

Samenvatting advies Pels Rijcken 20 juli 2017

Een (door artikel 4:51 van de Awb geïnspireerd) overgangsjaar achten wij op zichzelf genomen niet in strijd met de subsidieregelgeving, het staatssteunrecht of het aanbestedingsrecht. Wel zijn de volgende aandachtspunten van belang.

Onze inschatting is dat het door het college voorgestelde overgangsjaar juridisch kwetsbaar is omdat de (oude) motivering voor het overgangsjaar (louter) wordt ontleend aan de werking van artikel 4:51 van de Awb.

Aanbieders van VVE-taken en Peuterspeelzaalwerk, die (nog) geen aanspraak maken op subsidie, zouden de rechtmatigheid van het overgangsjaar aan de rechter ter beoordeling kunnen voorleggen. Dat kan zowel in een civiele procedure (bijvoorbeeld naar aanleiding van de formele vaststelling van het beleid om een subsidierechtelijk) overgangsjaar aan te houden. Een andere route is dat bestuursrechtelijk wordt opgekomen tegen afwijzingen van eigen aanvragen en/of verleningen aan de drie huidige aanbieders. Vanuit staatssteunrechtelijk perspectief is daarbij van belang dat van gemeenten vanaf 1 januari 2018 wordt verlangd dat zij de huidige peuterspeelzalen en kinderopvangorganisaties gelijk behandelen en dat daarbij oneerlijk concurrentie in deze dan geharmoniseerde markt wordt voorkomen.

Vanuit beide perspectieven is het raadzaam om in het raadsvoorstel waarin het overgangsregime wordt voorgesteld objectief – op basis van feitelijke argumenten - te motiveren waarom het nodig is dat de subsidieverlening voor de overgangsperiode tot deze drie aanbieders beperkt blijft, en nog niet voor de overige aanbieders kan worden opengesteld. Deze motivering kan vervolgens worden benut ter onderbouwing van een aanwijzing van kinderopvang als Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB). Dit komt er kort gezegd op neer dat de drie aanbieders door middel van een aanwijzingsbesluit worden belast met de taak van “kinderopvang” in de gemeente.

Op basis van de aan ons verstrekte informatie zijn wij tot de conclusie gekomen dat geen sprake is van een “overheidsopdracht voor diensten”. Om deze reden zijn de subsidies niet aanbestedingsplichtig.

Er zijn verschillende juridische wegen waarlangs aanbieders kunnen opkomen tegen de keuze om een overgangsjaar in te lassen (en voorlopig alleen de huidige aanbieders te subsidiëren). Wij benadrukken dat de omvang van het procesrisico afhangt van enerzijds de (inschatting van) de aanwezigheid van andere in subsidiëring geïnteresseerde aanbieders en hun procesbereidheid en anderzijds van de mate waarin de wenselijkheid van het overgangsregime kan worden onderbouwd door te verwijzen naar de kwalitatieve garanties die de gemeente voor de toekomstige opvang wil geven en waaraan de zittende aanbieders in ieder geval voldoen.