

Memo van de gedeputeerde

W.F.C. van Pinxteren

Gedeputeerde Vrije Tijd, Cultuur, Sport, Bestuur en Veiligheid

Onderwerp

adviezen inzake behandeling van 8 bezwaren tegen afwijzing van de subsidie professionele kunsten 2021-2024

Datum

15 februari 2021

Documentnummer

4836052

Aan

Provinciale Staten van
Noord-Brabant

Kopie aan

Van

Telefoon

Email

wypinxteren@brabant.nl

Bijlage(n)

9

Geachte Statenleden,

Met deze memo stuur ik u de adviezen toe die de Hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaar- en beroepschriften heeft uitgebracht inzake 8 bezwaren tegen de afwijzing van een subsidieverzoek inzake professionele kunsten 2021-2024. Toezending van deze stukken heb ik eerder aangekondigd in de statenmededeling van 4 februari jl. en de beantwoording van de schriftelijke vragen van CDA en van PvdA, D66 en GroenLinks op dezelfde datum.

De bezwaarmakers hebben toestemming gegeven om deze adviezen naar u te sturen. Eén van de bezwaarmakers heeft gevraagd om dit geanonimiseerd te doen. U vindt de adviezen over de 8 bezwaren in de bijlagen bij deze memo.

Met vriendelijke groet,

W.F.C. van Pinxteren

Hoor- en adviescommissie

Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant
Postbus 90151
5200 MC 'S-HERTOGENBOSCH

Brabantlaan 1
Postbus 90151
5200 MC 's-Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 28 12
Fax (073) 680 76 80
www.brabant.nl
IBAN NL86INGB0674560043

Bereikbaarheid
openbaar vervoer en fiets:
www.brabant.nl/route

Onderwerp

Advies inzake het bezwaar tegen het besluit van 19 juni 2020 tot weigering van de gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024

Geacht college,

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten Noord-Brabant (hierna telkens: de bezwarencommissie) deelt u het volgende mee.

Tegen uw besluit van 19 juni 2020, met kenmerk C2258481/4656603, tot weigering van de door Stichting Huis der Kunsten Breda/ Podium Bloos gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024, is een bezwaarschrift ingediend door:

- J. Hageman, namens Stichting Huis der Kunsten Breda/ Podium Bloos, Speelhuyslaan 151, 4815 CD te Breda (hierna: bezwaarmaakster).

Nadere stukken

Partijen hebben overeenkomstig artikel 7:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de gelegenheid gehad om nadere stukken in te dienen. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt door de vertegenwoordiger van uw college, door op 25 november 2020 een e-mailbericht in te dienen. De bezwarencommissie heeft het e-mailbericht van 25 november 2020 niet betrokken in haar advisering, omdat het e-mailbericht na afloop van de hoorzitting is ontvangen. Uw college dient het e-mailbericht, waaruit een gewijzigd inzicht volgt, te betrekken bij de te nemen beslissing op bezwaar.

Hoorzitting

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten tijdens de op 9 november 2020 gehouden online hoorzitting. Hiervan is gebruik gemaakt namens bezwaarmaakster en door een vertegenwoordiging van uw college. Van hetgeen aan de orde is geweest op de hoorzitting is een verslag gemaakt dat u ook in de bijlage aantreft.

Datum

3 december 2020

Zaaknummer

BZW.20.126.001

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Uw kenmerk

C2269673

Contact

[REDACTED]

Telefoon

[REDACTED]

Email

bezwaar@brabant.nl

Bijlage(n)

Verslag

Ontvankelijkheid

Uw besluit is op 19 juni 2020 bekendgemaakt door toezending aan belanghebbende(n). Op grond van de artikelen 6:7 en 6:8 van de Awb kon een bezwaarschrift uiterlijk op 31 juli 2020 worden ingediend. Het bezwaarschrift is binnen de gestelde termijn ingediend en voldoet verder aan alle gestelde ontvankelijkheidseisen.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Procesverloop

Op 24 januari 2020 heeft bezwaarmaakster een aanvraag om subsidie ingediend voor de activiteiten in 2021-2024 in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, Professionele kunsten 2021-2024 (hierna te noemen: de Subsidieregeling).

De aanvraag is ingediend voor 'overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten'. In artikel 1.10 van de Subsidieregeling is het subsidieplafond voor de aanvraagperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020 vastgesteld op € 11.126.835.

De aanvraag is krachtens artikel 1.13 van de Subsidieregeling ter advisering over artikel 1.6 en artikel 1.12 voorgelegd aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna telkens te noemen: de Adviescommissie).

De Adviescommissie is ingesteld om deskundigheid, kennis en objectiviteit te borgen. De Adviescommissie bestaat uit vijftien leden en een voorzitter die samen beschikken over een brede kennis en kundigheid over het culturele veld in Noord-Brabant en daarbuiten.

De Adviescommissie heeft alle aanvragen beoordeeld en van een advies voorzien. Op basis van de verdeelcriteria uit artikel 1.12 van de Subsidieregeling zijn punten toegekend waardoor een rangschikking van de aanvragen tot stand is gekomen. De Adviescommissie heeft haar advies, inclusief de bijbehorende beoordeling, toegezonden aan uw college.

Uw college heeft besloten de adviezen en de hieruit voortvloeiende rangschikking van de Adviescommissie ten aanzien van de subsidieaanvragen over te nemen. Het beschikbare subsidiebudget is in de volgorde van de rangschikking verdeeld over de aanvragen die volledig gehonoreerd konden worden. Dat waren de aanvragen met totaalscores van 278 punten en hoger, waarmee het subsidieplafond werd bereikt.

In het bestreden besluit van 19 juni 2020 is de aanvraag, met toepassing van de vergewisplicht als bedoeld in de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie waarin aan de aanvraag een totaalscore van 275 punten is toegekend, geweigerd. De grondslag van

het besluit berust op artikel 4:25, tweede lid, van de Awb, aangezien het subsidieplafond van de Subsidieregeling reeds was bereikt.

Tegen dit besluit is het onderhavige bezwaar ingediend.

Ons kenmerk
C2269672/4782802

Naar aanleiding van het bezwaar heeft de Adviescommissie op verzoek van uw college op 5 oktober 2020 een nader advies uitgebracht.

Gronden van bezwaar

Bezwaarmaakster brengt, zakelijk samengevat, het volgende naar voren.

1. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "hoge artistiek inhoudelijke kwaliteit" ten onrechte (slechts) 75 punten toegekend. Het advies is onjuist op het volgende punt.

De Adviescommissie maakt een opmerking in haar advies dat ze veel potentie ziet in twee specifiek op jongeren gerichte festivals die bezwaarmaakster voor ogen heeft. Bezwaarmaakster kent echter maar één specifiek op jongeren gericht festival, te weten festival 39graden, dat gedurende de 10 jaar van zijn bestaan zijn potentie al heeft bewezen. Het andere festival waar wellicht aan wordt gerefereerd is het Live Art festival Breda. Ook dit festival bestaat al 3 jaar en heeft zichzelf al bewezen. Van potentie kan dan ook niet worden gesproken. Dit gegeven is onvoldoende gewogen in het uitgebrachte advies.

2. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "hoge zakelijke kwaliteit" ten onrechte (slechts) 70 punten toegekend. Het advies is onjuist op het volgende punt.

Bezwaarmaakster bestrijdt de opmerking van de Adviescommissie dat zij geen verklaring kan vinden voor het feit dat een groot gedeelte van de bezoekersaantallen onbetaalde bezoeken lijken te zijn. De verklaring hiervoor is letterlijk terug te vinden in de toelichting op de begroting, waarin expliciet een onderbouwing wordt gegeven. Verwezen wordt naar een passage op p. 2 van de Meerjarenbegroting.

3. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "publiekswerking/doelgroep" ten onrechte (slechts) 60 punten toegekend. Het advies is onjuist op de volgende punten.

a. Ten onrechte merkt de Adviescommissie op dat een marketingbureau zal worden ingeschakeld. Bezwaarmaakster heeft daar nergens in de tekst op gewezen. Zij heeft wel een eigen marketing- en communicatiemedewerker aangetrokken, die een plan gaat maken om het nieuwe publiek en de maatschappelijke en zakelijke partners nadrukkelijk te binden.

b. De Adviescommissie onderbouwt onvoldoende waarom het niet aanneemelijk is dat een breed publiek zal worden aangetrokken. De opmerkingen in het advies zijn vrijblijvend en niet beargumenteerd.

4. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "evenwichtige culturele infrastructuur" ten onrechte (slechts) 70 punten toegekend. Het advies is onjuist op het volgende punt.

De Adviescommissie maakt niet duidelijk waarom zij op 'ruim voldoende' uitkomt, terwijl de waardering in de eerdere beoordeling (2017 - 2020) als 'zeer goed' is aangemerkt. De huidige Adviescommissie maakt onvoldoende duidelijk waarom dit nu anders is en doet daarmee geen recht aan de aanvraag en vorige honorering. De afgelopen vier jaar is immers naast de professioneel-artistieke doorontwikkeling, ook nadrukkelijk werk gemaakt van een stevige bijdrage aan het versterken van het bredere culturele ecosysteem. Er is sprake van een duidelijk en door velen herkende positie in het Brabantse culturele landschap. De Adviescommissie geeft er met haar oordeel blijk van dat ze dat specifieke aspect van onze unieke Brabantse benadering en deelname aan het culturele ecosysteem onvoldoende heeft gewogen.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Wettelijk kader

Het wettelijk kader wordt gevormd door de Awb, de Subsidieregeling en het Reglement Adviescommissie Brabantstad Cultuur (hierna: Reglement Adviescommissie). De relevante bepalingen zijn opgenomen in de bijlage bij dit advies.

Uitgangspunten voor de beoordeling

I. De vergewisplicht van uw college

De bezwarencommissie stelt voorop dat uw college bij het verlenen van subsidie op grond van de Subsidieregeling en bij de invulling van de daarin neergelegde vereisten beleidsruimte toekomt. Uw college heeft tevens beoordelingsruimte bij de waardering van de aanvragen.

De bezwarencommissie ziet zich voor de beantwoording van de vraag geplaatst of uw college in redelijkheid tot het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag heeft kunnen komen. Daarbij betreft de bezwarencommissie de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure en de inzichtelijkheid, transparantie en deugdelijkheid van de motivering van het besluit, met inbegrip van het daaraan ten grondslag liggende advies van uw Adviescommissie.

Het toepasselijke wettelijke kader wordt gevormd door de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb. Vooropgesteld moet worden dat uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb volgt dat een bestuursorgaan dat gebruik maakt van een adviescommissie zich ervan dient te vergewissen dat het door de adviescommissie verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Deze vergewisplicht is tweeledig:

- a) de door de *adviseurs* gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en
- b) het *advies* moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.

Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het besluit en kan het bestuursorgaan in het besluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. Voorts volgt uit artikel 3:8 van de Awb dat in of bij het besluit de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht.

Ad I.A. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt dat, indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag hebben gelegen en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een aanvraag van dat advies mag uitgaan, tenzij er concrete aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die zorgen voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies, de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan (met inbegrip van de hoedanigheid van de adviseurs), de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of het aansluiten van de conclusies daarop. Vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100 en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) van 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3876.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

In dat geval mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Zo nodig vraagt het bestuursorgaan een adviescommissie een reactie op wat de belanghebbende over het advies heeft aangevoerd en stelt het de adviseurs nadere vragen. Vergelijk de uitspraken van de ABRvS van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2388 en ABRvS van 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2227.

Ad I.B. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens het tot stand is gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van het advies is gevolgd. De inhoud van het advies moet concludent zijn. In een tenderverdeelpprocedure moet het advies inzicht bieden in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen en een 'passende verantwoording' bevatten over het verband tussen de deskundigenoordelen en de beoordelingscriteria. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn: puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen daarover moeten beschikbaar zijn. De motivering kan na bezwaar worden aangevuld, maar dan moet de nadere toelichting zijn geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de adviescommissie zijn voorgelegd. Vergelijk de uitspraken van CBB van 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, van 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297 en van 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:300, alsmede de uitspraken van de ABRvS van 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2676 en van 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naast het wettelijke kader is minstens zo belangrijk de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechtters ter zake van de rechtsbescherming bij de verdeling van subsidies via de tendersystematiek.

Uit de uitspraak van de ABRvS van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera) volgt dat ook in de tenderverdelingsystematiek *effectieve rechtsbescherming* moet worden geboden aan alle aanvragers. Voor een aanvrager die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond reeds eerder is bereikt, houdt effectieve rechtsbescherming in dat hij zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals ook hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die andere aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de *eigen* aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering.

De motivering van de afwijzing van de *eigen* aanvraag moet ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Alleen dan kan immers in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld. Zie over de vergelijkende motiveringsplicht ook de uitspraak van de ABRvS van 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1597.

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt (of beroep instelt) tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaantastbaar zijn geworden.

Uit wat hiervoor is overwogen, volgt naar het oordeel van de ABRvS (in dezelfde uitspraak) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en diensgevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te

krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd. Vergelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958 (ro. 8 en 9).

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Beoordeling bezwarencommissie

De bezwarencommissie overweegt ten eerste dat in de Subsidieregeling is opgenomen dat subsidieaanvragen worden voorgelegd aan de Adviescommissie, waarmee de toepasselijkheid van afdeling 3.3 van de Awb is gegeven. De Adviescommissie heeft zich bij haar advisering gebaseerd op de door bezwaarmaakster ingediende aanvraag.

Uw college heeft bij bestreden besluit geoordeeld, met inachtneming van de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, dat het advies van de Adviescommissie *zowel procedureel als inhoudelijk* dermate (voldoende) inzichtelijk, concludent en overtuigend is, dat die advisering het bestreden besluit kan dragen.

Naar het oordeel van de bezwarencommissie heeft uw college zich gegeven de omstandigheden van dit concrete geval echter niet *zonder meer* op dat standpunt kunnen stellen. Naar het oordeel van de bezwarencommissie heeft uw college een besluit genomen dat in strijd met artikel 3:46 van de Awb een deugdelijke motivering ontbeert. De bezwarencommissie licht dat toe.

Ad I. De vergewisplicht van uw college

Ad I.A. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Naar het oordeel van de bezwarencommissie zijn er tijdens de hoorzitting concrete aanknopingspunten naar voren gekomen die doen twijfelen of met de handelwijze van de Adviescommissie *in procedurele zin* de vereiste zorgvuldigheid in acht is genomen. Naar het oordeel van de bezwarencommissie heeft de Adviescommissie onvoldoende inzicht gegeven in de totstandkoming van de advisering, in de wijze waarop de subsidieaanvragen zijn beoordeeld, wat de bevindingen waren en welke afwegingen zijn gemaakt – mede in het licht van de andere aanvragen – om tot het advies, met inbegrip van de toekenning en rangschikking, te komen.

Samenstelling van de (deel)Adviescommissie

De vertegenwoordiging van uw college heeft tijdens de hoorzitting naar voren gebracht dat, in algemene zin, de commissieleden met naam en een profielschets staan vermeld op de website www.brabant.nl.

De bezwarencommissie overweegt dat voor bezwaarmaakster en voor de bezwarencommissie onbekend is gebleven wat de samenstelling van de Adviescommissie is die het initiële en het nader advies heeft uitgebracht in deze besluitvormingsprocedure. Artikel 3:8 van de Awb vereist echter dat de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht. Het ontbreken daarvan leidt ertoe dat de totstandkoming van het advies een gebrek vertoont. De bezwarencommissie merkt op dat een bezwaarmaker, door het ontbreken van de namen van de betrokken commissieleden, niet kan controleren welke commissieleden hebben geadviseerd.

Ons kenmerk
C2269672/4782802

Geen verslaglegging

Tijdens de hoorzitting is gebleken dat er vergaderverslagen noch notulen van de adviescommissievergaderingen ter beschikking zijn gesteld. Desgevraagd heeft uw college bevestigd dat er in het geheel geen verslagen zijn opgemaakt van de deelvergaderingen en de plenaire slotvergadering. De bezwarencommissie stelt dan ook vast dat, in strijd met artikel 8 van het Reglement Adviescommissie, verslagen van de adviescommissievergaderingen, geaccordeerd door de voorzitter, ontbreken. Volgens de vertegenwoordiging van uw college zijn die verslagen niet opgemaakt in verband met de digitale wijze van vergaderen en de aanwezigheid van de voorzitter bij alle vergaderingen. Het advies zou een weergave zijn van hetgeen in de vergaderingen is besproken. Wat daar ook verder van moge zijn, door het ontbreken van de voorgeschreven verslaglegging wordt op geen enkele wijze inzicht, transparantie en controleerbaarheid verschaft over wat er tijdens de twaalf deelvergaderingen en de dertiende plenaire slotvergadering is besproken, en welke bevindingen en afwegingen zijn gemaakt en onderling zijn gedeeld. Ook ten aanzien van de onderlinge verhoudingen of eventuele stemmingen over de puntenverdeling tasten bezwaarmaakster en de bezwarencommissie in het duister.

Tussenconclusie ten aanzien van I.A.

De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

De bezwarencommissie komt tot de tussenconclusie dat, onder de gegeven omstandigheden, de procedure van advisering en de totstandkoming van het advies zodanige gebreken vertonen dat uw college niet *zonder meer* van het advies mocht uitgaan en het aan de besluitvorming ten grondslag mocht leggen. Niet gesteld kan worden dat uw college voldaan heeft aan dit onderdeel van de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan de motiveringsplicht uit artikel 3:46 van de Awb.

Ad I.B. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Kort samengevat vindt bezwaarmaakster dat uw college het advies en het nader advies niet had mogen overnemen, omdat de daarin opgenomen beoordeling en conclusies geen recht doen aan haar aanvraag.

Uw college voert aan dat het initiële advies en het nader advies van de Adviescommissie *naar inhoud* inzichtelijk en concludent zijn en draagkrachtig genoeg zijn om het bestreden besluit te dragen. Wat bezwaarmaakster in bezwaar aanvoert, geeft volgens uw college geen aanleiding om te twijfelen aan de juistheid en volledigheid van de advisering, aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan, de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of het aansluiten van de conclusies daarop.

Ons kenmerk
C2269672/4782802

De bezwarencommissie deelt dit standpunt van uw college niet. Gelet op de op uw college rustende vergewisplicht had het op de weg van uw college gelegen om in de gevolgde procedure, in de advisering en in de naar aanleiding van de ingediende bezwaren opgemaakte aanvullende advisering aanleiding te zien om nadere vragen te stellen aan de Adviescommissie.

In hetgeen in bezwaar naar voren is gekomen, kunnen naar het oordeel van de bezwarencommissie namelijk aanknopingspunten worden gevonden om te twijfelen aan de inzichtelijkheid, toereikendheid, juistheid en volledigheid van het advies van de Adviescommissie, de begrijpelijkheid van de daarin gevolgde redenering en het aansluiten van de conclusies daarop.

Een illustratief punt is de beoordeling van het verdeelcriterium "evenwichtige culturele infrastructuur" als 'ruim voldoende' met 70 punten.

De bezwarencommissie begrijpt dat uw college en de Adviescommissie niet gebonden zijn aan de waardering van dit criterium als 'zeer goed' in de eerdere beoordeling (2017-2020). Elke aanvraag dient immers op de eigen merites beoordeeld te worden.

In het initiële advies staat bij het verdeelcriterium als enig kritiekpunt:
"Daarnaast wil de commissie de aanbeveling doen om niet alleen de producerende kant, maar ook de programmerende functie van Podium Bloos breder uit te werken."

In het nader advies merkt de Adviescommissie o.a. het volgende op:
"Ook op dit criterium blijkt dat de dubbele functie van Podium Bloos niet helder in de aanvraag toegelicht is. Toch heeft dit geen invloed op de beoordeling van dit criterium."

Elders in het nader advies overweegt de Adviescommissie als volgt:
"(...) Podium Bloos beschrijft zichzelf in de introductie van de aanvraag als een productie- en presentatieplek in Zuidwest Nederland. De Adviescommissie realiseert zich door het bezwaarschrift van Podium Bloos dat het onderscheid tussen deze twee functies, productie en presentatie, zowel bij de beoordeling van de aanvraag als bij het lezen van het advies tot wat verwarring kan leiden. (...) Ook is in de aanvraag niet altijd even helder dat Podium Bloos geen specifieke programmerende functie heeft (zoals in het bezwaarschrift duidelijk omschreven staat), maar een faciliterende. (...)".

De Adviescommissie dient haar advisering te baseren op de door bezwaarmaakster ingediende aanvraag. Uit de aanvraag volgt naar het oordeel van de bezwarencommissie duidelijk de rol van bezwaarmaakster als faciliterende werkplaats met de functie productie en presentatie. Uit de aanvraag volgt naar het oordeel van de bezwarencommissie dat de functie programmeren voor bezwaarmaakster bijzaak is.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Volgens de bezwarencommissie volgt uit het aanvraagformulier, waarop bij de activiteit "overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunst" is aangekruist, dat bezwaarmaakster zich niet bezighoudt met de overige aan te kruisen activiteiten, zoals "het verzorgen van theatervoorstellingen". Ook uit het Activiteitenplan volgt naar het oordeel van de bezwarencommissie dat bezwaarmaakster in de aanvraag haar rol helder heeft toegelicht. De bezwarencommissie verwijst ter illustratie naar de volgende passages:

- *"De stichting doet een beroep op de meerjaren subsidieregeling voor de productie en presentatie van nieuw werk van jonge professionele podiumkunstenars en midcareers op titel van producerende en presentatie instelling."* (p. 3).
- *"In de planperiode 2017-2020 is Podium Bloos erin geslaagd de artistieke ontwikkeling van jonge professionele makers en midcareers te ondersteunen en hun werk te presenteren aan een breed samengesteld en groeiend publiek."* (p. 3).
- *"Kunst gedijt bij goede faciliteiten voor artistieke ontwikkeling en presentatie, bij een diverse en inclusieve publiekswerking en inspirerende partners. Podium Bloos biedt makers die voorwaarden en bouwt aan een omgeving waar zij zich kunnen ontwikkelen. Als dynamische productie- en presentatieplek (...)"* (p. 4).
- *"Gesteund door Podium Bloos werken makers samen met artistieke sterke partners en maatschappelijke organisaties; (...)"* (p. 4).
- *"Door het beschikbaar stellen van faciliteiten, expertise, netwerk en begeleiding, ontstaat een keten van mogelijkheden. Alles in de broedplaats is uiteindelijk gericht op het maken en presenteren van de professionele kunsten."* (p. 5)
- *"Behalve een budget uit het fonds krijgen makers inhoudelijke begeleiding en faciliteiten van Podium Bloos. Daarnaast neemt Chassé Theater in samenspraak met Podium Bloos, PLAN-makers op in hun programmering."* (p. 5).
- *"Podium Bloos biedt hen ruimte voor onderzoek en montage."* (p. 6).
- *"Presentaties. Podium Bloos kent meerdere projecten. (...) Daarnaast programmeert Podium Bloos werk van makers, die als partner bij ons horen."* (p. 8).

De bezwarencommissie merkt op dat de Adviescommissie Podium Bloos in het advies en het nader advies niet goed neer heeft gezet en mogelijk een onjuiste voorstelling heeft gehad bij de beoordeling van de aanvraag van Podium

Bloos, ofschoon die onjuiste voorstelling niet volgt uit de aanvraag. De bezwarencommissie is van oordeel dat het gestelde in het (nader) advies duidt op een onjuiste lezing van de aanvraag op dit punt.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

De bezwarencommissie is van oordeel dat uit het (nader) advies niet volgt waarom de Adviescommissie het verdeelcriterium "evenwichtige culturele infrastructuur" in het (nader) advies met 'ruim voldoende' heeft beoordeeld en 70 punten heeft toegekend. Blijkens de 'Handreiking Beoordelingskader en scoreformulier Adviescommissie BrabantStad Cultuur Subsidieregeling Hedendaagse cultuur - Professionele kunsten 2021-2024' past bij een 'ruim voldoende' een puntenaantal van 70. Bij de score 'ruim voldoende' staat de volgende beschrijving:

"Er zijn enkele punten van kritiek maar deze doen weinig afbreuk aan de inhoud van de aanvraag (...)."

