

# 15 RECHTSBESCHERMING BIJ DE VERDELING VAN SCHAARSE SUBSIDIES: MOTIVERING EN (PROCESSUELE) OPENBAARHEID<sup>1</sup>

*J.M.J. van Rijn van Alkemade*

## 1 INLEIDING

Momenteel is er onder rechtswetenschappers veel te doen over de bekostiging van het (rechts)wetenschappelijk onderzoek.<sup>2</sup> Terwijl vroeger het wetenschappelijk onderzoek grotendeels werd gefinancierd door rechtstreekse uitkeringen aan de Nederlandse universiteiten (de ‘eerste geldstroom’), zijn Nederlandse onderzoekers tegenwoordig in toenemende mate afhankelijk van subsidiëring door de Nederlandse organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (de ‘tweede geldstroom’). Voor wetenschappers is de financiering van hun onderzoek daardoor minder vanzelfsprekend geworden. NWO-subsidies worden namelijk verdeeld in een open competitie tussen wetenschappers uit verschillende disciplines. Zo is de rechtswetenschap ingedeeld bij het wetenschapsgebied Maatschappij- en Gedragwetenschappen (MaGW), zodat juristen moeten concurreren met onder meer psychologen, sociologen en economen.

Het is echter niet zozeer het competitieve karakter van de subsidieverlening dat tot kritiek leidt, als wel de ondoorzichtigheid van de door NWO gehanteerde verdeelprocedures. NWO-subsidieprocedures hebben het karakter van een vergelijkende toets of *beauty contest*. Kenmerkend voor een vergelijkende toets is dat aanvragen met elkaar worden vergeleken en in een rangorde geplaatst aan de hand van een of meer kwalitatieve criteria, waarbij de keuze voor een bepaald criterium doorgaans verband houdt met de doelstellingen van de

<sup>1</sup> De auteur dankt prof. mr. C.E.C. Jansen voor zijn waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

<sup>2</sup> E.J.H. Schrage, ‘Hoed U voor overdrijving’, *AA* 2010, p. 159 e.v.; F.C.M.A. Michiels & R.J.N. Schlössels, ‘Ernstige gebreken in NWO-subsidieprocedure: tijd voor verandering!’, *NJB* 2008, p. 888-889; T. Mertens & H. Somsen, ‘Tijd van verandering: lange leve NWO!’, *NJB* 2008, p. 1657-1658, met naschrift Michiels en Schlössels, *NJB* 2008, p. 1658. Ook andere juristen (in *spé*) hebben hun zorgen geuit, zie Josse Klijnsma, Dirk van Leeuwen & Daniël Stein, ‘Beter kunnen we het niet maken, wel makkelijker’, *AA* 2010, p. 150 e.v., die de discussie over de financiering van de rechtswetenschap plaatsen in het bredere kader van de discussie over de methode(n) van de rechtswetenschap en de rol van juridische tijdschriften.

wet op basis waarvan de verdeelprocedure wordt uitgevoerd.<sup>3</sup> Bij NWO-procedures is het belangrijkste vergelijkingscriterium steeds de ‘wetenschappelijke kwaliteit’ van de ingediende voorstellen.<sup>4</sup> Dat criterium kent een zeker subjectief element, zeker als het wordt gebruikt om voorstellen uit verschillende wetenschappelijke disciplines met elkaar te vergelijken. Die disciplines kennen immers verschillende onderzoeksmethoden.<sup>5</sup> Om toch tot een (min of meer) objectieve vergelijking te komen, laat NWO de beoordeling van voorstellen daarom geschieden door een multidisciplinair samengestelde beoordelingscommissie, op basis van door vakexperts geschreven referentenrapporten bij individuele voorstellen.<sup>6</sup> De onderzoeker wiens voorstel het betreft, mag op dit referentenrapport een reactie geven.

Rondom deze NWO-subsidieprocedures spelen een aantal problemen. Om te beginnen kunnen onderzoekers uit de afwijzing van hun subsidieaanvraag vaak niet duidelijk opmaken waarom hun voorstel niet subsidiabel is geoordeeld, of waarom het minder prioriteit is toegekend dan de wel gehonoreerde aanvragen. Verder hebben onderzoekers nauwelijks mogelijkheden om te beoordelen of eigen of andermans voorstellen terecht hoog of laag in de rangorde zijn geëindigd. In het belang van alle onderzoekers, houdt NWO (voorsnog) namelijk de overige aanvragen, referentenrapporten en weerwoorden voor de eiser geheim.<sup>7</sup> Hoe dit cruciale onderdeel van de besluitvorming (de onderlinge vergelijking van voorstellen) heeft plaatsgevonden, blijft voor hen dus weinig inzichtelijk. Ook houdt NWO, uit vrees anders onvoldoende gekwalificeerde referenten aan te kunnen trekken, de identiteit van referenten (voorsnog) geheim.<sup>8</sup> Gereede twijfels over de onafhankelijkheid en deskundigheid van referenten kunnen daardoor tijdens de besluitvormingsfase niet worden weggenomen en tijdens de rechtsbeschermingsfase niet hard worden gemaakt. Aangezien een positief referentenoordeel in de praktijk van substantiële invloed blijkt op de slagingskansen van de subsidie-aanvraag,<sup>9</sup> is dit een niet te veronachtzamen gebrek van de NWO-subsidieprocedure.

De zojuist geschetste problematiek doet zich niet alleen voor bij NWO-subsidieprocedures. Bij andere subsidietenders spelen vergelijkbare problemen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de verdeling van technologie- en innovatiesubsidies door het agentschap Agentschap NL of de verdeling van kunstsubsidies door de door het ministerie van OC&W gefinancierde cultuurfondsen. De hier geschetste problematiek is niet uniek voor het

3 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 12.

4 L.J.M. van der Valk, *Bezwaar en beroep in de praktijk van NWO. Een empirische verkenning naar de oordeelsprocessen binnen NWO* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 19.

5 Vgl. F.C.M.A. Michiels onder Rb. Arnhem 21 januari 2008, AB 2008, 46, aantekening 6.

6 Van der Valk 2008, p. 21-22.

7 Rb. Arnhem 23 juni 2009, AB 2009, 307, m.nt. Michiels, JB 2009, 190, m.nt. Schlössels.

8 ABRvS 7 februari 2007, AB 2008, 86, m.nt. Verheij.

9 Van der Valk 2008, p. 159-168.

bestuursrecht. Ook in het aanbestedingsrecht wordt geworsteld met de problematiek van de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van verdeelprocedures. Het lijkt er op, dat met de opmars van ‘aanbestedingsachtige’ procedures in het bestuursrecht, tegelijkertijd de daarbij behorende aanbestedingsrechtelijke (rechtsbeschermings)problemen worden geïmporteerd.<sup>10</sup>

In deze bijdrage behandel ik de bestuursrechtelijke problematiek van de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van de uitvoering van subsidieverdeelprocedures.<sup>11</sup> Vanuit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming is het van belang dat de besluitvorming in het kader van een subsidieverdeelprocedure controleerbaar is. Dat betekent dat belanghebbenden en de bestuursrechter achteraf in ieder geval in staat moeten zijn om te toetsen of de verdeelprocedure volgens de vooraf opgestelde procedurereglementen en met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is uitgevoerd. Daarvoor is ten minste vereist dat belanghebbenden en de bestuursrechter in voldoende mate toegang hebben tot de voor de besluitvorming relevante documenten en gegevens en dat het resultaat van die besluitvorming draagkrachtig is gemotiveerd. Het kan echter betwijfeld worden, of bij geschillen over de uitvoering van subsidieverdeelprocedures wel steeds aan deze twee voorwaarden is voldaan.<sup>12</sup>

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst beschrijf ik beknopt de wettelijke regeling ten aanzien van de (processuele) openbaarheid van documenten en gegevens en de motivering van besluiten (§ 2). Daarna kijk ik hoe het bestuur en de bestuursrechter deze regeling toepassen bij geschillen over de verdeling van schaarse subsidies (§ 3). Vervolgens richt ik de blik op het overheidsaanbestedingsrecht (§ 4).<sup>13</sup> De problematiek die in deze bijdrage centraal staat, doet zich bij de gunning van begeerde overheidsopdrachten zoals gezegd namelijk ook voor. Om een beter beeld te krijgen van deze problematiek en de mogelijke oplossingen daarvoor, is een korte rechtsvergelijking met het overheidsaanbestedingsrecht daarom zinvol. Tot slot ga ik ook in op de (processuele) openbaarheid van documenten en gegevens vanuit EU-rechtelijk perspectief (§ 5). Ik sluit af met een conclusie (§ 6).

---

10 Vgl. E.C.L. Prenen, ‘Subsidiëtendering: in de greep van de beginselen van het aanbestedingsrecht’, *Gst.* 2009, p. 315-321.

11 De rechtens te stellen eisen aan de opzet of inrichting van een verdeelprocedure komen in deze bijdrage hooguit zijdelings aan bod.

12 Een subsidie is schaars als de overheid de beschikbaarheid daarvan d.m.v. bijvoorbeeld een subsidieplafond aan een maximum heeft gebonden en de vraag naar de subsidie het aanbod overtreft. Vgl. Van Ommeren 2004, p. 2.

13 Dat wil zeggen: het aanbestedingsrecht dat van toepassing is als de overheid optreedt als aanbestedende dienst. Meestal vormt een privaatrechtelijke overeenkomst dan de inzet van de aanbesteding. Een aanbesteding kan echter ook worden gebruikt voor het verdelen van een schaarse vergunning (zie Van Ommeren 2004, p. 17). Een voorbeeld hiervan vormt de verlening van concessies op basis van de Wet personenvervoer 2000.

## 2 WETTELIJKE REGELING

De toegang tot documenten en gegevens over besluitvorming door de overheid kent een algemene regeling in zowel de Algemene wet bestuursrecht (Awb) als in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). De Wob richt zich daarbij op de algemene toegang tot documenten en gegevens over het gevoerde bestuur (algemene openbaarheid), terwijl de Awb vooral ziet op de openbaarheid van documenten en gegevens gedurende de fasen van bezwaar en (administratief) beroep (processuele openbaarheid). De verschillende subsidiekaderwetten bevatten doorgaans geen specifieke voorschriften met betrekking tot de (processuele) openbaarheid van documenten en gegevens.<sup>14</sup>

Op grond van de Awb en de Wob gelden de volgende algemene motiverings- en openbaarheidsverplichtingen voor het bestuur. Tenzij de uniforme openbare voorbereidingsprocedure wordt gevolgd (art. 3:10 Awb e.v.), is het bestuur in de besluitvormingsfase niet verplicht om inzage te bieden in de op de besluitvorming betrekking hebbende stukken. Wel is het bestuur op grond van art. 8 Wob gehouden om uit eigen beweging informatie over de voorbereiding en uitvoering van beleid te verschaffen zodra dat 'in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering'. Ook dient het bestuur bij de bekendmaking van een subsidieplafond de wijze van verdeling te vermelden (art. 4:26 Awb). Aan het eind van de besluitvormingsfase is het bestuur verplicht om het genomen besluit bekend te maken (art. 3:40 Awb e.v.) en van een draagkrachtige motivering te voorzien (art. 3:46 en 7:12 Awb). Als het bestuur zich door een wettelijke adviseur heeft laten adviseren, wordt in of bij het besluit de adviseur vermeld die het advies heeft uitgebracht (art. 3:8 Awb). Daarnaast heeft een ieder de mogelijkheid om een verzoek te doen om informatie neergelegd in 'documenten over een bestuurlijke aangelegenheid' (art. 3 Wob). Op deze passieve openbaarheidsplicht en op de actieve openbaarheidsplicht ex art. 8 Wob gelden op grond van art. 10 Wob een aantal absolute en relatieve uitzonderingsgronden, onder meer voor persoons-, bedrijfs- en fabricagegegevens (absolute uitzonderingsgrond) en voor zover het verstrekken van informatie niet opweegt tegen onder andere het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de voorkoming van onevenredige bevoordeling of benadeling van de betrokkenen bij de bestuurlijke aangelegenheid (relatieve uitzonderingsgrond).

