



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Vzng. CBB 2010-07-29

Rijn Van Alkemade, J.M.J. van

Citation

Rijn Van Alkemade, J. M. J. van. (2010). Annotation: Vzng. CBB 2010-07-29.
Administratiefrechtelijke Beslissingen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16258>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16258>

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

AB 2010/303

College van Beroep voor het bedrijfsleven (Voorzieningenrechter), 29 juli 2010, nrAWB 10/668, LJN:BN4119,
Mr. C.M. Wolters

Awb art. 1:2, 8:29, 8:31, 8:81, 8:83

Wetgeving:

Essentie

Subsidietender. Omgekeerde veiling. Transparantie en processuele openbaarheid. Samenloop met Wob. Standstill-regeling als voorlopige voorziening.

Samenvatting

Na kennisneming van de door verweerder ingebrachte stukken en in aanmerking genomen hetgeen partijen over en weer ter zitting naar voren hebben gebracht volgt de voorzieningenrechter verweerder niet in de door hem geformuleerde bezwaren tegen het overleggen van de stukken overeenkomstig de beslissing van het College van 23 juli 2010. Gelet op het belang dat verzoeksters hebben bij kennisneming van deze stukken zal verweerder dan ook worden opgedragen aan het College en aan verzoeksters de stukken te doen toekomen overeenkomstig vorengenoemde beslissing van het College, met dien verstande dat daaruit de gegevens die betrekking hebben op de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e, Wob mogen worden weggelakt. (...) Met betrekking tot het gestelde nadeel dat zou kunnen ontstaan voor BARD wanneer verzoeksters de beschikking krijgen over onder meer gegevens over het tenderbedrag en de planning van BARD, overweegt de voorzieningenrechter dat ter zitting noch overigens voldoende concrete gegevens zijn aangedragen om te oordelen dat aan dit belang van BARD doorslaggevende betekenis toekomt ten opzichte van het belang dat voor verzoeksters is gelegen in het kunnen beschikken over deze gegevens. (...)

Verzoeksters hebben in hun verzoekschrift, zoals ter zitting nader toegelicht, uiteengezet dat voortzetting van de tender ter verdeling van het restbudget hun positie nadelig beïnvloedt omdat zij niet in staat zijn behoorlijk te ageren tegen de beslissing van verweerder een groot deel van de subsidie te verlenen aan BARD. Ter zitting hebben verweerder en BARD, desgevraagd, verklaard geen overwegende bezwaren te hebben tegen een uitstel van de procedure ter verdeling van het restbudget met vier weken. Die omstandigheid vormt voor de voorzieningenrechter mede aanleiding bij wijze van voorlopige voorziening te bepalen dat verweerder met betrekking tot de procedure ter verdeling van het restbudget een standstillperiode in acht neemt van vier weken, te rekenen vanaf het tijdstip waarop verzoeksters in het bezit zijn gesteld van de stukken genoemd in overweging 6.8. Aan deze beslissing ligt een afweging van de betrokken belangen ten grondslag. Hierbij acht de voorzieningenrechter de belangen van verzoeksters, die erin zijn gelegen dat zij zich op grond van de stukken die verweerder naar aanleiding van de beslissing van het College van 23 juli 2010 alsmede de stukken die hij — in het geval dat BARD de verstrekking hiervan niet met succes zal aanvechten — in vervolg op zijn beslissing op het verzoek om informatie op grond van de Wob aan verzoeksters zal doen toekomen, een beeld kunnen vormen van de wijze waarop verweerder aan BARD subsidie heeft verleend, doorslaggevend.

Partijen

Uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening in de zaak van:

1. Scheveningen Buiten B.V., te Rotterdam,
2. Q10 Offshore Wind B.V., te Rotterdam,
3. Q4-WP B.V., te Rotterdam,

verzoeksters (hierna gezamenlijk en in enkelvoud ook aan te duiden als Eneco), gemachtigden: mr. H.J. de Ru en mr. M.A.M. Dieperink, beiden advocaat te Amsterdam,
tegen

de Minister van Economische Zaken, verweerder, gemachtigden: mr. M.K. van Haren en mr. ing. R.J.J. Wijnands, beiden werkzaam bij verweerders dienst Agentschap NL,
waaraan voorts als partijen deelnemen:

Buitengaats C.V. en ZeeEnergie C.V., beiden te Eemshaven (hierna gezamenlijk en in enkelvoud ook aan te duiden als BARD),
gemachtigden: mr. E. Aarts en mr. I.F. Kieft, beiden advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

Verzoeksters hebben bij brief van 7 juli 2010, bij het College binnengekomen op dezelfde datum, hangende bezwaar een verzoek om voorlopige voorziening ingediend tegen twee besluiten van verweerder van 12 mei 2010, waarbij door middel van een tendersysteem aan BARD op grond van de Regeling windenergie op zee 2009 (hierna: de Regeling) en het Besluit stimulering duurzame energieproductie (hierna: Besluit) subsidie is verleend voor de bouw van twee windmolenparken ten noorden van Schiermonnikoog, alsmede tegen een zestal besluiten van 12 mei 2010, waarbij de beslistermijn ten aanzien van de subsidieaanvragen van verzoeksters is verlengd.

Bij brieven van 9, 14, 20 en 23 juli 2010 hebben verzoeksters een toelichting gegeven op hun verzoek en nadere stukken in het geding gebracht.

Bij griffiersbrief van 13 juli 2010 is BARD in de gelegenheid gesteld als partij aan het geding deel te nemen.

Bij brief van 15 juli 2010 heeft verweerder desgevraagd op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd.

Bij brief van 16 juli 2010 heeft verweerder een reactie op het verzoek om voorlopige voorziening ingediend.

Desgevraagd heeft verweerder bij brief van 21 juli 2010 op de subsidieverlening aan BARD betrekking hebbende stukken in het geding gebracht, waarbij verweerder het College heeft verzocht toepassing te geven aan artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en te bepalen dat uitsluitend de voorzieningenrechter van die stukken kennis zal mogen nemen. Als motivering van dit verzoek heeft verweerder onder meer gesteld dat de betreffende stukken bedrijfsvertrouwelijke gegevens bevatten.

Bij brief van 22 juli 2010 heeft BARD een reactie gegeven op het verzoek van verweerder om toepassing van artikel 8:29 Awb. Deze brief maakt deel uit van de vertrouwelijke stukken.

Bij beslissing van 23 juli 2010 heeft het College bepaald dat beperking van de kennisneming van een deel van de door verweerder overgelegde stukken gerechtvaardigd moet worden geacht. Ten aanzien van een aantal andere stukken heeft het College bepaald dat beperking van de kennisneming niet gerechtvaardigd kan worden geacht. Ten aanzien van deze stukken heeft het College verweerder verzocht deze alsnog in te zenden en tevens aan verzoeksters te doen toekomen. Bij e-mail van 26 juli 2010 heeft verweerder nieuwe versies van de stukken waarvan beperking van de kennisneming door het College niet gerechtvaardigd is geacht, aan de voorzieningenrechter alsmede aan de andere partijen gezonden.

Desgevraagd heeft BARD bij brief van 26 juli 2010 medegedeeld dat zij er in toestemt dat de voorzieningenrechter mede op grondslag van de stukken waarvan beperking van de kennisneming door het College gerechtvaardigd is geacht, uitspraak doet in de onderhavige procedure.

Op 27 juli 2010 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgevonden, waarbij partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunten hebben toegelicht. Voor verzoeksters waren tevens aanwezig A, B en C, allen werkzaam bij Eneco. Voor verweerder was tevens aanwezig D en E, beiden werkzaam bij verweerders dienst Agentschap NL. Voor BARD zijn tevens verschenen F, G en H, allen werkzaam bij BARD.