Na het wegstrepen van voornoemde onjuiste lezing, blijven in het (nader) advies over dit verdeelcriterium geen kritiekpunten over. Het is de bezwarencommissie dan ook niet duidelijk waarom de Adviescommissie de aanvraag niet anders heeft beoordeeld, bijvoorbeeld met een 'goed'.

Ook is het de bezwarencommissie niet duidelijk geworden waarom de Adviescommissie het criterium beoordeeld heeft met 70 punten. De commissie merkt op dat drie verdeelcriteria zijn beoordeeld met 'ruim voldoende', waarvan deze waardering twee keer een score van 70 punten heeft gekregen en één keer een score van 75 punten. Waarom dit verschil gemaakt is, is de bezwarencommissie niet duidelijk geworden. Tijdens de hoorzitting heeft de vertegenwoordiging van uw college enerzijds gemeld dat een 'ruim voldoende' 70 punten waard is, en anderzijds dat de Adviescommissie bij 'ruim voldoende' de beoordelingsruimte heeft om bijvoorbeeld 72 of 75 punten te geven.

De bezwarencommissie merkt verder op dat de Adviescommissie in het initiële advies ook bij de andere verdeelcriteria van een feitelijk onjuiste vooronderstelling is uitgegaan. Zo erkent de Adviescommissie in het nader advies dat bij het verdeelcriterium "hoge artistiek inhoudelijke kwaliteit" in het initiële advies niet goed is verwoord dat enkel het festival 39graden zich richt op jongeren en dat dit festival en het Live Art Festival Breda al meerdere jaren bestaan. Ook erkent de Adviescommissie in het nader advies dat bij het verdeelcriterium "hoge zakelijke kwaliteit" in het initiële advies onterecht is opgemerkt dat de Adviescommissie geen verklaring kan vinden voor het feit dat een groot deel onbetaalde bezoekers lijken te zijn. De toelichting op "niet-betalende bezoekers" is immers te lezen in de begroting. Verder erkent de Adviescommissie in het nader advies dat bij het verdeelcriterium "publiekswerking/ doelgroep" in het initiële advies ten onrechte is opgemerkt dat een marketingbureau zal worden ingeschakeld, hetgeen niet uit de aanvraag volgt.

De evident onjuiste lezing van de aanvraag op voornoemde criteria heeft, zo blijkt uit het nader advies, echter geen aanleiding gegeven om de score in het advies te wijzigen. De commissie acht dit zonder nadere motivering, welke ontbreekt, niet concludent.

Ons kenmerk
C2269672/4782802

Bij advisering door een adviescommissie gaat het per definitie om een objectivering van een naar zijn aard intersubjectief oordeel dat zich niet makkelijk in woorden laat vatten. Bij een dergelijk advies dient echter wel, omwille van de transparantie, inzichtelijkheid en controleerbaarheid, in enigermate inzicht te worden verschaft in de gedachtegang die aan het advies ten grondslag ligt.

Tijdens de hoorzitting is gebleken dat de verschillende aanvragen onderling gewogen zijn. De bezwarencommissie merkt op dat uit het (nader) advies niet volgt hoe de voorliggende aanvraag gewogen is in relatie tot andere aanvragen en wat de onderlinge samenhang is van de puntentoekenning. Met het aan het besluit ten grondslag gelegde advies is onvoldoende inzicht en transparantie verschaft in de wijze waarop de aanvraag door de Adviescommissie is beoordeeld in relatie tot (de vereisten in) de Subsidieregeling en de andere aanvragen, en *wélke* bevindingen, welke rangorde en *wélke* afwegingen zijn gemaakt teneinde tot het advies te komen.

Tussenconclusie ten aanzien van I.B. De deugdelijkheid van het advies

Ook ten aanzien van dit onderdeel komt de bezwarencommissie tot de tussenconclusie dat, onder de gegeven omstandigheden, het advies op inhoud zodanige gebreken vertoont dat uw college niet *zonder meer* van het advies had mogen uitgaan en het aan de besluitvorming ten grondslag had mogen leggen. Niet gesteld kan worden dat uw college voldaan heeft aan dit onderdeel van de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan de motiveringsplicht uit artikel 3:46 van de Awb.

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Geen inzage in hoger in de rangorde geëindigde aanvragen

De vertegenwoordiging van uw college heeft tijdens de hoorzitting naar voren gebracht dat de tekst van alle integrale adviezen te vinden is op de website www.brabant.nl. De bezwarencommissie staat daar positief tegenover, maar merkt wel op dat dit document niet de tekst bevat van alle nadere adviezen die in oktober 2020 zijn opgesteld door de Adviescommissie. Ook is dit document pas op 23 november 2020 op de website is geplaatst. Deze adviezen maken geen onderdeel uit van het bezwaardossier.

In deze tenderverdeelprocedure is aan bezwaarmaakster geen inzage geboden in de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en zijn evenmin stukken ter inzage gelegd om de beoordelingen van de Adviescommissie van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren.

Per 23 november 2020 zijn de *gehonoreerde* aanvragen gepubliceerd. Voor zover via de website per 23 november 2020 over die gehonoreerde aanvragen inzage is geboden, merkt de commissie op dat dat niet het geval is voor *alle hoger dan bezwaarmaakster in de rangorde geëindigde* aanvragen. De aanvragen onder de zaaglijn, ook al zijn ze hoger geëindigd dan de aanvraag van bezwaarmaakster, zijn niet gepubliceerd. Dat is niet in lijn met de jurisprudentie van de ABRvS.

Ons kenmerk
C2269672/4782802

Bezien vanuit het vereiste van adequate, effectieve rechtsbescherming (vergelijk de Holland Opera-uitspraak) volstaat in dit concrete geval een werkwijze zoals hiervoor weergegeven, niet. In bezwaar moet bezwaarmaakster zich immers niet alleen kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Daarvoor is in casu vereist dat in ieder geval op grond van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb inzage wordt geboden in die aanvragen en beoordelingen, hetgeen niet op zorgvuldige wijze is geschied.

Hoewel op zichzelf juist is dat het per definitie gaat om een objectivering van een naar zijn aard intersubjectief oordeel dat zich niet gemakkelijk in woorden laat vatten, neemt dat niet weg dat in procedures zoals de onderhavige wél inzicht moet worden verschaft in de gedachtegang die aan het advies ten grondslag ligt, zulks afgezet tegen de subsidievereisten in de Subsidieregeling én - controleerbaar - tegen de beoordeling van aanvragen van derden. Alleen dan is sprake van processuele *equality of arms* voor *alle* aanvragers in een tenderprocedure. Dit klemmt hier te meer, nu de verslagen van de Adviescommissie en de aanvragen van andere aanvragers in het procesdossier ontbreken.

Voorts is in het (nader) advies geen inzicht verschaft over welke Adviescommissieleden bij die gelegenheid hebben geadviseerd en welke (nieuwe) bevindingen en afwegingen daarbij zijn gemaakt.

Tussenconclusie ten aanzien van II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naar het oordeel van de bezwarencommissie is in onvoldoende mate inzicht verschaft in de totstandkoming van de rangschikking van aanvragen én ontbreekt een passende verantwoording op het punt van het bieden van inzicht in de, aan dat kader en die criteria, gerelateerde overwegingen die hebben geleid tot het betreffende oordeel in het advies. Deze conclusie treft ook het na bezwaar uitgebrachte 'nader advies'. Vergelijk ECLI:NL:RBMNE:2020:3958.

Conclusie

Alles overziende kon uw college zich bij de uitoefening van de vergewisplicht ingevolge artikel 3:9 en 3:49 van de Awb naar het oordeel van de

bezwarencommissie niet *zonder meer* baseren op het advies van de Adviescommissie. Zonder nadere motivering, welke ontbreekt, heeft uw college zich niet op het standpunt kunnen stellen dat de door de Adviescommissie uitgebrachte advisering in de huidige vorm voldoende inzichtelijk, toereikend en concludent is. Dat steekt te meer, nu uw college noch de bezwarencommissie voldoende deskundig zijn op het betreffende gebied om hierover op inhoud een oordeel te geven. Een advies hierover is, gelet op het bepaalde in de Subsidieregeling, voorbehouden aan de Adviescommissie.

Ons kenmerk
C2269672/4782802

Gelet op het voorgaande komt de bezwarencommissie niet toe aan verdere bespreking.

Hoe nu verder?

De bezwarencommissie concludeert dat uw college de op hem rustende vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb heeft geschonden. Van inzichtelijkheid, transparantie en controleerbaarheid van de beoordeling van de onderhavige aanvraag, maar ook van de rangorde als zodanig én de totstandkoming daarvan, is (vooralsnog) geen sprake. Dat betekent dat het besluit thans in strijd met artikel 3:46 van de Awb een deugdelijke motivering ontbeert.

Dat sprake is van schending van de vergewisplicht en strijd met het motiveringsbeginsel, brengt overigens niet met zich dat bezwaarmaakster daardoor zonder meer in aanmerking komt voor subsidie. De geconstateerde gebreken zouden in de bezwaarfase wellicht kunnen worden hersteld. Dat is echter aan uw college. Bovendien brengt de huidige rangschikking met zich dat de aanvraag pas voor subsidieverlening in aanmerking kan komen indien na een eventueel herstel van de gebreken en een herbeoordeling van de voorliggende subsidieaanvraag zou blijken dat daaraan 278 of meer punten moeten worden toegekend. Wellicht ten overvloede wijst de bezwarencommissie u in dit verband op artikel 4:25, derde lid, van de Awb, waaruit volgt dat het feit dat het subsidieplafond inmiddels is bereikt, daarbij geen enkele rol mag spelen.

In bezwaar heeft bezwaarmaakster informatie verstrekt die geen onderdeel uitmaakt van de subsidieaanvraag en die (deels) neerkomt op een wijziging c.q. aanvulling van haar aanvraag. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over de aard van de tendersystematiek kan dergelijke informatie, voor zover die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag, niet alsnog in de (her)beoordeling betrokken worden.

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij uw college om bij uw beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond te verklaren, en
- een nieuw besluit op de aanvraag te nemen, met inachtneming van dit advies.

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie bij de behandeling van de bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten,
namens deze,



Bijlage: wettelijk kader

Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant

Artikel 1.4 van de Subsidieregeling ("Subsidiabele activiteiten") luidt, voor zover van belang:

Subsidie kan worden verstrekt voor:

a. (...)

b. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Artikel 1.9 van de Subsidieregeling ("Vereisten subsidieaanvraag") luidt, voor zover van belang:

Subsidieaanvragen worden ingediend binnen de tenderperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020

Artikel 1.10 van de Subsidieregeling ("Subsidieplafond") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten stellen het subsidieplafond voor subsidies als bedoeld in artikel 1.4, voor de periode, genoemd in artikel 1.9, vast op een totaal van € 23.390.800, waarvan:

a. (...)

(...)

k. € 11.126.835 voor activiteiten als bedoeld in artikel 1.4, onder b.

Artikel 1.6 van de Subsidieregeling ("Subsidievereisten") luidt, voor zover van belang:

1. Om voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 in aanmerking te komen, wordt voldaan aan de volgende vereisten:

a. de activiteiten worden in belangrijke mate uitgevoerd in de provincie Noord-Brabant;

b. de subsidieaanvrager is op het gebied van professionele kunsten een:

1°. ontwikkelinstelling;

2°. producerende instelling; of

3°. presentatie-instelling;

c. de activiteiten zijn gericht op professionele kunsten binnen een van de volgende functies:

1°. (...)

11°. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten;

d. de subsidieaanvrager is een instelling met:

1°. hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht;

2°. hoge zakelijke kwaliteit, blijkend uit de bedrijfsvoering en de inhoudelijke haalbaarheid van de activiteiten;

3°. ten minste een bovenlokale functie;

4°. een missie en visie op haar rol in de Brabantse culturele infrastructuur;

e. de subsidieaanvrager verklaart dat hij de volgende codes onderschrijft:

1°. Governance Code Cultuur;

2°. Fair Practice Code;

3°. Code Diversiteit & Inclusie;

f. de activiteiten zijn gericht op publiekswerking of een specifieke doelgroep en monitoring daarvan, blijkend uit een communicatiestrategie;

g. de activiteiten worden uitgevoerd in de periode 2021 tot en met 2024;

h. de subsidieaanvrager overlegt een activiteitenplan overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model activiteitenplan;

i. de subsidieaanvrager overlegt een meerjarenbegroting overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model meerjarenbegroting.

2. (...)

3. Indien de subsidieaanvraag gericht is een activiteit als bedoeld in artikel 1.4, onder b, wordt in aanvulling op het eerste lid voldaan aan het vereiste dat de subsidieaanvrager een aanvraag voor cofinanciering in de vorm van subsidie heeft ingediend of gaat indienen bij een andere overheid, blijkend uit de begroting.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Artikel 1.12, eerste lid, van de Subsidieregeling ("Verdeelcriteria") luidt, voor zover van belang:

1. Indien de binnen de tenderperiode ingediende volledige subsidieaanvragen de vastgestelde subsidieplafonds, genoemd in artikel 1.10, te boven gaan, maken Gedeputeerde Staten voor het bepalen van de onderlinge rangschikking voor de verdeling van de subsidie, een afweging tussen de verschillende volledige aanvragen op basis van de volgende criteria:

a. de mate waarin de activiteiten een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit hebben, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht, te waarderen met maximaal 100 punten;

b. de mate waarin de activiteiten hoge zakelijke kwaliteit hebben, wat betreft omgevingsbewustzijn en ondernemerschap, te waarderen met maximaal 100 punten;

c. de mate waarin de activiteiten publiekswerking hebben of gericht zijn op een specifieke doelgroep, wat betreft binding met het bestaande publiek of de doelgroep en inspanningen voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of de doelgroep, te waarderen met maximaal 100 punten;

d. de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in de provincie Noord-Brabant en bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod, te waarderen met maximaal 100 punten.

Artikel 1.13, van de Subsidieregeling ("Externe adviescommissie") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten leggen aanvragen voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 voor advies over de artikelen 1.6 en 1.12 voor aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Toelichting op de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1 (Provinciaal blad 2019, nr. 779729, november 2019):

Artikel 1.6 Subsidievereisten

(...)

Onderdeel d, onder 1 ° Hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit

Met een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat er sprake moet zijn van een visie, een beeld van de artistiek-inhoudelijke ontwikkelingen die de organisatie beoogt op langere termijn, in relatie tot de positie die de organisatie inneemt in de sector en de discipline op lokaal, regionaal of nationaal niveau. Gedeputeerde Staten denken bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit ook aan oorspronkelijkheid, die zich vertaalt in onderscheidende activiteiten en zich onderscheidt van andere makers in de stad, regio of het land. Ook is bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit belangrijk dat de activiteiten met vakmanschap worden uitgevoerd. Het gevolgd hebben van een vakopleiding is daarbij niet doorslaggevend, het gaat om de vaardigheid waarmee de activiteiten tot stand komen en worden uitgevoerd. Tenslotte beoordelen Gedeputeerde Staten bij dit vereiste of de activiteiten zeggingskracht hebben en het publiek of beoogde publiek zullen aanspreken. De subsidieaanvrager dient dan ook blijk te geven van kennis van het publiek dat men er mee hoopt te bereiken.

Onderdeel d, onder 2 ° en onderdeel e Hoge zakelijke kwaliteit en codes

Met hoge zakelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat de organisatie een gezonde bedrijfsvoering dient te hebben, die voldoende vertrouwen geeft om de voorgenomen activiteiten inhoudelijk te realiseren en het beoogde publiek te bereiken. Van belang daarbij is dat er sprake is van een realistische mix van inkomstenbronnen, inclusief een visie op het omgaan met risico's en dat het ondernemerschap wordt ingevuld qua marketing- en communicatiestrategie. Ook de Governance Code Cultuur, de Fair Practice Code en de Code Culturele Diversiteit in onderdeel e, zeggen iets over de zakelijke kwaliteit van een organisatie. Derhalve dient een subsidieaanvrager in zijn aanvraag te verklaren dat hij die codes onderschrijft en hebben Gedeputeerde Staten het toepassen van de codes in de uitvoeringsperiode 2021 tot en met 2024 als verplichting opgelegd.

Onderdeel d, onder 3 ° Bovenlokale functie

Gedeputeerde Staten letten bij dit vereiste op het regionale of landelijke belang van de organisatie. Daarbij wordt getoetst of de organisatie invulling geeft aan de verbinding met de samenleving en of de organisatie bijdraagt aan een samenhangend cultuuraanbod. Ook wordt gezien of en op welke wijze de organisatie en de activiteiten in de periode 2021-2024 zich verhouden tot gemeente en regio en of de organisatie bijdraagt aan spreiding van het cultuuraanbod.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Onderdeel d, onder 4 ° Missie en visie

Bij dit vereiste letten Gedeputeerde Staten erop of de subsidieaanvrager een helder en realistisch beeld geeft van de rol die hij vervult binnen de Brabantse culturele infrastructuur. Daarin is zowel samenwerking met andere partijen belangrijk als een te onderscheiden profilering.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Onderdeel f Publiekswerking

Bij dit vereiste beoordelen Gedeputeerde Staten met name op of de organisatie, naast het blijven bedienen en verbinden van het bestaande publiek, ook een visie heeft om aanbod en publiek bij elkaar te brengen en te investeren in duurzame opbouw van publiek met het oog op de toekomst, bijvoorbeeld door het verlagen van drempels voor doelgroepen die niet eerder bereikt werden, door aan te sluiten op zaken die in de (lokale) maatschappij spelen of door zich te verbinden met bredere doelgroepen dan alleen het bestaande publiek. De visie op de publiekswerking en de monitoring daarvan dienen te blijken uit een communicatiestrategie.

(...)

Artikel 1.12 Verdeelcriteria tender

Eerste lid Tender

In dit artikel zijn de verdeelcriteria en een puntentoedeling vastgelegd, aan de hand waarvan de subsidieaanvragen worden beoordeeld en gerangschikt. Gedeputeerde Staten hebben in deze regeling voor een tenderprocedure gekozen, omdat ze de kwaliteit van de aanvrager, de aanvraag en de uit te voeren activiteiten relevant vinden voor de realisering van de doelstelling van deze subsidieregeling. Bij een tendersysteem moeten aanvragen binnen een bepaalde periode worden ingediend. De bedragen van de subsidieaanvragen die binnen de tenderperiode zijn ingediend en voldoen aan alle vereisten worden vervolgens bij elkaar opgeteld. Indien het totaal van die subsidieaanvragen het subsidieplafond van de tenderperiode niet overschrijdt, komen alle subsidieaanvragen voor subsidie in aanmerking. Indien er echter meer aanvragen binnenkomen dan gehonoreerd kunnen worden en het beschikbare subsidieplafond wel wordt overschreden, vindt een onderlinge vergelijking van alle aanvragen op een aantal verdeelcriteria plaats.

Onder a tot en met d Algemeen

De vereisten uit artikel 1.6, onderdeel d, onder 1, 2, 3, 4 en onderdeel f, vormen in dit artikel de basis voor de verdelingscriteria. Daarbij geldt dezelfde inhoudelijke toelichting als reeds in artikel 1.6 is gegeven bij de desbetreffende vereisten, alleen worden in dit artikel op basis van de verdeelcriteria punten gegeven voor de mate waarin een subsidieaanvraag aan de criteria onder a tot en met d voldoet. In aanvulling op de vereisten in artikel 1.6, leggen Gedeputeerde Staten in dit artikel nog de volgende aanvullende accenten.

Onder b Hoge zakelijke kwaliteit

Bij onderdeel b letten Gedeputeerde Staten met name op de mate waarin de subsidieaanvrager in zijn activiteitenplan blijkt geeft van omgevingsbewustzijn

en hoe professioneel hij het ondernemerschap invult. Gedeputeerde Staten laten bij de hoge zakelijke kwaliteit ook meewegen de mate waarin het bestuur en toezicht op orde zijn conform de Governance Code Cultuur, de mate waarin de organisatie invulling geeft aan de Fair Practice Code inzake werkgeverschap en de mate waarin de Code Culturele Diversiteit wordt ingevuld en of er onderdelen zijn van de drie bovengenoemde codes die niet worden toegepast en om welke reden.

Ons kenmerk
C2269672/4782802

Onder c Publiekswerking of specifieke doelgroep

Bij onderdeel c is met name de mate waarin de activiteiten leiden tot binding met het bestaande publiek of de doelgroep en de mate waarin de subsidieaanvragers zich inspant voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of doelgroep van belang.

Onder d Evenwichtige culturele infrastructuur

Bij onderdeel d laten Gedeputeerde Staten de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in Brabant en de mate waarin de activiteiten bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod (dus hoe hoog het publieksbereik in de eigen vestigingsplaats, regio, landelijk of internationaal is) zwaar meewegen.

Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (Provinciaal blad 2020, nr. 6566, februari 2020)

Artikel 7 van het Reglement luidt:

- 1. Elk lid van de commissie heeft een stem.*
- 2. De commissie komt tot een advies op basis van meerderheid van stemmen.*
- 3. De leden dienen zich bij hun oordeel over een aanvraag te baseren op de door de aanvrager en Gedeputeerde Staten verstrekte gegevens en onthouden zich van contact met de aanvragers. Indien contact met aanvragers noodzakelijk is, is de secretaris daarvoor verantwoordelijk.*
- 4. Een lid onthoudt zich van deelname aan de besprekingen en stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag blijken dat er van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een commissielid sprake zou kunnen zijn, dan kan het betreffende lid niet adviseren.*
- 5. Gedeputeerde Staten dragen er zorg voor dat de commissie van relevante achtergrondinformatie wordt voorzien bij de aanvragen.*
- 6. De commissie brengt uiterlijk binnen 17 weken na sluiting van de tenderperiode, genoemd in artikel 1.9 van de subsidieregeling, een gemotiveerd advies uit aan het college over alle subsidieaanvragen.*

Artikel 8, eerste en tweede lid, van het Reglement luidt:

- 1. De secretaris draagt zorg voor het verslag van de vergadering en stelt het advies van de adviescommissie op schrift.*
- 2. Verslagen worden geaccordeerd door de voorzitter.*

Artikel 9, eerste lid, van het Reglement luidt:

1. De leden van de commissie adviseren onafhankelijk en zonder last of ruggenspraak.

Ons kenmerk

C2269672/4782802

Hoor- en adviescommissie

Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant
Postbus 90151
5200 MC 'S-HERTOGENBOSCH

Brabantlaan 1
Postbus 90151
5200 MC 's-Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 28 12
Fax (073) 680 76 80
www.brabant.nl
IBAN NL86INGB0674560043

Bereikbaarheid
openbaar vervoer en fiets:
www.brabant.nl/route

Onderwerp

Nader advies hoor- en adviescommissie inzake bezwaar BZW.20.126.001

Geacht college,

De hoor- en adviescommissie voor bezwaarschriften en klachten Noord-Brabant (hierna: bezwarencommissie) heeft op 3 december 2020 advies uitgebracht in voormelde bezwaarprocedure.

Het advies is uitgebracht naar aanleiding van bezwaren van Stichting Huis der Kunsten Breda (Podium Bloos) tegen het besluit in het kader van de op grond van paragraaf 1 van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur 2021-2024 gevraagde subsidie.

Mede gelet op recente relevante ontwikkelingen bij de behandeling van bezwaren in andere dossiers in dezelfde subsidieverdeelprocedure, acht de bezwarencommissie termen aanwezig om in voormelde procedure ambtshalve nader advies aan uw college uit te brengen. Dit nader advies dient in onderlinge samenhang met, en aanvullend op het eerder uitgebrachte advies in deze procedure te worden gelezen. Het dient, voor zover aan de orde, daarvoor in de plaats te treden. De bezwarencommissie overweegt het volgende.

