



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Concurrent-aanvrager is geen belanghebbende; effectieve en werkbare rechtsbescherming in een tenderprocedure.**

Ouden, W. den

### **Citation**

Ouden, W. den. (2016). Concurrent-aanvrager is geen belanghebbende; effectieve en werkbare rechtsbescherming in een tenderprocedure. *Ab Rechtspraak Bestuursrecht*, 2016(48), 2848-2861. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/62903>

Version: Publisher's Version  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/62903>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

naar de bestuursrechter vervangen door iets anders? Dat is niet te verwachten, ook al zijn er bezwaren tegen het besluitbegrip als toegangspoort aan te voeren en wordt het daarvoor door velen als te beperkt ervaren. Deels is dat door de rechtspraak ondervangen, door strategisch gebruik van het besluitbegrip en het gelijkstellen van bepaalde beslissingen met een besluit. Dat leidt overigens weer tot nieuwe afbakeningsvragen. Probleemloos is het daarmee dus nog bepaald niet. Sinds 2011 is er ook weer de nodige rechtspraak gewezen over het besluitbegrip, waaronder baanbrekende. De Afdeling sprak op 14 januari 2015 (AB 2015/218 en 219) uit dat de reactie van het bevoegde bestuursorgaan op een melding over het aanleggen van een uitweg een besluit is; het uitblijven van een reactie wordt met het oog op de rechtsbescherming gelijkgesteld met een besluit. Deze rechtspraak helpt, maar vanwege de complexiteit van meldingenstelsels en verschil in strekking in de wetgeving van de begrippen melding en bestuurlijke reactie, is de kwalificatie van een bestuurlijke reactie op een melding maatwerk (L.J.M. Timmermans in *JBplus* 2016/1, Van Male e.a, kroniek Bestuurshandelingen, *NTB* 2016/6). Veel rechtspraak op dit terrein is niet baanbrekend. Dat nog altijd veel rechtspraak over het besluitkarakter wordt gewezen is op zichzelf niet verwonderlijk gezien de functie van poort naar de bestuursrechter. In de praktijk zullen er altijd de nodige vragen blijven rijzen. VAR-preadviseurs Van Ommeren en Huisman hebben er in navolging van de Commissie rechtsbescherming (zie daarover de noot in AB 2011/235, onder 7) voor gepleit het besluitbegrip te verruimen tot de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking (VAR-reeks 150, Het besluit voorbij (2013)). Het besluit blijft daarbij het uitgangspunt. De bestuursrechter zou volgens de preadviseurs daarnaast moeten gaan oordelen over meezijdige bestuursrechtelijke rechtshandelingen van een bestuursorgaan en over aan een besluit gerelateerde feitelijke handelingen van een bestuursorgaan. Het begrip 'besluitgerelateerd' kan tot nieuwe afbakeningsproblemen aanleiding geven, reden voor van Ommeren van Huisman om hierop door te gaan: Van besluit naar rechtsbetrekking; op zoek naar een scherp criterium Feitelijk bestuurshandelen bij de bestuursrechter (*NTB* 2014/6). De noot leent zich er niet voor dat debat nog eens over te doen of er iets tegenover te stellen, als ik dat al zou kunnen. Tot enige beweging van de wetgever hebben de pleidooien nog niet geleid, en makkelijk of voor de hand liggend is een alternatief ook bepaald niet. Er is ook een keerzijde. Als een rechtsmiddel tegen een handeling openstond, en dat is niet benut, dan leidt dat tot de formele rechtskracht van die handeling. En omdat niemand slachtoffer

wil worden van die valbijl, zal dat tot extra procederen leiden. Dat de wetgever nog niet in beweging komt scheelt ons voorlopig in ieder geval 'opnieuw een langdurige gewenningsperiode in de praktijk met de daarbij behorende brokkenmakerij', zoals De Wijkerslooth het in zijn preadvies *Geschreven privaatrecht of ongeschreven publiekrecht?* (VAR-reeks 122, p. 199, p. 89) omschreef. Nu kan daarmee iedere (behoefte aan) vernieuwing worden tegengegaan, en dat is ook niet goed, maar de praktijk kan voorlopig nog behoorlijk uit de voeten met het besluitbegrip en de rechtspraak die zich daarover heeft gevormd. Hoewel het soms hard kan gaan, houd ik net als in 2011 vast aan mijn voorspelling dat wij het nog zeker tot 125 jaar AB met het besluitbegrip zullen blijven doen.

C.M. Bitter

## AB 2016/453

### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

15 juli 2015, nr. 201408627/1/A2

(Mrs. D.A.C. Slump, M.G.J. Parkins-de Vin, N. Verheij)  
m.nt. W. den Ouden

Art. 1:2, 3:46, 4:25, 7:4 Awb

ABkort 2015/282

ECLI:NL:RVS:2015:2258

**Effectieve en werkbare rechtsbescherming bij afwijzing van een subsidieaanvraag binnen een tendersysteem. Het belang van een afgevoerd aanvrager is niet rechtstreeks betrokken bij de verleningsbesluiten aan andere aanvragers, zodat deze niet als belanghebbende bij die besluiten kan worden aangemerkt. Een andere opvatting zou ook uit een oogpunt van rechtszekerheid niet wenselijk zijn. Wel dient zoveel als mogelijk inzage te worden verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken in de zin van art. 7:4 Awb, die ter inzage moeten worden gelegd.**

*De betogen van het Fonds en Holland Opera stellen de Afdeling voor de vraag hoe in een geval als hier aan de orde – waarbij de beoordeling van de aanvragen verloopt via een tendersysteem en waarbij degene wiens aanvraag wordt afgewezen*

op zichzelf geen bezwaar heeft tegen de toekenning van subsidie aan derden, maar uitsluitend tegen de rangorde als zodanig en dus de positie die die derden in de rangorde innemen — op effectieve en voor het bestuursorgaan en de bestuursrechter werkbare wijze rechtsbescherming kan worden geboden aan degene wiens aanvraag wordt afgewezen omdat deze te laag in de rangorde is geëindigd.

Uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming is het daarbij van belang dat een aanvrager, zoals Holland Opera, die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond is bereikt, zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken.

Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering. Dit houdt in dat, naast inzicht in de beoordeling van de eigen aanvraag, tevens inzicht moet worden verschaft in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen. Omdat de rangorde mede wordt bepaald door de beoordeling van andere aanvragen, betekent dit dat de motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag ook inzicht moet verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Het vorenstaande brengt met zich dat in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde kan worden gesteld.

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan

degene die bezwaar maakt of beroep instelt tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaantastbaar zijn geworden.

Gelet op het hiervoor overwogene is, anders dan de rechtbank heeft overwogen, het belang dat Holland Opera heeft bij een wijziging van de rangorde en derhalve het toekennen van bepaalde scores aan de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen niet rechtstreeks betrokken bij de besluiten waarbij aan Tafel van Vijf en anderen subsidie is verleend, zodat zij niet als belanghebbende bij die besluiten kan worden aangemerkt. Een andere opvatting zou ook uit een oogpunt van rechtszekerheid voor Tafel van Vijf en anderen niet wenselijk zijn, aangezien zij dan lang in onzekerheid zouden verkeren over de rechtmatigheid van de aan hen verleende subsidies, terwijl het bezwaar en beroep van Holland Opera er niet op gericht is om Tafel van Vijf en anderen hun subsidie te ontnemen.

Uit hetgeen is overwogen in 5.5 volgt dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en dientengevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd.

Uitspraak op de hoger beroepen van

1. de raad van bestuur van de Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+ (hierna: het Fonds),
  2. de Stichting Holland Opera (Xpress), te Amersfoort,
- appellanten, tegen de tussenuitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 19 december 2013 en haar uitspraak van 17 september 2014 in zaken nrs. 13/1842 en 13/1845 in het geding tussen:

Holland Opera  
en  
het Fonds.

## Procesverloop

Bij besluiten van 31 juli 2012 heeft het Fonds aanvragen van Stichting Tafel van Vijf, Stichting De Veenfabriek en Stichting Nederlands Vocaal Laboratorium (thans: Silbersee; hierna: Vocaal-LAB) om subsidie in het kader van de Deelregeling meerjarige activiteitensubsidies Fonds Podiumkunsten 2013-2016 (hierna: de Deelregeling) ingewilligd.

Bij besluit van eveneens 31 juli 2012 heeft het Fonds een aanvraag van Holland Opera om subsidie in het kader van de Deelregeling afgewezen.

