

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/31687> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Drahmman, Annemarie

Title: Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten : een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht

Issue Date: 2015-02-05

7 | Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?¹

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.

7.1 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

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *Gst.* 2011/115. De inhoud ervan is afgerond op 26 augustus 2011. Het artikel is door de redactieraad als wetenschappelijk artikel beoordeeld.

2 Artikel 4:22 Awb.

3 Artikel 4:25 lid 2 Awb.

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 7.2). Uit deze beschrijvingen van het aanbestedings- en subsidierecht blijkt dat schaarse subsidieverlening grote overeenkomsten vertoont met opdrachtverlening (paragraaf 7.3). 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 verdeelmethodes zoals ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’ of loting. Daarom wordt in paragraaf 7.4 beschreven wat dit beginsel inhoudt en welke rol dit beginsel zou kunnen spelen bij subsidieverlening.⁶ In dit artikel ligt de nadruk op het

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).

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. Drahmman,

formele onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening. In de volgende editie van *Gemeentestem* zal ik ingaan op de transparantie van het materiële subsidierecht.

7.2 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 juridisch 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.

7.2.1 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

'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie (Jonge VAR-reeks 8)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010 en A. Drahmman, '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, toegankelijker 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 aanbesteden (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 (artikel 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.

diensten¹² of leveringen.¹³ Een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht resulteert in een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. Dit betekent dat de aanbestedende dienst voor een 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

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 (artikel 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 Artikel 2.26 van het wetsvoorstel. De procedure voor het sluiten van een concessieovereenkomst is vergelijkbaar (artikel 2.41 van het wetsvoorstel).

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 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.

7.2.2 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 subsidieverstrekking verloopt als volgt.

De procedure van subsidieverstrekking 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

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, milieukenmerken 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 Artikel 4:21 Awb.

22 Op grond van de Aanwijzingen voor subsidieverstrekking (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 subsidieverstrekking in twee fases.

een wettelijke grondslag voor de subsidie.²³ Indien een bestuursorgaan het beschikbare budget wil maximaliseren, 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 artikel 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

23 Artikel 4:23 Awb.

24 Artikel 4:22 en 4:25-4:28 Awb.

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

26 Artikel 4:30-4:36 Awb.

27 Artikel 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 (artikel 4:43 Awb).

29 Het onderscheid tussen subsidieverlening en -vaststelling betekent 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 Artikel 4:42-4:47 Awb.

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

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}

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

7.2.3 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

32 Soms wordt de aanbesteding nog als een aparte verdeelmethode genoemd. Zie voor een beschrijving van de verschillende verdeelmethodes: 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 verdeelmethodes bij subsidieverlening verwijs ik naar Jacobs & Den Ouden 2011a en 2011b.

33 Bovenstaande verdeelprocedures 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, LJN BM9639, waar de subsidie lager werd vastgesteld omdat het transparantiebeginsel door de subsidieontvanger niet in acht was genomen.

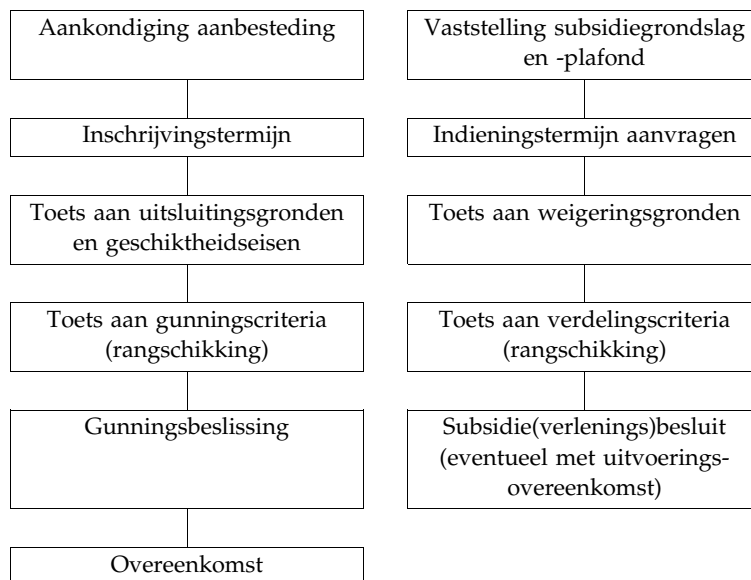
34 Zie www.noord-holland.nl/web/Digitaal-loket/Subsidies/Actuele-subsidies.htm voor alle subsidieregeling van de provincie Noord-Holland, waaronder de genoemde uitvoeringsregelingen.

aanbestedingsprocedure. Nadat de subsidieaanvragen zijn ingediend, zal worden bezien 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 subsidierecht 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:

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 subsidierecht 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 'uitbestedt'.³⁶ Daarnaast beëindigen gemeenten soms langdurige subsidiërelaties om dezelfde activiteit aan te besteden in plaats van te subsidiëren. Dit gebeurt bijvoorbeeld op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo).³⁷

7.3 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

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.

en materiële verschillen. Hierna zal ik eerst ingaan op de formele en daarna op de materiële verschillen.

7.3.1 Formeel 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. Artikel 4:21 Awb hanteert immers een materieel subsidiebegrip.⁴¹ Iedere aanspraak op financiële middelen die voldoet aan de definitie van artikel 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 was gesloten, sprake was van een subsidie. SenterNovem betoogde dat met de opdracht haar eigen belang

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 Artikel 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 artikel 4:21 Awb.

42 Artikel 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.

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

7.3.2 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

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

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).

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 overeenkomst onder 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' van de subsidieverplichtingen wordt gevorderd, maar dat

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* 2011/28.

48 Artikel 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.

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 subsidiedoelstellingen 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.

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

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.

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 winst-opslag), 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

51 Vgl. CbB 4 februari 2011, AB 2011/89, m.nt. Wolswinkel. Hier betoogde appellante dat het Besluit stimulering 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.

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 overschrijft), 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 de reikwijdte en inhoud van het transparantiebeginsel.

7.4 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.

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 Artikel 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).

7.4.1 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

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* 2008/142, m.nt. P.H.L.M. Kuypers (SECAP); HvJ EG 13 november 2007, nr. C-507/03, *NJ* 2008/101, m.nt. M.R. Mok (*An Post*).

60 Artikel 49 en 56 VWEU, voorheen artikel 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.

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 met een grensoverschrijdend belang 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.

7.4.2 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.

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).

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 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

67 In de Interpretatieve Mededeling 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).

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.

7.4.3 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. Artikel 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. Artikel 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

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.

de mededinging binnen de Europese Unie wordt vervalst. Deze gemeenschappelijke doelstelling zou reden kunnen zijn een transparantieplichting 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 activiteiten kunnen verrichten. Om een gelijke behandeling van potentiële subsidieaanvragers te garanderen, zou juist in deze situaties het transparantiebeginsel toegepast kunnen worden.⁷³

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 subsidierelaties, 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

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).

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 begunstigden van begrotingsmiddelen zijn, maar met inachtneming van de geheimhoudingsvereisten (artikel 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 artikel 88 t/m 92 Financieel Reglement).

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 ingediende 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 het interessant om te bezien wat dit beginsel dan volgens

76 Artikel 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 (artikel 110 Financieel Reglement).

78 Artikel 115-116 Financieel Reglement.

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

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

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 ondubbelzinnige 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 aan 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, anderzijds, 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

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

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.

7.5 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 overeenkomst 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 een 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 kunnen de voorschotten 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.

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

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 subsidiebesluiten 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.