



Universiteit
Leiden
The Netherlands

AB 2023/217: Tenderprocedure. Gebruik van informatie na sluiting van de aanvraagtermijn

Jongkind, D.K.

Citation

Jongkind, D. K. (2023). AB 2023/217: Tenderprocedure. Gebruik van informatie na sluiting van de aanvraagtermijn. *Ab Rechtspraak Bestuursrecht*, 2023(30), 1663-1668. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3665640>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3665640>

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

nuttig kunnen zijn voor bestuurders en ambtenaren.

L.J.A. Damen

AB 2023/217

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

26 juli 2022, nr. 21/671

(Mrs. J.H. de Wildt, R.W.L. Koopmans, H.O. Kerkmeester)
m.nt. D.K. Jongkind*

Art. 4:25, 7:11 Awb; Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies; titel 3.4 MKB innovatiestimulerings topsectoren; par. 3.4.5 MIT-R&D-samenwerkingsprojecten

ECLI:NL:CBB:2022:431

Gebruik van informatie na sluiting van de aanvraagtermijn. Geen rechtsregel dat een adviseur die bij het horen in bezwaar is betrokken niet betrokken mag zijn bij de inhoudelijke beoordeling.

In beroep voert appellante aan dat verweerder bij de inhoudelijke beoordeling van de subsidie-aanvraag informatie heeft gebruikt die niet in het projectplan stond, maar bij de hoorzitting naar voren is gekomen. Dit blijkt volgens appellante uit de toelichting op het scoreformulier bij het onderdeel technologische haalbaarheid/risico's, waarin is vermeld dat een eerste prototype is gemaakt, maar dat deze niet robuust is en binnen een dag kapot gaat waardoor er geen sturing kan plaatsvinden. Appellante stelt dat verweerder deze informatie niet bij de inhoudelijke beoordeling had mogen betrekken, omdat het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet verdraagt met het tendersysteem. Appellante verwijst in dit verband naar rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College: ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654 en ECLI:NL:CBB:2001:AB1115.

Het College overweegt dat aan de door appellante genoemde uitspraken geen betekenis toekomt, omdat deze zien op situaties waarin de aanvrager na de sluiting van de aanvraagtermijn nog met informatie komt om de aanvraag aan te vullen of te wijzigen. Dat is hier niet aan de orde. Deze beroepsgrond slaagt niet.

Er is geen rechtsregel die inhoudt dat een adviseur die bij het horen in bezwaar is betrokken niet

betrokken mag zijn bij de inhoudelijke beoordeling. Op basis van wat appellante heeft aangevoerd, constateert het College geen onzorgvuldigheden in de procedure. Verweerder is dan ook niet gehouden om het projectplan van appellante nogmaals inhoudelijk te laten beoordelen door andere deskundigen, laat staan om alle projectplannen nog eens te beoordelen.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 26 juli 2022 in de zaak tussen:

Naam 1 B.V., appellante, (gemachtigde: B.J. Crielaard),

en

De minister van Economische Zaken en Klimaat, verweerder, (gemachtigde: mr. M.W. Schilperoord).

Procesverloop

Bij besluit van 26 november 2020 heeft verweerder de door appellante aangevraagde subsidie afgewezen.

Bij besluit van 3 mei 2021 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van appellante ongegrond verklaard.

Appellante heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek op de zitting heeft plaatsgevonden op 2 mei 2022. Aanwezig waren de gemachtigde van appellante, bijgestaan door naam 2, en de gemachtigde van verweerder.

Overwegingen

1. De door appellante aangevraagde subsidie is gebaseerd op de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies (Regeling), titel 3.4 MKB innovatiestimulerings topsectoren en paragraaf 3.4.5 MIT-R&D-samenwerkingsprojecten. De verdeling van deze subsidie vindt plaats op basis van het tenderprincipe, hetgeen inhoudt dat verweerder de ingediende aanvragen gelijktijdig inhoudelijk beoordeelt, onderling vergelijkt en ten opzichte van elkaar rangschikt. De rangschikking vindt plaats aan de hand van de in artikel 3.4.25 van de Regeling gegeven criteria. Dit artikel luidt als volgt:

“1. De minister kent aan een project aan de hand van de volgende criteria een hoger aantal punten toe naarmate:

a. er meer technologische vernieuwing of wezenlijke nieuwe toepassingen van een bestaand product, proces, of dienst wordt verwacht;

b. er meer economische waarde wordt gecreëerd voor de deelnemers in het

* D.K. (Demy) Jongkind is promovenda aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

MIT-R&D-samenwerkingsverband of de Nederlandse economie;

c. de kwaliteit van de R&D samenwerking hoger is, ten minste blijkend uit de mate van complementariteit van de deelnemers, de capaciteiten van de deelnemers en de kwaliteit van de projectorganisatie;

d. er meer positieve impact wordt gerealiseerd binnen een of meer van de programma's, genoemd in bijlage 3.4.1.

