

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

8 | Kan het subsidierecht transparanter?¹

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

8.1 INLEIDING

Vrijwel altijd is het budget voor subsidieverlening beperkt. Een dergelijke verdeelprocedure voor schaarse subsidies vertoont gelijkenissen met een aanbestedingsprocedure, zeker als de gelden door middel van een 'tenderprocedure' worden verdeeld. Indien ervan wordt uitgegaan dat de verdeling van (schaars) (subsidie)geld in essentie weinig verschilt van de verdeling van (schaarse) opdrachten voor goederen of werken, is interessant om te bezien of de rechtsnormen waaraan een aanbestedingsprocedure moet voldoen verschillen van de rechtsnormen waaraan een procedure ter verdeling van schaarse subsidies moet voldoen. Een van deze rechtsnormen is het transparantiebeginsel. Het transparantiebeginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt voorkomen. Dit betekent concreet dat het gemeentebestuur aan het begin van een procedure een passende mate van openbaarheid moet betrachten door het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar te maken. Ook alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure moeten in de aankondiging (of in een document waar de aankondiging naar verwijst) worden geformuleerd. Dit moet gebeuren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Daarnaast vloeit uit het transparantiebeginsel een motiveringsplicht voort. Het lijkt wenselijk deze rechtsnorm ook

¹ Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *Gst.* 2011/124. De inhoud ervan is afgerond op 5 december 2011. Het artikel is door de redactieraad als wetenschappelijk artikel beoordeeld.

bij schaarse subsidieverlening te hanteren, want wie wil nu niet alle potentiële subsidieontvangers gelijk behandelen? Dit uitgangspunt kan bovendien gehanteerd worden bij alle verschillende methodes om subsidie te verdelen ('wie het eerst komt, het eerst maalt', loting, tender of veiling). Een vervolgvraag is of de introductie van het transparantiebeginsel ook daadwerkelijk tot wijzigingen in het subsidierecht zou leiden of dat de huidige subsidietitel en algemene beginselen van behoorlijk bestuur afdoende zijn. Daarom zal in het hierna volgende de subsidietitel zoals deze is neergelegd in titel 4.2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de jurisprudentie over (schaarse) subsidieverlening vergeleken worden met de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie over het transparantiebeginsel, zodat de vraag kan worden beantwoord of door toepassing van het transparantiebeginsel de transparantie van subsidieverlening vergroot zou kunnen worden.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de vraag of in het subsidierecht sprake is van een passende mate van openbaarheid (paragraaf 8.2), wat de inhoud van een bekendmaking moet zijn om een passende mate van openbaarheid te creëren (paragraaf 8.3) en welke eisen het transparantiebeginsel stelt aan de motivering van een subsidiebesluit en de toetsing door de rechter aan dat besluit (paragraaf 8.4). Iedere paragraaf zal afgesloten worden met enkele praktische tips om een subsidieprocedure zo transparant mogelijk te maken.

8.2 PASSENDE MATE VAN OPENBAARHEID

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

8.2.1 Wettelijke grondslag voor subsidies

De aanbestedende dienst moet het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar maken en daarbij alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure vooraf formuleren. Ook in de Awb is enige vorm van openbaarheid voor subsidieverlening vastgelegd. Ten eerste mag een subsidie in beginsel slechts verstrekt worden op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke

activiteiten subsidie kan worden verstrekt.² Het enkel creëren van een wettelijke basis voor subsidieverlening is echter onvoldoende om te kunnen spreken van een passende mate van openbaarheid. Allereerst bepaalt artikel 4:23 Awb niet dat ook de procedure voor de subsidieverlening en de subsidievoorwaarden in dat wettelijk voorschrift moeten worden opgenomen. Daarnaast is het volgens vaste jurisprudentie mogelijk om met terugwerkende kracht een wettelijke basis voor subsidieverlening te creëren.³ Een dergelijke terugwerkende kracht kan tot gevolg hebben dat ook de algemene bekendmaking pas achteraf plaatsvindt.

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

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

8.2.2 Vaststellen van het subsidieplafond

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

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

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

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

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

6 Indien geen subsidieplafond wordt vastgesteld kan onder omstandigheden ook de subsidie worden geweigerd wegens budgetuitputting. Het bestuursorgaan beschikt immers over een discretionaire bevoegdheid. Ook dan moet het echter de aanvrager vooraf redelijkerwijs duidelijk zijn geweest dat de budgetuitputting kon worden tegengeworpen, bijvoorbeeld

