

VERTROUWELIJK

Gemeente Enschede
Team Beleid
T.a.v. mevrouw L.C.M. Kuiper
Postbus 20
7500 AA Enschede

Datum : 28 september 2022
Ons kenmerk : 10023
Adviseur : mr. Annet van Soest, zelfstandig adviseur
Betreft : Aangepast juridisch advies Onderwijs Jeugdhulp Arrangementen

Geachte mevrouw Kuiper, beste Linda,

Zoals afgesproken ontvang je hierbij ons advies over de vraag op welke wijze de financiering van Onderwijs-Jeugdhulp-Arrangementen het beste vorm gegeven kan worden, in de vorm van subsidie of overheidsopdracht. Na ons overleg van 27 september 2022, hebben wij enkele aanpassingen gedaan ten opzicht van ons advies van 20 september 2022.

Voor het uitbrengen van het advies ontvingen wij de volgende stukken:

- Memo van 15 december 2022 van Marjolein Nijkamp en Annemieke Ros aan Anita Redder en Linda Kuiper (datum klopt niet, werkelijke datum niet bekend);
- Memo van 6 juli 2022 van Rosé Bult aan Marjolein Nijkamp, Annemieke Ros, Peter Geritz, Reactie op memo 21-9-2021;
- Componenten OJA d.d. 4 maart 2022;
- Memo Vervolg Pilot OJA van Marjolein Nijkamp en Annemieke Ros aan Linda Kuiper en Anita Redder d.d. 9 februari 2022;
- Memo Financiering OJA van Marjolein Nijkamp en Annemieke Ros aan Linda Kuiper d.d. 21 september 2021;
- Memo Voortzetting OJA-subsidies; toelichting vanuit subsidietechniek van Rosé Bult aan Projectgroep OJA d.d. 24 augustus 2021;
- Herziene beschikking Jarabee d.d. 10 juli 2020;
- Notitie Onderwijsjeugdarrangementen, afweging subsidie of inkoop d.d. 23 januari 2018.

Mondelinge informatie ontvingen wij in het telefoongesprek tussen Linda Kuiper en Annet van Soest op 23 augustus 2022 en het Teamsoverleg met diverse betrokken medewerkers van de gemeente en Annet van Soest op dinsdag 13 september 2022.

Inleiding

In september 2018 is de pilot OJA gestart. Vijf scholen en jeugdhulpaanbieders Jarabee en Pluryn zijn daarbij betrokken. De gemeente Enschede financiert de pilot in de vorm van een subsidie aan de jeugdhulpaanbieders. De jeugdhulpaanbieders voeren hun activiteiten uit binnen de 5 geselecteerde scholen. De scholen bepaalden met welke jeugdhulpaanbieder zij samen wilden werken. De pilot eindigt per september 2023. De gemeente overweegt vanaf dan de activiteiten voort te (laten) zetten. Een vraag die daarbij rijst is of de financiële relatie moet worden vormgegeven als subsidie of als overheidsopdracht (inkoop). Belangrijk uitgangspunt daarbij is dat de bestaande werkwijze kan worden voortgezet. De bestaande werkwijze houdt het volgende in:

- de scholen bepalen met welke jeugdhulpaanbieder zij in zee willen;
- de continuïteit van de dienstverlening is geborgd (voor zover nodig door voortzetting van de financiering aan de huidige hoofdaanbieders Jarabee en Pluryn);
- de financiering vindt plaats voor onbepaalde tijd;
- de financiering betreft een bedrag lumpsum;
- alle activiteiten (preventie, vroegsignalering, toegang, jeugdhulp, ondersteunen leerkrachten e.d.) worden in dezelfde financieringsvorm gegoten, subsidie of inkoop;
- de activiteiten worden vooral binnen de scholen georganiseerd.

Opbouw advies

In dit advies gaan wij eerst in op twee punten die in deze casus relevant zijn (1). Het eerste punt betreft de relatie met de gemeenschappelijke regeling Samen Twente waaraan bevoegdheden op het gebied van jeugdzorg zijn gedelegeerd. Het tweede punt betreft het recht op mededinging dat zowel bij het verstrekken van subsidies als bij inkoop bestaat. Daarna gaan wij in op het onderscheid tussen subsidie en inkoop en het grijze gebied in het sociaal domein, waarin het moeilijk vast te stellen valt of een financiële relatie moet worden vormgegeven als subsidie of als inkoop (2). De risico's van een verkeerde keuze komen aan de orde onder 3. Het advies ronden wij af met een conclusie en advies over de aanpak vanaf september 2023 (4).

