



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gst 2011/124

Drahmann, A.

Citation

Drahmann, A. (2011). Gst 2011/124. *De Gemeentestem*, 2011(7363), 123-130. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68107>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68107>

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

Gst.

de Gemeentestem
bestuursrechtelijk
tijdschrift

12 december 2011
161e jaargang

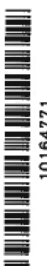
736211

Artikelen

- 115. Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?
Mr. A. Drahmman
- 116. Spontane vernietiging wegens strijd met het algemeen belang. Wanneer is sprake van een algemeen belang dat vernietiging rechtvaardigt?
Mr. R.J.M.H. de Greef en mr. C.B.M. van Haaren-Dresens
- 117. Juridische tweedaagse VNG
Marianne Schrijver
- 118. Eén jaar Wabo. Enige overdenkingen over de verklaring van geen bedenkingen!
Mr. R.J.J. Aerts en mr. D.S.P. Roelands-Fransen
- 119. Ruimtelijk plannen met de Dienstenrichtlijn: een verslag van de VNG Juridische tweedaagse
Mr. Anne-Marie Klijn en mr. Ingeborg Middel
- 120. Gemeentelijk kostenverhaal bij asbest, olie en ander ongerief
Mr. G.A. van der Veen

Jurisprudentie

- 121. ABRvS 25-05-2011
VNG is geen bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 aanhef en onderdeel b Awb
m.nt. N. Jak
- 122. ABRvS 21-09-2011
Bouwvergunning met vrijstelling voor schoolgebouw met Kiss-and-Ride-strook
m.nt. J.M.H.F. Teunissen



10164771

Stibbe
Bibliotheek



Kluwer

Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?

115

Subsidies worden steeds vaker verdeeld door middel van een zogenaamde 'tenderprocedure' waarbij de aanvragen onderling worden gerangschikt. Zo'n procedure lijkt op een aanbestedingsprocedure. In dit artikel worden enkele overeenkomsten en verschillen tussen een subsidie(tender)- en aanbestedingsprocedure beschreven. Daarbij wordt ingegaan op de formele en materiële verschillen tussen subsidie- en opdrachtverlening. Uit deze vergelijking zal blijken dat de overeenkomsten zo groot zijn, dat de vraag gerechtvaardigd is of het strikte onderscheid tussen subsidie- en aanbestedingsrecht nog langer houdbaar is. In het bijzonder wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het transparantiebeginsel, dat in acht moet worden genomen bij aanbestedingsprocedures, ook toegepast zou moeten worden op subsidieverlening.

1. Inleiding

Gemeenten en andere decentrale overheden staan voor grote bezuinigingsopgaven. Dit heeft gevolgen voor subsidieverlening. Door middel van het vaststellen van een subsidieplafond kan het bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is, worden vastgelegd.² De overschrijding van het subsidieplafond is een verplichte weigeringsgrond voor een subsidieaanvraag.³ Door het verlagen van het subsidieplafond, kunnen bezuinigingen worden gerealiseerd. Als de beschikbare budgetten moeten worden verlaagd, kan dit ook reden zijn om de wijze van subsidieverlening te heroverwegen: gemeentebesturen kiezen nu vaak voor subsidieverdeling op volgorde van ontvangst van de aanvragen oftewel 'wie het eerst komt, het eerst maalt'. Nu er minder subsidiegeld beschikbaar is, maar de vraag naar subsidie gelijk of zelfs groter is, is het de vraag of dit de meest geschikte methode is. Het tijdstip van indiening van de aanvraag is immers vaak min of meer toevallig en zegt niets over de kwaliteit van de activiteit waarvoor subsidie wordt aangevraagd. Een alternatief systeem van subsidieverlening is om te bepalen dat de aanvragen voor een bepaalde datum moeten worden ingediend, zodat vervolgens op grond van kwalitatieve criteria een selectie kan worden gemaakt.⁴ Deze vergelijkende toets wordt ook wel 'tender' of 'beauty contest' genoemd. Juist

deze verdeelmethode waarbij subsidieaanvragen onderling worden vergeleken en gerangschikt, lijkt sterk op een aanbestedingsprocedure.

In dit artikel zal ik beschrijven hoe een aanbestedingsprocedure (waarbij een opdracht verleend wordt) en hoe een procedure ter verdeling van schaarse subsidies verloopt (paragraaf 2). Uit deze beschrijvingen van het aanbestedings- en subsidierecht blijkt dat schaarse subsidieverlening grote overeenkomsten vertoont met opdrachtverlening (paragraaf 3). Het onderscheid tussen opdrachten en subsidies is zelfs dermate klein dat mijns inziens onder omstandigheden een subsidie gekwalificeerd zou moeten worden als een opdracht.

Als een subsidieplafond wordt vastgesteld, wordt een situatie van schaarste gecreëerd en zoals in ieder geval van schaarste, leidt ook subsidieschaarste (ongeacht de wijze van subsidieverdeling) tot enige vorm van competitie. Steeds vaker komt in procedures de vraag aan de orde of een subsidiepot wel rechtmatig door het bestuursorgaan is verdeeld.⁵ Sommige subsidieverdeelprocedures worden ervaren als een 'black box' waar de selectie van de subsidieontvangers niet eerlijk is verlopen. In het aanbestedingsrecht zijn vaak vergelijkbare geluiden te horen. Bij een aanbestedingsprocedure selecteert een aanbestedende dienst ook een of enkele partijen voor een bepaalde opdracht. Deze ervaringen uit het aanbestedingsrecht kunnen worden gebruikt bij de verdeling van schaarse subsidies. Een van de beginselen die een aanbestedende dienst in acht moet nemen bij de selectie is het zogenaamde 'transparantiebeginsel'. Dit beginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt voorkomen. Als een subsidie gekwalificeerd zou kunnen worden als een opdracht, heeft dit tot gevolg dat dit transparantiebeginsel op subsidieverlening van toepassing zou zijn. Dit geldt zowel voor subsidieverlening door middel van een tender als voor andere verdelingsmethodes zoals 'wie het eerst komt, het eerst maalt' of loting. Daarom wordt in paragraaf 4 beschreven wat dit beginsel inhoudt en welke rol

¹ Annemarie Drahmman is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en senior Professional Support Lawyer bij Stibbe. Dit artikel is afgerond op 26 augustus 2011. Het artikel is door de redactieraad als wetenschappelijk artikel beoordeeld.

² Art. 4:22 Awb.

³ Art. 4:25 lid 2 Awb.

⁴ Vgl. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

⁵ Zie M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JBplus* 2011, p. 35 e.v. (Jacobs & Den Ouden 2011a).

dit beginsel zou kunnen spelen bij subsidieverlening.⁶ In dit artikel ligt de nadruk op het formele onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening. In de volgende editie van *Gemeentestem* zal ik ingaan op de transparantie van het materiële subsidierecht.

2. Het verloop van een aanbestedings- en subsidieprocedure

De meeste gemeenten hebben inkoop (waar de aanbestedingsprocedures georganiseerd worden) en subsidieverlening ondergebracht in verschillende afdelingen. Naast deze functionele scheiding zijn beide procedures ook juridische gescheiden: op subsidieverlening is de Awb⁷ van toepassing, terwijl op het aanbestedingsrecht het burgerlijk recht van toepassing is.⁸ De procedurele overeenkomsten tussen subsidie- en opdrachtverlening zijn echter groot. Hierna zullen beide procedures kort worden beschreven.

Aanbestedingsprocedure

Een aanbestedingsprocedure vangt aan met de wens van een aanbestedende dienst⁹ om een overheidsopdracht te plaatsen of een concessieovereenkomst te sluiten. Het doel van een aanbestedingsprocedure is dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoop tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede

en eerlijke kans maken op een opdracht.¹⁰ Een overheidsopdracht kan betrekking hebben op werken,¹¹ diensten¹² of leveringen.¹³ Een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht resulteert in een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. Dit betekent dat de aanbestedende dienst voor het werk, dienst of levering een prijs moet betalen of een andersoortige economische tegenprestatie moet verstrekken.¹⁴

Voor het sluiten van een overheidsopdracht bestaan verschillende soorten aanbestedingsprocedures. Onderscheid kan gemaakt worden tussen de procedures die zijn neergelegd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen en nationale aanbestedingsprocedures. De Europese richtlijnen zijn van toepassing op opdrachten boven een bepaalde drempelwaarde.¹⁵ Als de waarde van de voorgenomen opdracht de drempelwaarde overschrijdt, kan de aanbestedende dienst kiezen tussen de openbare of niet-openbare procedure.¹⁶ De openbare procedure bestaat uit een aantal stappen.¹⁷ Allereerst maakt de aanbestedende dienst een aankondiging van de overheidsopdracht bekend. Na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 20.. zullen al deze aankondigingen op de website van TenderNed geplaatst worden. In de aankondiging moet de termijn voor het indienen van inschrijvingen worden vermeld. Daarnaast moet in de aankondiging worden vermeld waar de aanbestedingsstukken kunnen worden opgevraagd. In deze aanbestedingsstukken moet worden beschreven hoe de inschrijvingen zullen worden beoordeeld. Na het verstrijken van de inschrijvingstermijn toetst de aanbestedende dienst aan de zogenaamde

6 De afgelopen tijd is er meer geschreven over schaarse subsidieverlening. Zie bijvoorbeeld Jacobs & Den Ouden 2011a en M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 203 e.v. (Jacobs & Den Ouden 2011b in Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011). Veel van deze artikelen nemen echter de subsidietitel uit de Awb als uitgangspunt. In dit artikel kies ik een andere invalshoek, namelijk die van het civiele en Europese aanbestedingsrecht. In twee eerdere publicaties ben ik al in algemene zin ingegaan op het transparantiebeginsel en de Awb, maar daarin ben ik niet specifiek ingegaan op het subsidierecht. (A. Drahmann, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmann, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Jonge VAR-reeks 8), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010 en A. Drahmann, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011.

7 Titel 4.2 Awb. Deze titel is op 1 januari 1998 in werking getreden (Derde tranche Awb, *Kamerstukken* 23 700).

8 Juli 2010 is het wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet 20.. aan de Tweede Kamer aangeboden. Het wetsvoorstel bevat 'een hernieuwde, toegankelijkere implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en rechtsbeschermingsrichtlijnen' (aldus de memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 3). Het betreft Richtlijn 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2007/66/EG. Op dit moment zijn de richtlijnen geïmplementeerd in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass), de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen en de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbestedingen (Wira). Daarnaast is de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de uitleg van de richtlijnen van belang.

9 Onder het begrip 'aanbestedende dienst' vallen niet alleen publiekrechtelijke rechtspersonen. Ook publiekrechtelijke instellingen vallen onder dit begrip. Dit zijn instellingen die (kort samengevat) specifiek ten doel hebben te voorzien in behoeften van algemeen belang, en waarvan de financiering, het beheer of het toezicht in hoofdzaak bij een publiekrechtelijke rechtspersoon liggen (art. 1.1 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 20.., *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 2).

10 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 3.

11 Bij werken kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de aanleg van een weg of brug of ander bouwkundig of civieltechnisch werk.

12 Onder diensten worden bijvoorbeeld verstaan onderhoudswerkzaamheden, maar ook accountantsdiensten en onderzoeksopdrachten.

13 Leveringen zijn bijvoorbeeld de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten.

14 Een concessieovereenkomst lijkt op een overheidsopdracht, maar heeft als verschil dat de tegenprestatie van de aanbestedende dienst voor het werk of de dienst bestaat uit het verlenen van een uitsluitend (exclusief) recht de dienst of het werk te exploiteren (al dan niet gecombineerd met een betaling) en waarbij het exploitatierisico dus bij de concessiehouder ligt in plaats van bij de aanbestedende dienst.

15 Van 1 januari 2010 tot 1 januari 2012 bedraagt de drempelwaarde voor werken € 4 845 000. De drempelwaarde voor leveringen en diensten aan de centrale overheid bedraagt € 125 000 en voor leveringen en diensten aan decentrale overheden en publiekrechtelijke instellingen € 193 000.

16 Bij bijzonder complexe zaken kan ook gekozen worden voor de procedure van de concurrentiegerichte dialoog (art. 2.28 e.v. van het wetsvoorstel). Deze procedure wordt hier niet nader toegelicht.

Het verschil tussen de niet-openbare procedure en de openbare procedure is dat bij de niet-openbare procedure een voorselectie plaatsvindt. In dat geval maakt de aanbestedende dienst nog steeds een (algemene) aankondiging van de overheidsopdracht bekend en kan eenieder op basis daarvan aangeven deel uit te willen maken van de voorselectie. De aanbestedende dienst toetst de gegadigden aan de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Vervolgens beoordeelt de aanbestedende dienst de gegadigden aan de vooraf vastgestelde selectiecriteria en vindt een selectie plaats. In de aankondiging moet vermeld worden hoeveel gegadigden door de dienst zullen worden geselecteerd en wat de selectiewijze is (bijvoorbeeld loting of rangordebepaling). Uitsluitend de geselecteerde gegadigden worden uitgenodigd tot inschrijving. De rest van de procedure is gelijk aan de openbare procedure.

17 Art. 2.26 van het wetsvoorstel. De procedure voor het sluiten van een concessieovereenkomst is vergelijkbaar (art. 2.41 van het wetsvoorstel).

uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen.¹⁸ Na deze eerste toets beoordeelt de aanbestedende dienst de geldige inschrijvingen aan de hand van vooraf vastgestelde gunningscriteria. De gunningscriteria kunnen betrekking hebben op de economisch meest voordelige inschrijving of de laagste prijs. Als het criterium van de 'economisch meest voordelige inschrijving' wordt toegepast, moet in de aankondiging bekend worden gemaakt wat hieronder wordt verstaan.¹⁹ Aan ieder van de nadere criteria zal normaliter een relatief gewicht (een volgorde van belang) worden verbonden, zodat uiteindelijk de economisch meest voordelige inschrijving kan worden bepaald. Na de toets aan de gunningscriteria kan worden bepaald welke inschrijving het economisch meest voordelig is of de laagste prijs heeft. Op basis hiervan kan een gunningsbeslissing worden genomen. Deze gunningsbeslissing wordt door de aanbestedende dienst medegedeeld aan de betrokken gegadigden. Voordat de aanbestedende dienst de overeenkomst kan sluiten met de 'winnaar' van de aanbesteding, moet een opschortende termijn van ten minste vijftien dagen in acht worden genomen.²⁰ Gedurende deze termijn kunnen de 'verliezers' van de aanbesteding een civiel kort geding starten om te voorkomen dat de overeenkomst wordt gesloten.

De verleningsprocedure bij schaarse subsidies

Een subsidie is een aanspraak op financiële middelen door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.²¹ De procedure voor subsidieverstreking verloopt als volgt. De procedure van subsidieverstreking kan meestal in twee fases worden verdeeld: de fase van de subsidieverlening en de fase van de subsidievaststelling.²² De eerste fase (van subsidieverlening) vangt aan met het creëren van een wettelijke grondslag voor de subsidie.²³ Indien een bestuursorgaan het beschikbare budget wil maximeren, kan het bestuursorgaan daarnaast bij of krachtens wettelijk voorschrift een subsidieplafond vaststellen. Een subsidie moet worden geweigerd als anders het subsidieplafond zou worden overschreden. Bij of krachtens wettelijk voorschrift moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld en bij de bekendmaking van het subsidieplafond moet de wijze van verdeling worden vermeld.²⁴ De subsidieaanvragen

moeten voldoen aan de criteria voor subsidieverlening.²⁵ De beschikking tot subsidieverlening bevat een omschrijving van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend en het bedrag van de subsidie.²⁶ Aan de subsidieontvanger kunnen verplichtingen worden opgelegd die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie.²⁷ In beginsel zal de subsidieontvanger pas overgaan tot het realiseren van de activiteiten nadat de subsidie is verleend.²⁸

Nadat de activiteiten zijn voltooid, zal de subsidieontvanger een aanvraag tot subsidievaststelling indienen. Dit is de tweede fase van de subsidieprocedure.²⁹ Indien geen aanvraag tot subsidievaststelling wordt ingediend, kan de subsidie ambtshalve worden vastgesteld. In de aanvraag moet worden aangetoond dat de activiteiten overeenkomstig de subsidieverplichtingen hebben plaatsgevonden en moet rekening en verantwoording worden afgelegd over de gedane uitgaven. In de beschikking tot subsidievaststelling wordt het bedrag van de subsidie vastgesteld.³⁰ Het subsidiebedrag wordt overeenkomstig de subsidievaststelling betaald. In de praktijk wordt vrijwel altijd met bevoorschotting gewerkt.³¹ De procedure die is neergelegd in de Awb is een globale regeling. Zo bepaalt art. 4:26 Awb dat als er een subsidieplafond wordt vastgesteld, bij wettelijk voorschrift moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld. De Awb laat de wijze van verdeling geheel vrij. Dit betekent dat het gemeentebestuur over beleidsvrijheid beschikt om te kiezen voor een van de volgende verdelingsprocedures:

1. verdeling op volgorde van binnenkomst;
2. loting;
3. veiling; en
4. vergelijkende toets ('tender' of 'beauty contest').^{32, 33}

²⁵ Art. 4:35 Awb bevat een aantal weigeringsgronden. Daarnaast kan het wettelijk voorschrift waarin de wettelijke grondslag voor de subsidieverstreking is opgenomen weigeringsgronden bevatten.

²⁶ Art. 4:30-4:36 Awb.

²⁷ Art. 4:37-4:41 Awb.

²⁸ Indien de activiteit al is voltooid voordat de subsidie is aangevraagd, kan de subsidieverlening worden overgeslagen en kan direct de subsidie worden vastgesteld (art. 4:43 Awb).

²⁹ Het onderscheid tussen subsidieverlening en -vaststelling berekent niet dat de subsidieverlening voorlopig of vrijblijvend is. Als de activiteiten worden verricht en de verplichtingen worden nagekomen, kan het bestuursorgaan in beginsel niet meer op de subsidieverlening terugkomen (*Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p. 21). Dit heeft tot gevolg dat de vraag of de schaarse gelden rechtmatig worden verdeeld met name of zelfs uitsluitend een rol speelt bij de subsidieverlening.

³⁰ Art. 4:42-4:47 Awb.

³¹ Sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb is bevoegdheid om voorschotten te verlenen neergelegd in art. 4:95 Awb.

³² Soms wordt de aanbesteding nog als een aparte verdelingsmethode genoemd. Zie voor een beschrijving van de verschillende verdeelmethoden: C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid' in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 177 e.v. en F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen: de verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 9 e.v. Voor de verdelingsmethodes bij subsidieverlening verwijs ik naar Jacobs & Den Ouden 2011a en 2011b.

³³ Bovenstaande verdelingsprocedures moeten onderscheiden worden van subsidieverlening waarbij als subsidieverplichting is opgenomen dat voordat derden worden ingeschakeld, deze derden door middel van een (openbare) aanbesteding moeten worden geselecteerd. In dat geval bepaalt de aanbesteding dus niet wie de subsidieontvanger wordt en is dit dus niet de gehanteerde verdeelmethode. Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 juni 2010, *I/JN BM9639*, waar de subsidie lager werd vastgesteld omdat het transparantiebeginsel door de subsidieontvanger niet in acht was genomen.

¹⁸ Voorbeelden van een uitsluitingsgrond zijn een strafrechtelijke veroordeling, faillissement of ernstige beroepsfout. Geschiktheidseisen kunnen betrekking hebben op financiële en economische draagkracht of technische- en beroepsbekwaamheid.