Tijdens de fase van bezwaar en administratief beroep is het bestuur verplicht om de op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage te leggen, tenzij 'gewichtige redenen' zich daartegen verzetten (art. 7:4 en 7:18 Awb). In de beroepsfase dient het de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechtbank te zenden (art. 8:42 Awb), waarna de

---

<sup>14</sup> Zie de Kaderwet EZ-subsidies, de Kaderwet LNV-subsidies, de Kaderwet subsidies ministerie van Buitenlandse Zaken, de Kaderwet subsidies Verkeer en Waterstaat, de Kaderwet SZW-subsidies en de Kaderwet VWS-subsidies.

griffier deze stukken doorzendt aan de partijen (art. 8:39 Awb). Zo nodig kan de bestuursrechter het bestuur en partijen verzoeken om bepaalde inlichtingen te geven of stukken te produceren (art. 8:45 Awb). Het bestuur mag weigeren bepaalde inlichtingen te geven of stukken over te leggen, dan wel de rechter mededelen dat alleen hij van deze inlichtingen onderscheidenlijk stukken mag kennisnemen, indien daarvoor 'gewichtige redenen' zijn (art. 8:29 lid 1 Awb). De rechter beslist dan of de weigering of de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is (art. 8:29 lid 3 Awb). In het laatste geval kan de rechter alleen met toestemming van de andere partijen mede op grondslag van de geheim gehouden stukken of inlichtingen uitspraak doen. Dit toestemmingsvereiste is opgenomen omdat de regering meende 'dat het voor partijen en derden zoveel mogelijk duidelijk moet zijn op welke wijze de rechter tot zijn oordeel is gekomen'.<sup>15</sup> Wordt de toestemming geweigerd, dan wordt de zaak verwezen naar een andere kamer (art. 8:29 lid 5 Awb). Met deze laatste regel heeft de regering beoogd te voorkomen dat de rechter die heeft beslist over de geheimhouding, ook de beslissing ten gronde neemt.<sup>16</sup> In de praktijk placht de beslissing over de geheimhouding (art. 8:29 lid 3 Awb) niet genomen te worden door een voltallige kamer, maar door een rechter-commissaris of een enkelvoudige geheimhoudingskamer.

De bevoegdheid om stukken niet ter inzage te leggen, of deze voor de rechter of de andere partij(en) geheim te houden, heeft het bestuur, zoals gezegd, alleen als daarvoor 'gewichtige redenen' zijn. Dit criterium beoogt aan te geven dat voor geheimhouding een sterkere grond aanwezig moet zijn dan de redenen waarom krachtens de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) een verzoek om informatie kan worden geweigerd (art. 7:4 en 7:18 lid 7 en 8:29 lid 2 Awb).<sup>17</sup> De reden hiervoor is dat eenieder stukken op kan vragen op basis van de Wob (algemene openbaarheid), terwijl op basis van de genoemde Awb-bepalingen alleen procespartijen toegang krijgen tot de desbetreffende stukken (partijopenbaarheid). Om te bepalen of er sprake is van 'gewichtige redenen' in de zin van art. 8:29 Awb moet de rechter een afweging maken tussen enerzijds het belang dat partijen over dezelfde informatie beschikken en het belang dat de rechter beschikt over alle informatie die nodig is om de zaak op een zorgvuldige wijze af te doen en anderzijds het belang dat bepaalde gegevens niet, of althans in beperkte mate, openbaar worden.<sup>18</sup> De regering acht gewichtige redenen in ieder geval aanwezig als het gaat om medische of psychologische rapporten of concurrentiegevoelige gegevens.<sup>19</sup>

---

15 PG Awb II, p. 417-418.

16 *Idem.*

17 PG Awb I, p. 337-340.

18 Vgl. PG Awb II, p. 417-418.

19 PG Awb I, p. 337-340.

### 3 MOTIVERING EN (PROCESSUELE) OPENBAARHEID BIJ GESCHILLEN OVER SUBSIDIEVERDEELPROCEDURES

#### 3.1 *Overzicht*

Kenmerkend voor subsidieverdeelprocedures is dat in de besluitvorming twee fasen kunnen worden onderscheiden. In de eerste fase wordt getoetst of de aanvraag subsidiabel is. Daartoe wordt getoetst of de aanvrager voor subsidie in aanmerking komt en of zijn aanvraag aan de subsidievoorwaarden voldoet. In de tweede fase worden de aanvragen beoordeeld en gerangschikt. Hoe deze rangschikking tot stand komt, hangt af van het type verdeelprocedure en de daarbinnen gehanteerde beoordelingsmethode.<sup>20</sup> Aan het eind van de procedure volgt toewijzing van de ‘boven de streep’ gerangschikte aanvragen en afwijzing van de overige aanvragen.<sup>21</sup>

Uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming is het van groot belang dat de totstandkoming van deze rangschikking controleerbaar is. Daartoe moet aan twee basisvoorwaarden zijn voldaan: in de eerste plaats moeten de belanghebbende en de bestuursrechter in voldoende mate toegang hebben tot de voor de totstandkoming van de rangschikking relevante documenten en gegevens (§ 3.2-§ 3.4). In aanvulling daarop dient ook de motivering van het besluit de totstandkoming van de rangschikking tot op bepaalde hoogte inzichtelijk te maken (§ 3.5).

#### 3.2 *Op de zaak betrekking hebbende stukken*

Als een subsidieaanvraag wordt afgewezen omdat deze ‘onder de streep’ is gerangschikt, is het met het oog op de rechtsbescherming van de afgewezen aanvrager van groot belang dat het bestuur tot op bepaalde hoogte inzage biedt in de op (de totstandkoming van) de rangschikking betrekking hebbende stukken. Met name in het geval van een vergelijkende toets maakt de motivering van de afwijzing dit cruciale aspect van de besluitvorming regelmatig onvoldoende inzichtelijk. Zo had NWO in één van de in de inleiding al genoemde zaken volstaan met de overweging dat het voorstel van eisers weliswaar als ‘zeer goed’ was gekwalificeerd (en daarmee als subsidiabel), maar dat het in vergelijking met andere voorstellen ‘van minder grote wetenschappelijke betekenis was’ en daarom lager in de rangschikking was geëindigd. De rechtbank overwoog daarop dat NWO gehouden

20 C.J. Wolswinkel, ‘De classificatie van verdelingsprocedures voor frequenties in de Telecommunicatiewet. Pleidooi voor een materiële benadering’, *Mediaforum* 2009, p. 42-51.

21 In het geval van een vergelijkende toets wordt dit stramen niet altijd precies gevolgd. Vaak wordt er in de eerste fase al een voorselectie gemaakt van de meest kansrijke aanvragen. In dat kader vindt dan een eerste vergelijking en voorlopige rangschikking van aanvragen plaats.

was om inzage te verlenen in de stukken waarop het vergelijkend oordeel was gebaseerd, zodat de eiser toch nog enig inzicht kon krijgen in de wijze van onderbouwing van de rangschikking.<sup>22</sup> Deze uitspraak laat zien dat motivering van de rangschikking en inzage in de daarvoor relevante stukken in zekere zin communicerende vaten zijn: een summiere motivering kan gecompenseerd worden door een ruimere inzage en *vice versa*. Welke stukken tot de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ moeten worden gerekend, is bij geschillen over verdeelprocedures al met al dus een belangrijke vraag.

Het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ wordt het meest ruim uitgelegd door de Hoge Raad. Hij verstaat daaronder alle stukken die bij de besluitvorming een rol hebben gespeeld.<sup>23</sup> Aan een gemotiveerd verzoek van een belanghebbende tot overlegging van een bepaald stuk moet, behoudens gevallen van gerechtvaardigde weigering op grond van art. 8:29 Awb of misbruik van procesrecht, tegemoet worden gekomen. Als het bestuur betwist dat er sprake is van een stuk dat op de zaak betrekking heeft, dan kan daaraan geen doorslaggevende betekenis worden toegekend, aangezien deze betwisting berust op feitelijke gegevens (de inhoud van het stuk) die aan de belanghebbende en de rechter niet bekend zijn, zodat belanghebbenden en de rechter de juistheid van de door het bestuur gebezigde kwalificatie (‘geen betrekking op de zaak’) niet kunnen controleren. De ruime uitleg van de Hoge Raad, die vooral geënt lijkt op tweepartijengeschillen, vindt bij geschillen over subsidieverdeelprocedures echter niet in alle gevallen navolging. Op dit terrein, waarop veel meerpartijengeschillen spelen, lijkt de bestuursrechter een meer casuïstische (en restrictieve) benadering te volgen, waarbij niet zo zeer wordt gekeken of een document (mogelijk) een rol heeft gespeeld bij de besluitvorming, maar vooral of inzage noodzakelijk is met het oog op de controleerbaarheid van de uitvoering van de verdeelprocedure.

Zo heeft de Afdeling een beoordelingsformulier en beoordelingshandleiding die door een adviescommissie waren gebruikt bij de beoordeling en rangschikking van aanvragen eens aangemerkt als niet op de zaak betrekking hebbend.<sup>24</sup> Zij overwoog daartoe dat deze stukken geen deel uitmaakten van het door de adviescommissie aan de minister uitgebrachte advies en dat deze de beoordelingshandleiding en het beoordelingsformulier ook niet nodig had geacht noch gebruikt ten behoeve van het nemen van het primaire besluit. Daarbij speelde een rol dat in het door de adviescommissie uitgebrachte beoordelingsrapport uiteen was gezet hoe eisers aanvraag in het licht van de verschillende criteria vergelijken-derwijs was beoordeeld en waarom per criterium een bepaald aantal punten was toegekend. Daarnaast had de adviescommissie in haar eindrapport ook verantwoording afgelegd over haar werkzaamheden en een algemene toelichting gegeven op de uitkomst daarvan. In de

22 Rb. Arnhem 21 januari 2008, *supra*.

23 HR 25 april 2008, AB 2009, 407, AA 2009, p. 635 e.v., beiden m.nt. Damen, r.o. 3.2.4. De ABRvS en de CRvB maken echter een uitzondering voor juridische adviezen, zie ABRvS 5 november 2003, AB 2004, 176, m.nt. BdW; ABRvS 20 februari 2008, LjN: BC4693; Vz. CRvB 25 februari 2008, AB 2008, m.nt. Tollenaar.

24 ABRvS 10 december 2008, LjN: BG6429.

optiek van de Afdeling was de wijze van totstandkoming van de rangschikking voor eiser en minister al met al voldoende controleerbaar, zodat inzage in de beoordelingshandleiding en het beoordelingsformulier overbodig was.

Daarentegen behoren stukken die wezenlijke informatie bevatten over de uitvoering van een verdeelprocedure wél tot de op de zaak betrekking hebbende stukken.<sup>25</sup> Een voorbeeld biedt een recente uitspraak van het CBB over een vergelijkende toets.<sup>26</sup> Eiseres in deze zaak had pas na herhaaldelijk aandringen het advies van de programmacommissie over de rangschikking van de ingediende aanvragen ontvangen. Zij had daardoor niet de mogelijkheid gehad om tijdig op dit advies te reageren. Aangezien haar aanvraag op basis van dit advies was afgewezen, meende zij dat de beslissing op bezwaar onzorgvuldig was voorbereid. Het bestuur bracht daar tegenin dat de verdeelprocedure niet voorzag in het voorleggen van het advies aan de afzonderlijke aanvragers en dat bestrijding van het advies niet aan de orde was, nu de beslissing op de aanvragen was voorbehouden aan verweerder en zijn besluit de daaraan ten grondslag liggende motivering vermeldde. Het CBB achtte het bezwaar van eiseres echter gegrond, overwegende dat het advies van de programmacommissie wezenlijke informatie betrof en als zodanig deel uitmaakte van de op de zaak betrekking hebbende stukken.

De hiervoor gesignaleerde benadering lijkt ook te gelden als een afgewezen aanvrager een beroep op de Wob doet om inzage te krijgen in stukken die betrekking hebben op zijn aanvraag. Dit lijkt althans te volgen uit een wat oudere uitspraak van de Afdeling.<sup>27</sup> In deze zaak had de Stichting Dutch Jazz Orchestra zonder succes verzocht om openbaarmaking van voorstellingsverslagen waarop de afwijzing van diens aanvraag van een cultuursubsidie was gebaseerd. De Afdeling merkte deze verslagen (in lijn met eerdere jurisprudentie) aan als 'opgesteld ten behoeve van intern beraad' en de daarin vervatte meningen en waardeningen als 'persoonlijke beleidsopvattingen' waarover geen informatie wordt verstrekt (art. 11 Wob).<sup>28</sup> Opvallend in dit verband is echter dat zij daartoe onder meer overwoog dat 'gelet op de reeds aan appellante verstrekte informatie, waarbij ook de namen van alle voorstellingsbezoekers die aan de raad plegen te rapporteren bekend zijn geworden' de

---

25 CBB 15 juli 2008, *LJN*: BD8755, CBB 22 juni 2006, *LJN*: AX9898, CBB 23 november 2004, *LJN*: AR8153. Vgl. ook ABRvS 25 juni 1996, *AB* 1996, 411, m.nt. Van der Vlies, waaruit blijkt dat vergaderverslagen ook tot de op de zaak betrekking hebbende stukken (kunnen) horen.