2. De grondslag van het geschil

2.1.

In de Awb is, voor zover hier van belang, het volgende bepaald:

' Artikel 8:29

1. Partijen die verplicht zijn inlichtingen te geven dan wel stukken over te leggen, kunnen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het geven van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken weigeren of de rechtbank mededelen dat uitsluitend zij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen onderscheidenlijk de stukken.
2. Gewichtige redenen zijn voor een bestuursorgaan in ieder geval niet aanwezig, voor zover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting zou bestaan een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken, in te willigen.
3. De rechtbank beslist of de in het eerste lid bedoelde weigering onderscheidenlijk de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is.
4. Indien de rechtbank heeft beslist dat de weigering gerechtvaardigd is, vervalt de verplichting.

(...)

Artikel 8:31

Indien een partij niet voldoet aan de verplichting te verschijnen, inlichtingen te geven, stukken over te leggen of mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8:47, eerste lid, kan de rechtbank daaruit de gevolgtrekkingen maken die haar geraden voorkomen.'

2.2.

Bij de beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening gaat de voorzieningenrechter uit van de volgende feiten en omstandigheden.

- Bij besluiten van 12 mei 2010 heeft verweerder aan BARD onder voorwaarden subsidie verleend op grond van de Regeling en het Besluit.
- Bij een zestal brieven van 12 mei 2010 heeft verweerder verzoeksters naar aanleiding van hun aanvraag voor vorengenoemde subsidie bericht dat het na de subsidieverleningen aan BARD resterende budget onvoldoende is om alle aanvragen te kunnen honoreren. In afwachting van het tot stand komen van een uitvoeringsovereenkomst tussen BARD en de Staat wordt de beslistermijn op de aanvragen van verzoeksters verlengd met 13 weken. Indien deze uitvoeringsovereenkomst niet tot stand komt, kan verweerder beslissen het bijbehorende budget opnieuw in te zetten.
- Tegen de besluiten van 12 mei 2010 gericht aan BARD alsmede tegen de brieven van 12 mei 2010 gericht aan verzoeksters hebben laatstgenoemden bij brieven van 21 juni 2010 bezwaar gemaakt.
- Bij brief van 28 mei 2010 hebben verzoeksters bij verweerder een verzoek om informatie ingediend als bedoeld in de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob).
- Bij besluiten van 13 juli 2010 heeft verweerder het bezwaarschrift van verzoeksters gericht tegen zijn brieven aan hen van 12 mei 2010 kennelijk niet-ontvankelijk verklaard. Tegen deze besluiten hebben verzoeksters bij brief van 22 juli 2010 beroep ingesteld bij het College, welk beroep is geregistreerd onder nummer AWB 10/760.
- Bij brief van 19 juli 2010 heeft verweerder verzoeksters bericht dat de uitvoeringsovereenkomst tussen BARD en de Staat is getekend en het resterende subsidiebudget is vastgesteld. Dit resterende budget zal worden verleend aan de aanvrager die als hoogste is gerangschikt. Om duidelijkheid te verkrijgen welke subsidieaanvragen geheel of gedeeltelijk gehonoreerd kunnen worden, wordt verzoeksters verzocht een aantal vragen te beantwoorden.
- Bij besluit van 23 juli 2010 heeft verweerder het verzoek om informatie op grond van de Wob gedeeltelijk toegewezen. Op grond van artikel 6, vijfde lid, Wob wordt de betreffende informatie niet eerder verstrekt dan twee weken nadat deze beslissing bekend is gemaakt teneinde belanghebbenden de gelegenheid te geven een verzoek om voorlopige voorziening tot schorsing van dit besluit in te dienen.

3. Het standpunt van verzoeksters

Verzoeksters stellen zich ten aanzien van hun ontvankelijkheid op het standpunt dat zij moeten worden aangemerkt als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2, eerste lid, Awb. Dit geldt in de eerste plaats voor de besluiten van verweerder van 12 mei 2010 gericht aan verzoeksters, waarin niet alleen de beslistermijn op hun subsidieaanvraag is verlengd, maar waaruit ook rechtstreeks volgt dat de aanvragen van verzoeksters niet hoog genoeg in de rangschikking zijn opgenomen om, gelet op de hoogte van het subsidieplafond, ten volle te kunnen worden gegund. Daarnaast stellen verzoeksters dat zij als belanghebbenden moeten worden aangemerkt bij de besluiten van verweerder van 12 mei 2010 tot subsidieverlening aan BARD. Hiertoe voeren verzoeksters aan dat in het onderhavige geval sprake is van de verdeling van een schaarse subsidie, waarvoor ook verzoeksters een ontvankelijke aanvraag hebben ingediend. De verlening van de twee subsidies aan BARD impliceert dat de aanvragen van verzoeksters niet volledig kunnen worden gegund. Hierdoor worden verzoeksters rechtstreeks in hun belang geraakt. Ter zake van het spoedeisend belang van hun verzoek wijzen verzoeksters erop dat verweerder nalaat transparantie en processuele openbaarheid te bieden omtrent de subsidieverlening door verweerder aan BARD, ondanks de uitdrukkelijke en herhaalde verzoeken hiertoe van verzoeksters. Verzoeksters hebben een dringend en spoedeisend belang dat alsnog de vereiste transparantie en processuele openbaarheid wordt geboden, opdat verzoeksters de juistheid van de gunning aan BARD kunnen (laten) controleren. Iedere dag dat de thans bestaande situatie voortduurt, wordt het moeilijker voor verzoeksters hun aanvragen gestand te doen en alsnog — zou de gunning aan BARD onterecht blijken te zijn — de activiteiten waarvoor subsidie is aangevraagd, uit te voeren. Hiertoe dienen verzoeksters bedrijfsbeslissingen te nemen die aan strikte termijnen zijn gebonden. Daarnaast wordt het spoedeisende karakter ook gevormd door de verdeling van het restbudget. Uit de brief van verweerder van 19 juli 2010 volgt dat verweerder de procedure voor de verdeling van het restbudget heeft opgestart. In het kader daarvan zijn verzoeksters in de gelegenheid gesteld hun aanvragen aan te passen. Hiertoe moeten verzoeksters wederom kosten maken, omdat in feite een nieuwe aanvraag moet worden gedaan. Het is voor verzoeksters derhalve zeer van belang dat eerst de rechtmatigheid van de gunning aan BARD kan worden beoordeeld, alvorens van hen kan worden gevergd dat zij voor het restbudget een nieuwe bieding doen en nieuwe kosten maken.