¹⁹ Deze nadere criteria kunnen betrekking hebben op bijvoorbeeld kwaliteit, prijs, technische waarde, esthetische en functionele kenmerken, milieukeurmerken of de termijn voor de levering of uitvoering (*Kamerstukken II 2009/10*, 32 440, nr. 3, p. 90).

²⁰ Deze opschortende termijn wordt ook wel de 'standstill-termijn' of 'Alcatel-termijn' genoemd.

²¹ Art. 4:21 Awb.

²² Op grond van de Aanwijzingen voor subsidieverstreking (ook wel het Uniform Subsidiekader genoemd) worden kleine subsidies (tot € 25 000) in beginsel direct vastgesteld (*Stcrt.* 2009, 20 306). In dat geval is dus geen sprake van subsidieverstreking in twee fases.

²³ Art. 4:23 Awb.

²⁴ Art. 4:22 en 4:25-4:28 Awb.

De vergelijkende toets wordt zowel op rijks- als decentraal niveau bijvoorbeeld gehanteerd bij subsidies voor wetenschappelijk onderzoek en in de kunstsector. Zo bepalen de Uitvoeringsregeling amateurkunst Noord-Holland en Uitvoeringsregeling cultuureducatie samenwerkingsprojecten Noord-Holland dat als honorering van alle daarvoor in aanmerking komende aanvragen zou leiden tot een overschrijding van de subsidieplafonds deze aanvragen gerangschikt zullen worden.³⁴

Overeenkomsten tussen subsidie- en aanbestedingsprocedure

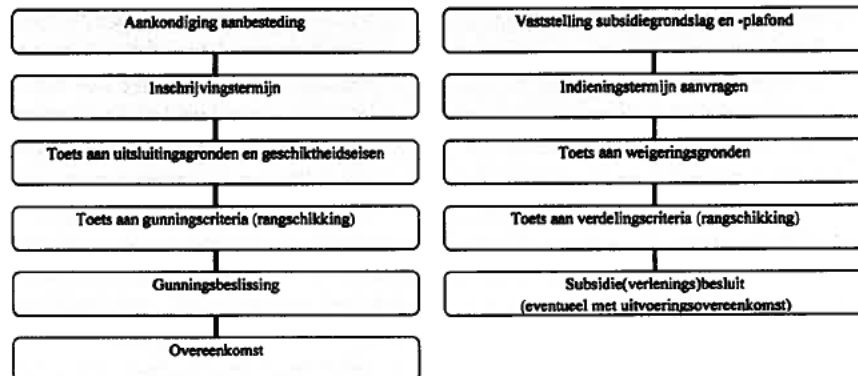
Uit bovenstaande algemene beschrijvingen van het verloop van een aanbestedingsprocedure en een verleningsprocedure voor schaarse subsidies blijkt dat er de volgende procedurele parallellen zijn te trekken:

Het subsidieplafond moet worden bekendgemaakt, net als de start van de aanbestedingsprocedure bekend moet worden gemaakt. Als een subsidieplafond wordt ingesteld dan moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld. In het aanbestedingsrecht worden de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en gunningscriteria voorafgaand aan de procedure vastgelegd in een bestek. Daarnaast bevatten de Awb en de subsidieregeling weigeringsgronden, zoals een eerder faillissement van de aanvrager. Deze weigeringsgronden zijn te vergelijken met de uitsluitingsgronden in een aanbestedingsprocedure. Nadat de subsidieaanvragen zijn ingediend zal worden gezien of deze volledig zijn en aan de criteria voor subsidieverlening voldoen. Dit kan worden vergeleken met de toets aan de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen in het aanbestedingsrecht. Vervolgens zal in het subsidierecht een rangschikking

plaatsvinden. Deze rangschikking kan op datum van binnenkomst zijn of op basis van kwalitatieve criteria. In het aanbestedingsrecht is dit de toets aan de gunningscriteria. Nadat deze toets heeft plaatsgevonden zal in het subsidie-recht overgegaan worden tot subsidieverlening.³⁵ In het aanbestedingsrecht resulteert dit in de gunningsbeslissing. Op basis van de subsidie- dan wel opdrachtverlening ontstaat er een aanspraak op financiële middelen. Het bestuursorgaan is gehouden financiële middelen te verstrekken indien de activiteit waarvoor de subsidie dan wel opdracht is verleend wordt uitgevoerd.

De overeenkomsten zijn het duidelijkst bij subsidieverlening door middel van een tenderprocedure, omdat dan de aanvragen meestal worden vergeleken op basis van kwalitatieve criteria en, net als bij opdrachtverlening, voor de diverse criteria punten kunnen worden gescoord die uiteindelijk leiden tot een rangschikking waarbij degene met de meeste punten de subsidie respectievelijk opdracht krijgt. De relevantie van dit artikel is echter niet beperkt tot subsidietendering. Ook subsidieverlening op volgorde van binnenkomst is namelijk een vorm van rangschikking. Het verleningscriterium is in dat geval de datum van ontvangst van de aanvraag. Daarmee is de overeenkomst met opdrachtverlening gegeven. Ook bij een dergelijke subsidieverlening is het mijns inziens noodzakelijk voorafgaand aan de subsidieverlening 'spelregels' vast te stellen en bekend te maken. Deze spelregels kunnen korter en eenvoudiger zijn dan bij subsidietendering, maar zijn in het kader van een transparante procedure wel noodzakelijk.

De procedurele overeenkomsten tussen subsidie- en opdrachtverlening kunnen schematisch als volgt worden weergegeven:



34 Zie www.noord-holland.nl/web/Digitaal-Ioket/Subsidies/Actuele-subsidies.htm voor alle subsidieregeling van de provincie Noord-Holland, waaronder de genoemde uitvoeringsregelingen.

35 De uitspraak CBB 15 april 2004, AB 2004/231, m.nt. J.H. van der Veen, heeft betrekking op een subsidieregeling waar slechts een rangschikking plaatsvindt van de aanvragen die een positief advies van een adviescommissie hadden gekregen. In deze regeling fungeerde het negatieve advies van de adviescommissie dus als uitsluitingsgrond.

Zoals gesteld zijn, ondanks de hiervoor beschreven procedurele parallellen, het aanbestedingsrecht en het subsidie-recht geheel naast elkaar gereguleerd. Dit kan worden gerechtvaardigd door te stellen dat aanbesteden en subsidies verlenen materieel gezien van elkaar verschillen. Ook hier is echter een grijs gebied waar het moeilijk is te bepalen of nog sprake is van een subsidie of dat sprake is van een opdracht. Een voorbeeld is een gemeente die aan een universiteit gelden verstrekt voor het verrichten van een bepaald onderzoek. Soms zal sprake zijn van subsidiëring, soms van een commerciële transactie waarbij de gemeente een noodzakelijk geacht onderzoek 'uitbesteedt'.³⁶ Daarnaast beëindigen gemeenten soms langdurige subsidierelaties om dezelfde activiteit aan te besteden in plaats van te subsidiëren. Dit gebeurt bijvoorbeeld op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo).³⁷

3. Verschillen tussen subsidie- en opdrachtverlening

Hiervoor is gewezen op de procedurele overeenkomsten tussen subsidie- en opdrachtverstrekking. Er zijn echter ook verschillen tussen opdracht- en subsidieverlening. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen formele en materiële verschillen. Hierna zal ik eerst ingaan op de formele en daarna op de materiële verschillen.

Formele verschil

Een formeel verschil tussen opdracht- en subsidieverlening is dat opdracht- of concessieverlening altijd resulteert in een civielrechtelijke overeenkomst, terwijl een subsidie verleend wordt bij besluit en dus bestuursrechtelijk is.³⁸ De definitie van een overheidsopdracht in Richtlijn 2004/18/EG bepaalt immers dat sprake moet zijn van een schriftelijke overeenkomst.³⁹ Hetzelfde geldt voor een concessieovereenkomst. Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) dat een vrijstellingsbesluit op grond van de "Wet op de Ruimtelijke Ordening geen schriftelijke overeenkomst is, waardoor geen sprake kan zijn van een overheidsopdracht en dus het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) niet van toepassing is."⁴⁰

Hoewel dit een duidelijk verschil is, overtuigt het mij niet. Art. 4:21 Awb hanteert immers een materieel subsidiebegrip.⁴¹ Iedere aanspraak op financiële middelen die voldoet aan de definitie van art. 4:21 Awb is een subsidie.⁴² Ook een bijdrage die is 'vermomd' als overeenkomst van opdracht, kan worden gekwalificeerd als subsidie door de bestuursrechter. Dit was het geval in de uitspraak van het CBB van 9 september 2008 waarin SenterNovem bekend had gemaakt dat Nederlandse bedrijven in aanmerking konden komen voor een 'financiële ondersteuning' als zij zouden willen samenwerken met ondernemers in Turkije.⁴³ SenterNovem had 'tenderinstructies' bekendgemaakt en vervolgens met bedrijven een overeenkomst tot opdracht gesloten. Het CBB oordeelde dat ondanks dat een overeenkomst gesloten was, sprake was van een subsidie. SenterNovem betoogde dat met de opdracht haar eigen belang werd gediend, omdat hiermee bilaterale afspraken en dus internationale verplichtingen met Turkije werden nagekomen. Volgens het CBB werd echter primair het algemeen belang gediend en niet de rechtstreekse belangen van SenterNovem. Daarnaast was de bijdrage eerder als stimuleringsbijdrage te beschouwen dan als betaling voor geleverde goederen of diensten. Verder hadden de betalingen ook niet een commercieel karakter: niet de werkelijke kosten (met winstmarge), maar slechts de helft van de kosten werden gefinancierd. Dat het initiatief bij SenterNovem vandaan kwam en dat het programma vanuit fiscaal perspectief als opdrachtenprogramma werd gekwalificeerd was een onvoldoende onderscheidend criterium.

In een andere subsidiezaak heeft de Afdeling het wel van doorslaggevend belang geacht dat er geen overeenkomst was gesloten.⁴⁴ Vanwege het enkele feit dat er geen overeenkomst was gesloten (maar een aanwijzing had plaatsgevonden), was het Bao volgens de Afdeling niet van toepassing. De procedure had betrekking op de aanwijzing van een cultuureducatiestichting als 'kernvoorziening' in een beleidsnota. Volgens de Afdeling had dit tot gevolg dat geen sprake was van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel en dus geen sprake was van een overheidsopdracht. De aanbestedingsregels waren dan ook niet van toepassing. De aanwijzing tot kernvoorziening had echter tot gevolg dat deze stichting een prestatiesubsidie ontving en de subsidieaanvraag van een andere stichting geweigerd moest worden. De aanwijzing impliceerde dus de selectie van één partij ten koste van een andere partij zonder dat die andere partij heeft kunnen meedingen naar die aanwijzing. Er heeft in dit geval geen enkele vorm van openbaarheid plaatsgevonden. Dit is in strijd met het transparantiebeginsel uit het aanbestedingsrecht waarop hierna nog wordt ingegaan, maar hier merk ik reeds op dat het mijns inziens onwenselijk is dat een partij geen beroep kan doen

36 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33.

37 O.a. ABRvS 9 september 2009, AB 2010/87, m.nt. W. den Ouden en ABRvS 10 juni 2009, AB 2009/369, m.nt. M. Nijhuis en W. den Ouden.

38 Zie echter M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 247 e.v. (Nijhof 2000). Nijhof betoogt dat een concessie een tweezijdige publiekrechtelijke rechtsbetrekking is, hetgeen ten onrechte niet wordt gereguleerd door de Awb.

39 Art. 1 lid 2 onderdeel a Richtlijn 2004/18/EG luidt als volgt: "Overheidsopdrachten zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn."

40 ABRvS 6 januari 2010, nr. 200904099.

41 Vgl. ABRvS 8 oktober 2008, AB 2009/223, m.nt. W. den Ouden, waarin de Afdeling oordeelde dat voor het antwoord op de vraag of een aanspraak op financiële middelen moet worden aangemerkt als een subsidie niet doorslaggevend is of partijen deze als zodanig aanmerken, maar of deze aanspraak valt onder de omschrijving in art. 4:21 Awb.

42 Art. 4:21 Awb bepaalt dat onder subsidie wordt verstaan: "de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten."

43 CBB 9 september 2008, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren.

44 ABRvS 20 oktober 2010, JB 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden.

op het transparantiebeginsel vanwege het enkele formele feit dat een besluit is genomen in plaats een overeenkomst te sluiten.

Materiële verschillen

Uit bovenstaande jurisprudentie volgt dat een besluit tot het aangaan van een overeenkomst wel geconverteerd kan worden naar een subsidiebesluit, maar dat omgekeerd een (aanwijzings- of vrijstellings)besluit door de Afdeling niet geconverteerd wordt naar een (aanbestedingsplichtige) opdracht.⁴⁵ Indien de aanbestedingsrechtelijke beginselen, zoals het transparantiebeginsel, meer rechtsbescherming bieden dan de (bestuursrechtelijke) beginselen van behoorlijk bestuur, dan kan de vraag worden gesteld of dit terecht is. In plaats van de vorm, zouden materiële verschillen tussen een opdracht en een subsidie dit verschil moeten rechtvaardigen. Vaak worden vier materiële verschillen tussen opdracht en subsidie onderscheiden, namelijk

1. of sprake is van een bezwarende titel;
2. wie de initiatiefnemer is;
3. wat het doel van de activiteit is; en
4. of sprake is van commerciële activiteiten.⁴⁶

Deze aspecten kwamen aan de orde in de hiervoor genoemde *SenterNovem*-uitspraak en worden hierna toegelicht.

Het eerste aspect dat van belang is, is dat bij een opdracht of concessie sprake moet zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel.⁴⁷ Hiertoe is het verband tussen de betaling en de prestatie van belang. Als een bestuursorgaan een zeer concrete, nauwkeurig omschreven prestatie verlangt en hier ook zeggenschap over heeft, zal eerder sprake zijn van een opdracht. De opdrachtnemer is verplicht deze opdracht uit te voeren, omdat anders sprake is van wanprestatie en nakoming kan worden gevorderd. In algemene zin kan worden gesteld dat bij subsidieverlening geen wederzijdse verplichtingen in het leven worden geroepen. De subsidieontvanger is niet verplicht de activiteit uit te voeren. Het is echter mogelijk een uitvoeringsovereenkomst naast een subsidieverleningsbesluit te sluiten. In een dergelijke uitvoeringsovereenkomst kan wel een uitvoeringsplicht worden opgenomen, zodat hetzelfde effect wordt bereikt.⁴⁸ Het verschil tussen subsidie- en opdrachtverlening ligt bij subsidieverlening met een uitvoeringsovereenkomst dan ook niet in de uitvoeringsplicht. Bij subsidieverlening

zonder uitvoeringsovereenkomst lijkt bij een beperkte uitleg van het begrip 'bezwarende titel' wel sprake van een verschil, maar hier kan tegen worden ingebracht dat als de activiteiten waarvoor subsidie is verleend niet worden verricht, de subsidie op nihil kan worden vastgesteld of kan worden ingetrokken en eventueel verleende voorschotten kunnen worden teruggevorderd. De activiteit wordt dan weliswaar niet verricht, maar het is wel mogelijk om voor dezelfde activiteit subsidie te verlenen aan een andere partij. In civiele termen zou men kunnen zeggen dat er dan geen 'nakoming' de subsidieverplichtingen wordt gevorderd, maar dat de rechtsverhouding wordt 'ontbonden' en hetgeen onverschuldigd betaald is, wordt teruggevorderd.

Een tweede aspect van belang is wie de initiatiefnemer van de activiteit is. Bij subsidieverlening is dat vaak degene die de activiteit verricht, bij opdrachtverlening vaak de opdrachtgever (het bestuursorgaan). Bij een opdracht wordt de inhoud van de opdracht meestal gedetailleerd door het bestuursorgaan bepaald (in een programma van eisen). Bij een subsidie wordt de uitwerking van de subsidie doelstellingen normaliter aan de subsidieontvanger overgelaten. Echter, juist als sprake is van een situatie waarbij er meer aanvragers dan geld beschikbaar is, zal het bestuursorgaan gedetailleerder moeten omschrijven wie wel en wie niet voor subsidie in aanmerking komen. Indien de subsidies worden verleend na een vergelijkende toets, zullen dus van tevoren kwalitatieve criteria worden opgesteld op basis waarvan de aanvragen kunnen worden vergeleken. In dat geval ligt het initiatief meer bij het bestuursorgaan die de subsidie openstelt. Het document met de subsidieverleningscriteria is dan vergelijkbaar met het programma van eisen uit het aanbestedingsrecht, waardoor het bestuursorgaan meer het initiatief neemt en het verschil tussen subsidie- en opdrachtverlening kleiner wordt.

Ten derde is de vraag van belang wat het doel van de activiteit is en welk belang daarmee wordt gediend. In algemene zin kan gezegd worden dat het algemeen belang wordt gediend met subsidieverlening en het eigen belang door middel van opdrachtverstrekking (inkoop). Met het verstrekken van subsidie wordt een publieke taak uitgevoerd, waarop publiekrecht van toepassing behoort te zijn.⁴⁹ Door middel van het verstrekken van subsidie kunnen activiteiten worden ontplooid die zonder die bijdrage niet zouden kunnen worden gerealiseerd, omdat er (nog) geen markt is voor deze activiteiten. Hier kan echter tegen worden ingebracht dat ook bij concessieverlening vaak sprake is van de uitvoering van een publieke taak, bijvoorbeeld in de openbaarvervoersector. Daarnaast wordt ook bij aanbestedingen vaak gestreefd naar 'duurzaam en sociaal inkopen'. Zo kan bijvoorbeeld 'social return'⁵⁰ als voorwaarde worden opgenomen. Met dergelijke voorwaarden wordt het algemeen belang gediend. Ook het belang dat gediend wordt met opdracht-, concessie- en subsidieverlening is dus niet doorslaggevend voor het maken van het onderscheid.

45 In dit verband wijs ik nog op HvJ EU 12 juli 2001, nr. C-399/98, *NJ* 2002/11 (*Scala*), waarin het Hof oordeelde dat de omstandigheid dat op grond van Spaans recht een verkavelingsovereenkomst onder het publiekrecht viel nog niet betekende dat de aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing was. In deze procedure was dus wel sprake van een contractueel element (een administratiefrechtelijke overeenkomst).

46 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33-34 en B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, 'Subsidie of opdracht. Het moeizame onderscheid tussen de publiekrechtelijke subsidie en de privaatrechtelijke opdracht', *Gst.* 2006/149, afl. 7261, p. 83 e.v., maar ook bijvoorbeeld de website van Pianoo (www.pianoo.nl) of Europa Decentraal (www.europadecentraal.nl).

47 Vgl. Rb. Arnhem (vz.) 10 november 2010, *BR* 2011/130.

48 Art. 4:36 Awb. Zie hierover uitvoerig: M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten. Een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten*, 's-Gravenhage: Elsevier 1999.

49 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 25.

50 Dit betekent dat bij de uitvoering van de opdracht mensen moeten worden ingezet met een grote(re) afstand tot de arbeidsmarkt.