26 CBB 15 juli 2008, *LJN*: BD8755.

27 ABRvS 26 november 2003, *JB* 2004, 45, m.nt. Overkleef-Verburg, *AB* 2004, 48, m.nt. Stolk. Voorstellingsverslagen zijn door deskundige voorstellingsbezoekers gemaakte verslagen van concert- of toneelvoorstellingen. Bij de verdeling van schaarse cultuursubsidies op grond van de Wet op het specifiek cultuurbeleid vervullen zij een functie die grotendeels vergelijkbaar is met de in het kader van NWO-subsidieprocedures opgestelde referentenrapporten.

28 Dat documenten afkomstig van derden die niet tot de kring van de overheid behoren toch 'ten behoeve van intern beraad' kunnen zijn opgesteld, is in lijn met vaste jurisprudentie. Zie ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2002, 375, m.nt. E.J. Daalder.



raad in redelijkheid het verzoek had kunnen weigeren. Kennelijk achtte de Afdeling de besluitvorming op basis van de beschikbare informatie al voldoende controleerbaar.

Dat laatste wekt overigens wel enige bevreemding, aangezien het Dutch Jazz Orchestra de voorstellingsverslagen nu juist had opgevraagd om zich een beeld te kunnen vormen van de deskundigheid en onpartijdigheid van de in het kader van de beoordeling van zijn aanvraag ingezette voorstellingsbezoekers. Als het gaat om de identiteit van ingezette deskundigen, spelen er naast de controleerbaarheid van de besluitvorming echter ook nog andere overwegingen. Behalve de controleerbaarheid van de besluitvorming, nam de Afdeling namelijk ook de relatieve beslotenheid van het culturele werkterrein en de noodzaak van rapporteurs om hun werk vrijelijk en openhartig te kunnen verrichten in aanmerking. Deze praktische overwegingen lijken mede te zijn ingegeven door de vrees dat door opheffing van de vertrouwelijkheid en anonimiteit, er geen deskundige voorstellingsbezoekers meer zouden kunnen worden aangetrokken.<sup>29</sup> Zoals uit de inleiding al bleek, speelt deze vrees ook met betrekking tot NWO-referenten.<sup>30</sup> Mogelijk speelt zij ook een rol in de strenge jurisprudentie van de Afdeling over art. 3:8 Awb, op grond waarvan de namen van door wettelijke adviescommissies ingeschakelde externe deskundigen niet in of bij het besluit hoeven te worden vermeld.<sup>31</sup>

Tot zover is alleen jurisprudentie behandeld over stukken uit het dossier van de eiser. Een apart vraagstuk betreft de vraag in hoeverre aanvragen van derden en daarop betrekking hebbende stukken, betrekking hebben op de zaak van de eiser. Ook op dit punt volgt de bestuursrechter een benadering die niet helemaal strookt met de jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>32</sup> Typerend voor verdeelprocedures is dat de beslissing over de toe- of afwijzing van subsidiabele aanvragen afhangt van hun plaats in de rangorde. Deze rangorde komt tot stand door onderlinge vergelijking (rangschikking) van de subsidiabele aanvragen aan de hand van één of meer rangschikkingscriteria, bijvoorbeeld de hoogte van de behaalde score (vergelijkende toets), de datum en het tijdstip van binnenkomst (wie het eerst komt, het eerst maalt), of de hoogte van het door de aanvrager uitgebrachte bod (veiling). Als zodanig kan de besluitvorming over de verschillende subsidiabele aanvragen niet los van elkaar worden gezien; de toewijzing van de 'boven de streep' gerangschikte aanvragen impliceert de afwijzing van de 'onder de streep' gerangschikte aanvragen. Wordt een subsidiabele aanvraag 'onder de streep' gerangschikt en afgewezen, dan vormen de 'boven de streep' gerangschikte aanvragen en de daarop betrekking hebbende stukken, strikt genomen,

29 Als de anonimiteit van voorstellingsbezoekers zou worden opgeheven, zouden deskundigen niet meer bereid zijn om hun, vaak belangenloze, medewerking te verlenen aan het proces van subsidieverlening, aldus Overkleef-Verburg in haar annotatie onder de uitspraak, *JB* 2004, 45, aantekening 7.

30 ABRvS 7 februari 2007, *AB* 2008, 86, m.nt. N. Verheij.

31 ABRvS 1 december 2004, *AB* 2005, 240, met kritische noot van N. Verheij.

32 Zoals gezegd, moet hierbij worden bedacht dat de benadering van Hoge Raad is geënt op tweepartijengeschillen, niet op meerpartijengeschillen.

dus stukken die bij de besluitvorming over de afgewezen aanvraag een (mogelijke) rol hebben gespeeld. Zo ver wil de bestuursrechter vooralsnog echter (nog) niet gaan. In de jurisprudentie lijkt er een onderscheid te worden gemaakt tussen verdeelprocedures waarbij aanvragen onafhankelijk van elkaar worden beoordeeld ('individuele beoordeling') en verdeelprocedures waarbij de beoordeling en rangschikking van aanvragen (mede) tot stand komt op basis van een onderlinge vergelijking ('relatieve beoordeling').

Een voorbeeld van het eerste type verdeelprocedure is de 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-procedure. Ruim tien jaar geleden heeft het CBB ten aanzien van dit type verdeelprocedure geoordeeld dat stukken die betrekking hebben op toegewezen aanvragen, niet mede betrekking hebben op afgewezen subsidiabele aanvragen. Alleen als de eiser 'concrete aanwijzingen' naar voren brengt die duiden op onregelmatigheden, kan het bestuur gehouden zijn om 'meer en andere gegevens' over te leggen en kan er voor de rechter grond zijn om het bestuur te verplichten zodanige gegevens in het geding te brengen (art. 8:45 Awb).<sup>33</sup> Afhankelijk van de gebruikte beoordelingsmethodiek (individuele of relatieve beoordeling), kan een vergelijkende toets ook tot dit eerste type verdeelprocedure worden gerekend. Zo had de eiseres in een recente zaak over een vergelijkende toets aangevoerd dat verweerder haar inzage had moeten geven in de aanvragen van derden om te kunnen beoordelen of deze aanvragen terecht punten hadden toegekend gekregen voor een bepaald criterium. De rechtbank Utrecht oordeelde deze klacht ongegrond, met als voornaamste overweging dat bij het toekennen van punten geen vergelijking was gemaakt met de concurrerende aanvragen, maar met het gehele aanbod aan projecten in Nederland op het gebied van internationale ontwikkelingssamenwerking.<sup>34</sup>

Als de rangschikking van aanvragen in het kader van een vergelijkende toets (mede) geschiedt op basis van een relatieve beoordeling, dan is er sprake van een verdeelprocedure van het tweede type. In dit verband is opnieuw uitspraak van de rechtbank Arnhem van 21 januari 2008 interessant.<sup>35</sup> In deze zaak had NWO gesteld dat in geval van een afgewezen aanvraag de op de zaak betrekking hebbende stukken uitsluitend bestaan uit stukken die betrekking hebben op de aanvraag van eiser zelf. De rechtbank Arnhem overwoog daarop dat deze uitleg in dit geval niet kon worden aanvaard, aangezien het bestreden besluit niet was gebaseerd op de kwaliteit van het in geding zijnde onderzoeksvoorstel (dat was immers als subsidieabel aangemerkt), maar uitsluitend was gegrond op een rangschikking ten opzichte van andere subsidiabele voorstellen. Om de rechtmatigheid van die rangschikking te beoordelen was op zijn minst 'enig inzicht nodig in de andere subsidieaanvragen en in de daarover gegeven oordelen'. In de vervolgzak oordeelde de rechtbank Arnhem dat inzage in de aanvragen van derden, gelet op het risico van oneigenlijk gebruik van de

33 CBB 15 december 1999, AB 2000, 109, m.nt. JHvdV.

34 Rb. Utrecht 25 september 2009, LJN: BJ8852.

35 Rb. Arnhem 21 januari 2008, *supra*.

daarin verwoordde inzichten, door NWO terecht wegens ‘gewichtige redenen’ achterwege was gelaten, maar dat de bijbehorende – weliswaar geanonimiseerde – referentenrapporten en weerwoorden wél ter inzage hadden moeten worden gelegd.<sup>36</sup> Hierbij kende de rechtbank veel gewicht toe aan het feit dat het rangschikkingsadvies van de NWO-beoordelingscommissie zonder de referentenrapporten niet inzichtelijk wordt.

Dat de bestuursrechter, in situaties waarin de eiser inzage verlangt in aanvragen van derden of daarop betrekking hebbende stukken, belang hecht aan het onderscheid tussen een individuele en een relatieve beoordeling van aanvragen, past bij zijn algemene benadering. Want voor de eiser wiens aanvraag op basis van een relatieve beoordeling is afgewezen, is de totstandkoming van de rangorde zonder informatie over de kenmerken en voordelen van de wel toegewezen aanvragen inderdaad oncontroleerbaar. Inzage in de aanvragen van derden of daarop betrekking hebbende stukken kan dan noodzakelijk zijn. In het geval van een individuele beoordeling speelt deze informatiebehoefte daarentegen veel minder. In die situatie heeft de afgewezen aanvrager in principe voldoende aan de door de verschillende deelnemers behaalde scores. Meer heeft hij niet nodig om na te gaan of de rangorde klopt. Voor de hoogte van de door hem behaalde score en zijn plaats in de rangschikking is in beginsel immers alleen de eigen kwaliteit van zijn aanvraag bepalend geweest.

Niettemin kunnen er ook kanttekeningen worden geplaatst bij de benadering van de bestuursrechter. Zo kan worden betwijfeld of een volledig individuele beoordeling in het kader van een vergelijkende toets in de praktijk eigenlijk wel mogelijk is. Het is niet goed voorstelbaar dat het bestuur bij het beoordelen en rangschikken van individuele aanvragen op geen enkele manier de vergelijking trekt met de andere aanvragen, bijvoorbeeld door acht te slaan op hun gemiddelde niveau.<sup>37</sup> Ook kan de benadering van de bestuursrechter de controle bemoeilijken op de uitvoering van verdeelprocedures waarbij een individuele beoordeling van aanvragen plaats vindt. De geschillen die zijn ontstaan over de toenmalige BEVAR-regeling kunnen dit probleem illustreren.<sup>38</sup> Op grond van deze regeling kon subsidie worden verkregen voor het beëindigen van een varkensbedrijf. Subsidieaanvragen werden op volgorde van binnenkomst behandeld, totdat het subsidieplafond was bereikt. Over de uitvoering van deze regeling werden verschillende klachten naar voren gebracht, onder andere dat subsidie was verstrekt aan bedrijven waarvoor de BEVAR in het geheel niet was bedoeld. Gelukkig voor de belanghebbenden, had de minister van LNV deze fouten (deels) erkend. Want als de minister minder toegeeflijk was geweest, hadden de gedupeerde varkenshouders hun vermoedens van onregelmatigheden misschien niet hard kunnen maken. Zonder ‘concrete aanwijzingen’ voor onregelmatigheden hadden zij op

36 Rb. Arnhem 23 juni 2009, *supra*.

37 Zo hangt de strengheid waarmee een rechtententamen wordt nagekeken, dikwijls (mede) af van de vraag hoe goed het tentamen over het algemeen gemaakt is...