1. Enkele punten vooraf

Verhouding met GR Samen Twente

De 14 Twentse gemeenten, waaronder de gemeente Enschede, hebben taken overgedragen aan de Gemeenschappelijke Regeling Samen Twente (GR Samen Twente). Die delegatie heeft tot gevolg dat de gemeente Enschede de overgedragen bevoegdheden niet zelf meer kan uitoefenen. Voor zover de (financiering) van activiteiten die onder OJA vallen zijn overgedragen, is de gemeente niet meer bevoegd om deze zelf uit te (laten) voeren of te financieren. Uit de stukken komt naar voren dat OJA-activiteiten die het college van Enschede subsidieert, door de GR Samen Twente worden gefinancierd via overheidsopdrachten. Dat geldt in ieder geval voor een deel van de activiteiten. Dit is dus niet toegestaan, (voor zover de financiering van) die activiteiten vallen onder de gedelegeerde bevoegdheden. Er schijnen ook bevoegdheden gemandateerd te zijn op het gebied van jeugdhulp aan de GR. Die bevoegdheden kan het college van Enschede nog wel zelf uitvoeren.

De GR Samen Twente heeft tot doel het in zijn rechtsgebied bewaken, beschermen en bevorderen van de gezondheid van en zorg verlenen aan de bevolking of specifieke groepen daarvan (artikel 4 GR Samen Twente). Ter verwezenlijking van het in het doel behartigt Samen Twente de belangen op onder andere het terrein jeugdhulp en maatschappelijke ondersteuning, onder de naam Organisatie voor Zorg en Jeugdhulp Twente (OZJT). Onder Jeugdhulp en maatschappelijke ondersteuning wordt onder meer begrepen het uitvoeren en/of uitbesteden van taken waarvan de Jeugdwet en/of de Wmo 2015 beoogt dat deze regionaal worden uitgevoerd, te weten:

1. jeugdbescherming en jeugdreclassering;
2. jeugdzorgplus;
3. residentiële/specialistische jeugdzorg;
4. crisisdienst (artikel 5, aanhef en lid 2 GR Samen Twente).

De activiteiten die worden uitgevoerd binnen OJA liggen op het gebied van of in het verlengde van jeugdhulp en zijn de volgende.

Preventie & Normaliseren

- normaliserende rol naar professionals in het onderwijs
- signalerende rol in school (vroegsignalering, transformatie richting het vindplaatsgericht werken)
- direct handelen bij escalatie, draagt ook bij aan meer rust en veiligheid in school
- preventieve inzet (kortdurende interventie, gesprekken met ouders, gesprekken met leerling)
- bieden van groepsgerichte ondersteuning: preventie
- ontwikkelen van maatwerk met betrekking tot groepsaanbod (preventief), samen met scholen en ook samen met andere partners (bijvoorbeeld naschoolse activiteiten in samenwerking met Sportaal, blokmiddagen in samenwerking met ROC).

Toegang

- bepalen toegang tot ondersteuning in het kader van jeugdhulp: ouders en leerlingen kunnen rechtstreeks bij de hoofdaanbieder terecht (zorgmijders)
- vraagverheldering en bepalen van doelen en evalueren van gestelde doelen ten aanzien van hulpvraag
- opstellen van 'zorgplan' en communicatie naar ouders en betrokken hulpverlening/school;

Jeugdhulp (bieden en ontwikkelen nieuw aanbod)

- normaliseren naar ouders toe
- verlenen van jeugdhulp variërend van informatie en advies, begeleiding (individueel en groep) en behandeling, vervoer
- inzetten van jeugdhulp o.a. via onderaanneming op alle via TOM ingekochte vormen van jeugdhulp. Persoonsgebonden budgetten worden beoordeeld door het wijkteam;
- bieden van groepsgerichte ondersteuning: jeugdhulp
- direct handelen bij escalatie, draagt ook bij aan meer rust en veiligheid in school
- ontwikkelen van maatwerk met betrekking tot groepsaanbod (jeugdhulp), samen met scholen en ook samen met andere partners (voorbeeld jeugdhulp groepsaanpak PMT).
- afschaling van zorg: samenwerking gestart met vrijwilligersorganisatie Humanitas