Met dit derde punt hangt ook samen dat door de opdracht- of concessieverlening andere partijen worden uitgesloten van die opdracht of concessie. Indien een (markt)partij echter uitgesloten wordt van subsidie (bijvoorbeeld omdat het plafond is bereikt), betekent dit nog niet dat deze partij niet dezelfde activiteit mag gaan ontplooiën. In de praktijk zal het echter moeilijk zijn om zonder de subsidie alsnog de activiteit te verrichten, omdat een subsidie normaliter wordt verleend om een bepaalde activiteit te stimuleren die zonder die subsidie niet verricht zou worden. Zeker voor innovatieve projecten is een subsidie vaak noodzakelijk om de benodigde gelden voor het project te kunnen verkrijgen. Dit betekent dat als aan slechts één initiatiefnemer een subsidie wordt verleend, concurrenten van deze initiatiefnemer niet of minder makkelijk een vergelijkbare activiteit kunnen verrichten. Hoewel het verrichten van de activiteit niet aan anderen wordt verboden, worden de mogelijkheden wel beperkt.⁵¹ Juist het feit dat subsidieverlening één partij een voordeel biedt ten opzichte van andere partijen is de reden dat in procedures betoogd wordt dat subsidieverlening leidt tot concurrentievervalsing.⁵² Een vierde en laatste aspect is of sprake is van commerciële activiteiten. Als het bestuursorgaan een marktconforme prijs betaalt (kostprijs met winstopslag), zal veelal sprake zijn van een opdracht. Als slechts een deel van de kosten wordt voldaan, zal veelal sprake zijn van een subsidie.⁵³ Zo oordeelde het CBB in 2005 dat een exploitatiebijdrage op grond van de Wet personenvervoer 2000 voor het verrichten van personenvervoer een subsidie is. Het CBB oordeelt dat de bedragen niet als betalingen voor geleverde diensten kunnen worden aangemerkt, omdat de betaalde bedragen slechts ten dele de exploitatiekosten dekken waardoor de

bijdrage niet als een reële economische tegenprestatie kan worden gezien.⁵⁴

Al met al moet gesteld worden dat geen van de vier materiële aspecten op zichzelf doorslaggevend zijn om te bepalen of sprake is van een subsidie of opdracht, maar samen vormen ze wel een goede indicatie hiervoor. De belangrijkste elementen zijn mijns inziens of sprake is van een uitvoeringsplicht en of sprake is van een marktconforme vergoeding.

Het onderscheid tussen subsidieverlening en opdrachtverstrekking is minder evident dan het wellicht in eerste instantie lijkt. Dit is zeker het geval als sprake is van subsidieverstrekking in combinatie met een uitvoeringsovereenkomst. In dat geval is immers zowel aan het formele aspect van een overeenkomst als het materiële aspect van een uitvoeringsplicht voldaan. Men moet zich dan ook afvragen of in dat geval eigenlijk niet sprake is van een opdracht of concessie.⁵⁵ Als sprake is van een opdracht, is de logische vervolgvraag of het aanbestedingsrecht niet op deze subsidieverlening van toepassing is. Als een subsidieverleningsbesluit mét uitvoeringsovereenkomst gekwalificeerd kan worden als een overheidsopdracht (die de drempelwaarden overschrijdt), is mijns inziens verdedigbaar dat een aanbestedingsplicht ontstaat, omdat de uitvoeringsovereenkomst (in combinatie met het subsidiebesluit) voldoet aan de definitie van een overheidsopdracht.

Op basis van het voorgaande moet geconcludeerd worden dat een belangrijke vraag is of sprake is van een subsidiebesluit met of zonder uitvoeringsovereenkomst. Als een subsidiebesluit met een uitvoeringsovereenkomst gekwalificeerd kan worden als een opdracht, zijn aanbestedingsrechtelijke beginselen zoals het transparantiebeginsel op de verlening van toepassing. Echter ook bij subsidieverlening zonder uitvoeringsovereenkomst, zijn de verschillen tussen subsidieverlening en opdrachtverlening dermate klein, dat verdedigbaar is dat het transparantiebeginsel van toepassing zou moeten zijn. Hierna zal ik daarom nader ingaan op reikwijdte en inhoud van het transparantiebeginsel.

4. Het transparantiebeginsel

Het transparantiebeginsel is geïntroduceerd in jurisprudentie van het Hof van Justitie.⁵⁶ Vervolgens is het beginsel ook neergelegd in de aanbestedingsrichtlijnen.⁵⁷ Het transparantiebeginsel strekt er in essentie toe om elk risico van favoritisme en willekeur uit te sluiten in een aanbestedingsprocedure.⁵⁸ Over zowel de reikwijdte als de concrete inhoud van het transparantiebeginsel bestaat nog geen algemene overeenstemming.

51 Vgl. CBB 4 februari 2011 (AB 2011/89, m.nt. Wolswinkel). Hier betoogde appellante dat het Besluit stimulerende duurzame energieproductie en de Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie 2010 onrechtmatig waren, omdat zij door de subsidiëringssystematiek in een ongelijke concurrentiepositie terecht zou zijn terechtgekomen. Het CBB oordeelt dat aan een subsidiestelsel met beperkte financiële middelen waarbij niet gekozen wordt voor een evenredige verdeling van het beschikbare bedrag over alle aanvragers, inherent is dat bepaalde aanvragers een financieel voordeel genieten dat bepaalde andere aanvragers onthouden wordt. Die enkele omstandigheid maakt de subsidiëringssystematiek echter nog niet onrechtmatig. Appellante had in deze procedure geen concrete argumenten aangedragen die in een andere richting wezen.

52 O.a. ABRvS 20 oktober 2010, JB 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden.

53 Ook in de memorie van toelichting wordt gesteld dat bij betaling van een marktprijs voor geleverde goederen of diensten nimmer sprake is van een subsidie. Een subsidie is immers de aanspraak financiële middelen "anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten" (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33). Zie tevens W. den Ouden, *De subsidieverplichting: wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2002, p. 29-32.

54 CBB 24 februari 2005, AB 2005/165, m.nt. J.H. van der Veen. De Afdeling kwam in 2001 tot een vergelijkbaar oordeel (ABRvS 12 september 2001, AB 2001/335, m.nt. N. Verheij). Ook daar achtte de Afdeling de omstandigheid dat de betaalde bedragen niet strekten tot vergoeding van de werkelijke kosten, maar slechts tot een tegemoetkoming in die kosten doorslaggevend voor het oordeel dat sprake was van een subsidie. Zie verder de eerdergenoemde uitspraak van het CBB van 9 september 2008 (AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren).

55 Vgl. Nijhof 2000, p. 238.

56 Voor het eerst in het *Waalse bussen-arrest*, HvJ EG 25 april 1996, nr. C-87/94.

57 Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG luidt als volgt: "Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen."

58 Aldus HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99 (*Succhi di Frutta*), en overgenomen door de Hoge Raad in HR 4 november 2005, NJ 2006/204 (BV Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom/Staat).

Reikwijdte van het beginsel

Indien sprake is van een aanbesteding voor een opdracht boven de eerdergenoemde drempelwaarden geldt een aantal beginselen uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, namelijk de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en transparantie. De regeling in de richtlijnen is niet van toepassing op opdrachten onder de drempelwaarden. Aanbestedende diensten zijn dan ook in beginsel vrij om deze opdrachten te verstrekken zonder een aanbestedingsprocedure te doorlopen. Dit betekent echter niet dat het transparantiebeginsel op deze opdrachtverstrekking niet van toepassing is. Dit is het geval bij opdrachten die weliswaar onder de drempelwaarden blijven, maar wel een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie zijn ook op dit soort procedures de drie genoemde beginselen van toepassing.⁵⁹ Het transparantiebeginsel vloeit namelijk volgens het Hof van Justitie rechtstreeks voort uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.⁶⁰ Het transparantiebeginsel behoort daarom tot het primaire Unierecht.⁶¹ Om dezelfde reden moet het transparantiebeginsel ook in acht worden genomen bij concessieovereenkomsten en de zogenaamde 'IIB-diensten'. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt benadrukt dat het primaire Unierecht in deze gevallen niet verplicht tot het houden van een aanbestedingsprocedure als bedoeld in de richtlijn, maar wel dat de minimumnormen zoals deze voortvloeien uit de beginselen van Unierecht, zoals het transparantiebeginsel, in acht moeten worden genomen. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat als vrijwillig wordt gekozen om een aanbestedingsprocedure te volgen, ook de genoemde beginselen in acht moeten worden genomen.⁶² In dit arrest betrof het een ziekenfonds die een aanbestedingsprocedure was gestart om te bepalen van welke groothandelaar in het vervolg medische hulpmiddelen zouden worden ingekocht.⁶³

Er moet dus onderscheid worden gemaakt tussen een aanbestedingsprocedure en een procedure waarbij het transparantiebeginsel in acht wordt genomen. Over het aanbestedingsrecht wordt vaak (en niet geheel onterecht) betoogd dat het rigide is en leidt tot zware (administratieve) lasten voor zowel het bestuursorgaan als de marktpartijen. Het in acht nemen van het transparantiebeginsel betekent echter

niet dat een aanbestedingsprocedure als bedoeld in de richtlijnen gehouden moet worden. Het transparantiebeginsel is slechts een van de minimumnormen die voortvloeien uit het Unierecht en kan zo zorgen voor meer openbaarheid door een algemene en voorafgaande bekendmaking van (subsidie)verdeelregels. Het is transparanter, zorgvuldiger en minder willekeurig als het bestuursorgaan vóórdat de aanvragen zijn ingediend nadenkt over wat een 'goede' aanvraag is in plaats van nadat de aanvragen zijn ingediend. Dit kost wellicht meer voorbereidend werk, maar is in het kader van behoorlijk bestuur mijns inziens niet te veel gevraagd. Het transparantiebeginsel bepaalt dus niet de inhoud van de (subsidie)verleningscriteria en is daarmee slechts beperkt de oorzaak van de (administratieve) lasten van een aanbestedingsprocedure.

Het transparantiebeginsel is dus in ieder geval van toepassing op overheidsopdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn, maar ook op concessieovereenkomsten, IIB-diensten en opdrachten die de drempelwaarden niet overschrijden. In hoeverre het transparantiebeginsel toegepast moet worden bij vergunningverlening is nog niet duidelijk.⁶⁴ Over de toepassing bij de verlening van subsidie met Europese gelden wordt hierna nog ingegaan.

Inhoud van het beginsel

Zoals gesteld is ook de concrete inhoud van het transparantiebeginsel nog niet uitgekristalliseerd. In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 20.. wordt gesteld dat het transparantiebeginsel bestaat uit twee componenten. De eerste component is dat een aanbestedende dienst bij het begin van een aanbestedingsprocedure een passende mate van openbaarheid moet betrachten. De tweede component is dat de gunning van een opdracht moet worden gemotiveerd.⁶⁵ Door een passende mate van openbaarheid te hanteren, wordt de markt voor mededinging geopend en kunnen aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid worden getoetst.⁶⁶ Een belangrijk element hierbij is dat alle potentiële inschrijvers dezelfde kansen moeten kunnen krijgen.

De eerste component van het transparantiebeginsel betreft de passende mate van openbaarheid. Hiermee wordt bedoeld dat de aanbestedende dienst het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar moet maken. Zoals hiervoor al is toegelicht zal dit na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 20.. plaatsvinden via TenderNed, maar nu kan de aanbestedende dienst zelf bepalen wat hij een passende mate van openbaarheid acht. Hiervoor kan gekeken worden naar de relevantie van de opdracht voor de interne markt

59 O.a. HvJ EG 7 december 2000, nr. C-324/98, *NJ* 2001/387 (*Telaustia*); HvJ EG 15 mei 2008, nr. C-147/06, *BR* 2008/689, m.nt. P.H.L.M. Kuypers (*SE-CAP*); HvJ EG 18 december 2007, nr. C-507/03, *NJ* 2008/101, m.nt. M.R. Mok (*An Post*).

60 Art. 49 en 56 VWEU, voorheen art. 43 en 49 EG-Verdrag.

61 De Europese Commissie heeft hierover een Interpretatieve Mededeling vastgesteld (Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 2006/C179/02).

62 HR 4 april 2003, *NJ* 2004/35 (*RZG/ComforMed*).

63 Met betrekking tot het grensoverschrijdend belang wijs ik nog op het *Zambrano*-arrest (HvJ EU 8 maart 2011, nr. C-34/09, *EHRC* 2011, 65, m.nt. J.R. Groen). Uit dit arrest wordt door sommigen afgeleid dat het Unierecht ook van toepassing kan zijn op zuiver interne kwesties. Dit arrest heeft echter betrekking op het Europees burgerschap. Of het arrest ook doorgetrokken kan worden naar andere Unierechten is de vraag.

64 HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08, *NJ* 2010/490, m.nt. Mok, *AB* 2011/17, m.nt. Buijze, *JB* 2010/171, m.nt. Wolswinkel en *NJB* 2011/880 (*Sporting Exchange Ltd (Betfair/Minister van Justitie)*).

65 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 14-15.

66 O.a. HvJ EG 7 december 2000, nr. C-324/98, *NJ* 2001/387 (*Telaustia*).

en in het bijzonder naar het onderwerp en de waarde van de opdracht en de gebruikelijke praktijken in de sector.⁶⁷ In het subsidierecht kennen we een vergelijkbare bekendmaking. Dit wordt ook wel het 'openstellingsbesluit' genoemd.⁶⁸

Om aan de eerste component te voldoen moet echter niet alleen een bekendmaking van de openstelling plaatsvinden. Ook alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure moeten in de aankondiging (of in een document waar de aankondiging naar verwijst) worden geformuleerd. Dit moet gebeuren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Hiermee worden twee doelen gediend. Ten eerste wordt hiermee gewaarborgd dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren. Ten tweede is de aanbestedende dienst hierdoor in staat om daadwerkelijk na te gaan of de offertes beantwoorden aan de gestelde (uitsluitings-, geschiktheids-, selectie- en gunnings)criteria.⁶⁹

Op grond van het transparantiebeginsel moeten dus voorafgaand aan de openstelling de gunningscriteria en, waar mogelijk, hun relatieve gewicht worden vastgesteld en kenbaar worden gemaakt. Hiervoor is al gesteld dat als een subsidieplafond wordt ingesteld, bij de bekendmaking van dat subsidieplafond de wijze van verdeling moet worden vermeld. Deze verplichting (hoewel zeer algemeen geformuleerd) bevat derhalve een belangrijk element van het transparantiebeginsel.

Na afloop van de procedure moet de aanbestedende dienst de individuele score van inschrijvers aangeven en onderbouwen. Door deze motivering kunnen zowel de inschrijvers als een rechter controleren of de opdracht terecht aan een bepaalde inschrijver is gegund.⁷⁰ Deze motivering van de gunningsbeslissing is de tweede component van het transparantiebeginsel.

Voor een uitgebreide beschrijving van de ontwikkeling van het transparantiebeginsel over de afgelopen tien jaar verwijs ik naar het artikel hierover van H.M. Stergiou.⁷¹ In de volgende editie van *Gemeentestem* zal ik de vraag verder uitwerken hoe het transparantiebeginsel zou kunnen worden toegepast in het subsidierecht. De hiervoor genoemde Coach4Kids-uitspraak⁷² is echter een concreet voorbeeld van een subsidieprocedure waar het transparantiebeginsel

een toegevoegde waarde had kunnen hebben. Zoals gesteld had het gemeentebestuur van Haarlemmermeer cultuureducatiestichting Pier K in een beleidsnota als 'kernvoorziening' aangewezen. Deze aanwijzing had tot gevolg dat Pier K een prestatiesubsidie ontving en de subsidieaanvraag van Coach4Kids geweigerd moest worden. Coach4Kids heeft niet kunnen meedingen naar de aanwijzing tot kernvoorziening en dus ook niet naar de subsidie. Er heeft in dit geval geen enkele vorm van openbaarheid plaatsgevonden, hetgeen in strijd is met het transparantiebeginsel. Om tot een transparante selectieprocedure te komen had het gemeentebestuur er ook voor kunnen kiezen om een algemene bekendmaking te publiceren dat als men aangewezen wilde worden als kernvoorziening op het terrein van cultuureducatie en kunstzinnige vorming projectvoorstellen konden worden ingediend waarna het 'beste' project aangewezen zou worden en voor subsidie in aanmerking zou komen. Uiteraard zou dan in die algemene bekendmaking ook omschreven moeten worden hoe bepaald zal worden wat het 'beste' project is. Door Pier K aan te wijzen als kernvoorziening zonder een passende mate van openbaarheid te hanteren is niet ieder risico van favoritisme uitgesloten.

Nog meer transparantie

Hiervoor is ingegaan op het verschil tussen subsidie- en opdrachtverlening. Er zijn nog twee andere argumenten voor het standpunt dat het transparantiebeginsel van toepassing is of zou moeten zijn op subsidieverlening. Deze argumenten staan geheel los van het onderscheid tussen de begrippen subsidie en opdracht. De eerste aanwijzing heeft betrekking op staatssteun en het tweede op Europese subsidieregels.

Algemeen aanvaard is dat subsidieverlening aan de (eveneens Europeesrechtelijke) staatssteuncriteria moet voldoen. Art. 107 VWEU bepaalt immers dat steunmaatregelen die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de interne markt. Art. 56 VWEU bepaalt dat beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden zijn. Het transparantiebeginsel vloeit rechtstreeks voort uit dit artikel. Zowel het staatssteunverbod als het transparantiebeginsel hebben ten doel te voorkomen dat de mededinging binnen de Europese Unie wordt vervalst. Deze gemeenschappelijke doelstelling zou reden kunnen zijn een transparantieverplichting in het subsidierecht te introduceren indien sprake is van een subsidieplafond. Hierbij is ook van belang dat subsidies vaak worden verleend voor activiteiten die anders niet kunnen plaatsvinden. Dit heeft tot gevolg dat subsidieverlening aan slechts één partij feitelijk betekent dat anderen niet dezelfde activiteit kunnen verrichten. Om een gelijke behandeling van potentiële subsidieaanvragers te garanderen, zou juist in deze situaties het transparantiebeginsel toegepast kunnen worden.⁷³

67 In de Interpretatieve Mededelingen worden als voorbeelden voor passende en algemeen gebruikte media gegeven: i. internet; ii. Staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, nationale en regionale kranten en vakbladen; iii. lokale media; of iv. Publicatieblad van de Europese Unie/TED (*Tenders Electronic Daily*).

68 Zie bijvoorbeeld het Openstellingsbesluit groen onderwijs 2011 (*Stcrt.* 2010, 20 407).

69 Eveneens HvJ EG van 29 april 2004, nr. C-496/99 (*Succhi di Frutta*). Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 51.

70 HvJ EG 18 oktober 2001, nr. C-19/00 (*SIAC Construction*).

71 H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel. Een bespreking van het arrest *Engelmann* (zaak C-64/08) en tien jaar transparantierechtspraak van het Hof van Justitie', *NTER* 2011, p. 77 e.v.

72 ABRvS 20 oktober 2010, *JB* 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en *AB* 2011/232, m.nt. W. den Ouden.

73 Vgl. A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', *NTER* 2011, p. 244 waarin wordt gewezen op het Actieplan staatssteun (COM (2005)107).