Verzoeksters hebben in hun bezwaarschrift en door middel van een verzoek op grond van de Wob verweerder verzocht afschrift te verstrekken van de besluiten van 12 mei 2010 waarbij aan BARD subsidie is verleend, alsmede van de aan die beslissingen ten grondslag liggende informatie. Verzoeksters menen dat verweerder, gelet op de specifieke kenmerken van de tenderprocedure, ofwel dient te voldoen aan het transparantiebeginsel en volledige transparantie en gelijkheid dient te bieden in het gunningsproces van de subsidie en verzoeksters in de gelegenheid te stellen de uitkomsten van de tender te (laten) controleren, ofwel de gehele tender stil moet leggen totdat verzoeksters de kans hebben gekregen in bezwaar een oordeel te verkrijgen omtrent de rechtmatigheid van de gunning aan BARD. Het verzoek om voorlopige voorziening is er (onder meer) op gericht één van deze situaties te bewerkstelligen. Verzoeksters benadrukken dat het verzoek niet is gericht op het verkrijgen van een voorlopig rechtmatigheidsoordeel van de voorzieningenrechter over de subsidieverlening aan BARD, zij het dat zij deze rechtmatigheid wel in twijfel trekken, met name voor wat betreft de planning en realisatie van het windturbinepark binnen vijf jaar en de economische haalbaarheid van de businesscase van BARD. Bij gebrek aan transparantie en processuele openbaarheid kunnen verzoeksters zich evenwel geen (geïnformeerd) oordeel vormen omtrent de rechtmatigheid van de gunning aan BARD. Het belang bij openheid is volgens verzoeksters niet gelegen in het kunnen onderbouwen van eigen bedrijfsbeslissingen, zoals verweerder stelt. Naar aanleiding van de beslissing van het College van 23 juli 2010 omtrent het verzoek van verweerder om beperking van de kennisneming van de stukken die betrekking hebben op de beslissingen tot subsidieverlening aan BARD wijzen verzoeksters erop, dat verweerder weliswaar de stukken waarover het College heeft beslist dat beperking van de kennisneming niet gerechtvaardigd is geacht, opnieuw heeft ingezonden, doch dat hierin informatie is weggelaten die in de beslissing van het College niet als bedrijfsvertrouwelijk is aangemerkt. Voorts maken verzoeksters uit het besluit van verweerder van 23 juli 2010 tot afwijzing van hun verzoek op grond van de Wob op, dat er nog meer documenten zijn waaruit kan volgen op welke wijze verweerder de financierbaarheid van het project door BARD heeft beoordeeld. Deze documenten zijn niet genoemd in de beslissing van het College van 23 juli 2010.

4. Het standpunt van verweerder

Ter zake van de belanghebbendheid van verzoeksters stelt verweerder zich vooralsnog op het standpunt dat zij als belanghebbenden kunnen worden beschouwd bij de besluiten tot subsidieverlening aan BARD. Verweerder plaatst daarbij wel de kanttekening dat niet vaststaat dat verzoeksters voldoen aan het in de jurisprudentie ontwikkelde criterium voor belanghebbendheid dat de subsidieverlening een dreigend omzetverlies bij verzoeksters tot gevolg heeft. Ter zitting heeft verweerder gesteld dat een deelnemer aan een tender geen belanghebbende is bij elke beschikking. Gelet op artikel 4:25, derde lid, Awb, waarin is bepaald dat indien niet tijdig, dan wel in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent verstrekking wordt beslist, het bereiken van het subsidieplafond aanvrager niet kan worden tegengeworpen indien dat bij tijdige besluitvorming ook niet kon, stelt verweerder dat het risico van het afgeven van een onrechtmatige beslissing bij verweerder ligt en derden bij een oordeel daarover geen belang hebben.

Wat betreft de brieven van verweerder van 12 mei 2010 aan verzoeksters stelt verweerder dat deze brieven niet op rechtsgevolg zijn gericht en evenmin een bestuurlijk rechtsoordeel bevatten. De inhoud van de brieven betreft volgens verweerder slechts een mededeling dat de beslistermijn op de subsidieaanvraag van verzoeksters met 13 weken wordt verlengd, onder vermelding van de reden hiervan.

Ten aanzien van het door verzoeksters aangevoerde spoedeisend belang bij het op korte termijn verstrekken van de gevraagde stukken of stopzetting van de tenderprocedure stelt verweerder dat het geven van een oordeel over de rechtmatigheid van een besluit de taak van de rechter is. Het enkele feit dat verzoeksters zelf de juistheid van de subsidieverlening aan BARD willen beoordelen levert volgens verweerder geen spoedeisend belang op. De eis om de uitvoering van de tender op te schorten is in het

licht van de aangevoerde argumenten — de te nemen financieel ingrijpende beslissingen — wellicht wel begrijpelijk, maar niet op zijn plaats. Verzoeksters willen inzicht in de financiële en technische specificaties van het windmolenpark van een concurrent om eigen bedrijfsbeslissingen te onderbouwen. Voorts stelt verweerder dat verzoeksters willens en wetens met aanbieders en leveranciers afspraken hebben gemaakt en vervolgens hebben meegedaan met de tender. Hiermee hebben verzoeksters bewust het risico genomen dat zij niet in aanmerking zouden komen voor de subsidie.

Wat betreft de door verzoeksters opgeworpen stelling dat verweerder in het thans voorliggende geval ten onrechte nalaat transparantie en processuele openbaarheid te bieden omtrent de tender stelt verweerder dat het feit dat de verdeling van de subsidie door middel van een tender gelijkenis vertoont met een veiling, niet wegneemt dat deze tender wordt beheerst door het subsidierecht van de Awb en niet door aanbestedingsregels. Niettemin is bij de tender voor Wind op Zee grote aandacht besteed aan deze beginselen. Gelet op de grote betrokken belangen is daarbij een gepaste mate van openbaarheid betracht. Gedurende het uitvoeren van de tender kan de openbaarheid in het gedrang komen door belangen van anderen of van verweerder. Aangezien de tenderprocedure nog niet is afgerond, is verdere openbaarheid dan tot nog toe is betracht, niet mogelijk. De procedure voor de verdeling van het restbudget loopt immers nog. Door het bekend maken van gegevens over de aanvragen kan een aanvrager het verloop van de tender beïnvloeden. Verweerder wijst erop dat na afloop van de tender wel meer gegevens openbaar zullen worden gemaakt. Overigens impliceren ook in het aanbestedingsrecht de beginselen van transparantie en openbaarheid niet het recht op onvoorwaardelijke en onbeperkte toegang tot alle gegevens uit de aanvraag van een concurrent.

In verband met de omstandigheid dat verweerder bij zijn beslissing op het verzoek van verzoeksters om informatie op grond van de Wob toepassing heeft gegeven aan artikel 6, vijfde lid, Wob, als gevolg waarvan de informatie niet eerder wordt verstrekt dan twee weken nadat de beslissing bekend is gemaakt, zou het op dit moment verstrekken van de gevraagde stukken onzorgvuldig zijn ten opzichte van BARD. Voorafgaand aan de tender is bovendien bekend gemaakt welke gegevens openbaar zouden worden gemaakt en welke niet. Verzoeksters waren hiervan ook op de hoogte. Verweerder volgt verzoeksters dan ook niet in hun stelling dat de wijze waarop de tenderprocedure is ingericht jegens hen onrechtmatig is.

Ter zitting heeft verweerder desgevraagd toegelicht dat de versies van de stukken die hij naar aanleiding van de beslissing van het College van 23 juli 2010 in het geding heeft gebracht overeenkomen met de versies zoals die naar aanleiding van de beslissing op het Wob-verzoek aan verzoeksters zullen worden verstrekt. Het verstrekken van daarmee divergerende versies van de stukken waarin informatie over onder meer het tenderbedrag is opgenomen, zou de beslissing op het Wob-verzoek doorkruisen, aldus verweerder.