Leeswijzer

Voorafgaand aan de beoordeling stelt de bezwarencommissie eerst een aantal uitgangspunten voorop. Die uitgangspunten hebben achtereenvolgens betrekking op:

- de aard van de tenderverdeelprocedure en het aanvullen van een aanvraag
- I. De vergewisplicht van uw college
- I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure
- I.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting
- I.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling
- I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Datum

24 december 2020

Zaaknummer

BZW.20.126.001

Ons kenmerk

C2269672/4810982

Uw kenmerk

C2269673

Contact

bezwaar@brabant.nl

Telefoon

Email

bezwaar@brabant.nl

Bijlage(n)

2

- II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Uitgangspunten voor de beoordeling

Aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een subsidieaanvrager om ervoor zorg te dragen dat bij de aanvraag alle informatie wordt gevoegd die voor de beslissing op de aanvraag nodig is. Uit de aard van een tenderverdeelpcedure vloeit echter voort dat alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens vóór de sluiting van de aanvraagtermijn moeten zijn overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van ná de sluiting van de aanvraagtermijn in een tenderverdeelpcedure zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tendersysteem centraal staan. Later aangeleverde informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van een binnen de aanvraagtermijn ingediende aanvraag, kan daarom niet worden meegenomen bij een herbeoordeling van die aanvraag. Vergelijk de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:740 en van 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

Ons kenmerk

C2269672/4810982

I. De vergewisplicht van uw college

De bezwarencommissie stelt voorop dat uw college bij het verlenen van subsidie op grond van de Subsidieregeling en bij de invulling van de daarin neergelegde vereisten beleidsruimte toekomt. Uw college heeft beoordelingsruimte bij de waardering van de aanvragen. De bezwarencommissie ziet zich voor de beantwoording van de vraag geplaatst of uw college in redelijkheid tot het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag heeft kunnen komen. Daarbij dient te worden betrokken de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure en de inzichtelijkheid, transparantie en deugdelijkheid van de motivering van het besluit, met inbegrip van het daaraan ten grondslag liggende advies van uw Adviescommissie. Het toepasselijke wettelijke kader wordt gevormd door de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb. Vooropgesteld moet worden dat uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb volgt dat een bestuursorgaan dat gebruik maakt van een adviescommissie zich ervan dient te vergewissen dat het door de adviescommissie verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

Deze vergewisplicht is tweeledig:

- a) de door de adviseurs gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en
- b) het advies moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.

Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het besluit en kan het bestuursorgaan in het besluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. Voorts volgt uit artikel 3:8 van de Awb dat in of bij het besluit de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht.

I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt dat, indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag hebben gelegen en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een aanvraag van dat advies mag uitgaan. Dat uitgangspunt geldt niet als er concrete aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die zorgen voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies, aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan, aan de samenstelling en werkwijze van de ingeschakelde adviescommissie of de hoedanigheid van de adviseurs, aan de begripelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of aan het aansluiten van de conclusies daarop. Vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100 en de uitspraak van de AbRS van 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3876.

Ons kenmerk
C2269672/4810982

In dat geval mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Vergelijk ook de uitspraken van de AbRS van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2388 en AbRS van 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2227.

1.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting

De bezwarencommissie wijst erop dat zich in de rechtspraak over de verdeling van schaarse publieke rechten, waaronder subsidiemiddelen, een rechtsontwikkeling heeft voorgedaan met betrekking tot de zogeheten mededingingsnorm. In de uitspraken van de AbRS van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) en van 11 juli 2018 (Geobox /GS Noord-Brabant, ECLI:NL:RVS:2018:2310) heeft de hoogste bestuursrechter geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door het bestuur aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze 'reële mededingingsruimte' wordt geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Expliciet is daarbij geoordeeld dat de rechtsnorm óók van toepassing is bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen in een tenderprocedure, zoals hier aan de orde. Om 'reële mededingingsruimte' te waarborgen, geldt een zogeheten transparantieverplichting. Dat betekent dat het betreffende bestuursorgaan een '*passende mate van openbaarheid*' moet garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip, de indieningsvereisten en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan (tijdig) kennis kunnen nemen. Bij aanvang van de subsidieverdeelprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en

ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd.

Ons kenmerk

C2269672/4810982

1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

Om de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure te waarborgen, dient de samenstelling en werkwijze van een adviescommissie zodanig te zijn dat strijd met artikel 2:4 van de Awb wordt voorkomen. Ingevolge artikel 2:4, tweede lid, van de Awb, waakt een bestuursorgaan ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Deze wettelijke verplichting geldt evenzeer voor de adviseur(s) waarvan het bestuursorgaan gebruik maakt. De verplichting kan nader worden ingevuld door een reglement, waarin artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur voorziet. Ingevolge artikel 7, vierde lid, onthoudt een Adviescommissielid zich van deelname aan de besprekingen en de stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag sprake kunnen zijn van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een adviescommissielid, dan kan het betreffende lid niet adviseren.

Een tenderverdeelsysteem brengt namelijk met zich dat een adviescommissielid dat daarbij belang heeft, door middel van een negatieve beoordeling van de kwaliteit van een aanvraag, kan bevorderen dat minder aanvragen voldoen aan het kwaliteitscriterium, waardoor er een kleiner beslag wordt gelegd op het beschikbare subsidiebudget en de kans op subsidie voor de positief beoordeelde aanvragers toeneemt. Indien het subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen te kunnen honoreren, heeft een adviescommissielid met (in)directe betrokkenheid bij een aanvraag in dezelfde subsidieronde, een belang bij de uitkomst van de advisering over de andere aanvragers en bestaat ten aanzien van dat lid de schijn van belangenverstrengeling. Zelfs wanneer het betreffende adviescommissielid zich verschoont bij de advisering over 'zijn' aanvraag, is dat onvoldoende om die schijn weg te nemen. Daarbij is niet van belang of er een concrete aanwijzing bestaat dat het adviescommissielid negatief stond tegenover de andere aanvragen. Korthedshalve wordt verwezen naar de relevante jurisprudentie (AbRS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, Theatercompagnie en CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155).

1.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens het tot stand is gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van het advies is gevolgd. De inhoud van het advies moet concludent zijn. In een tenderverdeelprocedure moet het advies inzicht bieden in de toestandkoming van de rangschikking van de aanvragen en een 'passende verantwoording' bevatten over het verband tussen de deskundigenoordelen en de beoordelingscriteria. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn:

puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen daarover moet beschikbaar zijn. De motivering kan na bezwaar worden aangevuld, maar dan moet de nadere toelichting zijn geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de adviescommissie zijn voorgelegd. Vergelijk de uitspraken van CBB van 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, van 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297 en van 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:300, alsmede de uitspraken van de AbRS van 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2676 en van 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

Ons kenmerk
C2269672/4810982

II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naast het wettelijke kader is minstens zo belangrijk de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters ter zake van de rechtsbescherming bij de verdeling van subsidies via de tendersystematiek.

Uit de uitspraak van de AbRS van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera) volgt dat ook in de tenderverdelingsystematiek effectieve rechtsbescherming moet worden geboden aan alle aanvragers. Voor een aanvrager die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond reeds eerder is bereikt, houdt effectieve rechtsbescherming in dat hij zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals ook hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken. Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die andere aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering.

De motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag moet ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Alleen dan kan immers in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld.

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de

verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt (of beroep instelt) tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaanastbaar zijn geworden.

Ons kenmerk
C2269672/4810982

Uit wat hiervoor is overwogen, volgt naar het oordeel van de AbRS (in dezelfde uitspraak) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en diensgevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd. Vergelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958 (ro. 8 en 9).

Beoordeling bezwarencommissie

Ad 1. De vergewisplicht van uw college

Naar het oordeel van de bezwarencommissie vertoont de gevolgde tenderprocedure (reeds) *in procedurele zin* dermate wezenlijke gebreken, dat de advisering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze is geschied. Dat leidt ertoe dat de adviezen van die Adviescommissie niet aan de primaire besluiten ten grondslag hadden mogen worden gelegd. De bezwarencommissie acht de besluiten van uw college dan ook in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig voorbereid. Gelet op zowel de aard en systematiek van de gevolgde tenderprocedure als de - onbetwiste - onverbreekelijke samenhang tussen de onderlinge subsidiebesluiten, treft dat ook het onderhavige besluit. De in dit advies te signaleren procedurele gebreken staan immers niet op zichzelf, maar zien op de beoordeling van *alle* subsidieaanvragen uit deze tenderronde.

Ad 1. De op de za(a)k(en) betrekking hebbende stukken / informatievoorziening

De bezwarencommissie stelt voorop dat zij zich bij de behandeling van de bezwaardossiers in deze tenderverdeelprocedure geconfronteerd weet met erg gebrekkige informatievoorziening van de zijde van uw college. Naarmate de bezwaarprocedure(s) vorderde(n), werden telkens nieuwe op de zaak betrekking hebbende stukken en nieuwe informatie naar voren gebracht. In het bijzonder zijn door uw college nieuwe feiten en omstandigheden naar voren gebracht, bij de bezwarencommissie bekend geworden vanaf 8 december

2020, die een ander licht doen werpen op de zorgvuldigheid van de gevolgde tenderprocedure. De bezwarencommissie ziet zich als gevolg van de gebrekkige en in tijd gefaseerde informatievoorziening genoodzaakt om de in deze tenderronde eerder uitgebrachte adviezen van 2 november 2020 (BZW.20.128.001) en 3 december 2020 (BZW.20.126.001) van een aanvullend advies te voorzien.

Ons kenmerk
C2269672/4810982

Ad I. Het ontbreken van verslaglegging van de adviescommissievergaderingen

De bezwarencommissie constateert dat er één plenaire Adviescommissievergadering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur op 15 april 2020 heeft plaatsgevonden, welke is voorafgegaan door twaalf vergaderingen in kleinere samenstelling door verschillende "deelcommissies". Door de Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn geen vergaderverslagen of notulen ter beschikking gesteld. Desgevraagd heeft uw college bevestigd dat er in het geheel geen verslagen zijn opgesteld van de deelvergaderingen en de plenaire slotvergadering. De bezwarencommissie stelt dan ook vast dat, in strijd met artikel 8 van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur, verslagen van de vergaderingen, geaccordeerd door de voorzitter, ontbreken. Volgens de vertegenwoordiging van uw college zijn die verslagen niet opgesteld vanwege de digitale wijze van vergaderen en de aanwezigheid van de voorzitter bij alle vergaderingen. Het advies zou een weergave zijn van hetgeen in de vergaderingen is besproken. Wat daar verder ook van moge zijn, door het ontbreken van de voorgeschreven verslaglegging wordt op geen enkele wijze inzicht verschaft over wat er tijdens de twaalf deelvergaderingen en de dertiende plenaire slotvergadering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur of de "deelcommissies" is besproken. Over welke bevindingen en afwegingen zijn gemaakt en onderling zijn gedeeld en ten aanzien van de onderlinge verhoudingen of eventuele stemmingen over de puntenverdeling, tasten bezwaarmakers en de bezwarencommissie nog altijd in het duister. Hierdoor heeft de advisering niet op transparante en daarmee controleerbare wijze plaatsgevonden. Dat is strijdig met wat hiervoor onder 'uitgangspunten - II. Effectieve rechtsbescherming' is vooropgesteld.

Ad I.a. De zorgvuldigheid van de procedure: samenstelling van de Adviescommissie en deskundigheid van de adviseurs

De bezwarencommissie overweegt dat het voor bezwaarmakers en voor de bezwarencommissie onbekend is gebleven wat de samenstelling was van de "deelcommissies" die de initiële adviezen hebben voorbereid en tevens van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur, de adviseur die de initiële adviezen heeft uitgebracht in deze besluitvormingsprocedure. Ook de samenstelling van de "deelcommissies" die de nadere adviezen hebben uitgebracht, is niet bekendgemaakt. Artikel 3:8 van de Awb vereist echter dat de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht. Het ontbreken daarvan leidt ertoe dat de totstandkoming van het advies een gebrek vertoont, niet alleen omdat de vermelding op zichzelf al een eis van behoorlijkheid is jegens

degene tot wie het besluit is gericht, maar tevens omdat dit een rol kan spelen indien over het besluit een geschil mocht ontstaan.

De bezwarencommissie merkt op dat een bezwaarmaker, door het ontbreken van de namen van de betrokken Adviescommissieleden, niet kan controleren welke Adviescommissieleden hebben geadviseerd. Hierbij verwijst de bezwarencommissie naar wat daarover onder "uitgangspunten" is overwogen.

Ons kenmerk

C2269672/4810982

Ad 1.a. De zorgvuldigheid van de procedure: werkwijze adviseurs

Op basis van de stukken staat vast dat de initiële adviezen in deze tenderronde zijn vastgesteld door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur tijdens de slotvergadering van 15 april 2020. Bij die gelegenheid zijn ook de scores van alle adviezen en de uiteindelijke ranking bepaald. Bij gebrek aan verslaglegging van die slotvergadering is echter onbekend welke Adviescommissieleden hebben deelgenomen aan die slotvergadering, welke bevindingen zij onderling hebben gedeeld en tot welke afwegingen en conclusies zij zijn gekomen. Wél staat vast dat de voltallige Adviescommissie heeft geadviseerd. Het laatste leidt ertoe dat door de diverse "deelcommissies" niet is geadviseerd, maar slechts voorbereidend werk is verricht. Het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur voorziet bovendien niet in (de figuur van) "een deelcommissie", zodat uitgegaan moet worden van advisering door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Tegen deze achtergrond wekt het des te meer bevreemding, dat in een e-mailbericht met het onderwerp "Voorbereidende informatie vergaderingen Adviescommissie BrabantStad Cultuur" van 26 februari 2020 van 9.17uur¹ onder meer te lezen valt:

*"Beste adviseur van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur,
(...)*

Integrale afweging op 15 april (twee dagdelen)

Zoals al ter sprake kwam op 13 februari is het belangrijk dat de hele commissie aan het einde samenkomt om te kunnen reflecteren over het geheel. Dit betekent dat alle aanvragen in te zien zijn, om de adviescommissie in staat te stellen een beeld te kunnen krijgen over alle aanvragen, in alle diversiteit. Het lezen van alle aanvragen is niet nodig, we willen alleen benadrukken dat we enkel verwachten dat je 'de eigen aanvragen voor de eigen vergaderdelen' voorbereidt, leest en beoordeelt.

Tijdens de afsluitende vergadering doen we de hele advisering per aanvraag zeker niet overnieuw, maar concentreren we ons op observaties, reflecties en bijzonderheden. We overzien de complete ronde en de adviescommissie kan aangeven wat haar is opgevallen, maar ze kan ook aanbevelingen doen. We buigen ons bijvoorbeeld over de subsidieplafonds en de mogelijke consequenties voor instellingen. Daarnaast is een uitspraak over de betekenis

¹ Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.128.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

van de instellingen in de provincie Brabant in relatie tot de verschillende gemeenten (lokale inbedding) een belangrijk punt."

Ons kenmerk

C2269672/4810982

Deze gang van zaken acht de bezwarencommissie niet in lijn met de eerdergenoemde uitgangspunten en de heersende jurisprudentie. De adviezen van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn naar het oordeel van de bezwarencommissie niet zorgvuldig tot stand gekomen.

Een daaraan verwant aspect is de signalering dat naar aanleiding van de ingediende gronden van bezwaar, subsidieaanvragen voor nader advies zijn teruggelegd. Die nadere advisering geschiedde echter door een "deelcommissie" en niet door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur, zijnde de adviseur die diende te adviseren en in alle zaken ook het initiële advies heeft uitgebracht.

De - voor bezwaarmaaksters en de bezwarencommissie onbekend gebleven - samenstelling van de "deelcommissie(s)" blijkt bovendien desgevraagd anders te zijn dan die van de voltallige Adviescommissie die het initiële advies heeft vastgesteld en uitgebracht (en dan de "deelcommissie" die het initiële advies in een betreffende aanvraag heeft voorbereid). Dat acht de bezwarencommissie in strijd met het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur en de daarbij te betrachten zorgvuldigheid.

Ad 1.a.1 Bieden van reële mededingingsruimte

Naar het oordeel van de bezwarencommissie kan de wijze waarop in de onderhavige tenderverdeelprocedure invulling is gegeven aan de verplichting tot het bieden van reële mededingingsruimte, in het bijzonder het vereiste van een 'passende mate van openbaarheid', de toets der kritiek niet doorstaan. Uw college dient deze openbaarheid te garanderen met betrekking tot - onder meer - de toe te passen criteria. Voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd. De door de Adviescommissieleden te gebruiken 'Handreiking beoordelingskader' blijkt desgevraagd echter allesbehalve uitputtend en ondubbelzinnig te zijn bedoeld. Mede gezien de standpuntbepaling van uw college hieromtrent dient het (slechts) als 'hulpmiddel' bij de beoordeling van de subsidieaanvraag, het activiteitenplan en andere bijbehorende verplichte bijlagen te worden beschouwd, aldus uw college. Een Adviescommissielid blijkt bij de beoordeling zelfs enige "vrijheid" toe te komen, aldus uw college, waardoor bepaalde beoordelingsaspecten mogelijk minder gewicht krijgen dan andere aspecten. De bezwarencommissie is van oordeel dat deze werkwijze geen pas geeft in het licht van de verplichting tot het bieden van een passende mate van openbaarheid. Op deze wijze wordt het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen aan alle subsidieaanvragers, niet geborgd.

**Ad I.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid /
belangenverstrengeling**

De bezwarencommissie ziet zich, gelet op een brief² namens uw college gedateerd 7 december 2020 (door de bezwarencommissie ontvangen op 8 december 2020), met kenmerk C2270334/4802566, voor de vraag geplaatst of uw college, gelet op artikel 2:4, tweede lid, van de Awb en artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur, het advies van de Adviescommissie BrabantStad cultuur aan het primaire besluit ten grondslag heeft mogen leggen en of derhalve het primaire besluit in overeenstemming met artikel 3:2 van de Awb zorgvuldig is voorbereid. Op basis van de stukken en het verhandelde ter hoorzitting beantwoordt de bezwarencommissie die vraag ontkennend.

De bezwarencommissie stelt daartoe allereerst vast dat de beoordeling en de rangschikking van de aanvragen is uitgevoerd door de Adviescommissie BrabantStad cultuur. De Adviescommissie BrabantStad cultuur hanteert een eigen Reglement ten behoeve van de transparantie bij het bepalen van de rangschikking van de aanvragen.

Op basis van de door uw college overgelegde brief van 7 december 2020 en het verhandelde ter hoorzitting is vast komen te staan dat het in die brief aangeduide Adviescommissielid (in)directe betrokkenheid heeft bij een cultuurinstelling waarvoor in de voorliggende tenderprocedure ook subsidie is aangevraagd (en uiteindelijk is gehonoreerd). Dit Adviescommissielid heeft een persoonlijke (familie)band met (een) aan die cultuurinstelling verbonden perso(o)n(en). Tevens acht uw college het niet uitgesloten, zonder dat het dit in bezwaar volledig heeft opgehelderd, dat dit lid zich tevens in een zakelijk verband verhoudt tot de cultuurinstelling en/of de daaraan gelieerde perso(o)n(en).

Vast is komen te staan dat het betreffende Adviescommissielid in de plenaire slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen aan de (eind)advisering en (eind)beoordeling over die aanvraag en de overige concurrerende aanvragen, waaronder de aanvraag van bezwaarmaakster(s). Dat het Adviescommissielid niet in alle zaken via deelcommissies betrokken is geweest bij de deelvergaderingen waarin adviezen (en nadere adviezen naar aanleiding van bezwaren) van aanvragers zijn besproken, doet niet ter zake, omdat de uiteindelijke (eind)advisering en (eind)beoordeling in de slotvergadering met de voltallige Adviescommissie is geschied. Bij gebrek aan

² Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.129.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

verslaglegging van de deelvergaderingen en de slotvergadering is het voor de bezwarencommissie tot op heden onduidelijk, behoudens in één bezwaarzaak, bij welke aanvragen welke leden uit de "deelcommissies" zijn betrokken.

Ons kenmerk

C2269672/4810982

De bezwarencommissie stelt, gelet op het voorgaande, vast dat het advies van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met artikel 2:4 van de Awb in samenhang gezien met artikel 7, vierde lid, van het Reglement. Ondanks (in)directe betrokkenheid bij een cultuurstelling waarvoor ook subsidie is aangevraagd, heeft het Adviescommissielid deelgenomen aan de voorbereiding en vaststelling van de eerstgenoemde ('eigen') aanvraag en van alle overige aanvragen van concurrerende instellingen.

Dat is een dermate wezenlijk, niet te herstellen gebrek, dat het juridische fundament onder de gevolgde procedure uit slaat. Reeds hierom zijn de adviezen van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op zorgvuldige wijze tot stand gekomen en had uw college deze niet ten grondslag mogen leggen aan het besluit.

De bezwarencommissie overweegt dat voor de beoordeling en advisering in een tenderverdeelpprocedure zoals door verweerder is ingevuld, geldt dat in beginsel ieder Adviescommissielid van de Adviescommissie BrabantStad cultuur dat bij *enige* subsidieaanvraag (in)directe betrokkenheid heeft, niet mag adviseren. Anders zou dit lid namelijk kunnen bevorderen of beïnvloeden dat bepaalde aanvragen minder punten toebedeeld krijgen op de toepasselijke subsidiecriteria dan de 'eigen' aanvraag, waardoor de kans op subsidie voor laatstbedoelde subsidieaanvraag toeneemt. Ten aanzien van het betreffende Adviescommissielid bestaat naar het oordeel van de bezwarencommissie in ieder geval een schijn van belangenverstrengeling, nu dit lid de besluitvorming ten aanzien van de aanvraag waarbij het lid (in)direct betrokken was, door diens oordeel en advies over alle aanvragen, waaronder de overige concurrerende aanvragen, (in)direct zou kunnen beïnvloeden.

Alles overziende betekent het voorgaande dat de advisering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, zodat het advies niet aan het primaire besluit ten grondslag gelegd had mogen worden. Het vorenstaande brengt tevens mee dat het besluit van uw college in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig is voorbereid.

Reeds daarom dienen bij de te nemen beslissing op bezwaar de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen. De bezwarencommissie vindt mede steun voor het voorgaande in de uitspraak van het Cbb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155 en van de Rechtbank Amsterdam van 10 juni 2011, ECLI:RBAMS:2011:BQ9859.

Voorts dient uw college bij de te nemen beslissing op bezwaar mede te betrekken dat nog altijd onduidelijk is, en daarmee boven de markt blijft hangen, of wat zojuist is overwogen wellicht ook heeft te gelden voor andere leden van de Adviescommissie Brabantstad cultuur. Daartoe bestaan aanknopingspunten, zoals mede aangestipt in het initiële advies van de bezwarencommissie van 2 november 2020 inzake BZW.20.128.001. Met de door uw college overgelegde stukken, of liever bij gebreke daaraan, is niet inzichtelijk gemaakt of ten aanzien van dat Adviescommissielid ook strijd ontstaat met artikel 2:4 van de Awb en artikel 7, tweede lid, van het Reglement Adviescommissie Brabantstad cultuur. Dat kan de bezwarencommissie echter niet beoordelen. Relevant kan dat niettemin wel zijn, omdat óók het (mede)adviseren door een Adviescommissielid dat zich ten aanzien van één aanvraag zou hebben verschoond in een (voorbereidende) deelcommissievergadering, terwijl dat lid wel in volle omvang aan de slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen en dientengevolge ook - bij gebreke aan een inzichtelijke tegenargumentatie - over die aanvraag heeft geadviseerd, in het licht van artikel 2:4 van de Awb zou stuiten op een wezenlijk gebrek. In lijn met artikel 7:12 van de Awb dient dat deugdelijk te worden gemotiveerd in de te nemen beslissing op bezwaar. Ten aanzien van het Adviescommissielid (BZW.20.141.001) dat zich - naar onweersproken is gebleven - vanwege zijn ongenoegen over de werkwijze van de Adviescommissie vanaf medio maart 2020 zou hebben teruggetrokken en in het geheel geen deel (meer) zou hebben genomen aan de Adviescommissie, ziet de bezwarencommissie geen aanleiding om aan die stellingname van uw college te twijfelen, hoewel diens vertrek niet vaststaat. Dat is op geen enkele wijze door uw college inzichtelijk gemaakt. Mede gelet op de processtukken verdient ook dat onderdeel een verhelderende, deugdelijke motivering.