Het tweede aanknopingspunt om het transparantiebeginsel in het (Nederlandse) subsidierecht te introduceren, zijn de Europese subsidieregels. Verordening (EG) nr. 1605/2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (hierna: 'het Financieel Reglement') bepaalt expliciet dat ook bij subsidieverlening het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen.⁷⁴ Het Financieel Reglement regelt de opstelling en uitvoering van de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen en de indiening en controle van de rekeningen. Dit heeft tot gevolg dat het reglement niet van toepassing is op zuiver nationale subsidiërelaties, maar wel op Europese subsidies die door Nederlandse bestuursorganen worden verleend. Het Financieel Reglement heeft een breed toepassingsbereik. Het heeft namelijk zowel betrekking op de opstelling en structuur van de Europese begroting als het plaatsen van opdrachten en subsidieverlening.⁷⁵ Voor subsidies is een aparte titel (Titel VI) in het reglement opgenomen. Ook hier wordt dus een strikt onderscheid gehanteerd tussen subsidieverlening en opdrachtverstrekking. Opvallend is echter dat hier expliciet is bepaald dat het transparantiebeginsel ook met betrekking tot subsidies geldt.⁷⁶ Deze bepaling wordt uitgewerkt door te stellen dat jaarlijks een subsidieprogramma wordt vastgesteld en bekendgemaakt. Jaarlijks worden er 'oproepen tot het indienen van voorstellen' gepubliceerd.⁷⁷ Ook wordt jaarlijks een overzicht gepubliceerd van alle in de loop van het begrotingsjaar toegekende subsidies, waarbij rekening wordt gehouden met de eisen inzake vertrouwelijkheid en veiligheid. Het Financieel Reglement bevat ook de toekenningsprocedure voor Europese subsidies. Zo is bepaald dat aan de hand van de selectiecriteria wordt beoordeeld of de aanvrager de voorgestelde actie of het voorgestelde werkprogramma tot een goed einde kan brengen. Aan de hand van toekenningscriteria wordt de kwaliteit van de inge-

diende voorstellen beoordeeld. De selectie- en toekenningscriteria worden vooraf in de oproep tot het indienen van voorstellen bekendgemaakt. Indien de gevraagde subsidie niet wordt verleend, moeten de redenen voor de verwerping van de aanvraag, met name in het licht van de vooraf bekendgemaakte selectie- en toekenningscriteria, worden medegedeeld.⁷⁸ Al met al komen de bepalingen over subsidieverlening in het Financieel Reglement sterk overeen met de jurisprudentie over het transparantiebeginsel met betrekking tot opdrachtverlening. Het feit dat onderscheid wordt gemaakt tussen opdracht en subsidie betekent dus nog niet dat het transparantiebeginsel niet in acht hoeft te worden genomen.

Op 15 april 2011 heeft het Gerecht van de Europese Unie een arrest gewezen over de toepassing van het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling bij Europese subsidieverlening.⁷⁹ Volgens het arrest veronderstellen deze beginselen dat potentiële aanvragers van financiële bijstand gelijk worden behandeld, gelet op het beperkte budget dat beschikbaar is voor de financiering van deze subsidies. Deze gelijke behandeling heeft ten eerste betrekking op de mededeling, de uitnodiging tot het indienen van voorstellen, de relevante informatie over de criteria voor de selectie van de in te dienen projecten en, ten tweede, op de vergelijkende beoordeling van die projecten die tot de selectie ervan zal leiden en tot de toekenning van de subsidie. Het Gerecht oordeelt: "Gelet op het fundamentele belang van het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling, is het Gerecht van oordeel dat zij mutatis mutandis van toepassing zijn op de procedure voor de toekenning van subsidies ten laste van de gemeenschapsbegroting".⁸⁰ Als bij (Europese) subsidieverlening het transparantiebeginsel van fundamenteel belang wordt geacht, is interessant om te bezien wat dit beginsel dan volgens het Gerecht voor subsidieverlening inhoudt. Het Gerecht stelt hierover dat op begrotingsgebied de verplichting tot doorzichtigheid, als het logische uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling, in essentie tot doel heeft te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de begrotingsautoriteit wordt uitgebannen. Deze verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de toekenningsprocedure op een duidelijke, precieze en onduidelzinnige wijze in de uitnodiging tot het indienen van voorstellen worden geformuleerd. Alle informatie die relevant is voor een goed begrip van de uitnodiging tot het indienen van voorstellen moet dus zo snel mogelijk ter beschikking worden gesteld van alle marktdeelnemers die er potentieel een belang bij hebben om deel te nemen aan een procedure voor de toekenning van subsidies, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, an-

74 Zie eveneens F. van Ommeren, W. den Ouden & J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten; Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011/1162, p. 1470.

75 Dit brede bereik heeft het enigszins ongelukkige gevolg dat ook het begrip 'transparantiebeginsel' op verschillende manieren lijkt te worden gehanteerd. Het transparantiebeginsel als begrotingsbeginsel houdt in dat de vastgestelde begroting gepubliceerd moet worden. De Europese Commissie moet daarbij op passende wijze bekendmaken wie de begunstigde van begrotingsmiddelen zijn, maar met inachtneming van de geheimhoudingsvereisten (art. 29 en 30 Financieel Reglement). Bij alle geheel of gedeeltelijk door de begroting gefinancierde overheidsopdrachten, zoals communautaire aanbestedingsprocedures, moet het transparantiebeginsel in acht worden genomen. De regeling die is opgenomen is vergelijkbaar met de transparantie-eisen zoals wij deze kennen uit de aanbestedingsrichtlijnen. Het reglement bevat eisen voor de bekendmaking van opdrachten. Ook is bepaald dat de inschrijvingsdocumenten een volledige, duidelijke en precieze beschrijving van het voorwerp van de opdracht en de uitsluitings-, selectie- en gunningscriteria voor de opdracht moeten vermelden. Het Financieel Reglement bepaalt dat subsidies niet onder deze titel over overheidsopdrachten vallen (Titel V van het Financieel Reglement, in het bijzonder art. 88 t/m 92 Financieel Reglement).

76 Art. 109 Financieel Reglement.

77 Behalve in uitzonderlijke en naar behoren gemotiveerde spoedeisende gevallen of indien er gezien de kenmerken van de begunstigde of van de actie, voor een bepaalde actie geen andere keuze is of indien in een basisbesluit is bepaald dat de begunstigde een subsidie ontvangt (art. 110 Financieel Reglement).

78 Art. 115-116 Financieel Reglement.

79 Gerecht EU 15 april 2011, nr. T-297/05, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmann.

80 Deze toepassing was nodig, omdat op deze procedure nog het oude financieel reglement van toepassing was dat de beginselen nog niet expliciet noemde.

derzijds, de begrotingsautoriteit in staat is om metterdaad na te gaan of de voorgestelde projecten beantwoorden aan de vooraf bekendgemaakte selectie- en toekenningscriteria. Indien het transparantiebeginsel van fundamenteel belang wordt geacht voor een goed Europees begrotingsbeleid, zou dit een reden kunnen zijn om dit beginsel ook toe te passen bij nationale subsidieverlening. Immers, ook in Nederland wordt (naar ik hoop) gestreefd naar een goed begrotings- en subsidiebeleid en een beginsel van fundamenteel belang als het transparantiebeginsel draagt hieraan bij.

Naast het Financieel Reglement zijn ook de Europese subsidieverordeningen, zoals Verordening (EG) nr. 1828/2006 houdende uitvoeringsbepalingen van onder andere de EFRO-Verordening en ESF interessant. In de overwegingen wordt gesteld dat om ervoor te zorgen dat de informatie over financieringsmogelijkheden op grote schaal onder alle belanghebbenden wordt verspreid, en omwille van de transparantie, moet worden vastgesteld wat de voorlichtingsmaatregelen minimaal moeten inhouden om potentiële begunstigden over de financieringsmogelijkheden te informeren. Ook moet worden bekendgemaakt welke stappen een potentiële begunstigde moet ondernemen om een financieringsaanvraag in te dienen en welke selectiecriteria zullen worden gehanteerd. Deze vereisten worden vervolgens in de verordening uitgewerkt.⁸¹ Ook hier wordt dus het transparantiebeginsel in acht genomen bij de verlening van de subsidies.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat er op dit moment twee subsidieregimes bestaan: één regime voor de verlening van Europese subsidiegelden en één voor nationale gelden. Het valt te betwijfelen of het hanteren van twee uiteenlopende regimes wenselijk is. In het kader van rechtseenheid en rechtszekerheid ben ik in het algemeen voorstander van uniformering, tenzij er zwaarwegende redenen zijn om dit niet te doen. De Europese normen voor subsidieverlening zouden dan ook, hoewel hier wellicht juridisch gezien geen noodzaak voor is, kunnen worden overgenomen voor nationale subsidieverlening. In dit verband wijs ik ook op het eerder genoemde *Zambrano*-arrest, waaruit door sommigen wordt afgeleid dat het Unierecht ook van toepassing kan zijn op zuiver interne kwesties.⁸² Indien de toepassing van het Unierecht daadwerkelijk uitgebreid zou worden tot interne situaties, is dit een extra reden om ook Europese rechtsbeginselen, zoals het transparantiebeginsel, in interne situaties, zoals (nationale) subsidieverlening toe te passen.

5. Afronding

In dit artikel heb ik door de aanbestedings- en subsidieverleningsprocedure globaal te beschrijven inzichtelijk gemaakt dat deze procedures grote overeenkomsten vertonen. Deze overeenkomsten rechtvaardigen de vraag of het strikte onderscheid tussen subsidieverlening en opdrachtverlening nog houdbaar is. Het formele onderscheid tussen subsidieverlening bij besluit en opdrachtverlening bij over-

eenkomst kan mijns inziens geen rechtvaardiging zijn voor het al dan niet van toepassing laten zijn van een Unierechtelijk beginsel als het transparantiebeginsel. Ook de materiële verschillen tussen een opdracht en een subsidie zijn klein. Een vaak genoemd verschil tussen een subsidie en opdracht is dat een opdracht een uitvoeringsplicht kent en subsidieverlening niet. In een uitvoeringsovereenkomst naast een subsidiebesluit kan echter wel een uitvoeringsplicht worden opgenomen, zodat met subsidieverlening hetzelfde effect wordt bereikt. Bovendien kan als de gesubsidieerde activiteit niet wordt verricht, de subsidie op nihil worden vastgesteld of worden ingetrokken en de voorschotten kunnen worden teruggevorderd waardoor feitelijk hetzelfde effect wordt bereikt als met het ontbinden van een overeenkomst. Er zijn daarnaast nog twee andere argumenten voor het standpunt dat het transparantiebeginsel wel van toepassing is of zou moeten zijn op subsidieverlening, namelijk de overeenkomsten met het staatssteunrecht en het feit dat in de Europese regels voor het verdelen van Europese subsidiegelden het transparantiebeginsel is opgenomen.

Er bestaat al met al een groot grijs gebied waar het verschil tussen een subsidie en opdracht vervaagt. Als een subsidiebesluit in combinatie met een uitvoeringsovereenkomst gekwalificeerd kan worden als een opdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen, staat mijns inziens buiten twijfel dat het transparantiebeginsel op de verlening van toepassing is. De meeste subsidies die verleend worden, zijn echter zuiver nationale subsidies zonder uitvoeringsovereenkomst. Als er geen enkel grensoverschrijdend effect is, zijn er geen aanwijzingen dat het Unierechtelijke transparantiebeginsel toegepast moet worden.

Desalniettemin zijn ook bij deze zuiver nationale subsidieverlening zonder uitvoeringsovereenkomst de verschillen tussen subsidieverlening en opdrachtverlening, zeker nu subsidies steeds vaker worden verleend door middel van een vergelijkende toets, dermate klein, dat verdedigbaar is dat het transparantiebeginsel van toepassing zou moeten zijn. De vraag is gerechtvaardigd of het wenselijk is een aanbestedingsrechtelijk beginsel als het transparantiebeginsel ook in het subsidierecht te introduceren als dit de gelijke behandeling van alle potentiële subsidieontvangers zou dienen. Zoals gesteld heeft het transparantiebeginsel in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt voorkomen. Een dergelijke rechtsnorm lijkt ook bij schaarse subsidieverlening wenselijk. Een vervolgvraag is dan of de introductie van het transparantiebeginsel tot wijzigingen in het subsidierecht zou leiden. Het transparantiebeginsel heeft onder meer tot gevolg dat het bestuursorgaan aan het begin van een procedure een passende mate van openbaarheid moet betrachten door het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar te maken. Ook alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure moeten in de aankondiging (of in een document waar de aankondiging naar verwijst) worden geformuleerd. Dit moet gebeuren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Daarnaast vloeit uit het transparantiebeginsel een motiveringsplicht voort. Op dit moment worden subsi-

81 Met name in art. 5 Verordening (EG) nr. 1828/2006.

82 HvJ EU 8 maart 2011, nr. C-34/09, *EHRC* 2011, 65, m.nt. J.R. Groen.

diebesluiten al getoetst aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel. Op de vraag of de introductie van het transparantiebeginsel daadwerkelijk tot wijzigingen in het subsidierecht zou leiden, wordt in de volgende aflevering van de Gemeentestem (Gst. 2011/124) ingegaan.

Gst.

de Gemeentestem

bestuursrechtelijk
tijdschrift

27 december 2011
161e jaargang

736311

Artikelen

- 124. Kan het subsidierecht transparanter?
Mr. A. Drahmman
- 125. Gebruiksbeperkingen in contracten bij gemeentelijke gronduitgifte
Mr. G.H.J. Heutink
- 126. Is uw Winkeltijdenverordening 'Wtw-proof' voor 1 januari 2012?
Mr. M.G.J. Maas-Cooymans

Jurisprudentie

- 127. ABRvS 01-06-2011
Bestemmingsplan. Relativiteitsvereiste (Tholen)
m.nt. J.M.H.F. Teunissen
- 128. CRvB 24-08-2011
Verzending aanvraag per fax aannemelijk gemaakt.
Blote ontkenning ontvangst aanvraag
m.nt. C. Lagerweij-Duits
- 129. ABRvS 28-09-2011
Oplegging lasten onder dwangsom (Barneveld)
m.nt. J.M.H.F. Teunissen
- 130. ABRvS 28-09-2011
Afwijzing planschadeclaim. Planvergelijking
(Nijmegen)
m.nt. J.M.H.F. Teunissen



10164772

Stibbe
Bibliotheek

Kan het subsidierecht transparanter?

124

Subsidies worden door gemeentebesturen steeds vaker verdeeld door middel van een zogenoemde 'tenderprocedure' waarbij de aanvragen onderling worden gerangschikt. In de vorige editie van de Gemeentestem (Gst. 2011/115) heb ik betoogd dat de verschillen tussen een subsidie- en aanbestedingsprocedure zo klein zijn dat dit reden kan zijn om het transparantiebeginsel in het subsidierecht te introduceren. Het transparantiebeginsel kan zowel bij subsidietendering als bij andere subsidieverdelingsmethodes, zoals 'wie het eerst komt, het eerst maalt' of loting, worden toegepast. Een logische vervolgvraag is wat dit voor praktische gevolgen zou hebben voor subsidieverlening. Daarop wordt in dit artikel ingegaan.

1. Inleiding

Vrijwel altijd is het budget voor subsidieverlening beperkt. Een dergelijke verdelingsprocedure voor schaarse subsidies vertoont gelijkenissen met een aanbestedingsprocedure, zeker als de gelden door middel van een 'tenderprocedure' worden verdeeld. Indien ervan wordt uitgegaan dat de verdeling van (schaars) (subsidie)geld in essentie weinig verschilt van de verdeling van (schaarse) opdrachten voor goederen of werken, is interessant om te bezien of de rechtsnormen waaraan een aanbestedingsprocedure moet voldoen verschillen van de rechtsnormen waaraan een procedure ter verdeling van schaarse subsidies moet voldoen. Een van deze rechtsnormen is het transparantiebeginsel. Het transparantiebeginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt voorkomen. Dit betekent concreet dat het gemeentebestuur aan het begin van een procedure een passende mate van openbaarheid moet betrachten door het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar te maken. Ook alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure moeten in de aankondiging (of in een document waar de aankondiging naar verwijst) worden geformuleerd. Dit moet gebeuren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Daarnaast vloeit uit het transparantiebeginsel een motiveringsplicht voort. Het lijkt wenselijk deze rechtsnorm ook bij schaarse subsidieverlening te hanteren, want wie wil nu niet alle potentiële subsidieontvangers gelijk behandelen? Dit uitgangspunt kan bovendien gehanteerd worden bij alle verschillende methodes om subsidie te verdelen ('wie het eerst komt, het eerst maalt', loting, tender of veiling). Een vervolgvraag is of de introductie van het transparantiebeginsel ook daadwerkelijk tot wijzigingen in het subsidie-

recht zou leiden of dat de huidige subsidietitel en algemene beginselen van behoorlijk bestuur afdoende zijn. Daarom zal in het hierna volgende de subsidietitel zoals deze is neergelegd in titel 4.2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de jurisprudentie over (schaarse) subsidieverlening vergeleken worden met de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie over het transparantiebeginsel, zodat de vraag kan worden beantwoord of door toepassing van het transparantiebeginsel de transparantie van subsidieverlening vergroot zou kunnen worden.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de vraag of in het subsidierecht sprake is van een passende mate van openbaarheid (paragraaf 2), wat de inhoud van een bekendmaking moet zijn om een passende mate van openbaarheid te creëren (paragraaf 3) en welke eisen het transparantiebeginsel stelt aan de motivering van een subsidiebesluit en de toetsing door de rechter aan dat besluit (paragraaf 4). Iedere paragraaf zal afgesloten worden met enkele praktische tips om een subsidieprocedure zo transparant mogelijk te maken.

2. Passende mate van openbaarheid

Zoals gesteld is een belangrijk (zo niet het belangrijkste) element van het transparantiebeginsel dat een passende mate van openbaarheid gegarandeerd moet worden. De subsidietitel bevat de verplichting om een wettelijke grondslag te creëren, om een subsidieplafond vast te stellen en om de wijze van verdeling te vermelden. Hierna zal worden bezien of deze drie verplichtingen voldoende zijn om een passende mate van openbaarheid te garanderen.

2.1 Wettelijke grondslag voor subsidies

De aanbestedende dienst moet het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar maken en daarbij alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure vooraf formuleren. Ook in de Awb is enige vorm van openbaarheid voor subsidieverlening vastgelegd. Ten eerste mag een subsidie in beginsel slechts verstrekt worden op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt.² Het enkel creëren van een wettelijke basis voor subsidieverlening is echter onvoldoende om te kunnen spreken van een passende mate van openbaarheid. Allereerst bepaalt art. 4:23 Awb niet dat ook de procedure voor de subsidieverlening en de subsidievoorwaarden in dat wettelijk voorschrift moeten worden opgenomen. Daarnaast is het volgens vaste jurisprudentie mogelijk om met terugwerkende kracht een wettelijke basis voor subsi-

¹ Annemarie Drahmman is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en senior Professional Support Lawyer bij Stibbe. Dit artikel is afgerond op 5 december 2011. Het artikel is door redactieraad als wetenschappelijk artikel beoordeeld.

² Art. 4:23 Awb. Zie eveneens M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 203 e.v. (Jacobs & Den Ouden 2011a in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011).

dieverlening te creëren.³ Een dergelijke terugwerkende kracht kan tot gevolg hebben dat ook de algemene bekendmaking pas achteraf plaatsvindt.

Bovendien bevat de Awb mogelijkheden om zonder wettelijke grondslag subsidie te verstrekken, bijvoorbeeld voor incidentele subsidies en begrotingssubsidies.⁴ Bij deze subsidies heeft geen enkele vorm van openbaarheid plaatsgevonden. Concurrenten van de subsidieontvanger hebben op geen enkele manier in aanmerking kunnen komen voor deze incidentele subsidie. Incidentele subsidies zijn bedoeld voor de situatie dat zowel het aantal subsidieontvangers als het tijdvak waarvoor de subsidie verleend wordt, beperkt zijn.⁵ Als de kring van subsidieontvangers afgebakend is en als aan deze gehele kring subsidie wordt verleend, kan betoogd worden dat er geen probleem is. Het is echter de vraag hoe een bestuursorgaan kan weten dat de gehele kring van potentiële subsidieontvangers bereikt is. Dit kan alleen door een passende mate van openbaarheid te creëren.

De enkele verplichting om een wettelijke grondslag te creëren is dus onvoldoende om te kunnen spreken van een transparante subsidieverlening. De wetgever heeft daarnaast ook een aanvullende regeling getroffen voor het geval een subsidieplafond wordt vastgesteld.

