



Handreiking Juridische vraagstukken Harmonisatie

De gevolgen van de Wet harmonisatie kinderopvang en peuterspeelzaalwerk op subsidierechtelijk, aanbestedingsrechtelijk en staatssteunrechtelijk gebied.



**Sociaal
Werk**
Nederland

Inleiding

Pels Rijcken heeft in opdracht van Sociaal Werk Nederland in kaart gebracht welke gevolgen de Wet harmonisatie kinderopvang en peuterspeelzaalwerk¹ (hierna: 'de Wet harmonisatie') heeft op subsidierechtelijk, aanbestedingsrechtelijk en staatssteunrechtelijk gebied. De gevolgen zijn opgenomen in deze handreiking.

De conclusies in de handreiking zijn gebaseerd op interviews met gemeenten, experts en adviseurs. Tijdens tien regiobijeenkomsten zijn de voorlopige conclusies van de handreiking met de aanwezigen besproken. Dankzij deze waardevolle input konden we de puntjes op de i zetten.

De handreiking begint met een korte schets van de Wet harmonisatie en bestuurlijke afspraken tussen het Rijk en de VNG.

Vervolgens worden in hoofdstuk 2 acties beschreven die gemeenten moeten ondernemen als gevolg van de Wet Harmonisatie.

Vanwege de leesbaarheid hebben we het in deze handreiking over 'werkende ouders' en 'kostwinners en niet-werkende ouders'. Met 'werkende ouders' bedoelen we ouders die voldoen aan de wettelijke voorwaarden om kinderopvangtoeslag te krijgen².

De ouders die niet in aanmerking komen voor kinderopvangtoeslag worden 'kostwinners en niet-werkende ouders' genoemd. We spreken daarnaast niet steeds van 'na inwerkingtreding van de Wet harmonisatie kinderopvang en peuterspeelzaalwerk' maar gebruiken de formulering 'na harmonisatie'. Peuterspeelzaalorganisaties die vooruitlopend op 1 januari 2018 al zijn geregistreerd als kinderdagverblijf beschouwen we in deze handreiking ook als 'geharmoniseerd'.

Voor de leesbaarheid geven we soms voorrang aan algemene noties boven juridische nuances. U zult dus steeds per individueel geval moeten toetsen of deze globale aspecten toepasbaar zijn.

1. Stb. 2017, 309

2. Dit betreft ook een groep ouders die niet werkt, maar bijvoorbeeld een studie volgt en daarom wel in aanmerking komt voor kinderopvangtoeslag

Leeswijzer

1. Achtergrond	4
2. Acties voor gemeenten	5
A. Integraal Jeugdbeleid aanpassen op grond van Jeugdwet	5
B. Beëindigen huidige subsidierelaties (waar nodig)	5
C. Zorgen voor een toereikend en financieel toegankelijk aanbod van kinderopvang voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders	8
● Kindplaatsen voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders inkopen	8
● Kindplaatsen voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders subsidiëren	13
■ Gemeente subsidieert de ouders	13
■ Gemeente subsidieert de aanbieders	14



1. Achtergrond

De Wet harmonisatie omvat de volgende wijzigingen in de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen:

- peuterspeelzaalwerk wordt onder de definitie van kinderopvang gebracht;
- gelijkschakeling financieringsstructuur voor werkende ouders;
- gelijkschakeling van kwaliteitseisen (en vervolgens aanscherping van die eisen via de Wet innovatie en kwaliteit kinderopvang).

De Wet harmonisatie heeft geen juridische gevolgen voor voor- en vroegschoolse educatie (vve). Gemeenten blijven verantwoordelijk voor vve binnen de gemeente. Zij krijgen hier middelen voor via de specifieke uitkering gemeentelijke onderwijsachterstandsmiddelen.

Voor de uitwerking van de Wet harmonisatie hebben het Rijk en de VNG bestuurlijke afspraken gemaakt, neergelegd in 'Een aanbod voor alle peuters' van april 2016³.

De uitgangspunten van deze afspraken zijn:

- het Rijk financiert via kinderopvangtoeslag de kinderopvang van kinderen van werkende ouders in alle voorschoolse voorzieningen;
- gemeenten bieden actief een adequaat en financieel toegankelijk aanbod voor peuters van niet-werkende ouders en kostwinners;
- gemeenten blijven wettelijk verantwoordelijk voor vve op basis van de Wet op het primair onderwijs.

3. Zie hier de publicatie 'Een aanbod voor alle peuters'.

2. Acties voor gemeenten

Door de Wet harmonisatie verandert het stelsel voor de kinderopvang. Daarom moeten gemeenten vóór de inwerkingtreding van de Wet harmonisatie een aantal acties ondernemen.

A. Gemeenten moeten hun Integraal Jeugdbeleid op grond van de Jeugdwet aanpassen, op basis van gewijzigde uitgangspunten

Gemeenten moeten (onder meer op grond van artikel 2.1 van de Jeugdwet) beschikken over integraal jeugdbeleid, vanuit de visie van de gemeente op alle gemeentelijke taken rond de jeugd, waaronder kinderopvang. Het integrale beleid moet onder meer ingaan op de preventieve maatregelen die gemeenten voor jeugdigen treffen. In dat beleid zal de gewijzigde Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen een plek moeten krijgen, en zal de verbinding tussen kinderopvang en andere gemeentelijke aandachtsgebieden, zoals welzijn, onderwijs en sport gelegd moeten worden.