Als gekozen wordt voor een subsidieplafond dan is van belang dat deze bij of krachtens wettelijk voorschrift moeten worden vastgesteld.⁷ Een subsidieplafond zal overeenkomstig artikel 3:42 Awb algemeen bekendgemaakt worden.⁸ Het plafond moet ook vooraf worden bekendgemaakt. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan mijn eerdergenoemde bezwaar tegen het verbinden van terugwerkende kracht aan een wettelijke grondslag. Als een subsidieplafond te laat wordt bekendgemaakt, heeft deze bekendmaking in beginsel geen gevolgen voor voordien ingediende aanvragen. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de rechtszekerheid eist dat het subsidieplafond wordt bekendgemaakt voor de aanvang van het tijdvak waarop het betrekking heeft. De aanvrager behoort te kunnen weten dat zijn aanvraag wegens het ontbreken van gelden kan worden afgewezen, ook al voldoet zij aan alle gestelde eisen.⁹ In de ESF-uitspraak uit 2007 oordeelde de Afdeling dat de bekendmaking van een subsidieplafond per e-mail en op de website onvoldoende is. Het plafond was daardoor niet in werking getreden. Pas een latere bekendmaking in de Staatscourant merkte de Afdeling aan als de bekendmaking in de zin van de Awb en daarmee als datum van inwerkingtreding van het subsidieplafond. Dit had grote financiële gevolgen voor het bestuursorgaan, omdat alle tot die latere datum ingediende aanvragen niet geweigerd konden worden met een beroep op het subsidieplafond.¹⁰

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

In het wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet 20.. is opgenomen dat aankondigingen voor overheidsopdrachten geplaatst moeten worden op de website van TenderNed. Op deze manier zijn alle overheidsopdrachten op één plaats te vinden. De algemene bekendmaking van artikel 3:42 Awb bevat niet een dergelijke verplichting. Een aantal bestuursorganen stelt hun lokale bekendmakingen inmiddels ter beschikking op www.overheid.nl en alle geconsolideerde algemeen verbindende voorschriften zijn daar ook te vinden,

omdat dit op het aanvraagformulier is vermeld (vgl. CRvB 17 oktober 2000, RSV 2001/16 en CRvB 11 december 2002, RZA 2003/56). Als ook dit niet het geval is, kan een open-einde-regeling ontstaan, omdat het weigeren in dat geval in strijd met de rechtszekerheid kan komen (vgl. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 45, waar wordt verwezen naar het arrest De Bourbon/Naundorff, HR 4 november 1849, W.1058).

7 Artikel 4:25 Awb.

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

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

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

maar dit betreft dus nog niet alle bekendmakingen. De transparantie van subsidieregelingen zou nog verder vergroot kunnen worden door (nog) meer van één centrale website gebruik te maken.

8.2.3 Vermelding van de wijze van verdeling

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

Ook de wijze van verdeling moet bij of krachtens wettelijk voorschrift worden bepaald. Deze verplichting is echter beperkt. In het wettelijk voorschrift zelf zou volstaan kunnen worden met het enkel noemen van de gekozen verdeelmethode, bijvoorbeeld op volgorde van binnenkomst van de aanvragen of door een onderlinge vergelijking. De criteria op basis waarvan de aanvragers bij een onderlinge vergelijking geselecteerd worden, zouden blijkens de memorie van toelichting ook neergelegd kunnen worden in een op grond van het wettelijk voorschrift vastgesteld plan dat de beleidsprioriteiten aangeeft.¹² Deze beleidsprioriteiten worden vaak vastgelegd in beleidsregels. Het vaststellen van de selectiecriteria in beleidsregels is mijns inziens echter onwenselijk, gelet op de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels.¹³ Artikel 4:84 Awb bepaalt immers dat een bestuursorgaan overeenkomstig zijn beleidsregel handelt, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.¹⁴ Deze inherente afwijkingsverplich-

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

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

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

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

ting moet ook worden toegepast als dit ten nadele van derden zou zijn.¹⁵ Op grond van het transparantiebeginsel is het echter van groot belang dat de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze worden toegepast.¹⁶ Alleen op deze wijze wordt gegarandeerd dat alle potentiële subsidieontvangers op dezelfde manier worden behandeld. Op dit moment is het mogelijk dat een onderneming een subsidieaanvraag indient die niet aan de subsidiecriteria voldoet, maar in zijn aanvraag betoogt dat sprake is van bijzondere omstandigheden die afwijking van de beleidsregel rechtvaardigen. Tegelijk kan een andere onderneming die in dezelfde bijzondere omstandigheden verkeert, besloten hebben geen aanvraag in te dienen, omdat hij toch niet aan de criteria voldeed. Door toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid wordt een ongelijkheid gecreëerd. De mogelijkheid om af te wijken van de criteria is daarmee ondoorzichtig. Ik zou er dan ook voor willen pleiten om in de Awb te bepalen dat ofwel de subsidieverleningscriteria ook bij wettelijk voorschrift moeten worden vastgesteld, ofwel artikel 4:84 Awb niet van toepassing is bij subsidieverlening met een subsidieplafond.