2.2 Vaststellen van het subsidieplafond

Art. 4:25 Awb bepaalt dat een subsidie wordt geweigerd als door subsidieverstrekking het subsidieplafond zou worden overschreden. Door het vaststellen van een subsidieplafond staat dan ook buiten twiifel dat de subsidie geweigerd mag worden wegens budgetuitputting.⁶

Als gekozen wordt voor een subsidieplafond dan is van belang dat deze bij of krachtens wettelijk voorschrift moeten worden vastgesteld.⁷ Een subsidieplafond zal overeenkomstig art. 3:42 Awb algemeen bekendgemaakt worden.⁸ Het plafond moet ook vooraf worden bekendgemaakt. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan mijn eerdergenoemde bezwaar tegen het verbinden van terugwerkende kracht aan een wettelijke grondslag. Als een subsidieplafond te laat wordt bekendgemaakt, heeft deze bekendmaking in begin-

sel geen gevolgen voor voordien ingediende aanvragen. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de rechtszekerheid eist dat het subsidieplafond wordt bekendgemaakt voor de aanvang van het tijdvak waarop het betrekking heeft. De aanvrager behoort te kunnen weten dat zijn aanvraag wegens het ontbreken van gelden kan worden afgewezen, ook al voldoet zij aan alle gestelde eisen.⁹ In de ES-uitspraak uit 2007 oordeelde de Afdeling dat de bekendmaking van een subsidieplafond per e-mail en de website onvoldoende is. Het plafond was daardoor niet in werking getreden. Pas een latere bekendmaking in de Staatscourant merkte de Afdeling aan als de bekendmaking in de zin van de Awb en daarmee als datum van inwerkingtreding van het subsidieplafond. Dit had grote financiële gevolgen voor het bestuursorgaan, omdat alle tot die latere datum ingediende aanvragen niet geweigerd konden worden met een beroep op het subsidieplafond.¹⁰

Door het vooraf algemeen bekendmaken van het subsidieplafond is sprake van een passende mate van openbaarheid en wordt voldaan aan een van de elementen van het transparantiebeginsel.

In het wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet 20.. is opgenomen dat aankondigingen voor overheidsopdrachten geplaatst moeten worden op de website van TenderNed. Op deze manier zijn alle overheidsopdrachten op één plaats te vinden. De algemene bekendmaking van art. 3:42 Awb bevat niet een dergelijke verplichting. Een aantal bestuursorganen stelt hun lokale bekendmakingen inmiddels ter beschikking op www.overheid.nl en alle geconsolideerde algemeen verbindende voorschriften zijn daar ook te vinden, maar dit betreft dus nog niet alle bekendmakingen. De transparantie van subsidieregelingen zou nog verder vergroot kunnen worden door (nog) meer van één centrale website gebruik te maken.

2.3 Vermelding van de wijze van verdeling

Bij de bekendmaking van het subsidieplafond moet ook de wijze van verdeling worden vermeld. In de memorie van toelichting wordt expliciet gesteld dat potentiële subsidieaanvragers bij de inrichting van hun aanvraag rekening moeten kunnen houden met de vastgestelde verdelingsmaatstaven. Daarom moet bij de bekendmaking van het subsidieplafond worden vermeld waar die maatstaven zijn neergelegd.¹¹

Ook de wijze van verdeling moet bij of krachtens wettelijk voorschrift worden bepaald. Deze verplichting is echter beperkt. In het wettelijk voorschrift zelf zou volstaan kunnen worden met het enkel noemen van de gekozen verdelingsmethode, bijvoorbeeld op volgorde van binnenkomst van de aanvragen of door een onderlinge vergelijking. De criteria op basis waarvan de aanvragers bij een onderlinge vergelijking geselecteerd worden, zouden blijkens de memorie van toelichting ook neergelegd kunnen worden in een op

3 O.a. ABRvS 10 februari 2010, AB 2010/214, m.nt. W. den Ouden.

4 Art. 4:23 lid 3 onderdeel c en d Awb.

5 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 43.

6 Indien geen subsidieplafond wordt vastgesteld kan onder omstandigheden ook de subsidie worden geweigerd wegens budgetuitputting. Het bestuursorgaan beschikt immers over een discretionaire bevoegdheid. Ook dan moet het echter de aanvrager vooraf redelijkerwijs duidelijk zijn geweest dat de budgetuitputting kon worden tegengeworpen, bijvoorbeeld omdat dit op het aanvraagformulier is vermeld (vgl. CRvB 17 oktober 2000, RSV 2001/16 en CRvB 11 december 2002, RZA 2003/56). Als ook dit niet het geval is, kan een open-einde-regeling ontstaan, omdat het weigeren in dat geval in strijd met de rechtszekerheid kan komen (vgl. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 45, waar wordt verwezen naar het arrest *De Bourbon/Naundorff*, HR 4 november 1849, W.1058).

7 Art. 4:25 Awb.

8 Dit betekent dat subsidieplafonds van een tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan bekendgemaakt worden in de Staatscourant. Subsidieplafonds van decentrale overheden worden bekendgemaakt in "een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze". Zie eveneens Jacobs & Den Ouden 2011a.

9 Art. 4:27 Awb. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 49.

10 ABRvS 3 januari 2007, AB 2007/224, m.nt. W. den Ouden. In deze uitspraak kwam ook de vraag aan de orde of het subsidieplafond wel bij of krachtens wettelijk voorschrift was vastgesteld.

11 Art. 4:26 Awb. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 49.

grond van het wettelijk voorschrift vastgesteld plan dat de beleidsprioriteiten aangeeft.¹² Deze beleidsprioriteiten worden vaak vastgelegd in beleidsregels. Het vaststellen van de selectiecriteria in beleidsregels is mijns inziens echter onwenselijk, gelet op de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels.¹³ Art. 4:84 Awb bepaalt immers dat een bestuursorgaan overeenkomstig zijn beleidsregel handelt, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.¹⁴ Deze inherente afwijkingsverplichting moet ook worden toegepast als dit ten nadele van derden zou zijn.¹⁵ Op grond van het transparantiebeginsel is het echter van groot belang dat de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze worden toegepast.¹⁶ Alleen op deze wijze wordt gegarandeerd dat alle potentiële subsidieontvangers op dezelfde manier worden behandeld. Op dit moment is het mogelijk dat een onderneming een subsidieaanvraag indient die niet aan de subsidiecriteria voldoet, maar in zijn aanvraag betoogt dat sprake is van bijzondere omstandigheden die afwijking van de beleidsregel rechtvaardigen. Tegelijk kan een andere onderneming die in dezelfde bijzondere omstandigheden verkeert, besloten hebben geen aanvraag in te dienen, omdat hij toch niet aan de criteria voldeed. Door toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid wordt een ongelijkheid gecreëerd. De mogelijkheid om af te wijken van de criteria is daarmee ondoorzichtig. Ik zou er dan ook voor willen pleiten om in de Awb te bepalen dat ofwel de subsidieverleningscriteria ook bij

wettelijk voorschrift moeten worden vastgesteld ofwel art. 4:84 Awb niet van toepassing is bij subsidieverlening met een subsidieplafond.

Een voorbeeld van een procedure waarbij beleidsregels tot ontransparante subsidieverlening leidden, is de uitspraak *Coach4Kids*.¹⁷ Burgemeester en wethouders van Haarlemmermeer hadden Pier K in de cultuurnota (een beleidsregel) aangewezen als 'kernvoorziening'. Uitsluitend kernvoorzieningen komen in aanmerking voor prestatiesubsidie. Coach4Kids vraagt ook een prestatiesubsidie aan, maar deze aanvraag wordt geweigerd omdat Pier K al is aangewezen als kernvoorziening. Uit de uitspraak blijkt niet hoe burgemeester en wethouders tot de aanwijzing van Pier K tot kernvoorziening is gekomen. Op grond van het transparantiebeginsel hadden burgemeester en wethouders door middel van een passende bekendmaking zowel Pier K als Coach4Kids in aanmerking moeten laten komen voor de aanwijzing als kernvoorziening en daarmee voor subsidieverlening. Coach4Kids betoogde in hoger beroep dat de status van Pier K als kernvoorziening niet als weigeringsgrond kan dienen voor haar aanvraag, omdat de aanwijzing van Pier K als kernvoorziening onrechtmatig wegens strijd met het aanbestedingsrecht is. De Afdeling verwerpt dit beroep met de enkele overweging dat het aanbestedingsrecht niet van toepassing is zonder te toetsen aan het transparantiebeginsel (of enig ander beginsel van behoorlijk behoor). Uit het voorgaande volgt dat de subsidietitel in beginsel voldoet aan het transparantiebeginsel, maar dat de regeling beperkt is waardoor subsidieverlening in strijd met het transparantiebeginsel mogelijk is. Dit kan zich met name voordoen als de subsidieverdeelregels worden vastgelegd in beleidsregels.

Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure

- Verleen geen subsidie zonder eerst een wettelijke grondslag te creëren.
- Verbind geen terugwerkende kracht aan de wettelijke grondslag.
- Maak het besluit waarbij het plafond wordt vastgesteld algemeen bekend, bij voorkeur via een centrale, landelijke website (bijvoorbeeld www.overheid.nl).
- Leg de verdelingsmaatstaf niet neer in beleidsregels, maar in een algemeen verbindend voorschrift; dit in verband met de (ondoorzichtige) inherente afwijkingsbevoegdheid.

3. Inhoud van de bekendmaking

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt welke aspecten openbaar gemaakt moeten worden bij een aanbestedingsprocedure. Pas als deze aspecten vooraf openbaar gemaakt worden, is sprake van een passende mate van openbaarheid. Opvallend is dat de Awb juist weinig tot geen eisen stelt aan wat bekendgemaakt moet worden. De jurisprudentie van het Hof van Justitie kan dan ook wellicht

12 Art. 4:26 Awb. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

13 Een tweede bezwaar tegen het vaststellen van een subsidieplafond en de criteria bij separaat besluit is dat een dergelijk besluit aangemerkt wordt als concretiserend besluit van algemene strekking. Dit heeft tot gevolg dat een separaat vaststellingsbesluit appellabel is, maar eenzelfde bepaling in een subsidieregeling of beleidsregel zelf niet. Omdat dit aspect los staat van de transparantie, laat ik dit punt hier rusten en volsta ik met een verwijzing naar ABRvS 3 januari 2007, AB 2007/224, m.nt. W. den Ouden en CBB 3 juni 2009, AB 2009/374, m.nt. C.J. Wolsinkel.

14 In de memorie van toelichting bij de Awb wordt gesteld dat de beleidsregel nimmer volledig kan binden. Dan zou de beleidsregel immers volledig de werking van een wettelijk voorschrift verkrijgen, ondanks de omstandigheid dat de in onze rechtsstaat daarvoor vereiste bevoegdheidsverlening bij wettelijk voorschrift ontbreekt. "Daarnaast wordt gesteld dat alleen in bijzondere gevallen afgeweken kan worden van een beleidsregel. Een structurele afwijking zal uit oogpunt van rechtszekerheid door middel van wijziging van de beleidsregel moeten worden gerealiseerd. Een incidentele afwijking in een normaal geval zou snel in strijd komen met het gelijkheidsbeginsel" (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 122 en 124-125).

15 In de memorie van toelichting wordt gesteld: "De afwijkingsbevoegdheid moet bij alle beleidsregels onder meer met inachtneming van de art. 3:2 en 3:4 worden uitgeoefend. De door art. 3:4 binnen de grenzen van de wet geëiste belangenafweging is daarbij van bijzonder belang indien de te overwegen afwijking gunstig is voor de ene belanghebbende, maar ongunstig voor een andere belanghebbende (bijv. Afd. rechtspraak 30 april 1977, AB 1977/308; Afd. rechtspraak 9 mei 1978, AB 1979/223). Afwijking is namelijk, anders dan de Raad voor het Binnenlands Bestuur in zijn advies veronderstelt, ook ten nadele van een burger mogelijk, en wel wanneer toepassing van de beleidsregel in een bijzonder geval onevenredige gevolgen zou hebben voor een andere belanghebbende – het bestuursorgaan zelf daaronder begrepen." (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 125-126)

16 O.a. HvJ EU 18 januari 2010, nr. C-226/09, NJ 2011/87, en HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/03, NJ 2004/234 (*Wiensrom*).

17 ABRvS 20 oktober 2010, JB 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden.

een nadere invulling geven aan deze open norm uit de Awb. Hierna wordt ingegaan op de openbaarmaking van de verdelingscriteria, de aanvraagperiode en de problematiek van onvolledige aanvragen en de rol van adviescommissies bij het beoordelen van de aanvragen. Ook wordt ingegaan op de wijzigingsmogelijkheden van zowel de vastgestelde criteria, ingediende aanvragen en eenmaal genomen subsidiebesluiten.

3.1 Openbaarmaking van de verdelingscriteria

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat in ieder geval de verdelingscriteria openbaar gemaakt moeten worden.¹⁸

Uit een recente uitspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de onderlinge weging niet vooraf openbaar gemaakt hoeft te worden, maar wel voor de beoordeling van de ingediende aanvragen vastgesteld moet zijn. De bekendmaking van de onderlinge weging van de criteria is volgens het Hof niet van wezenlijke invloed op de voorbereiding van de aanvraag.¹⁹

Daarnaast is van belang dat de eenmaal vastgestelde essentiële criteria én de weging van die criteria, niet meer kunnen worden gewijzigd. De criteria moeten gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitgelegd worden.²⁰ Als een bestuursorgaan de mogelijkheid wil behouden om een criterium te kunnen wijzigen, dan zal deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan uitdrukkelijk opgenomen moeten worden bij het vaststellen van de criteria. Hierdoor kunnen alle potentiële aanvragers er van meet af aan kennis van hebben en is weer sprake van een gelijke uitgangssituatie bij het opstellen van de aanvragen.²¹ De criteria moeten dusdanig worden geformuleerd dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren.²² Dat de eenmaal gekozen verdelingsmethode en -criteria niet meer kunnen worden gewijzigd, volgt ook uit jurisprudentie van de bestuursrechter. Zo werd het hangende de procedure wijzigen van een verdeelmethode van vergelijkende toets naar volgorde van binnenkomst, in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel geacht²³ en het hangende de procedure wijzigen van de verleningscriteria onaanvaardbaar vanuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid.²⁴

Van belang is dat uit het transparantiebeginsel niet voortvloeit welke methode een bestuursorgaan moet kiezen. Het bepaalt slechts dat als eenmaal gekozen is voor een bepaalde procedure, deze procedure wel transparant moet verlopen.²⁵ Volgens vaste jurisprudentie beschikt het bestuursorgaan over beleidsvrijheid om te kiezen welke verdelingsmethode hij het meest geschikt acht. Het enkele feit dat ook andere methoden denkbaar zouden zijn geweest, is geen reden om een verdeling op volgorde van binnenkomst als onredelijk aan te merken.²⁶ Het is mijns inziens wel noodzakelijk dat voorafgaand aan iedere subsidieverleningsprocedure een expliciete keuze wordt gemaakt voor de te volgen verdelingsprocedure. Alleen op deze wijze wordt de benodigde duidelijkheid (of transparantie) geboden aan alle potentiële aanvragers. Soms wordt uit jurisprudentie afgeleid dat uit het niet opnemen van verdelingsregels volgt dat een systeem van verdeling op volgorde van binnenkomst is beoogd.²⁷ Van bestuursorganen mag echter verwacht worden dat zij bij de verdeling van subsidiegelden van te voren nadenken over de gewenste wijze van verdeling en dit ook schriftelijk vastleggen.

Het vaststellen van de verdeelregels is met name van belang als een vergelijkende toets moet worden verricht, omdat zonder toetsingscriteria geen onderlinge rangschikking van de aanvragen kan worden gemaakt. Het niet opnemen van nadere verdeelregels kan echter ook bij de verdeling op volgorde van binnenkomst tot problemen leiden. Dit is bijvoorbeeld het geval als er op één dag meer aanvragen binnenkomen dan er op grond van het subsidieplafond verleend kunnen worden en er bij het bestuursorgaan geen gedetailleerdere registratie van aanvragen is gehanteerd. In dat geval wordt vaak geloot.²⁸ Hoewel deze handelswijze door de rechter is geaccepteerd, verdient het de voorkeur dat voorafgaand aan de procedure, bij de algemene bekendmaking van het subsidieplafond, duidelijk is welke verdeelmethode wordt gehanteerd en wat de verdelingscriteria zijn. Voor verdeling op grond van volgorde van binnenkomst geldt dit evenzeer als voor de subsidietender. Alleen op deze wijze wordt gegarandeerd dat alle potentiële aanvragers bekend zijn met de (spelregels van de) procedure, hetgeen de procedure transparant maakt.

Als de verdelingscriteria van tevoren zijn vastgesteld, kan naderhand blijken dat de criteria onduidelijk zijn. In de subsidieverleningspraktijk is het niet ongebruikelijk dat een potentiële aanvrager telefonisch contact opneemt met de behandelend ambtenaar om te vragen wat nu precies met een bepaald criterium bedoeld is. Als antwoord op deze vraag gegeven zou worden, zou deze aanvrager over meer

18 O.a. HvJ EG 25 april 1996, nr. C-87/94 (*Waalse bussen*) en HvJ EG 24 januari 2008, nr. C-532/06 (*Lianakis e.a.*).

19 HvJ EU 18 januari 2010, nr. C-226/09, NJ 2011/87.

20 O.a. HvJ EU 18 januari 2010, nr. C-226/09, NJ 2011/87, en HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/03, NJ 2004/234 (*Wienstrom*).

21 HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99 (*Succhi di Frutta*).

22 HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/03, NJ 2004/234 (*Wienstrom*).

23 CBB 8 januari 2010, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono.

24 CBB 19 december 2007, JB 2008/67.

25 Het is dan ook niet zo dat uit het transparantiebeginsel een mededingsverplichting voortvloeit. Het is juist omgekeerd: als sprake is van een mededingsplicht, dan zal bij de verdelingsprocedure het transparantiebeginsel in acht moeten worden genomen. Ook Van Ommeren wijst op het principiële onderscheid tussen de beschikbaarheid van (oftewel: de toegang tot) het recht (mededinging) en de verdelingsprocedures (F.) van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingsruimte' in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 235 e.v.

26 ABRvS 3 april 1991, AB 1991/555 en ABRvS 3 april 1991, AB 1992/46.

27 CBB 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel.

28 CBB 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2011/15, m.nt. M.J. Jacobs. Zie eveneens ABRvS 18 juli 2007, JB 2007/168 en AB 2008/28, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden, waarin de Afdeling oordeelde dat een dergelijke loting geen nieuwe wijze van verdeling is, maar een noodzakelijke nadere uitwerking van de wijze van verdeling. Aardig is ook CBB 7 april 2011, AB 2011/164, m.nt. W. den Ouden, waarin het CBB oordeelt dat een subsidie die wordt verdeeld op basis van loting, geen prijs of premie is waarop de Wet op de kansspelen betrekking heeft.

informatie beschikken dan de overige potentiële aanvragers. Dit is vanuit een oogpunt van transparantie onwenselijk. Alleen door de informatie aan eenieder te verstrekken kan de gelijke positie van de potentiële aanvragers worden gegarandeerd. In het aanbestedingsrecht wordt daarom vaak gewerkt met een 'nota van inlichtingen'.²⁹ Dit betekent dat in de bekendmaking is opgenomen dat alle geïnteresseerden voor een bepaalde datum hun vragen over de criteria kunnen stellen. Deze vragen worden dan tegelijkertijd in een schriftelijk document beantwoord en algemeen bekendgemaakt. Door deze algemene bekendmaking, bijvoorbeeld via de website, wordt gegarandeerd dat alle geïnteresseerden over dezelfde informatie beschikken. De subsidietitel in de Awb kent een dergelijke verplichting niet. Dit kan tot gevolg hebben dat de subsidie niet wordt verleend aan het beste initiatief, maar aan degene die de meeste informatie heeft ingewonnen. Dit is onwenselijk indien men het schaarse subsidiegeld wil toekennen aan de beste initiatieven. Het toepassen van het transparantiebeginsel kan op dit punt dan ook een toegevoegde waarde hebben bij subsidieverlening.