Ons kenmerk
C2269672/4810982

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming: geen inzage in hoger geëindigde aanvragen

De bezwarencommissie heeft ambtshalve kennisgenomen van het feit dat de tekst van alle initiële adviezen integraal te vinden is op de website Brabant.nl. De bezwarencommissie staat daar positief tegenover, maar merkt wel op dat dit bestand niet de nadere adviezen bevat, nog los van wat daaromtrent hiervoor overwogen is. Ook is dit bestand pas op 23 november 2020 op de website geplaatst, ruim nadat de eerste bezwaarprocedures waren gestart. Die op de site gepubliceerde initiële adviezen maken geen onderdeel uit van de processtukken.

In deze tenderverdeelpprocedure is aan bezwaarmaakster geen inzage geboden in de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en zijn evenmin stukken ter inzage gelegd om de beoordelingen van de Adviescommissie van de hoger (dan bezwaarmaakster) in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren.

Voorts zijn op 23 november 2020 uitsluitend de gehonoreerde aanvragen gepubliceerd. Voor zover via de website over die gehonoreerde aanvragen inzage is geboden, merkt de bezwarencommissie op dat dat niet het geval is voor alle hoger dan bezwaarmaakster in de rangorde geëindigde aanvragen. De aanvragen onder de zaaglijn, maar hoger geëindigd dan de aanvraag van bezwaarmaakster, zijn niet gepubliceerd. Bezien vanuit het vereiste van adequate, effectieve rechtsbescherming volstaat in dit concrete geval een werkwijze zoals hiervoor weergegeven, niet. Vergelijk de Holland Opera-uitspraak.

Ons kenmerk

C2269672/4810982

Slotsum

Gelet op al op hetgeen hiervoor is overwogen, concludeert de bezwarencommissie dat de door de adviseurs gevolgde procedure van advisering en de totstandkoming van het advies zodanige ernstige en wezenlijke gebreken vertonen en niet op voldoende zorgvuldig is geschied, dat uw college - reeds op procedurele gronden - niet van het advies mocht uitgaan en het aan de primaire besluit ten grondslag mocht leggen. Niet kan worden gesteld dat uw college voldaan heeft aan de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan het in artikel 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsvereiste en de in artikel 3:46 van de Awb neergelegde motiveringsverplichting.

Bij de te nemen beslissing op bezwaar dienen de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen.

Gelet hierop behoeven de resterende gronden van bezwaar - die zich vooral richten op de deugdelijkheid van de inhoud van het advies - geen verdere bespreking. Vanwege de aard en inhoud van dit advies laat de bezwarencommissie dat dan ook onbesproken.

Voor de goede orde overweegt de bezwarencommissie nog het volgende. Dat vanwege geconstateerde gebreken in de gevolgde tenderprocedure sprake is van schending van de vergewisplicht en strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, brengt niet automatisch met zich dat bezwaarmaakster(s) daardoor zonder meer in aanmerking komt voor subsidie.

Het voorgaande zegt immers uitsluitend iets over de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure. Het is aan uw college hoe in het vervolg van de bezwaarprocedure om te gaan met de geconstateerde gebreken.

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij uw college om bij uw beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond te verklaren, en

- het bestreden besluit te herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit op de aanvraag te nemen, met inachtneming van dit advies.

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Ons kenmerk

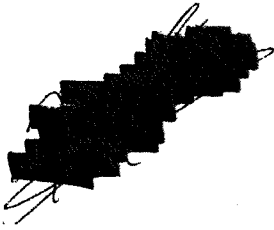
C2269672/4810982

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor bezwaarschriften en klachten,
namens deze,



voorzitter

secretaris

Hoor- en adviescommissie

Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant
Postbus 90151
5200 MC 'S-HERTOGENBOSCH

Brabantlaan 1
Postbus 90151
5200 MC 's-Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 28 12
Fax (073) 680 76 80
www.brabant.nl
IBAN NL86INGB0674560043

Bereikbaarheid
openbaar vervoer en fiets:
www.brabant.nl/route

Onderwerp

Advies inzake het bezwaar tegen het besluit van 19 juni 2020 tot weigering van de gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024
Geacht college,

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten Noord-Brabant (hierna telkens: de bezwarencommissie) deelt u het volgende mee.

Tegen uw besluit van 19 juni 2020, met kenmerk C2258736/4656480, tot weigering van de door Stichting BioArt Laboratories gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024, is een bezwaarschrift ingediend door: J. Essaidi, namens Stichting BioArt Laboratories, De Zicht 9, 5502 HV te Veldhoven (hierna: bezwaarmaakster).

Nadere stukken

Partijen hebben overeenkomstig artikel 7:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de gelegenheid gehad om nadere stukken in te dienen. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt door bezwaarmaakster door op 18 november 2020 aanvullende stukken in te dienen. Door verweerder is op 9 november 2020 een verweerschrift ingediend.

Beslistermijn

Op verzoek van de hoor- en adviescommissie is de termijn voor de afhandeling van het bezwaarschrift met instemming van bezwaarmaakster op grond van artikel 7:10 van de Awb opgeschort met ingang van 1 augustus 2020 tot en met 24 augustus 2020.

In deze zaak is gezocht naar een oplossing van het geschil. Gelet daarop is de termijn voor de afhandeling van het bezwaarschrift, met instemming van bezwaarmaakster, op grond van artikel 7:10 van de Awb opgeschort met ingang van 24 augustus 2020 tot en met 5 oktober 2020.

Datum

24 december 2020

Zaaknummer

BZW.20.116.001

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Uw kenmerk

C2270777

Contact

Telefoon

Email

bezwaar@brabant.nl

Bijlage(n)

Verslag

Bijlage 1

Bijlage 2

Pleitnota

Hoorzitting

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten tijdens de op 30 november 2020 gehouden hoorzitting. Hiervan is gebruik gemaakt namens bezwaarmaakster en door een vertegenwoordiging van uw college.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Naar aanleiding van de hoorzitting op 30 november 2020 heeft de bezwarencommissie verweerder in de gelegenheid gesteld om schriftelijk te reageren op de door bezwaarmaakster ingebrachte pleitnota. Door verweerder is op 7 december 2020 een schriftelijke reactie uitgebracht. Bezwaarmaakster heeft op deze schriftelijke reactie gereageerd bij schrijven van 14 december 2020.

Naar aanleiding van de uitgewisselde standpunten heeft op 21 december 2020 een tweede hoorzitting plaatsgevonden. Namens bezwaarmaakster en door een vertegenwoordiging van uw college is hiervan gebruik gemaakt.

Van hetgeen aan de orde is geweest op de hoorzitting(en) is een verslag gemaakt dat u ook in de bijlagen aantreft.

Ontvankelijkheid

Uw besluit is op 19 juni 2020 bekendgemaakt door toezending aan belanghebbenden. Op grond van de artikelen 6:7 en 6:8 van de Awb kon een bezwaarschrift uiterlijk op 31 juli 2020 worden ingediend. Het bezwaarschrift is binnen de gestelde termijn ingediend en voldoet ook verder aan alle gestelde ontvankelijkheidseisen.

Procesverloop

Op 30 januari 2020 heeft bezwaarmaakster een aanvraag om subsidie ingediend voor de activiteiten in 2021-2024 in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, Professionele kunsten 2021-2024 (hierna te noemen: de Subsidieregeling).

De aanvraag is ingediend voor 'overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten'. In artikel 1.10 van de Subsidieregeling is het subsidieplafond voor de aanvraagperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020 vastgesteld op € 11.126.835.

De aanvraag is krachtens artikel 1.13 van de Subsidieregeling ter advisering over artikel 1.6 en artikel 1.12 voorgelegd aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna telkens te noemen: de Adviescommissie).

De Adviescommissie is ingesteld om deskundigheid, kennis en objectiviteit te borgen. De Adviescommissie bestaat uit vijftien leden en een voorzitter die

samen beschikken over een brede kennis en kundigheid over het culturele veld in Noord-Brabant en daarbuiten.

De Adviescommissie heeft alle aanvragen beoordeeld en van een advies voorzien. Op basis van de verdeelcriteria uit artikel 1.12 van de Subsidieregeling zijn punten toegekend waardoor een rangschikking van de aanvragen tot stand is gekomen. De Adviescommissie heeft haar advies, inclusief de bijbehorende beoordeling, toegezonden aan uw college.

Ons kenmerk
C2270775/4799866

Uw college heeft besloten de adviezen en de hieruit voortvloeiende rangschikking van de Adviescommissie ten aanzien van de subsidieaanvragen over te nemen. Het beschikbare subsidiebudget is in de volgorde van de rangschikking verdeeld over de aanvragen die volledig gehonoreerd konden worden. Dat waren de aanvragen met totaalscores van 278 punten en hoger, waarmee het subsidieplafond werd bereikt.

In het bestreden besluit van 19 juni 2020 is de aanvraag, met toepassing van de vergewisplicht als bedoeld in de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie waarin aan de aanvraag een totaalscore van 270 punten is toegekend, geweigerd. De grondslag van het besluit berust op artikel 4:25, tweede lid, van de Awb, aangezien het subsidieplafond van de Subsidieregeling reeds was bereikt.

Tegen dit besluit is het onderhavige bezwaar ingediend.

Naar aanleiding van het bezwaar heeft (een deel van) de Adviescommissie op verzoek van uw college een (ongedateerd) nader advies uitgebracht.

Gronden van bezwaar

Bezwaarmaakster brengt, zakelijk samengevat, het volgende naar voren.

1. De Adviescommissie heeft het criterium "artistiek-inhoudelijke kwaliteit verkeerd gehanteerd en dit criterium niet afgestemd op het type instelling, hetgeen effect heeft op de algehele beoordeling van de aanvraag. De constatering dat de artistieke visie beter uitgewerkt had kunnen worden mist een nadere motivatie. De artistiek-inhoudelijke visie staat zeer sterk omschreven in hoofdstuk 4 "Subsidiecriteria" en in hoofdstuk 1 "Inleiding". De Raad voor Cultuur is lovend over de sterke inhoudelijke onderzoekslijn die wordt geformuleerd voor de periode 2021-2024. In dit licht bezien is de conclusie van de Adviescommissie Brabantstad cultuur onzorgvuldig en gebrekkig. De Adviescommissie geeft aan dat het kunstzinnige aspect meer in balans gebracht had kunnen worden met de wetenschappelijke en (bio)-technologische kant. Het is juist deze balans tussen het kunstzinnige aspect en de wetenschap (bio)technologie wat onze expertise is en waar onze

inhoudelijke onderzoekslijn deels ligt. Dit wordt dan ook uitgebreid toegelicht in hoofdstuk 4.

Het kunstzinnige aspect wordt in de regeling en toelichting niet nader omschreven. Er wordt gewezen op oorspronkelijkheid en onderscheidend vermogen. Dit staat in Hoofdstuk 3 (blz. 8 uitvoerig toegelicht; "BioArt Laboratories heeft een unieke positie en onderscheidt zich van andere partijen binnen het veld van biokunsten").

Er is tevens een gedegen balans zichtbaar in de onderbouwing van het vakmanschap (Hoofdstuk 4).

Ons kenmerk

C2270775/4799866

De balans is ook terug te vinden in de omschrijving van de faciliteiten; een eigentijdse combinatie van wetlab, (bio)chemisch laboratorium, atelier, makerspace en presentatieplek onder één dak.

De Adviescommissie Brabantstad cultuur geeft aan dat er maar weinig zicht is op wat de resultaten zouden kunnen zijn; De resultaten worden echter overzichtelijk weergegeven en toegelicht in Hoofdstuk 2. Ook Hoofdstuk 4 heeft een uitgebreide beschrijving van activiteiten en resultaten. Er zijn zes bladzijden met opsomming van activiteiten en beoogde resultaten.

De Adviescommissie dient haar punten van kritiek te onderbouwen.

2. De zakelijke kwaliteit van BioArts en haar team wordt gezien als een van de sterkste pijlers van de Stichting. Dit is de gedeelde mening van onder andere de Europese Commissie voor EU-prijs voor vrouwelijke ondernemers. Gewezen zij ook op de functies en nevenfuncties van directeur-bestuurder Jalila Essaidi. Een honorarium voor de raad van toezicht is, op grond van de Governance Code Cultuur (en niet diens voorganger Code Cultural Governance, waar de adviescommissie naar verwijst) toegestaan. Deze uitspraak druist ook in tegen de Fair Practice Code waarbij er recht is op een eerlijke vergoeding. Toepassen van de verkeerde code en het verkeerd toepassen van een code wijst op onzorgvuldigheid bij de adviescommissie en heeft de score negatief beïnvloed.

De Adviescommissie noemt de verhouding tussen publieke subsidies en eigen inkomsten zwak, maar geeft hiervoor geen motivatie. De verhouding tussen inkomstenbronnen is sterk afhankelijk van het instellingstype.

Daarnaast is bij BioArts de verhouding tussen publieke subsidies en eigen inkomsten wel degelijk sterk. Er wordt tevens voldaan aan de gangbare percentages, zoals vermeld in het advies van de Raad voor Cultuur "financiering van cultuur". Met 26% eigen inkomsten ligt dit percentage ruimschoots boven de gangbare norm van 21%.

De Adviescommissie concludeert dat de financiering sterk leunt op de BIS-aanvraag en ziet dit als een risico. Het is niet de adviescommissie om hier een oordeel over te hebben. Los daarvan is de functie van Bioarts als ontwikkelinstelling haar op het lijf geschreven en daarover is ook een

positief advies uitgebracht door de Raad voor Cultuur op de BIS-aanvraag. Er was geen indicatie waaruit herleid kon worden dat de beschikbare middelen voor de functie van ontwikkelinstelling mogelijk beperkt zouden zijn en er dus een risico werd gelopen. Als backup voor de middelen van OCW via BIS-aanvraag is een aanvraag ingediend bij het Rijksfonds Stimuleringsfonds Creatieve Industrie voor een vierjarige instellingssubsidie. Aanvraag en indieningsdata van BIS en Rijksfondsen zijn speciaal hiervoor op elkaar afgestemd.

Ons kenmerk
C2270775/4799866

3. De beoordeling van de Adviescommissie met betrekking tot publiekswerking wordt niet herkend. Strategische keuzes voor de marketing en communicatiestrategie zijn tot stand gekomen met hulp van de prijswinnende citymarketing organisatie EHV365.

De Adviescommissie constateert dat een breder publiek moeilijk wordt bereikt. Daarmee wordt onterecht het standpunt in genomen dat grotere bezoekersaantallen een duurzame opbouw van publiek en het verbinden met bredere doelgroepen betekent. Hier wordt kwaliteit en diversiteit van doelgroepen vergist met kwantiteit. Een breed publiek is niet per definitie een groot publiek. Het gaat om diversiteit aan soorten mensen. Bezwaarmaakster verkiest kwaliteit boven kwantiteit. Het bereiken van een groot publiek is geen subsidievereisten. In de Aanvraag wordt uitgebreid ingegaan op de samenstelling van een breed publiek. In de paragraaf 'Codes' worden diverse voorbeelden aangehaald om de drempel voor een breder en diverser publiek te verlagen. Er wordt tevens ingegaan op de partners die hierbij betrokken worden en op duurzame opbouw van het publiek met het oog op de toekomst. De Adviescommissie Brabantstad cultuur constateert dat een gedegen publiciteitsplan en sterkte/zwakte analyse ontbreekt. Het format van de aanvraag biedt geen ruimte het communicatieplan toe te voegen, maar de belangrijkste componenten zijn in de aanvraag verwerkt.

Motivatie ontbreekt bij de opmerking dat de presentaties tijdens de DDW weliswaar veel mensen bereikt, maar soms uitleg en context wordt gemist. In de aanvraag is beschreven dat de aanpak op een interactieve wijze context tailormade afstemt op het publiek. Deze interactie is een integraal onderdeel van het ontwikkelingstraject. De Adviescommissie Brabantstad cultuur concludeert dat de nieuwe locatie de potentie heeft meer publiek te bereiken, maar dat dit niet voldoende is meegenomen in het plan. Deze constatering ontbeert een nadere motivering en is gebaseerd op de aanname dat de nieuwe locatie een grotere potentie heeft om meer publiek te bereiken. In de aanvraag wordt op diverse momenten ingegaan op de rol van de nieuwe locatie en de aspecten die het bereiken van meer publiek suggereren. In de aanvraag wordt tevens ingegaan op groeimogelijkheden van de locatie met betrekking tot publiekswerking.

4. Met betrekking tot het criterium Bijdrage Brabantse culturele infrastructuur geeft de Adviescommissie aan dat de organisatie interessante samenwerkingspartners heeft, maar niet altijd duidelijk maakt waaruit die samenwerking precies bestaat.

Bezwaarmaakster wijst erop dat in de aanvraag diverse samenwerkingspartners staan vermeld met een duidelijke inhoudelijke toelichting. Een ander deel van de samenwerkingspartners staan vermeld om de positionering van BioArts duidelijk te maken binnen de context van diverse topsectoren in de provincie. Deze zijn niet inhoudelijk betrokken bij de programmering en derhalve niet inhoudelijk toegelicht. Bij alle bezwaren inzake de verdeelcriteria concludeert bezwaarmaakster dat de kritiekpunten niet van cruciale betekenis zijn en met de weerlegging ervan zou de beoordeling voor elk criterium uit moeten komen op 80-90.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

5. Bezwaarmaakster wijst op (mogelijke) belangenverstrengeling. Er zijn grote twijfels met betrekking tot de rol van de stichting Cultuur Eindhoven. Bezwaarmaakster wil inzicht in de commissieleden die de aanvraag hebben gelezen en beoordeeld, alsmede een gedetailleerde en gemotiveerde verslaglegging van de beoordeling. Er zou een commissielid zijn die in de beoordelingscommissie Stichting Cultuur Eindhoven, integrale commissie Stichting Cultuur Eindhoven en de adviescommissie zitting heeft. Er is grote twijfel over de onafhankelijkheid van de voorzitter van de beoordelingscommissie van de provincie.

In haar nadere reactie van 14 december 2020 heeft bezwaarmaakster de gronden van bezwaar aangevuld. Kortheidshalve brengt bezwaarmaakster het volgende naar voren.

6. Er is sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel door niet in de gelegenheid te zijn gesteld een aanvraag in te dienen op grond van artikel 1.4 sub a van de subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant.
7. Bezwaarmaakster stelt dat er sprake is van strijd met het motiveringsbeginsel. Het door de Adviescommissie uitgebrachte aanvullende advies bevat hoofdzakelijk herhalingen van het oorspronkelijke advies en bevat geen nadere motiveringen.
8. Bezwaarmaakster maakt een aantal vergelijkingen met andere, wel gehonoreerde subsidie-aanvragen.

Wettelijk kader

Het wettelijk kader wordt gevormd door de Awb, de Subsidieregeling en het Reglement Adviescommissie Brabantstad Cultuur (hierna: Reglement Adviescommissie). De relevante bepalingen zijn opgenomen in de bijlage bij dit advies.

Leeswijzer

Voorafgaand aan de beoordeling stelt de bezwarencommissie eerst een aantal uitgangspunten voorop. Die uitgangspunten hebben achtereenvolgens betrekking op:

- de aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag
- I. De vergewisplicht van uw college
 - I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure
 - I.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting
 - I.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling
 - I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies
- II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Uitgangspunten voor de beoordeling

Aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een subsidieaanvrager om ervoor zorg te dragen dat bij de aanvraag alle informatie wordt gevoegd die voor de beslissing op de aanvraag nodig is. Uit de aard van een tenderverdeelpcedure vloeit echter voort dat alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens vóór de sluiting van de aanvraagtermijn moeten zijn overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van ná de sluiting van de aanvraagtermijn in een tenderverdeelpcedure zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tendersysteem centraal staan. Later aangeleverde informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van een binnen de aanvraagtermijn ingediende aanvraag, kan daarom niet worden meegenomen bij een herbeoordeling van die aanvraag. Vergelijk de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:740 en van 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

I. De vergewisplicht van uw college

De bezwarencommissie stelt voorop dat uw college bij het verlenen van subsidie op grond van de Subsidieregeling en bij de invulling van de daarin neergelegde vereisten beleidsruimte toekomt. Uw college heeft beoordelingsruimte bij de waardering van de aanvragen. De bezwarencommissie ziet zich voor de beantwoording van de vraag geplaatst of uw college in redelijkheid tot het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag heeft kunnen komen. Daarbij dient te worden betrokken de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure en de inzichtelijkheid, transparantie en deugdelijkheid van de motivering van het besluit, met inbegrip van het daaraan ten grondslag liggende advies van uw Adviescommissie. Het toepasselijke wettelijke kader wordt gevormd door de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb. Vooropgesteld moet worden dat uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb volgt dat een bestuursorgaan dat gebruik maakt van een adviescommissie zich ervan dient te vergewissen dat het door de

adviescommissie verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

Deze vergewisplicht is tweeledig:

- a) de door de adviseurs gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en
- b) het advies moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.

Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het besluit en kan het bestuursorgaan in het besluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. Voorts volgt uit artikel 3:8 van de Awb dat in of bij het besluit de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt dat, indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag hebben gelegen en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een aanvraag van dat advies mag uitgaan. Dat uitgangspunt geldt niet als er concrete aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die zorgen voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies, aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan, aan de samenstelling en werkwijze van de ingeschakelde adviescommissie of de hoedanigheid van de adviseurs, aan de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of aan het aansluiten van de conclusies daarop. Vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100 en de uitspraak van de AbRS van 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3876.

In dat geval mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Vergelijk ook de uitspraken van de AbRS van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2388 en AbRS van 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2227.

I.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting

De bezwarencommissie wijst erop dat zich in de rechtspraak over de verdeling van schaarse publieke rechten, waaronder subsidiemiddelen, een rechtsontwikkeling heeft voorgedaan met betrekking tot de zogeheten mededingingsnorm. In de uitspraken van de AbRS van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) en van 11 juli 2018 (Geobox /GS Noord-Brabant, ECLI:NL:RVS:2018:2310) heeft de hoogste bestuursrechter geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door het bestuur aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze 'reële mededingingsruimte' wordt geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Expliciet is daarbij geoordeeld dat de rechtsnorm óók van toepassing is bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen in een tenderprocedure,

zoals hier aan de orde. Om 'reële mededingingsruimte' te waarborgen, geldt een zogeheten transparantieplichting. Dat betekent dat het betreffende bestuursorgaan een '*passende mate van openbaarheid*' moet garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip, de indieningsvereisten en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan (tijdig) kennis kunnen nemen. Bij aanvang van de subsidieverdeelprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

Om de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure te waarborgen, dient de samenstelling en werkwijze van een adviescommissie zodanig te zijn dat strijd met artikel 2:4 van de Awb wordt voorkomen. Ingevolge artikel 2:4, tweede lid, van de Awb, waakt een bestuursorgaan ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Deze wettelijke verplichting geldt evenzeer voor de adviseur(s) waarvan het bestuursorgaan gebruik maakt. De verplichting kan nader worden ingevuld door een reglement, waarin artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur voorziet. Ingevolge artikel 7, vierde lid, onthoudt een Adviescommissielid zich van deelname aan de besprekingen en de stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag sprake kunnen zijn van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een adviescommissielid, dan kan het betreffende lid niet adviseren.