2. Het aantal punten gegeven voor het eerste lid, onderdeel d, wordt verminderd naarmate het project meer negatieve impact heeft op een of meer van de programma's, genoemd in bijlage 3.4.1.

3. De minister kent per onderdeel van het eerste lid ten hoogste 25 punten toe.

4. De minister rangschikt de aanvragen waarop niet afwijzend is beslist hoger naarmate in totaal meer punten aan het project zijn toegekend.

5. De minister verdeelt het subsidieplafond onder de aanvragen die het hoogste zijn gerangschikt."

2. Appellante ontwikkelt hard- en software voor pluimveehouderijen. Zij richt zich vooral op broederijen. Appellante heeft op 9 september 2020 subsidie aangevraagd voor het ontwikkelen van een mobiel en draadloos sensorsysteem dat de broedomstandigheden in en om de broedkamer registreert en voor het ontwikkelen en testen van een datamodel op basis van machine learning. Het is de bedoeling dat met de verkregen data het broedproces inzichtelijk, voorspelbaar en nauwkeurig stuurbaar wordt gemaakt.

3. Naar aanleiding van deze aanvraag heeft verweerder enkele vragen aan appellante gesteld over de aanvang van het project. Deze vragen heeft appellante beantwoord bij e-mail van 16 oktober 2020. Vervolgens heeft verweerder bij besluit van 26 oktober 2020 de subsidieaanvraag van appellante afgewezen, omdat appellante al met het project zou zijn begonnen voordat de aanvraag was ingediend.

4. Appellante heeft hiertegen bezwaar gemaakt en is daarover op 9 februari 2021 gehoord door verweerder. Bij de heroverweging van zijn besluit heeft verweerder de aanvankelijke afwijzingsgrond laten vallen en de subsidieaanvraag van appellante alsnog inhoudelijk beoordeeld aan de hand van de rangschikkingscriteria in artikel 3.4.25 van de Regeling. Het met deze beoordeling gescoorde aantal punten leverde een zodanig lage plaats op in de rangschikking dat appellante niet voor de subsidie in aanmerking komt. Bij het bestreden besluit heeft verweerder daarom de subsidieaanvraag van appellante opnieuw afgewezen, nu op grond van artikel 4:25,

tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarin is bepaald dat een subsidie wordt geweigerd voor zover door verstrekking van de subsidie het subsidieplafond zou worden overschreden.

5.1 In beroep voert appellante aan dat verweerder bij de inhoudelijke beoordeling van de subsidieaanvraag informatie heeft gebruikt die niet in het projectplan stond, maar bij de hoorzitting naar voren is gekomen. Dit blijkt volgens appellante uit de toelichting op het scoreformulier bij het onderdeel technologische haalbaarheid/risico's, waarin is vermeld dat een eerste prototype is gemaakt, maar dat deze niet robuust is en binnen een dag kapot gaat waardoor er geen sturing kan plaatsvinden. Appellante stelt dat verweerder deze informatie niet bij de inhoudelijke beoordeling had mogen betrekken, omdat het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet verdraagt met het tendersysteem. Appellante verwijst in dit verband naar rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College: ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654 en ECLI:NL:CBB:2001:AB1115.

5.2 Het College overweegt dat aan de door appellante genoemde uitspraken geen betekenis toekomt, omdat deze zien op situaties waarin de aanvrager na de sluiting van de aanvraagtermijn nog met informatie komt om de aanvraag aan te vullen of te wijzigen. Dat is hier niet aan de orde. Deze beroepsgrond slaagt niet.