3.2 Aanvraagperiode en onvolledige aanvragen

Op grond van het transparantiebeginsel moeten zowel de begindatum als de uiterste datum waarop aanvragen ingediend kunnen worden van te voren openbaar gemaakt worden. Zo wordt gegarandeerd dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft, omdat de aanvragers evenveel tijd hebben gehad voor het opstellen van de aanvraag.

Het fixeren van deze aanvraagperiode heeft tot gevolg dat een wijziging of aanvulling van de oorspronkelijke aanvraag niet mogelijk is. Dit zou betekenen dat één aanvrager bevoorrecht wordt tegenover zijn concurrenten en dit doet afbreuk aan de transparantie van de procedure.³⁰

Het uitgangspunt is dus dat een aanvraag die te laat of onvolledig is ingediend niet meer bij de beoordeling kan worden betrokken. Dit uitgangspunt wordt ook in het subsidierecht gehanteerd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet met de gelijktijdige onder-

linge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in een tendersysteem centraal staan. Uit de aard van het tendersysteem vloeit voort dat vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat daarna geen rekening kan worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag.³¹ Het is echter de vraag wanneer sprake is van een 'wijziging' van de aanvraag. Onderscheid kan gemaakt worden tussen een kennelijke vergissing die gecorrigeerd wordt en een wijziging van de aanvraag.³² Als sprake is van een substantiële wijziging van de aanvraag die te ver verwijderd is van de oorspronkelijke aanvraag, moet het wijzigingsverzoek worden aangemerkt als een nieuwe aanvraag. Van een aanvrager mag zorgvuldigheid worden verwacht bij het invullen en indienen van een subsidieaanvraag.³³ Het aanmerken van een wijzigingsverzoek als nieuwe aanvraag is uiteraard slechts mogelijk indien dit past binnen de subsidieverdeelregels: een wijzigingsverzoek dat is ingediend na afloop van de aanvraagperiode kan niet worden aangemerkt als een nieuwe aanvraag, maar zal buiten beschouwing gelaten moeten worden.

De eigen verantwoordelijkheid van de aanvrager voor het indienen van zijn aanvraag heeft ook tot gevolg dat het bestuursorgaan in beginsel zelf geen actie hoeft te ondernemen om nadere gegevens te verkrijgen van de aanvrager.³⁴ Hiermee wordt een andere invulling gegeven aan de verplichting van art. 3:2 Awb dat bestuursorganen de nodige kennis moeten vergaren omtrent de relevante feiten.

Bijzonder aandachtspunt is art. 4:5 Awb. Dit artikel bepaalt dat een bestuursorgaan kan besluiten de aanvraag niet te behandelen, indien sprake is van een onvolledige aanvraag, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. Gelet op het transparantiebeginsel, heeft het de voorkeur dat een bestuursorgaan de aanvrager geen hersteltermijn geeft, maar direct de aanvraag inhoudelijk beoordeelt en vervolgens de aanvraag weigert, omdat niet voldaan is aan de gestelde criteria. Uit jurisprudentie volgt dat een pro forma-aanvraag niet zonder meer buiten beschouwing mag worden gelaten, maar dat een bestuursorgaan de indieners daarvan in de gelegenheid moet stellen hun onvolledige aanvraag aan te vullen.³⁵ Volgens het CBB brengt een zorgvuldige voorbereiding van een beslissing op een aanvraag met zich dat het bestuursorgaan de aanvrager tijdig in de gelegenheid stelt om een onvolledige aanvraag aan te vullen. Dit ligt, aldus het CBB, in lijn met het uitgangspunt van de wetsgeschiedenis van art. 4:5 Awb, waaruit blijkt dat de in art. 4:5 Awb neergelegde eis een uitvloeisel van het zorgvuldigheidsbeginsel is. In de enkele omstandigheid dat voor de indiening van de aanvraag strikte termijnen gelden, ziet het CBB geen grond voor de conclusie dat geen herstelmogelijkheid geboden had hoeven worden.³⁶ De herstelmogelijkheid van art. 4:5 Awb is echter

29 Art. 2.53 wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 20..

30 HvJ EG 25 april 1996, nr. C-87/94 (Waalse bussen).

31 O.a. ABRvS 15 juli 2009, nr. 200807322/1; ABRvS 20 december 2006, nr. 20604066/1; en ABRvS 25 juli 2001, AB 2001/339, m.nt. N. Verheij.

32 ABRvS 15 augustus 2007, AB 2008/29, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden, waarin de mededeling van de aanvrager dat bij nader inzien toch geen btw gecompenseerd of afgetrokken kon worden, werd aangemerkt als een wijziging van de aanvraag. Deze wijziging werd niet betrokken bij de oorspronkelijke aanvraag, maar aangemerkt als een nieuwe aanvraag.

Ook de Minister van EL&I hanteert bij subsidieverlening de beleidslijn dat na het bereiken van een subsidieplafond slechts in twee situaties een aanvraag gewijzigd of aangevuld mag worden zonder dat dit gevolgen heeft voor de rangschikking van de aanvraag. De eerste situatie doet zich voor wanneer de wijziging niet van invloed is op de inhoudelijke beoordeling van de aanvraag. De tweede situatie doet zich voor als sprake is van een kennelijke verschrijving. Daaronder wordt een zeer evidente reken- of typefout verstaan die onmiddellijk en zonder enige twijfel als vergissing herkenbaar is, in welk geval een aanvulling of wijziging van de aanvraag dus niet nodig is. Het CBB oordeelt dat deze gedragslijn niet in strijd met de wet of anderszins onrechtmatig is (CBB 7 juli 2011, LJN BR5050).

33 CBB 11 augustus 2010, LJN BN4730.

34 CBB 3 april 2001, LJN AB1115.

35 ABRvS 19 januari 2001, AB 2001/113, m.nt. N. Verheij.

36 CBB 10 november 2010, LJN BP0447; en CBB 20 mei 2011, LJN BQ9551.

ook volgens het CBB begrensd. Dit blijkt uit een uitspraak van het CBB van 18 november 2011.³⁷ In deze procedure bepaalde het wettelijk voorschrift dat bij de subsidieaanvraag een kopie van de watervergunning moest worden overgelegd en dat aanvragen die hieraan (en aan de andere vereisten uit het wettelijk voorschrift) niet voldeden, moesten worden geweigerd. Er was een subsidieplafond vastgesteld en de subsidiegelden werden verdeeld op grond van volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Op het moment dat het indieningstijdstip voor aanvragen afliep, was de watervergunning nog niet verleend en deze kon dus ook nog niet worden overgelegd bij de aanvraag. Het CBB overweegt dat in dit soort procedures aanvragen om subsidie met elkaar concurreren als gevolg van het subsidieplafond: "Toewijzing aan de ene aanvrager kan immers ten koste van de andere gaan. Derhalve kan een aanvraag na het uiterste indieningstijdstip niet meer worden veranderd of inhoudelijk aangevuld." Weliswaar is het, aldus het CBB, mogelijk een gebrekkige aanvraag, die tijdig is ingediend, na afloop van het wettelijke indieningstijdstip aan te vullen, maar dat geldt alleen voor het ontbreken van een voor de afloop van het indieningstijdstip verleende vergunning. Omdat de watervergunning in deze procedure op dat moment nog niet bestond, was er geen grondslag om de aanvraag ingevolge art. 4:5 Awb buiten behandeling te laten en had de aanvraag afgewezen moeten worden. Deze uitspraak maakt duidelijk dat op het moment dat de datum voor het indienen van aanvragen verstrijkt alle benodigde bescheiden moeten bestaan en dat aanvragen anders afgewezen moeten worden. Dit is in overeenstemming met het transparantiebeginsel. Tegelijk overweegt het CBB ook dat het dus in beginsel wel mogelijk is een gebrekkige aanvraag, die tijdig is ingediend, na afloop van het wettelijke indieningstijdstip aan te vullen. Dit is in overeenstemming met art. 4:5 Awb, maar staat op gespannen voet met het transparantiebeginsel.

De vaste jurisprudentie dat het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet verdraagt met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in een tendersysteem centraal staan, is in lijn met jurisprudentie over het transparantiebeginsel, maar het is de vraag hoe zich dit verhoudt tot art. 4:5 Awb. Aangezien art. 4:5 Awb een dwingendrechtelijke bepaling is, kan hier slechts bij wet in formele zin van worden afgeweken.³⁸ Art. 4:5 Awb bevat ook volgens de Afdeling een algemene regeling voor de behandeling van onvolledige aanvragen door bestuursorganen. In dit artikel noch in de subsidietitel van de Awb is hierop een uitzondering gemaakt.³⁹ Jacobs en Den Ouden maken een onderscheid tussen onvolledige aanvragen die binnen de termijn worden ingediend en aanvullingen en wijzigingen die na de termijn op eigen initiatief door de aanvrager worden ingediend, waarbij bij onvolledige aan-

vragen binnen de termijn de aanvrager een hersteltermijn moet worden geboden, maar bij overige aanvullingen niet.⁴⁰

Een ander aandachtspunt is dat art. 4:5 Awb een discretionaire bevoegdheid betreft. Dit heeft tot gevolg dat als een aanvrager geen gebruik heeft gemaakt van de geboden hersteltermijn, het bestuursorgaan niet verplicht is om de aanvraag buiten behandeling te laten. Het bestuursorgaan zal ook in dat geval een belangenafweging moeten maken.⁴¹ Een dergelijke belangenafweging staat echter op gespannen voet met de duidelijkheid over de procedure die het transparantiebeginsel vereist en moet garanderen dat alle aanvragers gelijk behandeld worden.

Op grond van het voorgaande is het dan ook wenselijk dat de subsidietitel wordt aangevuld met een bepaling dat art. 4:5 Awb niet van toepassing is indien sprake is van subsidieverlening waarbij een subsidieplafond is vastgesteld. Jacobs en Den Ouden stellen voor om de subsidietitel in de Awb uit te breiden met de volgende regeling. Als subsidie wordt verdeeld op volgorde van binnenkomst, moet de aanvrager in de gelegenheid worden gesteld de aanvraag aan te vullen en geldt de dag waarop de aanvraag voldoet aan de wettelijke voorschriften als datum van ontvangst. Als subsidie wordt verdeeld op volgorde van rangschikking kan, in afwijking van art. 4:5 Awb, het bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen als de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling en rangschikking van de aanvraag of de voorbereiding van de beschikking.⁴² Deze uitbreiding van de subsidietitel zou een verbetering zijn ten opzichte van de huidige situatie, maar komt nog niet aan al mijn bezwaren tegemoet. De aanvulling voor de verdeling op volgorde van binnenkomst, bepaalt namelijk nog niet duidelijk hoe art. 4:5 Awb moet worden toegepast. Niet bepaald wordt op welk moment de hersteltermijn geboden moet worden (na ontvangst van de aanvraag of na afloop van de indieningstermijn) en dat deze hersteltermijn voor alle aanvragers gelijk moet zijn. Daarnaast is van belang dat in beide voorgestelde artikelen nog altijd sprake is van een discretionaire bevoegdheid: het bestuursorgaan kan besluiten om de aanvraag buiten behandeling te stellen. In het kader van een transparante procedure verdient het de voorkeur om te bepalen dat als een aanvraag na een hersteltermijn nog altijd niet compleet is, deze aanvraag buiten behandeling moet worden gesteld of worden geweigerd. Zowel een regeling die zeer strikt is (er is geen herstelkans, waardoor alle onvolledige aanvragen worden geweigerd) of juist soepeler (er is één herstelkans die duidelijk afgeba-

37 CBB 18 november 2011, L/N BU5467. Het wettelijk kader voor deze subsidieprocedure is het Besluit stimulering duurzame energieproductie (BSDE).

38 Zie in deze zin ook Jacobs & Den Ouden 2011a.

39 ABRvS 4 juli 2007, AB 2008/99, m.nt. N. Verheij.

40 Jacobs & Den Ouden 2011a en M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JBplus* 2011, p. 35 e.v. (Jacobs & Den Ouden 2011b).

Ook Damen betoogt dat als sprake is van een verdeling op volgorde van binnenkomst de onvolledigheid van de aanvraag niet gehanteerd kan worden als weigeringsgrond. Een dergelijke regeling is in strijd met art. 4:5 Awb en onverbindend (CBB 17 mei 1995, *RBA* 1994/95, p. 211, m.nt. L.J.A. Damen).

41 Rb. Rotterdam 6 januari 2011, L/N BP0013.

42 Jacobs & Den Ouden 2011b.

kend is en voor iedereen geldt), voldoen aan het transparantiebeginsel. Uitgaande van de eigen verantwoordelijkheid van de aanvrager, zou ik willen pleiten voor de strikte regeling, omdat deze de meeste duidelijkheid biedt aan alle aanvragers.

Totdat de Awb is gewijzigd, zal art. 4:5 Awb in acht moeten worden genomen. Dit hoeft echter geen afbreuk te doen aan het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling van de (potentiële) aanvragers. Bij het vaststellen van de verdeelcriteria (en de bekendmaking daarvan) kan immers worden geanticipeerd op de toepassing van art. 4:5 Awb. Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat onvolledige aanvragen binnen de termijn kunnen worden ingediend, maar dat alle (onvolledige) aanvragers op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen.⁴³ Door een identieke hersteltermijn te bieden, wordt de gelijke behandeling van de aanvragers gegarandeerd en is sprake van een transparant procedureverloop. Bij subsidieverdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen, kan aanvullend worden bepaald dat de subsidiegelden worden verdeeld op basis van volgorde van binnengekomen *volledige* aanvragen.⁴⁴ Hiermee wordt voorkomen dat het lonend wordt om zo snel mogelijk een pro forma-aanvraag in te dienen. Het CBB heeft geen bezwaar tegen een dergelijke verdeling onder volledige aanvragen.⁴⁵ Ook hiervan is terecht betoogd dat het aanbeveling verdient om in de Awb te regelen dat bij een 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-systeem of een 'tender'-systeem slechts volledige aanvragen meetellen voor de verdeling van het subsidieplafond.⁴⁶ Indien wordt gekozen voor een verdeling op volgorde van binnenkomst met een loting als tweede verdelingsmethode (omdat er op één dag te veel aanvragen zijn binnengekomen) dan mogen onvolledige aanvragen niet meeloten.⁴⁷ Dit betekent dat de loting pas kan plaatsvinden nadat de pro forma-aanvragers in de gelegenheid zijn gesteld hun aanvraag aan te vullen. Ten slotte nog een opmerking over aanvraagformulieren. Indien geen standaardaanvraagformulier wordt vastgesteld in de subsidieregeling dan kunnen aanvragen die niet met

het formulier worden ingediend niet buiten behandeling worden gelaten.⁴⁸ Het kan dan ook aanbeveling verdienen om een dergelijk formulier vast te stellen, zodat alle aanvragers op een vergelijkbare manier moeten aangeven in hoeverre ze aan de gestelde criteria voldoen.

Als gekozen wordt voor een aanvraagformulier, zal dit formulier wel volledig moeten zijn. Zo oordeelde het CBB dat als een aanvraag alleen kan worden ingediend "met gebruikmaking van een daartoe vastgesteld formulier, de aanvrager ervan uit mag gaan dat hij door beantwoording van alle vragen op het formulier en door het overleggen van alle stukken waarvan op het formulier staat aangegeven dat die moeten worden bijgevoegd, alle gegevens heeft verstrekt die nodig zijn voor de beoordeling van die aanvraag. Daarmee strookt niet dat van de aanvrager wordt verwacht dat hij de tekst van het aanvraagformulier anders interpreteert dan deze luidt, omdat deze niet overeen zou komen met de bedoeling van degene die het formulier heeft vastgesteld."⁴⁹

In de *Pinetum*-uitspraak was de vraag aan de orde of het bestuursorgaan een subsidieaanvraag mocht afwijzen, omdat het verkeerde aanvraagformulier was ingevuld. De aanvrager had namelijk uitsluitend een categorie A-aanvraag ingediend, terwijl de aanvrager niet voor subsidie op grond van categorie A maar categorie B in aanmerking kwam. Het bestuursorgaan betoogde dat de aanvrager zelf verantwoordelijk is voor het juist indienen van de aanvraag en dat deze aanvraag niet hangende het bezwaar kan worden gewijzigd, omdat dit onverenigbaar is met een tendersysteem. De Afdeling oordeelde dat het in dit geval onredelijk was om de aanvraag af te wijzen, zonder de aanvrager de gelegenheid te bieden de fout in de aanvraag te herstellen. Verheij merkt in zijn noot op dat het essentiële verschil is dat hier geen sprake is van nieuwe informatie die inhoudelijk relevant was voor de beslissing op de aanvraag, maar slechts van het gebruiken van het verkeerde aanvraagformulier. Door alsnog het juiste formulier te gebruiken worden de concurrerende aanvragers niet benadeeld.⁵⁰ Een vergelijkbare lijn wordt in het civiele aanbestedingsrecht gehanteerd. Zo oordeelde het Hof Amsterdam:

"Aanbestedingsrecht is in hoge mate formaliteitenrecht. Deze formaliteiten zijn noodzakelijk opdat de aanbestedende kan voldoen aan de op iedere openbare aanbesteding van toepassing zijnde beginselen van gelijke behandeling en doorzichtigheid. De enkele omstandigheid dat niet het voorgeschreven format voor een verklaring is gebruikt brengt niet zonder meer mee dat deze verklaring buiten beschouwing moet worden gelaten. Wel dient dan dadelijk en eenvoudig te kunnen worden vastgesteld dat de wél overgelegde verklaring volledig identiek is wat betreft de ge-

43 De Afdeling heeft op 8 maart 2006 (nr. 200502714/1, de procedure betreft een bijdrage op grond van de Vergoedingsregeling voor uittreding van vissers uit de visserij 2002, waarbij de subsidies werden verdeeld op volgorde van ontvangst van de aanvragen) geoordeeld dat een handelswijze waarbij alle onvolledige aanvragen zijn verzameld en tegelijk zijn teruggestuurd niet onzorgvuldig is. Daarbij acht de Afdeling van belang dat het de verantwoordelijkheid van de aanvrager is om te zorgen dat de aanvraag aan de wettelijke voorschriften voldoet en dat deze volledig is.

44 Dit is bijvoorbeeld het geval in het Besluit stimulering duurzame energieproductie. Art. 58 van dat besluit bepaalt dat als de subsidie wordt verdeeld in de volgorde van ontvangst van de aanvragen, de dag waarop de aanvraag is aangevuld na toepassing van art. 4:5 Awb, geldt als datum van ontvangst.

45 CBB 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. Wolswinkel.

46 Aldus N. Verheij in zijn noot onder ABRvS 19 januari 2001, AB 2001/113.

47 CBB 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. Wolswinkel. In deze uitspraak werden de rechtsgevolgen van het besluit echter in stand gelaten, omdat het bestuursorgaan kon aantonen dat alleen volledige aanvragen in aanmerking waren gekomen voor subsidie: het subsidiebudget was op volgorde van lotingsnummer verdeeld over de volledige aanvragen. Zie eveneens CBB 4 februari 2011, AB 2011/89, m.nt. Wolswinkel; en CBB 20 december 2007, AB 2008/31, m.nt. I. Sewandono.