Regie

- regie voeren (casus coördinatie) op de ingezette ondersteuning in het kader van jeugdhulp
- toeleiding naar andere vormen van jeugdhulp (crisis, jeugdbescherming en dergelijke)
- lid van het ondersteuningsteam (op school)

Ondersteuning onderwijs

- ondersteunen en adviseren leerkrachten in omgang met leerlingen met gedragsproblemen (sparringpartner)
- deskundigheidsbevordering van leerkrachten
- versterken pedagogisch klimaat op school

Netwerk versterken / Verbindingen leggen

- verbinden jeugdhulp en onderwijsondersteuning, verder inkleuren van het grijze gebied tussen Jeugdwet en Passend onderwijs;
- samenwerking aangaan met GI's en POH'ers Jeugd. (met als doel betere afstemming en benutten van elkaars expertise en aanbod)

- zorg naar het kind': samenwerkingen aangaan met andere jeugdhulpaanbieders (bijvoorbeeld Mediant op school voor medicatiecontrole)
- Samenwerking aangaan met voorliggend veld

Wij kunnen op basis van de tekst van de GR niet vaststellen of de financiering van de OJA-activiteiten valt onder een bevoegdheid die aan de GR Samen Twente is gedelegeerd. Wij adviseren dit alsnog uit te zoeken en op basis van de uitkomst te bepalen of het college van Enschede bevoegd is de OJA-activiteiten te financieren.

Recht op mededinging

Zowel in het civiele recht als in het bestuursrecht geldt het recht op mededinging. Dat wil zeggen dat wanneer de overheid een opdracht wil gunnen of een schaarse subsidie wil verlenen, zij ervoor moet zorgen dat alle potentiële gegadigden een gelijke kans hebben op de opdracht of subsidie. Dit recht op mededinging heeft tot gevolg dat een overheid een opdracht of subsidie niet voor onbepaalde tijd mag verlenen aan dezelfde gegadigden. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Enschede kan daarom Jarabee en Pluryn niet zomaar blijven financieren voor OJA. De lengte van een opdracht of het subsidietijdvak mag wel afgestemd worden op de terugverdiencapaciteit. Dat criterium moet dan vooraf wel bekend zijn gemaakt. Dat is in deze casus niet het geval.

Het recht op mededinging heeft waarschijnlijk ook betrekking op de scholen. Waarom zou de ene school door de gemeente gefinancierde jeugdhulp binnen de school kunnen krijgen en een andere school niet. Naar aanleiding van het Teamsoverleg begrijpen wij dat het de bedoeling is de financiering open te stellen voor jeugdhulp binnen alle scholen in Enschede die vergelijkbaar zijn met de scholen die zijn geselecteerd voor de pilot. Dat komt er op neer dat het scholen zijn met standaard een relatief groot aantal leerlingen die al jeugdhulp ontvangen of nodig hebben. Het is van belang de (objectieve) criteria schriftelijk vast te leggen.

2. Subsidie of overheidsopdracht?

Relevantie onderscheid

Het onderscheid tussen subsidie en overheidsopdracht is van belang om te bepalen welk juridisch kader op de financiële relatie van toepassing is. Subsidie is een bestuursrechtelijk instrument, waarop de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing is. Een subsidiebesluit wordt eenzijdig door het bestuursorgaan genomen en er staat bezwaar en beroep tegen open. Een overheidsopdracht heeft een civielrechtelijk karakter. De overheid gunt een opdracht en sluit daarover een overeenkomst. Op deze relatie is het Burgerlijk Wetboek en de Aanbestedingswet 2012 van toepassing.

Grijs gebied in sociaal domein

In het sociaal domein is een grijs gebied waarin het onduidelijk is of gebruik moet worden gemaakt van het instrument subsidie of het instrument overheidsopdracht. De onduidelijkheid wordt veroorzaakt door het begrip 'dienst' en het ontbreken van jurisprudentie die het onderscheid klip en klaar maakt. Wij houden in dit advies dan ook een slag om de arm en adviseren wat ons gelet op de huidige stand van de jurisprudentie verdedigbaar is.