38 ABRvS 19 september 2001, AB 2001, 357; ABRvS 26 september 2001, AB 2001, 356; ABRvS 20 augustus 2003, AB 2003, 404, alle m.nt. N. Verheij.

basis van de jurisprudentie van het CBB wellicht geen inzage gekregen in de aanvragen van derden, terwijl zij zonder inzage in de aanvragen van derden waarschijnlijk geen ‘concrete aanwijzingen’ hadden kunnen produceren. De door de minister toegegeven onregelmatigheden waren dan misschien verborgen gebleven voor de eisers en de bestuursrechter. Bovendien waren zij na ommekomst van de bezwaar- en beroepstermijn onaanvechtbaar geworden.

### 3.3 *Gewichtige redenen*

Tot de op de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ dienen de partijen en de bestuursrechter toegang te krijgen, tenzij ‘gewichtige redenen’ zich daartegen verzetten. Geldt een stuk als cruciaal met het oog op de controleerbaarheid van de uitvoering van de verdeelprocedure, dan ligt het niet voor de hand om snel het bestaan van ‘gewichtige redenen’ aan te nemen. Het verbaast dan ook niet dat in een zaak waarin het bestuur had verzocht om de volledige geheimhouding van een zogenaamde projectanalyse (een stuk dat een cruciale rol had gespeeld bij de oordeelsvorming door de adviescommissie), gewichtige redenen niet aanwezig werden geacht.<sup>39</sup>

Dit kan anders liggen als een dossierstuk informatie over aanvragen van derden bevat. Deze informatie kan immers vertrouwelijk zijn. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de eiser klaagt over de beoordeling van zijn eigen aanvraag en de situatie dat hij klaagt over de beoordeling van een concurrerende aanvraag. Tenzij er een vergelijkende beoordeling van aanvragen heeft plaatsgevonden, of de toewijzing van de concurrerende aanvraag anderszins van directe invloed is geweest op de beslissing op de afgewezen aanvraag, zullen (passages uit) stukken met informatie over concurrerende aanvragen lang niet altijd relevant zijn voor de beoordeling van de afgewezen aanvraag. Geheimhouding ligt dan in de rede. Zo heeft het CBB in een zaak waarin de eiser klaagde over de afwijzing van zijn eigen, individueel beoordeelde aanvraag, beslist dat delen van een projectanalyse die vertrouwelijke informatie bevatten over projecten van derden voor hem geheim mochten worden gehouden.<sup>40</sup> Als daarentegen wordt geklaagd over de beoordeling van een concurrerende aanvraag, dan ligt geheimhouding minder snel voor de hand. Zonder informatie over de concurrerende aanvraag, is de eiser immers minder goed in staat om de besluitvorming daarover te beoordelen.

---

<sup>39</sup> CBB 22 juni 2006, *LJN*: AX9808. Uit de uitspraak blijkt niet welke gewichtige redenen volgens het bestuur de geheimhouding konden rechtvaardigen. Mogelijk beschouwde het bestuur de projectanalyse als ‘een stuk opgesteld ten behoeve van intern beraad, met daarin persoonlijke beleidsopvattingen’ en wilde het het om die reden geheim houden. Vgl. CBB 3 juni 2003, *LJN*: AG1665.

<sup>40</sup> CBB 23 november 2004, *LJN*: AR8153.

Recentelijk heeft de voorzieningenrechter van het CBB een interessante uitspraak gedaan over deze laatste kwestie.<sup>41</sup> Het ging in deze zaak om de verlening van een schaarse subsidie voor de bouw van een windmolenpark op zee aan energiebedrijf BARD. Doordat BARD deze subsidie heeft bemachtigd, maakt concurrent Eneco hooguit nog kans op toekenning van (een deel van) het restbudget. Eneco vraagt de voorzieningenrechter van het CBB daarop om een voorlopige voorziening. Teneinde de rechtmatigheid van de subsidieverlening aan BARD te kunnen (laten) controleren, wil Eneco ofwel inzage in de aanvraag van BARD en de daarop betrekking hebbende stukken, ofwel een tijdelijke stillegging van de verdeelprocedure totdat de bezwaarprocedure is afgerond. Opvallend genoeg, komt de voorzieningenrechter aan beide verzoeken grotendeels tegemoet. Daarbij acht hij het belang van Eneco om op grond van de opgevraagde stukken zich een beeld te kunnen vormen van de wijze waarop verweerder subsidie heeft verleend aan BARD, doorslaggevend. De voorzieningenrechter laat het belang van controleerbaarheid van de besluitvorming oftewel prevaleren boven het belang van bescherming van vertrouwelijk verstrekte gegevens. De uitspraak staat daarmee in scherp contrast met een oudere uitspraak van het CBB, waarin nog werd overwogen dat deelnemers aan een verdeelprocedure erop mogen vertrouwen dat de door hen verstrekte gegevens geheim worden gehouden en met name niet ter beschikking worden gesteld van hun concurrenten.<sup>42</sup> Tegelijkertijd lijkt de voorzieningenrechter de hiervoor besproken lagere rechtspraak (§ 3.2), waarin de toegang tot stukken behorend bij winnende aanvragen (deels) wordt verruimd, te bevestigen.

### 3.4 Toestemmingsvereiste

Als de rechter het bestuur toestaat om een stuk (gedeeltelijk) voor de eiser geheim te houden, dan kan de rechtbank vervolgens slechts met toestemming van de eiser mede op grondslag van dit stuk uitspraak doen (art. 8:29 lid 5 Awb). Dit toestemmingsvereiste stelt de eiser in de praktijk voor een lastig dilemma: hij kan de rechter laten beslissen op basis van een stuk dat hij (de eiser) niet heeft kunnen inzien en waarop hij (dus) niet heeft kunnen reageren, of hij kan de rechter dit stuk onthouden, met als risico dat de rechter het beroep wegens een gebrek aan bewijs ongegrond verklaard. Het weigeren van toestemming kan dus in het nadeel van de eiser worden uitgelegd. Ook bij geschillen over verdeelprocedures komt dit voor.<sup>43</sup>

41 CBB 29 juli 2010, AB 2010, 303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade.

42 CBB 18 november 1998, AB 1999, 120, m.nt. JHvdV.

43 Zie bijv. ABRvS 7 februari 2007, AB 2008, AB 2008, 86, m.nt. N. Verheij. Eiser in deze zaak wilde weten wie de twee externe deskundigen waren die negatief hadden geadviseerd over zijn afgewezen NWO-subsidieaanvraag, teneinde hun onpartijdigheid te kunnen betwisten. Zijn weigering om de rechter (mede) te laten beslissen op de stukken waaruit deze namen bleken, had tot gevolg dat zijn stelling inzake de partijdigheid van de deskundigen onbewezen werd geacht.

Daarnaast kan het weigeren van toestemming ertoe leiden dat de bestuursrechter niet beschikt over alle informatie die nodig is om de hem voorgelegde zaak op een juiste en zorgvuldige wijze af te doen.<sup>44</sup> De zaak wordt dan immers verwezen naar een andere kamer, die beslist zonder kennisname van de stukken waarop de weigering van toestemming betrekking heeft. Betoogd zou kunnen worden dat het toestemmingsvereiste in dat geval op gespannen voet kan komen te staan met het EU-rechtelijke verdedigingsbeginsel. In het EU-rechtelijke gedeelte van deze bijdrage werk ik dit nader uit (zie § 5.3).

### 3.5 *Motivering van de rangschikking*

Vanuit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming is het van groot belang dat het bestuur zijn besluiten motiveert. Als het bestuur zijn besluiten niet motiveert, kunnen belanghebbenden en de bestuursrechter immers niet controleren of het bestuur bij het nemen van het bestreden besluit de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht heeft genomen. Toegesplitst op verdeelprocedures, houdt de motiveringsplicht in dat het bestuur de afgewezen aanvrager tot op bepaalde hoogte moet (kunnen) uitleggen hoe de rangschikking tot stand is gekomen en waarom zijn aanvraag 'onder de streep' is geëindigd en afgewezen.<sup>45</sup>

Hoe ver deze motiveringsplicht reikt, is afhankelijk van het type verdeelprocedure en de daarbinnen gekozen beoordelingssystematiek. Een rangschikking van aanvragen op volgorde van binnenkomst van de aanvraag, of door middel van een loting of veiling, zal over het algemeen een andersoortige motivering behoeven dan een rangschikking gemaakt in het kader van een vergelijkende toets of aanbesteding. Bij een 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-procedure zal de mededeling dat de aanvraag 'onder de streep' is geëindigd over het algemeen voldoende zijn, mits het bestuur daarbij ook aangeeft hoeveel aanvragen het in behandeling heeft kunnen nemen, op welk tijdstip de aanvraag is binnengekomen en welk nummer van binnenkomst deze heeft gekregen.<sup>46</sup> Bij een loting zal in de regel kunnen worden volstaan met een omschrijving van de manier waarop de loting is uitgevoerd, gecombineerd met de mededeling dat er geen onregelmatigheden hebben plaatsgevonden. Het opmaken van een proces-verbaal van de loting is wenselijk, maar niet verplicht.<sup>47</sup>

---

44 Op grond van de wetsgeschiedenis van de Awb is dit een van de drie belangen die de bestuursrechter moet afwegen bij het nemen van een geheimhoudingsbeslissing ex art. 8:29 lid 3 Awb. Zie PG Awb II, p. 417-418.

45 Vgl. het in de inleiding gegeven voorbeeld van de NWO-subsidieprocedures.

46 Vgl. CBB 15 december 1999, *supra*. De appellante in deze zaak stelde dat de aanvragen niet daadwerkelijk op volgorde van binnenkomst waren behandeld. Het CBB overwoog daarop dat zij deze stelling onvoldoende had gespecificeerd met concrete aanwijzingen en dat verweerder bij de bespreking van deze argumenten daarom niet was gehouden om meer en andere gegevens over te leggen.

47 Vgl. CBB 20 september 2002, *LJN*: AE9952.

Al met al laat de uitslag van een ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’-procedure of loting zich relatief eenvoudig motiveren.<sup>48</sup> Dit ligt anders bij de uitslag van een vergelijkende toets. In de praktijk doen de meest complexe vragen ten aanzien van de motivering van de rangschikking zich bij dit type verdeelprocedure voor.<sup>49</sup> Een recente uitspraak van de rechtbank Arnhem kan dit probleem illustreren.<sup>50</sup> In deze zaak had het college van Gedeputeerde Staten van Gelderland een subsidieaanvraag voor een landschapsproject afgewezen, overwegende dat honorering van enkele kleinschalige projecten een grotere bijdrage zou leveren aan de beleidsdoelstelling, dan honorering van eisers grootschalige project. Daarop overwoog de rechtbank dat, nu het college niet inzichtelijk had gemaakt waarom de wél gesubsidieerde projecten met elkaar een grotere bijdrage zouden leveren aan het realiseren van de beleidsdoelstelling dan eisers project, het bestreden besluit niet toetsbaar was en daarmee onvoldoende draagkrachtig gemotiveerd.

Deze uitspraak raakt aan de wezenlijke vraag in hoeverre het bestuur in de motivering van de gemaakte rangschikking in moet gaan op de kenmerken en voordelen van de afgewezen aanvraag in vergelijking met de andere aanvragen. Omdat de beslissing over de toe- of afwijzing van subsidiabele aanvragen in het kader van een verdeelprocedure afhangt van de vraag of zij ‘boven’ of ‘onder de streep’ zijn gerangschikt, kan de besluitvorming over de ene subsidiabele aanvraag eigenlijk niet los worden gezien van de besluitvorming over de andere subsidiabele aanvragen. Strikt genomen, dient het bestuur in de motivering van de afwijzing dus ook in te gaan op de gronden voor de rangschikking van (tenminste) de wél gehonoreerde aanvragen.<sup>51</sup>

In het geval van een vergelijkende toets is een dergelijke benadering echter riskant. Zo kan zij ertoe leiden dat het bestuur onbedoeld vertrouwelijke informatie over de overige aanvragen prijsgeeft. Bij geschillen over onderzoeks- en innovatiesubsidies vormt dit een reëel probleem. Ook bestaat er het risico dat een vergelijkende motivering in de praktijk eerder meer, dan minder stof voor conflict oplevert. Zo luidt een standaardoverweging van de ABRvS in geschillen over kunstsubsidies dat ‘aan een besluit tot toe- of afwijzing van een subsidieaanvraag in het kader van een vergelijkende toets slechts beperkte motiveringseisen kunnen worden gesteld, aangezien bij de beoordeling en waardering van aanvragen (deels) sprake is van objectivering van naar hun aard subjectieve oordelen die zich niet licht in

---

48 Een gemotiveerde uitslag is echter nog niet altijd een controleerbare uitslag. Om te kunnen controleren of een ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’-procedure of een loting daadwerkelijk zonder onregelmatigheden heeft plaatsgevonden, kan het nodig zijn om inzage te krijgen in de op de rangschikking betrekking hebbende stukken. Zoals hiervoor bleek (in § 3.2), is de partijt toegang tot deze stukken echter niet in alle gevallen gewaarborgd.

49 Vgl. Rb. Haarlem 16 april 2009, *LJN*: BI2367; CBB 20 april 2006, *LJN*: AY4188; ABRvS 1 december 2004, *LJN*: AR6776; Rb. Groningen 21 februari 2001, *LJN*: AB0238. In al deze zaken was de motivering van de rangschikking (mede) in geschil.

50 Rb. Arnhem 31 januari 2008, *LJN*: BC3256.

51 Vgl. § 3.2.

woorden laten (samen)vatten'.<sup>52</sup> Dit laatste geldt natuurlijk bij uitstek in geval van een vergelijking van projecten op 'kunstzinnige kwaliteit', maar is niettemin ook in het algemeen zeer treffend. Sterker nog: dat de besluitvorming in het kader van een vergelijkende toets zich (kennelijk) zo lastig in woorden laat (samen)vatten, roept twijfels op ten aanzien van de vraag of een objectieve vergelijking van aanvragen aan de hand van (min of meer) subjectieve criteria, in de praktijk eigenlijk wel mogelijk is. Of een 'vergelijkende motivering' de motivering van een afwijzing in voorkomende gevallen minder onnavolgbaar maakt, kan al met al dus met enig recht worden betwijfeld.

Gelet op het hiervoor geschetste dilemma is het wellicht niet verbazingwekkend dat de jurisprudentie verschillende antwoorden geeft op de vraag in hoeverre het bestuur aan de afwijzing van een aanvraag een 'vergelijkende motivering' ten grondslag moet leggen. De rechtbank Haarlem gaf in een recente zaak een rechtlijnig antwoord: 'Voorts heeft verweerder niet inzichtelijk gemaakt hoe de plaatsing van eiseres op de laatste plaats zich (...) verhoudt tot de rangschikking van de overige subsidieaanvragen op de prioriteitenlijst. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat het bestreden besluit niet berust op een deugdelijke motivering'.<sup>53</sup> In lijn hiermee heeft de rechtbank Arnhem in een zaak over een vergelijkende toets geoordeeld dat de afwijzing van een aanvraag onvoldoende is gemotiveerd, als er geen overzicht is waarin de score van de aanvraag van de eiser wordt afgezet tegen de scores van de andere aanvragen.<sup>54</sup> Het CBB volgt daarentegen een meer genuanceerde (en restrictieve) benadering. In een zaak over een verdeelprocedure waarbij 'de ingediende projecten ieder individueel waren beoordeeld op basis van gelijke maatstaven en ieder project aan de hand van die beoordeling een score had gekregen, waarna de projecten van de hoogste naar de laagste score waren gerangschikt', oordeelde het College dat de afgewezen aanvrager alleen inzicht hoefde te worden geboden in de gronden voor de rangschikking van diens eigen project. Het was niet nodig dat daarbij ook werd ingegaan op de sterke en zwakke punten van de andere projecten.<sup>55</sup> In een vergelijkbaar geval achtte het CBB het eerder al voldoende als de eiser over een puntenwaardering per onderdeel van zijn eigen aanvraag beschikt en daarnaast uiteen is gezet op grond van welke maatstaven de ingediende projecten zijn beoordeeld en op welke wijze tot de rangschikking is gekomen.<sup>56</sup> Het CBB lijkt dus in het kader van de motiveringsplicht bij een vergelijkende toets belang te hechten aan het onderscheid tussen een individuele en een relatieve beoordeling van aanvragen.

---

52 ABRvS 25 juni 2003, LJN: AH8613.

53 Rb. Haarlem 16 april 2009, LJN: BI2367.

54 Rb. Arnhem 20 juli 2007, LJN: BB1054.

55 CBB 18 juli 2008, LJN: BD8756.

56 CBB 29 juli 2004, LJN: AQ6926.



### 3.6 *Tussenconclusie*

Tussen de plicht om inzage te bieden in de op de zaak betrekking hebbende stukken en de motiveringsplicht blijkt samenhang te bestaan. Beide vervullen een (deels) vergelijkbare functie: het waarborgen van de toegang van de bestuursrechter en partijen tot informatie over de besluitvorming. Een summiere motivering kan daarom (in theorie) worden gecompenseerd door een ruimere inzage en *vice versa*. Specifiek voor verdeelprocedures geldt dat nu de toewijzing van de 'boven de streep' gerangschikte aanvragen de afwijzing van de 'onder de streep' gerangschikte aanvragen impliceert, een draagkrachtige motivering van de afwijzing (in theorie) ook inzicht moet bieden in de gronden voor de rangschikking van de toegewezen aanvragen en de afgewezen aanvrager (in theorie) ook inzage moet kunnen krijgen in deze aanvragen.

Zover gaat de bestuursrechter echter (nog) niet. De algemene lijn in de jurisprudentie lijkt te zijn dat alleen stukken die een wezenlijke rol hebben gespeeld bij de beoordeling van de aanvraag, op de zaak betrekking hebben. Deze benadering verschilt van de meer ruime benadering van de Hoge Raad, op grond waarvan alle stukken die een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming (op verzoek) in het geding moeten worden gebracht. Voor wat betreft stukken van derden lijkt de bestuursrechter een onderscheid te maken al naar gelang er een individuele of relatieve beoordeling van aanvragen heeft plaatsgevonden. In het eerste geval hebben stukken van derden geen betrekking op de afgewezen aanvraag van de eiser, in het tweede geval wel. Deze benadering sluit aan bij de algemene benadering van de bestuursrechter, maar maakt het wel lastiger voor afgewezen aanvragers om de uitvoering van een verdeelprocedure te controleren waarbinnen aanvragen individueel zijn beoordeeld. Wordt een stuk eenmaal aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbend', dan kan het vervolgens niet snel met een beroep op 'gewichtige redenen' (volledig) geheim worden gehouden. De controleerbaarheid van de besluitvorming staat dan voorop. Uit de zaak *Eneco/BARD* lijkt te volgen dat dit ook geldt voor vertrouwelijke stukken van derden.

Ook bij de invulling van de motiveringsplicht lijkt het onderscheid tussen een individuele en relatieve beoordeling een rol te spelen. Volgens het CBB dwingt een vergelijkende toets op zichzelf nog niet tot een 'vergelijkende' motivering, maar is dit afhankelijk van de gekozen beoordelingsmethodiek. Zo bezien behoeft de afwijzing van een individueel beoordeelde aanvraag niet 'vergelijkend' te worden gemotiveerd. In de lagere rechtspraak lijkt deze jurisprudentie echter (nog) niet volledig wortel te hebben geschoten.

#### 4 MOTIVERING EN (PROCESSUELE) OPENBAARHEID BIJ AANBESTEDINGSGESCHILLEN

##### 4.1 *Overzicht*

Aanbestedingsgeschillen en geschillen over schaarse subsidies vertonen op relevante punten overeenkomsten. In beide gevallen is er sprake van een geschil tussen de overheid (het bestuursorgaan, de aanbestedende dienst) en een natuurlijke persoon of rechtspersoon over de toedeling van een 'schaars goed' (een subsidie, een opdracht). Ook de gehanteerde verdeel- en beoordelingsmethoden vertonen gelijkenissen: een niet-openbare aanbesteding (ook wel aanbesteding met voorafgaande selectie genaamd) heeft veel weg van een vergelijkende toets.

De niet-openbare procedure is een aanbestedingsprocedure in twee rondes, die algemeen bekend wordt gemaakt. In de eerste ronde mag iedere geïnteresseerde aanbieder zich als gegadigde aanmelden. Gegadigden die aan de door de aanbesteder gestelde geschiktheidseisen voldoen, gaan vervolgens door naar de tweede ronde en mogen een inschrijving doen. Vervolgens wordt in die tweede ronde beoordeeld of de inschrijvingen voldoen aan de daaraan gestelde eisen en worden zij beoordeeld en gerangschikt aan de hand van het gunningscriterium (meestal 'de laagste prijs' of 'de economisch meest voordelige inschrijving').<sup>57</sup>

Hiervoor zagen we dat in geval van een bestuursrechtelijke vergelijkende toets dezelfde drie stappen worden gezet: eerst wordt getoetst of de aanvrager voor subsidie in aanmerking komt en of zijn aanvraag aan de subsidievoorwaarden voldoet, vervolgens worden de subsidiabele aanvragen beoordeeld en gerangschikt (zie hiervoor § 3.1). Het is daarom interessant om te kijken welke eisen er in het aanbestedingsrecht worden gesteld aan de motivering en openbaarheid van door de aanbesteder genomen beslissingen (§ 4.2) en aan de processuele openbaarheid van documenten en gegevens (§ 4.3).

##### 4.2 *Motivering en openbaarheid*

In de praktijk van het aanbestedingsrecht vormt de mogelijkheid van afgewezen inschrijvers om bij de afwikkeling van een aanbestedingsgeschil over voldoende informatie te kunnen beschikken een belangrijke voorwaarde voor een effectieve rechtsbescherming. Zo stelt Orobio de Castro dat het vermoeden van een inschrijver dat een aanbesteding niet correct is verlopen, veelal slechts ontzenuwd of bevestigd zal kunnen worden door informatie

---

<sup>57</sup> E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europees en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, p. 184.

waarover de aanbestedder beschikt en dat de kans van slagen van een eventuele rechtszaak er veelal van zal afhangen of de desbetreffende informatie door de aanbestedder in het geding wordt gebracht.<sup>58</sup> Uit de aanbestedingsrechtelijke literatuur kan niettemin worden opgemaakt dat teleurgestelde inschrijvers lang niet altijd over voldoende informatie beschikken. Zo stelt Essers dat ‘de informatie over de winnende inschrijving voor een klager meestal zo beperkt [is], dat het moeilijk, zo niet onmogelijk is om aan te tonen dat de winnende inschrijver voor een bepaald gunningscriterium minder punten had moeten scoren’. Pijnacker Hordijk e.a. noemen bovendien een groot aantal civiele zaken waarin het de aanbestedende dienst werd toegestaan informatie achter te houden, ook al was deze relevant voor de motivering van de desbetreffende beslissing en onontbeerlijk om inzicht te krijgen in de redenering van de aanbestedende dienst.<sup>59</sup>

Kennelijk speelt het probleem van de controleerbaarheid van de uitvoering van een verdeelpcedure ook in het aanbestedingsrecht. Een belangwekkende vraag is, wat daarvan de oorzaken zijn. Het aanbestedingsrecht kent namelijk een uitgebreid stelsel van specifieke, op de aard van de rechtsbetrekking toegesneden motiverings- en openbaarheidsplichten.<sup>60</sup> In het kader van dit artikel zijn met name de motiveringsplicht inzake de gunningsbeslissing en de aankondigingsplicht relevant. De motiveringsplicht inzake de gunningsbeslissing houdt in dat de aanbestedder alle inschrijvers moet mededelen dat er een besluit tot gunning is genomen en dat hij iedere afgewezen inschrijver die voldoet aan het bestek, op diens verzoek in kennis moet stellen van de naam van de winnende inschrijver en van de kenmerken en voordelen van diens inschrijving (art. 41 lid 4 jo. art. 42 Bao, art. 50 lid 4 Bass, art. 2.29.5, art. 3.31.5, art. 4.29.6, art. 5.32.5 en art. 6.28.5 ARW 2005). De aankondigingsplicht houdt in dat de aanbestedder de gunningsbeslissing moet aankondigen in het EU-publicatieblad. In de aankondiging moeten onder andere de naam van de winnende inschrijver, de betaalde prijs of prijzen en de waarde van de geselecteerde inschrijvingen (althans de hoogste en de laagste inschrijving) worden vermeld (art. 35 lid 12 Bao, art. 43 lid 1 Bass, art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1 art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005). Vanuit bestuursrechtelijk perspectief ligt het voor de hand om te veronderstellen dat een dergelijk uitgebreid stelsel van specifieke motiverings- en openbaarheidsverplichtingen afdoende kan waarborgen dat een afgewezen inschrijver over voldoende informatie beschikt om een gunningsbeslissing effectief aan te vechten. De aanbestedingsrechtelijke literatuur biedt tenminste drie mogelijke verklaringen voor het feit dat de praktijk toch anders uitwijst.

58 D.C. Orobio de Castro, ‘Het recht op informatie bij de afwikkeling van aanbestedingsgeschillen’, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.V. Weijnen (red.), *Aanbesteding en aansprakelijkheid. Preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij aanbestedingsgeschillen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 127.

59 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 526-527.

60 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 523-537; M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een verantwoord aanbestedingsbeleid*, Amsterdam: Reed Business 2009, p. 453-469.

Om te beginnen wordt er gewezen op de beperkte invulling die het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) aan de aanbestedingsrechtelijke motiveringsplicht geeft. Volgens vaste jurisprudentie van het Gerecht strekt de motiveringsplicht van aanbestedende diensten ertoe '[dat] enerzijds de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten kunnen verdedigen, en anderzijds [dat] de rechter zijn toezicht kan uitoefenen'.<sup>61</sup> Volgens het GvEA is de gunningsbeslissing daarbij echter reeds voldoende gemotiveerd (controleerbaar) als de aanbesteder vermeldt welke procedure bij de beoordeling van de inschrijvingen is gevolgd, dat de winnaar is gekozen op basis van de economisch voordeligste inschrijving of de laagste prijs, en in hoeverre de aanbieding van de informatievrage inschrijver ten aanzien van de criteria over het geheel genomen beter of slechter was gerangschikt dan de winnende aanbieder.<sup>62</sup> Volgens Pijnacker Hordijk e.a. en Essers is deze invulling van de motiveringsplicht te beperkt en verdient zij geen navolging.<sup>63</sup> Verder dient bedacht te worden dat de aanbestedingsrechtelijke motiverings- en openbaarheidsplichten een aantal belangrijke grenzen kennen.<sup>64</sup> Zo mag een aanbesteder de informatie die hem door een deelnemer als vertrouwelijk is verstrekt, of die redelijkerwijze als zodanig kan worden aangemerkt, niet bekend maken (art. 41 lid 5 jo. art. 42 Bao, art. 50 lid 5 Bass, art. 3.31.9 ARW 2005).<sup>65</sup> Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan vertrouwelijke aspecten van aanbiedingen of aan fabrieks- of bedrijfsgeheimen. Ook is openbaarmaking niet vereist in zoverre dit de toepassing van de wet in de weg staat, in strijd is met de openbare orde, de rechtmatige commerciële belangen van ondernemingen kan schaden of afbreuk kan doen aan de eerlijke mededinging (art. 35 Bao, art. 41 Bao). Tot slot wijst Essers ook op de vrees bij sommige aanbestedende diensten om informatie prijs te geven die later in rechte tegen hen kan worden gebruikt.<sup>66</sup>

Vanuit bestuursrechtelijk perspectief is met name die kritiek die vanuit de aanbestedingsrechtelijke literatuur wordt geleverd op de motiveringsplicht interessant. Terwijl in het bestuursrecht de vraag of de afwijzing van een aanvraag in het kader van een vergelijkende toets van een vergelijkende motivering moet zijn voorzien nog niet is uitgekristalliseerd (zie § 3.3), is de aanbestedingsrechtelijke motiveringsplicht ten aanzien van de gunnings-

61 GvEA 8 mei 1996, zaak T-19/95, *Jur.* 1996, p. II-321 (*Adia interim*); GvEA 25 februari 2003, zaak T-183/00, *Jur.* 2003, p. II-135 (*Strabag*); GvEA 25 februari 2003, zaak T-4/01, *Jur.* 2003, p. II-171 (*Genco*).

62 GvEA 26 februari 2002, zaak T-169/00, *Jur.* 2002, p. II-2951 (*Esedra*); GvEA 25 februari 2003, zaak T-183/00, *Jur.* 2003, p. II-135 (*Strabag*). Zie Essers 2009, p. 458-459. In de toelichting bij het Bao en het Bass wordt door de regering naar de deze jurisprudentie verwezen, zie *Stb.* 2005, 408, p. 77 (NvT Bao); *Stb.* 2005, 409, p. 74 (NvT Bass).

63 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 524-525; Essers 2009, p. 459.

64 Essers 2009, p. 462.

65 Vgl. CBB 18 november 1998, *AB* 1999, 120, m.nt. JHvdV, waarin werd overwogen dat het bestuur een rechtsplicht zou hebben geschonden als het de eiser inzage in de aanvragen van derden had geboden, aangezien aanvragers van tevoren was toegezegd dat hun aanvragen vertrouwelijk zouden worden behandeld.

66 Essers 2009, p. 469.

beslissing duidelijk vergelijkend van aard. De aanbestedende dienst moet immers (mede) ingaan op de 'kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving'.

Het ligt voor de hand om te veronderstellen dat een dergelijke vergelijkende motiveringsplicht de afgewezen aanvrager meer nuttige en bruikbare informatie oplevert dan een niet-vergelijkende motiveringsplicht. Het aanbestedingsrecht leert echter dat dit niet per se het geval is. In het aanbestedingsrecht bestaat er veel discussie over de vraag tot in welk detail de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende aanbieder ten opzichte van de afgewezen aanbiedingen moeten worden toegelicht.<sup>67</sup> Een illustratief voorbeeld biedt een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag.<sup>68</sup> Daarin werd overwogen dat door het verstrekken van een scoreoverzicht met gemiddelde scores van de begunstigden, *in casu* niet was voldaan aan de plicht ex art. 41 Bao om de inschrijver op diens verzoek in kennis te stellen van de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving. Voor eiser waren, met het oog op de inschatting van de kansen in een eventueel kort geding, namelijk vooral de scores van de laagst begunstigde relevant. Als hij zou kunnen aantonen dat hij hoger had moeten scoren dan deze inschrijver, zou hij immers een sterke zaak hebben. Een redelijke uitleg van art. 41 Bao bracht volgens de voorzieningenrechter daarom met zich mee dat de aanbesteder gehouden was om ook deze scores te verstrekken. Deze uitspraak staat in sterk contrast met de bestuursrechtelijke jurisprudentie inzake scoreoverzichten, waarin nog discussie bestaat over de voorvraag of het bestuur een vergelijkend scoreoverzicht moet (kunnen) produceren.<sup>69</sup>

#### 4.3 *Processuele openbaarheid*

Op overheidsaanbestedingen die de gunning van een privaatrechtelijke overeenkomst tot inzet hebben, is het burgerlijk procesrecht van toepassing. Als vanouds gelden de beginselen van hoor en wederhoor en partij-autonomie daar als twee van de meest gewichtige beginselen. Het beginsel van partijautonomie houdt voornamelijk in dat partijen zelf de omvang van het geding bepalen. Tot op grote hoogte mogen zij daarbij zelf bepalen welke feiten zij voor de berechting van het geschil relevant achten en welke stukken zij in het geding brengen. Het beginsel van hoor en wederhoor houdt in dat het de rechter verboden is om kennis te nemen van mondelinge of schriftelijke inlichtingen van een van de partijen zonder dat de wederpartij gelegenheid krijgt zich daarover uit te laten en dat de rechter slechts mag beslissen aan de hand van stukken of inlichtingen waarvan partijen in het

67 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 523-529; Essers 2009, p. 458.

68 Vz. Rb. Den Haag 16 september 2008, LJN: BF3804. Vanwege het grote aantal zaken dat deze rechter behandelt, wordt de jurisprudentie van de Vz. Rechtbank Den Haag in de aanbestedingspraktijk als maatgevend gezien.

69 Zie hiervoor § 3.3.

geding hebben kunnen kennismaken en waarover zij zich hebben kunnen uitlaten.<sup>70</sup> Deze twee beginselen onderstrepen de autonomie van partijen. De laatste jaren geeft het burgerlijk procesrecht echter een ontwikkeling te zien waarin partijen meer en meer gehouden zijn om informatie te verstrekken en bescheiden over te leggen.<sup>71</sup> Opvallend genoeg, staat het leerstuk van geheimhouding van stukken in een procedure in het civiele recht volgens Vranken evenwel nog altijd ‘in de kinderschoenen’.<sup>72</sup>

Een voor de eiser in een aanbestedingsgeschil in potentie sterk middel om inzage te krijgen in de op de rangschikking betrekking hebbende stukken, is de bijzondere exhibitieplicht ex art. 843a Rv. Op grond van deze bepaling kan een belanghebbende – in en buiten rechte – inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorganger partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft (lid 1). Degene van wie deze bescheiden worden gevorderd hoeft niet aan deze vordering te voldoen als daarvoor gewichtige redenen zijn, als redelijkerwijze kan worden aangenomen een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd (lid 4), of als het gevorderde onder een geheimhoudingsplicht valt (lid 3).

In de praktijk is dit rechtsmiddel echter van weinig belang. Een belangrijke reden daarvoor is dat de tijd die gemoeid is met een behandeling van een vordering ex art. 843a Rv veelal een belemmering vormt, nu steeds meer aanbestedende diensten een vervaltermijn van 15 dagen hanteren voor het aanhangig maken van een kort geding tegen de gunningsbeslissing (na ommekomst van deze termijn wordt met de winnende inschrijver de overeenkomst gesloten).<sup>73</sup> Pijnacker Hordijk e.a. noemen de bijzondere exhibitieplicht dan ook een ‘in de regel weinig effectief middel’. In de civielrechtelijke literatuur en jurisprudentie heeft er bovendien lange tijd discussie bestaan over de uitleg van het element ‘aangaande een rechtsbetrekking’. In de lagere jurisprudentie over art. 843a Rv (oud) werd een restrictieve uitgelegd gehanteerd, in de zin dat zowel de eiser (de afgewezen gegadigde) als de houder van de gevorderde bescheiden (de aanbesteder) rechtstreeks als partij bij de desbetreffende bescheiden betrokken dienden te zijn.<sup>74</sup> Volgens deze lezing kan de eiser geen stukken vorderen die betrekking hebben op de inschrijving van derden. In de literatuur is echter een ruimere lezing verdedigd, op grond waarvan maatgevend is of de gevorderde

---

70 Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009, p. 7-11.

71 W.H.D. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 65-76.

72 Vranken onder HR 20 december 2002, AB 2004, 4. Ook zegt hij: ‘Het wordt tijd dat de wetenschap het onderwerp oppakt, liefst meteen ook intern rechtsvergelijkend met het strafrecht en het bestuursrecht’.

73 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 539.

74 *Idem*, p. 537.

bescheiden relevant zijn voor een rechtsbetrekking waarbij de eiser betrokken is.<sup>75</sup> Op grond van deze lezing kan de eiser wel stukken van derden vorderen.

Deze discussie doet sterk denken aan de bestuursrechtelijke discussie over de vraag of (toegewezen) aanvragen van derden en daarop betrekking hebbende stukken betrekking hebben op de zaak van een afgewezen aanvrager (zie § 3.3). Inmiddels lijkt zij beslecht. Volgens Pijnacker Hordijk e.a. wordt in de aanbestedingsrechtelijke lagere jurisprudentie nu althans de ruimere lezing gevolgd.<sup>76</sup> Wellicht zal het belang van het rechtsmiddel daardoor toenemen.

#### 4.5 *Tussenconclusie*

Hiervoor is de vergelijking getrokken tussen het bestuursrecht en het aanbestedingsrecht. Het blijkt dat het aanbestedingsrecht vergelijkbare problemen kent, maar andere oplossingen. Terwijl er voor de motivering van in subsidieverdeelprocedures toe- of afgewezen aanvragen in de regel alleen de algemene motiverings- en openbaarheidsplichten op basis van de Awb en de Wob gelden, kent het aanbestedingsrecht een stelsel van specifieke, op de aard van de rechtsbetrekking toegesneden motiverings- en openbaarheidsplichten. Volgens recente jurisprudentie kunnen afgewezen gegadigden bovendien inzage, afschrift of uitsnede vorderen van stukken betreffende de inschrijving van derden die zich onder de aanbestedende dienst bevinden (art. 843a BW). Ook kent het aanbestedingsrecht een vergelijkende motiveringsplicht. Om verschillende redenen blijken afgewezen gegadigden in de praktijk echter toch over onvoldoende informatie te beschikken om de gunningsbeslissing effectief aan te kunnen vechten.

