gelet op de lokale aard van het zorgaanbod, zal het marktaandeel hoogstwaarschijnlijk hoger zijn dan 10%. Het omzetplafond zal in ieder geval overschreden worden. Gelet hierop kan toepassing van het kartelverbod op de zorgaanbieders in SAMEN niet uitgesloten worden.
- 4.22 De mogelijke mededingingsrechtelijke risico’s – voor zover hier van belang – zien op (mogelijke afspraken tussen) de leden van SAMEN. Ons is niet bekend welke zorgaanbieders lid worden van SAMEN en hoe zij gaan samenwerken in SAMEN. Om die reden kunnen wij niet bepalen of de samenwerking tussen de zorgaanbieders in SAMEN daadwerkelijk mededingingsrechtelijke risico’s oplevert. Wij volstaan daarom met een weergave van aandachtspunten die kunnen spelen bij de constructie zoals de Gemeente deze voor ogen heeft.
- 4.23 In het kort komt het erop neer dat zorgaanbieders die soortgelijke diensten aanbieden (dus geen ketenzorg) geen afspraken mogen maken over in ieder geval wie welk deel van de gemeente Overbetuwe of cliënten bedient en over tarieven die gehanteerd (gaan) worden, omdat die afspraken in beginsel de concurrentie tussen hen kunnen beperken. Bij een samenwerking van de zorgaanbieders in SAMEN bestaat een risico dat dergelijke afspraken wel worden gemaakt. De Autoriteit Consument & Markt (ACM) heeft eerder aangegeven dat het vormen van een consortium door alle zorgaanbieders in één gemeente riskant kan zijn, vanwege deze afspraken die gemaakt kunnen worden.
- 4.24 Marktverdelings- en cliëntverdelingsafspraken en tariefafspraken komen bijna nooit voor een rechtvaardiging op grond van artikel 6, lid 3, Mw in aanmerking, omdat over het algemeen geen sprake is van een noodzaak voor het maken van dergelijke afspraken om bijvoorbeeld een betere kwaliteit te behalen. Dit dient echter van geval tot geval te worden beoordeeld, omdat in sommige gevallen hele specifieke omstandigheden mogelijk wel tot een rechtvaardiging kunnen leiden.
- 4.25 Wij merken op dat het risico op overtreding van de Mededingingswet bij de zorgaanbieders zelf ligt en niet bij de Gemeente. Desalniettemin is ook voor de Gemeente van belang dat de manier waarop SAMEN wordt ingekleed mededingingsproof is, omdat de Gemeente wil zorgdragen voor een betere inrichting van het Sociaal Domein door juist SAMEN op te richten en de zorgaanbieders daarin te laten participeren.
- 4.26 Kortom, hoe de samenwerking tussen de zorgaanbieders in SAMEN mededingingsrechtelijk moet worden beoordeeld hangt ervan af hoe zij die samenwerking organiseren.