Een voorbeeld van een procedure waarbij beleidsregels tot ontransparante subsidieverlening hebben geleid, is de uitspraak Coach4Kids.¹⁷ Burgemeester en wethouders van Haarlemmermeer hadden Pier K in de cultuurnota (een beleidsregel) aangewezen als 'kernvoorziening'. Uitsluitend kernvoorzieningen komen in aanmerking voor prestatiesubsidie. Coach4Kids vraagt ook prestatiesubsidie aan, maar deze aanvraag wordt geweigerd omdat Pier K al is aangewezen als kernvoorziening. Uit de uitspraak blijkt niet hoe burgemeester en wethouders tot de aanwijzing van Pier K tot kernvoorziening is gekomen. Op grond van het transparantiebeginsel hadden burgemeester en wethouders door middel van een passende bekendmaking zowel Pier K als Coach4Kids in aanmerking moeten laten komen voor de aanwijzing als kernvoorziening en daarmee voor subsidieverlening. Coach4Kids betoogde in hoger beroep dat de status van Pier K als kernvoorziening niet als weigeringsgrond kan dienen voor haar aanvraag, omdat de aanwijzing van Pier K als kernvoorziening onrechtmatig is wegens strijd met het aanbestedingsrecht. De Afdeling verwerpt dit beroep met de enkele overweging dat het aanbestedingsrecht niet

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

16 O.a. HvJ EU 18 november 2010, C-226/09, *NJ* 2011/87, en HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01, *NJ* 2004/234 (Wienstrom).

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

van toepassing is zonder te toetsen aan het transparantiebeginsel (of enig ander beginsel van behoorlijk bestuur).

Uit het voorgaande volgt dat de subsidietitel in beginsel voldoet aan het transparantiebeginsel, maar dat de regeling beperkt is waardoor subsidieverlening in strijd met het transparantiebeginsel mogelijk is. Dit kan zich met name voordoen als de subsidieverdeelregels worden vastgelegd in beleidsregels.

8.2.4 Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure

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

8.3 INHOUD VAN DE BEKENDMAKING

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt welke aspecten openbaar gemaakt moeten worden bij een aanbestedingsprocedure. Pas als deze aspecten vooraf openbaar gemaakt worden, is sprake van een passende mate van openbaarheid. Opvallend is dat de Awb juist weinig tot geen eisen stelt aan wat bekendgemaakt moet worden. De jurisprudentie van het Hof van Justitie kan dan ook wellicht een nadere invulling geven aan deze open norm uit de Awb. Hierna wordt ingegaan op de openbaarmaking van de verdelingscriteria, de aanvraagperiode en de problematiek van onvolledige aanvragen en de rol van adviescommissies bij het beoordelen van de aanvragen. Ook wordt ingegaan op de wijzigingsmogelijkheden van zowel de vastgestelde criteria, ingediende aanvragen en eenmaal genomen subsidiebesluiten.

8.3.1 Openbaarmaking van de verdelingscriteria

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

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

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

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

Van belang is dat uit het transparantiebeginsel niet voortvloeit welke methode een bestuursorgaan moet kiezen. Het bepaalt slechts dat als eenmaal gekozen is voor een bepaalde procedure, deze procedure wel transparant moet verlopen.²⁵ Volgens vaste jurisprudentie beschikt het bestuursorgaan over beleidsvrijheid om te kiezen welke verdeelmethode hij het meest geschikt acht. Het enkele feit dat ook andere methoden denkbaar zouden zijn geweest, is geen reden om een verdeling op volgorde van binnenkomst als onredelijk aan

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

20 O.a. HvJ EU 18 november 2010, C-226/09, NJ 2011/87, en HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01, NJ 2004/234 (Wienstrom).

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

22 HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01, NJ 2004/234 (Wienstrom).

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

24 CBb 19 december 2007, JB 2008/67.

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

te merken.²⁶ Het is mijns inziens wel noodzakelijk dat voorafgaand aan iedere subsidieverleningsprocedure een expliciete keuze wordt gemaakt voor de te volgen verdeelprocedure. Alleen op deze wijze wordt de benodigde duidelijkheid (of transparantie) geboden aan alle potentiële aanvragers. Soms wordt uit jurisprudentie afgeleid dat uit het niet opnemen van verdelingsregels volgt dat een systeem van verdeling op volgorde van binnenkomst is beoogd.²⁷ Van bestuursorganen mag echter verwacht worden dat zij bij de verdeling van subsidiegelden van tevoren nadenken over de gewenste wijze van verdeling en dit ook schriftelijk vastleggen.