Bij besluit van 11 februari 2013 heeft het Fonds het door Holland Opera tegen de inwilliging van de subsidieaanvragen van Tafel van Vijf en anderen gemaakte bezwaar niet-ontvankelijk verklaard (bij de rechtbank geregistreerd onder nummer 13/1842) en het door haar tegen de afwijzing van haar eigen subsidieaanvraag gemaakte bezwaar ongegrond verklaard (bij de rechtbank geregistreerd onder nummer 13/1845).

Bij tussenuitspraak van 19 december 2013 heeft de rechtbank het Fonds in de gelegenheid gesteld om de in deze uitspraak geconstateerde gebreken in het besluit van 11 februari 2011 te herstellen met inachtneming van de overwegingen en aanwijzingen in de tussenuitspraak. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Bij brief van 2 januari 2014 heeft het Fonds de rechtbank medegedeeld geen gebruik te zullen maken van de gelegenheid om de door de rechtbank geconstateerde gebreken in het besluit van 11 februari 2013, voor zover daarbij het bezwaar tegen de besluiten tot inwilliging van de subsidieaanvragen van Tafel van Vijf en anderen niet-ontvankelijk is verklaard, te herstellen.

Bij brief van 19 februari 2014 heeft het Fonds het besluit van 11 februari 2013, voor zover daarbij het bezwaar tegen het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag van Holland Opera ongegrond is verklaard, nader gemotiveerd.

Bij uitspraak van 17 september 2014 heeft de rechtbank de door Holland Opera ingestelde beroepen tegen het besluit van 11 februari 2013 gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en het Fonds opgedragen binnen twaalf weken na de dag van verzending van deze uitspraak een nieuw besluit te nemen op de bezwaren met inachtneming van deze uitspraak en de tussenuitspraak. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben het Fonds en Holland Opera hoger beroep ingesteld.

Bij besluit van 22 december 2014 heeft het Fonds, ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank, het bezwaar van Holland Opera tegen de besluiten van 31 juli 2012 waarbij de subsi-

dieaanvragen van Tafel van Vijf en anderen zijn ingewilligd, ongegrond verklaard en het bezwaar van Holland Opera tegen het besluit van 31 juli 2012, waarbij haar subsidieaanvraag is afgewezen eveneens ongegrond verklaard.

Het Fonds heeft een verweerschrift ingediend.

Holland Opera heeft gronden aangevoerd tegen het besluit van 22 december 2014.

Holland Opera heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 20 mei 2015, waar het Fonds, vertegenwoordigd door mr. D.M. Stam en mr. K.E.A. de Beer, beiden werkzaam bij het Fonds, en Holland Opera, vertegenwoordigd door mr. I.H. van den Berg, advocaat te Amsterdam, vergezeld door N. Idelenburg, artistiek leider, zijn verschenen.

## Overwegingen

1. Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) wordt onder belanghebbende verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Ingevolge artikel 3:46 dient een besluit te berusten op een deugdelijke motivering.

Ingevolge artikel 4:25, tweede lid, wordt een subsidie geweigerd voor zover door verstrekking van de subsidie het subsidieplafond zou worden overschreden.

Ingevolge het derde lid geldt, indien niet tijdig, dan wel in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechtelijke uitspraak omtrent verstrekking wordt beslist, de verplichting van het tweede lid slechts voor zover zij ook gold op het tijdstip, waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen of had moeten worden genomen.

Ingevolge artikel 7:4, tweede lid, legt het bestuursorgaan het bezwaarschrift en alle verder op de zaak betrekking hebbende stukken voorafgaand aan het horen gedurende ten minste een week voor belanghebbenden ter inzage.

Ingevolge het zesde lid kan het bestuursorgaan, al dan niet op verzoek van een belanghebbende, toepassing van het tweede lid achterwege laten, voor zover geheimhouding om gewichtige redenen is geboden.

Ingevolge artikel 1.2 van de Deelregeling kan het Fonds meerjarige activiteitensubsidies verstrekken voor activiteiten die bijdragen aan een kwalitatief hoogwaardig en pluriform aanbod van professionele podiumkunsten in Nederland in de jaren 2013 tot en met 2016 en het opbouwen en bereiken van een publiek daarvoor.

Ingevolge artikel 2.4, eerste lid, worden aanvragen die aan de voorwaarden voldoen om voor subsidie in aanmerking te komen onderverdeeld in:

- A: honoreren;  
 B: honoreren voor zover het budget dat toelaat;  
 en  
 C: niet honoreren.

Ingevolge het tweede lid worden, als een subsidieplafond ontoereikend is om alle aanvragen met het advies 'honoreren voor zover het budget dat toelaat' te honoreren, de aanvragen in een rangorde geplaatst op basis van de van toepassing zijnde criteria.

Ingevolge het derde lid honoreert het bestuur eerst de aanvragen met het advies 'honoreren'. Vervolgens worden de aanvragen met het advies 'honoreren voor zover het budget dat toelaat' gehonoreerd in volgorde van de rangorde. Het bestuur verdeelt het beschikbare budget volgens de rangorde, waarbij aanvragen worden toegewezen of gedeeltelijk toegewezen totdat het van toepassing zijnde subsidieplafond is bereikt. De resterende aanvragen worden afgewezen.

Ingevolge artikel 3.4 worden aanvragen beoordeeld aan de hand van de volgende criteria:

- a. artistieke kwaliteit;
- b. ondernemerschap;
- c. pluriformiteit van het podiumkunstenaanbod in Nederland;
- d. geografische spreiding in Nederland;
- e. aanwezigheid financiële bijdrage van provincie of gemeente.

2. Het Fonds heeft de door Holland Opera ingediende aanvraag ter advisering voorgelegd aan de adviescommissie muziektheater (hierna: de adviescommissie). Deze heeft positief advies uitgebracht. Omdat het beschikbare subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen waarover positief advies is uitgebracht te kunnen honoreren, heeft de adviescommissie de aanvragen op basis van het aantal punten dat aan elke aanvraag is toegekend in een rangorde gezet en geadviseerd de aanvraag van Holland Opera te honoreren voor zover de beschikbare middelen dat toelaten.

Aan de afwijzing van de subsidieaanvraag van Holland Opera heeft het Fonds ten grondslag gelegd dat het beschikbare budget niet toereikend is om de aanvraag in te willigen. Daarbij is in aanmerking genomen dat aan de aanvraag van Holland Opera 7 punten zijn toegekend, waardoor deze lager in de rangorde is geëindigd dan de aanvragen van Tafel van Vijf, VocaalLAB en de Veenfabriek waaraan onderscheidenlijk 8, 12 en 12 punten zijn toegekend.

3. Bij besluit van 11 februari 2013 heeft het Fonds in de eerste plaats het bezwaar van Holland Opera tegen de besluiten van 31 juli 2012, waarbij de subsidieaanvragen van Tafel van Vijf en anderen zijn ingewilligd, niet-ontvankelijk verklaard. Het Fonds heeft daaraan ten grondslag

gelegd dat het belang van Holland Opera niet rechtstreeks is betrokken bij de besluiten op de aanvragen van andere instellingen en bovendien geen procesbelang aanwezig is, omdat een eventuele gegronde verklaring van het bezwaar tegen de inwilliging van de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen niet automatisch betekent dat haar aanvraag alsnog zal worden ingewilligd.

Bij besluit van 11 februari 2013 heeft het Fonds voorts, onder aanvulling van de motivering en met verwijzing naar een nader advies van de adviescommissie, het bezwaar van Holland Opera tegen het besluit van 31 juli 2012, waarbij haar eigen subsidieaanvraag is afgewezen, ongegrond verklaard.

4. Bij uitspraak van 17 september 2014 heeft de rechtbank de door Holland Opera tegen het besluit van 11 februari 2013 ingestelde beroepen gegrond verklaard en dat besluit vernietigd.

In zaak nr. 13/1842 heeft de rechtbank geoordeeld dat, hoewel Holland Opera geen concurrent is van Tafel van Vijf en anderen, zij wel belanghebbende is bij de besluiten van 31 juli 2012 waarbij aan Tafel van Vijf en anderen subsidie is verleend. Zij heeft daarbij – kort gezegd – in aanmerking genomen dat Holland Opera aanspraak maakt op hetzelfde subsidiebudget als Tafel van Vijf en anderen en vernietiging van de besluiten waarbij subsidie is verleend aan Tafel van Vijf en anderen derhalve direct verband houdt met de onderlinge rangorde van de concurrerende aanvragen.