Dit roept de vraag op welke lessen het bestuursrecht uit het aanbestedingsrecht kan trekken. Een eerste belangrijke les lijkt mij dat de vraag of een afgewezen aanvrager over voldoende bruikbare informatie kan beschikken om zijn afwijzing aan te vechten, minder afhankelijk is van de inhoud en strekking van de toepasselijke (bijzondere) motiverings- en openbaarheidsverplichtingen, dan van het aantal en de reikwijdte van de uitzonderingen daarop. De bestuursrechter zou hier rekening mee kunnen houden door de uitzonderingen op (processuele) openbaarheidsverplichtingen zoals vervat in art. 8:29 Awb en art. 10 Wob zo veel mogelijk restrictief uit te leggen.<sup>77</sup> Een ruime uitleg houdt daarentegen het gevaar in zich dat afgewezen aanvragers over onvoldoende informatie kunnen beschikken om afwijzingen effectief aan te vechten. Mogelijk herbergt een ruime uitleg zelfs het risico dat de uitzonderingsgronden uit art. 8:29 Awb en art. 10 Wob door bestuursorganen zullen

<sup>75</sup> Zie o.a. M. Barendrecht en W.A.J.P. van den Reek, 'Exhibitieplicht en bewijsbeslag', *WPNR* 1994 (6155), p. 739 e.v.

<sup>76</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 538.

<sup>77</sup> Vgl. de bijdrage van Jacobs en Den Ouden in deze bundel, p. 215.

worden aangegrepen om informatie achter te houden die in rechte tegen hen kan worden gebruikt.

Ten tweede onderstreept de praktijk van het aanbestedingsrecht de noodzaak om in geval van een vergelijkende toets een precieze invulling te geven aan de motiveringsplicht. Het aanbestedingsrecht laat namelijk zien dat niet iedere vergelijkende motiveringsplicht de afgewezen aanvrager nuttige en bruikbare informatie verschaft. Dit hangt af van welke invulling eraan wordt gegeven. Als de bestuursrechter er toe overgaat de motiveringsplicht in geval van vergelijkende toets in te vullen als een vergelijkende motiveringsplicht, dan zal goed nagedacht moeten worden over de vraag welke informatie het bestuur de afgewezen aanvrager precies moet verschaffen over de andere (toegewezen) aanvragen. Kan het bestuur bijvoorbeeld volstaan met de gemiddelde scores van de andere aanvragers of dient het in plaats daarvan de scores van de laagst begunstigde(n) bekend te maken? Op termijn zouden in de verschillende subsidiekaderwetten specifieke motiveringsplichten kunnen worden opgenomen, vergelijkbaar met de motiveringsplichten uit het Bao, Bass en ARW 2005. Van groter belang lijkt mij echter dat de partijtoegang tot dossierstukken niet beperkt blijft tot het strikt noodzakelijke. Dossierstukken leveren partijen in veel gevallen de meest bruikbare en objectieve informatie op. Afgewezen aanvragers dienen daarom inzage te (kunnen) krijgen in alle voor hun zaak relevante documenten, zo nodig ook tot aanvragen van derden of daarop betrekking hebbende stukken.

## 5 PROCESSUELE OPENBAARHEID BIJ GESCHILLEN OVER VERDEELPROCEDURES IN EUROPEESRECHTELIJK PERSPECTIEF

### 5.1 *Overzicht*

In het voorgaande is gekeken naar de toegang tot de op de zaak betrekking hebbende stukken en de motiveringsplicht bij geschillen over subsidieverdeelprocedures en is op die punten de vergelijking getrokken met het aanbestedingsrecht. Daarbij heb ik een hoofdzakelijk nationaalrechtelijk perspectief gehanteerd. In deze paragraaf sta ik kort stil bij de mogelijke implicaties van het EU-recht voor de toegang tot de op de zaak betrekking hebbende stukken. Daartoe ga ik eerst in op het Europeesrechtelijke verdedigingsbeginsel en het daaruit voortvloeiende recht op inzage in het dossier (§ 5.2). Vervolgens ga ik in op het recht op geheimhouding van zakengeheimen en andere vertrouwelijke documenten (§ 5.3). In dat verband sta ik ook stil bij het Varc-arrest, dat recentelijk uitgebreid aandacht heeft gekregen in zowel de bestuursrechtelijke als de aanbestedingsrechtelijke literatuur.<sup>78</sup>

<sup>78</sup> T. Barkhuysen, 'De inbedding van Europese procesrechtelijke normen in nationale procedures waarbij de overheid betrokken is', in: M.V. Polak, T. Barkhuysen (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen*



## 5.2 *Het verdedigingsbeginsel en het recht op inzage in het dossier*

Het recht op inzage in het dossier is in het EU-recht tot ontwikkeling gekomen als onderdeel van het verdedigingsbeginsel.<sup>79</sup> Dit beginsel verlangt dat adressanten van bezwarende overheidsbesluiten en -handelingen in staat worden gesteld hun standpunt over de daaraan ten grondslag liggende feiten en omstandigheden genoegzaam kenbaar te maken.<sup>80</sup> In de optiek van het HvJEU hangt het recht op inzage in het dossier nauw samen met het recht om zijn standpunt naar voren te brengen. Het Hof ziet de toegang tot het dossier als één van de procedurele waarborgen ter bescherming van de rechten van verdediging, in bijzonder ter verzekering van de daadwerkelijke uitoefening van het recht te worden gehoord.<sup>81</sup> De gedachte hierachter is dat het recht om zijn standpunt naar voren te brengen weinig voorstelt, indien men geen toegang heeft tot de documenten en gegevens waarover de Commissie (of een andere EU-instelling) beschikt en waarop deze het nemen van een bepaalde belastende maatregel baseert.<sup>82</sup>

Het verdedigingsbeginsel kent een ruim toepassingsbereik. Anders dan in Nederland, kan er al een beroep op worden gedaan in de administratieve procedure die voorafgaat aan het nemen van het belastende besluit.<sup>83</sup> Volgens vaste jurisprudentie moet het verdedigingsbeginsel worden beschouwd als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij gebreke van enig specifiek voorschrift in acht moet worden genomen.<sup>84</sup> Het beginsel heeft ook een plaats gekregen in artikel 41 lid 2 van het tegenwoordig bindende EU-grondrechtenhandvest. Verder geldt het beginsel niet alleen voor de EU-instellingen, maar ook voor de nationale autoriteiten wanneer zij EU-recht uitvoeren.<sup>85</sup>

Zoals gezegd is het verdedigingsbeginsel alleen van toepassing als er sprake is van belastend overheidsoptreden. Dit is bij de afwijzing van een subsidieaanvraag niet snel het geval.<sup>86</sup> Niettemin is het toch interessant om de Europeesrechtelijke en bestuursrechtelijke juris-

---

*in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010; P. Kreijger, 'De procesrechtelijke inbedding van *Varec/België*', *Tijdschrift voor Aanbesteding* 2008, p. 148 e.v.

79 Dit beginsel is voor het eerst erkend in HvJEU 23 oktober 1974, zaak 17/74, *Jur.* 1974, p. 1063, r.o. 15 (*Transocean Marine Paint Association*).

80 HvJEU 10 juli 2001, zaak C-315/99P, *Jur.* 2001, p. I-5281 (*Isméri*); HvJEU 15 juni 2006, zaak C-28/05, AB 2006, 390, m.nt. Widdershoven (*Dokter*).

81 GvEA 18 december 1992, gev. zaken T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, *Jur.* 1992, p. II-2667, r.o. 38 (*Cimenteries CBR SA e.a.*).

82 Vgl. M.P. Gerrits-Janssens, 'Het verdedigingsbeginsel en de Mededingingswet', *NTB* 1998, p. 191.

83 HvJEU 13 februari 1979, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-La Roche*). In Nederland wordt het verdedigingsbeginsel in de besluitvormingsfase namelijk niet erkend. Het horen van aanvragers geschiedt niet met het oog op de rechten van verdediging, maar enkel ten behoeve van een zorgvuldige voorbereiding van het te nemen besluit. Zie R.J.G.M. Widdershoven en M.J.M. Verhoeven, *De Europese agenda van de Awb* (derde evaluatie Awb), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 81-83.

84 HvJEU 24 oktober 1996, zaak C-32/95P, *Jur.* 1996, p. I-5373, r.o. 42 (*Lisrestal*).

85 HvJEU 15 juni 2006, zaak C-28/05 (*Dokter*).

86 Mogelijk is dit wel het geval als de afwijzing de beëindiging van een langdurige subsidierelatie markeert.

prudentie over de toegang tot documenten met elkaar te vergelijken. In de hoofdzakelijk mededingingsrechtelijke jurisprudentie waarin het verdedigingsbeginsel nader is uitgewerkt, is er namelijk regelmatig sprake van verschillende partijen met tegenstrijdige belangen. In zoverre vertonen deze casus verwantschap met geschillen over verdeelprocedures, waarin de belangen van afgewezen en begunstigde gegadigden ook regelmatig met elkaar conflicteren. Met het oog op de vergelijking, ga ik hierna eerst kort in op de vraag wat op grond van het verdedigingsbeginsel de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ zijn.

Volgens het Hof is er sprake van een schending van het verdedigingsbeginsel, zodra vaststaat dat de niet-overlegging van bepaalde stukken het procesverloop en de inhoud van de beschikking ten nadele van die partij heeft kunnen beïnvloeden.<sup>87</sup> Of hiervan sprake is, wordt van geval tot geval onderzocht.<sup>88</sup> Zulks geldt ook voor de vraag of een stuk dat afkomstig is van een derde of informatie over deze partij bevat, betrekking heeft op de zaak van eiser. In een zaak betreffende een geschil tussen de Commissie en verschillende partijen die ervan werden beschuldigd mededingingsbeperkende afspraken te hebben gemaakt, overwoog het GvEA dat het antwoord van de andere partijen op de zogenaamde ‘mededeling van punten van bezwaar’ waarmee iedere inbreukprocedure wordt ingeleid, in beginsel niet behoort tot de stukken van het onderzoeksdossier die partijen kunnen inzien. Indien de Commissie een passage uit een mededeling van punten van bezwaar als basis wil gebruiken om het bestaan van een inbreuk vast te stellen, moeten de andere partijen in die procedure evenwel in staat worden gesteld zich over dat bewijsstuk uit te spreken. In die omstandigheden is de betrokken passage immers een belastend stuk voor de verschillende partijen die aan de inbreuk zouden hebben deelgenomen.<sup>89</sup> Deze casuïstische benadering doet denken aan de benadering die de Nederlandse bestuursrechter lijkt te volgen bij de beoordeling of een bepaald document een ‘op de zaak betrekking hebbend stuk’ is.<sup>90</sup>

### 5.3 *Het recht op geheimhouding van zakengeheimen en het Varec-arrest*

Keerzijde van het recht op toegang tot de op de zaak betrekking hebbende stukken, is het recht op geheimhouding van verschaft informatie. Volgens het HvJEU vormt ook het recht van ondernemingen op bescherming van hun zakengeheimen een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.<sup>91</sup> De Commissie heeft dit beginsel nader uitgewerkt in een Mededeling inzake de interne procedureregels voor de behandeling van verzoeken om toegang tot een dossier in geval van een procedure ex art. 85 en 86 van het toenmalige EG-

<sup>87</sup> GvEA 29 juni 1995, zaak T-36/91, *Jur.* 1995, p. II-1847, r.o. 78 (*ICI*).

<sup>88</sup> Gerrits-Janssens 1998, p. 192.

<sup>89</sup> GvEA 30 september 2009, zaak T-161/05, r.o. 163-164 (*Hoechst*).

<sup>90</sup> Zie hiervoor § 3.3.

<sup>91</sup> HvJEU 24 juni 1986, zaak 53/85, *Jur.* 1986, p. 1965, r.o. 28 (*Akzo I*).

verdrag.<sup>92</sup> Volgens deze Mededeling zijn zakengeheimen gegevens (documenten of delen daarvan) ten aanzien waarvan een onderneming om bescherming als ‘zakengeheim’ heeft gevraagd en welke door de Commissie als zodanig worden erkend. Volgens Gerrits-Janssens is een exacte omschrijving van het begrip zakengeheimen niet te geven en is de Commissie in iedere procedure genoodzaakt om te zoeken naar een goed evenwicht tussen het recht op bescherming van zakengeheimen en het verdedigingsbeginsel.<sup>93</sup> Ook hier wordt dus een casuïstische benadering gevolgd.

Een in het kader van dit artikel relevante uitspraak over het recht op bescherming van zakengeheimen, is het Varec-arrest.<sup>94</sup> In dit arrest geeft het Hof antwoord op de prejudiciële vraag of een beroepsinstantie uitspraak mag doen op basis van stukken die voor de eisende partij (maar niet voor de rechter) geheim zijn gehouden, ter bescherming van vertrouwelijke informatie van derden. Deze vraag was gerezen in een aanbestedingsgeschil tussen de fabrikant Varec en de Belgische Staat. Tijdens de gerechtelijke procedure was discussie ontstaan over de vraag of bepaalde vertrouwelijke plannen van concurrent Diehl buiten het aan de rechter gezonden dossier mochten worden gehouden. Het Hof antwoordde dat beroepsinstanties de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen moeten waarborgen met betrekking tot informatie die is vervat in de door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende dienst, aan haar overlegde dossiers, ook al kan zij zelf van deze informatie kennisnemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het staat aan deze instantie om te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en, het geval van een beroep bij de rechter of bij een instantie die een gerecht is in de zin van art. 234 EG, met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt (r.o. 55).

Van bijzonder belang is de overweging van het Hof dat de beroepsinstantie ‘noodzakelijkerwijs [moet] kunnen beschikken over de informatie, daaronder begrepen de vertrouwelijke informatie en de zakengeheimen, die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen’ (r.o. 53).<sup>95</sup> Deze overweging kan op twee manieren van (mogelijke) betekenis zijn voor het bestuursrecht. Ten eerste meen ik dat deze overweging een argument vormt voor een ruime uitleg van het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’. Een (te) beperkte uitleg herbergt het risico in zich dat stukken waarvan de rechter kennis moet nemen om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen, buiten het procesdossier blijven.<sup>96</sup> Ten tweede staat deze overweging op gespannen voet met het

92 *PbEG* 1997 C23/3.

93 Gerrits-Janssens, p. 192.

94 HvJEU 14 februari 2008, *AB* 2008, 341, m.nt. Widdershoven.

95 Het Hof verwijst daarbij naar de telecomunicatierechtelijke zaak C-438/04, Jur. 2006, p. I-6675 (*Mobistar*).

96 Vgl. de beperkte uitleg uit ABRvS 10 december 2008, *LJN*: BG6429, hiervoor besproken in § 3.2.

toestemmingsvereiste ex art. 8:29 lid 5 Awb.<sup>97</sup> Op grond van dit vereiste moet de partij voor wie informatie geheim wordt gehouden, de rechter toestemming verlenen om mede op basis van die informatie uitspraak te doen. Wordt de toestemming geweigerd, dan moet de zaak naar een andere kamer worden verwezen, die geen kennis heeft genomen van de vertrouwelijke informatie (art. 8:29 lid 4 Awb).<sup>98</sup> Ook dan kan een situatie ontstaan waarin de bestuursrechter niet beschikt over alle informatie die nodig is om met volledige kennis van zaken uitspraak te doen.

Gelet op de mogelijke implicaties van het Varec-arrest, is het een interessante vraag of de door het Hof geformuleerde eis dat de rechter over alle informatie moet kunnen beschikken die noodzakelijk is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen, behalve in het aanbestedingsrecht, ook van toepassing is op andere door het EU-recht gereguleerde terreinen.<sup>99</sup> Afgezien van het Telecommunicatierecht, is dit volgens Widdershoven vanwege de sectorspecifieke formulering van de eis minder duidelijk. Uiteraard staat het de bestuursrechter in zaken over schaarse subsidies vrij om bij wege van ‘vrijwillige adoptie’ toepassing te geven aan het Varec-arrest.<sup>100</sup> Naar mijn mening zou met name een ruime uitleg van het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ een passende wijze zijn om in zaken over schaarse subsidies gehoor te geven aan de eis dat de bestuursrechter moet beschikken over alle informatie die nodig is om met volledige kennis van zaken uitspraak te doen.

#### 5.4 *Tussenconclusie*

In deze paragraaf is gekeken naar de mogelijke implicaties van het EU-recht voor toegang tot de op de zaak betrekking hebbende stukken. Het blijkt dat deze implicaties over het algemeen gering zijn. Ter bepaling van de vraag in welke stukken inzage moet worden geboden, volgen het HvJEU en het GvEA een benadering die vergelijkbaar is met de casuïstische benadering die de Nederlandse bestuursrechter lijkt te volgen. Van groter belang is het Varec-arrest, waarin het HvJEU een uitwerking van het recht op bescherming van zakengeheimen heeft gegeven die op tweeërlei wijze van betekenis kan zijn voor het bestuursrecht. Ten eerste pleit dit arrest voor een ruime uitleg van het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’. Ten tweede kan op basis van dit arrest worden betoogd dat toepassing van het toestemmingsvereiste ex art. 8:29 lid 5 Awb er niet toe mag leiden dat de beroepsinstantie informatie wordt onthouden die noodzakelijkerwijs vereist is om met

---

97 T. Barkhuysen, ‘De inbedding van Europese procesrechtelijke normen in nationale procedures waarbij de overheid betrokken is’, in: Barkhuysen 2010; Widdershoven onder AB 2008, 341.

98 Zie hiervoor § 2.

99 De verdeling van sommige subsidies (bijv. ESF-subsidies) wordt mede door het EU-recht gereguleerd.

100 Vgl. Widdershoven in zijn noot onder het arrest (AB 2008, 441).

volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen, zelfs als deze informatie (bedrijfs)vertrouwelijk is.

## 6 CONCLUSIE

Als een aanvraag voor een schaarse subsidie ‘onder de streep’ wordt gerangschikt en afgewezen, is het voor de afgewezen aanvrager van belang dat hij in voldoende mate toegang krijgt tot de op de (totstandkoming van) de rangorde betrekking hebbende stukken en dat de beslissing op zijn aanvraag draagkrachtig is gemotiveerd. Als niet aan deze basale voorwaarden is voldaan, kan er geen sprake zijn van effectieve rechtsbescherming. Tegen deze achtergrond is in dit artikel onderzocht hoe de bestuursrechter in geschillen over tenderprocedures de Awb- en Wob-bepalingen inzake (processuele) openbaarheid en de motiveringsplicht uitlegt. Op deze punten is ook de vergelijking getrokken met het overheidsaanbestedingsrecht en met het Europees recht (meer specifiek: het Europeesrechtelijke verdedigingsbeginsel).

Zowel voor wat betreft (processuele) openbaarheid, als voor de motiveringsplicht blijkt de jurisprudentie van de bestuursrechter niet (helemaal) te zijn uitgekristalliseerd. Bij de toepassing van het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ volgt de bestuursrechter (gelijk het HvJEU) een casuïstische benadering. De algemene lijn in de bestuursrechtelijke jurisprudentie lijkt te zijn dat alleen stukken die met het oog op de controle op de uitvoering van een verdeelprocedure van wezenlijk belang zijn, tot de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ behoren. Of onder ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ ook stukken van derden moeten worden begrepen, lijkt af te hangen van de beoordelingsmethodiek van de verdeelprocedure in kwestie. Alleen als aanvragen relatief worden beoordeeld, hebben stukken van derden betrekking op een afgewezen aanvraag. Nauw verwant aan deze laatste kwestie is de vraag in hoeverre het bestuur de afwijzing van een ‘onder de streep’ gerangschikte aanvraag van een ‘vergelijkende motivering’ moet voorzien. Op dit punt loopt de jurisprudentie uiteen. Ook hier lijkt het onderscheid tussen individuele en relatieve beoordeling van aanvragen een rol te spelen. Het CBB meent dat een vergelijkende motivering in het eerste geval te ver voert. Is een stuk eenmaal aangemerkt als op de zaak betrekking hebbend, dan lijkt de bestuursrechter een beroep op ‘gewichtige redenen’ niet snel (volledig) te honoreren, ook niet als het gaat om een vertrouwelijk stuk afkomstig van een derde. De controleerbaarheid van de besluitvorming staat dan voorop.

Al met al legt de bestuursrechter zowel het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ als het begrip ‘gewichtige redenen’ beperkt uit. De benadering van de bestuursrechter verschilt daarmee van de benadering van de Hoge Raad, die het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ aanmerkelijk ruimer uitlegt. Ik meen dat deze laatste, meer ruime benadering de voorkeur verdient. Met het oog op de rechtsbescherming van de

verliezers van een verdeelprocedure, is het van belang dat afgewezen aanvragers inzage (kunnen) krijgen in alle voor hun zaak relevante stukken, zo nodig ook in aanvragen van derden of daarop betrekking hebbende documenten. Dossierstukken vormen meestal namelijk de meest betrouwbare en objectieve bron van informatie. Interessant in dit verband is dat het HvJEU in het Varec-arrest heeft overwogen dat (ook) de rechter ‘noodzakelijkerwijs [moet] kunnen beschikken over de informatie, daaronder begrepen de vertrouwelijke informatie en de zakengeheimen, die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen’. Aangezien het procesdossier alle ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ dient te bevatten, brengt een restrictieve uitleg van dit begrip het risico met zich mee dat de rechter over te weinig informatie kan beschikken.

In deze bijdrage is niet alleen naar het bestuursrecht gekeken, maar is ook de vergelijking getrokken met het aanbestedingsrecht. Het blijkt dat het aanbestedingsrecht vergelijkbare problemen kent, maar andere oplossingen. De vraag rijst, wat het bestuursrecht van het aanbestedingsrecht kan leren. Met de processuele positie van de verliezer van een verdeelprocedure lijkt het in het aanbestedingsrecht namelijk niet (heel) veel beter gesteld dan in het bestuursrecht. Alle aanbestedingsrechtelijke motiverings- en openbaarheidsverplichtingen ten spijt, blijkt de afgewezen inschrijver in de praktijk niet altijd over voldoende informatie te kunnen beschikken om de gunning van de opdracht aan een concurrent effectief te kunnen betwisten.

Toch kan het bestuursrecht naar mijn mening op één punt lering trekken uit het aanbestedingsrecht. Het aanbestedingsrecht kent ten aanzien van de gunningsbeslissing een vergelijkende motiveringsplicht. Het bestuursrecht zou hierbij aansluiting moeten zoeken. Het bestuur zou zich in de motivering van een afwijzingsbeschikking niet moeten beperken tot de gronden voor de afwijzing, maar zou ook verplicht moeten worden om relevante en bruikbare informatie te verschaffen over de winnende aanvraag of aanvragen. Dit alles met het oog op de controleerbaarheid van de besluitvorming in het kader van een verdeelprocedure. Van een vergelijkende motiveringsplicht moeten geen wonderen worden verwacht. De ervaringen in het aanbestedingsrecht suggereren dat althans. De reden dat ik toch voor verruiming van de motiveringsplicht pleit, is dat ik meen dat de aard van een verdeelprocedure hiertoe noopt. Aangezien de toewijzing van de ‘boven de streep’ gerangschikte aanvragen de afwijzing van de ‘onder de streep’ gerangschikte aanvragen impliceert, valt niet goed te verdedigen dat het bestuur bij de afwijzing van een ‘onder de streep’ gerangschikte aanvraag, geen enkele informatie over de ‘boven de streep’ gerangschikte aanvragen zou hoeven te verschaffen.

Als het bestuursrecht zou kiezen voor een vergelijkende motiveringsplicht, zal wel goed moeten worden nagedacht over de precieze invulling hiervan. Voor de verliezer van een verdeelprocedure is namelijk niet alle informatie over de winnende aanvraag of aanvragen even relevant of behulpzaam. Ook zal rekening moeten worden gehouden met de noodzaak om vertrouwelijke informatie over derden te beschermen. Daarbij kan de bestuursrechter

15 *RECHTSBESCHERMING BIJ DE VERDELING VAN SCHAARSE SUBSIDIES: MOTIVERING EN  
(PROCESSUELE) OPENBAARHEID*

inspiratie ontleen aan de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie, waarin veel discussie bestaat over de vraag tot in welk detail de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende aanbidding ten opzichte van de afgewezen aanbiddingen moeten worden toegelicht.