5. Het standpunt van BARD

BARD wijst erop dat de tot haar gerichte subsidiebeslissingen nog niet in werking zijn getreden. Dit volgt uit de Europese staatssteunregels op grond waarvan de Europese Commissie een beoordeling dient uit te voeren van de thans voorgenomen steunmaatregelen. Zolang de Europese Commissie deze beoordeling nog niet heeft afgerond, mag verweerder de subsidie niet verstrekken. In de regel duurt het vijf tot zes maanden voordat de Europese Commissie een oordeel heeft geveld. Gelet hierop ontbreekt thans het spoedeisend belang aan de zijde van verzoeksters. Bovendien betwist BARD hetgeen verzoeksters hebben gesteld omtrent de diverse commerciële termijnen. Op geen enkele wijze valt na te gaan of de termijnen waarvan verzoeksters stellen dat deze verlopen werkelijk zijn overeengekomen dan wel of en onder welke omstandigheden zij zouden kunnen worden verlengd. BARD wijst er voorts op dat verweerder voorafgaand aan de start van de tenderprocedure uitgebreide toelichting heeft gegeven over de uitvoering van de tender en openbaarmaking van gegevens. Hierbij is benadrukt dat informatie pas na afloop van de tender bekend zou worden gemaakt. Door deelname aan de tender hebben verzoeksters bewust het risico aanvaard dat gegevens die zij stellen nodig te hebben om rechtsmiddelen aan te wenden tegen subsidieverlening aan een ander dan henzelf, pas na afloop van de tenderprocedure bekend zouden worden. Bij dit alles moet bovendien niet uit het oog worden verloren dat zelfs indien verzoeksters in een procedure met succes tegen de subsidieverlening aan BARD zouden opkomen, daarmee nog geenszins zou vaststaan dat zij zelf recht hebben op subsidie. Indien het voorgaande niet reeds zou moeten leiden tot de conclusie dat verzoeksters de beweerde spoedeisendheid in verband met de subsidieverlening aan BARD niet hebben aangetoond, merkt BARD op dat het gestelde spoedeisend belang louter een financieel belang is. Het is vaste rechtspraak dat een financieel belang als zodanig geen reden vormt een voorlopige voorziening te treffen.

Ter zake van het betoog van verzoeksters over de toepassing van het transparantiebeginsel en de processuele openbaarheid benadrukt BARD dat de tenderprocedure nog niet is afgerond. Verweerder heeft voorafgaand aan de tender uiteengezet dat als uitgangspunt heeft te gelden dat informatie pas wordt bekend gemaakt als de tenderprocedure geheel is afgerond, derhalve nadat de positieve beslissingen voor het gehele subsidiebedrag zijn verzonden. Als verzoeksters van mening zijn dat de inrichting van de tenderprocedure op het stuk van de communicatie over de uitkomsten ervan onrechtmatig is, hadden zij ofwel van deelname kunnen afzien ofwel de rechtmatigheid van die inrichting voorafgaand aan deelname aan de orde kunnen stellen in een procedure bij de burgerlijke rechter.

Het oordeel over de rechtmatigheid van de subsidiebeslissingen aan BARD is ten principale aan verweerder voorbehouden. De rechter kan deze oordelen slechts terughoudend toetsen. Verzoeksters hebben op dit punt echter geen gronden in deze procedure geformuleerd en voor zover BARD heeft kunnen vaststellen, ook geen nadere bezwaren ingebracht in de bezwaarprocedure. Van een tekort aan rechtsbescherming is dan ook geen sprake.

Voorts wijst BARD erop dat uit de jurisprudentie volgt dat naast processuele connexiteit ook sprake moet zijn van materiële connexiteit tussen de in bezwaar bestreden besluiten en de gevraagde voorlopige voorziening, dat wil zeggen dat de gevraagde voorlopige voorziening betrekking heeft op de bestreden besluiten. Met de door verzoeksters gevraagde maatregelen wordt geen oplossing geboden voor de door verzoeksters gestelde spoedeisende financiële belangen. Immers, zelfs afgifte van alle opgevraagde informatie, hoezeer de gerechtvaardigde commerciële belangen van BARD daarmee ook ernstig zouden worden

geschaad, leidt er nog steeds niet toe dat verzoeksters zelf uitzicht op subsidie krijgen. Een maatregel die tot afgifte zou verplichten zou dus volstrekt indifferent zijn voor de door verzoeksters gestelde spoedeisende belangen in relatie tot afspraken met derden en de termijn waarbinnen met de bouw van een project waarvoor subsidie is verleend, moet worden begonnen. Daarnaast plaatst BARD vraagtekens bij de gevraagde voorzieningen die zien op schorsing van de tenderprocedure. De tenderprocedure is geen besluit waarop een maatregel als bedoeld in artikel 8:81 Awb betrekking kan hebben. Bovendien zou een dergelijke voorlopige voorziening de strekking van de bestreden besluiten te buiten gaan, zodat materiële connexiteit zou ontbreken en het verzoek van verzoeksters op dit punt niet-ontvankelijk zou moeten worden geoordeeld. Met een schorsing van de bestreden besluiten zelf bewerkstelligen verzoekers niet dat zij over de informatie komen te beschikken waarop zij de hand proberen te leggen en ook niet dat subsidieverlening aan henzelf dichterbij komt, laat staan met de mate van snelheid die verzoeksters cruciaal achten. Tot slot wijst BARD erop dat haar belangen zijn gelegen in de bescherming van de vertrouwelijkheid van de haar betreffende bedrijfsgegevens, in het gevolg kunnen geven aan háár commerciële afspraken met derden en het kunnen treffen van de voorbereidingen met het oog op het halen van 1 augustus 2013. Bekendmaking van informatie omtrent onder meer de projectfinanciering, de technische omschrijvingen, de projectomschrijving en het projectplan heeft als gevolg dat BARD zozeer in haar onderhandelingspositie wordt benadeeld ten opzichte van leveranciers, onderaannemers, netbeheerders en financiers dat haar financiële positie ernstig wordt geschaad. Daarbij komt dat concurrenten met haar concepten en bedrijfsstrategie bekend kunnen raken en deze zullen kopiëren. Bovendien geldt dat BARD minimaal gedurende de verdere looptijd van de tenderprocedure door bekendmaking van bepaalde in de tot BARD gerichte beslissingen opgenomen informatie haar concurrentiepositie ten opzichte van de overige tenderdeelnemers zou kwijtraken. BARD kan immers nog meedingen naar het resterende budget met haar derde project.

6. De beoordeling van het geschil

6.1.

Ingevolge artikel 19, eerste lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie juncto artikel 8:81 Awb kan, indien tegen een besluit bij het College beroep is ingesteld dan wel hangende de beslissing op bezwaar en indien van de beslissing daarop beroep bij het College openstaat, de voorzieningenrechter van het College een voorlopige voorziening treffen, indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, zulks vereist.

6.2.

De voorzieningenrechter staat in dit geschil allereerst voor de beantwoording van de vraag of verzoeksters als belanghebbenden moeten worden aangemerkt als bedoeld in artikel 1:2 Awb. Is dat niet het geval, dan staat ingevolge artikel 7:1, eerste lid, Awb, gelezen in samenhang met artikel 8:1, eerste lid, Awb voor verzoeksters niet de mogelijkheid open om tegen de onderhavige besluiten beroep in te stellen of een bezwaarschrift in te dienen en zal een daarmee samenhangend verzoek om voorlopige voorziening deswege moeten worden afgewezen. In dit verband overweegt de voorzieningenrechter het volgende.

Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, Awb wordt onder belanghebbende verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Om te kunnen worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2, eerste lid, Awb dient volgens vaste jurisprudentie sprake te zijn van een objectief bepaalbaar, eigen (persoonlijk, individualiseerbaar) en voldoende actueel belang, dat bovendien rechtstreeks bij het betreffende besluit is betrokken.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter raken de besluiten van verweerder van 13 juli 2010 waarbij het bezwaar van verzoeksters gericht tegen verweerders brieven van 12 mei 2010 kennelijk niet-ontvankelijk is verklaard, verzoeksters rechtstreeks in hun belang. Verzoeksters en verweerder verschillen immers van mening over de vraag of de in de brieven van 12 mei 2010 vervatte mededeling over de subsidieverlening aan BARD aangemerkt moet worden als een rechtsoordeel over de aanvragen van verzoeksters. De niet-ontvankelijkverklaring van de tegen deze brieven ingediende bezwaarschriften vormt in dit verband derhalve al voldoende grond voor het aannemen van belanghebbendheid aan de zijde van verzoeksters.

Wat betreft de besluiten tot subsidieverlening aan BARD is de voorzieningenrechter, evenals verweerder blijkens zijn verweerschrift, vooralsnog van oordeel dat verzoeksters als belanghebbenden bij deze besluiten kunnen worden aangemerkt aangezien zij concurrenten zijn van BARD. De door verweerder in zijn verweerschrift op dit punt aangebrachte nuancerings maakt dit niet anders.