In zaak nr. 13/1845 heeft de rechtbank – kort gezegd – geoordeeld dat de beoordeling van de aanvraag van Holland Opera op een aantal punten niet goed is gemotiveerd. Voorts heeft zij geoordeeld dat het Fonds, door Holland Opera geen inzage te geven in de stukken die betrekking hebben op de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen, ten onrechte geen inzage heeft gegeven in alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Holland Opera heeft zich daardoor niet adequaat kunnen verweren tegen de beoordelingen van Tafel van Vijf en anderen.

#### *Het hoger beroep van het Fonds*

5. Het Fonds betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat Holland Opera, nu zij aanspraak maakt op hetzelfde subsidiebudget als Tafel van Vijf en anderen, belanghebbende is bij de besluiten van 31 juli 2012, waarbij hun aanvragen zijn ingewilligd. Het Fonds voert aan dat, anders dan bijvoorbeeld het geval is bij de verdeling van radiofrequenties, in dit geval geen sprake is van schaarste in absolute zin. Als in de procedure tegen de afwijzing van de aanvraag van Holland Opera komt vast te staan dat Holland Opera toch in aanmerking komt voor subsidie, wordt ingevolge artikel 4:25, derde lid, van de Awb het

subsidieplafond haar niet tegengeworpen en kan derhalve rechtsherstel plaatsvinden zonder de rechtspositie van derden aan te tasten. Het Fonds voert verder aan dat de afwijzing van de aanvraag van Holland Opera niet het rechtstreekse gevolg is van de inwilliging van de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen, maar van de uitputting van het subsidiebudget. Ook betekent een gebrek in een van de besluiten waarbij subsidie is verleend aan Tafel van Vijf en anderen niet per definitie dat de aanvraag van Holland Opera opnieuw moet worden bekeken. Tot slot voert het Fonds aan dat, door Holland Opera aan te merken als belanghebbende bij de besluiten van Tafel van Vijf en anderen, te zeer de nadruk wordt gelegd op de rechtsbescherming van Holland Opera. Het Fonds acht dit niet wenselijk, omdat dit betekent dat aanvragers van wie de subsidieaanvraag is ingewilligd nog jaren in onzekerheid kunnen verkeren. De rechtszekerheid van Tafel van Vijf en anderen is gediend met het rechtens onaantastbaar worden van de besluiten waarbij hun aanvragen zijn gehonoreerd.

5.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (o.a. uitspraak van 13 april 2011 in zaak nr. 201006774/1/H2), kan een derde op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit tot subsidieverlening worden aangemerkt indien de subsidie strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is. Daarbij kan worden meegewogen dat de met subsidie ondersteunde bedrijfsactiviteiten kunnen leiden tot omzetverlies bij de derde. Voorts kunnen ook potentiële concurrenten als belanghebbende worden aangemerkt indien zij concrete plannen hebben en zijn begonnen met de uitvoering daarvan. Naar de rechtbank – door Holland Opera onbestreden – heeft overwogen, zijn Holland Opera en de Tafel van Vijf en anderen niet werkzaam in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied en richten zij zich niet tot dezelfde klantenkring. Dit betekent dat het concurrentiebelang van Holland Opera niet is betrokken bij de besluiten tot subsidieverlening aan Tafel van Vijf en anderen en zij derhalve niet op grond van haar concurrentiepositie op de markt voor podiumkunsten als belanghebbende bij die besluiten kan worden aangemerkt.

5.2. Holland Opera maakt aanspraak op hetzelfde subsidiebudget als Tafel van Vijf en anderen. Ingevolge artikel 2.4 van de Deelregeling verloopt de beoordeling van aanvragen om meerjarige activiteitensubsidies volgens een zogeheten tendersysteem. Dit houdt in dat de ingediende aanvragen na ommekomst van het aanvraagtijdvak worden beoordeeld op basis van de in artikel

3.4 van de Deelregeling genoemde criteria. Bij de criteria ‘artistieke kwaliteit’, ‘ondernemerschap’ en ‘kwaliteit’ is vermeld dat de waardering wordt uitgedrukt in een cijfer. Het cijfer staat op zichzelf en betreft geen directe vergelijking met andere aanvragers. Slechts voor het criterium ‘spreiding’ geldt dat een cijfer wordt gegeven in relatie tot andere aanvragers. Het vorenstaande betekent dat de aanvragen grotendeels op zichzelf worden beoordeeld op grond van inhoudelijke criteria en vervolgens op basis van het behaalde aantal punten worden gerangschikt. Daarbij worden de aanvragen onderverdeeld in ‘honoreren’, ‘honoreren voor zover het budget dat toelaat’ en ‘niet honoreren’. Het Fonds honoreert eerst de aanvragen met het advies ‘honoreren’. Vervolgens honoreert het de aanvragen met het advies ‘honoreren voor zover het budget dat toelaat’ in de volgorde van rangorde. Daarbij worden aanvragen gehonoreerd totdat het subsidieplafond is bereikt.

5.3. De aanvraag van Holland Opera is afgewezen als gevolg van de plaats die de aanvraag inneemt in de rangorde en het bereiken van het subsidieplafond. De aanvragen van Tafel van Vijf en anderen zijn hoger in de rangorde geëindigd, zodat deze wel konden worden gehonoreerd. In beroep heeft Holland Opera aangevoerd dat zij bezwaar heeft gemaakt tegen de besluiten waarbij aan Tafel van Vijf en anderen subsidie is verleend, omdat zij wil voorkomen dat die besluiten formele rechtskracht krijgen. Dit betekent immers dat van de rechtmatigheid van deze besluiten moet worden uitgegaan en de scores die zijn toegekend aan de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen niet meer kunnen worden gewijzigd, aldus Holland Opera.

5.4. De betogen van het Fonds en Holland Opera stellen de Afdeling voor de vraag hoe in een geval als hier aan de orde – waarbij de beoordeling van de aanvragen verloopt via een tendersysteem en waarbij degene wiens aanvraag wordt afgewezen op zichzelf geen bezwaar heeft tegen de toekenning van subsidie aan derden, maar uitsluitend tegen de rangorde als zodanig en dus de positie die derden in de rangorde innemen – op effectieve en voor het bestuursorgaan en de bestuursrechter werkbare wijze rechtsbescherming kan worden geboden aan degene wiens aanvraag wordt afgewezen omdat deze te laag in de rangorde is geëindigd.

5.5. De hier aan de orde zijnde verdelings-systematiek houdt in dat de subsidieaanvragen worden beoordeeld en gerangschikt waarna de positief beoordeelde aanvragen worden gehonoreerd in de volgorde van de rangorde totdat het subsidieplafond is bereikt. Uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming is het daarbij van belang dat een aanvrager, zoals Holland Opera,

die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond is bereikt, zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken.

Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die aanvraag rechtsmiddelen worden aangevend. Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering. Dit houdt in dat, naast inzicht in de beoordeling van de eigen aanvraag, tevens inzicht moet worden verschaft in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen. Omdat de rangorde mede wordt bepaald door de beoordeling van andere aanvragen, betekent dit dat de motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag ook inzicht moet verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Het vorenstaande brengt met zich dat in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde kan worden gesteld.

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt of beroep instelt tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaantastbaar zijn geworden.

5.6. Gelet op het hiervoor overwogene is, anders dan de rechtbank heeft overwogen, het belang dat Holland Opera heeft bij een wijziging van de rangorde en derhalve het toekennen van bepaalde scores aan de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen niet rechtstreeks betrokken bij de besluiten waarbij aan Tafel van Vijf en anderen subsidie is verleend, zodat zij niet als belanghebbende bij die besluiten kan worden aangemerkt. Een andere opvatting zou ook uit een oogpunt van rechtszekerheid voor Tafel van Vijf en anderen niet wenselijk zijn, aangezien zij dan lang in onzekerheid zouden verkeren over de rechtmatigheid van de aan hen verleende subsidies, terwijl het bezwaar en beroep van Holland Opera er niet op gericht is om Tafel van Vijf en anderen hun subsidie te ontnemen. Dit betekent dat, anders dan de rechtbank heeft overwogen, het Fonds de bezwaren van Holland Opera tegen de besluiten van 31 juli 2012, waarbij de aanvragen zijn Tafel van Vijf en anderen zijn ingewilligd, terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard.