6.1 Appellante voert vervolgens aan dat de subsidieaanvraag in bezwaar ten onrechte mede is beoordeeld door een adviseur die bij de hoorzitting aanwezig was en informatie uit de hoorzitting bij de inhoudelijke beoordeling heeft gebruikt. Deze adviseur kon daarom niet als een onafhankelijke deskundige het projectplan zonder voorkennis beoordelen. Om het risico op subjectiviteit te minimaliseren, had verweerder uit zorgvuldigheid de beoordeling moeten laten doen door een deskundige zonder voorkennis, net zoals dat bij de concurrerende aanvragen is gebeurd. Verder wil appellante dat de rangschikking opnieuw wordt beoordeeld met inachtneming van de kwaliteit van de andere aanvragen. Een objectieve rangschikking is volgens appellante alleen nog mogelijk als op hetzelfde moment ook de andere aanvragen opnieuw beoordeeld worden.

6.2 Ook deze grond slaagt niet. Er is geen rechtsregel die inhoudt dat een adviseur die bij het horen in bezwaar is betrokken niet betrokken mag zijn bij de inhoudelijke beoordeling. Op basis van wat appellante heeft aangevoerd, consta-

teert het College geen onzorgvuldigheden in de procedure. Verweerder is dan ook niet gehouden om het projectplan van appellante nogmaals inhoudelijk te laten beoordelen door andere deskundigen, laat staan om alle projectplannen nog eens te beoordelen.

7.1 Appellante voert verder aan dat uit de door haar aan de orde gestelde procedurele gebreken blijkt dat de beoordelings- en bezwaarprocedure de schijn heeft van vooringenomenheid bij verweerder. Volgens appellante heeft verweerder er belang bij om de in de bezwaarfase afgewezen aanvragen bij de heroverweging niet alsnog toe te wijzen. Appellante heeft zich in bewaar en beroep beperkt tot het aanvoeren van gronden over de wijze waarop de procedure is verlopen, omdat volgens haar reeds op grond daarvan het bestreden besluit niet in stand kan blijven, en bovendien zou het aanvoeren van gronden tegen de inhoudelijke beoordeling zinloos zijn, omdat verweerder zich toch altijd verschuilt achter het standpunt van de deskundigen die de inhoudelijke beoordeling hebben uitgevoerd. Volgens appellante is de procedure niet transparant geweest en is zij niet gelijk behandeld ten opzichte van andere aanvragers. Daarnaast stelt appellante dat verweerder de inhoudelijke beoordeling had moeten loskoppelen van de bezwaarprocedure, omdat de inhoudelijke beoordeling geen onderdeel was van het bezwaar, want dat was niet gericht tegen de inhoudelijke beoordeling. Het bezwaar was geslaagd en verweerder had de bezwaarprocedure als afgerond moeten beschouwen en niet de adviseur mogen betrekken bij zowel de hoorzitting als de inhoudelijke beoordeling, waardoor appellante benadeeld is ten opzichte van andere aanvragers.

7.2 De visie van appellante over de te volgen procedure is niet in lijn met de Awb. Uit oogpunt van rechtsbescherming voorziet de Awb er juist in dat na een geslaagde bezwaarprocedure een nieuwe beslissing de vorm heeft van een beslissing op bezwaar, waartegen vervolgens beroep openstaat. Op grond van artikel 7:11 van de Awb moet het oorspronkelijke besluit volledig heroverwogen worden en het bestreden besluit is te beschouwing als het resultaat van een zodanige heroverweging over de subsidie-aanvraag. Dat verweerder de afwijzing van de subsidie-aanvraag op een andere grondslag heeft gebaseerd, doet daaraan niet af. De nieuwe afwijzingsgrond verschilt weliswaar ingrijpend van de oorspronkelijke afwijzingsgrond, maar verweerder heeft appellante in de gelegenheid gesteld om voorafgaand aan de beslissing op bezwaar te reageren op de voorgenomen wijziging van het eerdere standpunt. Appellante heeft over de inhoudelijke beoordeling een gesprek gehad met de adviseurs

en heeft vervolgens haar bezwaargronden aangevuld bij e-mail van 21 april 2021. Het College vindt verder in het betoog van appellante geen aanwijzingen dat de procedure onzorgvuldig is geweest of dat het bestreden besluit met vooringenomenheid tot stand is gekomen. Niet is gebleken dat verweerder er belang bij zou hebben om vast te houden aan het afwijzen van de subsidie-aanvraag. Verweerder heeft gesteld dat hij extra budget heeft vrijgemaakt voor gevallen waarin een aanvankelijk afgewezen subsidie-aanvraag bij de heroverweging alsnog wordt toegewezen. Het standpunt van appellante dat zij ongelijk behandeld zou zijn ten opzichte van andere aanvragers is er op gebaseerd op bij deze aanvragers geen informatie is meegenomen die dateert van na de aanvraag. Uit het voorgaande volgt echter dat dit een logisch gevolg is van de – rechtmatige – wijze waarop verweerder de bezwaarprocedure heeft gevoerd. Ook in zoverre kan de grond van appellante niet slagen.