We zien in de praktijk dat gemeenten kinderopvang op verschillende wijzen positioneren in hun integrale jeugdbeleid. Er zijn gemeenten die kinderopvangactiviteiten scharen onder het brede terrein van welzijn, terwijl andere gemeenten aansluiting zoeken bij de onderwijsactiviteiten die in de gemeente worden verricht.

B. Gemeenten moeten (waar nodig) hun huidige subsidierelaties beëindigen

Op dit moment maken ook werkende ouders gebruik van het peuterspeelzaalwerk. Veelal wordt dit (deels) gesubsidieerd door gemeenten. Na harmonisatie zal de financiering geschieden door het Rijk, via de kinderopvangtoeslag. Doel van het nieuwe stelsel is een sluitend financieringssysteem – bestaande uit een combinatie van kinderopvangtoeslag en een eigen bijdrage – tot stand te brengen voor de financiering van reguliere kindplaatsen voor kinderen van werkende ouders.

Willen gemeenten na harmonisatie bovenop de reguliere kinderopvangtoeslag nog aanvullende financiering voor kindplaatsen van kinderen van werkende ouders verstrekken? Dan moeten ze goed letten op het staatssteunrecht (zie ook p. 12 en 14).

Bevoordeling van aanbieders van kindplaatsen voor kinderen van werkende ouders als gevolg van gemeentelijke financiering kan het gelijke speelveld tussen aanbieders immers in gevaar brengen. Dit zal alleen niet aan de orde zijn, als gemeenten als onderdeel van hun gemeentelijk beleid meer verlangen van hun kinderopvangorganisaties dan de reguliere kinderopvang, bijvoorbeeld taken gericht op het bevorderen van de aansluiting op het primaire onderwijs, vve-gerelateerde taken en/of het begeleiden van ouders.

Voor deze extra taken kan aanvullende financiering worden verstrekt. Die financiering moet dan ook beschikbaar zijn voor (huidige) kinderopvangorganisaties die dergelijke extra taken ook willen gaan verrichten en/of voor kostwinners en niet-werkende ouders. Bovendien zullen de extra taken aantoonbaar moeten worden verricht en markconform moeten worden gefinancierd. Het compenseren van hogere huurprijzen van (huidige) peuteropvangorganisaties louter vanwege bedrijfseconomische redenen valt hier niet onder en is niet toegestaan.

V De gemeente wil het verschil tussen het maximale uurtarief van de Belasting dienst en de kostprijs subsidiëren zodat peuteropvang blijft bestaan. Mag dat?

A Dat mag alleen als er aantoonbaar andere of extra taken dan de 'reguliere' kinderopvang worden gefinancierd.

Gemeenten zullen dus in beginsel moeten stoppen met de financiering van 'reguliere' kindplaatsen voor kinderen van werkende ouders. Dat betekent dat als gemeenten op dit moment kindplaatsen voor kinderen van werkende ouders subsidiëren, die subsidie moet worden beëindigd en dat een eventuele huidige wettelijke grondslag (lees: een subsidieverordening of subsidieregeling) voor het verstrekken van subsidie komt te vervallen. Gemeenten moeten bij de beëindiging van de subsidie die 3 jaar of meer heeft geduurd (art. 4:51 Algemene wet bestuursrecht (Awb)) of die lopende het tijdvak wordt beëindigd (4:50 Awb), de regels in de Awb in acht nemen. Hieronder wordt nader ingegaan op die regels.

V Wanneer kan een gemeente overgaan tot het beëindigen van een subsidierelatie?

A Zie 4:51 Awb

- Bij gewijzigde inzichten of veranderde omstandigheden. Gewijzigd beleid (ook als het gaat om een aanstaande wetswijziging van hoger hand) valt hieronder.
- Als sprake is van een lopende subsidierelatie van 3 jaar of langer voor (in hoofdzaak) dezelfde voortdurende activiteiten moet de gemeente een redelijke termijn in acht nemen bij het beëindigen van de subsidierelatie.

V Wat moet een gemeente doen bij de beëindiging van een subsidierelatie?

A Zie 4:51 Awb

Stap 1: Ontvlechting van subsidiestromen in kindplaatsen voor werkende ouders, voor kostwinners en niet-werkende ouders en voor vve

Stap 2: De gemeente moet de aanbieder of ouders een schriftelijke aankondiging sturen, waarin staat dat de subsidierelatie vanwege gewijzigd beleid zal worden beëindigd en wanneer dat zal gebeuren. Zo'n aankondiging is een besluit. Dat betekent dat er een rechtsmiddel-clausule onder moet staan en dat daartegen bezwaar kan worden gemaakt. Vanaf de aankondiging gaat de redelijke termijn lopen. Het maken van bezwaar schort de aankondiging niet op.

Stap 3: De gemeente moet de subsidie in de toekomst weigeren, voor zover het nieuwe beleid daarvoor geen grondslag biedt.