5.7. Het betoog slaagt.

6. Het Fonds betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het de stukken die betrekking hebben op de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen, waaronder de aanvragen zelf, ter beschikking had moeten stellen aan Holland Opera. Het Fonds voert in dit verband in de eerste plaats aan dat het voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van de besluitvorming niet noodzakelijk is om Holland Opera inzage te geven in de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen. Met de uitgebreide motivering van het besluit op de aanvraag van Holland Opera en de ruime inzage in de besluiten op de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen en de daaraan ten grondslag liggende adviezen van de adviescommissie is voldoende inzicht gegeven in de totstandkoming van de rangorde van alle aanvragen en kan de rechtmatigheid daarvan worden gecontroleerd, aldus het Fonds. Het Fonds voegt daar aan toe dat de oordelen van de adviescommissie over de verschillende aanvragen naar hun aard slechts beperkt objectiveerbaar zijn en bovendien niet de aanvragen zelf, maar slechts de daaraan toegekende puntentotalen met elkaar zijn vergeleken. Het Fonds voert verder aan dat het niet wenselijk is om Holland Opera inzage te geven in de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen. Dit zal er immers toe leiden dat in de toekomst aanvragers terughoudender zullen worden met het verstrekken van informatie over hun voorgenomen plannen teneinde hun artistieke ideeën en hun onderhandelingspositie te beschermen, hetgeen ten koste zal gaan van de kwaliteit van het beoordelingsproces, aldus het Fonds.

6.1. Uit hetgeen is overwogen in 5.5 volgt dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en dientengevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd.

6.2. Teneinde de beoordelingen van de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen en daarmee de rangorde als zodanig op een adequate manier te kunnen bestrijden had Holland Opera inzage moeten krijgen in de stukken die betrekking hebben op de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen, voor zover dat noodzakelijk is om de rangschikking van die aanvragen te kunnen controleren. Daarbij is in dit geval niet voldoende dat Holland Opera inzage heeft gekregen in de adviezen van de adviescommissie over de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen en de besluiten van het Fonds ten aanzien van Tafel van Vijf en anderen, aangezien uit die documenten slechts kan worden afgeleid hoe de aanvragen van Tafel van Vijf zijn beoordeeld, maar niet of die beoordelingen ook juist zijn en recht doen aan de aanvragen. Daarvoor is vereist dat in ieder geval ook inzage wordt geboden in de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen. Deze had het Fonds dan ook op grond van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb voor Holland Opera ter inzage moeten leggen. Dat, naar het Fonds stelt, het niet wenselijk is dat inzage wordt gegeven in de aanvragen van anderen, doet daaraan niet af. Daarbij is van belang dat, naar Holland Opera ter zitting heeft toegelicht, de verschillende aanvragers nauwelijks met elkaar concurreren, zodat de in de aanvraag opgenomen gegevens over artistieke plannen in zoverre niet kunnen worden aangemerkt als bedrijfsgevoelige gegevens. Voor zover niettemin sprake is van dergelijke gegevens geldt bovendien dat artikel 7:4, zesde lid, van de Awb de mogelijkheid biedt om inzage achterwege te laten als geheimhouding om gewichtige redenen geboden is en het bestuursorgaan in de beroepsfase een beroep kan doen op artikel 8:29 van de Awb.

6.3. De conclusie is dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het Fonds de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen en de op die aanvragen

betrekking hebbende adviezen van de adviescommissie en besluiten voor Holland Opera ter inzage had moeten leggen.

6.4. Het betoog faalt.

7. Het Fonds betoogt tot slot dat de rechtbank in de tussenuitspraak ten onrechte heeft overwogen dat de kritische kanttekening over de door Holland Opera in haar aanvraag beoogde stijging van publieksinkomsten met ongeveer € 60.000 op onjuiste uitgangspunten is gebaseerd en derhalve aan het in beroep bestreden besluit een motiveringsgebrek kleeft.

7.1. De adviescommissie heeft het ondernemerschap van Holland Opera als goed beoordeeld, maar acht de beoogde stijging van publieksinkomsten niet erg waarschijnlijk. De aanvraag ontbeert een reflectie op de aanzienlijke teruggang van het aantal (school)voorstellingen in 2011 ten opzichte van 2010 en Holland Opera begroot voor de komende periode een zeer grote stijging van publieksinkomsten. Verder maakt de adviescommissie de kritische kanttekening dat het aantal producties dat Holland Opera wil maken erg groot is. Minder produceren en dezelfde productie vaker spelen is efficiënter, aldus de adviescommissie.

7.2. In de tussenuitspraak heeft de rechtbank geoordeeld dat het Fonds het kritiekpunt over de waarschijnlijkheid van de beoogde stijging van publieksinkomsten op onjuiste uitgangspunten heeft gebaseerd en het in beroep bestreden besluit in zoverre een deugdelijke motivering ontbeert.

7.3. Bij brief van 19 februari 2014 heeft het Fonds gereageerd op de tussenuitspraak. Daarbij heeft zij te kennen gegeven dat het oordeel van de rechtbank als uitgangspunt wordt genomen en dat er van uit wordt gegaan dat het kritiekpunt over de door Holland Opera in haar aanvraag beoogde stijging van publieksinkomsten niet meer aan het besluit ten grondslag kan worden gelegd. Dit betekent dat als kritiekpunt over het ondernemerschap van Holland Opera slechts overblijft dat het aantal producties dat Holland Opera wil maken erg groot is, aldus het Fonds.

7.4. Gelet op het belang van een efficiënte geschilbeslechting alsmede de rechtszekerheid van de wederpartij, kan niet worden aanvaard dat wanneer een bestuursorgaan, naar aanleiding van een door de rechtbank in een tussenuitspraak gegeven oordeel, in een reactie op die tussenuitspraak een aan het in beroep bestreden besluit ten grondslag gelegd argument heeft laten vallen en aldus uitdrukkelijk heeft berust in het oordeel van de rechtbank, in hoger beroep alsnog beroepsgronden worden aangevoerd tegen dit oordeel. Dit betekent dat het kritiekpunt over de door Holland Opera in haar aanvraag beoogde

stijging van publieksinkomsten geen onderdeel meer vormt van het in beroep bestreden besluit, zodat hetgeen het Fonds in dit verband aanvoert, wat daar verder van zij, buiten de omvang van het geschil valt en derhalve buiten bespreking kan blijven.

7.5. Het betoog faalt.

#### *Het hoger beroep van Holland Opera*

8. Holland Opera komt op tegen het oordeel van de rechtbank dat de waardering 'goed' voor haar ondernemerschap overeind blijft. Zij betoogt in dit verband dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het standpunt van het Fonds, dat het aantal producties dat Holland Opera wil maken erg groot is en minder produceren en dezelfde productie vaker spelen efficiënter is, houdbaar is. Holland Opera voert daartoe onder meer aan dat zij, vergeleken met andere instellingen, niet veel nieuwe producties wil maken in 2013 en 2014. Verder voert zij aan dat het onjuist is dat het aantal nieuw te maken producties vanuit oogpunt van efficiëntie bedenkelijk is. Zij wijst er daarbij op dat zij met grote regelmaat reprises doet en voorts werkt aan een repertoire kerstvoorstellingen dat vanaf 2015 kan worden herhaald. Er is dus sprake van een gezonde verhouding tussen nieuwe producties en reprises, zodat de kritische kanttekening over het aantal producties dat zij wil maken onterecht is, aldus Holland Opera.

8.1. In de toelichting op de Deelregeling is vermeld dat de waardering die wordt gegeven voor ondernemerschap wordt uitgedrukt in een cijfer. Het cijfer staat op zichzelf en betreft geen directe vergelijking met andere aanvragers. Het ondernemerschap krijgt de beoordeling 'zeer goed' als er geen kritische kanttekeningen zijn te plaatsen. In dat geval wordt het cijfer 4 toegekend. Als er bijna geen kritische kanttekeningen te plaatsen zijn, dan krijgt het ondernemerschap de beoordeling 'goed' en wordt het cijfer 3 toegekend. Als de beoordeling positief is maar met een aantal punten van kritiek, dan krijgt het ondernemerschap de beoordeling 'ruim voldoende' en wordt het cijfer 2 toegekend. In de Beoordelingswijzer meerjarige activiteitensubsidies, waarin de richtlijnen voor de advisering in het kader van de Deelregeling zijn opgenomen, is vermeld dat het bij de beoordeling van het ondernemerschap gaat om een oordeel over het ondernemerschap, zoals dat blijkt uit de aanvraag.