Een tenderverdeelsysteem brengt namelijk met zich dat een adviescommissielid dat daarbij belang heeft, door middel van een negatieve beoordeling van de kwaliteit van een aanvraag, kan bevorderen dat minder aanvragen voldoen aan het kwaliteitscriterium, waardoor er een kleiner beslag wordt gelegd op het beschikbare subsidiebudget en de kans op subsidie voor de positief beoordeelde aanvragers toeneemt. Indien het subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen te kunnen honoreren, heeft een adviescommissielid met (in)directe betrokkenheid bij een aanvraag in dezelfde subsidieronde, een belang bij de uitkomst van de advisering over de andere aanvragers en bestaat ten aanzien van dat lid de schijn van belangenverstrengeling. Zelfs wanneer het betreffende adviescommissielid zich verschoont bij de advisering over 'zijn' aanvraag, is dat onvoldoende om die schijn weg te nemen. Daarbij is niet van belang of er een concrete aanwijzing bestaat dat het adviescommissielid negatief stond tegenover de andere aanvragen. Kortheidshalve wordt verwezen naar de relevante jurisprudentie (AbRS 24 maart 2010,

ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, Theatercompagnie en CBb 13 juni 2016,
ECLI:NL:CBB:2016:155).

Ons kenmerk

C2270775/4799866

I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens het tot stand is gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van het advies is gevolgd. De inhoud van het advies moet concludent zijn. In een tenderverdeelpcedure moet het advies inzicht bieden in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen en een 'passende verantwoording' bevatten over het verband tussen de deskundigenoordelen en de beoordelingscriteria. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn: puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen daarover moet beschikbaar zijn. De motivering kan na bezwaar worden aangevuld, maar dan moet de nadere toelichting zijn geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de adviescommissie zijn voorgelegd. Vergelijk de uitspraken van CBb van 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, van 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297 en van 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:300, alsmede de uitspraken van de AbRS van 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2676 en van 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naast het wettelijke kader is minstens zo belangrijk de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechtters ter zake van de rechtsbescherming bij de verdeling van subsidies via de tendersystematiek.

Uit de uitspraak van de AbRS van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera) volgt dat ook in de tenderverdelingssystematiek effectieve rechtsbescherming moet worden geboden aan alle aanvragers. Voor een aanvrager die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond reeds eerder is bereikt, houdt effectieve rechtsbescherming in dat hij zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals ook hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken. Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die andere aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang

dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering.

De motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag moet ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Alleen dan kan immers in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt (of beroep instelt) tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaanastbaar zijn geworden.

Uit wat hiervoor is overwogen, volgt naar het oordeel van de AbRS (in dezelfde uitspraak) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en diensgevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd. Vergelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958 (ro. 8 en 9).

Beoordeling bezwarencommissie

Ad 1. De vergewisplicht van uw college

Naar het oordeel van de bezwarencommissie vertoont de gevolgde tenderprocedure (reeds) *in procedurele zin* dermate wezenlijke gebreken, dat de advisering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze is geschied. Dat leidt ertoe dat de adviezen van die Adviescommissie niet aan de primaire besluiten ten grondslag hadden mogen worden gelegd. De bezwarencommissie acht de besluiten van uw college dan ook in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig voorbereid. Gelet op zowel de aard en systematiek van de gevolgde tenderprocedure als de - onbetwiste - onverbreeklijke samenhang tussen de onderlinge subsidiebesluiten,

treft dat ook het onderhavige besluit. De in dit advies te signaleren procedurele gebreken staan immers niet op zichzelf, maar zien op de beoordeling van *alle* subsidieaanvragen uit deze tenderronde.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Ad I. De op de za(a)k(en) betrekking hebbende stukken / informatievoorziening

De bezwarencommissie stelt voorop dat zij zich bij de behandeling van de bezwaardossiers in deze tenderverdeelprocedure geconfronteerd weet met erg gebrekkige informatievoorziening van de zijde van uw college. Naarmate de bezwaarprocedure(s) vorderde(n), werden telkens nieuwe op de zaak betrekking hebbende stukken en nieuwe informatie naar voren gebracht. In het bijzonder zijn door uw college nieuwe feiten en omstandigheden naar voren gebracht, bij de bezwarencommissie bekend geworden vanaf 8 december 2020, die een ander licht doen werpen op de zorgvuldigheid van de gevolgde tenderprocedure. De bezwarencommissie ziet zich als gevolg van de gebrekkige en in tijd gefaseerde informatievoorziening genoodzaakt om de in deze tenderronde eerder uitgebrachte adviezen van 2 november 2020 (BZW.20.128.001) en 3 december 2020 (BZW.20.126.001) van een aanvullend advies te voorzien.

Ad I. Het ontbreken van verslaglegging van de adviescommissievergaderingen

De bezwarencommissie constateert dat er één plenaire Adviescommissievergadering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur op 15 april 2020 heeft plaatsgevonden, welke is voorafgegaan door twaalf vergaderingen in kleinere samenstelling door verschillende "deelcommissies". Door de Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn geen vergaderverslagen of notulen ter beschikking gesteld. Desgevraagd heeft uw college bevestigd dat er in het geheel geen verslagen zijn opgemaakt van de deelvergaderingen en de plenaire slotvergadering. De bezwarencommissie stelt dan ook vast dat, in strijd met artikel 8 van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur, verslagen van de vergaderingen, geaccordeerd door de voorzitter, ontbreken. Volgens de vertegenwoordiging van uw college zijn die verslagen niet opgemaakt vanwege de digitale wijze van vergaderen en de aanwezigheid van de voorzitter bij alle vergaderingen. Het advies zou een weergave zijn van hetgeen in de vergaderingen is besproken. Wat daar verder ook van moge zijn, door het ontbreken van de voorgeschreven verslaglegging wordt op geen enkele wijze inzicht verschaft over wat er tijdens de twaalf deelvergaderingen en de dertiende plenaire slotvergadering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur of de "deelcommissies" is besproken. Over welke bevindingen en afwegingen zijn gemaakt en onderling zijn gedeeld en ten aanzien van de onderlinge verhoudingen of eventuele stemmingen over de puntenverdeling, tasten bezwaarmakers en de bezwarencommissie nog altijd in het duister. Hierdoor heeft de advisering niet op transparante en daarmee controleerbare wijze plaatsgevonden. Dat is strijdig met wat hiervoor onder 'uitgangspunten - II. Effectieve rechtsbescherming' is vooropgesteld.

Ad i.a. De zorgvuldigheid van de procedure: samenstelling van de Adviescommissie en deskundigheid van de adviseurs

De bezwarencommissie overweegt dat het voor bezwaarmakers en voor de bezwarencommissie onbekend is gebleven wat de samenstelling was van de "deelcommissies" die de initiële adviezen hebben voorbereid en tevens van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur, de adviseur die de initiële adviezen heeft uitgebracht in deze besluitvormingsprocedure. Ook de samenstelling van de "deelcommissies" die de nadere adviezen hebben uitgebracht, is niet bekendgemaakt. Artikel 3:8 van de Awb vereist echter dat de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht. Het ontbreken daarvan leidt ertoe dat de totstandkoming van het advies een gebrek vertoont, niet alleen omdat de vermelding op zichzelf al een eis van behoorlijkheid is jegens degene tot wie het besluit is gericht, maar tevens omdat dit een rol kan spelen indien over het besluit een geschil mocht ontstaan.

De bezwarencommissie merkt op dat een bezwaarmaker, door het ontbreken van de namen van de betrokken Adviescommissieleden, niet kan controleren welke Adviescommissieleden hebben geadviseerd. Hierbij verwijst de bezwarencommissie naar wat daarover onder "uitgangspunten" is overwogen.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Ad i.a. De zorgvuldigheid van de procedure: werkwijze adviseurs

Op basis van de stukken staat vast dat de initiële adviezen in deze tenderronde zijn vastgesteld door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur tijdens de slotvergadering van 15 april 2020. Bij die gelegenheid zijn ook de scores van alle adviezen en de uiteindelijke ranking bepaald. Bij gebrek aan verslaglegging van die slotvergadering is echter onbekend welke Adviescommissieleden hebben deelgenomen aan die slotvergadering, welke bevindingen zij onderling hebben gedeeld en tot welke afwegingen en conclusies zij zijn gekomen. Wél staat vast dat de voltallige Adviescommissie heeft geadviseerd. Het laatste leidt ertoe dat door de diverse "deelcommissies" niet is geadviseerd, maar slechts voorbereidend werk is verricht. Het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur voorziet bovendien niet in (de figuur van) "een deelcommissie", zodat uitgegaan moet worden van advisering door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Tegen deze achtergrond wekt het des te meer bevreemding, dat in een e-mailbericht met het onderwerp "Vorbereidende informatie vergaderingen Adviescommissie BrabantStad Cultuur" van 26 februari 2020 van 9.17uur¹ onder meer te lezen valt:

*"Beste adviseur van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur,
(...)*

Integrale afweging op 15 april (twee dagdelen)

Zoals al ter sprake kwam op 13 februari is het belangrijk dat de hele commissie aan het einde samenkomt om te kunnen reflecteren over het geheel. Dit

¹ Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.128.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

betekent dat alle aanvragen in te zien zijn, om de adviescommissie in staat te stellen een beeld te kunnen krijgen over alle aanvragen, in alle diversiteit. Het lezen van alle aanvragen is niet nodig, we willen alleen benadrukken dat we enkel verwachten dat je 'de eigen aanvragen voor de eigen vergaderdelen' voorbereidt, leest en beoordeelt.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Tijdens de afsluitende vergadering doen we de hele advisering per aanvraag zeker niet overnieuw, maar concentreren we ons op observaties, reflecties en bijzonderheden. We overzien de complete ronde en de adviescommissie kan aangeven wat haar is opgevallen, maar ze kan ook aanbevelingen doen. We buigen ons bijvoorbeeld over de subsidieplafonds en de mogelijke consequenties voor instellingen. Daarnaast is een uitspraak over de betekenis van de instellingen in de provincie Brabant in relatie tot de verschillende gemeenten (lokale inbedding) een belangrijk punt."

Deze gang van zaken acht de bezwarencommissie niet in lijn met de eerdergenoemde uitgangspunten en de heersende jurisprudentie. De adviezen van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn naar het oordeel van de bezwarencommissie niet zorgvuldig tot stand gekomen.

Een daaraan verwant aspect is de signalering dat naar aanleiding van de ingediende gronden van bezwaar, subsidieaanvragen voor nader advies zijn teruggelegd. Die nadere advisering geschiedde echter door een "deelcommissie" en niet door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur, zijnde de adviseur die diende te adviseren en in alle zaken ook het initiële advies heeft uitgebracht.

De - voor bezwaarmakers en de bezwarencommissie onbekend gebleven - samenstelling van de "deelcommissie(s)" blijkt echter desgevraagd anders te zijn dan die van de voltallige Adviescommissie die het initiële advies heeft vastgesteld en uitgebracht (en dan de "deelcommissie" die het initiële advies in een betreffende aanvraag heeft voorbereid). Dat acht de bezwarencommissie in strijd met het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur en de daarbij te betrachten zorgvuldigheid.

Ad 1.a.1 Bieden van reële mededingingsruimte

Naar het oordeel van de bezwarencommissie kan de wijze waarop in de onderhavige tenderverdeelprocedure invulling is gegeven aan de verplichting tot het bieden van reële mededingingsruimte, in het bijzonder het vereiste van een 'passende mate van openbaarheid', de toets der kritiek niet doorstaan. Uw college dient deze openbaarheid te garanderen met betrekking tot - onder meer - de toe te passen criteria. Voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd. De door de Adviescommissieleden te gebruiken 'Handreiking beoordelingskader' blijkt desgevraagd echter allesbehalve uitputtend en ondubbelzinnig te zijn bedoeld. Mede gezien de standpuntbepaling van uw college hieromtrent dient het (slechts) als

'hulpmiddel' bij de beoordeling van de subsidieaanvraag, het activiteitenplan en andere bijbehorende verplichte bijlagen te worden beschouwd, aldus uw college. Een Adviescommissielid blijkt bij de beoordeling zelfs enige "vrijheid" toe te komen, aldus uw college, waardoor bepaalde beoordelingsaspecten mogelijk minder gewicht krijgen dan andere aspecten. De bezwarencommissie is van oordeel dat deze werkwijze geen pas geeft in het licht van de verplichting tot het bieden van een passende mate van openbaarheid. Op deze wijze wordt het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen aan alle subsidieaanvragers, niet geborgd.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Ad 1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

De bezwarencommissie ziet zich, gelet op een brief² namens uw college gedateerd 7 december 2020 (door de bezwarencommissie ontvangen op 8 december 2020), met kenmerk C2270334/4802566, voor de vraag geplaatst of uw college, gelet op artikel 2:4, tweede lid, van de Awb en artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur, het advies van de Adviescommissie BrabantStad cultuur aan het primaire besluit ten grondslag heeft mogen leggen en of derhalve het primaire besluit in overeenstemming met artikel 3:2 van de Awb zorgvuldig is voorbereid. Op basis van de stukken en het verhandelde ter hoorzitting beantwoordt de bezwarencommissie die vraag ontkennend.

De bezwarencommissie stelt daartoe allereerst vast dat de beoordeling en de rangschikking van de aanvragen is uitgevoerd door de Adviescommissie BrabantStad cultuur. De Adviescommissie BrabantStad cultuur hanteert een eigen Reglement ten behoeve van de transparantie bij het bepalen van de rangschikking van de aanvragen.

Op basis van de door uw college overgelegde brief van 7 december 2020 en het verhandelde ter hoorzitting is vast komen te staan dat het in die brief aangeduide Adviescommissielid (in)directe betrokkenheid heeft bij een cultuurstelling waarvoor in de voorliggende tenderprocedure ook subsidie is aangevraagd (en uiteindelijk is gehonoreerd). Dit Adviescommissielid heeft een persoonlijke (familie)band met (een) aan die cultuurstelling verbonden perso(o)n(en). Tevens acht uw college het niet uitgesloten, zonder dat het dit in bezwaar volledig heeft opgehelderd, dat dit lid zich tevens in een zakelijk verband verhoudt tot de cultuurstelling en/of de daaraan gelieerde perso(o)n(en).

Vast is komen te staan dat het betreffende Adviescommissielid in de plenaire slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen aan de (eind)advisering en (eind)beoordeling over die aanvraag en de overige

² Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.129.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

concurrerende aanvragen, waaronder de aanvraag van bezwaarmaakster(s). Dat het Adviescommissielid niet in alle zaken via deelcommissies betrokken is geweest bij de deelvergaderingen waarin adviezen (en nadere adviezen naar aanleiding van bezwaren) van aanvragers zijn besproken, doet niet ter zake, omdat de uiteindelijke (eind)advisering en (eind)beoordeling in de slotvergadering met de voltallige Adviescommissie is geschied. Bij gebrek aan verslaglegging van de deelvergaderingen en de slotvergadering is het voor de bezwarencommissie tot op heden onduidelijk, behoudens in één bezwaarzaak, bij welke aanvragen welke leden uit de "deelcommissies" zijn betrokken.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

De bezwarencommissie stelt, gelet op het voorgaande, vast dat het advies van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met artikel 2:4 van de Awb in samenhang gezien met artikel 7, vierde lid, van het Reglement. Ondanks (in)directe betrokkenheid bij een cultuurinstelling waarvoor ook subsidie is aangevraagd, heeft het Adviescommissielid deelgenomen aan de voorbereiding en vaststelling van de eerstgenoemde ('eigen') aanvraag en van alle overige aanvragen van concurrerende instellingen.

Dat is een dermate wezenlijk, niet te herstellen gebrek, dat dat het juridische fundament onder de gevolgde procedure uit slaat. Reeds hierom zijn de adviezen van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op zorgvuldige wijze tot stand gekomen en had uw college deze niet ten grondslag mogen leggen aan het besluit.

De bezwarencommissie overweegt dat voor de beoordeling en advisering in een tenderverdeelpcedure zoals door verweerder is ingevuld, geldt dat in beginsel ieder Adviescommissielid van de Adviescommissie BrabantStad cultuur dat bij enige subsidieaanvraag (in)directe betrokkenheid heeft, niet mag adviseren. Anders zou dit lid namelijk kunnen bevorderen of beïnvloeden dat bepaalde aanvragen minder punten toebedeeld krijgen op de toepasselijke subsidiecriteria dan de 'eigen' aanvraag, waardoor de kans op subsidie voor laatstbedoelde subsidieaanvraag toeneemt. Ten aanzien van het betreffende Adviescommissielid bestaat naar het oordeel van de bezwarencommissie in ieder geval een schijn van belangenverstrengeling, nu dit lid de besluitvorming ten aanzien van de aanvraag waarbij het lid (in)direct betrokken was, door diens oordeel en advies over alle aanvragen, waaronder de overige concurrerende aanvragen, (in)direct zou kunnen beïnvloeden.

Alles overziende betekent het voorgaande dat de advisering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, zodat het advies niet aan het primaire besluit ten grondslag gelegd had mogen worden. Het vorenstaande brengt tevens mee dat het besluit van uw college in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig is voorbereid.

Reeds daarom dienen bij de te nemen beslissing op bezwaar de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen. De bezwarencommissie vindt mede steun voor het voorgaande in de uitspraak van het Cbb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155 en van de Rechtbank Amsterdam van 10 juni 2011, ECLI:RBAMS:2011:BQ9859.

Ons kenmerk
C2270775/4799866

Voorts dient uw college bij de te nemen beslissing op bezwaar mede te betrekken dat nog altijd onduidelijk is, en daarmee boven de markt blijft hangen, of wat zojuist is overwogen wellicht ook heeft te gelden voor andere leden van de Adviescommissie Brabantstad cultuur. Daartoe bestaan aanknopingspunten, zoals mede aangestipt in het initiële advies van de bezwarencommissie van 2 november 2020 inzake BZW.20.128.001. Met de door uw college overgelegde stukken, of liever bij gebreke daaraan, is niet inzichtelijk gemaakt of ten aanzien van dat Adviescommissielid ook strijd ontstaat met artikel 2:4 van de Awb en artikel 7, tweede lid, van het Reglement Adviescommissie Brabantstad cultuur. Dat kan de bezwarencommissie echter niet beoordelen. Relevant kan dat niettemin wel zijn, omdat óók het (mede)adviseren door een Adviescommissielid dat zich ten aanzien van één aanvraag zou hebben verschoond in een (voorbereidende) deelcommissievergadering, terwijl dat lid wel in volle omvang aan de slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen en diens gevolge ook – bij gebreke aan een inzichtelijke tegenargumentatie – over die aanvraag heeft geadviseerd, in het licht van artikel 2:4 van de Awb zou stuiten op een wezenlijk gebrek. In lijn met artikel 7:12 van de Awb dient dat deugdelijk te worden gemotiveerd in de te nemen beslissing op bezwaar. Ten aanzien van het Adviescommissielid (BZW.20.141.001) dat zich – naar onweersproken is gebleven – vanwege zijn ongenoegen over de werkwijze van de Adviescommissie vanaf medio maart 2020 zou hebben teruggetrokken en in het geheel geen deel (meer) zou hebben genomen aan de Adviescommissie, ziet de bezwarencommissie geen aanleiding om aan die stellingname van uw college te twijfelen, hoewel diens vertrek niet vaststaat. Dat is op geen enkele wijze door uw college inzichtelijk gemaakt. Mede gelet op de processtukken verdient ook dat onderdeel een verhelderende, deugdelijke motivering.

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming: geen inzage in hoger geëindigde aanvragen

De bezwarencommissie heeft ambtshalve kennisgenomen van het feit dat de tekst van alle initiële adviezen integraal te vinden is op de website Brabant.nl. De bezwarencommissie staat daar positief tegenover, maar merkt wel op dat dit bestand niet de nadere adviezen bevat, nog los van wat daaromtrent hiervoor overwogen is. Ook is dit bestand pas op 23 november 2020 op de website geplaatst, ruim nadat de eerste bezwaarprocedures waren gestart. Die op de site gepubliceerde initiële adviezen maken geen onderdeel uit van de processtukken.

In deze tenderverdeelprocedure is aan bezwaarmaakster geen inzage geboden in de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en zijn evenmin stukken ter inzage gelegd om de beoordelingen van de Adviescommissie van de hoger (dan bezwaarmaakster) in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Voorts zijn op 23 november 2020 uitsluitend de gehonoreerde aanvragen gepubliceerd. Voor zover via de website over die gehonoreerde aanvragen inzage is geboden, merkt de bezwarencommissie op dat dat niet het geval is voor alle hoger dan bezwaarmaakster in de rangorde geëindigde aanvragen. De aanvragen onder de zaaglijn, maar hoger geëindigd dan de aanvraag van bezwaarmaakster, zijn niet gepubliceerd. Bezien vanuit het vereiste van adequate, effectieve rechtsbescherming volstaat in dit concrete geval een werkwijze zoals hiervoor weergegeven, niet. Vergelijk de Holland Opera-uitspraak.

Slotom

Gelet op al op hetgeen hiervoor is overwogen, concludeert de bezwarencommissie dat de door de adviseurs gevolgde procedure van advisering en de totstandkoming van het advies zodanige ernstige en wezenlijke gebreken vertonen en niet op voldoende zorgvuldig is geschied, dat uw college – reeds op procedurele gronden – niet van het advies mocht uitgaan en het aan de primaire besluit ten grondslag mocht leggen. Niet kan worden gesteld dat uw college voldaan heeft aan de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan het in artikel 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsvereiste en de in artikel 3:46 van de Awb neergelegde motiveringsverplichting.

Bij de te nemen beslissing op bezwaar dienen de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen.

Gelet hierop behoeven de resterende gronden van bezwaar – die zich vooral richten op de deugdelijkheid van de inhoud van het advies – geen verdere bespreking. Vanwege de aard en inhoud van dit advies laat de bezwarencommissie dat dan ook onbesproken.

Voor de goede orde overweegt de bezwarencommissie nog het volgende. Dat vanwege geconstateerde gebreken in de gevolgde tenderprocedure sprake is van schending van de vergewisplicht en strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, brengt niet automatisch met zich dat bezwaarmaakster(s) daardoor zonder meer in aanmerking komt voor subsidie. Het voorgaande zegt immers uitsluitend iets over de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure. Het is aan uw college hoe in het vervolg van de bezwaarprocedure om te gaan met de geconstateerde gebreken.

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij uw college om bij uw beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond te verklaren, en
- het bestreden besluit te herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit op de aanvraag te nemen, met inachtneming van dit advies.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor bezwaarschriften en klachten,
namens deze,



voorzitter



secretaris

Bijlage: wettelijk kader

Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (Provinciaal blad 2020, nr. 6566, februari 2020)

Ons kenmerk
C2270775/4799866

Artikel 7 van het Reglement luidt:

1. *Elk lid van de commissie heeft een stem.*
2. *De commissie komt tot een advies op basis van meerderheid van stemmen.*
3. *De leden dienen zich bij hun oordeel over een aanvraag te baseren op de door de aanvrager en Gedeputeerde Staten verstrekte gegevens en onthouden zich van contact met de aanvragers. Indien contact met aanvragers noodzakelijk is, is de secretaris daarvoor verantwoordelijk.*
4. *Een lid onthoudt zich van deelname aan de besprekingen en stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag blijken dat er van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een commissielid sprake zou kunnen zijn, dan kan het betreffende lid niet adviseren.*
5. *Gedeputeerde Staten dragen er zorg voor dat de commissie van relevante achtergrondinformatie wordt voorzien bij de aanvragen.*
6. *De commissie brengt uiterlijk binnen 17 weken na sluiting van de tenderperiode, genoemd in artikel 1.9 van de subsidieregeling, een gemotiveerd advies uit aan het college over alle subsidieaanvragen.*

Artikel 8, eerste en tweede lid, van het Reglement luidt:

1. *De secretaris draagt zorg voor het verslag van de vergadering en stelt het advies van de adviescommissie op schrift.*
2. *Verslagen worden geaccordeerd door de voorzitter.*

Artikel 9, eerste lid, van het Reglement luidt:

1. *De leden van de commissie adviseren onafhankelijk en zonder last of ruggenspraak.*

Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant

Artikel 1.4 van de Subsidieregeling ("Subsidiabele activiteiten") luidt, voor zover van belang:

Subsidie kan worden verstrekt voor:

- a. (...)
- b. *overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten.*

Artikel 1.9 van de Subsidieregeling ("Vereisten subsidieaanvraag") luidt, voor zover van belang:

Subsidieaanvragen worden ingediend binnen de tenderperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020

Artikel 1.10 van de Subsidieregeling ("Subsidieplafond") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten stellen het subsidieplafond voor subsidies als bedoeld in artikel 1.4, voor de periode, genoemd in artikel 1.9, vast op een totaal van € 23.390.800, waarvan:

a. (...)

(...)

k. € 11.126.835 voor activiteiten als bedoeld in artikel 1.4, onder b.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Artikel 1.6 van de Subsidieregeling ("Subsidievereisten") luidt, voor zover van belang:

1. Om voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 in aanmerking te komen, wordt voldaan aan de volgende vereisten:

a. de activiteiten worden in belangrijke mate uitgevoerd in de provincie Noord-Brabant;

b. de subsidieaanvrager is op het gebied van professionele kunsten een:

1°. ontwikkelinstelling;

2°. producerende instelling; of

3°. presentatie-instelling;

c. de activiteiten zijn gericht op professionele kunsten binnen een van de volgende functies:

1°. (...)

11°. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten;

d. de subsidieaanvrager is een instelling met:

1°. hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit, wat betreft visie, originaliteit, vakmanschap en zeggingskracht;

2°. hoge zakelijke kwaliteit, blijkend uit de bedrijfsvoering en de inhoudelijke haalbaarheid van de activiteiten;

3°. ten minste een bovenlokale functie;

4°. een missie en visie op haar rol in de Brabantse culturele infrastructuur;

e. de subsidieaanvrager verklaart dat hij de volgende codes onderschrijft:

1°. Governance Code Cultuur;

2°. Fair Practice Code;

3°. Code Diversiteit & Inclusie;

f. de activiteiten zijn gericht op publiekswerking of een specifieke doelgroep en monitoring daarvan, blijkend uit een communicatiestrategie;

g. de activiteiten worden uitgevoerd in de periode 2021 tot en met 2024;

h. de subsidieaanvrager overlegt een activiteitenplan overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model activiteitenplan;

i. de subsidieaanvrager overlegt een meerjarenbegroting overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model meerjarenbegroting.

2. (...)

3. Indien de subsidieaanvraag gericht is een activiteit als bedoeld in artikel 1.4, onder b, wordt in aanvulling op het eerste lid voldaan aan het vereiste dat de subsidieaanvrager een aanvraag voor cofinanciering in de vorm van subsidie heeft ingediend of gaat indienen bij een andere overheid, blijkend uit de begroting.

Artikel 1.12, eerste lid, van de Subsidieregeling ("Verdeelcriteria") luidt, voor zover van belang:

Ons kenmerk

C2270775/4799866

1. Indien de binnen de tenderperiode ingediende volledige subsidieaanvragen de vastgestelde subsidieplafonds, genoemd in artikel 1.10, te boven gaan, maken Gedeputeerde Staten voor het bepalen van de onderlinge rangschikking voor de verdeling van de subsidie, een afweging tussen de verschillende volledige aanvragen op basis van de volgende criteria:

- a. de mate waarin de activiteiten een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit hebben, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- b. de mate waarin de activiteiten hoge zakelijke kwaliteit hebben, wat betreft omgevingsbewustzijn en ondernemerschap, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- c. de mate waarin de activiteiten publiekswerking hebben of gericht zijn op een specifieke doelgroep, wat betreft binding met het bestaande publiek of de doelgroep en inspanningen voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of de doelgroep, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- d. de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in de provincie Noord-Brabant en bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod, te waarderen met maximaal 100 punten.*

Artikel 1.13, van de Subsidieregeling ("Externe adviescommissie") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten leggen aanvragen voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 voor advies over de artikelen 1.6 en 1.12 voor aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Toelichting op de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1 (Provinciaal blad 2019, nr. 779729, november 2019):

Artikel 1.6 Subsidievereisten

(...)

Onderdeel d, onder 1° Hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit

Met een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat er sprake moet zijn van een visie, een beeld van de artistiek-inhoudelijke ontwikkelingen die de organisatie beoogt op langere termijn, in relatie tot de positie die de organisatie inneemt in de sector en de discipline op lokaal, regionaal of nationaal niveau. Gedeputeerde Staten denken bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit ook aan oorspronkelijkheid, die zich vertaalt in onderscheidende activiteiten en zich onderscheidt van andere makers in de stad, regio of het land. Ook is bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit belangrijk dat de activiteiten met vakmanschap worden uitgevoerd. Het gevolgd hebben van een vakopleiding is daarbij niet doorslaggevend, het gaat om de vaardigheid waarmee de activiteiten tot stand komen en worden uitgevoerd. Tenslotte beoordelen Gedeputeerde Staten bij dit vereiste of de

activiteiten zeggingskracht hebben en het publiek of beoogde publiek zullen aanspreken. De subsidieaanvrager dient dan ook blijk te geven van kennis van het publiek dat men er mee hoopt te bereiken.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Onderdeel d, onder 2 ° en onderdeel e Hoge zakelijke kwaliteit en codes
Met hoge zakelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat de organisatie een gezonde bedrijfsvoering dient te hebben, die voldoende vertrouwen geeft om de voorgenomen activiteiten inhoudelijk te realiseren en het beoogde publiek te bereiken. Van belang daarbij is dat er sprake is van een realistische mix van inkomstenbronnen, inclusief een visie op het omgaan met risico's en dat het ondernemerschap wordt ingevuld qua marketing- en communicatiestrategie. Ook de Governance Code Cultuur, de Fair Practice Code en de Code Culturele Diversiteit in onderdeel e, zeggen iets over de zakelijke kwaliteit van een organisatie. Derhalve dient een subsidieaanvrager in zijn aanvraag te verklaren dat hij die codes onderschrijft en hebben Gedeputeerde Staten het toepassen van de codes in de uitvoeringsperiode 2021 tot en met 2024 als verplichting opgelegd.

Onderdeel d, onder 3 ° Bovenlokale functie

Gedeputeerde Staten letten bij dit vereiste op het regionale of landelijke belang van de organisatie. Daarbij wordt getoetst of de organisatie invulling geeft aan de verbinding met de samenleving en of de organisatie bijdraagt aan een samenhangend cultuuraanbod. Ook wordt bezien of en op welke wijze de organisatie en de activiteiten in de periode 2021-2024 zich verhouden tot gemeente en regio en of de organisatie bijdraagt aan spreiding van het cultuuraanbod.

Onderdeel d, onder 4 ° Missie en visie

Bij dit vereiste letten Gedeputeerde Staten erop of de subsidieaanvrager een helder en realistisch beeld geeft van de rol die hij vervult binnen de Brabantse culturele infrastructuur. Daarin is zowel samenwerking met andere partijen belangrijk als een te onderscheiden profilering.

Onderdeel f Publiekswerking

Bij dit vereiste beoordelen Gedeputeerde Staten met name op of de organisatie, naast het blijven bedienen en verbinden van het bestaande publiek, ook een visie heeft om aanbod en publiek bij elkaar te brengen en te investeren in duurzame opbouw van publiek met het oog op de toekomst, bijvoorbeeld door het verlagen van drempels voor doelgroepen die niet eerder bereikt werden, door aan te sluiten op zaken die in de (lokale) maatschappij spelen of door zich te verbinden met bredere doelgroepen dan alleen het bestaande publiek. De visie op de publiekswerking en de monitoring daarvan dienen te blijken uit een communicatiestrategie.

(...)

Artikel 1.12 Verdeelcriteria tender

Eerste lid Tender

In dit artikel zijn de verdeelcriteria en een puntentoedeling vastgelegd, aan de hand waarvan de subsidieaanvragen worden beoordeeld en gerangschikt. Gedeputeerde Staten hebben in deze regeling voor een tenderprocedure gekozen, omdat ze de kwaliteit van de aanvrager, de aanvraag en de uit te voeren activiteiten relevant vinden voor de realisering van de doelstelling van deze subsidieregeling. Bij een tendersysteem moeten aanvragen binnen een bepaalde periode worden ingediend. De bedragen van de subsidieaanvragen die binnen de tenderperiode zijn ingediend en voldoen aan alle vereisten worden vervolgens bij elkaar opgeteld. Indien het totaal van die subsidieaanvragen het subsidieplafond van de tenderperiode niet overschrijdt, komen alle subsidieaanvragen voor subsidie in aanmerking. Indien er echter meer aanvragen binnenkomen dan gehonoreerd kunnen worden en het beschikbare subsidieplafond wel wordt overschreden, vindt een onderlinge vergelijking van alle aanvragen op een aantal verdeelcriteria plaats.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Onder a tot en met d Algemeen

De vereisten uit artikel 1.6, onderdeel d, onder 1, 2, 3, 4 en onderdeel f, vormen in dit artikel de basis voor de verdelingscriteria. Daarbij geldt dezelfde inhoudelijke toelichting als reeds in artikel 1.6 is gegeven bij de desbetreffende vereisten, alleen worden in dit artikel op basis van de verdeelcriteria punten gegeven voor de mate waarin een subsidieaanvraag aan de criteria onder a tot en met d voldoet. In aanvulling op de vereisten in artikel 1.6, leggen Gedeputeerde Staten in dit artikel nog de volgende aanvullende accenten.

Onder b Hoge zakelijke kwaliteit

Bij onderdeel b letten Gedeputeerde Staten met name op de mate waarin de subsidieaanvrager in zijn activiteitenplan blijk geeft van omgevingsbewustzijn en hoe professioneel hij het ondernemerschap invult. Gedeputeerde Staten laten bij de hoge zakelijke kwaliteit ook meewegen de mate waarin het bestuur en toezicht op orde zijn conform de Governance Code Cultuur, de mate waarin de organisatie invulling geeft aan de Fair Practice Code inzake werkgeverschap en de mate waarin de Code Culturele Diversiteit wordt ingevuld en of er onderdelen zijn van de drie bovengenoemde codes die niet worden toegepast en om welke reden.

Onder c Publiekswerking of specifieke doelgroep

Bij onderdeel c is met name de mate waarin de activiteiten leiden tot binding met het bestaande publiek of de doelgroep en de mate waarin de subsidieaanvrager zich inspant voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of doelgroep van belang.

Onder d Evenwichtige culturele infrastructuur

Bij onderdeel d laten Gedeputeerde Staten de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in Brabant en de mate waarin de activiteiten bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod (dus hoe hoog het

publieksbereik in de eigen vestigingsplaats, regio, landelijk of internationaal is) zwaar meewegen.

Ons kenmerk

C2270775/4799866

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij u om bij beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond / ongegrond te verklaren, en
- het bestreden besluit in stand te laten / te herroepen.

Advies t.a.v. proceskosten

Door [REDACTED] is gevraagd om vergoeding van proceskosten. Indien u bovenstaand advies overneemt is dit niet aan de orde, omdat er geen sprake is van het herroepen van het bestreden besluit wegens aan u te wijten onrechtmatigheid.

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie bij de behandeling van de bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten,
namens deze,

voorzitter

secretaris

Hoor- en adviescommissie

Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant
Postbus 90151
5200 MC 'S-HERTOGENBOSCH

Brabantlaan 1
Postbus 90151
5200 MC 's-Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 28 12
Fax (073) 680 76 80
www.brabant.nl
IBAN NL86INGB0674560043

Bereikbaarheid
openbaar vervoer en fiets:
www.brabant.nl/route

Onderwerp

Advies inzake het bezwaar tegen het besluit van 19 juni 2020 tot weigering van de gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024

Geacht college,

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten Noord-Brabant (hierna telkens: de bezwarencommissie) deelt u het volgende mee.

Tegen uw besluit van 19 juni 2020, met kenmerk C2258539/4654439, tot weigering van de door Stichting Lustwarande gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024, is een bezwaarschrift ingediend door:

- mr. J.H.M. Stokmans, namens Stichting Lustwarande, postbus 363, 5000 AJ Tilburg (hierna: bezwaarmaakster)

Nadere stukken

Partijen hebben overeenkomstig artikel 7:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de gelegenheid gehad om nadere stukken in te dienen. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt.

Op 4 september 2020 zijn van de zijde van bezwaarmaakster internationale steunbetuigingen ingediend. Op 9 september 2020 is van de zijde van bezwaarmaakster de beschikking Mondriaan Fonds 2021-2022 ingediend.

Op 23 september 2020 heeft uw college een verweerschrift ingediend, met als bijlagen (1) achtergrondinformatie bij de aanvraag van Stichting Lustwarande en (2) een 'toelichting' met datum 22 september 2020 van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur 2021-2024 naar aanleiding van de bezwaren.

Op 24 september 2020 zijn van de zijde van bezwaarmaakster nadere stukken toegevoegd. Het betreft een aanvulling van de gronden, met als bijlagen (1) een juridisch advies van Boot advocaten van 21 september 2020,

Datum

2 november 2020

Zaaknummer

BZW.20.128.001

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Uw kenmerk

C2258539/4654439

Contact

Telefoon

Email

bezwaar@brabant.nl

Bijlage(n)

Verslag (incl. pleitnota)

(2) e-mailcorrespondentie van 26 februari 2020, (3) achtergrondinformatie over de aanvraag van Stichting Lustwarande, (4) de Handreiking Beoordelingskader en scoreformulier van de Adviescommissie BrabantStad en (5) e-mailcorrespondentie van 25 maart 2020.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Hoorzitting

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten tijdens de op 5 oktober 2020 gehouden hoorzitting. Hiervan is gebruik gemaakt namens bezwaarmaakster en door een vertegenwoordiging van uw college. Van hetgeen aan de orde is geweest op de hoorzitting is een verslag gemaakt dat u ook in de bijlagen aantreft.

Ontvankelijkheid

Uw besluit is op 19 juni 2020 bekendgemaakt door toezending aan belanghebbende(n). Op grond van de artikelen 6:7 en 6:8 van de Awb kon een bezwaarschrift uiterlijk op 31 juli 2020 worden ingediend. Het bezwaarschrift is binnen de gestelde termijn ingediend en voldoet ook verder aan alle gestelde ontvankelijkheidseisen.

Procesverloop

Op 28 januari 2020 heeft bezwaarmaakster een aanvraag om subsidie ingediend voor de activiteiten in 2021-2024 in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, Professionele kunsten 2021-2024 (hierna: de Subsidieregeling).

De aanvraag is ingediend voor 'overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten'. In artikel 1.10 van de Subsidieregeling is het subsidieplafond voor de aanvraagperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020 vastgesteld op € 11.126.835.

De aanvraag is krachtens artikel 1.13 van de Subsidieregeling ter advisering over artikel 1.6 en artikel 1.12 voorgelegd aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna: de Adviescommissie).

De Adviescommissie is ingesteld om *deskundigheid*, kennis en objectiviteit te borgen. De Adviescommissie bestaat uit vijftien leden en een voorzitter die samen beschikken over een brede kennis en kundigheid over het culturele veld in Noord-Brabant en daarbuiten.

De Adviescommissie heeft alle aanvragen beoordeeld en van een advies voorzien. Op basis van de verdeelcriteria uit artikel 1.12 van de Subsidieregeling zijn punten toegekend waardoor een rangschikking van de aanvragen tot stand is gekomen. De Adviescommissie heeft haar advies, inclusief de bijbehorende beoordeling, toegezonden aan uw college.

Uw college heeft besloten de adviezen en de hieruit voortvloeiende rangschikking van de Adviescommissie ten aanzien van de subsidieaanvragen over te nemen. Het beschikbare subsidiebudget is in de volgorde van de rangschikking verdeeld over de aanvragen die volledig gehonoreerd konden worden. Dat waren de aanvragen met totaalscores van 278 punten en hoger, waarmee het subsidieplafond werd bereikt.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

In het bestreden besluit van 19 juni 2020 is de aanvraag, met toepassing van de vergewisplicht als bedoeld in de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie waarin aan de aanvraag een totaalscore van 263 punten is toegekend, geweigerd. De grondslag van het besluit berust op artikel 4:25, tweede lid, van de Awb, aangezien het subsidieplafond van de Subsidieregeling reeds was bereikt.

Tegen dit besluit is het onderhavige bezwaar ingediend.

Naar aanleiding van het bezwaar heeft de Adviescommissie op verzoek van uw college een 'toelichting op het advies' uitgebracht. De vertegenwoordiging van uw college heeft ter hoorzitting medegedeeld dat dit stuk, mede in het licht van het oorspronkelijke advies, geduid moet worden als een nader advies van de Adviescommissie naar aanleiding van de ingediende bezwaren.

Gronden van bezwaar

Bezwaarmaakster brengt, zakelijk samengevat, het volgende naar voren.

Het bezwaar betreft de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel, gelijkheidsbeginsel en schending van het verbod op willekeur.

1. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "hoge artistiek inhoudelijke kwaliteit" ten onrechte (slechts) 73 punten toegekend. Het advies is onjuist op de volgende punten.

- a. Anders dan de Adviescommissie adviseert, is de *doelstelling niet voorzichtig*, maar juist ambitieus geformuleerd. Bezwaarmaakster citeert daartoe het Activiteitenplan (p. 1) en geeft een opsomming van de voor de periode 2021-2024 gestelde targets.
- b. Bezwaarmaakster is het niet eens met de constatering dat de aanvraag sterk *leunt op het verleden*. Bezwaarmaakster citeert het Activiteitenplan (p. 4, 5 en 11) en heeft bij het bezwaar een overzicht gevoegd van deelnemende kunstenaars die in 2000-2019 aan Lustwarande hebben deelgenomen. De gehele aanvraag is gericht op de toekomst en over de visie op sculptuur is de aanvraag heel duidelijk. In het bezwaar heeft bezwaarmaakster het artistieke beleid op hoofdpunten puntsgewijs toegelicht.
- c. De Adviescommissie meet op meerdere niveaus met twee maten en schendt daarmee het *gelijkheidsbeginsel* en het *verbod op willekeur*. Vergelijkingen met andere instellingen gaan mank en de kwaliteiten van Lustwarande, afgezet

tegen de beoordeling en ranking van andere instellingen, worden niet verdisconteerd in de ranking. De Adviescommissie gaat voorbij aan het feit dat Lustwarande al twintig jaar lang ondersteund wordt door het Mondriaan Fonds en het landelijke Prins Bernhard Cultuurfonds. Aan die continue ondersteuning liggen kwalificaties over hoge artistieke en zakelijke kwaliteit ten grondslag. Dat geldt ook voor de financiële ondersteuning door buitenlandse fondsen en de investeringssubsidie die Brabant C in 2019 aan Lustwarande heeft toegekend, grotendeels gematcht door de gemeente Tilburg. Bezwaarmaakster citeert uit het collegebesluit van B&W van Tilburg en wat daarin - onder meer - over de kwaliteit is opgenomen. De Adviescommissie gaat ook voorbij aan het gerenommeerde, internationale Comité van Aanbeveling van Lustwarande.

Ons kenmerk
C2268319/4765553

2. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "hoge zakelijke kwaliteit" ten onrechte (slechts) 50 punten toegekend. Het advies is onjuist op de volgende punten.

- a. Bezwaarmaakster bestrijdt de opmerking van de Adviescommissie dat zij "betwijfelt of het *verdienmodel* van Lustwarande nog wel houdbaar is." Het verdienmodel van Lustwarande is volgens bezwaarmaakster niet anders dan dat van vergelijkbare aanvragende (beeldende) kunstinstellingen: een financieringsmix van subsidies van overheden (landelijk, provinciaal en gemeentelijk), inkomsten uit investerings-, institutionele en particuliere fondsen uit binnen- en buitenland en inkomsten uit het programma zoals entree, boekverkoop, rondleidingen en verkoop werk. Dit staat helder vermeld in de ingediende begroting. In veel andere adviezen spreekt de Adviescommissie haar waardering uit voor eenzelfde of vergelijkbare financieringsmix.
- b. Bezwaarmaakster bestrijdt de opmerking van de Adviescommissie, inhoudende "Lustwarande lijkt zich niet bewust van *alternatieve strategieën* om meer inkomsten uit publiek te halen." Dit is onjuist. Het verhogen van de eigen inkomsten is een van de targets (p. 1 Activiteitenplan). Lustwarande gaat in de aanvraag uitgebreid in op de mogelijkheden om de eigen inkomsten te vergroten. Ook uit het jaarverslag 2019 (p. 36) blijkt dat Lustwarande meer inkomsten uit publiek kan genereren. De Adviescommissie gaat voorbij aan wat er in de aanvraag uitvoerig over ondernemerschap geschreven is (citaat p. 13 Activiteitenplan). Lustwarande heeft aantoonbaar de ambitie om meer eigen inkomsten te genereren. De kwaliteiten van Lustwarande worden, afgezet tegen de beoordeling en ranking van andere genoemde instellingen, niet verdisconteerd in de ranking.
- c. Het *negatieve eigen vermogen* is geen onderdeel van de begroting 2021 - 2024, maar staat genoemd in de jaarverslagen 2018 en 2019 en in de ambtelijke notitie Achtergrondinformatie bij de aanvraag 2021-2024. Ieder Adviescommissielid heeft deze informatie ontvangen. De gemeente Tilburg heeft op 5 februari jl. een extra subsidie van € 25.000 toegekend onder de voorwaarde dat het negatieve eigen vermogen aan het einde van het boekjaar 2020 geheel is opgelost. Lustwarande kan nu (juli 2020) al aantonen dat dat het geval zal zijn.

- d. Bezwaarmaakster bestrijdt de opmerking van de Adviescommissie, inhoudende "De *samenvoeging van productiekosten en honorarium* in één post is problematisch. Dit is niet in lijn met de Fair Practice Code." De samenvoeging van productiekosten en honoraria is gebruikelijk in de beeldende kunst en wordt toegepast in de door musea en andere instellingen gevolgde Richtlijn Kunstenaarshonoraria. De Adviescommissie gaat eraan voorbij dat Lustwarande aan alle deelnemende kunstenaars productiebudgetten beschikbaar stelt, die de Richtlijn ver overstijgen. De kwaliteiten van Lustwarande worden, afgezet tegen de beoordeling van een andere genoemde instelling, niet verdisconteerd. Overigens merkt de Adviescommissie niets op over het naleven van de andere twee codes. Ook worden de plannen voor duurzame vestiging van Lustwarande niet meegenomen in de kwalificatie.
- e. De constatering van de Adviescommissie, dat sprake is van een *niet-transparant beloningsbeleid* is, is onjuist. Het beloningsbeleid is 100% transparant. Uurtarieven van werknemers/betrokkenen staan in de begroting en worden toegelicht in de toelichting op de begroting.
- f. Bij de *twijfel* van de Adviescommissie aan de *organisatorische slagkracht* van de organisatie, gaat de Adviescommissie eraan voorbij dat de organisatie al sinds 1993 actief is en nog steeds succesvol is, niet alleen artistiek maar ook zakelijk. Door te twifelen aan de slagkracht, twijfelt de Adviescommissie impliciet ook aan de expertise van de ambassadeurs van Lustwarande, drie zakelijk gerenommeerde individuen uit de wetenschap, architectuur en beeldende kunst. Ook de twijfel aan de toegevoegde waarde van toekomstige medewerkers is koffiedik kijken.
- g. Een *visie op verjonging en dóórontwikkeling* van de organisatie, welke de Adviescommissie mist, is geen eis en geen criterium uit de Subsidieregeling. Bij geen enkele andere aanvrager wordt hier iets over opgemerkt. Tijdens het Voortgangsgesprek Professionele Instellingen 2019 op 19 november 2019 is expliciet gesproken over het aantrekken van jonge curatoren en verjonging van de organisatie, maar dit is niet gedeeld met de Adviescommissie of verdisconteerd in de ranking.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

3. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "publiekswerking / doelgroep" ten onrechte (slechts) 65 punten toegekend. Het advies is onjuist op de volgende punten.

- a. Bij de constatering van de Adviescommissie dat Lustwarande *potentie* heeft tot *bereik* van een *groot publiek*, gaat zij eraan voorbij dat Lustwarande al twintig jaar lang een zeer groot en breed publiek bereikt, wat expliciet beschreven is in het Activiteitenplan.
- b. Bezwaarmaakster bestrijdt met een citaat uit p. 17 van het Activiteitenplan dat geen *onderbouwing* van de *gehaalde aantallen* wordt gegeven en dat een analyse van het publiek zou ontbreken.
- c. Anders dan de Adviescommissie meent, zijn er niet *veel verschillende doelgroepen*, maar slechts vier doelgroepen, en is er wel een *gerichte strategie*. De strategie is in de aanvraag helder en uitvoerig uiteengezet. Bezwaarmaakster citeert p. 17-18 van het Activiteitenplan.

d. Bij de opmerking van de Adviescommissie over *publieksonderzoek* voor een *openbaar (gratis) evenement*, lijkt de Adviescommissie over het hoofd te hebben gezien dat publieksonderzoek bijzonder moeilijk is in een openbaar toegankelijk park. In het communicatieplan wordt dit expliciet bij de middelen genoemd. Lustwarande krijgt jaarlijks lovende kritieken in de nationale pers, en sporadisch op landelijke tv en in de internationale pers.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

4. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium *“evenwichtige culturele infrastructuur”* ten onrechte (slechts) 75 punten toegekend. Het advies is onjuist op de volgende punten.

- a. Over de te behalen *winst* in de *partnerschappen* schrijft Lustwarande in het activiteitenplan expliciet dat zij haar partnerschappen verder wil consolideren en uitbreiden (p. 14 Activiteitenplan).
- b. Technisch gezien hebben alle aanvragen die een score van 30 en hoger hebben op de criteria tenminste een *bovenlokale functie*. Dat is bij Lustwarande het geval. Lustwarande vergelijken met het Kröller-Müller Museum en Museum Voorlinden en vervolgens *twifelen* aan de *bovenlokale reikwijdte* is een contradictie. Fondsen als het Mondriaan Fonds en het Prins Bernhard Cultuurfonds erkennen met hun continue ondersteuning het landelijke belang van Lustwarande.

Wettelijk kader

Het wettelijk kader wordt gevormd door de Awb, de Subsidieregeling en het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna: Reglement Adviescommissie). De relevante bepalingen zijn opgenomen in de bijlage bij dit advies.

Uitgangspunten voor de beoordeling

Aard van de verdeelprocedure en aanvullen van de aanvraag

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een subsidieaanvrager om ervoor zorg te dragen dat bij de aanvraag alle informatie wordt gevoegd die voor de beslissing op de aanvraag nodig is. Uit de aard van een tenderverdeelprocedure vloeit echter voort dat alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens vóór de sluiting van de aanvraagtermijn moeten zijn overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van ná de sluiting van de aanvraagtermijn in een tenderverdeelprocedure zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tendersysteem centraal staan. Later aangeleverde informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van een binnen de aanvraagtermijn ingediende aanvraag, kan daarom niet worden meegenomen bij een herbeoordeling van die aanvraag. Vergelijk de uitspraken van de AbRS van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:740 en van 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

I. De vergewisplicht van uw college

De bezwarencommissie stelt voorop dat uw college bij het verlenen van subsidie op grond van de Subsidieregeling en bij de invulling van de daarin neergelegde vereisten beleidsruimte toekomt. Uw college heeft tevens beoordelingsruimte bij de waardering van de aanvragen.

Ons kenmerk
C2268319/4765553

De bezwarencommissie ziet zich voor de beantwoording van de vraag geplaatst of uw college in redelijkheid tot het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag heeft kunnen komen. Daarbij betreft de bezwarencommissie de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure en de inzichtelijkheid, transparantie en deugdelijkheid van de motivering van het besluit, met inbegrip van het daaraan ten grondslag liggende advies van uw Adviescommissie. Het toepasselijke wettelijke kader wordt gevormd door de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb. Vooropgesteld moet worden dat uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb volgt dat een bestuursorgaan dat gebruik maakt van een adviescommissie zich ervan dient te vergewissen dat het door de adviescommissie verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Deze vergewisplicht is tweeledig:

- a) de door de *adviseurs* gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en
- b) het *advies* moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.

Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het besluit en kan het bestuursorgaan in het besluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. Voorts volgt uit artikel 3:8 van de Awb dat in of bij het besluit de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht.

Ad I.A. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt dat, indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag hebben gelegen en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een aanvraag van dat advies mag uitgaan, tenzij er concrete aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die zorgen voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies, de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan (met inbegrip van de hoedanigheid van de adviseurs), de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of het aansluiten van de conclusies daarop. Vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100 en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: AbRS) van 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3876.

In dat geval mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Zo nodig vraagt het bestuursorgaan de adviescommissie een reactie op wat de belanghebbende over het advies heeft aangevoerd en stelt het de adviseurs nadere vragen. Vergelijk de uitspraken van de AbRS van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2388 en AbRS van 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2227.

Ad I.B. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens het tot stand is gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van het advies is gevolgd. De inhoud van het advies moet concludent zijn. In een tenderverdeelpcedure moet het advies inzicht bieden in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen en een 'passende verantwoording' bevatten over het verband tussen de deskundigenoordelen en de beoordelingscriteria. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn: puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen daarover moeten beschikbaar zijn. De motivering kan na bezwaar worden aangevuld, maar dan moet de nadere toelichting zijn geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de adviescommissie zijn voorgelegd. Vergelijk de uitspraken van CBb van 14 juni 2017, ECLI:NL:CBb:2017:240, van 22 september 2016, ECLI:NL:CBb:2016:297 en van 29 mei 2018, ECLI:NL:CBb:2018:300, alsmede de uitspraken van de AbRS van 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2676 en van 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naast het wettelijke kader is minstens zo belangrijk de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters ter zake van de rechtsbescherming bij de verdeling van subsidies via de tendersystematiek.

Uit de uitspraak van de AbRS van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera) volgt dat ook in de tenderverdelingssystematiek *effectieve rechtsbescherming* moet worden geboden aan alle aanvragers. Voor een aanvrager die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond reeds eerder is bereikt, houdt effectieve rechtsbescherming in dat hij zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals ook hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken.

Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die andere aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de *eigen* aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering.

De motivering van de afwijzing van de *eigen* aanvraag moet ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Alleen dan kan immers in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld.

Ons kenmerk
C2268319/4765553

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt (of beroep instelt) tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaanastbaar zijn geworden.

Uit wat hiervoor is overwogen, volgt naar het oordeel van de AbRS (in dezelfde uitspraak) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en diensgevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd. Vergelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958 (ro. 8 en 9).

Beoordeling bezwarencommissie

De bezwarencommissie overweegt ten eerste dat in de Subsidieregeling is opgenomen dat subsidieaanvragen worden voorgelegd aan de Adviescommissie, waarmee de toepasselijkheid van afdeling 3.3 van de Awb is gegeven. De Adviescommissie heeft zich bij haar advisering gebaseerd op de door bezwaarmaakster ingediende aanvraag.

Uw college heeft bij bestreden besluit geoordeeld, met inachtneming van de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, dat het advies van de Adviescommissie *zowel procedureel als inhoudelijk* dermate (voldoende) inzichtelijk, concludent en overtuigend is, dat die advisering het bestreden besluit kan dragen.

Naar het oordeel van de bezwarencommissie heeft uw college zich gegeven de omstandigheden van dit concrete geval echter niet *zonder meer* op dat standpunt kunnen stellen. Naar het oordeel van de bezwarencommissie heeft uw college een besluit genomen dat in strijd met artikel 3:46 van de Awb een deugdelijke motivering ontbeert. De bezwarencommissie licht dat toe.

Ons kenmerk
C2268319/4765553

Ad I. De vergewisplicht van uw college

Ad I.A. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Naar het oordeel van de bezwarencommissie zijn er in bezwaar concrete aanknopingspunten naar voren gebracht die doen twifelen of met de handelwijze van de Adviescommissie *in procedurele zin* de vereiste zorgvuldigheid in acht is genomen. Naar het oordeel van de bezwarencommissie heeft de Adviescommissie onvoldoende inzicht gegeven in de totstandkoming van de advisering, in de wijze waarop de subsidieaanvragen zijn beoordeeld, wat de bevindingen waren en welke afwegingen zijn gemaakt – mede in het licht van de andere aanvragen – om tot het advies, met inbegrip van de toekenning en rangschikking, te komen.

Samenstelling van de (deel)Adviescommissie

Ter hoorzitting is gebleken dat de – voor bezwaarmaakster en voor de bezwarencommissie onbekend gebleven – samenstelling van de Adviescommissie die het initiële advies heeft uitgebracht in deze besluitvormingsprocedure, afwijkt van de (evenzeer) onbekend gebleven samenstelling van de Adviescommissie die de toelichting op het advies, volgens uw college te duiden als ‘nader advies’, heeft uitgebracht. Artikel 3:8 Awb vereist echter dat de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht. Het ontbreken daarvan leidt ertoe dat de totstandkoming van het advies een gebrek vertoont.

Eenzelfde redenering geldt voor de gang van zaken met betrekking tot het Adviescommissielid dat zich, zo kan worden afgeleid uit de door bezwaarmaakster ingebrachte stukken, zou hebben teruggetrokken bij de advisering over de aanvraag van bezwaarmaakster. Ook ten aanzien van dit aspect ontbreekt, in strijd met artikel 3:46 van de Awb, een deugdelijke motivering, en is niet transparant en inzichtelijk gemaakt dat het betrokken Adviescommissielid inderdaad vanwege de te vermijden schijn van belangenverstrengeling niet betrokken is geweest bij deze specifieke aanvraag. In het verlengde daarvan is, bij gebrek aan verslaglegging, evenmin deugdelijk gemotiveerd of het betrokken lid wél enige betrokkenheid heeft gehad in de beoordeling en advisering van andere aanvragen, en zo ja, welke afwegingen ertoe hebben geleid dat de totstandkoming van het advies in procedurele zin niettemin zorgvuldig is geschied zonder dat sprake is van (de schijn van) vooringenomenheid aan de zijde van de Adviescommissie. Vergelijk de uitspraak van de AbRvS van 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723 (De Theatercompagnie).

Een en ander zal zorgvuldiger beschreven en deugdelijk(er) gemotiveerd moeten worden.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Geen verslaglegging

Bezwaarmaakster heeft naar voren gebracht dat er vergaderverslagen noch notulen ter beschikking zijn gesteld. Desgevraagd heeft uw college bevestigd dat er in het geheel geen verslagen zijn opgemaakt van de deelvergaderingen en de plenaire slotvergadering. De bezwarencommissie stelt dan ook vast dat, in strijd met artikel 8 van het Reglement Adviescommissie, verslagen van de vergaderingen, geaccordeerd door de voorzitter, ontbreken. Volgens de vertegenwoordiging van uw college zijn die verslagen in verband met de digitale wijze van vergaderen niet opgemaakt. Wat daar ook verder van moge zijn, door het ontbreken van de voorgeschreven verslaglegging wordt op geen enkele wijze inzicht, transparantie en controleerbaarheid verschaft over wat er tijdens de twaalf deelvergaderingen en de dertiende plenaire slotvergadering is besproken, en welke bevindingen en afwegingen zijn gemaakt en onderling zijn gedeeld. Ook ten aanzien van de onderlinge verhoudingen of eventuele stemmingen over de puntenverdeling tasten bezwaarmaakster en de bezwarencommissie in het duister.

Tussenconclusie ten aanzien van I.A.

De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

De bezwarencommissie komt tot de tussenconclusie dat, onder de gegeven omstandigheden, de procedure van advisering en de totstandkoming van het advies zodanige gebreken vertonen dat uw college niet *zonder meer* van het advies mocht uitgaan en het aan de besluitvorming ten grondslag mocht leggen. Niet gesteld kan worden dat uw college voldaan heeft aan dit onderdeel van de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan de motiveringsplicht uit artikel 3:46 van de Awb.

Ad I.B. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Kort samengevat vindt bezwaarmaakster dat uw college het advies en de toelichting op het advies, door uw college aangeduid als 'nader advies', niet had mogen overnemen, omdat de daarin opgenomen beoordeling en conclusies geen recht doen aan haar aanvraag.

Uw college voert aan dat het initiële advies en het 'nader advies' van de Adviescommissie *naar inhoud* inzichtelijk en concludent zijn en draagkrachtig genoeg zijn om het bestreden besluit te dragen. Wat bezwaarmaakster in bezwaar aanvoert, geeft uw college geen aanleiding om te twijfelen aan de juistheid en volledigheid van de advisering, aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan, de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of het aansluiten van de conclusies daarop.

De bezwarencommissie deelt dit standpunt van uw college niet. Gelet op de op uw college rustende vergewisplicht had het op de weg van uw college gelegen

om in de gevolgde procedure, in de advisering en in de naar aanleiding van de ingediende bezwaren opgemaakte aanvullende advisering aanleiding te zien om nadere vragen te stellen aan de Adviescommissie.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

In hetgeen in bezwaar naar voren is gekomen, kunnen naar het oordeel van de bezwarencommissie namelijk aanknopingspunten worden gevonden om te twifelen aan de inzichtelijkheid, toereikendheid, juistheid en volledigheid van het advies van de Adviescommissie, de begrijpelijkheid van de daarin gevolgde redenering en het aansluiten van de conclusies daarop.

Een illustratief punt is de kwalificatie en de puntentoekenning op de diverse verdeelcriteria. Zo wordt voor het verdeelcriterium 'Publiekswerking' in zowel het initiële advies als in de nadere advisering 65 punten toegekend. In het initiële advies wordt het beoordeeld als *'voldoende tot ruim voldoende'*; in de 'nadere advisering' wordt na herbeoordeling geconcludeerd tot *'een goede beoordeling, ruim voldoende'*. Daar komt bij dat in het nader advies van de Adviescommissie op pagina 2 te lezen valt:

"Puntentelling en ranking

Het aantal punten per criterium is in samenhang met de andere aanvragen tot stand gekomen. Nuances en afwegingen vormen de basis voor de scores. De (Advies-)commissie hanteert de punten in lijn met de omschrijvingen in de Handreiking Beoordelingskader en scoreformulier Adviescommissie BrabantStad Cultuur Subsidieregeling Hedendaagse cultuur – Professionele kunsten 2021-2024. De (Advies-)commissie heeft bij elk criterium gecheckt of een kwalificatie als 'ruim voldoende' (70 tot 80 punten) past bij de beoordeling."

Blijkens de 'Handreiking Beoordelingskader en scoreformulier Adviescommissie BrabantStad Cultuur Subsidieregeling Hedendaagse cultuur – Professionele kunsten 2021-2024' past bij een 'ruim voldoende' een puntenaantal van 70, terwijl in het voorliggende geval voor de kwalificatie 'ruim voldoende' 65 punten zijn toegekend. Dat doet vragen en twijfels oproepen, die uw college ook ter hoorzitting niet toereikend heeft kunnen beantwoorden of wegnemen.

Een ander aanknopingspunt is dat met het aan het besluit ten grondslag gelegde advies onvoldoende inzicht en transparantie is verschaft in de wijze waarop de aanvraag door de Adviescommissie is beoordeeld in relatie tot (de vereisten in) de Subsidieregeling en de andere aanvragen, en *wélke* bevindingen, welke rangorde en *wélke* afwegingen – die de Adviescommissie blijkens het voornoemde citaat zelf noemt – zijn gemaakt teneinde tot het advies te komen. Bezwaarmaakster heeft gesteld dat de nadere advisering niet aansluit bij het (omvangrijke) bezwaarschrift, noch bij alle ingediende gronden van bezwaar waarin vraagtekens worden geplaatst bij de inhoud en inzichtelijkheid van het advies.

Tussenconclusie ten aanzien van I.B. De deugdelijkheid van het advies

Ook ten aanzien van dit onderdeel komt de bezwarencommissie tot de tussenconclusie dat, onder de gegeven omstandigheden, het advies op inhoud zodanige gebreken vertoont dat uw college niet *zonder meer* van het advies had mogen uitgaan en het aan de besluitvorming ten grondslag had mogen leggen. Niet gesteld kan worden dat uw college voldaan heeft aan dit onderdeel van de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan de motiveringsplicht uit artikel 3:46 van de Awb.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Geen inzage in hoger in de rangorde geëindigde aanvragen

Daarnaast is in deze tenderverdeelpcedure aan bezwaarmaakster geen inzage geboden in de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en zijn evenmin stukken ter inzage gelegd om de beoordelingen van de Adviescommissie van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren. Dat is door uw college ter hoorzitting ook erkend.

Op pagina 1 van het 'nader advies' van de Adviescommissie valt verder te lezen: *"De afwegingen voor het geven van scores zijn dermate gedetailleerd, dat het vergelijken van het ene advies met het andere niet werkbaar is. (...) De bezwaarmaker heeft alleen kennis kunnen nemen van de andere adviezen. Vergelijkingen met scores van andere instellingen zijn op basis hiervan niet te maken."*

Bezien vanuit het vereiste van adequate, effectieve rechtsbescherming (vergelijk de Holland Opera-uitspraak) volstaat in dit concrete geval een werkwijze zoals hiervoor weergegeven, niet. In bezwaar moet bezwaarmaakster zich immers niet alleen kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Daarvoor is in casu vereist dat in ieder geval op grond van artikel 7:4, tweede lid van de Awb inzage wordt geboden in die aanvragen en beoordelingen, hetgeen niet op zorgvuldige wijze is geschied. De bezwarencommissie acht het dan ook opmerkelijk dat een verzoek in het kader van de Wet openbaarheid van bestuur nodig was om uw college te bewegen meer inzicht in de verdeelpprocedure te verschaffen. Nog opmerkelijker acht zij dat zelfs dat verzoek niet leidde tot het vereiste niveau van processuele inzage waarop een bezwaarma(a)k(st)er in een tenderverdeelpprocedure recht heeft.

Hoewel op zichzelf juist is dat het per definitie gaat om een objectivering van een naar zijn aard intersubjectief oordeel dat zich niet gemakkelijk in woorden laat vatten, neemt dat niet weg dat in procedures zoals de onderhavige wél inzicht moet worden verschaft in de gedachtegang die aan het advies ten grondslag ligt, zulks afgezet tegen de subsidievereisten in de Subsidieregeling én - controleerbaar - tegen de beoordeling van aanvragen van derden.

Alleen dan is sprake van processuele *equality of arms* voor *alle* aanvragers in een tenderprocedure. Dit klemmt hier te meer, nu de verslagen van de Adviescommissie en de aanvragen van andere aanvragers in het procesdossier ontbreken.

Ons kenmerk
C2268319/4765553

Voorts is in de door de Adviescommissie opgemaakte 'toelichting op het advies', door uw college aangeduid als 'nader advies', geen inzicht verschaft over welke Adviescommissieleden bij die gelegenheid hebben geadviseerd en welke (nieuwe) bevindingen en afwegingen daarbij zijn gemaakt. Bovendien is in die toelichting weliswaar een aantal gronden van bezwaar door de Adviescommissie tegen het licht gehouden, maar is bij de herbeoordeling niet op alle aangevoerde argumenten ingegaan en zijn deze dan ook niet beargumenteerd weerlegd.

Tussenconclusie ten aanzien van II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naar het oordeel van de bezwarencommissie is in onvoldoende mate inzicht verschaft in de totstandkoming van de rangschikking van aanvragen én ontbreekt een passende verantwoording op het punt van het bieden van inzicht in de, aan dat kader en die criteria, gerelateerde overwegingen die hebben geleid tot het betreffende oordeel in het advies. Deze conclusie treft ook het na bezwaar uitgebrachte 'nader advies'. Vergelijk ECLI:NL:RBMNE:2020:3958.

Conclusie

Alles overziende kon uw college zich bij de uitoefening van de vergewisplicht ingevolge artikel 3:9 en 3:49 van de Awb naar het oordeel van de bezwarencommissie niet *zonder meer* baseren op het advies van de Adviescommissie. Zonder nadere motivering, welke ontbreekt, heeft uw college zich niet op het standpunt kunnen stellen dat de door de Adviescommissie uitgebrachte advisering in de huidige vorm voldoende inzichtelijk, toereikend en concludent is. Dat steekt te meer, nu uw college noch de bezwarencommissie voldoende deskundig zijn op het betreffende gebied om hierover op inhoud een oordeel te geven. Een advies hierover is, gelet op het bepaalde in de Subsidieregeling, voorbehouden aan de Adviescommissie.

Gelet op het voorgaande komt de bezwarencommissie niet toe aan verdere bespreking.

Hoe nu verder?

De bezwarencommissie concludeert dat uw college de op hem rustende vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb heeft geschonden. Van inzichtelijkheid, transparantie en controleerbaarheid van de beoordeling van de onderhavige aanvraag, maar ook van de rangorde als zodanig én de totstandkoming daarvan, is (vooralsnog) geen sprake. Dat betekent dat het besluit thans in strijd met artikel 3:46 van de Awb een deugdelijke motivering ontbeert.

Dat sprake is van schending van de vergewisplicht en strijd met het motiveringsbeginsel, brengt overigens niet met zich dat bezwaarmaakster daardoor zonder meer in aanmerking komt voor subsidie. De geconstateerde gebreken zouden in de bezwaarfase wellicht kunnen worden hersteld. Dat is echter aan uw college. Bovendien brengt de huidige rangschikking met zich dat de aanvraag pas voor subsidieverlening in aanmerking kan komen indien na een eventueel herstel van de gebreken en een herbeoordeling van de voorliggende subsidieaanvraag zou blijken dat daaraan 278 of meer punten moeten worden toegekend. Wellicht ten overvloede wijst de bezwarencommissie u in dit verband op artikel 4:25, derde lid, van de Awb, waaruit volgt dat het feit dat het subsidieplafond inmiddels is bereikt, daarbij geen enkele rol mag spelen.

Ons kenmerk
C2268319/4765553

In bezwaar heeft bezwaarmaakster informatie verstrekt die geen onderdeel uitmaakt van de subsidieaanvraag en die (deels) neerkomt op een wijziging c.q. aanvulling van haar aanvraag. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over de aard van de tendersystematiek kan dergelijke informatie, voor zover die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag, niet alsnog in de (her)beoordeling betrokken worden.

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij uw college om bij uw beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond te verklaren, en
- een nieuw besluit op de aanvraag te nemen, met inachtneming van dit advies.

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie bij de behandeling van de bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten,
namens deze,


voorzitter


secretaris

Bijlage: wettelijk kader

Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant

Artikel 1.4 van de Subsidieregeling ("Subsidiabele activiteiten") luidt, voor zover van belang:

Subsidie kan worden verstrekt voor:

a. (...)

b. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten.

Artikel 1.9 van de Subsidieregeling ("Vereisten subsidieaanvraag") luidt, voor zover van belang:

Subsidieaanvragen worden ingediend binnen de tenderperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020

Artikel 1.10 van de Subsidieregeling ("Subsidieplafond") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten stellen het subsidieplafond voor subsidies als bedoeld in artikel 1.4, voor de periode, genoemd in artikel 1.9, vast op een totaal van € 23.390.800, waarvan:

a. (...)

(...)

k. € 11.126.835 voor activiteiten als bedoeld in artikel 1.4, onder b.