V **Wat is een redelijke termijn voor het beëindiging van de subsidierelatie?**

- A** Op grond van rechtspraak gelden de volgende uitgangspunten voor de redelijke termijn:
- deze moet voldoende zijn om (langlopende) verplichtingen van de subsidieontvanger met derden (zoals arbeidsovereenkomsten) zorgvuldig af te wikkelen;
 - deze strekt niet zo ver dat de levensvatbaarheid van de subsidieontvanger moet zijn gegarandeerd; de subsidieontvanger moet zijn eigen afwegingen maken;
 - deze is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar in zijn algemeenheid worden termijnen tussen de zes maanden en twee jaar redelijk geacht.

V **Hoe bepaal ik die termijn?**

- A** Bijvoorbeeld door uzelf af te vragen:
- heeft de subsidieontvanger langlopende verplichtingen en zo ja, welke?
 - wat zijn de gevolgen van de wijziging/ beëindiging (grote of kleine impact)?
 - is bij de subsidieontvanger al langer bekend dat er een wijziging aan gaat komen (bijvoorbeeld in overleggen, correspondentie etc.)?

V **Wat als de termijn te kort is?**

- A** Artikel 4:51 lid 2 Awb
- Als de termijn niet redelijk (te kort) is, dan is het voor korte duur voortzetten van de subsidierelatie of een vergoeding van (een gedeelte van de) frictiekosten noodzakelijk. Frictiekosten zijn kosten als gevolg van wijziging/beëindiging subsidie en dus niet de kosten die gemaakt worden ter voorbereiding op de nieuwe situatie.
Als de termijn redelijk is, dan is er géén vergoeding van frictiekosten nodig.

C. Gemeenten moeten zorgen voor een toereikend en financieel toegankelijk aanbod van kinderopvang voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders

Gemeenten zijn op grond van de eerdergenoemde bestuurlijke afspraken verantwoordelijk voor:

- een toereikend en financieel toegankelijk aanbod kinderopvang voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders;
- voldoende voorzieningen voor vve (zie art. 166 Wet op het primair onderwijs) (hierop zal niet nader worden ingegaan).

Kindplaatsen subsidiëren of inkopen

Gemeenten kunnen de kindplaatsen voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders subsidiëren of inkopen. Om het juridische onderscheid tussen subsidie en inkoop te maken, is artikel 4:21 Awb van belang. Daarin is bepaald dat onder subsidie wordt verstaan: (1) de aanspraak op financiële middelen, (2) door een bestuursorgaan verstrekt (3) met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, (4) anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Gelet op het laatste onderdeel van deze definitie 'anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten' moet van een subsidie de commerciële transactie tussen een gemeente en een derde worden onderscheiden. Is er sprake van een subsidie, dan is titel 4.2 van de Awb van toepassing. Gaat het om een commerciële transactie, dan zijn de regels uit titel 7 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing.

Er is sprake van een commerciële transactie als de goederen en diensten direct worden geleverd aan de gemeente en de betaling voor die goederen of diensten is afgestemd op de waarde daarvan in het economische verkeer. Er zal vooral moeten worden gekeken of de door de gemeente betaalde prijs de waarde van de geleverde goederen of diensten op de economische markt vertegenwoordigt. Over het algemeen is dat de kostprijs plus een zekere winstmarge (marktconforme vergoeding). Als de gemeente minder dan de kostprijs betaalt, is dat een juridische indicatie van subsidie.

Naast voornoemde juridische uitgangspunten, hebben gemeenten tal van beleidsmatige overwegingen om te kiezen voor subsidie of inkoop, zoals 1) de wijze waarop zij invulling willen geven aan bestuursafspraken tussen het Rijk en de VNG om alle peuters in de gemeente een plek te bieden; alsmede de mogelijke wens om 2) de huidige plaatsen en de groep peuters die nu 'binnen' zijn te houden en met hetzelfde instrument te financieren; 3) doorgaande leerlijnen met het onderwijs te behouden en te versterken; 4) bij het doel van de Jeugdwet en het sociaal domein aan te sluiten en 5) afbreuk van bestaande structuren in de doorgaande lijn te voorkomen.

- Kindplaatsen voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders inkopen

Gemeenten kunnen de kindplaatsen voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders allereerst inkopen. In deze situatie zullen gemeenten met aanbieders een overeenkomst van opdracht sluiten, waarin (onder meer) de opdracht en de (prijs) afspraken zijn neergelegd.

Let op: Willen gemeenten niet de aanbieders maar de ouders financieren, dan moet gekozen worden voor subsidie. Zie pagina 13.

Aanbestedingswet en aanbestedingsplicht

Op de opdracht, die is aan te merken als 'overheidsopdracht', is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. Of er op grond van de Aanbestedingswet 2012 sprake is van een aanbestedingsplicht, hangt onder meer af van de aard van de dienst en de hoogte van de financiële bijdrage. Bij de financiering van kindplaatsen ligt het drempelbedrag voor sociale en andere specifieke diensten op € 750.000 (maatschappelijke en aanverwante dienstverlening voor kinderen valt onder dit regime, zie CPV codes 85300000-2, 285310000-5, 85311300-5, 85312000-9, 85312100-0, 85312110-3).