6.3.

BARD heeft gesteld dat aan inhoudelijke behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening niet kan worden toegekomen omdat in het onderhavige geval niet op toereikende wijze aan het zogenoemde connexiteitsvereiste is voldaan. Volgens BARD leidt afgifte van de door verzoeksters opgevraagde informatie noch schorsing van de besluiten tot subsidieverlening aan BARD ertoe dat verzoeksters zelf uitzicht op subsidie krijgen.

De voorzieningenrechter volgt BARD niet in deze opvatting. Verzoeksters hebben behoefte aan de gevraagde informatie teneinde de aan BARD verleende subsidie in rechte te kunnen bestrijden. Zou in rechte komen vast te staan dat de besluiten waarbij aan BARD subsidie is verleend niet in stand kunnen blijven, dan zou dit — onder meer — tot gevolg kunnen hebben dat de verplichting tot weigering, neergelegd in het tweede lid van artikel 4:25 Awb, ten aanzien van de andere aanvrager(s) vervalt. In dat geval zouden verzoeksters met hun aanvragen opnieuw kunnen meedingen naar de betreffende subsidiebedragen.

6.4.

Met betrekking tot het spoedeisende karakter van het verzoek overweegt de voorzieningenrechter dat verzoeksters aannemelijk hebben gemaakt dat bij de uitvoering van de projecten waarvoor subsidie kan worden verleend grote belangen zijn betrokken. Hierbij gaat het naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet louter om een financieel belang — welk belang volgens vaste jurisprudentie op zichzelf geen reden vormt om een voorlopige voorziening te treffen — maar ook om bedrijfsbeslissingen van niet ondergeschikte aard die verzoeksters — zouden zij voor subsidieverlening in aanmerking komen — binnen afzienbare tijd zouden moeten nemen. Onder deze omstandigheden acht de voorzieningenrechter een spoedeisend belang aanwezig dat het treffen van een voorlopige voorziening zou kunnen rechtvaardigen.

6.5.

In het verloop van het voorgaande ziet de voorzieningenrechter dan ook geen aanleiding om het voorliggende verzoek om voorlopige voorziening niet inhoudelijk te behandelen.

Voor zover in het kader van die behandeling de daartoe uitgevoerde toetsing in het navolgende een oordeel meebrengt over de zaak ten gronde, heeft het oordeel van de voorzieningenrechter daaromtrent een voorlopig karakter.

In de kern draait de onderhavige zaak niet om een beoordeling van de rechtmatigheid van de door verzoeksters bestreden besluiten, ook niet van de rechtmatigheid van de besluiten van verweerder van 12 mei 2010 tot subsidieverlening aan BARD. Verzoeksters hebben weliswaar twijfels bij de juistheid van de gunning aan BARD, maar betogen dat zij — bij gebrek aan stukken die aan deze gunning ten grondslag hebben gelegen — de stellingen die zij in dit verband zouden willen ontvouwen, onvoldoende kunnen onderbouwen. Teneinde deze stukken te verkrijgen hebben zij bij verweerder een verzoek om informatie op grond van de Wob ingediend. Voorts menen zij dat verweerder ook op grond van onder meer het transparantiebeginsel gehouden is informatie te verschaffen die ten grondslag ligt aan de subsidietoekenning aan BARD. Ter zitting hebben verzoeksters de omvang van dit informatieverzoek gepreciseerd, in die zin dat het betrekking heeft op het tenderbedrag, de vastleggingen, het opgesteld vermogen, de opgegeven planning en wijzigingen en aanvullingen die na 1 maart 2010 in de biedingsformulieren van BARD zijn doorgevoerd.

6.7.

Bij beslissing van 23 juli 2010 heeft het College naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek van verweerder op grond van artikel 8:29, derde lid, Awb besloten dat van de op de zaak betrekking hebbende stukken zoals die door verweerder zijn overgelegd, beperking van de kennisneming van de stukken met de nummers 2, 3, 4, 6, 8, 11, 12, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22 en 26 niet gerechtvaardigd kan worden geacht. Ten aanzien van de stukken 1a en 5 acht het College in vorengenoemde beslissing beperking van de kennisneming niet gerechtvaardigd met uitzondering van de gegevens onder vraag 6. Het College heeft deze stukken aan verweerder geretourneerd en hem op grond van artikel 8:45, eerste lid, Awb verzocht deze stukken, met weglating van de gegevens onder vraag 6 voor zover het betreft de stukken 1a en 5, alsnog in te zenden en deze tevens aan verzoeksters te doen toekomen. Bij e-mail van 26 juli 2010 aan het College heeft verweerder vorengenoemde stukken ingezonden en deze tevens aan verzoeksters doen toekomen. De voorzieningenrechter stelt vast dat verweerder in deze stukken gegevens heeft weggelakt waarvan het College in zijn beslissing van 23 juli 2010 niet heeft geoordeeld dat deze voor beperking van de kennisneming in aanmerking komen. Ter zitting heeft verweerder desgevraagd zijn handelwijze gerechtvaardigd met een verwijzing naar zijn besluit op het verzoek om informatie van verzoeksters op grond van de Wob, meer in het bijzonder de omstandigheid dat de termijn van twee weken waarbinnen BARD om schorsing van dit besluit kan vragen op 26 juli 2010 nog niet was verstreken. Verweerder heeft er om die reden voor gekozen de inhoud van de stukken die hij naar aanleiding van de beslissing van het College van 23 juli 2010 heeft ingezonden, gelijk te laten zijn aan de versies die verzoeksters in het kader van het besluit op het door hen gedane verzoek op grond van de Wob toegezonden zouden krijgen. Voorts heeft verweerder ter zitting gesteld niet bereid te zijn de stukken over te leggen in de vorm waarin het College in vorengenoemde beslissing heeft beslist. Verzoeksters hebben ter zitting gesteld zich met deze keuze van verweerder niet te kunnen verenigen.

6.8.

De voorzieningenrechter wijst erop dat indien een partij niet voldoet aan de verplichting stukken over te leggen, hij ingevolge artikel 8:31 Awb daaruit de gevolgtrekkingen kan maken die hem geraden voorkomen. In dat verband hecht de voorzieningenrechter er aan op te merken, in navolging van het College in de beslissing van 23 juli 2010, dat wat betreft de verhouding tussen de openbaarmakingsregeling van de Wob en die van de Awb, artikel 8:29 Awb de toegang van een partij regelt in een bestuursrechtelijke procedure teneinde te kunnen voorzien in effectieve rechtsbescherming en dat het oordeel in die procedure in zoverre los dient te worden gezien van de procedure in de Wob, die de publieke toegang tot informatie regelt in het belang van een goede en democratische bestuursvorming. In dit verband overweegt de voorzieningenrechter voorts dat een weigering van publieke openbaarheid nog geen geheimhouding in de Awb-procedure rechtvaardigt. Daartoe is, ingevolge artikel 8:29, eerste lid, Awb, een afzonderlijke toets op gewichtige redenen vereist.

Na kennisneming van de door verweerder ingebrachte stukken en in aanmerking genomen hetgeen partijen over en weer ter zitting naar voren hebben gebracht volgt de voorzieningenrechter verweerder niet in de door hem geformuleerde bezwaren tegen het overleggen van de stukken overeenkomstig de beslissing van het College van 23 juli 2010. Gelet op het belang dat verzoeksters hebben bij kennisneming van deze stukken zal verweerder dan ook worden opgedragen aan het College en aan verzoeksters de stukken te doen toekomen overeenkomstig vorengenoemde beslissing van het College, met dien verstande dat daaruit de gegevens die betrekking hebben op de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e, Wob mogen worden weggelakt. Ter zitting hebben verzoeksters aangegeven tegen weglakking van deze gegevens geen bezwaar te hebben. Met betrekking tot het gestelde nadeel dat zou kunnen ontstaan voor BARD wanneer verzoeksters de beschikking krijgen over onder meer gegevens over het tenderbedrag en de planning van BARD, overweegt de voorzieningenrechter dat ter zitting noch overigens voldoende concrete gegevens zijn aangedragen om te oordelen dat aan dit belang van BARD doorslaggevende betekenis toekomt ten opzichte van het belang dat voor verzoeksters is gelegen in het kunnen beschikken over deze gegevens.

Voor zover verzoeksters de voorzieningenrechter hebben verzocht ten aanzien van een aantal documenten, waarvan het College in de beslissing van 23 juli 2010 heeft geoordeeld dat beperking van de kennisneming gerechtvaardigd moet worden geacht, te beoordelen of het mogelijk is de vertrouwelijkheid gedeeltelijk op te heffen, namelijk voor zover het gaat om de door verweerder uitgevoerde beoordeling van de biedingen van BARD, overweegt de voorzieningenrechter dat het College heeft vastgesteld dat de betrokken stukken als zodanig als concurrentiegevoelig kunnen worden aangemerkt, zodat gewichtige redenen die beperking van de kennisneming rechtvaardigen, aanwezig worden geacht. Openbaarmaking kan volgens het College leiden tot een onevenredig nadeel voor BARD. De Awb voorziet niet in de mogelijkheid de juistheid van een beslissing genomen op grond van artikel 8:29, derde lid, Awb aan de orde te stellen in een beroepsprocedure dan wel in een procedure in het kader van een verzoek om

voorlopige voorziening. Gelet hierop ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding te beoordelen of de vertrouwelijkheid van de door verzoeksters genoemde stukken moet worden opgeheven.

6.9.

Verzoeksters hebben in hun verzoekschrift, zoals ter zitting nader toegelicht, uiteengezet dat voortzetting van de tender ter verdeling van het restbudget hun positie nadelig beïnvloedt omdat zij niet in staat zijn behoorlijk te ageren tegen de beslissing van verweerder een groot deel van de subsidie te verlenen aan BARD. Ter zitting hebben verweerder en BARD, desgevraagd, verklaard geen overwegende bezwaren te hebben tegen een uitstel van de procedure ter verdeling van het restbudget met vier weken. Die omstandigheid vormt voor de voorzieningenrechter mede aanleiding bij wijze van voorlopige voorziening te bepalen dat verweerder met betrekking tot de procedure ter verdeling van het restbudget een standstillperiode in acht neemt van vier weken, te rekenen vanaf het tijdstip waarop verzoeksters in het bezit zijn gesteld van de stukken genoemd in overweging 6.8. Aan deze beslissing ligt een afweging van de betrokken belangen ten grondslag. Hierbij acht de voorzieningenrechter de belangen van verzoeksters, die erin zijn gelegen dat zij zich op grond van de stukken die verweerder naar aanleiding van de beslissing van het College van 23 juli 2010 alsmede de stukken die hij — in het geval dat BARD de verstrekking hiervan niet met succes zal aanvechten — in vervolg op zijn beslissing op het verzoek om informatie op grond van de Wob aan verzoeksters zal doen toekomen, een beeld kunnen vormen van de wijze waarop verweerder aan BARD subsidie heeft verleend, doorslaggevend.

6.10.

Het voorgaande leidt tot de volgende beslissing.

7. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst het verzoek toe;
- bepaalt bij wijze van voorlopige voorziening:
 1. dat verweerder uiterlijk op 2 augustus 2010 aan het College en aan verzoeksters de stukken doet toekomen overeenkomstig de beslissing van het College van 23 juli 2010 met nummer AWB 10/668, met dien verstande dat daaruit de gegevens die betrekking hebben op de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e, van de Wet openbaarheid van bestuur mogen worden weggelakt;
 2. dat verweerder met betrekking tot de procedure ter verdeling van het restbudget een standstillperiode in acht neemt van vier weken, te rekenen vanaf het tijdstip waarop verzoeksters in het bezit zijn gesteld van de onder 1. genoemde stukken;
- veroordeelt verweerder in de kosten van deze procedure aan de zijde van verzoeksters, vastgesteld op € 874 (zegge: achthonderdvierenzeventig euro);
- bepaalt dat verweerder het door verzoeksters betaalde griffierecht ten bedrage van € 298 (zegge: tweehonderdachtennegentig euro) aan hen vergoedt.

Noot van J.M.J. van Rijn van Alkemade^[*]

1.

Deze zaak vormt een klein hoofdstuk uit een nog voortdurende 'windmolenoorlog'. Hoofdrolspeleers zijn niet Don Quixote en zijn trouwe makker Sancho Panza, maar energiebedrijf Eneco en diens concurrent BARD. Beide bedrijven hebben deelgenomen aan de subsidieverdeelprocedure op basis van het Besluit stimulering duurzame energieproductie (het Besluit) en de Regeling windenergie op zee 2009 (de Regeling). Doel van het Besluit en de Regeling is om de productie van hernieuwbare elektriciteit met behulp van windenergie op zee te stimuleren. Voor subsidie aangevraagd in de periode 4 januari tot 1 maart 2010 is daarvoor een bedrag van maar liefst 5.3 miljard euro beschikbaar (art. 3 Regeling). Verdeling van dit bedrag vindt plaats door middel van een 'omgekeerde veiling': degene die het minste subsidie vraagt, wint. Voor Eneco is de verdeelprocedure tot nu toe tamelijk ongunstig verlopen. De minister heeft namelijk als eerste subsidie toegekend aan concurrent BARD zodat Eneco alleen nog in aanmerking kan komen voor de verdeling van het zogenaamde restbudget.

In de onderhavige voorlopige voorzieningenprocedure probeert Eneco te voorkomen dat zij een achterhoedegevecht moet voeren. Zij is opgekomen tegen de subsidieverlening aan BARD en de verlenging van de beslistermijn inzake haar eigen aanvraag. In dat kader vraagt zij om een voorlopige voorziening. Eneco wil op die manier bewerkstelligen dat de minister van EZ volledige transparantie en gelijkheid in het gunningsproces biedt, ofwel dat de gehele verdeelprocedure stil wordt gelegd totdat Eneco de kans heeft gekregen om in bezwaar een oordeel te verkrijgen omtrent de rechtmatigheid van de subsidieverlening aan BARD. Dit om te voorkomen dat de gelden straks al zijn verdeeld, gesubsidieerde projecten zijn opgestart en eigenlijk alleen schadevergoeding nog een optie is, mochten onregelmatigheden worden vastgesteld. Eneco wil dus tijdig de rechtmatigheid van de subsidieverlening aan BARD kunnen (laten) controleren. Zij voert daarvoor ook een goede reden aan: hoe langer de bestaande situatie voortduurt, hoe meer kosten Eneco moet maken om haar bod alsnog gestand te kunnen doen, mocht de subsidieverlening aan BARD later alsnog onrechtmatig blijken. Hiertoe moet zij bedrijfsbeslissingen nemen die aan strikte termijnen zijn gebonden en die zich niet eenvoudig laten terugdraaien. Verder moet zij ook extra kosten maken om haar aanvraag aan te passen met het oog op de verdeling van het restbudget. Daar tegenover staat het belang van BARD bij geheimhouding van de in het kader van haar subsidieaanvraag vertrouwelijk verstrekte (bedrijfs)gegevens.