In de aanvraag heeft Holland Opera vermeld dat zij voor de jaren 2013-2014 negen producties heeft gepland, waarvan zeven voor midden zalen en twee voor grote zalen. In een hangende bezwaar opgesteld nader advies heeft de adviescommissie hierover opgemerkt dat dit in ver-

gelijking met andere instellingen relatief hoog is. Ter zitting heeft het Fonds toegelicht dat het oordeel over het aantal producties moet worden begrepen tegen de achtergrond van de aard van de producties. In dit verband is van belang dat Holland Opera vooral producties maakt voor de jeugd en daar, anders dan het geval is bij de producties voor volwassenen die de andere aanvragers maken, relatief veel vraag naar is. Dit betekent dat de producties van Holland Opera veel vaker kunnen worden gespeeld en er minder noodzaak is om een groot aantal producties te maken. Verder is het aantal circuits waarin een aanvrager actief is relevant. Holland Opera maakt producties voor midden en grote zalen, terwijl VocaalLAB en de Veenfabriek daarnaast ook producties maken voor kleine zalen. Elk circuit vereist andere producties, aldus het Fonds. Gelet op het publiek waarvoor en de zalen waarin Holland Opera speelt, acht de Afdeling het oordeel van de adviescommissie dat Holland Opera relatief veel producties wil gaan maken niet onaannemelijk.

Holland Opera betoogt evenwel terecht dat het Fonds, door zich op het standpunt te stellen dat het efficiënter is een productie vaker te spelen, er aan voorbij is gegaan dat veel voorstellingen in reprise gaan maar dat het in het algemeen twee jaar duurt voordat dit gebeurt. Het Fonds heeft dit betoog niet weersproken, zodat, anders dan de rechtbank heeft overwogen, het standpunt van het Fonds, dat het aantal producties dat Holland Opera wil maken erg groot is en het efficiënter is om minder te produceren en dezelfde producties vaker te spelen, geen stand kan houden. Gelet hierop, alsmede gelet op het in overweging 7.4 gegeven oordeel dat het kritiekpunt over de waarschijnlijkheid van de beoogde stijging van publieksinkomsten niet meer aan het oordeel over het ondernemerschap ten grondslag kan worden gelegd, biedt het advies van de adviescommissie geen grondslag meer voor het oordeel dat er kritische kanttekeningen zijn te plaatsen bij het ondernemerschap van Holland Opera. Dit betekent dat, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, gelet op de toelichting op de deelregeling aan het ondernemerschap van Holland Opera de waardering 'zeer goed' had moeten worden toegekend en de aanvraag op dit punt derhalve het cijfer 4 in plaats van 3 had moeten krijgen.

8.2. Het betoog slaagt.

9. Hetgeen Holland Opera voor het overige in hoger beroep heeft aangevoerd behoeft, gelet op hetgeen hierna wordt overwogen met betrekking tot het beroep tegen het besluit van 22 december 2014, geen bespreking.

*Beroep van Holland Opera tegen het besluit van 22 december 2014*

10. Het besluit van 22 december 2014 is op grond van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb mede onderwerp van dit geding.

In dit nieuwe besluit heeft het Fonds allereerst geweigerd om de interne analyse van de aanvraag en de vragenlijst inzake het ondernemerschap van alle vier de instellingen aan Holland Opera ter beschikking te stellen. Het Fonds heeft daaraan ten grondslag gelegd dat deze stukken bestaan uit persoonlijke bevindingen en beleidsopvattingen van de medewerkers van het Fonds en het van groot belang is dat dit soort opvattingen vertrouwelijk blijft. Voorts heeft het Fonds de bezwaren van Holland Opera tegen de besluiten van 31 juli 2012, waarbij de aanvragen van Stichting Tafel van Vijf en anderen zijn ingewilligd, alsnog inhoudelijk beoordeeld en die bezwaren ongegrond verklaard. Tot slot heeft het Fonds het bezwaar van Holland Opera tegen het besluit van 31 juli 2012, waarbij haar eigen aanvraag is afgevozen, opnieuw ongegrond verklaard.

11. Holland Opera betoogt dat het Fonds ten onrechte heeft geweigerd de door het Fonds aan de leden van de beoordelingscommissie verstrekte analyse alsmede de bij de beoordeling van het ondernemerschap af te lopen vragenlijst aan haar ter beschikking te stellen. Zij voert daartoe aan dat het gaat om op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die aan het dossier moeten worden toegevoegd. Het Fonds heeft er geen blijk van gegeven zich te hebben afgevraagd of bepaalde onderdelen van deze stukken wel ter beschikking kunnen worden gesteld, omdat deze geen persoonlijke beleidsopvattingen bevatten, aldus Holland Opera. Het gaat daarbij onder meer om feitelijke informatie. Ook zouden namen van de leden van de adviescommissie kunnen worden weggelakt. Holland Opera stelt belang te hebben bij inzage in de stukken, omdat de beoordeling kennelijk begint met een analyse van medewerkers van het Fonds, zodat het van belang is vast te kunnen stellen wat de inbreng van de adviescommissie is.

11.1. Ter zitting heeft het Fonds toegelicht dat de aan de leden van de adviescommissie verstrekte analyses en vragenlijsten documenten zijn die door medewerkers van het Fonds zijn opgesteld ten behoeve van de beraadslaging door de adviescommissie. Deze documenten bevatten een samenvatting van de aanvragen. Verder bevatten de documenten vragen en aandachtspunten die naar het oordeel van de medewerkers van het Fonds bij de beoordeling van de aanvragen moeten worden betrokken.

Voor zover in de hier bedoelde documenten reeds oordelen over de aanvragen zijn neergelegd, zijn deze slechts van betekenis als deze worden overgenomen in de adviezen van de adviescommissie aangezien die adviezen de besluiten op de aanvragen zelfstandig moeten kunnen dragen. Gelet hierop is het niet noodzakelijk om kennis te kunnen nemen van de inhoud van die documenten om op adequate wijze de beoordelingen van de aanvragen van anderen te kunnen bestrijden. Het betoog faalt reeds daarom.

12. Holland Opera betoogt dat het Fonds zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat het oordeel 'goed' over het ondernemerschap van Tafel van Vijf op zijn plaats is. Daartoe voert Holland Opera aan dat het Fonds ten onrechte de drie kritische kanttekeningen die de adviescommissie heeft gemaakt over het ondernemerschap van Tafel van Vijf heeft weggeredeneerd met het argument dat Tafel van Vijf en Holland Opera niet met elkaar vergelijkbaar zijn.

12.1. In het advies over de aanvraag van Tafel van Vijf heeft de adviescommissie in de eerste plaats het begrote aantal speelbeurten van gemiddeld 65 per jaar optimistisch geacht. Verder heeft de adviescommissie geconstateerd dat de ingediende jaarcijfers van Tafel van Vijf een matige financiële gezondheid van de instelling vertonen, op basis van de liquiditeit en solvabiliteit in 2011. Tot slot is de adviescommissie kritisch over de beoogde stijging van de eigen inkomsten met bijna 100% ten opzichte van 2011. Ondanks deze kritiekpunten heeft de adviescommissie het ondernemerschap van Tafel van Vijf als goed beoordeeld.

12.2. Het Fonds stelt zich op het standpunt dat Tafel van Vijf op het gebied van ondernemerschap in veel opzichten onvergelijkbaar is met Holland Opera, omdat Tafel van Vijf een klein gezelschap is dat één nieuwe voorstelling per jaar ontwikkelt, de bedrijfsvoering geheel projectmatig heeft ingericht wat betekent dat er geen vast personeel is en dus ook geen doorlopende personeelslasten, geen eigen kantoor heeft en geen zakelijk leider in dienst heeft maar op projectbasis een impresariaat inhuurt. Hierdoor is de begroting bescheiden en zijn de risico's in de bedrijfsvoering erg klein, aldus het Fonds. Het Fonds legt aldus de nadruk op de eigenschappen van Tafel van Vijf. Hoewel dit op zichzelf juist is, volgt uit de toelichting op de Deelregeling dat geen inhoudelijke vergelijking wordt gemaakt met andere aanvragers. Dit betekent dat het ondernemerschap van Tafel van Vijf op zichzelf moet worden beschouwd en niet dient te worden vergeleken met het ondernemerschap van Holland Opera. Dit betekent ook dat in het advies van de adviescommissie genoemde kanttekeningen bij het ondernemerschap van

Tafel van Vijf op zichzelf staan. Uit de toelichting op de Deelregeling volgt dat, gelet op het aantal kanttekeningen, niet anders kan worden geoordeeld dan dat aan het ondernemerschap van Tafel van Vijf de waardering 'ruim voldoende' had moeten worden gegeven. Dit betekent dan ook dat de aanvraag van Tafel van Vijf op dit punt het cijfer 2 in plaats van 3 had moeten krijgen.