De waarde van de opdracht moet worden geraamd op basis van de gehele looptijd van het contract en eventuele verlengingen. Daarnaast moet de waarde van de met verschillende opdrachtnemers gesloten contracten voor dezelfde soort dienstverlening met dezelfde looptijd bij elkaar worden opgeteld. De opdracht zal (doorgaans) betrekking hebben op één en dezelfde vorm van dienstverlening en kan dan ook niet aan de werking van de Aanbestedingswet 2012 worden onttrokken door deze onder meerdere opdrachtnemers te verdelen en per opdrachtnemer te ramen (kunstmatige splitsing van opdrachten is niet toegestaan).

Opdrachten groter dan € 750.000

Bij het gunnen van overheidsopdrachten voor kinderopvang boven het drempelbedrag van € 750.000 is het sinds april 2016 niet meer mogelijk om een-op-een overheidsopdrachten te gunnen aan aanbieders van peuteropvang, zoals voorheen gebeurde. Dat is in strijd met de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn (2014/24/EU). Deze richtlijn veronderstelt dat aanbieders van peuteropvang, in het bijzonder buitenlandse ondernemingen, in het uitvoeren van opdrachten met een waarde van € 750.000 (of meer) geïnteresseerd kunnen zijn. Daarom moeten zij op grond van de richtlijn op gelijke voet naar de in Nederland te vergeven overheidsopdrachten mee kunnen dingen in een op een aanbesteding gelijkende procedure waarin concurrentie tussen aanbieders wordt gesteld, ook wanneer buitenlandse interesse in een bepaalde gemeente niet goed denkbaar is.

Europese aanbestedingsplicht

Er is boven het drempelbedrag van € 750.000 voor alle gemeenten sprake van een Europese aanbestedingsplicht. Dit 'nieuwe' aanbestedingsregime is neergelegd in artikel 2.38 en 2.39 van de (gewijzigde) Aanbestedingswet 2012. Op basis van dit regime moeten gemeenten:

- 1) de (Europese) beginselen van transparantie en gelijkheid in acht nemen;
- 2) de opdracht bekend maken via TenderNed door middel van een (Europese) (voor) aankondiging met de voorwaarden voor deelneming en een omschrijving van de belangrijkste elementen van de gunningsprocedure;
- 3) na gunning van de opdracht opnieuw een bekendmaking via TenderNed plaatsen.

V

Kan ik onder het nieuwe regime nog steeds een-op-een zaken doen met aanbieders van kinderopvang?

A

Nee, boven het drempelbedrag van € 750.000 is het sinds april 2016 niet meer mogelijk om een-op-een overheidsopdrachten te gunnen aan aanbieders van kinderopvang. Dat is in strijd met de in acht te nemen beginselen van gelijkheid en transparantie. Ondernemingen moeten op gelijke voet naar de te vergeven overheidsopdrachten mee kunnen dingen. Om alle geïnteresseerde ondernemingen te bereiken moet de opdracht op TenderNed worden aangekondigd.

V Kan ik onder het nieuwe regime nog met aanbieders om de tafel gaan?

A Ja, het is nog steeds mogelijk om voorafgaand aan de gunningprocedure een marktconsultatie te houden c.q. een dialoog met de markt aan te gaan. Door deze marktconsultatie moet de gelijke behandeling van de aanbieders in de gunningprocedure uiteraard niet onder druk komen te staan. Om discussies te voorkomen verdient het aanbeveling te kiezen voor een transparant proces waaraan alle geïnteresseerde marktpartijen kunnen deelnemen.

De 'inrichting' van de gunningprocedure is onder het nieuwe regime vrij – afgezien van de hiervoor genoemde verplichtingen –, zodat het mogelijk is om tijdens de procedure (voor of na de inschrijving) een overleg- of onderhandelingsfase in te bouwen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie mogen tijdens het onderhandelingsproces echter niet worden geschonden. Dat betekent onder andere dat vooraf volstrekt duidelijk moet zijn hoe de onderhandelingen (of het overleg) worden gevoerd, waar het over zal gaan en hoe de resultaten in de verdere procedure zullen worden meegenomen.

Bij het kiezen van een gunningprocedure moet het proportionaliteitsbeginsel (en de Gids Proportionaliteit) in acht worden genomen.

V Welke gunningcriteria mogen/moeten gemeenten bij het aanbesteden van kinderopvang hanteren?

A Het staat gemeenten onder het toepasselijke aanbestedingsregime in beginsel vrij om te kiezen voor gunningcriteria die betrekking hebben op prijs, kwaliteit of een combinatie van prijs en kwaliteit. Gunning enkel op basis van prijs is echter niet aan te bevelen omdat gemeenten op grond van de Aanbestedingswet 2012 onder andere verplicht zijn om bij het aangaan van overeenkomsten zorg te dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Gunning enkel op basis van prijsgerelateerde gunningcriteria ligt vanuit deze doelstelling niet voor de hand, zeker niet wanneer het gaat om sociale dienstverlening zoals kinderopvang.

Aanbesteden enkel op basis van gunningcriteria die betrekking hebben op kwaliteit (waarbij een vaste prijs of plafond wordt gehanteerd) of gunning op basis van een combinatie van gunningcriteria die betrekking hebben op prijs en op kwaliteit is wel goed mogelijk. Bij het hanteren van een vaste prijs of plafond dient te worden bewaakt dat deze niet te laag zijn. Het beschikbare budget moet de aanbieders in staat stellen de diensten (opvang) uit te voeren.

Opdrachten kleiner dan € 750.000

Bij het sluiten van overeenkomsten beneden de drempel van € 750.000 zijn er ook verplichtingen.

- Gemeenten moeten op basis van objectieve criteria hun keuze voor de toepassing van een bepaalde procedure bepalen. De Gids Proportionaliteit bevat belangrijke aanwijzingen voor het kiezen van een procedure.
- Bij het voeren van een meervoudig onderhandse (niet-openbare) procedure dient de keuze voor de onderneming die tot een procedure wordt toegelaten kunnen worden gemotiveerd als een andere onderneming daarom vraagt. Het kan ook onrechtmatig zijn om bepaalde aanbieders niet te betrekken in een procedure en/of overleg. Zowel de Aanbestedingswet 2012 als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vereisen objectieve criteria voor deze keuzes.

V Welke procedures kan een gemeente onder het drempelbedrag kiezen?

- A** Gemeenten kunnen onder de drempel steeds kiezen tussen:
- 1) een onderhandse gunningprocedure: met een of meer aanbieders rechtstreeks contracteren, dus een-op-een;
 - 2) een meervoudig onderhandse gunningprocedure: meerdere aanbieders wordt verzocht een offerte uit te brengen; tussen deze aanbieders wordt concurrentie gesteld;
 - 3) een nationaal openbare aanbestedingsprocedure: deze procedure lijkt op een aanbestedingsprocedure maar wordt alleen op nationaal niveau aangekondigd en niet op Europees niveau.

Het staat een gemeente vrij om onder de drempel vrijwillig te kiezen voor een Europese aanbestedingsprocedure (zoals hiervoor beschreven). Als het gaat om een opdracht onder de drempel die de interesse van buitenlandse ondernemingen zou kunnen wekken (een zogenoemd 'grensoverschrijdend belang vertoont'), is de gemeente verplicht om te kiezen voor een Europese aanbestedingsprocedure conform het regime van artikel 2:38/2:39 van de Aanbestedingswet 2012.

V Waarom zou een gemeente kiezen voor het plaatsen van een overheidsopdracht, gegeven de verplichtingen die daaruit voortvloeien?

- A** Een overheidsopdracht (al dan niet in de vorm van een subsidie met een uitvoeringsovereenkomst) is juridisch gezien de meest effectieve wijze om een toereikend en financieel toegankelijk aanbod van kinderopvang te creëren voor eenverdieners en niet-werkende ouders. Het biedt juridisch gezien de meeste mogelijkheid tot het verzekeren van de beschikbaarheid van het aanbod, omdat dat kan worden afgedwongen.

Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht

Er bestaat een aantal uitzonderingen op de aanbestedingsplicht.

1. Voorschoolse educatie

Vve is, evenals het primair onderwijs, zeer waarschijnlijk geen economische activiteit en hoeft daarom aannemelijk niet te worden aanbesteed⁴. De Europese wetgever heeft willen voorkomen dat 'niet-economische activiteiten van algemeen belang' (zoals het primair onderwijs) in het economische aanbestedingsdomein worden getrokken dan wel moeten worden geliberaliseerd. Aangenomen dat vve geen economische activiteit is omdat het vergelijkbaar is met het primair onderwijs, hoeft deze dienst niet te worden aanbesteed.

Dit is overigens niet neergelegd in een duidelijk artikel, maar kan worden afgeleid uit overwegingen (6 en 7) bij de richtlijn. Evenmin bestaat er jurisprudentie over deze uitzondering. Daardoor is er enige onzekerheid over de reikwijdte van deze uitzondering. Indien vve wordt gecombineerd met andere vormen van opvang mag niet de conclusie worden getrokken dat de dienst in zijn totaliteit geen economische activiteit is. Met alle uitzonderingsmogelijkheden op het aanbestedingsrecht dient zeer restrictief te worden omgegaan. Tot slot is de staatssteunregeling evenmin van toepassing op vve⁵.

2. Toelatingssysteem of 'open-huis-model'

Bij een 'toelatingssysteem' (ook wel 'open-huis-model' genoemd) nodigt de gemeente de aanbieders met een aankondiging via TenderNed actief uit om een overeenkomst aan te gaan waarin de aanbieder zich jegens de gemeente verbindt om kinderopvang te leveren tegen vooraf door de gemeente vastgestelde voorwaarden indien ouders – die binnen de gemeente woonachtig zijn – daarom verzoeken. Vereist is dat:

- iedere (geschikte) belangstellende aanbieder door de gemeente wordt gecontracteerd;
- er – voorafgaand aan contractering - geen nadere selectie van aanbieders door de gemeente plaatsvindt belangstellende aanbieders gedurende de looptijd van het contract tot het systeem kunnen toetreden;
- de ouders de dienstverleningsopdracht zelf plaatsen bij een aanbieder van eigen keus die door de gemeente is gecontracteerd.

Als voldaan wordt aan deze vereisten, zal geen sprake zijn van een 'overheidsopdracht'.

Tot slot geldt: als de kinderopvang bij aanbieders wordt ingekocht tegen marktconforme tarieven zal geen sprake van staatssteun.

Handige links aanbesteden in het Sociaal Domein:

[Europa Decentraal](#)

[Expertisecentrum aanbesteden Pianoo en](#)

[Kennis- en ontwikkelcentrum inkoop en aanbesteden sociaal domein](#)

[Subsidiëren of Inkopen](#)

4. Uitgangspunt hierbij is dat de vve wordt aangeboden op een kinderopvanginstelling en een educatieve doelstelling heeft.

5. Dit standpunt is door de ministeries van SZW en OCW aan Europa Decentraal bevestigd.

Aanvullende (kwaliteits)eisen stellen aan aanbieders

Sommige gemeenten willen de aanbieders aanvullende eisen ten opzichte van de Wet Kinderopvang opleggen. In geval van inkoop kan dit in het contract met de aanbieders, of in een aparte verordening Kinderopvang. Het kan dan gaan om eisen ten aanzien van gemeentelijke samenwerking en/of aanvullende kwaliteitseisen ten opzichte van de Wet Kinderopvang. We adviseren terughoudend om te gaan met het stellen van aanvullende kwaliteitseisen, omdat ze marktverstoring kunnen werken.

- Kindplaatsen voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders subsidiëren

Gemeenten kunnen de kindplaatsen voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders daarnaast subsidiëren. Gemeenten moeten dan kiezen wie ze subsidiëren, de aanbieders of de ouders.

Gemeente subsidieert de ouders

Als gemeenten ervoor kiezen de ouders te subsidiëren, dan ontstaat er een subsidiërelatie tussen de gemeenten en de ouders. De aanbieders worden in dit geval niet door de gemeente gesubsidieerd of gecontracteerd. Wel zal er een (contractuele) relatie tussen de ouders en de aanbieders ontstaan. Daarop is het aanbestedingsregime niet van toepassing. Het aanbestedingsregime is namelijk alleen van toepassing op overeenkomsten die aanbestedende diensten met ondernemers (lees: aanbieders) aangaan en niet op overeenkomsten die door de ouders met aanbieders worden aangegaan.

Let op: Vereist is wel dat gemeenten niet parallel aan de subsidiërelatie met de ouders separate, in rechte afdwingbare overeenkomsten met aanbieders sluiten om (bijvoorbeeld op basis van bovenwettelijke kwaliteitseisen) een voorselectie te maken tussen de aanbieders met wie de ouders wel of niet zaken kunnen doen. In dat geval bestaat het risico dat wordt aangenomen dat de gemeente de overheidsopdracht toch zelf plaatst, omdat de opvang als het ware wordt 'voorgecontracteerd' en derhalve toch een (vorm) van exclusiviteit c.q. een mededingingsvoordeel aan bepaalde aanbieders wordt toegekend.

Voor het verstrekken van subsidie aan ouders zal een wettelijke grondslag moeten bestaan (vgl. artikel 4:23 Awb). Het ligt voor de hand dat gemeenten een op de Algemene subsidieverordening (Asv) gebaseerde Subsidieregeling vaststellen, waarin bepalingen over het verstrekken van subsidie aan ouders zijn opgenomen (zoals de aard van de activiteiten, het subsidieplafond, het (maximale) subsidiebedrag, eventuele verplichtingen en de verantwoording).

De subsidie kan direct aan de ouders worden betaald of – ten behoeve van de ouders - aan de aanbieders waarmee de ouders zaken willen doen. Dit laatste heeft als voordeel dat meer zekerheid bestaat dat de bijdrage op de juiste wijze wordt aangewend. De bevoegdheid om (bevrijdend) aan aanbieders te betalen moet in de Algemene subsidieverordening of een daarop gebaseerde Subsidieregeling worden opgenomen (vgl. art. 4:89 lid 4 Awb). Van belang is dat de ouders (ook in deze situatie) de subsidieontvangers blijven.

Aanvullende (kwaliteits)eisen stellen aan aanbieders

Sommige gemeenten willen de aanbieders aanvullende eisen ten opzichte van de Wet harmonisatie opleggen. Bij gebrek aan een (contractuele) relatie met de aanbieders, zullen die eisen in een aparte verordening Kinderopvang moeten worden opgenomen. Het kan dan gaan om eisen ten aanzien van gemeentelijke samenwerking en/of aanvullende kwaliteitseisen ten opzichte van de Wet harmonisatie. We adviseren terughoudend om te gaan met het stellen van aanvullende kwaliteitseisen, omdat ze marktverstoring kunnen veroorzaken.

Gemeente subsidieert de aanbieders

Als gemeenten ervoor kiezen de aanbieders te subsidiëren, dan ontstaat er een subsidierelatie tussen gemeenten en aanbieders. De ouders worden in dit geval niet gesubsidieerd.

In geval van subsidiering van aanbieders kan sprake zijn van staatssteun. Subsidies of andere voordelen aan aanbieders, waarvan andere aanbieders niet op gelijke wijze kunnen profiteren, kunnen leiden tot marktverstoring. Dat is in strijd met het staatssteunverbod.

Er zijn omstandigheden die wel een rechtvaardiging voor staatssteun vormen. Deze omstandigheden doen zich voor als aanbieders zonder gemeentelijke financiering onvoldoende aanbod kunnen garanderen. De gemeente zal wel echt moeten aantonen 'dat de markt het onvoldoende oppakt', oftewel dat aanbieders in de gemeente zelf niet voldoende aanbod kunnen garanderen zonder steun van de gemeente. Als dat zo is kan gebruik worden gemaakt van de regelgeving over zogenoemde diensten van algemeen economisch belang (DAEB).

Regelgeving over Diensten Algemeen Economisch Belang (DAEB)

- Het gaat om diensten die enerzijds op een markt worden aangeboden en anderzijds een publiek belang dienen.
- De DAEB-regelgeving voorziet dus in die situaties waarbij marktwerking ertoe leidt dat een publiek belang onvoldoende wordt gediend.
- Gemeenten moeten bij gebruikmaking hiervan aantonen dat aanbieders zelf de kinderopvang onvoldoende kunnen realiseren.

DAEB's zijn economische diensten die een publiek belang dienen. Er is dus sprake van marktwerking, maar ook wordt met de dienst uitvoering gegeven aan een taak van een gemeente. Juist bij kinderopvang komen deze twee aspecten samen. Subsidiering (of inkoop) van kinderopvang kan immers noodzakelijk zijn als aanbieders dit zelf niet voldoende kunnen realiseren. Een dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als in een gemeente of wijk te weinig aanbieders actief zijn. Kan de opvang wel door de in de gemeente aanwezige aanbieders worden gerealiseerd, dan kan van de DAEB-regelgeving geen gebruik worden gemaakt.

De DAEB-regelgeving vereist onder meer dat de aanbieder die de dienst gaat/gaan uitvoeren, door middel van een aanwijzingsbesluit wordt/worden belast met de taak van kinderopvang in de gemeente. De gemeente moet daarbij criteria vaststellen op basis waarvan de compensatie voor deze dienst zal worden berekend. Dit moet vooraf objectief en transparant gebeuren. De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de kinderopvang geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering. De gemeente moet met andere woorden berekenen wat extra nodig is om de kinderopvang rendabel te maken. Is de compensatie hoger, dan wordt alsnog staatssteun verleend. Uit de op-

brengrsten van de kinderopvang mag de betreffende aanbieder kortom wel een redelijke winst ontvangen, dit vormt geen staatssteun. Verschillende praktijkvoorbeelden van DAEB besluiten zijn hier te vinden (pp. 89-91). In deze brochure staat ook meer achtergrondinformatie over de DAEB-regelgeving.

Omdat gemeenten geen taak meer hebben wat betreft de kinderopvang van de kinderen van werkende ouders, kan de DAEB-regelgeving in beginsel alleen worden gebruikt voor de subsidiering van de opvang van kinderen van kostwinners en niet-werkenden.

Vereisten DAEB-regelgeving:

1. Kunnen aanbieders zonder financiering onvoldoende aanbod garanderen?
2. Zijn bij het nagaan van de vorige vereiste daadwerkelijk alle aanbieders betrokken?
3. Is kinderopvang in een apart besluit aangewezen als DAEB?
4. Is in dit besluit aangegeven welke aanbieders met de DAEB worden belast?
5. Is in dit of het subsidiebesluit duur en omvang van financiering opgenomen?
6. Is van tevoren specifiek bepaald hoe hoog de subsidie* zal zijn per kind/plek?
7. Is subsidie niet hoger dan nodig om kosten te dekken, inclusief redelijke winst?
8. Worden alleen de noodzakelijke kosten van de opvang zelf gesubsidieerd?*
9. Voorkomt gescheiden boekhouding dat ook andere kosten worden vergoed?
10. Is deze financieringswijze in subsidie- of voornoemd besluit vastgelegd?
11. Is bepaald dat terugbetaling plaatsvindt indien subsidie te hoog blijkt?
12. Is bepaald dat de subsidie zal worden herzien indien deze te hoog blijkt?
13. Is de hoogte subsidiering* vastgesteld na een aanbesteding of benchmark?***

*Indien plekken worden ingekocht geldt vanzelfsprekend hetzelfde vereiste

** Of d.m.v. deze methode (pp. 63-64)

V

Maakt het nog uit of een aanbieder bestaat uit vrijwilligers, een stichting is of anderszins geen winstoogmerk heeft?

A

Nee, het staatssteunrecht geldt voor elke entiteit die een economische activiteit verricht.

Een economische activiteit wordt omschreven als 'het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt'. Daarom wordt kinderopvang (niet zijnde vve) als economische activiteit beschouwd en elke entiteit die dit aanbiedt als onderneming.

V

Wat als de steun beperkt blijft tot een klein bedrag?

A

Indien de subsidie voor één aanbieder over een periode van drie belastingjaren onder de € 200.000 blijft, is sprake van de-minimissteun. De aanbieder moet verklaren dat hij niet eerder steun heeft ontvangen waardoor de drempel van € 200.000 wordt overschreden. Een voorbeeld van een dergelijke verklaring vindt u hier. Wordt ook gebruik gemaakt van de DAEB-regelgeving? Dan is het maximumbedrag € 500.000 voor één aanbieder over een periode van drie belastingjaren. Ook dan is een verklaring vereist, een voorbeeld vindt u hier.

Meer informatie over staatssteun en DAEB via Europa Decentraal:
<https://europadecentraal.nl/onderwerp/staatssteun/>
<https://europadecentraal.nl/onderwerp/diensten-van-algemeen-belang/>

Naast het staatssteunrecht kan het aanbestedingsrecht een rol spelen bij het subsidiëren van aanbieders. Dat is het geval als de 'prestaties' van de subsidieontvanger worden afgedwongen door middel van een zogenoemde 'afdwingovereenkomst' als bedoeld in artikel 4:36 lid 2 van de Awb. Als de subsidieontvanger daarmee wordt verplicht om de gesubsidieerde activiteiten daadwerkelijk uit te voeren (en gemeenten dus meer kunnen dan het intrekken en terugvorderen van de subsidie), moet er rekening mee worden gehouden dat de subsidieverstrekking het karakter kan verkrijgen van een 'overheidsopdracht'. Hoe gemeenten moeten handelen in geval van een 'overheidsopdracht', staat hiervoor onder het kopje 'Kindplaatsen voor kinderen van kostwinners en niet-werkende ouders inkopen' beschreven. Deze situatie kan zich alleen voordoen als gemeenten aanbieders subsidiëren. Als gemeenten de ouders subsidiëren zal geen sprake zijn van een 'overheidsopdracht'.

Meer informatie over subsidie en aanbesteden bij Europa Decentraal.

- V** **Is er sprake van een overheidsopdracht als de gemeente geen prestatieplicht aan de aanbieder oplegt? En is er sprake van een overheidsopdracht als er een verplichting bestaat (op basis van een subsidievaststellingsbesluit) de subsidie terug te betalen indien de activiteiten niet zijn verricht?**
- A** Nee. Voor een overheidsopdracht is een prestatieplicht van de subsidieontvanger vereist (opgenomen een uitvoeringsovereenkomst).

Voor het verstrekken van subsidie aan aanbieders zal een wettelijke grondslag moeten bestaan. Het ligt voor de hand dat gemeenten een op de Algemene subsidieverordening (Asv) gebaseerde Subsidieregeling vaststellen, waarin bepalingen over het verstrekken van subsidie aan aanbieders zijn opgenomen (zoals de aard van de activiteiten, het subsidieplafond, het (maximale) subsidiebedrag, eventuele verplichtingen en de verantwoording).

Aanvullende (kwaliteits)eisen stellen aan aanbieders

Sommige gemeenten willen de aanbieders aanvullende eisen ten opzichte van de Wet harmonisatie opleggen. In geval van subsidieverstrekking kan dit in de hiervoor genoemde Subsidieregeling, of in een aparte verordening Kinderopvang. Het kan dan gaan om eisen ten aanzien van gemeentelijke samenwerking en/of aanvullende kwaliteitseisen ten opzichte van de Wet harmonisatie. We adviseren terughoudend om te gaan met het stellen van aanvullende kwaliteitseisen, omdat ze marktverstoring kunnen werken.

Disclaimer

Deze handreiking is met zorg samengesteld. Pels Rijcken staat er echter niet voor in dat de handreiking geen informatie bevat die onjuist, verouderd of incompleet is. Pels Rijcken kan de inhoud van de handreiking bovendien op elk moment aanpassen, zonder daarover mededeling te doen.

De informatie in deze handreiking is uitsluitend bedoeld als algemene informatie en voor algemeen gebruik. Er kunnen geen rechten aan de informatie in de handreiking worden ontleend. Elk gebruik dat u maakt van de informatie in de handreiking komt voor uw eigen risico. Pels Rijcken is niet aansprakelijk voor schade die is ontstaan of zou kunnen ontstaan als gevolg van (in)direct gebruik van informatie in deze handreiking.

De informatie die u in deze handreiking ter beschikking wordt gesteld, mag uitsluitend voor eigen doeleinden worden gebruikt. Ander gebruik, waaronder de commerciële exploitatie van deze informatie, is niet toegestaan. Voor zover de handreiking hyperlinks bevat naar andere websites, staat Pels Rijcken niet in voor de beschikbaarheid van deze websites. Evenmin is zij aansprakelijk voor de inhoud daarvan. Het auteursrecht op deze handreiking is voorbehouden aan Pels Rijcken N.V..

Colofon

Handreiking Juridische vraagstukken Harmonisatie

De gevolgen van de Wet harmonisatie kinderopvang en peuterspeelzaalwerk op subsidierechtelijk, aanbestedingsrechtelijk en staatssteunrechtelijk gebied.

Deze publicatie is een uitgave van Sociaal Werk Nederland

Tekst

Pels Rijcken

Ontwerp en realisatie

De Smaakmakers Communicatie, Driebergen-Rijsenburg

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Sociaal Werk Nederland. Bij overname is bronvermelding verplicht.

Sociaal Werk Nederland
Koningin Wilhelminalaan 3
3527 LA Utrecht
030 721 0 721

www.sociaalwerknederland.nl
info@sociaalwerk.nl

Utrecht, september 2017