Beide verzoeken van Eneco worden grotendeels ingewilligd. Niet alleen krijgt Eneco de beschikking over bepaalde stukken behorend bij de aanvraag van BARD, ook gelast de voorzieningenrechter de minister van EZ een standstillperiode van vier weken in acht te nemen, te rekenen vanaf het tijdstip dat Eneco in het bezit is gesteld van de voornoemde stukken. Daarmee past deze uitspraak in een opkomende jurisprudentielijn waarbij de mogelijkheden voor afgewezen subsidieaanvragers om inzage te krijgen in

'winnende' subsidieaanvragen (deels) worden verruimd. Voordat ik daarop verder inga wordt eerst aandacht besteed aan de inhoud en de motivering van de uitspraak en de samenloop met de Wob (punt 2). Vervolgens bespreek ik de plaats van de onderhavige uitspraak binnen de zojuist genoemde jurisprudentielijn (punt 3). Tot slot sta ik kort stil bij de inhoud van de voorlopige voorziening (punt 4).

2.

In deze uitspraak lopen twee procedures door elkaar, hetgeen het soms lastig maakt om de overwegingen van de voorzieningenrechter goed te volgen. Het gaat hier om de voorlopige voorzieningenprocedure zelf, waarin een beslissing ex art. 8:29 lid 3 Awb over de geheimhouding van sommige op de zaak betrekking hebbende stukken is genomen en een Wob-procedure. In de kernoverwegingen van de uitspraak (r.o. 6.7 en 6.8) spelen deze procedures allebei een rol. Centraal staat de constatering dat de minister in de aan Eneco gezonden stukken gegevens heeft weggelakt waarvan het College in zijn 8:29-beslissing niet had geoordeeld dat deze voor beperking van de kennisneming in aanmerking komen (r.o. 6.7). De minister rechtvaardigt deze handelwijze door te stellen dat het stukken betreft waarover nog een Wob-procedure liep; de termijn waarbinnen BARD om schorsing van het Wob-besluit van de minister t.a.v. dezelfde stukken kon vragen was nog niet verlopen. Om die reden had de minister in de voorlopige voorzieningenprocedure ervoor gekozen de inhoud van de stukken die hij op verzoek van de voorzieningrechter had ingezonden, gelijk te laten zijn aan de versies die Eneco in het kader van het besluit op het door haar gedane Wob-verzoek toegezonden zou krijgen. Verdere openbaarmaking zou volgens de minister onzorgvuldig zijn jegens BARD en een doorkruising van de Wob-procedure inhouden.

Met deze bezwaren is de voorzieningenrechter terecht snel klaar. Hij brengt in herinnering dat de Wob de publieke toegang tot overheidsinformatie regelt, terwijl de Awb ziet op de partijtoegang tot overheidsinformatie, zodat een (tijdelijke) weigering van publieke openbaarheid nog geen geheimhouding in de Awb-procedure rechtvaardigt (r.o. 6.8). Deze overwegingen zijn in lijn met vaste jurisprudentie (zie bijv. ABRvS 26 juli 1999, *LJN AA3778*). Vervolgens lijkt het echter of de voorzieningenrechter toch ruimte ziet om de beslissing van het College van 23 juli 2010 over de toegang tot de op de zaak betrekking hebbende stukken te heroverwegen. Hij overweegt althans dat 'na kennisneming van de door verweerder ingebrachte stukken en in aanmerking genomen hetgeen partijen over en weer ter zitting naar voren hebben gebracht volgt de voorzieningenrechter verweerder niet in de door hem geformuleerde bezwaren tegen het overleggen van de stukken overeenkomstig de beslissing van het College van 23 juli 2010' (r.o. 6.8). Dat kan echter niet het geval zijn, want de Awb voorziet niet in de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen een beslissing ex art. 8:29 lid 3 Awb. Dat stelt de voorzieningenrechter zelf ook vast daar waar hij ingaat op het ter zitting gedane verzoek van Eneco om openbaarmaking van de stukken inzake de beoordeling van de biedingen van BARD. In de beslissing van 23 juli 2010 had het College geheimhouding van deze stukken al gerechtvaardigd geacht; daarom ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding om (nogmaals) te beoordelen of de vertrouwelijkheid van deze stukken moet worden opgeheven. Dat is begrijpelijk: de voorlopige voorzieningenprocedure kan zoals gezegd niet worden gebruikt om een eerder genomen beslissing ex art. 8:29 lid 3 Awb opnieuw ter discussie te stellen.

Dat de 8:29-beslissing voorwerp van debat kon zijn tijdens de onderhavige procedure, komt overigens doordat het CBB bijzonder snel heeft gehandeld in deze zaak. Op 21 juli 2010 had de minister om geheimhouding van bepaalde stukken behorend bij de aanvraag van BARD verzocht, waarna het CBB al op 23 juli 2010 hierover een beslissing nam. Zodoende was eigenlijk al voor de zitting beslist over een deel van de inzet van de voorlopige voorzieningenprocedure: de processuele openbaarheid van de stukken waarin Eneco inzage verlangde.

3.

Deze uitspraak lijkt een nieuwe fase te markeren in de jurisprudentie over de toegang van verliezers van een verdeelprocedure tot stukken over 'winnende' aanvragen. In het verleden was die toegang zeer beperkt. Ruim tien jaar geleden overwoog het CBB in een zaak over een 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-procedure dat stukken die betrekking hebben op toegewezen aanvragen, niet mede betrekking hebben op afgewezen subsidiabele aanvragen (CBB 15 december 1999, *AB 2000/109*, m.nt. JHvdV). In een zaak over een vergelijkende toets die rond diezelfde tijd speelde, overwoog het CBB dat aanvragers erop mogen vertrouwen dat de door hen verstrekte gegevens geheim worden gehouden en met name niet ter beschikking worden gesteld van hun concurrenten. Zou het bestuur een verzoek om inzage inwilligen, dan zou dit een schending van een rechtsplicht opleveren (CBB 18 november 1998, *AB 1999/120*, m.nt. JHvdV). Duidelijk is dat het CBB van deze laatste uitspraak nu terugkomt. Aan het verweer van BARD dat de minister van tevoren had toegezegd dat pas aan het einde van de gehele verdeelprocedure openbaarheid zou worden geboden, wordt geen enkele overweging gewijd. Kennelijk is de verplichting voor het bestuur om (bedrijfs)vertrouwelijke gegevens geheim te houden minder absoluut geworden.

Daarmee past de uitspraak van het CBB in een jurisprudentielijn die zich vooralsnog alleen in de lagere rechtspraak heeft ontwikkeld. Hierin lijkt het begrip 'op de zaak betrekking hebbende stukken' (o.a. art. 7:4, 7:18, 8:39 en 8:42 Awb) ruimer en het begrip 'gewichtige redenen' (art. 8:29 Awb) beperkter dan voorheen te worden uitgelegd, met als resultaat een ruimere toegang tot stukken van derden. Zo heeft de rechtbank Arnhem in een zaak over een vergelijkende toets (het geschil betrof een NWO-subsidie) recentelijk afstand gedaan van de restrictieve uitleg van het begrip 'op de zaak betrekking hebbende stukken' uit CBB 15 december 1999 (Rb. Arnhem 21 januari 2008, *AB 2008/46*, m.nt. FCMAM, *JB 2008*, 51, m.nt. RJNS). De rechtbank overwoog dat die uitleg in dit geval niet kon worden aanvaard, aangezien het bestreden besluit niet was gebaseerd op de kwaliteit van het in geding zijnde onderzoeksvoorstel (dat was immers als subsidiabel aangemerkt), maar uitsluitend was gegrond op een rangschikking ten opzichte van andere subsidiabele voorstellen. Om de rechtmatigheid van die rangschikking te beoordelen was op zijn minst 'enig inzicht nodig in de andere subsidieaanvragen en in de daarover gegeven oordelen'. In een vervolgsaak overwoog de rechtbank weliswaar dat 'gewichtige redenen' in de weg stonden aan inzage in de onderzoeksvoorstellen van derden, maar kreeg de eiser wel toegang tot de daarbij behorende – weliswaar geanonimiseerde – referentenrapporten en weerwoorden (Rb. Arnhem 23 juni 2009, *AB 2009/307*, m.nt. FCMAM, *JB 2009*, 190, m.nt. RJNS).

In de onderhavige zaak speelde het begrip 'op de zaak betrekking hebbende stukken' geen enkele rol, maar ging het alleen om de invulling van het begrip 'gewichtige redenen'. Dat komt doordat Eneco i.c. niet anders kon dan opkomen tegen de toewijzing aan BARD, in plaats van tegen de afwijzing van de eigen aanvraag. De beslistermijn inzake de eigen aanvraag was immers verdaagd. De vraag of bepaalde stukken van BARD betrekking hadden op de zaak van Eneco, manifesteerde zich daardoor als de vraag of Eneco belanghebbende was bij de toewijzing van de subsidie aan BARD. Als iemand belanghebbende is bij de aanvraag van een derde, dan is er immers geen discussie meer mogelijk over de vraag of die aanvraag en de bijbehorende stukken tot de 'op de zaak betrekking hebbende stukken' behoren. Cruciaal dus voor de beslissing om Eneco gedeeltelijke inzage in de stukken van BARD te geven, is het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter dat Eneco als belanghebbende bij de toewijzing aan BARD kan worden aangemerkt, aangezien Eneco concurrent is van BARD (r.o. 6.2). Een ander procesverloop leidt in de onderhavige zaak dus tot een uitkomst die vergelijkbaar is met de uitkomst van de Arnhemse zaken. Overigens lijkt de uitleg die het CBB in de onderhavige zaak aan het belanghebbendebegrip geeft, ruimer dan in een vrij recente uitspraak van de Afdeling, waarin een orkest dat minder subsidieverhoging had gekregen dan een concurrent, niet als belanghebbende werd aangemerkt bij het besluit tot de subsidieverhoging aan diens rivaal (ABRvS 12 maart 2008, *LJN BC6447*). Verschil met de onderhavige zaak is wel dat er in de orkestenzaak geen subsidieplafond gold, zodat de subsidieverhoging aan het concurrerende orkest strikt genomen niet van invloed kon zijn geweest op de subsidieverhoging aan het klagende orkest.

Bedacht moet worden dat de gesignaleerde verruiming in de toegang tot stukken van derden in een subsidietender mogelijk niet in alle gevallen geldt. De bestuursrechter lijkt een onderscheid te maken al naar gelang aanvragen individueel dan wel relatief worden beoordeeld. Van een 'relatieve beoordeling' is sprake als de beoordeling van aanvragen geschiedt door middel van onderlinge vergelijking. In de Arnhemse zaken en in de onderhavige zaak (zie art. 60 Besluit) was dit het geval. Beoordeling en rangschikking vinden dan min of meer gelijktijdig plaats. Bij een 'individuele beoordeling' daarentegen worden aanvragen onafhankelijk van elkaar beoordeeld en gerangschikt. De 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-procedure is hier een sprekend voorbeeld van. Afhankelijk van de gebruikte beoordelingsmethodiek, kan een vergelijkende toets echter ook tot dit type verdeelprocedure worden gerekend, bijvoorbeeld als alle aanvragen individueel en aan de hand van gelijke maatstaven worden beoordeeld en op basis van de behaalde scores vervolgens de rangschikking wordt bepaald. Recentelijk nog heeft de rechtbank Utrecht geoordeeld dat de toegewezen aanvragen in dat geval geen betrekking hebben op de afgewezen aanvragen (Rb. Utrecht 25 september 2009, *LJN BJ8852*). Ook in de jurisprudentie over de motiveringsplicht bij vergelijkende toetsen lijkt de bestuursrechter rekening te houden met het onderscheid tussen een individuele of een relatieve beoordeling van aanvragen. Dit onderscheid speelt met name een rol bij de vraag of het bestuur verplicht is om in de afwijzing van een aanvraag in te gaan op de kenmerken en voordelen van de winnende aanvraag of aanvragen. Het moge duidelijk zijn dat deze vraag verwantschap vertoont met de vraag of de afgewezen aanvrager inzage moet krijgen in de stukken van de winnende aanvraag of aanvragen. In beide gevallen gaat het om de controleerbaarheid van de besluitvorming. Volgens het CBB hoeft de afwijzing van een individueel beoordeelde aanvraag binnen een subsidietender niet 'vergelijkend' te worden gemotiveerd (CBB 18 juli 2008, *LJN BD8756*; CBB 29 juli 2004, *LJN AQ6926*). Tot op zekere hoogte is dat begrijpelijk: als bij de beoordeling van aanvragen niet de vergelijking is getrokken met andere aanvragen, dan is alleen de eigen kwaliteit van de aanvraag bepalend geweest voor de hoogte van de score en de rangschikking. Als er wel een vergelijkende beoordeling heeft plaats gevonden, ligt dit uiteraard anders.

Anderzijds kunnen er natuurlijk fouten worden gemaakt bij de individuele beoordeling van concurrerende aanvragen in een subsidietender. Een voorbeeld daarvan biedt de uitvoering van de zogenaamde BEVAR-subsidieregeling, waarbij de minister van LNV het presteerde om schaarse subsidies toe te kennen aan aanvragers die op grond van de BEVAR helemaal niet voor subsidie in aanmerking zouden mogen komen (ABRvS 19 september 2001, *AB 2001/357*; ABRvS 26 september 2001, *AB 2001/356*; ABRvS 20 augustus 2003, *AB 2003/404*, alle m.nt. NV). Bovendien kan worden betwijfeld of een volledig individuele beoordeling in het kader van een vergelijkende toets in de praktijk eigenlijk wel mogelijk is. Zo hangt de strengheid waarmee een rechtentamen wordt nagekeken, dikwijls (mede) af van de vraag hoe goed het tentamen over het algemeen is gemaakt...

4.

Tot slot nog een korte opmerking over de inhoud van de voorlopige voorziening, die in het licht van het vereiste van materiële connexiteit (art. 8:81 Awb) opvallend kan worden genoemd. Het vereiste van materiële connexiteit houdt in dat de gevraagde voorlopige voorziening betrekking moet hebben op het in de hoofdzaak bestreden besluit. Daaraan lijkt in deze zaak niet helemaal te zijn voldaan. Het geschil in de bodemprocedure heeft immers (hoofdzakelijk) betrekking op de in bezwaar gehandhaafde subsidieverlening aan BARD, terwijl de standstillperiode van vier weken wordt ingelast 'met betrekking tot de procedure ter verdeling van het restbudget' (r.o. 7) en dus op besluiten die nog moeten worden genomen. Van de zijde van de minister en BARD bestonden evenwel geen overwegende bezwaren tegen een standstillperiode van vier weken (zie r.o. 6.9). Deze oplossing vormt een goede manier om te voorkomen dat Eneco investeringen moet plegen om een nieuwe aanvraag voor het resttraject in te dienen zonder dat zij zich een oordeel heeft kunnen vormen over de rechtmatigheid van toe- en afwijzingsbesluiten in de hoofdronde. De minister en BARD hebben waarschijnlijk ingestemd met deze constructie omdat een voorlopige voorziening, inhoudende de schorsing van het besluit tot subsidieverlening aan BARD, voor hen veel ingrijpender zou zijn geweest.

Voetnoot

[*] Mr. J.M.J. van Rijn van Alkemade is als onderwijs- en onderzoeksmedewerker verbonden aan de Afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

Dit document is gegenereerd op 26-11-2010

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.