8. Tot slot heeft appellante op de zitting een aantal stellingen ingenomen over de inhoudelijke beoordeling en het aantal aan haar project gegeven punten. Deze stellingen zijn onvoldoende onderbouwd. Bovendien zou het appellante zelfs niet hebben geholpen als verweerder op het onderdeel technologische haalbaarheid/risico's – waarvoor de in de hoorzitting verkregen informatie is gebruikt – het maximaal haalbare punten van 100 zou hebben toegekend, in plaats van de nu toegekende 50 punten. Dit zou namelijk niet tot een zodanig hogere eindscore hebben geleid dat appellante in de rangschikking opgeschoven zou zijn naar een subsidiabele plaats. Verweerder heeft uitgerekend dat appellante dan zou zijn gestegen van plaats 128 naar 122, en ook die plaats leidt (ruimschoots) niet tot verlening van subsidie.

9. Het beroep is ongegrond.

10. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College verklaart het beroep ongegrond.

Noot

1. Bovenstaande uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: 'CBb') is een signalering waard in de AB. De uitspraak illustreert dat er een zekere spanning bestaat tussen artikel 7:11 Algemene wet bestuursrecht (hierna: 'Awb') op grond waarvan een besluit in bezwaar volledig moet worden heroverwogen en de wijze waarop in bezwaar subsidiënderbesluiten worden getoetst. In onderhavige uitspraak

die gaat over een afgewezen aanvraag in een subsidietender vindt opvallend genoeg pas in de bezwaarfase een inhoudelijke beoordeling van de subsidieaanvraag van appellante plaats, waarbij ook informatie die naar boven kwam tijdens de hoorzitting in bezwaar is betrokken. Daarnaast is een aandachtspunt in deze zaak de wijze waarop over de subsidieaanvraag van appellante is geadviseerd. Alle reden voor een annotatie in de AB. In paragraaf 2 van deze annotatie worden kort de feiten van de zaak weergegeven. In paragrafen 3–5 wordt ingegaan op de opvallende aspecten van deze uitspraak en in paragraaf 6 volgt een afronding.

2. De hierboven afgedrukte uitspraak gaat over een subsidieaanvraag van appellante die is gebaseerd op de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies (hierna: 'de Regeling'), titel 3.4 MKB innovatie stimulering topsectoren en paragraaf 3.4.5 MIT-R&D-samenwerkingsprojecten. Appellante ontwikkelt hard- en software voor pluimveehouderijen en heeft op 9 september 2020 subsidie aangevraagd voor het ontwikkelen van een mobiel en draadloos sensorsysteem dat de broedkamersandigheden in en om de broedkamer registreert en voor het ontwikkelen en testen van een datamodel op basis van machine learning. Naar aanleiding van de aanvraag heeft de minister van Economische Zaken en Klimaat (hierna: 'de minister') nog wat vragen aan appellante via de mail gesteld. Na antwoord van appellante is de subsidieaanvraag afgewezen, aangezien appellante al met het project zou zijn begonnen alvorens de aanvraag daadwerkelijk is ingediend (in veel subsidieregelingen is bepaald dat de subsidieontvanger niet met de activiteiten mag zijn gestart voordat de subsidie is verleend. Achterliggende gedachte is dan dat het bestuursorgaan met de subsidieregeling beoogt bepaalde activiteiten te stimuleren. Als de subsidieontvanger alvast is begonnen, is het waarschijnlijk dat hij de activiteiten toch wel had uitgevoerd, ongeacht of de subsidie wordt toegekend. In dat geval wordt de met de subsidieregeling nagestreefde doelstelling dus niet bereikt. Ook het Europese staatssteunrecht vereist dat niet met de activiteiten mag zijn gestart alvorens de subsidie is verleend. Zie W. den Ouden, M.J. Jacobs & J.E. van den Brink, *Subsidierecht (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 383). Appellante is het hier niet mee eens, heeft bezwaar gemaakt en is op 9 februari 2021 door de minister gehoord. Bij de heroverweging in bezwaar heeft de minister alsnog de subsidieaanvraag inhoudelijk beoordeeld aan de hand van de rangschikkingscriteria van de Regeling. De minister komt uiteindelijk tot de conclusie dat de aanvraag van appellante te laag in de