48 ABRvS 19 januari 2001, AB 2001/113, m.nt. N. Verheij.

49 CBB 17 juni 2011, LJN BQ9603.

50 ABRvS 12 januari 2005, AB 2005/239, m.nt. N. Verheij.

adresseerde, de inhoud van de verklaring en de hoedanigheid van de ondertekenaar.⁵¹

Samenvattend kan gesteld worden dat op grond van het transparantiebeginsel zowel de begindatum als de uiterste datum waarop aanvragen ingediend kunnen worden van tevoren openbaar gemaakt moeten worden. Zo wordt gegarandeerd dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft, omdat de aanvragers evenveel tijd hebben gehad voor het opstellen van de aanvraag. Het fixeren van deze aanvraagperiode heeft tot gevolg dat een wijziging of aanvulling van de oorspronkelijke aanvraag niet of slechts beperkt mogelijk is. In het subsidierecht is deze problematiek, in het bijzonder met betrekking tot de toepassing van art. 4:5 Awb, ook erkend. Het is mijns inziens wenselijk dat de subsidietitel wordt aangevuld met een bepaling dat art. 4:5 Awb niet van toepassing is indien sprake is van subsidieverlening, waarbij een subsidieplafond is vastgesteld. Gelet op de eigen verantwoordelijkheid van iedere aanvrager, kan in plaats daarvan gekozen worden voor een regeling die bepaalt dat alleen volledige aanvragen die tijdig zijn ingediend voor subsidie in aanmerking komen.

3.3 Rol van adviescommissies

Zowel bij aanbestedings- als subsidieprocedures spelen adviescommissies vaak een grote rol. Indien kwalitatieve selectiecriteria zijn gesteld, is vaak een commissie van deskundigen nodig om de aanvragen te kunnen vergelijken. Inmiddels is bekend dat de onafhankelijkheid van deze adviescommissies problematisch kan zijn.⁵² In het kader van het transparantiebeginsel, wil ik de aandacht vestigen op drie aspecten die te maken hebben met de openbaarheid van (de documentatie van) deze commissies.

Allereerst stellen commissies soms eigen toetsingsleidraden of -formulieren op aan de hand waarvan zij de aanvragen toetsen. Indien deze leidraden extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, is mijns inziens verdedigbaar dat deze op grond van het transparantiebeginsel eveneens openbaar gemaakt moeten worden.⁵³

Ten tweede is van belang dat op grond van het transparantiebeginsel de subsidiecriteria op een objectieve en uniforme wijze toegepast moeten worden. De inschakeling van een deskundige door het bestuursorgaan ter beoordeling van een gegeven dat pas in de toekomst precies bekend zal zijn, is volgens vaste jurisprudentie in beginsel geschikt. Het deskundigenrapport moet dan wel op alle wezenlijke punten zijn gebaseerd op objectieve factoren die volgens de heersende vakinzichten relevant en passend voor de betrokken beoordeling worden beschouwd. Wanneer een bestuursorgaan een gunningscriterium vaststelt en daarbij opmerkt dat hij noch bereid, noch in staat is na te gaan of de door de aanvragers verstrekte inlichtingen juist zijn, wordt de transparantie van de procedure ten onrechte niet gewaarborgd.⁵⁴ Op de commissie rust een motiveringsplicht als zij haar advies aan het bestuursorgaan uitbrengen. Het bestuursorgaan moet immers in staat zijn de juistheid van het advies te verifiëren en daadwerkelijk kunnen nagaan of de aanvragen beantwoorden aan de gestelde criteria. Ook bij subsidieverlening door middel van een tender zal het oordeel van de adviescommissie dus gemotiveerd moeten worden. Zo oordeelde de Afdeling in de *Nomade*-zaak dat in het advies van de adviescommissie niet inzichtelijk was gemaakt waarop het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit van de projecten van *Nomade* was gebaseerd. Uit het advies bleek niet op welke onderdelen van de aanvraag en de daarbij gevoegde stukken het oordeel was gebaseerd.⁵⁵

Ten slotte is het bij subsidieverlening niet ongebruikelijk om gebruik te maken van anonieme deskundigen, zo worden bijvoorbeeld bij de verdeling van NWO-subsidies uitsluitend de geanonimiseerde referentenadviezen toegezonden.⁵⁶ De vraag is in dat verband gerechtvaardigd in hoeverre de procedure, waarvan de deskundigheid van de referent onderdeel uitmaakt, daarmee nog controleerbaar – transparant – is. In een procedure bij de Afdeling waarin de NWO geweigerd had subsidie te verlenen, had appellant geweigerd toestemming te verlenen aan de Afdeling om mede op grondslag van het stuk met de namen van de ingeschakelde externe deskundigen uitspraak te doen. De Afdeling kon daardoor niet nagaan wie de externe deskundigen zijn geweest en op welke grond zij als zodanig hebben opgetreden. De stelling van appellant dat de deskundigen vooringenomen en onvoldoende onafhankelijk en onpartijdig waren, kon daardoor niet slagen.⁵⁷ Hiermee wordt de bewijslast voor de onafhankelijkheid van de deskundigen bij appellant gelegd. De Afdeling had echter ook kunnen oordelen dat het aan het bestuursorgaan is om zorg te dragen voor een transparante, controleerbare procedure. Door de namen niet bekend te maken, kan (ook door de Afdeling)

51 Hof Amsterdam 25 januari 2011, *NJF* 2011/186. In deze procedure werd niet aan deze voorwaarde voldaan. De gebruikte verklaring week zodanig af dat verder onderzoek en mogelijk advisering noodzakelijk was. Dit zou volgens het hof kunnen leiden tot verboden bevoordeling.

52 ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/137, m.nt. W. den Ouden, en ABRvS 25 februari 2009, *AB* 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

53 De Afdeling heeft op 10 december 2008, nr. 200801295/1, echter anders geoordeeld. In deze procedure had een adviescommissie de aanvragen beoordeeld aan de hand van een zelf opgestelde beoordelingshandleiding en een gestandaardiseerd beoordelingsformulier. De aanvrager en het bestuursorgaan beschikten niet over een exemplaar van deze stukken, maar wel over het beoordelings- en eindrapport. Volgens de Afdeling was het advies hiermee voldoende controleerbaar en was er geen strijd met art. 3:9 Awb. Ook behoorden de door de commissie opgestelde stukken niet tot de tot het geding behorende stukken, omdat zij geen deel uitmaakten van het uitgebrachte advies. Als de beoordelingshandleiding en -formulier echter aanleiding hadden kunnen zijn voor de aanvragers om hun aanvraag anders vorm te geven, is de procedure onvoldoende transparant geweest. Bovendien kan door het niet verstrekken van deze stukken ook niet gecontroleerd worden of de commissie de juiste criteria heeft gehanteerd. Ook dit is in strijd met het transparantiebeginsel.

54 HvJ EG 18 oktober 2001, nr. C-19/00 (*SIAC Construction*) en HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01 (*Wienstrom*).

55 ABRvS 22 september 2009, *AB* 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade. Zie ook ABRvS 15 december 2010, *AB* 2011/87, m.nt. W. den Ouden.

56 ABRvS 25 februari 2009, *AB* 2009/222, m.nt. W. den Ouden & J.M.J. van Rijn van Alkemade.

57 ABRvS 7 februari 2007, *AB* 2008/86.

niet gecontroleerd worden of sprake is van een onafhankelijke commissie.

Aardig in dit verband is de volgende uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem.⁵⁸ In een aanbestedingsprocedure had de aanbestedende dienst als gunningscriterium 'de hoogste kwaliteit' gehanteerd. De rechtbank constateert dat deze wijze van beoordeling van inschrijvingen "ontegengesteld ook subjectieve – en dus minder voorspelbare en transparante – elementen in zich" herbergt. Het doel van de aanbestedingsprocedure, het voorkomen van willekeur en het uitsluiten van oneigenlijke voorkeuren van de aanbesteder, werd echter voldoende gewaarborgd door het gehanteerde beoordelingsstelsel met een onafhankelijke beoordelingscommissie. Elke aanbieding is eerst individueel beoordeeld door vijf (materie)deskundigen, waarvan vier deskundigen afkomstig van vier verschillende afdelingen van Schiphol (de aanbestedende dienst) en één externe deskundige. Door de individuele leden zijn punten toegekend. De individueel toegekende cijfers zijn vervolgens in een plenaire bijeenkomst met de betrokken deskundigen besproken. Op basis van de resultaten van de plenaire bespreking is de definitieve puntentelling vastgesteld door het gemiddelde van de individuele becijfering te bepalen. Het resultaat van deze beoordeling is vervolgens getoetst door de jurist van de aanbestedende dienst en voorgelegd aan de tenderboard. Met deze wijze van beoordelen heeft de aanbestedende dienst subjectieve, en zo mogelijk oneigenlijke, elementen in de beoordeling zo veel mogelijk uitgesloten. Volgens de voorzieningenrechter was er dan ook geen grond voor het oordeel dat sprake is geweest van een niet transparante en onvoldoende objectieve beoordeling van de inschrijving. In het kader van de NWO-subsidies kan voor een vergelijkbaar systeem gekozen worden. In dat geval wordt niet bij ieder individueel referentenrapport de naam van de referent bekendgemaakt, maar stellen de individuele referenten in een gezamenlijke bijeenkomst een definitieve puntentelling vast door het gemiddelde van de individuele becijfering te bepalen. De namen van de deelnemers aan deze gezamenlijke bijeenkomst kan dan openbaar worden gemaakt, zodat de deskundigheid en onafhankelijkheid van de deskundigen getoetst kan worden.

Uit het voorgaande blijkt dat de verplichtingen die met betrekking tot adviescommissies voortvloeien uit het transparantiebeginsel deels vergelijkbaar zijn met de vergewisplicht van art. 3:9 Awb. Beiden verplichten de adviescommissies tot het opstellen van een gemotiveerd advies waarin inzichtelijk wordt gemaakt in hoeverre aan de verdelingscriteria wordt voldaan. In het kader van de controlebaarheid en daarmee transparantie van het subsidiebesluit en het advies dat daaraan ten grondslag ligt, is verdedigbaar dat ook de beoordelingsdocumentatie van een adviescommissie openbaar gemaakt moet worden.

3.4 Wijziging van subsidiebesluiten

Een volgend aandachtspunt is de mogelijkheid om subsidiebesluiten te wijzigen. De subsidieregeling in de Awb bevat een regeling voor de intrekking of wijziging ten nadele van de subsidieontvanger van zowel verlenings- als vaststellingsbesluiten.⁵⁹

Op grond van het transparantiebeginsel zijn de mogelijkheden om eenmaal genomen besluiten te wijzigen beperkt. Indien sprake is van een wezenlijke wijziging, is sprake van een nieuwe opdracht waarvoor iedereen in aanmerking moet kunnen komen. Er is in ieder geval sprake van een wezenlijke wijziging als deze wijziging zou hebben geleid tot toelating van een andere partij tot de procedure of tot de verlening aan een andere partij.⁶⁰ Ook bij subsidiënten wordt een vergelijkbare toets gehanteerd. Zo is het in beginsel niet mogelijk om het bij besluit verleende subsidiebedrag later te verhogen. Het CBB oordeelt dat, gelet op de verdeling van het beschikbare subsidiebudget op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, een aanvraag moet worden beoordeeld zoals deze er ligt. Het achteraf aanpassen van het subsidiebedrag zou leiden tot ongelijkheid ten opzichte van andere aanvragers.⁶¹

Daarnaast zal een subsidie in beginsel op nihil moeten worden vastgesteld als een project waarvoor subsidie is verleend niet overeenkomstig de subsidievoorwaarden wordt uitgevoerd. Een na de bekendmaking van het subsidieplafond ingediend verzoek tot wijziging van een project kan slechts worden gehonoreerd, indien deze wijziging volledig valt binnen de kaders van een vóór de bekendmaking van het plafond verleende subsidie en de wijziging de hoogte van de verleende subsidie niet te boven gaat. De Afdeling geeft als voorbeelden van een acceptabele wijziging de enkele wijziging van de naam van een project of een andere administratieve wijziging die geen inhoudelijke betekenis heeft.⁶² Het CBB zag zich voor de vraag gesteld of in geval van een gedeeltelijke uitvoering van het gesubsidieerde project een nihilstelling onevenredig was. Het CBB oordeelde dat de nihilstelling niet onredelijk was, nu sprake was van een essentiële afwijking van hetgeen in het oorspronkelijke projectplan was opgenomen. Daarbij was van belang dat het project, indien het zou zijn aangemeld zoals het is uitgevoerd, wezenlijk anders zou zijn beoordeeld en aanmerkelijk lager zou zijn gerangschikt, waarbij misschien in het geheel geen subsidie zou zijn verleend. Juist in een tendersysteem, moet een project in beginsel ook daadwerkelijk conform het projectplan wordt uitgevoerd. Voor afwijkingen van het plan moet voorafgaande toestemming worden verkregen. Het bij vaststellingsbesluit toekennen van een proportionele subsidiebijdrage zou een premie betekenen op het onaanvaardbare gedrag van de aanvrager door zonder overleg tot wezenlijke verschuivingen in het project over te gaan.⁶³

⁵⁸ Afdeling 4.2.6 Awb.

⁵⁹ IJvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06, BR 2009/80 (Presstext).

⁶⁰ CBB 11 augustus 2010, JB 2010/243.

⁶¹ ABRvS 17 september 2008, AB 2009/77, m.nt. J.E. van den Brink.

⁶² ABRvS 25 augustus 2005, AB 2005/390, m.nt. J.H. van der Veen.

⁵⁸ Rb. Haarlem (vzr.) 2 april 2009, LJN BH9497.

Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure

- Vermeld in de algemene bekendmaking ten minste de volgende gegevens:
 - o De hoogte van het plafond.
 - o De wijze van verdeling: op volgorde van binnenkomst; loting, veiling, vergelijkende toets ('tender' of 'beauty contest') of een combinatie.
 - o De verdelingsmaatstaf of -criteria dan wel waar deze te vinden zijn.
 - o Bij voorkeur wordt ook de onderlinge weging bekendgemaakt (maar deze moet in ieder geval voor de beoordeling van de ingediende aanvragen zijn vastgesteld).
 - o Vermeld zowel de begindatum als uiterste datum waarop aanvragen ingediend kunnen worden.
- De criteria en weging daarvan kunnen na vaststelling niet meer gewijzigd worden, tenzij bij de vaststelling een expliciete wijzigingsmogelijkheid is opgenomen.
- De criteria moeten gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitgelegd worden.
- Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers moeten de criteria kunnen begrijpen en op dezelfde manier interpreteren.
- Werk met een 'nota van inlichtingen' en geef geen aanvullende (telefonische of schriftelijke) informatie aan één (potentiële) aanvrager.
- Ingediende aanvragen kunnen in beginsel niet aangevuld worden. Een kennelijke vergissing kan gecorrigeerd worden, maar een substantiële wijziging van de aanvraag moet aangemerkt worden als een nieuwe aanvraag.
- Anticipeer bij het vaststellen van de verdeelcriteria op art. 4:5 Awb door bijvoorbeeld te bepalen dat onvolledige aanvragen binnen de termijn kunnen worden ingediend, maar dat alle (onvolledige) aanvragers op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen.
Bij subsidieverdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, kan aanvullend worden bepaald dat de subsidiegelden worden verdeeld op basis van volgorde van binnengekomen *volledige* aanvragen.
- Overwogen kan worden een standaardaanvraagformulier in de subsidieregeling vast te stellen, zodat alle aanvragers op een vergelijkbare manier aangeven in hoeverre ze aan de criteria voldoen. Het aanvraagformulier moet dan (uiteraard) wel volledig overeenkomen met de voorwaarden uit de subsidieregeling.
- Als gebruikgemaakt wordt van een adviescommissie dan is het niet transparant om gebruik te maken van 'anonieme' deskundigen, 'geheime' beoordelingsleidraden en ongemotiveerde adviezen.
- Als de subsidie eenmaal verleend is dan kan het besluit slechts worden gewijzigd als dit niet leidt tot een 'wezenlijke wijziging'. Het is niet mogelijk om het verleende subsidiebedrag later te verhogen. Ook zal de subsidie in beginsel op nihil moeten worden vastgesteld als een project niet overeenkomstig de subsidievoorwaarden is uitgevoerd.

4. Motivering en toetsing door de rechter

Het transparantiebeginsel heeft mede ten doel dat de besluitvorming toetsbaar wordt voor een rechter. Hieruit wordt een motiveringsplicht voor het bestuursorgaan afgeleid. De vraag is hoe ver deze motiveringsplicht reikt. Hierna wordt ingegaan op de motivering van het subsidiebesluit, de gevolgen van de plicht tot volledige heroverweging in bezwaar en de gevolgen van een gegrond beroep.

4.1 Motivering van het subsidiebesluit

Bij subsidietenders is het noodzakelijk dat de rechtbank uit het besluit kan afleiden hoe de ene aanvraag zich verhoudt tot de overige aanvragen. Indien dat niet het geval is, is het subsidiebesluit niet toetsbaar en daarmee onvoldoende gemotiveerd.⁶⁴ De vraag is dan hoe uitgebreid die motivering moet zijn. Uit aanbestedingsjurisprudentie volgt dat al aan het transparantiebeginsel is voldaan wanneer er een geanonimiseerde matrix met daarin de totaalscores per inschrijver per subcriterium verstrekt wordt.⁶⁵

Van Rijn van Alkemade stelt dat een onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen verdeelprocedures waarbij aanvragen onafhankelijk van elkaar worden beoordeeld (bijvoorbeeld bij een verdeling op volgorde van binnenkomst) en verdeelprocedures waarbij de rangschikking mede tot stand komt op basis van een onderlinge vergelijking. In het laatste geval leidt dit tot een 'vergelijkende motiveringsplicht'.⁶⁶ Om de rechtmatigheid van die prioritering te kunnen beoordelen, zal enig inzicht geboden moeten worden in de andere subsidieaanvragen en in de daarover gegeven oordelen. Dit heeft tot gevolg dat de op de zaak betrekking hebbende stukken in een procedure ook informatie die door andere aanvragers is verstrekt kan betreffen, tenzij gewichtige redenen zich tegen ter inzage legging verzetten.⁶⁷ Indien het bestuursorgaan niet bereid is deze stukken te verstrekken, kunnen deze via een verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) worden opgevraagd.⁶⁸ Daarnaast kunnen zij ook via een verzoek om een voorlopige voorziening worden verkregen. De voorzieningenrechter van het CBB heeft geoordeeld dat een concurrent informatie over de subsidieverlening aan een ander kan opvragen om die subsidie in rechte te kunnen bestrijden, want als dat subsidiebesluit niet in stand kan blijven, dan kan dit tot gevolg hebben dat er weer subsidiebudget

64 O.a. ABRVS 16 april 1997, AB 1998/75 en Rb. Arnhem 31 januari 2008, LJN BC3256.

65 Rb. Utrecht (vzr.) 28 januari 2009, nr. 259971 / KG ZA 08-1279, LJN BH1082, en Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 51-52. Zie eveneens de uitspraak van Rb. Amsterdam (vzr.) 8 februari 2011, LJN BP5163 waar het enkel overleggen van een puntentabel met eindscores onvoldoende was, omdat hierdoor achteraf niet kon worden vastgesteld of de individuele (sub)criteria juist waren toegepast.

66 J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid' in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 379 e.v.