12.3. Het betoog slaagt.

#### Conclusie

13. Uit overweging 8.1 vloeit voort dat aan de aanvraag van Holland Opera een punt extra had moeten worden toegekend voor ondernemerschap. Het totaal aantal punten van Holland Opera komt daarmee op 8. Uit overweging 12.2 vloeit voort dat aan de aanvraag van Tafel van Vijf een punt minder had moeten worden toegekend voor ondernemerschap. Het totaal aantal punten van Tafel van Vijf komt daarmee op 7. Dit betekent dat, anders dan waar het Fonds bij het besluit van 11 februari 2013 vanuit is gegaan, Holland Opera in de rangorde had moeten eindigen boven Tafel van Vijf. Gelet hierop heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat aan dit besluit een motiveringsgebrek kleefte en dit besluit, voor zover dat betrekking heeft op het besluit op de aanvraag van Holland Opera niet in stand kan blijven.

14. De hoger beroepen zijn gegrond. De uitspraak van de rechtbank in zaak nr. 13/1842 dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 11 februari 2013, voor zover daarbij het bezwaar tegen de besluiten tot inwilliging van de subsidieaanvragen van Tafel van Vijf en anderen niet-ontvankelijk is verklaard, ongegrond verklaren. Dit betekent ook dat de door de rechtbank uitgesproken proceskostenveroordeling, voor zover die betrekking heeft op zaak nr. 13/1842 dient te worden vernietigd. De uitspraak in zaak nr. 13/1845 dient te worden bevestigd, zij het met verbetering van de gronden waarop die rust. Het beroep tegen het besluit van 22 december 2014 is gegrond. Dat besluit dient te worden vernietigd. Het Fonds dient met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen een nieuw besluit te nemen op het bezwaar van Holland Opera tegen het besluit van 31 juli 2012 waarbij haar subsidieaanvraag is afgewezen. Daarbij dient het, gelet op het overwogen in 8.1 en 12.2 als uitgangspunt te nemen dat Holland Opera moet worden behandeld als ware zij in de rangorde geëindigd boven Tafel van Vijf.

15. Het Fonds dient ten aanzien van Holland Opera op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

## Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart de hoger beroepen gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 17 september 2014 in zaak nr. 13/1842;
- III. bevestigt de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 17 september 2014 in zaak nr. 13/1845;
- IV. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep tegen het besluit van de raad van bestuur van de Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+ van 11 februari 2013, kenmerk DS/mv/Commissie Muziektheater, voor zover daarbij het bezwaar tegen de besluiten tot inwilliging van de subsidieaanvragen van Tafel van Vijf en anderen niet-ontvankelijk is verklaard, ongegrond;
- V. verklaart het beroep tegen het besluit van de raad van bestuur van de Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+ van 22 december 2014, kenmerk KdB/MVF/BOB/Muziektheater, gegrond;
- VI. vernietigt dat besluit;
- VII. draagt de raad van bestuur van de Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+ op om met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen een nieuw besluit op bezwaar te nemen;
- VIII. veroordeelt de raad van bestuur van de Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+ tot vergoeding van bij de stichting Stichting Holland Opera (Xpress) in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.225 (zegge: twaalfhonderdvijfentwintig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- IX. gelast dat de raad van bestuur van de Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+ aan Stichting Holland Opera (Xpress) het door hem betaalde griffierecht ten bedrage van € 493 (zegge: vierhonderddrieënnegentig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

#### Noot



1. Vijf jaar geleden verscheen er een speciale uitgave van de AB om het 95-jarig bestaan van dit jurisprudentietijdschrift te vieren. Daarin keken de annotatoren vooruit: welke belangrijke ontwikkelingen verwachtten zij op 'hun'

rechtsgebied? In die uitgave schreef ik een noot bij een uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak inzake een geschil over een schaarse subsidie. Heel schaars: er was maar één structurele subsidie beschikbaar voor cultuureducatie en kunstzinnige vorming in de gemeente Haarlemmermeer. Die subsidie was via een cultuurnota alvast toegezegd aan Pier K, door deze aanbieder aan te wijzen als enige kernvoorziening op dit beleidsterrein. Deze aanwijzing had weliswaar tot gevolg dat alleen Pier K voor de beschikbare subsidie in aanmerking kon komen, maar desalniettemin achtte de Afdeling dit beleid 'niet onredelijk'. De gemeente richtte zich namelijk op een breed, niet versnipperd, cultureel aanbod met één grote, structurele subsidieontvanger die een integraal aanbod kon verzorgen. Argumenten rond concurrentievervalsing en het gebrek aan eerlijke mededinging naar de beschikbare gelden werden zonder veel rechterlijke motivering van tafel geschoven. Ik schreef naar aanleiding van deze uitspraak dat ik verwachtte dat het niet lang meer zou duren voordat de Nederlandse bestuursrechter kritischer zou gaan kijken naar de verdeling van schaarse publieke rechten, waaronder schaarse subsidies, daartoe geïnspireerd en gestimuleerd door het Unierecht, dat ook toen al tot een brede discussie over het recht rond de verdeling van schaarse publieke rechten had geleid. Zie voor dit alles ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden, JB 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs.

2. Zonder meer kan worden vastgesteld dat op het gebied van de verdeling van schaarse vergunningen de meest spraakmakende jurisprudentie is verschenen. De uitspraak van de Afdeling van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927, ook als jubileumnoot verschenen in AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel) die werd gedaan na een conclusie van A-G Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2016:1421) was natuurlijk het hoogtepunt. In deze uitspraak besloot de Afdeling dat ook op grond van het Nederlandse recht geldt dat bij de verdeling van zogenoemde schaarse vergunningen potentiële gegadigden op grond van het gelijkheidsbeginsel een reële kans moeten krijgen om mee te dingen naar zo'n vergunning. Verder mogen dergelijke vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd worden verstrekt en moet het verdelende bestuursorgaan 'een passende mate van openbaarheid' verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de gehanteerde verdelingsprocedure, het tijdvak waarin de vergunning kan worden aangevraagd en de toe te passen criteria.

Maar ook de hierboven opgenomen uitspraak over een schaarse subsidie geeft een prachtig voorbeeld van de ontwikkeling van verdelings-

recht door de Nederlandse bestuursrechter. Het draait in deze zaak niet om de gehanteerde verdelingsprocedure en de transparantie daarvan, maar om de uitkomsten van de verdelingsprocedure en de rechtsbescherming daartegen. Effectieve rechtsbescherming is verdraaid lastig te realiseren bij de verdeling van schaarse publieke rechten, zo laat J.M.J. van Rijn van Alkemade zien in zijn recente dissertatie onder de titel *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten* (Bju 2016), maar de Afdeling draagt hier toch werkelijk een flinke steen bij aan de oplossing van dit probleem. Daarbij lijkt zij met een schuin oog naar het aanbestedingsrecht te hebben gekeken. Alle reden dus om deze uitspraak te annoteren op de valreep van dit AB jubileumjaar.

3. Het geschil heeft betrekking op de afgewezen subsidieaanvraag van de Stichting Holland Opera (Xpress). Dit afwijzingsbesluit is genomen door de raad van bestuur van de Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+ (hierna het Fonds), niet omdat het geen goede aanvraag zou zijn, maar omdat er onvoldoende subsidiegeld beschikbaar was. Er was in casu een subsidieplafond vastgesteld en dat was al bereikt door de honorering van aanvragen die in de tenderprocedure hoger waren geëindigd op de ranglijst dan de aanvraag van Holland Opera. Holland Opera komt tegen het afwijzingsbesluit in bezwaar en beroep met de stelling dat haar eigen aanvraag met te weinig punten is gewaardeerd en dus te laag is geëindigd op de ranglijst. Zij komt ook op tegen de toekenningsbesluiten aan drie aanvragers die onder hetzelfde subsidieplafond een aanvraag hadden ingediend en die wel een subsidie verleend kregen: concurrent-aanvragers dus. De aanvragen van deze concurrenten zouden volgens Holland Opera teveel punten hebben gekregen en dus te hoog zijn geëindigd op de ranglijst voor subsidieverstrekking. Verder wilde Holland Opera met beroep tegen deze besluiten het risico uitsluiten de formele rechtskracht van de verleningsbeschikkingen aan de concurrenten op enig moment tegengeworpen te krijgen.