rangschikking is geëindigd om voor subsidie in aanmerking te komen. Daarom wordt de subsidieaanvraag — ingevolge artikel 4:25 lid 2 Awb — afgewezen.

3. Op grond van de Regeling wordt de subsidie via een tenderprocedure (ofwel vergelijkende beoordeling) verdeeld. Uit vaste jurisprudentie van de bestuursrechter volgt dat uit de aard van een tendersysteem voortvloeit dat vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle relevante gegevens moeten zijn overgelegd. Daarna kan geen rekening meer worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag, omdat dit zich niet verdraagt met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in een tendersysteem centraal staan (zie Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 125 en bijv. ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmann; Cbb 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmann; ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2439, AB 2022/5, m.nt. E.M.J. Hardy (*Digeketen I*)). Dit geldt ook in de situatie dat in een tenderronde het subsidieplafond niet is bereikt, dus wanneer — achteraf beschouwd — geen sprake is van een schaarse subsidie (zie ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmann). Wel wordt de strenge lijn in de jurisprudentie iets genuanceerd wanneer het gaat om nadere stukken die de feiten die bij de aanvraag zijn vermeld bevestigen (zie ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2081, AB 2022/64, m.nt. D.K. Jongkind).

In de jurisprudentie staat dus vooral de vraag centraal in hoeverre aanvragers in een subsidietenderprocedure na het sluiten van de aanvraagtermijn nog informatie kunnen overleggen en of het bestuursorgaan deze gegevens bij de beoordeling van de aanvraag kan betrekken. In geschillen over tenderprocedures stellen subsidieaanvragers regelmatig dat deze informatie door het bestuursorgaan wel had moeten worden meegenomen. In deze zaak gaat het om de omgekeerde situatie. Appellante voert namelijk aan dat de minister bij de inhoudelijke beoordeling van de subsidie, dus na het sluiten van de aanvraagtermijn, informatie heeft gebruikt die niet in het projectplan stond, maar bij de hoorzitting in bezwaar naar voren is gekomen. Dit blijkt volgens appellante uit de toelichting op het scoreformulier bij het onderdeel technologische haalbaarheid/risico's, waarin is vermeld dat een eerste prototype is gemaakt, maar dat deze niet robuust is en binnen een dag kapot gaat waardoor er geen sturing kan plaatsvinden. Volgens appellante mag deze informatie bij de inhoudelijke beoordeling van de aanvraag niet worden be-

trokken omdat het informatie betreft die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn.

Opvallend aan deze zaak is dus dat de minister in de bezwaarfase *ambtshalve* met nieuwe informatie aan de slag is gegaan wat resulteert in een afwijzing van de aanvraag van appellante. Voor aanvragers is het in beginsel echter niet mogelijk om in bezwaar nieuwe informatie aan te leveren. Het is te begrijpen dat appellante hier vraagtekens bij zet. Het Cbb volstaat echter met de overweging dat aan de door appellante genoemde uitspraken geen betekenis toekomt, nu deze zien op situaties waarin de aanvrager na de sluiting van de aanvraagtermijn nog met informatie komt om de aanvraag aan te vullen of te wijzigen. Dat is hier niet aan de orde, aldus het Cbb. Met dit oordeel geeft het Cbb echter geen duidelijk antwoord op de principiële vraag in hoeverre de minister bij subsidietenderbesluiten in de bezwaarfase gebruik mag maken van informatie die tijdens de bezwaarfase naar boven komt. Kennelijk is het de opvatting van het Cbb dat dit mogelijk is, maar dit wordt verder niet gemotiveerd. Overigens staat het verbod van reformatio in peius (verandering ten nadele) in dit geval niet aan de handelwijze van de minister in de weg (zie over dit verbod Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 69). De subsidieaanvraag van appellante was immers ook in het besluit in primo reeds afgewezen. Dit doet echter niet af aan de principiële vraag in hoeverre het bestuursorgaan uit eigen beweging nieuwe informatie mag meenemen in de bezwaarprocedure wanneer het gaat om tenderprocedures. Zou de informatie ook zijn meegenomen als dit tot honorering van de aanvraag zou hebben geleid?