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

Als de verdelingscriteria van tevoren zijn vastgesteld, kan naderhand blijken dat de criteria onduidelijk zijn. In de subsidieverleningspraktijk is het niet ongebruikelijk dat een potentiële aanvrager telefonisch contact opneemt met de behandelend ambtenaar om te vragen wat nu precies met een bepaald criterium bedoeld is. Als antwoord op deze vraag gegeven zou worden, zou deze aanvrager over meer informatie beschikken dan de overige potentiële aanvragers. Dit is vanuit een oogpunt van transparantie onwenselijk. Alleen door de informatie aan eenieder te verstrekken kan de gelijke positie van de potentiële aanvragers worden gegarandeerd. In het aanbestedingsrecht wordt daarom vaak gewerkt met een 'nota van inlichtingen'.²⁹ Dit betekent dat in

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

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

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

29 Artikel 2.53 wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 20..

de bekendmaking is opgenomen dat alle geïnteresseerden voor een bepaalde datum hun vragen over de criteria kunnen stellen. Deze vragen worden dan tegelijkertijd in een schriftelijk document beantwoord en algemeen bekendgemaakt. Door deze algemene bekendmaking, bijvoorbeeld via de website, wordt gegarandeerd dat alle geïnteresseerden over dezelfde informatie beschikken. De subsidietitel in de Awb kent een dergelijke verplichting niet. Dit kan tot gevolg hebben dat de subsidie niet wordt verleend aan het beste initiatief, maar aan degene die de meeste informatie heeft ingewonnen. Dit is onwenselijk indien men het schaarse subsidiegeld wil toekennen aan de beste initiatieven. Het toepassen van het transparantiebeginsel kan op dit punt dan ook een toegevoegde waarde hebben bij subsidieverlening.

8.3.2 Aanvraagperiode en onvolledige aanvragen

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

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

Het uitgangspunt is dus dat een aanvraag die te laat of onvolledig is ingediend niet meer bij de beoordeling kan worden betrokken. Dit uitgangspunt wordt ook in het subsidierecht gehanteerd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in een tendersysteem centraal staan. Uit de aard van het tendersysteem vloeit voort dat vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat daarna geen rekening kan worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag.³¹ Het is echter de vraag wanneer sprake is van een 'wijziging' van de aanvraag. Onderscheid kan gemaakt worden tussen een kennelijke vergissing die gecorrigeerd wordt en een wijziging van de aanvraag.³²

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

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

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

Als sprake is van een substantiële wijziging van de aanvraag die te ver verwijderd is van de oorspronkelijke aanvraag, moet het wijzigingsverzoek worden aangemerkt als een nieuwe aanvraag. Van een aanvrager mag zorgvuldigheid worden verwacht bij het invullen en indienen van een subsidieaanvraag.³³ Het aanmerken van een wijzigingsverzoek als nieuwe aanvraag is uiteraard slechts mogelijk indien dit past binnen de subsidieverdeelregels: een wijzigingsverzoek dat is ingediend na afloop van de aanvraagperiode kan niet worden aangemerkt als een nieuwe aanvraag, maar zal buiten beschouwing gelaten moeten worden.

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

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

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

33 CBb 11 augustus 2010, LJN BN4730.

34 CBb 3 april 2001, LJN AB1115.

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

ziet het CBb geen grond voor de conclusie dat geen herstelmogelijkheid geboden had hoeven worden.³⁶ De herstelmogelijkheid van artikel 4:5 Awb is echter ook volgens het CBb begrensd. Dit blijkt uit een uitspraak van het CBb van 18 november 2011.³⁷ In deze procedure bepaalde het wettelijk voorschrift dat bij de subsidieaanvraag een kopie van de watervergunning moest worden overgelegd en dat aanvragen die hieraan (en aan de andere vereisten uit het wettelijk voorschrift) niet voldeden, moesten worden geweigerd. Er was een subsidieplafond vastgesteld en de subsidiegelden werden verdeeld op grond van volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Op het moment dat het indieningstijdstip voor aanvragen afliep, was de watervergunning nog niet verleend en deze kon dus ook nog niet worden overgelegd bij de aanvraag. Het CBb overweegt dat in dit soort procedures aanvragen om subsidie met elkaar concurreren als gevolg van het subsidieplafond: 'Toewijzing aan de ene aanvrager kan immers ten koste van de andere gaan. Derhalve kan een aanvraag na het uiterste indieningstijdstip niet meer worden veranderd of inhoudelijk aangevuld.' Weliswaar is het, aldus het CBb, mogelijk een gebrekkige aanvraag, die tijdig is ingediend, na afloop van het wettelijke indieningstijdstip aan te vullen, maar dat geldt alleen voor het ontbreken van een voor de afloop van het indieningstijdstip verleende vergunning. Omdat de watervergunning in deze procedure op dat moment nog niet bestond, was er geen grondslag om de aanvraag ingevolge artikel 4:5 Awb buiten behandeling te laten en had de aanvraag afgewezen moeten worden. Deze uitspraak maakt duidelijk dat op het moment dat de datum voor het indienen van aanvragen verstrijkt alle benodigde bescheiden moeten bestaan en dat aanvragen anders afgewezen moeten worden. Dit is in overeenstemming met het transparantiebeginsel. Tegelijk overweegt het CBb ook dat het dus in beginsel wel mogelijk is een gebrekkige aanvraag, die tijdig is ingediend, na afloop van het wettelijke indieningstijdstip aan te vullen. Dit is in overeenstemming met artikel 4:5 Awb, maar staat op gespannen voet met het transparantiebeginsel.

De vaste jurisprudentie dat het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet verdraagt met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in een tendersysteem centraal staan, is in lijn met jurisprudentie over het transparantiebeginsel, maar het is de vraag hoe zich dit verhoudt tot artikel 4:5 Awb. Aangezien artikel 4:5 Awb een dwingendrechtelijke bepaling is, kan hier slechts bij wet in formele zin van worden afgeweken.³⁸ Artikel 4:5 Awb bevat ook volgens de Afdeling een algemene regeling voor de behandeling van onvolledige aanvragen door bestuursorganen. In dit artikel noch in de

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

37 CBb 18 november 2011, LJN BU5467. Het wettelijk kader voor deze subsidieprocedure is het Besluit stimulering duurzame energieproductie (BSDE).

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

subsidietitel van de Awb is hierop een uitzondering gemaakt.³⁹ Jacobs en Den Ouden maken een onderscheid tussen onvolledige aanvragen die binnen de termijn worden ingediend en aanvullingen en wijzigingen die na de termijn op eigen initiatief door de aanvrager worden ingediend, waarbij bij onvolledige aanvragen binnen de termijn aan de aanvrager een hersteltermijn moet worden geboden, maar bij overige aanvullingen niet.⁴⁰

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

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

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

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

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

41 Rb. Rotterdam 6 januari 2011, LJN BP0013.

42 Jacobs & Den Ouden 2011b.

het bestuursorgaan kan besluiten om de aanvraag buiten behandeling te stellen. In het kader van een transparante procedure verdient het de voorkeur om te bepalen dat als een aanvraag na een hersteltermijn nog altijd niet compleet is, deze aanvraag buiten behandeling moet worden gesteld of worden geweigerd. Zowel een regeling die zeer strikt is (er is geen herstelmogelijkheid, waardoor alle onvolledige aanvragen worden geweigerd) of juist soepeler (er is één herstelmogelijkheid die duidelijk afgebakend is en voor iedereen geldt), voldoen aan het transparantiebeginsel. Uitgaande van de eigen verantwoordelijkheid van de aanvrager, zou ik willen pleiten voor de strikte regeling, omdat deze de meeste duidelijkheid biedt aan alle aanvragers.

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

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

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

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

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

dan mogen onvolledige aanvragen niet meeloten.⁴⁷ Dit betekent dat de loting pas kan plaatsvinden nadat de pro forma-aanvragers in de gelegenheid zijn gesteld hun aanvraag aan te vullen.

Ten slotte nog een opmerking over aanvraagformulieren. Indien geen standaardaanvraagformulier wordt vastgesteld in de subsidieregeling dan kunnen aanvragen die niet met het formulier worden ingediend niet buiten behandeling worden gelaten.⁴⁸ Het kan dan ook aanbeveling verdienen om een dergelijk formulier vast te stellen, zodat alle aanvragers op een vergelijkbare manier moeten aangeven in hoeverre ze aan de gestelde criteria voldoen.

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

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

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

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

49 CBB 17 juni 2011, LJN BQ9603.

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

mate formaliteitenrecht. Deze formaliteiten zijn noodzakelijk opdat de aanbestedder kan voldoen aan de op iedere openbare aanbesteding van toepassing zijnde beginselen van gelijke behandeling en doorzichtigheid. De enkele omstandigheid dat niet het voorgeschreven format voor een verklaring is gebruikt brengt niet zonder meer mee dat deze verklaring buiten beschouwing moet worden gelaten. Wel dient dan dadelijk en eenvoudig te kunnen worden vastgesteld dat de wèl overgelegde verklaring volledig identiek is wat betreft de geadresseerde, de inhoud van de verklaring en de hoedanigheid van de ondertekenaar.⁵¹

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

8.3.3 Rol van adviescommissies

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

Allereerst stellen commissies soms eigen toetsingsleidraden of -formulieren op aan de hand waarvan zij de aanvragen toetsen. Indien deze leidraden extra

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

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

uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, is mijns inziens verdedigbaar dat deze op grond van het transparantiebeginsel eveneens openbaar gemaakt moeten worden.⁵³

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

Ten slotte is het bij subsidieverlening niet ongebruikelijk om gebruik te maken van anonieme deskundigen, zo worden bijvoorbeeld bij de verdeling van NWO-subsidies uitsluitend de geanonimiseerde referentenadviezen toegezonden.⁵⁶ De vraag is in dat verband gerechtvaardigd in hoeverre de procedure, waarvan de deskundigheid van de referent onderdeel uitmaakt, daarmee

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

54 HvJ EG18 oktober 2001, nr. C-19/00 (SIAC Construction) en HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01 (Wienstrom).