4. In eerste aanleg kwam de Rechtbank Midden-Nederland daardoor voor de lastige vraag te staan of Holland Opera belanghebbend is bij de verleningsbesluiten aan de concurrent-aanvragers (Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679, AB 2015/167, m.nt. J.R. van Angeren). Vaste jurisprudentie is dat concurrenten belanghebbend kunnen zijn als zij werkzaam zijn in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als de geadresseerde van een besluit (zie daarover uitgebreid: J. Wieland, 'De concurrent in het bestuursrecht, de relevante markt ruim afgebakend', NTB 2013/17). In casu kwam Holland Opera op tegen verleningsbeslui-

ten aan partijen die zich niet richten op dezelfde klantenkring. De rechtbank vond desalniettemin dat Holland Opera belanghebbend was bij deze besluiten omdat zij aanspraak maakte op hetzelfde subsidiebudget dat met de verleningsbesluiten werd uitgegeven. Vernietiging daarvan houdt direct verband met de rangorde van de concurrerende aanvragen. Holland Opera had bij die besluiten dus ook procesbelang zo oordeelde de rechtbank, immers zij betoogt dat de rangorde die uit de tenderprocedure is gekomen onjuist is. Om die klacht te kunnen beoordelen dienen ook de wel gehonoreerde aanvragen te worden bekeken. In dat kader dienen afgewezen aanvragers te kunnen beschikken over de op de verleningsbesluiten betrekking hebbende stukken. Dat zijn op de zaak betrekking hebbende stukken zoals bedoeld in art. 7:4 Awb, die ter inzage moeten worden gelegd, tenzij geheimhouding om gewichtige redenen is geboden (art. 7:4 Awb lid 6). Daarbij achtte de rechtbank (anders dan voorheen, zie Rb. Utrecht 25 september 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ8852) niet relevant dat het beoordelingssysteem zo in elkaar zat dat aanvragen nauwelijks ten opzichte van elkaar werden beoordeeld, waardoor er dus geen directe vergelijking werd gemaakt tussen de aanvragen, maar een indirecte vergelijking op het aantal behaalde punten voor de subsidieaanvraag aan de hand van de daarvoor opgestelde criteria, zoals de artistieke kwaliteit van de aanvrager en zijn ondernemerschap. Eiser moet immers onderbouwd het aantal aan de concurrent-aanvragers toegekende punten en daarmee de juistheid van de rangorde kunnen bestrijden en daarvoor is inzage in o.a. de aanvraag van de concurrent-aanvragers, het advies daarover van de adviescommissie en het besluit van het Fonds noodzakelijk.

5. Deze uitgebreid gemotiveerde, spraakmakende uitspraak, waarin het belanghebbende-begrip van art. 1:2 Awb in principiële bewoordingen werd uitgebreid, staat ter discussie in hoger beroep. Zij wordt door de Afdeling vernietigd, maar dat wil niet zeggen dat de aanvliegroute die de Afdeling kiest leidt tot minder rechtsbescherming voor de afgewezen subsidieontvanger. Ondanks het feit dat de Afdeling Holland Opera niet kwalificeert als belanghebbende partij bij de besluiten genomen op de aanvragen van concurrent-aanvragers, ziet zij wel kans de beoordeling van de concurrerende aanvragen vol te betrekken bij haar beoordeling van het afwijzingsbesluit gericht aan Holland Opera. Bovendien zijn de concurrerende aanvragen en de beoordeling daarvan door de adviescommissie en de besluiten van het Fonds daarop op de zaak betrekking hebbende stukken.

6. Opvallend is dat de Afdeling voor haar oordeel in dezen niet zozeer teruggrijpt op de theorie en jurisprudentie over het belanghebbende-begrip van art. 1:2 Awb. Zij vertrekt in r.o. 5.4 expliciet vanuit het punt dat er gezocht moet worden naar een manier waarop er een effectieve én voor het bestuursorgaan en de bestuursrechter werkbare vorm van rechtsbescherming kan worden geboden in dit soort gevallen, waarin de appellerende partij wiens aanvraag is afgewezen op zichzelf geen bezwaar heeft tegen de toekenning van subsidie aan derden, maar uitsluitend tegen de rangorde als zodanig en dus de positie van deze derden in de rangorde.

Vanuit dat vertrekpunt stelt de Afdeling voorop dat effectieve rechtsbescherming in dit soort gevallen vraagt dat wanneer een aanvraag niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde die volgt uit de tenderprocedure en het subsidieplafond dus eerder is bereikt, de indiener van de afgewezen aanvraag zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van zijn eigen aanvraag, maar ook tegen de (totstandkoming van de) rangorde. Dit betekent dat ook de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd moet kunnen worden bestreden. De Afdeling bevestigt hierbij expliciet het oordeel van de rechtbank dat daarbij niet relevant is dat in dit geval de aanvragen vrijwel niet met elkaar zijn vergeleken, maar op zichzelf werden beoordeeld. Daarmee is een belangrijke discussie over de op de zaak betrekking hebbende stukken in tenderprocedures definitief beslecht zo lijkt mij (zie voor die discussie J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse rechten*, Bju 2011, p. 384 e.v.) Ik zie althans niet in waarom dit in tenderprocedures voor de verdeling van andere schaarse publieke rechten anders zou liggen.

Om ook de plaats in de rangorde van concurrerende aanvragen te kunnen bestrijden is het 'niet noodzakelijk' dat de afgewezen aanvrager opkomt tegen de verleningsbesluiten aan zijn concurrent-aanvragers. Volgens de Afdeling kan de rangorde van te honoreren aanvragen ook in al zijn facetten worden bestreden door de afgewezen aanvrager via de motiveringsplicht van art. 3:46 Awb. Uit de korte tekst van dit artikel (een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering) volgt voor tenderprocedures dat de motivering van een beslissing op een aanvraag, naast inzicht in de beoordeling van de eigen aanvraag, ook inzicht geeft in de totstandkoming van de rangschikking en in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd.

Via de motiveringsverplichting kan dus in een procedure tegen het eigen afwijzingsbesluit ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld, aldus de Afdeling. Deze invulling van de motiveringsplicht vertoont gelijkens met de regels van het aanbestedingsrecht waarin bij een gunningsbeslissing niet kan worden volstaan met een motivering waarom een inschrijver een opdracht wel of niet gegund kreeg, maar ook moet worden aangegeven hoe andere inschrijvers scoorden en waarom (zie daarover verder J.R. van Angeren in zijn annotatie onder de rechtbankuitspraak, punt 4 van de noot, die een dergelijke benadering ook aanraadt). Uit r.o. 6 e.v. volgt dat deze vergelijkende motiveringsplicht meebrengt dat de concurrerende aanvragen, de adviezen daarover van de adviescommissie en de besluiten van het Fonds daarop op de zaak betrekking hebbende stukken zijn die ter inzage moeten worden gelegd behoudens gewichtige redenen tot geheimhouding. Dit zijn immers stukken waarop de motivering van het afwijzingsbesluit (mede) berust. Deze stukken zijn dus nodig om de beoordeling van hoger in de rangorde geplaatste aanvragen te kunnen controleren, aldus de Afdeling. Zij geeft daarmee een duidelijke invulling aan de vergelijkende motiveringsplicht die bovendien verder gaat dan in het aanbestedingsrecht gebruikelijk is (zie daarover Van Rijn van Alkemade 2011 a.w., p. 399 e.v.) en daarmee waarschijnlijk ook meer bijdraagt aan de effectieve rechtsbescherming van afgewezen aanvragers. De Afdeling merkt daarbij op dat art. 7:4 lid 6 Awb en art. 8:29 Awb genoeg bescherming geven voor bedrijfsgevoelige gegevens.

De procederende afgewezen aanvrager heeft bij het slechts aanvechten van zijn eigen afwijzingsbesluit niet bang te zijn dat, mocht hij succes hebben in zijn rechtsgang en de rechter ervan kunnen overtuigen dat zijn aanvraag ten onrechte is afgewezen, hij de formele rechtskracht van de verleningsbesluiten aan zijn concurrenten zal krijgen tegengeworpen, ook niet als daarmee het subsidieplafond al werd bereikt en een weigering dus eigenlijk dwingend is voorgeschreven in art. 4:25 lid 2 Awb. Een redelijke uitleg van het derde lid van art. 4:25 Awb verzet zich daartegen, aldus de Afdeling.