In zijn algemeenheid is sprake van een overheidsopdracht wanneer een dienst wordt geleverd aan de overheid, in dit geval de gemeente Enschede. Het leveren van een dienst wordt uitgesloten van het subsidiebegrip en een overheidsopdracht omvat juist het leveren van een dienst. Subsidie en overheidsopdracht zijn materiële begrippen, zodat sprake is van een subsidie wanneer een financiële relatie aan de definitie van subsidie voldoet. Ook als het bestuursorgaan er een andere benaming aan geeft zoals een bijdrage, vergoeding of overeenkomst. Andersom geldt dit ook voor het begrip overheidsopdracht. Een bestuursorgaan heeft dus geen keuzevrijheid, maar moet kiezen voor het instrument dat bij de feitelijke kenmerken van de financiële relatie past. Dat betekent ook dat wanneer de activiteiten die deel uitmaken van de pilot aan de verschillende definities voldoen, er - juridisch gezien - niet voor één financieringsvorm kan worden gekozen. Wel lijkt het bestuursorgaan voorafgaand aan het aangaan van de financiële relatie enigszins te kunnen sturen en de relatie (meer) als subsidierelatie of als overheidsopdracht in te richten. Dat past ook in het uitgangspunt dat is verwoord in de Memorie van Toelichting op de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015, dat beide financieringsinstrumenten kunnen worden gebruikt.

De definities van subsidie (artikel 4:21, aanhef en lid 1, Awb) en overheidsopdracht voor diensten (artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012) zijn als volgt.

Definitie subsidie

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.

Definitie overheidsopdracht voor diensten

Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken.

OJA: subsidie of inkoop?

Naast het onderscheid tussen de betaling voor de levering van een dienst (overheidsopdracht) en een betaling anders dan als betaling van een geleverde dienst, is ook de afdwingbaarheid van de

gefinancierde activiteit een kenmerkend onderscheid. In het subsidierecht kan de subsidie op nihil worden vastgesteld wanneer de gesubsidieerde activiteiten niet worden uitgevoerd, maar het alsnog uitvoeren van de activiteiten niet worden afgedwongen. De verplichte uitvoering van de activiteiten is juist een kenmerk van een overheidsopdracht, omdat die afdwingbaarheid zorgt voor de vereiste bezwarende titel (zie de definitie van overheidsopdracht). Het uitvoeren van de activiteiten kan worden afgedwongen bij de rechter of op straffe van een boete, door dit in de overeenkomst op te nemen.

In het subsidierecht is er één uitzondering waarin de uitvoering van de activiteiten wel verplicht kan worden gesteld, namelijk wanneer dit in een uitvoeringsovereenkomst ter uitwerking van de subsidieverleningsbeschikking wordt vastgelegd (artikel 4:36 Awb). In dat geval krijg je echter te maken met 2 regimes: het subsidierecht dat van toepassing is op de verleningsbeschikking en het Aanbestedingsrecht dat van toepassing is op de uitvoeringsovereenkomst en die ertoe leidt dat bij de subsidieverlening het aanbestedingsrecht moet worden gevolgd. Deze tweeslachtigheid is onwenselijk en niet goed werkbaar. Daarom verdient het naar onze mening aanbeveling om te kiezen voor een overheidsopdracht wanneer het bestuursorgaan de activiteiten geleverd wil krijgen.

Tijdens het Teamsoverleg van 13 september kwam naar voren dat het uitvoeren van de activiteiten door Jarabee en Pluryn niet vrijblijvend is. De gemeente Enschede wil de activiteiten in feite per se uitgevoerd hebben, ook al staat dit nu niet op papier. Dit maakt naar onze mening dat het college de activiteiten het beste kan financieren in de vorm van een overheidsopdracht waarbij de hoofdaanbieders worden verplicht de activiteiten te leveren. Ook wanneer de dienst - in dit geval de hierboven omschreven activiteiten - niet aan het geldverstrekkende bestuursorgaan zelf, maar aan derden wordt geleverd, is dan waarschijnlijk sprake van een overheidsopdracht. Dit lijkt te volgen uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (Arrest HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, *Sacro Cuore*, ECLI:EU:C:2018:843).