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

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

nog controleerbaar – transparant – is. In een procedure bij de Afdeling waarin de NWO geweigerd had subsidie te verlenen, had appellant geweigerd toestemming te verlenen aan de Afdeling om mede op grondslag van het stuk met de namen van de ingeschakelde externe deskundigen uitspraak te doen. De Afdeling kon daardoor niet nagaan wie de externe deskundigen zijn geweest en op welke grond zij als zodanig hebben opgetreden. De stelling van appellant dat de deskundigen vooringenomen en onvoldoende onafhankelijk en onpartijdig waren, kon daardoor niet slagen.⁵⁷ Hiermee wordt de bewijslast voor de onafhankelijkheid van de deskundigen bij appellant gelegd. De Afdeling had echter ook kunnen oordelen dat het aan het bestuursorgaan is om zorg te dragen voor een transparante, controleerbare procedure. Door de namen niet bekend te maken, kan (ook door de Afdeling) niet gecontroleerd worden of sprake is van een onafhankelijke commissie.

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

57 ABRvS 7 februari 2007, AB 2008/86.

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

kan dan openbaar worden gemaakt, zodat de deskundigheid en onafhankelijkheid van de deskundigen getoetst kan worden.

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

8.3.4 Wijziging van subsidiebesluiten

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

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

Daarnaast zal een subsidie in beginsel op nihil moeten worden vastgesteld als een project waarvoor subsidie is verleend niet overeenkomstig de subsidievoorwaarden wordt uitgevoerd. Een na de bekendmaking van het subsidieplafond ingediend verzoek tot wijziging van een project kan slechts worden gehonoreerd, indien deze wijziging volledig valt binnen de kaders van een vóór de bekendmaking van het plafond verleende subsidie en de wijziging de hoogte van de verleende subsidie niet te boven gaat. De Afdeling geeft als voorbeelden van een acceptabele wijziging de enkele wijziging van de naam van een project of een andere administratieve wijziging die geen inhoudelijke

59 Afdeling 4.2.6 Awb.

60 HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06, BR 2009/80 (Pressetext).

61 CBB 11 augustus 2010, JB 2010/243.

betekenis heeft.⁶² Het CBb zag zich voor de vraag gesteld of in geval van een gedeeltelijke uitvoering van het gesubsidieerde project een nihilstelling onevenredig was. Het CBb oordeelde dat de nihilstelling niet onredelijk was, nu sprake was van een essentiële afwijking van hetgeen in het oorspronkelijke projectplan was opgenomen. Daarbij was van belang dat het project, indien het zou zijn aangemeld zoals het is uitgevoerd, wezenlijk anders zou zijn beoordeeld en aanmerkelijk lager zou zijn gerangschikt, waarbij misschien in het geheel geen subsidie zou zijn verleend. Juist in een tendersysteem, moet een project in beginsel ook daadwerkelijk conform het projectplan wordt uitgevoerd. Voor afwijkingen van het plan moet voorafgaande toestemming worden verkregen. Het bij vaststellingsbesluit toekennen van een proportionele subsidiebijdrage zou een premie betekenen op het onaanvaardbare gedrag van de aanvrager door zonder overleg tot wezenlijke verschuivingen in het project over te gaan.⁶³

8.3.5 Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure

- Vermeld in de algemene bekendmaking ten minste de volgende gegevens:
 - De hoogte van het plafond.
 - De wijze van verdeling: op volgorde van binnenkomst, loting, veiling, vergelijkende toets ('tender' of 'beauty contest') of een combinatie.
 - De verdelingsmaatstaf of -criteria, dan wel waar deze te vinden zijn.
 - Bij voorkeur wordt ook de onderlinge weging bekendgemaakt (maar deze moet in ieder geval voor de beoordeling van de ingediende aanvragen zijn vastgesteld).
 - Vermeld zowel de begindatum als uiterste datum waarop aanvragen ingediend kunnen worden.
- De criteria en weging daarvan kunnen na vaststelling niet meer gewijzigd worden, tenzij bij de vaststelling een expliciete wijzigingsmogelijkheid is opgenomen.
- De criteria moeten gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitgelegd worden.
- Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers moeten de criteria kunnen begrijpen en op dezelfde manier interpreteren.
- Werk met een 'nota van inlichtingen' en geef geen aanvullende (telefonische of schriftelijke) informatie aan één (potentiële) aanvrager.

⁶² ABRvS 17 september 2008, AB 2009/77, m.nt. J.E. van den Brink.

⁶³ ABRvS 25 augustus 2005, AB 2005/390, m.nt. J.H. van der Veen.

- Ingediende aanvragen kunnen in beginsel niet aangevuld worden. Een kennelijke vergissing kan gecorrigeerd worden, maar een substantiële wijziging van de aanvraag moet aangemerkt worden als een nieuwe aanvraag.
- Anticipeer bij het vaststellen van de verdeelcriteria op artikel 4:5 Awb door bijvoorbeeld te bepalen dat onvolledige aanvragen binnen de termijn kunnen worden ingediend, maar dat alle (onvolledige) aanvragers op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen.
- Bij subsidieverdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, kan aanvullend worden bepaald dat de subsidiegelden worden verdeeld op basis van volgorde van binnengekomen *volledige* aanvragen.
- Overwogen kan worden een standaardaanvraagformulier in de subsidieregeling vast te stellen, zodat alle aanvragers op een vergelijkbare manier aangeven in hoeverre ze aan de criteria voldoen. Het aanvraagformulier moet dan (uiteraard) wel volledig overeenkomen met de voorwaarden uit de subsidieregeling.
- Als gebruikgemaakt wordt van een adviescommissie dan is het niet transparant om gebruik te maken van 'anonieme' deskundigen, 'geheime' beoordelingsleidraden en ongemotiveerde adviezen.
- Als de subsidie eenmaal verleend is dan kan het besluit slechts worden gewijzigd als dit niet leidt tot een 'wezenlijke wijziging'. Het is niet mogelijk om het verleende subsidiebedrag later te verhogen. Ook zal de subsidie in beginsel op nihil moeten worden vastgesteld als een project niet overeenkomstig de subsidievoorwaarden is uitgevoerd.

8.4 MOTIVERING EN TOETSING DOOR DE RECHTER

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

8.4.1 Motivering van het subsidiebesluit

Bij subsidietenders is het noodzakelijk dat de rechtbank uit het besluit kan afleiden hoe de ene aanvraag zich verhoudt tot de overige aanvragen. Indien dat niet het geval is, is het subsidiebesluit niet toetsbaar en daarmee onvol-

doende gemotiveerd.⁶⁴ De vraag is dan hoe uitgebreid die motivering moet zijn. Uit aanbestedingsjurisprudentie volgt dat al aan het transparantiebeginsel is voldaan wanneer er een geanonimiseerde matrix met daarin de totaalscores per inschrijver per subcriterium verstrekt wordt.⁶⁵

Van Rijn van Alkemade stelt dat een onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen verdeelprocedures waarbij aanvragen onafhankelijk van elkaar worden beoordeeld (bijvoorbeeld bij een verdeling op volgorde van binnenkomst) en verdeelprocedures waarbij de rangschikking mede tot stand komt op basis van een onderlinge vergelijking. In het laatste geval leidt dit tot een 'vergelijkende motiveringsplicht'.⁶⁶ Om de rechtmatigheid van die prioritering te kunnen beoordelen, zal enig inzicht geboden moeten worden in de andere subsidieaanvragen en in de daarover gegeven oordelen. Dit heeft tot gevolg dat de op de zaak betrekking hebbende stukken in een procedure ook informatie die door andere aanvragers is verstrekt kan betreffen, tenzij gewichtige redenen zich tegen ter inzage legging verzetten.⁶⁷ Indien het bestuursorgaan niet bereid is deze stukken te verstrekken, kunnen deze via een verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) worden opgevraagd.⁶⁸ Daarnaast kunnen zij ook via een verzoek om een voorlopige voorziening worden verkregen. De voorzieningenrechter van het CBB heeft geoordeeld dat een concurrent informatie over de subsidieverlening aan een ander kan opvragen om die subsidie in rechte te kunnen bestrijden, want als dat subsidiebesluit niet in stand kan blijven, dan kan dit tot gevolg hebben dat er weer subsidiebudget vrijkomt waardoor de concurrent opnieuw zou kunnen meedingen naar de betreffende subsidiebedragen.⁶⁹

Door de toetsing aan de Wob in zowel aanbestedings- als subsidieprocedures, geldt een ruimere openbaarmakingsverplichting dan in Europese aanbestedingsprocedures. In het kader van een door de Europese Commissie gehouden aanbesteding oordeelde het Gerecht dat de Europese Commissie in het kader van de motivering van het gunnings- en het afwijzingsbesluit, niet verplicht was om de documenten mede te delen die door de winnende inschrijver waren aangeleverd. Het Financieel Reglement voorziet er slechts

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

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

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

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

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

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

in dat de aanbestedende dienst, na een schriftelijk verzoek, mededeling doet van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund.⁷⁰

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

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

8.4.2 Volledige heroverweging en de gevolgen van schending van het transparantiebeginsel

In het bestuursrecht hanteert men het algemene uitgangspunt van de volledige heroverweging in bezwaar (artikel 7:11 Awb). In het kader van schaarse subsidieverlening is echter van belang dat in bezwaar niet *ex nunc* getoetst wordt. Al in 2002 oordeelde de Afdeling dat het bij subsidieverlening volgens het tendersysteem niet in de rede ligt om bij de beslissing op bezwaar het recht en de feiten en omstandigheden van dat moment te betrekken. De Afdeling oordeelde echter ook dat de beslissing op bezwaar niet enkel hoeft te worden gebaseerd op eerder verkregen informatie, maar dat ook rekening gehouden mag worden met later opgestelde adviezen en nadere feitelijke informatie van

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

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

72 CBB 20 september 2002, LJN AE9952.

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

de aanvrager.⁷⁴ Voor de bezwaarfase gelden dezelfde beperkingen voor het kunnen inbrengen van aanvullende informatie als in de aanvraagfase. Zowel bij de primaire besluitvorming als de bezwaarfase moet gegarandeerd kunnen worden dat sprake is van een gelijk speelveld voor alle potentiële aanvragers.

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

Met betrekking tot het subsidierecht is van belang dat de Awb een regeling heeft getroffen voor de gevolgen van een gegrond bezwaar- of beroepschrift. Artikel 4:25 lid 3 Awb bepaalt dat het in dat geval slechts mogelijk is de subsidie te weigeren als deze mogelijkheid ook had bestaan op het tijdstip waarop de oorspronkelijke (rechtmatige) beslissing had moeten worden genomen. In de praktijk wordt door bestuursorganen vaak een specifieke reservering gemaakt voor deze gevallen zodat ook voldoende financiële middelen aanwezig zijn om na heroverweging alsnog subsidie toe te kunnen kennen. In het kader van de verdeling van broeikasgasemissierechten, zoals geregeld

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

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

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

in de Wet milieubeheer (Wm) wordt dit door de Nederlandse emissieautoriteit het 'depot juridische procedures' genoemd.

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

Bovendien bepaalt artikel 4:25 lid 3 Awb dat de weigeringsgrond van het tweede lid soms wel toegepast kan worden, bijvoorbeeld als op de datum van het primaire besluit het subsidieplafond al was bereikt. Dit betekent dat het interessant kan zijn om rechtsmiddelen aan te wenden tegen de subsidieverlening aan een 'concurrerende' aanvrager. Als dit subsidiebesluit immers wegvalt, dan ontstaan er wellicht weer middelen waardoor nieuwe aanvragen kunnen worden verleend. Volgens vaste jurisprudentie kan een derde op grond van een concurrentiepositie als belanghebbende bij een (subsidie)besluit worden aangemerkt als de subsidie 'strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is'.⁷⁷ Een concurrent kan dan ook in beginsel tegen de subsidieverlening aan een ander opkomen. Vervolgens kunnen alle gebreken in het besluit (zeker zolang het relativiteitsvereiste nog niet in de Awb is opgenomen) tot vernietiging van dat besluit leiden. Indien geen rechtsmiddelen worden aangewend tegen subsidieverlening aan een concurrerende aanvrager dan zal dit besluit onherroepelijk worden. Het restrictieve karakter van artikel 4:25 lid 3 Awb staat er aan in de weg om in een procedure over een geweigerde subsidie alsnog subsidie te verlenen als het subsidieplafond is bereikt door subsidiebesluiten die formele rechtskracht hebben verkregen, maar onrechtmatig waren. De rechtmatigheid van de andere verleende subsidiebesluiten kan alleen worden beoordeeld in een bezwaar- en beroepsprocedure daartegen.⁷⁸

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

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

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

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

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

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

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

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

rent kan dus ook een verzoek tot terugvordering bij een bestuursorgaan indienen in de hoop dat daarmee de concurrentieverhoudingen worden hersteld.

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

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

8.4.3 Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure

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

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

84 Artikel 4:48 lid 1 onderdeel e Awb jo. artikel 4:34 lid 5 Awb.

- Het is wenselijk budget voor een 'depot juridische procedures' te reserveren, zodat financiële middelen aanwezig zijn voor eventuele gegronde bezwaar- en beroepsschriften.

8.5 AFRONDING

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

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

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

- i) de verdelingscriteria niet in beleidsregels neer te leggen, omdat de inherente afwijkingsbevoegdheid van beleidsregels (artikel 4:81 Awb) zich niet goed verhoudt tot het transparantiebeginsel; en
- ii) de aanvraagperiode te fixeren zodat gegarandeerd wordt dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft, waarbij artikel 4:5 Awb wel in acht moet worden genomen.

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