Daarom is Holland Opera in casu niet belanghebbend bij de verleningsbesluiten volgens de ABRvS: het is voor een effectieve en handzame rechtsbescherming niet nodig de besluiten ten aanzien van concurrent-belanghebbenden te kunnen aanvechten. Bovendien, zo voegt zij daar in r.o. 5.6 aan toe, zou een andere opvatting afbreuk doen aan de rechtszekerheid van de concurrent-aanvragers, waarop het Fonds in hoger beroep veel nadruk had gelegd. Die zou-

den immers door de procedures van afgewezen aanvragers lang in onzekerheid verkeren over de vraag of zij hun subsidiegelden mochten behouden, terwijl zij wel aan de slag moesten met het uitvoeren van de gesubsidieerde activiteiten. Een strategische benadering dus van het belanghebbendebegrip, waarin de voordelen van de (dogmatisch gezien op dit punt logischere) rechtbankuitspraak voor Holland Opera worden behouden en de nadelen voor andere subsidieontvangers zoveel mogelijk worden beperkt. Iedereen blij zo lijkt het: de rechtszekerheid van de andere subsidieontvangers wordt gerespecteerd en uiteindelijk zal ook Holland Opera subsidie ontvangen. De Afdeling stelt namelijk op basis van de dossiers vast dat Holland Opera te weinig punten en één van de concurrent-aanvragers teveel punten heeft ontvangen in de beoordelingsprocedure. Dat betekent dat de rangorde inderdaad onjuist is, Holland Opera had daarop hoger moeten eindigen. In de conclusie geeft de Afdeling een 'aangeklede opdracht' aan het Fonds om een nieuw besluit te nemen op het bezwaar van Holland Opera tegen het afwijzingsbesluit en daarbij Holland Opera te behandelen als ware zij in de rangorde geëindigd boven de concurrent-aanvrager die teveel punten kreeg.

7. Zijn er dan geen nadelen aan de benaderingswijze van de Afdeling? Zo ver zou ik niet willen gaan. Ten eerste valt er vanuit dogmatisch oogpunt kritiek te leveren op deze invulling van het belanghebbendebegrip (zie daarvoor E.M.J. Hardy, 'De kunst van het subsidiëren. Rechtsbescherming in tenderprocedures: over belanghebbendheid en inzagerrecht', *JBPPlus* 2016/1). De Afdeling maakt er door de gekozen bewoordingen ook geen geheim van dat het hier een strategische invulling van het belanghebbendebegrip betreft. Haar keuze voor een werkbaar en effectief systeem van rechtsbescherming in dit soort geschillen dat ook de rechtszekerheid van derden respecteert is mijns inziens verdedigbaar. Wel roept de uitspraak natuurlijk vragen op bijvoorbeeld rond het begrip 'effectieve rechtsbescherming', wat betekent dat precies en welke strategische toepassingen van het bestuursprocesrecht kunnen op die grondslag nog meer worden bepleit, al dan niet binnen de context van het verdelingsrecht? De tijd zal het moeten leren. Van meer praktisch belang is het feit dat deze uitspraak veel werk zal opleveren voor subsidiërende bestuursorganen en rechters. Immers feitelijk zal de (her)beoordeling van een afwijzingsaanvraag in een tenderprocedure (en daarvan zijn er velen!), nu vaak de (her)beoordeling van zeer veel andere aanvragen betekenen. Dat is de prijs die voor effectieve rechtsbescherming in een tender moet worden betaald, zou ik denken. Een ander

gevolg van deze uitspraak kan bijvoorbeeld zijn dat zij de kans verkleint dat subsidiegelden die bij de verkeerde partij terecht zijn gekomen, ooit worden teruggevorderd. Immers, alleen concurrent-aanvragers die ook economisch concurrent zijn van zo'n subsidieontvanger (in die zin dat zij werken in hetzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied) kunnen opkomen tegen zo'n onterecht verleningsbesluit. Daarbij moet bedacht worden dat extra subsidiegelden natuurlijk ook niet uit de lucht komen vallen. Vaak zal deze rechtsbescherming dus ten koste komen van het budget voor een volgende subsidietijdvak, tenzij er vooraf een rechtsbeschermingsbuffer wordt gecreëerd, zoals bij andere schaarse publieke rechten wel gebeurt. Maar zelfs dan zullen er gevallen blijven waarin de onterechte verleningsbesluiten waarschijnlijk niet in stand kunnen blijven. Wanneer er Unierechtelijke subsidies worden verdeeld via een tendersysteem en achteraf komt vast te staan dat de verdeling verkeerd is gegaan dan kan van terugvordering waarschijnlijk niet worden afgezien. Ik zou denken dat dit doorgaans een onregelmatigheid betreft die de uitvoerende nationale autoriteit (de subsidieverstrekker) moet herstellen (vgl. ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3882 (*Somvao*), AB 2016/378, m.nt. J.E. van den Brink & W. den Ouden, met een overzicht van de relevante jurisprudentie). Zo zal de rechtszekerheid van de andere subsidieontvangers in die gevallen dus toch te lijden krijgen, maar goed, met die rechtszekerheid was het toch al erbarmelijk gesteld (vgl. bijv. CbB 13 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:296, ook gepubliceerd in deze AB: AB 2016/460, m.nt. J.E. van den Brink). Een belangrijker Unierechtelijke vraag betreft het staatssteunrecht. Het komt regelmatig voor dat subsidieregelingen op grond van art. 108 VWEU worden aangemeld bij de Europese Commissie en door haar worden goedgekeurd. Kan met recht worden beweerd dat als vast komt te staan dat een tender verkeerd is uitgevoerd dat heeft geleid tot steunverlening in strijd met de commissiebeschikking? Wie zal het zeggen...

8. Al deze vragen en kanttekeningen nemen niet weg dat de Holland Opera uitspraak naar mijn mening positief moet worden gewaardeerd. Deze laat zien dat de bestuursrechter zich realiseert dat de verdeling van schaarse publieke rechten een bijzonder rechtsterrein is, waarop onverkorte toepassing van het algemeen bestuursrecht soms tot onbevredigende resultaten leidt. Nu de wetgever dit onderwerp tot op heden maar zeer mondjesmaat oppakt zit er voor een bestuursrechter die geen onbevredigende uitspraken wil (blijven) doen, weinig anders op dan stukje bij beetje zelf verdelings(proces)recht te ontwikkelen. Daar-

bij wordt de positie van de concurrent serieuzer bekeken en dat lijkt mij een goede zaak. Bovendien leidt de meer kritische blik van de rechter er ongetwijfeld vaak toe dat de verdeelprocedures bij bestuursorganen ook nog eens kritisch onder de loep worden genomen en dat is soms bepaald geen overbodige luxe, zo laat bijv. ABRvS 4 november 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3364, JB 2015/216, m.nt. L.J.M. Timmermans) inzake de tenderprocedure bij NWO zien. Dat die rechtsontwikkeling in de jurisprudentie stap voor stap gaat volgt uit de aard van de zaak en geeft ons alle reden om over vijf jaar nog eens te bekijken hoe het ervoor staat met de rechtsbescherming tegen besluiten over schaarse publieke rechten.

W. den Ouden

## AB 2016/454

### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

13 juli 2016, nr. 201507723/1/A2

(Mrs. J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, B.J. Schueler)  
m.nt. J.H.M. Huijts<sup>1</sup>

Art. 2:4 Awb jo. art. 3:9 Awb jo. art. 6:7 Wro jo. art. 6.1.3.3 Bro

BR 2016/95

ABKort 2016/267

Gst. 2016/170

ECLI:NL:RVS:2016:1970

**Het verstrijken van een wrakingstermijn ontslaat het bestuur niet van zijn plicht zich te vergewissen van de onpartijdigheid van de adviseerende deskundige. Het inhoudelijk criterium is 'schijn van partijdigheid'.**

*Indien een college van burgemeester en wethouders zich ter onderbouwing van een besluit op een aanvraag om een tegemoetkoming in planschade beroept op een advies van een onafhankelijke deskundige, ligt het op de weg van dit college zich te vergewissen van de onpartijdigheid van de geraadpleegde deskundige. Een aanvrager mag er in beginsel op vertrouwen dat een college hieraan voldoet. (...) de rechtbank niet kan worden gevolgd in haar oordeel dat appelland zijn stelling dat de schijn van partijdigheid is gewekt te laat naar voren heeft gebracht, omdat hij gebruik had moeten maken van de bij brief van 24 januari 2014 geboden mogelijk-*

<sup>1</sup> Mr. J.H.M. (Jonathan) Huijts schrijft een proefschrift waarin hij verschillende planschade- en nadeelcompensatieregelingen vergelijkt. Hij is als docent verbonden aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden.