

AB 2012/63: Schaarse subsidie. Subsidietender. Bekendmaking verdeelprocedure. Achteraf ontwikkelde beoordelingscriteria. Inzichtelijkheid en motivering resultaat verdeelproces.

Instantie:	College van Beroep voor het bedrijfsleven (Meervoudige kamer)	Datum:	21 december 2011
Magistraten:	Mrs. W.E. Doolaard, H.S.J. Albers, M. de Mol	Zaaknr:	AWB 10/1315
Conclusie:	-	LJN:	BU9729
Roepnaam:	-	Noot:	A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade

Awb art. 4:26, 7:12

Snel naar: Essentie | Samenvatting | Partijen | Uitspraak | Noot

Essentie

Schaarse subsidie. Subsidietender. Bekendmaking verdeelprocedure. Achteraf ontwikkelde beoordelingscriteria. Inzichtelijkheid en motivering resultaat verdeelproces.

Samenvatting

De ter invulling van art. 34 van de Regeling door verweerder gekozen opzet, waarbij de beoordelingscriteria eerst na ontvangst van de aanvragen ontwikkeld worden, is gekozen enerzijds om rekening te kunnen houden met nieuwe inzichten en ideeën die uit de voorstellen naar voren komen, en anderzijds om ook zicht te krijgen op de onderdelen die juist niet meer als vernieuwend beschouwd kunnen worden, omdat zij al in een groot aantal van de ingediende aanvragen zijn opgenomen. Onder de gekozen opzet kunnen aanvragers niet na afloop van de indieningsperiode nog met aanvullende informatie bij of een toelichting op het door hun ingediende voorstel komen. Het College acht een dergelijk systeem evenwel niet onvereenigbaar met art. 4:26 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), waarin voorgeschreven is, dat bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld. Art. 34 van de Regeling geeft hieraan naar het oordeel van het College in voldoende mate invulling.

Het College overweegt vervolgens dat ook bij een systeem van subsidietoekenning als hier aan de orde, waarbij de ingediende aanvragen onderling vergeleken en vervolgens gerangschikt worden op een aantal kwalitatieve criteria, ter bevordering van een voldoende mate van transparantie wel eisen gesteld moeten worden aan de wijze waarop achteraf van de wegingen en waarderingen die hebben plaatsgevonden, verslag wordt gedaan en verantwoording wordt afgelegd. Van belang is dat er ongeveer 400 aanvragen gedaan zijn, en dat verweerder berekend heeft dat hij met het beschikbare bedrag er ongeveer 70 zou kunnen honoreren. Gelet op de omschrijving van te subsidiëren investeringsplannen in art. 30 lid 2 van de Regeling gaat het daarbij om niet eenvoudig vergelijkbare aanvragen. Derhalve dient zowel over de ontwikkeling van de criteria, als over de toepassing daarvan op de ingediende aanvragen, inzichtelijke documentatie beschikbaar te zijn.

Aan de in een dergelijk geval te stellen eisen wordt in dit geval niet voldaan.

Zo is aan de aanvragers geen inzicht gegeven in de samenstelling van de commissie(s), die zich over hun aanvragen gebogen hebben, terwijl ook de exacte taak en werkwijze van de commissie(s) niet aan hen bekend zijn gemaakt. In het dossier bevindt zich geen schriftelijk door de commissie(s) uitgebracht advies, zodat ook niet kan worden nagegaan of verweerder het advies van de commissie gevolgd heeft.

Naar het College uit de verklaring van verweerders gemachtigde ter zitting heeft opgemaakt, is er een advies, waarbij per vernieuwend element een scoretabel is vastgesteld en zou daarna de toepassing van deze tabel op de diverse aanvragen, opnieuw in overleg met (leden van) de commissie(s), hebben plaatsgevonden. Ook daarvan zijn echter geen verslagen beschikbaar. (...)

Aan de hand van [de beschikbare] gegevens kan wel van de eigen score worden nagegaan op basis van welke elementen deze is berekend, maar ieder overzicht van de wegingsverhouding tussen de verschillende soorten stallen voor runderen er stallen voor andere dieren dan runderen ontbreekt.

Het College komt dan ook tot de conclusie, dat op basis van de beschikbare informatie geen inzicht kan worden verkregen in de door de commissie(s) verrichte afwegingen, zodat het bestreden besluit, waarbij — naar het College ter zitting begrepen heeft — de adviezen van de commissie(s) zijn gevolgd, in strijd met art. 7:12 Awb niet berust op een deugdelijk motivering.

Partij(en)

Maatschap A en B, te X, appellante, gemachtigde: mr. H.E. Davelaar, advocaat te Zwolle, tegen
de Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, verweerder, gemachtigde: mr. H. le Nobel, werkzaam bij verweerdere Dienst Regelingen.

Uitspraak

1. *Het procesverloop*

Appellante heeft bij brief van 3 december 2010, bij het College binnengekomen op 7 december 2010, beroep ingesteld tegen een besluit van verweerder van 29 oktober 2010.

Bij dit besluit heeft verweerder beslist op het bezwaar van appellante tegen het besluit van 30 juni 2010, waarbij verweerder de aanvraag van appellante om steun bij investering in een integraal duurzame stal op grond van de Regeling GLB-inkomenssteun 2006 (hierna: de Regeling) heeft afgewezen.

Appellante heeft haar beroep van gronden voorzien.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend en de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd.

Appellante heeft nadere stukken overgelegd.

Op 28 september 2011 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij partijen bij monde van hun gemachtigden, hun standpunten hebben toegelicht. Als deskundige heeft appellante ter zitting meegebracht C, werkzaam bij GIBO Advies BV te Arnhem. Verweerder heeft als deskundige ter zitting meegebracht D, werkzaam als uitvoeringsexpert bij verweerdere Dienst Regelingen te Den Haag. De deskundigen zijn door het College gehoord.

2. *De beoordeling van het geschil*

2.1.

De Regeling luidde voor zover en ten tijde hier van belang als volgt:

'Artikel 28

In deze paragraaf wordt verstaan onder integraal duurzame stal of houderijsysteem: stal of houderijsysteem dat voldoet aan bovenwettelijke normen op het gebied van dierenwelzijn en minimaal voldoet aan wettelijke normen op de gebieden: milieu, energie, diergezondheid, landschappelijke inpasbaarheid en arbeidsomstandigheden.

Artikel 29

1. De minister verstrekt op aanvraag steun aan melkvee-, vleesvee-, schapen-, geiten-, varkens-, vleeskalveren-, pluimvee-, eenden-, kalkoenen- of konijnenhouders voor:
 - a. de bouw van een integraal duurzame stal of houderijsysteem,
 - b. de verbouwing van een bestaande stal of houderijsysteem tot een integraal duurzame stal of houderijsysteem, of
 - c. de installatie van het noodzakelijke materieel voor de werking van de integraal duurzame en diervriendelijke stal of het integraal duurzame en diervriendelijke houderijsysteem.

(...)

5. Het steunplafond, bedoeld in het eerste lid, bedraagt jaarlijks € 11.000.000, verminderd met het bedrag waarvoor nog aanspraak kan worden gemaakt op grond van beschikkingen tot steunverlening die in een voorgaand jaar zijn genomen.

Artikel 30

1. De landbouwer dient de aanvraag tot steunverlening in:
 - a. vanaf 1 februari tot en met 28 februari in het jaar 2010, of

- b. vanaf 1 januari tot en met 31 januari in de daaropvolgende jaren.
2. De aanvraag tot steunverlening bevat een investeringsplan waarin de volgende gegevens zijn opgenomen:
 - a. een omschrijving van de investeringen die de landbouwer wil doen om een integraal duurzame stal of houderijsysteem te realiseren,
 - b. een omschrijving van de meerkosten van de integraal duurzame stal of houderijsysteem, ten opzichte van een stal of houderijsysteem gebouwd volgens gangbare technieken of alleen in overeenstemming met de wettelijke normen,
 - c. een omschrijving van de integraal duurzame stal of houderijsysteem, de installatieprocedure en het onderscheid tussen de kostenonderdelen, en
 - d. de fasen, periodes of tijdstippen waarin de landbouwer de investeringen zal realiseren, en
 - e. een verklaring van een bank, bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, dat de landbouwonderneming levensvatbaar is.

Artikel 33

1. In aanmerking komende kosten zijn de meerkosten van investeringen in:
 - a. de bouw of inrichting van integraal duurzame en diervriendelijke stallen en houderijsystemen,
 - b. de verbetering van bestaande stallen en houderijsystemen tot integraal duurzame en diervriendelijke stallen en houderijsystemen, of
 - c. de kosten voor de montage en installatie van het noodzakelijke materieel voor de werking van integraal duurzame en diervriendelijke stallen of houderijsystemen.
2. Een investering komt alleen voor steun op grond van deze paragraaf in aanmerking indien deze noodzakelijk is voor de realisatie van een integraal duurzame stal of houderijsysteem.
3. Gangbare, reguliere of vervangingsinvesteringen en investeringen die gericht zijn op het voldoen aan bestaande wettelijke eisen, komen niet voor steun in aanmerking op grond van deze paragraaf.
4. Een investering die al uit hoofde van andere openbare middelen is gesubsidieerd of gefinancierd komt niet voor steun in aanmerking.

Artikel 34

1. De minister stelt een commissie in die advies uitbrengt over de onderdelen van het investeringsplan en over de rangschikking van de aanvragen voor steunverlening.
2. De minister rangschikt een aanvraag hoger naarmate:
 - a. de integraal duurzame stal of houderijsysteem waarin de landbouwer investeert in de beginfase van marktintroductie verkeert,
 - b. de investering in de integraal duurzame stal of houderijsysteem meer economisch of technisch perspectief heeft,
 - c. er voor de investering in de integraal duurzame stal of houderijsysteem een betere verhouding tussen de prijs en kwaliteit bestaat, gezien het aangevraagde steunbedrag en de verbetering van het dierenwelzijn, en
 - d. er voor de investering in de integraal duurzame stal of houderijsysteem een betere verhouding tussen de prijs en kwaliteit bestaat, gezien het aangevraagde steunbedrag en de verbetering van het milieu, diergezondheid, arbeidsomstandigheden of landschappelijke inpasbaarheid.
3. De minister beslist binnen vier maanden na ontvangst van de aanvraag.

4. De beschikking tot steunverlening bevat de volgende onderdelen:
 - a. het goedgekeurde investeringsplan, inclusief de essentiële onderdelen daarin,
 - b. de termijnen voor realisatie van onderdelen van het investeringsplan,
 - c. de toestemming om bij uitzondering bepaalde onderdelen van het investeringsplan te realiseren in het jaar dat volgt op het jaar waarin de aanvraag tot steunverlening is ingediend, waarbij de landbouwer tevens verplicht wordt om:
 - i. tenminste een aantal omschreven essentiële onderdelen van het investeringsplan te realiseren in het jaar waarin de aanvraag tot steunverlening is ingediend,
 - ii. een aanvraag in te dienen, bedoeld in artikel 36, eerste lid,
 - d. de ten hoogste te verstrekken steun.¹

3. *Het bestreden besluit*

Bij het bestreden besluit heeft verweerder het bezwaar van appellante ongegrond verklaard en hiertoe overwogen dat subsidieaanvragen voor duurzame projecten worden beoordeeld aan de hand van de criteria in artikel 34 van de Regeling en volgens een zogeheten tenderprocedure. Kenmerkend voor een dergelijke procedure is de rangschikking van de projecten op basis van een onderlinge vergelijking op één en hetzelfde moment onder dezelfde omstandigheden. Dat de door appellante nieuw te bouwen stal voldoet aan de Maatlat Duurzame Veehouderij (hierna: MDV) leidt niet tot de conclusie dat haar aanvraag dient te worden gehonoreerd, aangezien de MDV geen onderdeel uitmaakt van de voornoemde criteria in artikel 34 van de Regeling.

Verweerder stelt zich op het standpunt dat voor een aantal investeringen terecht geen punten zijn toegekend door de beoordelingscommissie. Voor de stoep achter de voergang en het flush sproeisysteem geldt volgens verweerder dat zij niet zijn beschreven of benoemd in het investeringsplan. Bovendien zijn beide investeringen niet uit de tekening bij de aanvraag af te leiden.

Het veiligheidsvoerhek is evenmin beschreven in het investeringsplan. Appellante heeft hiervoor verwezen naar een offerte. Hierin wordt echter slechts een voerhek van het merk Spinder of klepelhek genoemd, hetgeen niet per definitie duidt op een veiligheidsvoerhek.

De aangevraagde hygiënesluis komt evenmin in aanmerking voor punten, nu deze niet is beschreven in het investeringsplan. Bovendien blijkt uit de beschrijving in appellantes email van 5 oktober 2010 van de door haar bedoelde investering dat dit geen echte hygiënesluis betreft, aangezien hierin — anders dan in een echte hygiënesluis — een scheiding tussen het vuile en schone deel ontbreekt.

Verweerder concludeert dat, ondanks het feit dat appellante recht heeft op extra punten voor de breedte van de boxen, de verhoogde voergang en de separatieruimte, haar aanvraag hiermee toch een te lage eindscore van 85,01 punten heeft en daarmee de drempel van 86,69 punten om voor subsidie in aanmerking te komen niet heeft behaald. Haar aanvraag dient derhalve te worden afgewezen.

4. *Het standpunt van appellante*

Appellante voert ter onderbouwing van haar beroep aan dat ten onrechte niet door verweerder inzichtelijk is gemaakt hoe de totaalscore van de aanvraag is opgebouwd. In hoeverre een investering bijdraagt tot een extra score is derhalve niet te herleiden. Bij een regeling waarin enkele honderdsten punten kunnen bepalen of een aanvraag wordt gehonoreerd is transparantie van de beoordelingsmethodiek en de puntentelling van groot belang. Deze transparantie is er echter niet geweest bij de beoordeling en behandeling van het bezwaar. Appellante stelt dat verweerder alsnog per investering dient aan te geven wat de invloed hiervan op de score is, zodat kan worden gecontroleerd of het puntenaantal juist is vastgesteld.

De voorlichting vooraf ten aanzien van de beoordeling van de omschrijving en accenten in het investeringsplan was gebrekkig. Indien deze beter zou zijn geweest, zou appellante haar aanvraag anders hebben ingediend. Tegenwoordig wordt door verweerder wel met investeringslijsten gewerkt.

Voorts is noch in artikel 33 van de Regeling, noch in de toelichting hierop neergelegd, dat alleen die kosten voor vergoeding in aanmerking komen die afzonderlijk in het investeringsplan staan genoemd.

Appellante is tot slot van mening dat het veiligheidsvoerhek, de stoep achter de voergang en het flush- en sproeisysteem — anders dan verweerder stelt — wel in de oorspronkelijke aanvraag en begroting zijn opgenomen. Hiervoor zijn volgens appellante derhalve ten onrechte geen punten toegekend door de beoordelingscommissie. Daarnaast heeft verweerder ten onrechte geen punten toegekend voor de investeringen die door appellante zijn gerealiseerd en die zijn opgenomen in het op 13 september 2011 door appellante aan het College gezonden overzicht. Het gaat daarbij om een selectiebox,

kalverdrinkautomaat, LED-verlichting, een frequentieregelaar melkpomp met spraycarebox en de melkstalisolatie. Het totale puntenaantal dient hiermee volgens appellante te worden verhoogd tot 90,57, derhalve boven de drempel van 86,69 punten, zodat zij voor subsidie in aanmerking komt.

5. De beoordeling van het geschil

5.1.

Ter beoordeling van het College staat of verweerder de aanvraag van appellante voor een subsidie op grond van de Regeling, onderdeel Investerings in integrale duurzame stallen en houderijsystemen voor een nieuw te bouwen stal terecht heeft afgewezen. Het College overweegt daartoe als volgt.

5.2.

Uit het vijfde lid van artikel 29 van de Regeling kan, ondanks de onjuiste verwijzing naar het eerste lid van dit artikel, worden afgeleid dat de steunregeling voor duurzame stallen en houderijsystemen aldus is opgezet, dat na een jaarlijkse indieningsperiode het beschikbare bedrag van € 11.000.000 per jaar wordt toegekend aan voor subsidiering in aanmerking komende aanvragen, waarbij de volgens de procedure van artikel 34 als hoogste gerangschikte aanvragen het eerste worden gehonoreerd en aanvragen, waarvoor geen geld meer beschikbaar is, worden afgewezen.

5.3.

Ingevolge artikel 34 van de Regeling brengt een door verweerder ingestelde commissie advies uit over de onderdelen van het investeringsplan en de rangschikking van de aanvragen. Naar het College heeft begrepen, zijn meerdere deelcommissies ingesteld, die ieder voor bepaalde deelaspecten een taak in de advisering op zich hebben genomen. Naar ter zitting van het College is toegelicht hebben deze commissies op basis van de in de verschillende aanvragen aangetroffen elementen van de bouwplannen geadviseerd over de waardering van die elementen in een puntentelling en hebben zij ook deelgenomen aan de toepassing van het aldus ontwikkelde puntensysteem. Dat heeft ertoe geleid dat aan iedere aanvraag een aantal punten kon worden toegekend, zodat alle aanvragen onderling vergelijkbaar werden. De ter invulling van artikel 34 van de Regeling door verweerder gekozen opzet, waarbij de beoordelingscriteria eerst na ontvangst van de aanvragen ontwikkeld worden, is gekozen enerzijds om rekening te kunnen houden met nieuwe inzichten en ideeën die uit de voorstellen naar voren komen, en anderzijds om ook zicht te krijgen op de onderdelen die juist niet meer als vernieuwend beschouwd kunnen worden, omdat zij al in een groot aantal van de ingediende aanvragen zijn opgenomen. Onder de gekozen opzet kunnen aanvragers niet na afloop van de indieningsperiode nog met aanvullende informatie bij of een toelichting op het door hun ingediende voorstel komen. Het College acht een dergelijk systeem evenwel niet onvereenigbaar met artikel 4:26 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), waarin voorgeschreven is, dat bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld. Artikel 34 van de Regeling geeft hieraan naar het oordeel van het College in voldoende mate invulling.

5.4.

Het College overweegt vervolgens dat ook bij een systeem van subsidietoekenning als hier aan de orde, waarbij de ingediende aanvragen onderling vergeleken en vervolgens gerangschikt worden op een aantal kwalitatieve criteria, ter bevordering van een voldoende mate van transparantie wel eisen gesteld moeten worden aan de wijze waarop achteraf van de wegingen en waarderingen die hebben plaatsgevonden, verslag wordt gedaan en verantwoording wordt afgelegd. Van belang is dat er ongeveer 400 aanvragen gedaan zijn, en dat verweerder berekend heeft dat hij met het beschikbare bedrag er ongeveer 70 zou kunnen honoreren. Gelet op de omschrijving van te subsidiëren investeringsplannen in artikel 30, tweede lid, van de Regeling gaat het daarbij om niet eenvoudig vergelijkbare aanvragen. Derhalve dient zowel over de ontwikkeling van de criteria, als over de toepassing daarvan op de ingediende aanvragen, inzichtelijke documentatie beschikbaar te zijn.

Aan de in een dergelijk geval te stellen eisen wordt in dit geval niet voldaan.

Zo is aan de aanvragers geen inzicht gegeven in de samenstelling van de commissie(s), die zich over hun aanvragen gebogen hebben, terwijl ook de exacte taak en werkwijze van de commissie(s) niet aan hen bekend zijn gemaakt. In het dossier bevindt zich geen schriftelijk door de commissie(s) uitgebracht advies, zodat ook niet kan worden nagegaan of verweerder het advies van de commissie gevolgd heeft.

Naar het College uit de verklaring van verweerders gemachtigde ter zitting heeft opgemaakt, is er een advies, waarbij per vernieuwend element een scoretabel is vastgesteld en zou daarna de toepassing van deze tabel op de diverse aanvragen, opnieuw in overleg met (leden van) de commissie(s), hebben plaatsgevonden. Ook daarvan zijn echter geen verslagen beschikbaar.

5.5.

Appellante heeft er in de bezwaarprocedure op aangedrongen nadere informatie over de besluitvorming te ontvangen. Naar aanleiding daarvan zijn haar een aantal stukken verschaft, waaruit bijvoorbeeld blijkt dat haar stal voor het aspect

dierenwelzijn, met een wegingsfactor 4,5 een score van 8,07 heeft ontvangen en voor milieu, inclusief energie, met een wegingsfactor van 3,0 een score van 6,33. Uit dit stuk blijkt voorts dat iedere aanvrager van een melkveelboxenstal een basisscore van 71,25 ontving. Vervolgens kan worden nagegaan voor welke elementen verhogingen zijn toegekend. In het geval van appellante heeft dit geleid tot een totaalscore van 84,41 (gewijzigd in 85,01 in het bestreden besluit).

Voorts is overgelegd een stuk waarop voor een groot aantal in een melkveelboxenstal te treffen voorzieningen is aangegeven hoeveel punten deze opleveren. Zo wordt bijvoorbeeld in het kader van dierenwelzijn bij een staltype dat wordt ingedeeld in groep 4, zoals in appellantes geval, 0,24 punt toegekend bij een breedte van de box van meer dan 1,15 meter, en 0,33 punt bij een breedte van meer dan 1,20 meter.

Aan de hand van deze gegevens kan wel van de eigen score worden nagegaan op basis van welke elementen deze is berekend, maar ieder overzicht van de wegingsverhouding tussen de verschillende soorten stallen voor runderen en stallen voor andere dieren dan runderen ontbreekt.

5.6.

Het College komt dan ook tot de conclusie, dat op basis van de beschikbare informatie geen inzicht kan worden verkregen in de door de commissie(s) verrichte afwegingen, zodat het bestreden besluit, waarbij — naar het College ter zitting begrepen heeft — de adviezen van de commissie(s) zijn gevolgd, in strijd met artikel 7:12 Awb niet berust op een deugdelijk motivering.

Gelet hierop moet het beroep gegrond worden verklaard, en komt het bestreden besluit voor vernietiging in aanmerking. De overige gronden behoeven geen bespreking meer. Het College overweegt verder dat verweerder appellante alsnog inzicht zal moeten geven in de bij de besluitvorming gehanteerde criteria en appellante dient de gelegenheid te krijgen daartegen argumenten aan te voeren, waarop verweerder bij een nieuwe beslissing op bezwaar dient te beschikken. Daarvoor stelt het College een termijn van twaalf weken.

5.7.

Het College acht termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling. Deze kosten, bestaande uit de kosten van door de gemachtigde van appellante verleende rechtsbijstand, zijn op de voet van het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op € 1748 (1 punt voor het bezwaarschrift, 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting van de Dienst Regelingen, 1 punt voor het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting van het College, met een wegingsfactor 1 en € 437 per punt).

6. De beslissing

Het College:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- bepaalt dat verweerder binnen twaalf weken met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen een nieuwe beslissing neemt op appellantes bezwaar;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van appellante tot een bedrag van € 1748 (zegge: duizend zeventienhonderdachtenveertig euro);
- bepaalt dat verweerder aan appellante het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 150 (zegge: honderdvijftig euro) vergoedt.

Met noot van A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade^[*]

1.

De appellante in deze zaak wordt geconfronteerd met een kwaliteitsoordeel van verschillende adviescommissies over haar afgewezen aanvraag dat voor haar volledig uit een 'black box' komt rollen. Dat is een situatie die bij subsidietenders helaas wel vaker voorkomt. Bij het CBB voert appellante een aantal klachten aan die zien op het gebrek aan transparantie bij de verdeling van de in geding zijnde schaarse subsidie. De uitspraak trekt om verschillende redenen de aandacht. Het CBB komt met een aantal interessante overwegingen over de vereiste transparantie voorafgaand aan een subsidietender (punt 2) en na afloop daarvan (punt 3). Verder laat de uitspraak zien dat onder druk van het Europese recht verschil dreigt te ontstaan tussen de normering van enerzijds besluiten over schaarse publieke rechten waarop het transparantiebeginsel zonder meer van toepassing is en anderzijds schaarse publieke rechten waarop dit beginsel niet direct van toepassing is (punt 4). Volledigheidshalve wijzen we erop dat het CBB op dezelfde datum nog een vergelijkbare uitspraak (*LJN BU9728*) heeft gedaan.

2.

De uitspraak is ten eerste van belang voor de vraag welke informatie een bestuursorgaan voorafgaand aan een tenderprocedure moet geven aan alle potentiële aanvragers. In het bijzonder is van belang of voorafgaand aan de indiening van de aanvragen dan wel de beoordeling van de aanvragen 1. de beoordelingscriteria en 2. de weging daarvan bekendgemaakt moeten worden.

De subsidie is verleend op grond van de Regeling GLB-inkomenssteun 2006 ('de Regeling') voor het onderdeel 'Investerings in integrale duurzame stallen en houderijsystemen'. Op grond van art. 34 lid 1 van de Regeling stelt de minister een commissie in die advies uitbrengt over de rangschikking van de aanvragen. Uit de uitspraak blijkt dat dit in de praktijk meerdere deelcommissies zijn. Deze commissies hebben de ingediende aanvragen bestudeerd en op basis van de in de aanvragen aangetroffen elementen van de bouwplannen geadviseerd over de waardering van die elementen in een puntentelling. Per vernieuwend element is een 'scoretabel' vastgesteld. Daarna zijn de aanvragen beoordeeld aan de hand van deze scoretabel. De commissies zijn zodoende betrokken geweest bij zowel het vaststellen van de relevante elementen als het aantal punten dat per element behaald kan worden. Onderscheid kan dus gemaakt worden tussen het vaststellen van de relevante materiële beoordelingscriteria (de aangetroffen elementen) en de weging van deze elementen (de puntentelling).

Het CBB stelt vast dat de beoordelingscriteria pas ná ontvangst van de aanvragen zijn ontwikkeld. De vraag is of dit rechtmatig is. De ratio van deze handelwijze is, blijkens de uitspraak, dat daardoor rekening kan worden gehouden met nieuwe of juist verouderde inzichten die uit de ingediende aanvragen naar voren komen. Het CBB oordeelt dat deze handelwijze niet in strijd is met art. 4:26 Awb. Bij dit oordeel zijn twee kanttekeningen te plaatsen. De eerste kanttekening heeft betrekking op de ratio van art. 4:26 Awb en de tweede met het Europeesrechtelijke transparantiebeginsel.

De eerste kanttekening heeft betrekking op de ratio van art. 4:26 Awb. Het CBB stelt terecht dat het gehanteerde systeem niet in strijd is met art. 4:26 Awb. Het artikel bepaalt uitsluitend dat bij of krachtens wettelijk voorschrift moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld en dat bij de bekendmaking van het subsidieplafond de wijze van verdeling wordt vermeld. De Regeling bepaalt wat de wijze van verdeling is en voldoet daarmee dus aan de tekst van dit artikel. Het is echter de vraag of de handelwijze ook in lijn met de ratio van het artikel is. In de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 49) wordt gesteld dat potentiële subsidieaanvragers bij de inrichting van hun aanvraag rekening moeten kunnen houden met de vastgestelde verdelingsmaatstaven. Daarom moet bij de bekendmaking van het subsidieplafond worden vermeld waar die maatstaven zijn neergelegd. Is de gehanteerde handelwijze hiermee in overeenstemming? Aan de ene kant kan worden gesteld dat dit het geval is. Art. 34 lid 2 van de Regeling noemt immers beoordelingscriteria op basis waarvan een aanvraag hoger wordt gerangschikt. Alle potentiële aanvragers waren op de hoogte van de in de Regeling genoemde criteria. Aan de andere kant kan betoogd worden dat dit onvoldoende is: de in de Regeling genoemde criteria zijn vaag, want wanneer heeft een investering in een integraal duurzame stal bijvoorbeeld 'meer economisch of technisch perspectief'? Kennelijk vindt de staatssecretaris dit ook een lastige vraag en heeft hij daarom een handelwijze bepaald waarbij nadere beoordelingscriteria pas worden vastgesteld na een eerste beoordeling van de aanvragen. De aanvragers hebben hiermee bij de inrichting van hun aanvraag dus geen rekening kunnen houden. Verdedigbaar is dan ook dat de staatssecretaris op grond van de ratio van de Awb de (nadere) beoordelingscriteria voorafgaand aan de beoordeling had moeten vaststellen en bekendmaken. Dit zal echter gelet op het innovatieve karakter van de subsidie niet eenvoudig zijn.

De tweede kanttekening is dat in deze subsidiezaak sprake is van een subsidie die is gebaseerd op een Europese verordening. In het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 15 april 2011 (Gerecht EU 15 april 2011, nr. T-297/05, *AB* 2011/285, m.nt. A. Drahmman) was een subsidie toegekend door de Europese Commissie. In onderhavige uitspraak van het CBB is geen sprake van een subsidie die is verleend door de Europese Commissie. De Regeling op basis waarvan de subsidie is verleend is wel gebaseerd op onder andere Verordening (EG) nr. 73/2009. Het is onduidelijk of ook bij dit soort Europese subsidies, de subsidieverlening moet voldoen aan het uit het primaire EG-recht voortvloeiende transparantiebeginsel. Mocht dat het geval zijn, dan volgt uit het arrest van 15 april 2011 dat subsidietoekenning ten laste van de gemeenschapsbegroting moet geschieden met inachtneming van het zogenaamde 'transparantiebeginsel' en het beginsel van gelijke behandeling. In het arrest wordt gesteld dat dit transparantiebeginsel impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de toekenningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de uitnodiging tot het indienen van voorstellen moeten worden geformuleerd. Alle relevante informatie moet ter beschikking worden gesteld zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren. Aan die criteria is in deze tender niet voldaan.

In het arrest van het Gerecht van de Europese Unie wordt voor de uitleg van het transparantiebeginsel aangesloten bij arresten over de toepassing van het transparantiebeginsel in het aanbestedingsrecht. Twee arresten zijn in casu in het bijzonder interessant. De eerste is het arrest HvJ EU 18 januari 2010, nr. C-226/09, *NJ* 2011/87. Hieruit blijkt dat de onderlinge weging van de gunningscriteria vóór de beoordeling van de ingediende aanvragen vastgesteld moet zijn, om ongelijke behandeling van aanvragers te voorkomen. Het tweede arrest is HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/03, *NJ* 2004/234 (vgl. ook HR 4 april 2003, *AB* 2003/365, m.nt. FJvO). Hieruit volgt dat met betrekking tot de beoordelingscriteria (gunningscriteria) van belang is dat deze zodanig moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal

zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren. Aan deze criteria is als gezegd niet voldaan, de beoordelingscommissies konden de rangschikking sturen door hun keuze voor bepaalde (nadere) criteria. Daardoor is niet elk risico van favoritisme en willekeur uitgebannen, hetgeen in essentie het doel is van het transparantiebeginsel.

Vanuit een Europees (aanbestedingsrechtelijk) perspectief kan dan ook betoogd worden dat op basis van het transparantiebeginsel de staatssecretaris de beoordelingscriteria voorafgaand aan het indienen van de aanvragen had moeten vaststellen en bekendmaken. De vraag is echter of deze aanbestedingsrechtelijke verplichting wel kan worden toegepast bij een innovatieve subsidie: is een dergelijke subsidietender wel vergelijkbaar met een tender voor bijvoorbeeld de bouw van een brug? Echter, juist ook in het aanbestedingsrecht is de afgelopen jaren ervaring opgedaan met het aanbesteden van zeer complexe projecten waar de aanbestedende dienst zelf niet in staat is de voorwaarden van het project vooraf te specificeren en niet vooraf kan beoordelen wat de markt te bieden heeft. Voor dergelijke projecten kan de zogenaamde procedure van de 'concurrentiegerichte dialoog' gevolgd worden. Onderdeel van deze procedure kan een marktconsultatie zijn. Bij innovatieve subsidieverlening zou concreet gedacht kunnen worden aan het houden van een (internet)consultatie waarbij een ontwerpgering wordt gepubliceerd en eenieder wordt uitgenodigd mee te denken over de invulling van de innovatieve subsidiecriteria. Een alternatief is het geven van een termijn om vragen te kunnen stellen over de gestelde criteria, welke vragen dan kunnen worden beantwoord in een openbare nota. Dit is vergelijkbaar met de nota van inlichtingen bij 'gewone' aanbestedingsprocedures. (Uitbreider over de verschillen en overeenkomsten tussen een subsidietender en een overheidsopdracht: A. Drahmman, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', *Gst.* 2011/115, en 'Kan het subsidierecht transparanter', *Gst.* 2011/124.)

Samenvattend bestaan er volgens ons voldoende aanknopingspunten om te kunnen stellen dat de staatssecretaris 1. de beoordelingscriteria voordat de aanvragen konden worden ingediend had moeten vaststellen en bekendmaken zodat de aanvragers bij het formuleren van hun aanvraag hiermee rekening konden houden en 2. de weging van de beoordelingscriteria voorafgaand aan de beoordeling had moeten vaststellen (de weging hoefde niet van tevoren openbaar gemaakt te worden) om ieder risico van favoritisme en willekeur uit te sluiten. Een dergelijke verplichting zou kunnen worden gebaseerd op de ratio van art. 4:26 Awb, het rechtszekerheidsbeginsel, het willekeurverbod en/of het (Europeesrechtelijke) transparantiebeginsel.

3.

Ook bij het beoordelen van de transparantie *achteraf* volgt het CBB een opvallende benadering. Een aantal uiteenlopende transparantiegebreken wordt opgesomd, waarna de algemene conclusie volgt dat het bestreden besluit leidt aan een motiveringsgebrek (r.o. 5.4-5.5). Op deze benadering valt wel wat af te dingen. Verschillende relevante Awb-bepalingen blijven ongenoemd. Zo worden het niet verschaffen van bepaalde informatie en het buiten het dossier houden van bepaalde stukken over één kam geschoren. Nu bestaat er inderdaad een sterke samenhang en wisselwerking tussen het inzagerecht (art. 7:4 Awb) en de motiveringsplicht (art. 7:12 Awb) in bezwaar. Beide zijn gericht op het controleerbaar maken van de besluitvorming. Dit laat onverlet dat het hier wel om twee te onderscheiden verplichtingen gaat. Ook art. 3:8 Awb (naamsbekendheid adviseurs) en art. 3:9 Awb (vergewisplicht) worden niet expliciet bij de beoordeling betrokken, terwijl de casus daarvoor wel duidelijke aanknopingspunten biedt. Dat niet al deze bepalingen besproken zijn, zou te maken kunnen hebben met de door appellante aangevoerde gronden. Jammer is dat wel; de praktijk heeft veel behoefte aan houvast op deze punten.

We stippen enkele relevante uitspraken aan, te beginnen met het inzagerecht. Ter zitting is geconstateerd dat een scoretabel die door de beoordelaars is gebruikt om de ingediende aanvragen een score toe te kennen, buiten het dossier is gehouden. Over de partijtoegang tot dergelijke 'beoordelingshandleidingen' bestaat jurisprudentie. Uit ABRvS 10 december 2008, *LJN* BG6429 kan worden afgeleid dat een beoordelingshandleiding volgens de Afdeling in principe *niet* ter inzage hoeft te worden gelegd, mits de adviescommissie in haar advies duidelijk uiteen heeft gezet hoe eisers aanvraag in het licht van de verschillende criteria vergelijkenderwijs is beoordeeld en in een eindrapport verantwoording heeft afgelegd over haar werkzaamheden en een algemene toelichting heeft gegeven op de uitkomst daarvan. De besluitvorming is dan voldoende controleerbaar, zodat inzage achterwege kan blijven. Aan de genoemde randvoorwaarden lijkt *in casu* niet voldaan, zodat verdedigd kan worden dat de geheimhouding van de scoretabel in strijd met art. 7:4 Awb had moeten worden geoordeeld.

Dan over de motiveringsplicht c.q. het ontbreken van bepaalde informatie in het bezwaardossier. Een eerste gebrek dat het CBB op dit punt constateert, is dat zich in het dossier geen schriftelijk door de adviescommissie(s) uitgebracht advies bevindt. Uit de uitspraak wordt niet geheel duidelijk of dit advies buiten het dossier is gehouden, of dat het simpelweg nooit op schrift is gesteld. Wij vermoeden het laatste. Ook over deze kwestie bestaat jurisprudentie van de Afdeling. Hoewel het niet op schrift stellen van adviezen volgens de Afdeling tot een niet-inzichtelijke tenderprocedure leidt, is deze handelwijze voor haar toch acceptabel, zolang het advies maar zijn weerslag vindt in het bestreden besluit (ABRvS 4 november 1999, *AB* 1999/479, m.nt. Schreuder-Vlasblom). Deze al wat oudere jurisprudentie levert spanning op met de vergewisplicht ex art. 3:9 Awb: hoe kan het bestuursorgaan zich vergewissen van de zorgvuldigheid van een niet op schrift gesteld advies? Met annotator Schreuder-Vlasblom menen wij dan ook dat de vergewisplicht vereist dat adviezen van commissies die door

het beslissingsbevoegde bestuursorgaan ten grondslag worden gelegd aan de afwijzing van een aanvraag, op schrift worden gesteld. Helaas laat het CBB zich niet uit over deze kwestie. Over de vraag of een wél op schrift gesteld advies buiten het dossier gehouden mag worden, heeft het CBB zich in eerdere jurisprudentie overigens wel uitgelaten (CBB 15 juli 2008, *LJN* BD8755). In de aangehaalde zaak oordeelde het CBB dat dit in strijd is met art. 7:4 Awb, ook al heeft het advies zijn weerslag gekregen in de motivering van het bestreden besluit.

Een volgend gebrek dat het CBB constateert, is dat de aanvragers geen inzicht is gegeven in de samenstelling van de commissie(s) die zich over hun aanvragen hebben gebogen. Wordt hier bedoeld op de achtergrond en expertise van de commissieleden, of op hun identiteit? Wij vermoeden het eerste. Als het gaat om de netelige kwestie van de namen van deskundigen en adviseurs die adviseren in een tender (art. 3:8 Awb), is de bestuursrechter immers uiterst voorzichtig (zie nader M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Verdeling van schaarse subsidiegelden', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Bju 2011, p. 227-229). Hoe het CBB tegen deze kwestie aankijkt, wordt uit deze uitspraak niet duidelijk.

Tot slot constateert het CBB dat er geen verslagen beschikbaar zijn van de beoordeling van de verschillende aanvragen door de adviescommissie(s) aan de hand van de scoretabel. Weliswaar is appellante op haar aandringen een aantal stukken verschaft die inzicht geven in de berekening van haar eigen score, maar zij tast in het duister omtrent de opbouw en berekening van de scores voor de andere aanvragen. Ieder overzicht van de wegingsverhouding tussen de verschillende soorten stallen voor runderen en stallen voor andere dieren dan runderen ontbreekt immers. Interessant aan deze overwegingen is dat zij in de richting van een 'vergelijkende motiveringsplicht' lijken te gaan; verweerder moet niet alleen inzicht geven in de afwegingen ten aanzien van eisers eigen aanvraag, maar ook in de wijze waarop de aanvragen voor andere staltypen zijn beoordeeld. Ogenscheinlijk lijkt het CBB daarmee een draai te maken ten opzichte van eerdere jurisprudentie, waarin nog werd overwogen dat de afgewezen aanvrager alleen inzicht hoeft te worden geboden in de gronden voor de rangschikking van diens eigen project (CBB 18 juli 2008, *LJN* BD8756). Bij nader inzien kan echter worden betwijfeld of het CBB echt 'om' gaat. Een belangrijk verschil tussen de onderhavige en de eerdere uitspraak is, dat de eerdere uitspraak betrekking had op een vergelijkende toets waarbij de scoretoekenning tot stand was gekomen door elke aanvraag *afzonderlijk* te toetsen aan gelijke beoordelingsmaatstaven. Bij een dergelijke methode worden — in theorie althans — alleen de individueel behaalde scores (en niet de aanvragen zelf) met elkaar vergeleken. In de onderhavige zaak daarentegen is de scoretoekenning tot stand gekomen door *onderlinge vergelijking* van de ingediende aanvragen. Bij een dergelijke methode vormen de verschillende aanvragen in feite elkaars beoordelingsmaatstaf. Dit verschil in beoordelingsmethodiek is van belang voor de vraag hoe de afwijzing van een aanvraag moet worden gemotiveerd. In het eerste geval zijn de ingediende aanvragen louter op hun eigen merites beoordeeld, zodat het voor de inzichtelijkheid van de afwijzing niet nodig is om in te gaan op de merites van de andere aanvragen. In het tweede geval heeft er een vergelijkende beoordeling plaatsgevonden, zodat een deugdelijke motivering vergt dat inzicht wordt geboden in de (totstandkoming van de) beoordeling van de afgewezen aanvraag in vergelijking met de andere, wel toegewezen aanvragen.

Het aannemen van een (vorm van een) 'vergelijkende motiveringsplicht' is in gevallen als het onderhavige onontkoombaar. Door er geen genoegen mee te nemen dat appellante alleen inzicht is geboden in de opbouw en berekening van haar eigen score, zet het CBB dus een belangrijke stap. Tegelijkertijd roept deze stap lastige vervolgvragen op. Hamvraag is welke informatie er precies over de (beoordeling van de) andere vragen openbaar gemaakt moet worden (zie nader J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid', in: Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel 2011, p. 379 e.v.). De staatssecretaris zal aan deze vraag vermoedelijk nog een aardige dobber hebben.

4.

Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel hebben recentelijk de vrees uitgesproken dat onder druk van het Europese recht versplintering dreigt tussen enerzijds schaarse publieke rechten waarop het transparantiebeginsel zonder meer van toepassing is en anderzijds schaarse publieke rechten waarop dit beginsel niet direct van toepassing is (F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011/1469, p. 1858-1866). Volgens ons laat deze uitspraak zien dat deze vrees niet zonder grond is. Het CBB toetst de onderhavige subsidieverdeelprocedure alleen aan de normen uit de Awb. Uit de uitspraak wordt duidelijk dat deze normen minder ver strekken dan het Europese transparantiebeginsel. De vraag rijst of dit verschil in normering op termijn houdbaar is. De roep om transparante subsidieverdelprocedures zal in de toekomst (mede onder invloed van Europa) naar verwachting alleen maar sterker worden. Zonder te willen betogen dat iedere subsidietender precies zo zou moeten verlopen als een aanbesteding, menen wij dat het subsidierecht transparanter zou kunnen en moeten zijn. Zonder transparantie kan de onvoorspelbaarheid die eigen is aan een subsidietender al snel omslaan in (de schijn van) willekeur. Wat dat betreft is het goed dat het CBB in deze zaak een eerste stap op weg naar een 'vergelijkende motiveringsplicht' lijkt te hebben gezet.

Voetnoot

[*] J.M.J. van Rijn van Alkemade is als onderwijs- en onderzoeksmedewerker verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. A. Drahmman is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en senior Professional Support Lawyer bij Stibbe.

Copyright © Kluwer 2012

Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 27-03-2012

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