4. Een volgend punt wat samenhangt met punt 3 is de verhouding tussen de tenderprocedure en de volledige heroverweging in bezwaar (artikel 7:11 Awb) als het gaat om de toetsing. Het uitgangspunt van de bezwaarprocedure is dat er in beginsel *ex nunc* wordt getoetst (op dit uitgangspunt bestaan echter wel uitzonderingen die in de literatuur worden gesignaleerd, zie bijv. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure (R&P nr. SB3)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, §3.1.1 en N. Verheij, 'Tussen toen en nu. Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep', *JBplus* 2003/3, p. 26–47). Dit betekent dat het bestuursorgaan in beginsel een bezwaarschrift naar het op dat moment geldende recht en beleid beoordeelt. Bij schaarse subsidieverlening en dus tendersubsidiebesluiten wordt juist *ex tunc* getoetst. Dit betekent dat de subsidieverstrekker moet heroverwegen met inachtneming van de feiten en omstandigheden zoals die luiden ten tijde van het primaire besluit. Bij de tenderproce-

dure is het immers van belang dat een gelijk speelveld moet worden gegarandeerd, zowel bij de primaire besluitvorming als bij de bezwaarprocedure. Hier lijkt enige spanning waar te nemen tussen de tenderprocedure en artikel 7:11 Awb. Over dit onderwerp wordt veel geschreven. Zo is het de opvatting van Drahmman dat voor een transparante subsidieprocedure in bezwaar niet *ex nunc* moet worden 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” (A. Drahmman, ‘Kan het subsidierecht transparanter?’, *Gst*. 2011/124).

Ook Hardy signaleert dit aspect (zie E.M.J. Hardy, ‘De kunst van het verdelen. Over mededinging en transparantie bij de verdeling van schaarse (tender)subsidies’, *NTB* 2022/71; E.M.J. Hardy, ‘De kunst van het adviseren. Over deskundigenadvisering en vergewisplicht bij de voorbereiding van (cultuur)subsidiebesluiten’, *JBplus* 2022/1). Hardy relateert het vooral aan de motiveringsplicht en benoemt dat het voor bezwaarmakers lastig is nu voor hen een verbod op het aanleveren van additionele informatie over de afgewezen aanvraag geldt, maar de subsidieverstrekker in primo mag volstaan met een gebrekkig besluit dat in de bezwaarfase (wel) mag worden vervolmaakt.

In onderhavige zaak heeft appellante zich in bezwaar en beroep beperkt tot het aanvoeren van gronden over de wijze waarop de procedure is verlopen – zij vermoedt dat de minister bij inhoudelijke punten zich toch ‘verschuilt’ achter het standpunt van de deskundigen die de inhoudelijke beoordeling hebben uitgevoerd – en voert verder aan dat de minister de inhoudelijke beoordeling had moeten loskoppelen van het bezwaar nu dit geen onderdeel was van het bezwaar. Het Cbb gaat hier niet in mee en benoemt dat op grond van artikel 7:11 Awb het oorspronkelijke besluit volledig moet worden heroverwogen. Dat de minister de afwijzing van de subsidieaanvraag op een andere grondslag heeft gebaseerd, doet daaraan niet af. Appellantes standpunt is juist dat zij ten opzichte van andere aanvragers ongelijk zou zijn behandeld, omdat bij die aanvragers *geen* informatie is meegenomen die dateert van na de aanvraag.

Appellante lijkt in onderhavige uitspraak de *ex tunc*-toetsing te wensen: zij is immers van mening dat de informatie die naar boven komt tijdens de hoorzitting niet moet worden meegenomen, aangezien dit zich niet verdraagt met de tendersystematiek. Het Cbb daarentegen kiest voor de *ex nunc*-toetsing en benoemt dat op grond van artikel 7:11 Awb het oorspronkelijke

besluit volledig moet worden heroverwogen. Wat is nu de verhouding tussen artikel 7:11 Awb en de toetsing bij tendersubsidiebesluiten en hoe past onderhavige uitspraak hierin? Daar wordt helaas geen antwoord op gegeven. Het Cbb constateert dat het heroverwegen een logisch gevolg is van de rechtmatige wijze waarop de minister de bezwaarprocedure heeft uitgevoerd. Het is jammer dat het Cbb aan deze verhouding niet meer aandacht heeft besteed.

5. Een ander interessant aspect van de onderhavige uitspraak is de wijze waarop in deze zaak over de subsidieaanvraag van appellante is geadviseerd. Bij tendersubsidieprocedures wordt regelmatig gebruikgemaakt van adviseurs. Over tendersubsidies met adviescommissies is (breder) interessante jurisprudentie ontstaan (denk bijvoorbeeld aan CBB 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy en ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (*De Theatercompagnie*), maar zie bijvoorbeeld ook het boek van Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 315 e.v.). Zo kan bijvoorbeeld discussie ontstaan over de inzichtelijkheid en uitkomst van de selectieprocedure of de samenstelling van de adviescommissie. In deze zaak heeft appellante kritiek op een adviseur. Volgens appellante is de subsidieaanvraag in bezwaar ten onrechte mede beoordeeld door een adviseur die bij de hoorzitting in bezwaar aanwezig was en informatie uit de hoorzitting bij de inhoudelijke beoordeling van de subsidieaanvraag van appellante heeft gebruikt. De uitspraak gaat niet expliciet in op de rol van de adviseur: is deze lid van de commissie of slechts als toehoorder aanwezig bij de hoorzitting? De uitspraak suggereert het eerste. Appellante is van mening dat de adviseur niet als onafhankelijk deskundige het projectplan zonder voorkennis kon beoordelen. Ook deze grond slaagt niet en het Cbb benoemt dat er geen rechtsregel is die inhoudt dat een adviseur die bij het horen in bezwaar is betrokken niet betrokken mag zijn bij de inhoudelijke beoordeling van de subsidieaanvraag. Het moge zo zijn dat deze rechtsregel ontbreekt, het oordeel van het Cbb doet wat vreemd aan. De desbetreffende adviseur heeft namelijk informatie meegewogen die niet uit de aanvraag bleek, maar bij de hoorzitting naar voren is gekomen. Appellante is daarom van mening dat de adviseur niet het project zonder voorkennis kon beoordelen. Doordat bij de inhoudelijke beoordeling van de subsidieaanvraag informatie is gebruikt die niet in het projectplan stond, valt de subsidieaanvraag nadelig uit voor appellante. Zonder die informatie uit de hoorzitting was wellicht anders besloten.

Het is bovendien de vraag of de positie van deskundig adviseur zonder meer is te verenigen met die van lid van een bezwaaradviescommissie,

waar in de uitspraak ook niet bij wordt stilgestaan. De eerstgenoemde is (mede)verantwoordelijk voor de motivering van het verdeelbesluit, terwijl de tweede de hoorzitting afneemt en het bestuursorgaan adviseert over het heroverwegingsbesluit. Artikel 7:5 Awb schrijft voor dat het horen geschiedt door het bestuursorgaan zelf of door een persoon die niet bij de voorbereiding van het bestreden besluit betrokken is geweest. De uitspraak verduidelijkt helaas niet of de adviseur ook betrokkenheid had bij het primaire verdeelbesluit.

6. Deze uitspraak illustreert mooi dat de discussies omtrent tenderprocedures zich vandaag de dag nog steeds voordoen. Een belangrijke vraag blijft daarbij wat precies de verhouding is tussen de plicht tot volledige heroverweging op grond van artikel 7:11 Awb en de toetsing van tendersubsidiebesluiten. Die verhouding lijkt nog niet te zijn uitgekristalliseerd. Verschillende aspecten voelen in onderhavige uitspraak voor appellante bovendien niet helemaal 'fair'. In dat opzicht is het jammer dat het Cbb volstaat met de overweging "dat er geen rechtsregel is die inhoudt dat een adviseur die bij het horen in bezwaar is betrokken niet betrokken mag zijn bij de inhoudelijke beoordeling" zonder verdere uitleg. Ook blijft de verhouding tussen art. 7:11 Awb en tendersubsidiebesluiten in het midden. Het Cbb had over deze aspecten wat meer kunnen uitweiden. Ik ben dan ook benieuwd welke jurisprudentie inzake tendersubsidiebesluiten zal volgen.

D.K. Jongkind