In deze uitspraak kwam aan de orde of sprake was van een overeenkomst onder bezwarende titel waarop de aanbestedingsrichtlijn van toepassing is. Het betrof de levering van geneesmiddelen (levering product). Een plaatselijke gezondheidsdienst en een ziekenhuis verleenden gezamenlijk opdracht aan een privaat ziekenhuis (*Sacro Cuore*) om gedurende drie jaren een bepaald geneesmiddel gratis aan negen regionale openbare ziekenhuizen te leveren. *Sacro Cuore* ontving een bedrag van € 700.000,- om de kosten van levering van het geneesmiddel te dekken. De 9 ziekenhuizen betaalden een vast bedrag van € 180,- per verzending. Het Hof van Justitie concludeert dat er een overeenkomst is gesloten waarbij *Sacro Cuore* zich heeft verbonden het geneesmiddel om niet te vervaardigen en te verstrekken aan de ziekenhuizen in ruil voor het bedrag van € 700.000,- en de betaling van € 180,- per verzending door de ziekenhuizen. Het Hof oordeelt dat een overeenkomst als deze waarbij een ondernemer zich ertoe verbindt een product te vervaardigen en te leveren aan meerdere overheidsdiensten in ruil voor een financiering die volledig bedoeld is om dit doel te verwezenlijken, onder het begrip overeenkomst onder bezwarende titel in de zin van de richtlijn (in de uitspraak nog richtlijn 2004/18) valt. Ook al worden de

kosten voor het vervaardigen en het leveren van dit product niet volledig gedekt door die financiering of door de leveringskosten die aan de overheidsinstantie kunnen worden aangerekend. De opdracht had aanbesteed moeten worden.

In de literatuur wordt deze uitspraak aangehaald als argument voor het standpunt dat als de activiteiten verplicht moeten worden uitgevoerd, een bezwarende titel ontstaat en - in Nederland - de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, ook in geval van de levering van een dienst. Overigens wijzen wij erop dat ook wanneer de afdwingbaarheid niet is geregeld, toch geoordeeld kan worden dat sprake is van een bezwarende titel omdat de feitelijke bedoelingen van partijen een rol spelen.

Gelet op het bovenstaande adviseren wij de OJA-activiteiten te financieren via een overheidsopdracht en niet via het verstrekken van een subsidie. Daarbij adviseren wij vooraf de gevolgen voor de btw in kaart te brengen.

Toch subsidierechtelijk insteken?

Zoals onder het kopje '*Grijs gebied*' aangegeven kan een bestuursorgaan enigszins sturen op het toepasselijke financieringsinstrument door een financiële relatie meer vorm te geven als een subsidierelatie of als een overheidsopdracht. In bestuursrechtelijke jurisprudentie over het subsidiebegrip zijn aanwijzingen geformuleerd aan de hand waarvan bepaald kan worden of sprake is van een subsidie of van een overheidsopdracht (zie Bijlage 1, Checklist subsidie of inkoop, onderdeel 5). De aanwijzingen zijn de volgende:

1. Welk belang wordt gediend, het algemeen belang (subsidie) of het rechtstreeks belang (inkoop) van het bestuursorgaan;
2. Wil het bestuursorgaan de activiteiten stimuleren (subsidie) of geleverd krijgen (inkoop)?;
3. Welke prijs wordt betaald, een deel van de kosten of maximaal de kosten (subsidie)? Of wordt een marktconforme prijs betaald inclusief (inkoop)?
4. Wie heeft het initiatief genomen voor de activiteiten, het bestuursorgaan (inkoop) of de geldontvanger (subsidie)?
5. Wie oefent zeggenschap uit over de activiteiten, het bestuursorgaan (inkoop) of de geldontvanger (subsidie)?
6. Zijn er derden betrokken (subsidie)?

Voor zover het college de subsidierelatie wil voortzetten, kan het proberen de relatie zoveel mogelijk kenmerken van een subsidie te geven door bijvoorbeeld maximaal de kosten te dekken en het initiatief en de zeggenschap bij de jeugdhulpaanbieders te laten. Daarbij merken wij opnieuw op dat dit geen zekerheid geeft.