67 Rb. Arnhem 21 januari 2008, AB 2008/46, m.nt. F.C.M.A. Michiels, en JB 2008/51, m.nt. R.J.N. Schlössels.

68 Zie over de toepassing van (weigeringsgronden van) de Wob ook E. Pietermaat & J. Muller, 'De Wob in het aanbestedingsrecht', TA 2010, p. 341 e.v.

vrijkomt waardoor de concurrent opnieuw zou kunnen meedingen naar de betreffende subsidiebedragen.⁶⁹

Door de toetsing aan de Wob in zowel aanbestedings- als subsidieprocedures, geldt een ruimere openbaarmakingsverplichting dan in Europese aanbestedingsprocedures. In het kader van een door de Europese Commissie gehouden aanbesteding oordeelde het Gerecht dat de Europese Commissie in het kader van de motivering van het gunnings- en het afwijzingsbesluit, niet verplicht was om de documenten mede te delen die door de winnende inschrijver waren aangeleverd. Het Financieel Reglement voorziet er slechts in dat de aanbestedende dienst, na een schriftelijk verzoek, mededeling doet van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund.⁷⁰

De motiveringsplicht die voortvloeit uit het transparantiebeginsel heeft dus betrekking op de vergelijkende motivering van de verleende en geweigerde subsidieaanvragen. Daarnaast zal ook op verzoek inzichtelijk gemaakt moeten kunnen worden dat de verdelingsprocedure daadwerkelijk transparant is verlopen. Het kan hiervoor wenselijk zijn dat een proces-verbaal van de gevolgde procedure wordt gemaakt. Hiermee kan worden gemotiveerd dat de procedure transparant is verlopen.⁷¹ Ook het CBB heeft geoordeeld dat ingeval subsidieverlening door middel van loting het de voorkeur verdient dat een notaris proces-verbaal van de loting opmaakt die hij verricht. Indien dit echter niet gebeurt, hoeft dit geen reden voor vernietiging van het besluit te zijn, mits die loting onder verantwoordelijkheid van een notaris geschiedt.⁷²

Een gebrek in de inzichtelijkheid van de gevolgde subsidieverleningsprocedure leidt niet altijd tot de conclusie dat sprake is van een onzorgvuldige procedure en de vernietiging van het besluit. Als de adviezen van een toetsingscommissie niet of achteraf op schrift worden gesteld, leidt dit volgens de Afdeling weliswaar tot een niet inzichtelijke toetsingsprocedure, maar zolang dit advies zijn weerslag vindt in het besluit, wordt het besluit niet vernietigd. De vraag is echter hoe een niet (schriftelijk) bestaand advies zijn weerslag kan vinden in een besluit.⁷³ Een dergelijke ondoorzichtige gang van zaken zou op grond van het transparantiebeginsel tot vernietiging van het besluit moeten leiden.

4.2 Volledige heroverweging en de gevolgen van schending van het transparantiebeginsel

In het bestuursrecht hanteert men het algemene uitgangspunt van de volledige heroverweging in bezwaar (art. 7:11 Awb). In het kader van schaarse subsidieverlening is echter van belang dat in bezwaar niet ex nunc getoetst wordt. Al in 2002 oordeelde de Afdeling dat het bij subsidieverlening volgens het tendersysteem niet in de rede ligt om bij de

beslissing op bezwaar het recht en de feiten en omstandigheden van dat moment te betrekken. De Afdeling oordeelde echter ook dat de beslissing op bezwaar niet enkel hoeft te worden gebaseerd op eerder verkregen informatie, maar dat ook rekening gehouden mag worden met later opgestelde adviezen en nadere feitelijke informatie van de aanvrager.⁷⁴ Voor de bezwaarfase gelden dezelfde beperkingen voor het kunnen inbrengen van aanvullende informatie als in de aanvraagfase. Zowel bij de primaire besluitvorming als de bezwaarfase moet gegarandeerd kunnen worden dat sprake is van een gelijk speelveld voor alle potentiële aanvragers.

Een belangrijke vraag is wat de gevolgen zijn van schending van het transparantiebeginsel: betekent dit dat een verdeelprocedure helemaal opnieuw georganiseerd moet worden? De meeste jurisprudentie over het transparantiebeginsel heeft betrekking op het civiele aanbestedingsrecht. Deze is daarom niet een op een toe te passen op de bestuursrechtelijke subsidieverlening. In algemene zin heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het niet geboden is dat de nationale autoriteiten een overeenkomst opzeggen of dat de nationale rechterlijke instanties een bevel daartoe uitvaardigen steeds wanneer het transparantiebeginsel niet is nagekomen. Dit is een aangelegenheid van de nationale rechtsorde. Het is mogelijk om voor een ander rechtsmiddel te kiezen, mits dit middel niet ongunstiger is dan soortgelijke nationale rechtsmiddelen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en het middel de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maakt (doeltreffendheidsbeginsel).⁷⁵ Dit betekent dat naast het opzeggen van een overeenkomst die in strijd met het transparantiebeginsel tot stand is gekomen, ook een schadevergoeding tot de mogelijkheden kan behoren. Deze jurisprudentie heeft betrekking op het civiele aanbestedingsrecht, maar kan ook (analoog) worden toegepast in het bestuursrecht. Voor vergunningverlening, zou dit betekenen dat in plaats van een nieuwe vergunningverleningsprocedure wellicht ook gekozen zou kunnen worden voor een vervangende schadevergoeding. Van Rijn van Alkemade constateert echter dat zolang er geen aanpassing van de uitslag van de verdeelprocedure plaatsvindt, een vordering tot schadevergoeding in Nederland vrijwel kansloos is doordat het lastig is om het causaal verband aan te tonen.⁷⁶ Bovendien is specifiek voor subsidieverlening van belang dat zowel bij subsidieverlening als vervangende schadevergoeding sprake is van het ter beschikking stellen van gelden. Met betrekking tot het subsidierecht is van belang dat de Awb een regeling heeft getroffen voor de gevolgen van een gegrond bezwaar- of beroepsschrift. Art. 4:25 lid 3 Awb bepaalt dat het in dat geval slechts mogelijk is de subsidie te weigeren als deze mogelijkheid ook had bestaan op het tijdstip waarop de oorspronkelijke (rechtmatige) beslissing had moeten worden genomen. In de praktijk wordt door

69 CBB (vz.) 29 juli 2010, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade.

70 GEA 9 september 2009, nr. T-437/05.

71 Concl. A-G van 12 april 2005 in nr. C-231/03.

72 CBB 20 september 2002, LJN AE9952.

73 ABRvS 4 november 1999, AB 1999/479 en ABRvS 3 april 2000, AB 2000/203, beide m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

74 O.a. ABRvS 13 november 2002, AB 2003/135, m.nt. N. Verheij.

75 HvJ EG 13 april 2010, nr. C-91/08 (Wall AG).

76 Van Rijn van Alkemade, 'Overheidsaansprakelijkheid voor schade ontstaan door onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten' O&A 2011, p. 69.

bestuursorganen vaak een specifieke reservering gemaakt voor deze gevallen zodat ook voldoende financiële middelen aanwezig zijn om na heroverweging alsnog subsidie toe te kunnen kennen. In het kader van de verdeling van broeikasgasemissierechten, zoals geregeld in de Wet milieubeheer (Wm) wordt dit door de Nederlandse emissieautoriteit het 'depot juridische procedures' genoemd.

Het grote voordeel van art. 4:25 lid 3 Awb is dat een aanvrager waarvan de subsidie is geweigerd geen rechtsmiddelen hoeft aan te wenden tegen verleende subsidies. Het feit dat deze verleende subsidies formele rechtskracht krijgen, heeft niet tot gevolg dat zijn bezwaarschrift nooit meer grond verklaard kan worden. Het nadeel van dit extra subsidiedepot is dat hiermee geen daadwerkelijk rechtsherstel wordt geboden. Er wordt immers slechts extra subsidie verleend, maar de eerder wellicht ten onrechte verleende subsidie wordt daarmee nog niet ingetrokken.

Bovendien bepaalt art. 4:25 lid 3 Awb dat de weigeringsgrond van het tweede lid soms wel toegepast kan worden, bijvoorbeeld als op de datum van het primaire besluit het subsidieplafond al was bereikt. Dit betekent dat het interessant kan zijn om rechtsmiddelen aan te wenden tegen de subsidieverlening aan een 'concurrerende' aanvrager. Als dit subsidiebesluit immers wegvalt, dan ontstaan er wellicht weer middelen waardoor nieuwe aanvragen kunnen worden verleend. Volgens vaste jurisprudentie kan een derde op grond van een concurrentiepositie als belanghebbende bij een (subsidie)besluit worden aangemerkt als de subsidie "strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is".⁷⁷ Een concurrent kan dan ook in beginsel tegen de subsidieverlening aan een ander opkomen. Vervolgens kunnen alle gebreken in het besluit (zeker zolang het relativiteitsvereiste nog niet in de Awb is opgenomen) tot vernietiging van dat besluit leiden. Indien geen rechtsmiddelen worden aangevend tegen subsidieverlening aan een concurrerende aanvrager dan zal dit besluit onherroepelijk worden. Het restrictieve karakter van art. 4:25 lid 3 Awb staat er aan in de weg om in een procedure over een geweigerde subsidie alsnog subsidie te verlenen als het subsidieplafond is bereikt door subsidiebesluiten die formele rechtskracht hebben verkregen, maar onrechtmatig waren. De rechtmatigheid van de andere verleende subsidiebesluiten kan alleen wor-

den beoordeeld in een bezwaar- en beroepsprocedure daartegen.⁷⁸

In de memorie van toelichting bij de Derde tranche van de Awb wordt gewezen op de mogelijkheid om een "plan" of "programma" vast te stellen, waarin alle na toetsing aan de criteria genomen beslissingen op de aanvragen zijn neergelegd; zo'n besluit is in wezen een bundel beschikkingen.⁷⁹ Bij (schaarse) subsidieverlening lijkt dit een aantrekkelijke manier van subsidieverlening, omdat op deze wijze één moment ontstaat waar tegen de subsidiebesluiten opgekomen kan worden. Uit jurisprudentie volgt dat als meerdere aanvragen hetzelfde object (bijvoorbeeld een standplaatsvergunning of winkeltijdenwetontheffing) betreffen, deze aanvragen niet los van elkaar kunnen worden beoordeeld. De verlening aan de één impliceert de weigering aan de ander. In dat geval is geen sprake van afzonderlijke deelbesluiten, maar van één appellabel besluit.⁸⁰ Bij subsidieverlening is echter zelden sprake van één object. Indien de subsidieverlening aan een ander niet wordt betwist, verkrijgt deze daardoor formele rechtskracht. Parallelen kunnen wel worden getrokken met de eerdergenoemde broeikasgasemissierechtenregeling. Art. 16.29 Wm bepaalt dat het bevoegd gezag één nationaal toewijzingsbesluit neemt waarin de broeikasgasemissierechten worden toegewezen. Dat besluit bevat onder meer een aanduiding van het totale aantal broeikasgasemissierechten dat voor de planperiode wordt toegewezen, alsmede de toewijzing van broeikasgasemissierechten voor afzonderlijke inrichtingen.⁸¹ De subsidiëtitel in de Awb bevat echter geen vergelijkbare bepaling. Voor schaarse subsidieverlening is dit wel wenselijk.

Specifiek voor subsidieverlening is daarnaast van belang dat het op grond van art. 4:57 Awb mogelijk is om ten onrechte betaalde subsidiebedragen terug te vorderen. Hiervoor is al ingegaan op de mogelijkheden om een subsidiebesluit in te trekken of te wijzigen. Ook een concurrent is belanghebbende in een procedure waarbij subsidie wordt teruggevorderd.⁸² Een concurrent kan dus ook een verzoek tot terug-

77 ABRvS 19 december 2001, JB 2002/46 en ABRvS 28 november 2011, AB 2008/73. Zie eveneens CBB 2 maart 2011, LJN BP7228 (exploitatievergunning speelautomatenhal). Uit ABRvS 17 augustus 2011, LJN BR5195, volgt dat bij een subsidievestigingsbesluit dezelfde toets wordt gehanteerd om te bepalen of een concurrent belanghebbende is. Daarbij is niet van belang of deze concurrent bezwaar heeft gemaakt tegen het eerdere subsidieverleningsbesluit. Wel is dan van belang dat in de procedure tegen het vaststellingsbesluit niet meer kan worden opgekomen tegen aspecten die aan de orde hadden kunnen komen in de procedure tegen het verleningsbesluit.

78 ABRvS 5 juni 2002, AB 2003/124, m.nt. N. Verheij. De rechtmatigheid van subsidiebesluiten is wel beoordeeld in de BEVAR-procedure, omdat daar subsidie was verleend aan een categorie bedrijven waarvoor de subsidie rechtens in het geheel niet was bestemd (ABRvS 26 september 2001, AB 2001/356, gevolgd door ABRvS 20 augustus 2003, AB 2003/404, beide m.nt. N. Verheij).

79 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

80 ABRvS 29 juni 2005, AB 2005/365, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, en Gst. 2006/6, afl. 7243, m.nt. L.M. Koenraad en CBB 8 januari 2010, JB 2010/75, m.nt. J. Wolswinkel.

81 Zie over de verdeling van broeikasgasemissierechten: J.R. van Angeren, 'Emissiehandel en schaarse publieke rechten' in Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 95 e.v. Over B.J. Schueler gaat in dezelfde bundel in op de integrale verdelingsbesluiten (B.J. Schueler, 'Bestuursrechtelijke beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten' in: Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel 2011, p. 363 e.v.).

82 ABRvS 4 mei 2011, LJN BQ3428. De Afdeling oordeelt dat degene wiens concurrentiebelang rechtstreeks is betrokken bij een besluit, belanghebbende is. Dit geldt ongeacht de vraag of het concurrentiebelang bij het nemen van een besluit een rol kan spelen. Een concurrent kan belanghebbende zijn als de subsidie waarvan de terugvordering wordt verzocht strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is. De concurrent die belanghebbende is kan ook het bestuursorgaan verzoeken om ten onrechte verleende subsidie terug te vorderen. Hoewel een dergelijke terugvordering geen effect heeft op de door de concurrent gestelde omzetverliezen, kan de concurrent wel belang hebben bij de uitkomst van de procedure, omdat door terugbetaling van de subsidie de concurrentieverhoudingen worden hersteld.

vordering bij een bestuursorgaan indienen in de hoop dat daarmee de concurrentieverhoudingen worden hersteld.

Een interessante vraag is nog of de intrekingsgronden van de Awb⁸³ afdoende zijn om rechtsherstel te bewerkstelligen bij schending van het transparantiebeginsel. Zo is bepaald dat een subsidie kan worden ingetrokken als een begrotingsvoorbehoud is gemaakt.⁸⁴ De wetgever zou een vergelijkbaar voorbehoud kunnen opnemen voor schaarse subsidieverlening. Als blijkt dat de subsidieverleningsprocedure waarbij een plafond is ingesteld onrechtmatig is verlopen, zou het bestuursorgaan het subsidiebesluit moeten kunnen intrekken, zodat de subsidie (eventueel na een nieuwe procedure) aan een ander kan worden verleend. Art. 4:50 Awb bepaalt daarnaast dat een subsidie kan worden ingetrokken voor zover de subsidieverlening 'onjuist is'. Deze intrekingsgrond lijkt ook in dit geval toepasbaar. Hiermee wordt echter niet hetzelfde resultaat bereikt. Intrekking is immers alleen mogelijk met inachtneming van een redelijke termijn en na het onder omstandigheden moeten betalen van een schadevergoeding.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat voor veel gevallen door middel van de huidige wettelijke mogelijkheden van het depot van art. 4:25 lid 3 Awb en de terugvoeringsmogelijkheid van art. 4:57 Awb op een doeltreffende wijze een schending van het transparantiebeginsel ongedaan kan worden gemaakt zonder dat een geheel nieuwe verdeelprocedure gestart hoeft te worden. Slechts in bijzondere gevallen waar sprake is van een flagrante schending van het transparantiebeginsel zal een nieuwe verdeelprocedure noodzakelijk zijn. Hiervan is sprake als bijvoorbeeld in het geheel geen transparante verdelingsprocedure heeft plaatsgevonden.

Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure

- Het subsidiebesluit moet worden gemotiveerd. Als sprake is van een rangschikking op basis van een onderlinge vergelijking is sprake van een 'vergelijkende motiveringsplicht' waarbij enig inzicht geboden moet worden in de (beoordeling van de) andere aanvragen.
- Het is wenselijk bewijsstukken te verzamelen waarmee kan worden aangetoond dat de procedure transparant is verlopen, bijvoorbeeld door middel van een proces-verbaal van een notaris.
- In bezwaar wordt niet *ex nunc* getoetst: omdat de aanvraag moet worden ingediend voor een bepaalde datum is het niet logisch om in bezwaar nieuwe feiten en omstandigheden bij de beoordeling te betrekken.
- Het is wenselijk budget voor een 'depot juridische procedures' te reserveren, zodat financiële middelen aanwezig zijn voor eventuele gegronde bezwaar- en beroepsschriften.

5. Afronding

Hiervoor is ingegaan op de vraag in hoeverre één specifiek aanbestedingsrechtelijk beginsel, namelijk het transparantiebeginsel, toegepast zou kunnen worden in het subsidie-recht. Hoewel het subsidierecht niet expliciet een transparantiebeginsel kent, kent het subsidierecht op vrijwel alle aspecten een vergelijkbare regeling. Een subsidiebesluit dat tot stand komt na een niet-transparante procedure zal vaak op grond van het rechtszekerheids-, gelijkheids- of zorgvuldigheidsbeginsel of de specifieke aard van de tenderprocedure worden vernietigd.

De jurisprudentie over het transparantiebeginsel kan echter wel een toegevoegde waarde hebben voor zowel het bestuursorgaan aan de subsidieaanvragers. Deze toegevoegde waarde ligt deels in de invulling van de specifieke aard van het transparantiebeginsel. Het transparantiebeginsel beoogt immers elk risico van favoritisme en willekeur te voorkomen. Deze gelijke behandeling van de aanvragers is wenselijk voor de aanvragers en zou daarmee bovendien moeten leiden tot het selecteren van de 'beste' aanvragen hetgeen gunstig is voor het bestuursorgaan. De traditionele beginselen van behoorlijk bestuur hebben niet deze specifieke doelstelling, waardoor in jurisprudentie soms verwezen wordt naar de 'specifieke aard van de tenderprocedure'. De aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie over het transparantiebeginsel kan hier een nadere duiding aan geven.

Gelet op deze toegevoegde waarde van het transparantiebeginsel heb ik in dit artikel een aantal praktische tips gegeven waarmee ieder gemeentebestuur een subsidieverleningsprocedure, binnen de huidige kaders van de Awb, zo transparant mogelijk kan inrichten. De belangrijkste aandachtspunten daarbij zijn mijns inziens

i. de verdelingscriteria niet in beleidsregels neer te leggen, omdat de inherente afwijkingsbevoegdheid van beleidsregels (art. 4:81 Awb) zich niet goed verhoudt tot het transparantiebeginsel; en

ii. de aanvraagperiode te fixeren zodat gegarandeerd wordt dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft, waarbij art. 4:5 Awb wel in acht moet worden genomen.

Daarnaast heb ik een aantal suggesties aan de wetgever gedaan om de subsidietitel van de Awb te wijzigen, waaronder naast de eerdergenoemde art. 4:81 en art. 4:5 Awb, ook om in de Awb een bepaling op te nemen dat het bestuursorgaan één toewijzingsbesluit kan nemen waarin de subsidies worden verdeeld.

83 Art. 4:48 t/m 4:50 Awb.

84 Art. 4:48 lid 1 onderdeel e Awb jo. art. 4:34 lid 5 Awb.