Periode september 2023 tot en met december 2024

Het huidige subsidietijdvak loopt af op 31 augustus 2023. Ten behoeve van (in ieder geval een deel van) de activiteiten waarvoor subsidie aan Jarabee en Pluryn is verstrekt, zijn op grond van de GR Samen Twente ook overheidsopdrachten gegund aan andere organisaties door de (voorganger van de) GR. Die opdrachten hebben een looptijd tot 1 januari 2025. Het roept de vraag op:

- wie de financiële relatie met de hoofdaanbieders van de OJA-activiteiten aangaat vanaf september 2023 tot en met december 2024 en wie vanaf 2025 (zie ook het punt Verhouding gemeente – GR Samen Twente onder 1);
- hoe de percelen waarvoor overheidsopdrachten door de GR vanaf 1 januari 2025 worden ingericht.

Een en ander moet worden uitgezocht in de komende tijd, maar over de financiering van de OJA-activiteiten in de periode van september 2023 tot en met december 2024 merken wij nog het volgende op. De opdrachtgever wil de continuïteit van de huidige dienstverlening op de scholen borgen. Vraag is of dit alleen mogelijk is bij de inzet van Jarabee en Pluryn. Zoals aangegeven is voortzetting van de relatie met Jarabee en Pluryn zonder meer, in strijd met het recht op mededinging, ongeacht de keuze voor subsidie of overheidsopdracht. Als het college er toch voor kiest de relatie met Jarabee en Pluryn voort te zetten tot 1 januari 2025, dan is subsidieverlening op basis van een begrotingspost een optie met wellicht de minste risico's voor de gemeente. De instellingen worden in dat geval met hun naam en het bedrag dat maximaal aan subsidie wordt verleend, op de begrotingen van 2023 en 2024 vermeld. De verlenging van de relatie met Jarabee en Pluryn kan wellicht worden onderbouwd met het argument dat de continuïteit van de dienstverlening voortzetting van de relatie vereist en dat beide partijen de tijd moeten krijgen hun investeringen 'terug te verdienen'.

Een onderhandse aanbesteding is mogelijk een alternatief, dat hangt af van het aanbestedingsbeleid van de gemeente Enschede.

3. Risico's verkeerde keuze

Welk risico loopt de gemeente wanneer het een verkeerde keuze maakt en kiest voor subsidie in plaats van overheidsopdracht of vice versa? Ook op dit punt is er niet veel jurisprudentie.

Concludeert de rechter dat een verkeerde keuze is gemaakt, dan zal het subsidiebesluit of de overheidsopdracht vernietigd worden en moet de gemeente opnieuw een procedure voeren om het geld weg te zetten en de activiteiten te laten uitvoeren. De schade die de oorspronkelijke geldontvanger leidt doordat hij in vertrouwen op de subsidie of de overheidsopdracht, anders heeft gehandeld dan hij zonder subsidie of opdracht zou hebben gedaan, moet worden vergoed. Over de omvang van de schadevergoeding kunnen we geen uitspraken doen, dat hangt af van de precieze omstandigheden van het geval.

4. Conclusie en Advies

Gelet op het bovenstaande komen wij tot de volgende conclusies en adviezen:

1. De taakverdeling tussen de gemeente Enschede en de GR Samen Twente is onduidelijk. De GR heeft overheidsopdrachten verstrekt voor (gedeeltelijk) dezelfde activiteiten als waarvoor het college van Enschede subsidies aan Jarabee en Plurn heeft verstrekt. Uit de tekst van de GR wordt niet duidelijk of de bevoegdheid bij de GR ligt of niet. Voor zover de bevoegdheid is overgedragen (gedelegeerd) aan de GR, is het college niet meer bevoegd. Er is ook nog een mogelijkheid dat de bevoegdheden zijn gemandateerd. In dat geval kan het college van Enschede de bevoegdheid ook zelf uitoefenen en beslissen tot financiering van de OJA-activiteiten. Het is noodzakelijk uit te zoeken in hoeverre het college van Enschede nog bevoegd is de activiteiten te financieren, om onbevoegd genomen beslissingen te voorkomen.
2. Aangezien het uitvoeren van de OJA-activiteiten niet vrijblijvend is en de gemeente Enschede de activiteiten in feite geleverd wil krijgen, adviseren wij de OJA-activiteiten te financieren door het verstrekken van een overheidsopdracht (inkoop). De verplichte uitvoering van de activiteiten leidt tot een bezwarende titel, wat een specifiek kenmerk is van een overheidsopdracht. In dat geval kan de verplichte uitvoering, op straffe van een boete en/of het vorderen van nakoming bij de rechter, worden afgedwongen. Wij adviseren daarbij vooraf de gevolgen voor de btw in kaart te brengen.
3. De bestaande werkwijze kan niet op alle punten worden voortgezet. De volgende onderdelen van de huidige werkwijze zijn niet houdbaar:
 - de gemeente Enschede verstrekt de financiering aan de huidige hoofdaanbieders Jarabee en Plurn. Wellicht zijn continuering van de dienstverlening en het bieden van een reële terugverdiencapaciteit argumenten om de relatie met beide partijen nog een bepaalde periode voort te zetten;
 - de financiering vindt plaats voor onbepaalde tijd.Alleen wanneer de uitvoering van de activiteiten verplicht en afdwingbaar is, is het verdedigbaar alle activiteiten in dezelfde financieringsvorm te gieten, te weten inkoop (overheidsopdracht). In het andere geval moet per activiteit worden beoordeeld en onderbouwd of de relatie kwalificeert als subsidie of als overheidsopdracht en als zodanig worden vormgegeven. Ook dan kan de uitkomst natuurlijk zijn dat op alle activiteiten dezelfde financieringsvorm van toepassing is.
4. In geval van een verkeerde keuze loopt de gemeente het risico dat de schade moet worden vergoed die de geldontvanger lijdt, doordat hij in vertrouwen op de subsidie of de overheidsopdracht, anders heeft gehandeld dan hij zonder subsidie of opdracht zou hebben gedaan.

We vertrouwen je hiermee voldoende geïnformeerd te hebben. Wanneer je nog vragen hebt, dan horen we dat graag.

Met vriendelijke groet,

mr. Annet van Soest
Vijverberg Advocaten B.V.

Bijlage 1 bij Juridische Advies OJA gemeente Enschede

Checklist subsidie of inkoop?

(overheidsopdracht voor de levering van diensten)

1. Krijgt de ontvanger van het geld een aanspraak op financiële middelen? De aanspraak ontstaat wanneer geld wordt toegezegd voor het uitvoeren van bepaalde activiteiten. Er ontstaat ook een aanspraak wanneer het bestuursorgaan een geldlening of garantstelling verstrekt. In geval van een geldlening ontstaat er namelijk ook een aanspraak op financiële middelen; de ontvanger kan geld tegemoet zijn. Bij een garantstelling weet je vooraf niet of het geld ook daadwerkelijk zal worden overgemaakt (naar de ontvanger of de bank), maar als de ontvanger zijn lening aan de bank niet kan betalen zal het bestuursorgaan dat doen en kan de ontvanger aanspraak maken op het geld. Stelt het bestuursorgaan een accommodatie gratis ter beschikking, dan is er geen sprake van subsidie omdat er geen geld wordt overgemaakt naar degene die gebruik maakt van de accommodatie.
Nee: er is geen sprake van subsidie
Ja: er kan sprake zijn van subsidie. Ga door naar vraag 2.
2. Wordt het geld verstrekt door een bestuursorgaan? De Algemene wet bestuursrecht gaat natuurlijk uit van het verstrekken van een subsidie door bestuursorganen. Ook wanneer het geld in mandaat namens het bestuursorgaan wordt verstrekt (vaak krijgen ambtenaren een mandaat), dan wordt de subsidie ook verstrekt door een bestuursorgaan. Verstrekken private fondsen geld, dan gaat het in de regel niet om een subsidie als bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht. Een privaat fonds is namelijk geen bestuursorgaan. Het Prins Bernhard Cultuurfonds en het Oranjefonds, zijn voorbeelden van private fondsen. Er zijn ook private fondsen die wel als bestuursorgaan worden aangemerkt. Dat is het geval wanneer zij voor twee derden of meer worden gefinancierd door de overheid én de overheid beslissende invloed uitoefent op de criteria waaraan zij aanvragen om geld toetsen.
Nee: er is geen sprake van subsidie
Ja: er kan sprake zijn van subsidie. Ga door naar vraag 3.
3. Wordt het geld verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager? Als de ontvanger van het geld dit vrij mag besteden en niet hoeft aan te tonen dat hij het geld aan een bepaalde activiteit heeft besteed zoals bij een bijstandsuitkering, studiefinanciering of huursubsidie, is geen sprake van subsidie. Immers, je hoeft achteraf niet aan te tonen waaraan je het geld hebt uitgegeven. Het begrip activiteit is een ruim begrip, ook het nalaten een stuk land te bewerken is een activiteit.
Nee: er is geen sprake van subsidie
Ja: er kan sprake zijn van subsidie. Ga door naar vraag 4.

4. Is de aanspraak op financiële middelen een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten?

Als het bestuursorgaan een goed of dienst geleverd krijgt in ruil voor de betaling dan is sprake van inkoop. Ga uit van inkoop in geval van:

- de levering van computers, meubilair, pennen e.d.;
- het bestuursorgaan betaalt voor een onderzoek(srapport) aan de hand waarvan het zijn beleid bepaalt;
- het bestuursorgaan betaalt voor een activiteit waarvoor het verantwoordelijk is en die tot het takenpakket van het bestuursorgaan behoort: de inzameling en verwerking van afval door derden, het plegen van groot onderhoud door gebruikers van panden die eigendom zijn van de gemeente, het bieden van huishoudelijke hulp aan inwoners van de gemeente die daar op grond van een beschikking recht op hebben;
- het verplicht stellen van de uitvoering van de activiteiten. Dit kan in een uitvoeringsovereenkomst als bedoeld in artikel 4:36 van de Algemene wet bestuursrecht, maar omdat dan mogelijk tegelijkertijd sprake is van een overheidsopdracht merken we de relatie aan als inkoop.

Ja: dan is geen sprake van subsidie, maar kan sprake zijn van een overheidsopdracht waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. Als sprake is van de levering van een goed of dienst, moet je de financiële relatie toetsen aan de definitie van overheidsopdracht (voor werken, leveringen of diensten), ongeacht wat het antwoord op de vragen 1 tot en met 3 is.

Nee: er is sprake van subsidie, als je daarnaast de vragen 1 tot en met 3 met ja hebt beantwoord.

Weet niet. Ga door naar vraag 5.

5. Als je niet direct kunt bepalen of sprake is van subsidie of inkoop (de levering van een goed of dienst), ga dat dan na aan de hand van de onderstaande aanwijzingen.

Uit jurisprudentie volgen aanwijzingen wanneer een financiële relatie met een bestuursorgaan als subsidie, inkoop of anderszins moet worden beschouwd. Die aanwijzingen staan hieronder op een rij, met erbij vermeld of het een aanwijzing is die duidt op subsidie of op inkoop.

Aanwijzing:	Duidt op:
5A1 De activiteit dient vooral het algemeen belang	Subsidie
5A2 De activiteit dient vooral het eigen belang van de gemeente	Inkoop
5B1 De intentie is de activiteit te stimuleren	Subsidie
5B2 De intentie is de activiteit geleverd te krijgen	Inkoop
5C1 Het bestuursorgaan betaalt maximaal de kosten van de activiteit of een deel daarvan	Subsidie
5C2 Het bestuursorgaan betaalt een marktconforme prijs (kosten, btw, winstmarge)	Inkoop

5D1 Het bestuursorgaan heeft vooral zeggenschap over de inhoud en uitvoering van de activiteiten of die worden in nauwe samenspraak met elkaar tot in de details bepaald	Inkoop
5D2 De ontvanger van het geld heeft vooral zeggenschap over de invulling van de activiteiten	Subsidie
5E1 Het initiatief voor de activiteit ligt bij de ontvanger van het geld, het betreft een activiteit van de subsidieontvanger	Subsidie
5E2 Het initiatief voor de activiteit ligt bij het bestuursorgaan; het vraagt instellingen de activiteit uit te voeren	Inkoop
5F1 De activiteiten worden uitgevoerd voor derden	Subsidie
5F2 De activiteiten worden uitgevoerd ten behoeve van / komen ten goede aan het bestuursorgaan	Inkoop