Artikel 1.6 van de Subsidieregeling ("Subsidievereisten") luidt, voor zover van belang:

1. Om voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 in aanmerking te komen, wordt voldaan aan de volgende vereisten:

a. de activiteiten worden in belangrijke mate uitgevoerd in de provincie Noord-Brabant;

b. de subsidieaanvrager is op het gebied van professionele kunsten een:

1°. ontwikkelinstelling;

2°. producerende instelling; of

3°. presentatie-instelling;

c. de activiteiten zijn gericht op professionele kunsten binnen een van de volgende functies:

1°. (...)

11°. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten;

d. de subsidieaanvrager is een instelling met:

1°. hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht;

2°. hoge zakelijke kwaliteit, blijkend uit de bedrijfsvoering en de inhoudelijke haalbaarheid van de activiteiten;

3°. ten minste een bovenlokale functie;

4°. een missie en visie op haar rol in de Brabantse culturele infrastructuur;

Ons kenmerk

C2268319/4765553

e. de subsidieaanvrager verklaart dat hij de volgende codes onderschrijft:

1°. Governance Code Cultuur;

2°. Fair Practice Code;

3°. Code Diversiteit & Inclusie;

f. de activiteiten zijn gericht op publiekswerking of een specifieke doelgroep en monitoring daarvan, blijkend uit een communicatiestrategie;

g. de activiteiten worden uitgevoerd in de periode 2021 tot en met 2024;

h. de subsidieaanvrager overlegt een activiteitenplan overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model activiteitenplan;

i. de subsidieaanvrager overlegt een meerjarenbegroting overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model meerjarenbegroting.

2. (...)

3. Indien de subsidieaanvraag gericht is een activiteit als bedoeld in artikel 1.4, onder b, wordt in aanvulling op het eerste lid voldaan aan het vereiste dat de subsidieaanvrager een aanvraag voor cofinanciering in de vorm van subsidie heeft ingediend of gaat indienen bij een andere overheid, blijkend uit de begroting.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Artikel 1.12, eerste lid, van de Subsidieregeling ("Verdeelcriteria") luidt, voor zover van belang:

1. Indien de binnen de tenderperiode ingediende volledige subsidieaanvragen de vastgestelde subsidieplafonds, genoemd in artikel 1.10, te boven gaan, maken Gedeputeerde Staten voor het bepalen van de onderlinge rangschikking voor de verdeling van de subsidie, een afweging tussen de verschillende volledige aanvragen op basis van de volgende criteria:

a. de mate waarin de activiteiten een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit hebben, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht, te waarderen met maximaal 100 punten;

b. de mate waarin de activiteiten hoge zakelijke kwaliteit hebben, wat betreft omgevingsbewustzijn en ondernemerschap, te waarderen met maximaal 100 punten;

c. de mate waarin de activiteiten publiekswerking hebben of gericht zijn op een specifieke doelgroep, wat betreft binding met het bestaande publiek of de doelgroep en inspanningen voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of de doelgroep, te waarderen met maximaal 100 punten;

d. de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in de provincie Noord-Brabant en bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod, te waarderen met maximaal 100 punten.

Artikel 1.13, van de Subsidieregeling ("Externe adviescommissie") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten leggen aanvragen voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 voor advies over de artikelen 1.6 en 1.12 voor aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Toelichting op de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1 (Provinciaal blad 2019, nr. 779729, november 2019):

Artikel 1.6 Subsidievereisten

(...)

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Onderdeel d, onder 1 ° Hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit

Met een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat er sprake moet zijn van een visie, een beeld van de artistiek-inhoudelijke ontwikkelingen die de organisatie beoogt op langere termijn, in relatie tot de positie die de organisatie inneemt in de sector en de discipline op lokaal, regionaal of nationaal niveau. Gedeputeerde Staten denken bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit ook aan oorspronkelijkheid, die zich vertaalt in onderscheidende activiteiten en zich onderscheidt van andere makers in de stad, regio of het land. Ook is bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit belangrijk dat de activiteiten met vakmanschap worden uitgevoerd. Het gevolgd hebben van een vakopleiding is daarbij niet doorslaggevend, het gaat om de vaardigheid waarmee de activiteiten tot stand komen en worden uitgevoerd. Tenslotte beoordelen Gedeputeerde Staten bij dit vereiste of de activiteiten zeggingskracht hebben en het publiek of beoogde publiek zullen aanspreken. De subsidieaanvrager dient dan ook blijk te geven van kennis van het publiek dat men er mee hoopt te bereiken.

Onderdeel d, onder 2 ° en onderdeel e Hoge zakelijke kwaliteit en codes

Met hoge zakelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat de organisatie een gezonde bedrijfsvoering dient te hebben, die voldoende vertrouwen geeft om de voorgenomen activiteiten inhoudelijk te realiseren en het beoogde publiek te bereiken. Van belang daarbij is dat er sprake is van een realistische mix van inkomstenbronnen, inclusief een visie op het omgaan met risico's en dat het ondernemerschap wordt ingevuld qua marketing- en communicatiestrategie. Ook de Governance Code Cultuur, de Fair Practice Code en de Code Culturele Diversiteit in onderdeel e, zeggen iets over de zakelijke kwaliteit van een organisatie. Derhalve dient een subsidieaanvrager in zijn aanvraag te verklaren dat hij die codes onderschrijft en hebben Gedeputeerde Staten het toepassen van de codes in de uitvoeringsperiode 2021 tot en met 2024 als verplichting opgelegd.

Onderdeel d, onder 3 ° Bovenlokale functie

Gedeputeerde Staten letten bij dit vereiste op het regionale of landelijke belang van de organisatie. Daarbij wordt getoetst of de organisatie invulling geeft aan de verbinding met de samenleving en of de organisatie bijdraagt aan een samenhangend cultuuraanbod. Ook wordt gezien of en op welke wijze de organisatie en de activiteiten in de periode 2021-2024 zich verhouden tot gemeente en regio en of de organisatie bijdraagt aan spreiding van het cultuuraanbod.

Onderdeel d, onder 4 ° Missie en visie

Bij dit vereiste letten Gedeputeerde Staten erop of de subsidieaanvrager een helder en realistisch beeld geeft van de rol die hij vervult binnen de Brabantse culturele infrastructuur. Daarin is zowel samenwerking met andere partijen belangrijk als een te onderscheiden profilering.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Onderdeel f Publiekswerking

Bij dit vereiste beoordelen Gedeputeerde Staten met name op of de organisatie, naast het blijven bedienen en verbinden van het bestaande publiek, ook een visie heeft om aanbod en publiek bij elkaar te brengen en te investeren in duurzame opbouw van publiek met het oog op de toekomst, bijvoorbeeld door het verlagen van drempels voor doelgroepen die niet eerder bereikt werden, door aan te sluiten op zaken die in de (lokale) maatschappij spelen of door zich te verbinden met bredere doelgroepen dan alleen het bestaande publiek. De visie op de publiekswerking en de monitoring daarvan dienen te blijken uit een communicatiestrategie.

(...)

Artikel 1.12 Verdeelcriteria tender

Eerste lid Tender

In dit artikel zijn de verdeelcriteria en een puntentoedeling vastgelegd, aan de hand waarvan de subsidieaanvragen worden beoordeeld en gerangschikt. Gedeputeerde Staten hebben in deze regeling voor een tenderprocedure gekozen, omdat ze de kwaliteit van de aanvrager, de aanvraag en de uit te voeren activiteiten relevant vinden voor de realisering van de doelstelling van deze subsidieregeling. Bij een tendersysteem moeten aanvragen binnen een bepaalde periode worden ingediend. De bedragen van de subsidieaanvragen die binnen de tenderperiode zijn ingediend en voldoen aan alle vereisten worden vervolgens bij elkaar opgeteld. Indien het totaal van die subsidieaanvragen het subsidieplafond van de tenderperiode niet overschrijdt, komen alle subsidieaanvragen voor subsidie in aanmerking. Indien er echter meer aanvragen binnenkomen dan gehonoreerd kunnen worden en het beschikbare subsidieplafond wel wordt overschreden, vindt een onderlinge vergelijking van alle aanvragen op een aantal verdeelcriteria plaats.

Onder a tot en met d Algemeen

De vereisten uit artikel 1.6, onderdeel d, onder 1, 2, 3, 4 en onderdeel f, vormen in dit artikel de basis voor de verdelingscriteria. Daarbij geldt dezelfde inhoudelijke toelichting als reeds in artikel 1.6 is gegeven bij de desbetreffende vereisten, alleen worden in dit artikel op basis van de verdeelcriteria punten gegeven voor de mate waarin een subsidieaanvraag aan de criteria onder a tot en met d voldoet. In aanvulling op de vereisten in artikel 1.6, leggen Gedeputeerde Staten in dit artikel nog de volgende aanvullende accenten.

Onder b Hoge zakelijke kwaliteit

Bij onderdeel b letten Gedeputeerde Staten met name op de mate waarin de subsidieaanvrager in zijn activiteitenplan blijkt geeft van omgevingsbewustzijn

en hoe professioneel hij het ondernemerschap invult. Gedeputeerde Staten laten bij de hoge zakelijke kwaliteit ook meewegen de mate waarin het bestuur en toezicht op orde zijn conform de Governance Code Cultuur, de mate waarin de organisatie invulling geeft aan de Fair Practice Code inzake werkgeverschap en de mate waarin de Code Culturele Diversiteit wordt ingevuld en of er onderdelen zijn van de drie bovengenoemde codes die niet worden toegepast en om welke reden.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Onder c Publiekswerking of specifieke doelgroep

Bij onderdeel c is met name de mate waarin de activiteiten leiden tot binding met het bestaande publiek of de doelgroep en de mate waarin de subsidieaanvrager zich inspant voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of doelgroep van belang.

Onder d Evenwichtige culturele infrastructuur

Bij onderdeel d laten Gedeputeerde Staten de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in Brabant en de mate waarin de activiteiten bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod (dus hoe hoog het publieksbereik in de eigen vestigingsplaats, regio, landelijk of internationaal is) zwaar meewegen.

Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (Provinciaal blad 2020, nr. 6566, februari 2020)

Artikel 7 van het Reglement luidt:

1. Elk lid van de commissie heeft een stem.
2. De commissie komt tot een advies op basis van meerderheid van stemmen.
3. De leden dienen zich bij hun oordeel over een aanvraag te baseren op de door de aanvrager en Gedeputeerde Staten verstrekte gegevens en onthouden zich van contact met de aanvragers. Indien contact met aanvragers noodzakelijk is, is de secretaris daarvoor verantwoordelijk.
4. Een lid onthoudt zich van deelname aan de besprekingen en stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag blijken dat er van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een commissielid sprake zou kunnen zijn, dan kan het betreffende lid niet adviseren.
5. Gedeputeerde Staten dragen er zorg voor dat de commissie van relevante achtergrondinformatie wordt voorzien bij de aanvragen.
6. De commissie brengt uiterlijk binnen 17 weken na sluiting van de tenderperiode, genoemd in artikel 1.9 van de subsidieregeling, een gemotiveerd advies uit aan het college over alle subsidieaanvragen.

Artikel 8, eerste en tweede lid, van het Reglement luidt:

1. De secretaris draagt zorg voor het verslag van de vergadering en stelt het advies van de adviescommissie op schrift.
2. Verslagen worden geaccordeerd door de voorzitter.

Artikel 9, eerste lid, van het Reglement luidt:

1. De leden van de commissie adviseren onafhankelijk en zonder last of ruggenspraak.

Ons kenmerk

C2268319/4765553

Hoor- en adviescommissie

Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant
Postbus 90151
5200 MC 'S-HERTOGENBOSCH

Brabantlaan 1
Postbus 90151
5200 MC 's-Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 28 12
Fax (073) 680 76 80
www.brabant.nl
IBAN NL86INGB0674560043

Bereikbaarheid
openbaar vervoer en fiets:
www.brabant.nl/route

Onderwerp

Advies inzake het bezwaar tegen het besluit van 19 juni 2020 tot weigering van de gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024

Datum

24 december 2020

Zaaknummer

BZW.20.129.001

Ons kenmerk

C2270333/4799908

Uw kenmerk

C2270334

Contact

[REDACTED]

Telefoon

[REDACTED]

Email

bezwaar@brabant.nl

Bijlage(n)

Verslag

Bijlage 1

Bijlage 2

Pleitnota

Geacht college,

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten Noord-Brabant (hierna telkens: de bezwarencommissie) deelt u het volgende mee.

Tegen uw besluit van 19 juni 2020 met kenmerk C2258756/4657690 tot weigering van de door de [REDACTED] gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024, is een bezwaarschrift ingediend door:

[REDACTED] en [REDACTED], namens de [REDACTED] (hierna: bezwaarmaakster).

Het bezwaar is 22 oktober 2020 aangevuld door de gemachtigde mr.

[REDACTED] werkzaam bij [REDACTED] Advocaten, [REDACTED]

[REDACTED], namens bezwaarmaakster.

Nadere stukken

Partijen hebben overeenkomstig artikel 7:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de gelegenheid gehad om nadere stukken in te dienen. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt door de gemachtigde van bezwaarmaakster, door op 22 oktober 2020 een aanvulling op het bezwaarschrift en op 14 december 2020 een nadere reactie in te dienen. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt door de vertegenwoordiger van uw college, door op 12 november 2020 een verweerschrift in te dienen en op 7 december 2020 een nadere reactie in te dienen.

Besteltermijn

Op verzoek van de hoor- en adviescommissie is de termijn voor de afhandeling van het bezwaarschrift met instemming van bezwaarmaakster op grond van

artikel 7:10 van de Awb opgeschort met ingang van 11 augustus 2020 tot en met 24 augustus 2020.

In deze zaak is gezocht naar een oplossing van het geschil. Gelet daarop is de termijn voor de afhandeling van het bezwaarschrift, met instemming van bezwaarmaakster, op grond van artikel 7:10 van de Awb opgeschort met ingang van 25 augustus 2020 tot en met 21 september 2020.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

Hoorzitting

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten tijdens de op 30 november 2020 gehouden hoorzitting. Van hetgeen aan de orde is geweest op de hoorzitting is een verslag gemaakt dat u ook in de bijlagen aantreft.

Ontvankelijkheid

Uw besluit is op 19 juni 2020 bekendgemaakt door toezending aan belanghebbenden. Op grond van de artikelen 6:7 en 6:8 van de Awb kon een bezwaarschrift uiterlijk op 31 juli 2020 worden ingediend. Het bezwaarschrift is binnen de gestelde termijn ingediend en voldoet ook verder aan alle gestelde ontvankelijkheidseisen.

Procesverloop

Op 29 januari 2020 heeft bezwaarmaakster een aanvraag om subsidie ingediend voor de activiteiten in 2021-2024 in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, Professionele kunsten 2021-2024 (hierna te noemen: de Subsidieregeling).

De aanvraag is ingediend voor 'overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten'. In artikel 1.10 van de Subsidieregeling is het subsidieplafond voor de aanvraagperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020 vastgesteld op € 11.126.835.

De aanvraag is krachtens artikel 1.13 van de Subsidieregeling ter advisering over artikel 1.6 en artikel 1.12 voorgelegd aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

De Adviescommissie is ingesteld om deskundigheid, kennis en objectiviteit te borgen. De Adviescommissie BrabantStad cultuur bestaat uit vijftien leden en een voorzitter die samen beschikken over een brede kennis en kundigheid over het culturele veld in Noord-Brabant en daarbuiten.

De Adviescommissie BrabantStad cultuur heeft alle aanvragen beoordeeld en van een advies voorzien. Op basis van de verdeelcriteria uit artikel 1.12 van de Subsidieregeling zijn punten toegekend waardoor een rangschikking van de aanvragen tot stand is gekomen. De Adviescommissie BrabantStad cultuur heeft

haar advies, inclusief de bijbehorende beoordeling, toegezonden aan uw college.

Uw college heeft besloten de adviezen en de hieruit voortvloeiende rangschikking van de Adviescommissie BrabantStad cultuur ten aanzien van de subsidieaanvragen over te nemen. Het beschikbare subsidiebudget is in de volgorde van de rangschikking verdeeld over de aanvragen die volledig gehonoreerd konden worden. Dat waren de aanvragen met totaalscores van 278 punten en hoger, waarmee het subsidieplafond werd bereikt.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

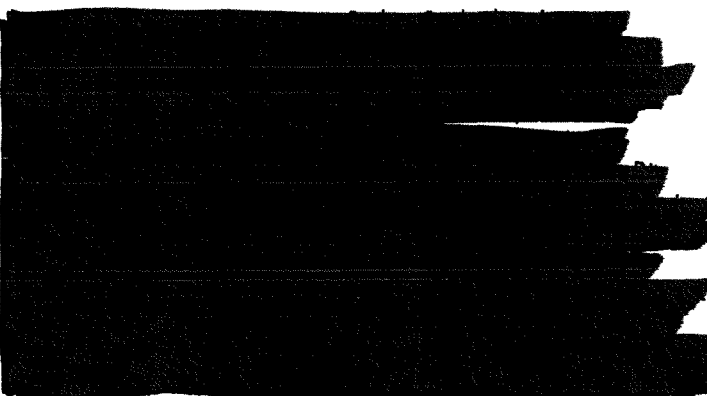
In het bestreden besluit van 19 juni 2020 is de aanvraag, met toepassing van de vergewisplicht als bedoeld in de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie BrabantStad cultuur waarin aan de aanvraag een totaalscore van 212 punten is toegekend, geweigerd. De grondslag van het besluit berust op artikel 4:25, tweede lid, van de Awb, aangezien het subsidieplafond van de Subsidieregeling reeds was bereikt.

Tegen dit besluit is het onderhavige bezwaar ingediend.

Naar aanleiding van het bezwaar heeft (een deel van) de Adviescommissie BrabantStad cultuur op verzoek van uw college een (ongedateerd) nader advies uitgebracht.

Gronden van bezwaar

Bezwaarmaakster brengt, zakelijk samengevat, het volgende naar voren.

1. 
2. 

3.

- a. Het door de Adviescommissie BrabantStad cultuur uitgebrachte advies is niet transparant en in strijd met de werkwijze en/of de Handreiking. Bij artistiek inhoudelijke kwaliteit stelt de Adviescommissie BrabantStad cultuur dat de artistieke visie impliciet is verwoord. Echter, de visie op talentontwikkeling is aantoonbaar expliciet verwoord in de aanvraag. Bezwaarmaakster meent dat in de motivering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur onvoldoende naar voren komt dat is gekeken naar de onderscheidende activiteiten van cliënte en de wijze waarop hij zich onderscheidt van andere makers. Ook blijkt uit de motivering onvoldoende dat is beoordeeld of en in hoeverre de activiteiten van bezwaarmaakster zeggingskracht hebben en het publiek aanspreekt, hetgeen op grond van de handreiking staat voorgeschreven.
- b. Bezwaarmaakster kan zich er niet mee verenigen dat volgens de Adviescommissie BrabantStad cultuur de Code Diversiteit & Inclusie een meer prominente plek in het programma en het publiek verdient. De codes zijn nadrukkelijk onderschreven en bezwaarmaakster heeft aangegeven hoe zij daaraan voldoet. Dit is het beoordelingscriterium. Zij heeft daarnaast prominent de code onderschreven in de aanvraag. De beoordeling door de Adviescommissie BrabantStad cultuur is op dit punt onbegrijpelijk en onjuist.
- c. Bezwaarmaakster stelt zich op het standpunt dat de Adviescommissie BrabantStad cultuur ten onrechte oordeelt dat bezwaarmaakster de wijze waarop duurzame publieksgroei gerealiseerd kan worden niet helder heeft uitgewerkt. Hier is in het activiteitenplan veel aandacht aan besteed. Daarnaast is publieksgroei geen criterium.

- d. Bij het criterium "bijdrage Brabantse culturele infrastructuur" is onvoldoende gekeken naar de mate waarin wordt bijgedragen aan een samenhangend regionaal cultuuraanbod en de plek van de organisatie in de lokale, regionale en landelijke infrastructuur en samenleving, terwijl de handreiking juist aangeeft dat hierop getoetst moet worden.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

e.

f.

g.

- h. Bezwaarmaakster doet een beroep op artikel 24 van de Algemene Subsidieverordening (hardheidsclausule) om alsnog gehonoreerd te worden. Bezwaarmaakster verwijst daarbij naar de grote (financiële) belangen.

Wettelijk kader

Het wettelijk kader wordt gevormd door de Awb, de Subsidieregeling en het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna: Reglement Adviescommissie). De relevante bepalingen zijn opgenomen in de bijlage bij dit advies.

Leeswijzer

Voorafgaand aan de beoordeling stelt de bezwarencommissie eerst een aantal uitgangspunten voorop. Die uitgangspunten hebben achtereenvolgens betrekking op:

- de aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag
- I. De vergewisplicht van uw college
 - I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure
 - I.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieplichting
 - I.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling
 - I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies
- II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Ons kenmerk

C2270333/4799908

Uitgangspunten voor de beoordeling

Aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een subsidieaanvrager om ervoor zorg te dragen dat bij de aanvraag alle informatie wordt gevoegd die voor de beslissing op de aanvraag nodig is. Uit de aard van een tenderverdeelpcedure vloeit echter voort dat alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens vóór de sluiting van de aanvraagtermijn moeten zijn overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van ná de sluiting van de aanvraagtermijn in een tenderverdeelpcedure zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tendersysteem centraal staan. Later aangeleverde informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van een binnen de aanvraagtermijn ingediende aanvraag, kan daarom niet worden meegenomen bij een herbeoordeling van die aanvraag. Vergelijk de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:740 en van 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

I. De vergewisplicht van uw college

De bezwarencommissie stelt voorop dat uw college bij het verlenen van subsidie op grond van de Subsidieregeling en bij de invulling van de daarin neergelegde vereisten beleidsruimte toekomt. Uw college heeft beoordelingsruimte bij de waardering van de aanvragen. De bezwarencommissie ziet zich voor de beantwoording van de vraag geplaatst of uw college in redelijkheid tot het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag heeft kunnen komen. Daarbij dient te worden betrokken de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure en de inzichtelijkheid, transparantie en deugdelijkheid van de motivering van het besluit, met inbegrip van het daaraan ten grondslag liggende advies van uw Adviescommissie. Het toepasselijke wettelijke kader wordt gevormd door de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb. Vooropgesteld moet worden dat uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb volgt dat een bestuursorgaan dat gebruik maakt van een adviescommissie zich ervan dient te vergewissen dat het door de

adviescommissie verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

Deze vergewisplicht is tweeledig:

- a) de door de adviseurs gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en
- b) het advies moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.

Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het besluit en kan het bestuursorgaan in het besluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. Voorts volgt uit artikel 3:8 van de Awb dat in of bij het besluit de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

1.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt dat, indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag hebben gelegen en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een aanvraag van dat advies mag uitgaan. Dat uitgangspunt geldt niet als er concrete aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die zorgen voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies, aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan, aan de samenstelling en werkwijze van de ingeschakelde adviescommissie of de hoedanigheid van de adviseurs, aan de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of aan het aansluiten van de conclusies daarop. Vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100 en de uitspraak van de AbRS van 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3876.

In dat geval mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afdaan. Vergelijk ook de uitspraken van de AbRS van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2388 en AbRS van 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2227.

1.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting

De bezwarencommissie wijst erop dat zich in de rechtspraak over de verdeling van schaarse publieke rechten, waaronder subsidiemiddelen, een rechtsontwikkeling heeft voorgedaan met betrekking tot de zogeheten mededingingsnorm. In de uitspraken van de AbRS van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) en van 11 juli 2018 (Geobox /GS Noord-Brabant, ECLI:NL:RVS:2018:2310) heeft de hoogste bestuursrechter geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door het bestuur aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze 'reële mededingingsruimte' wordt geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Expliciet is daarbij geoordeeld dat de rechtsnorm óók van toepassing is bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen in een tenderprocedure,

zoals hier aan de orde. Om 'reële mededingingsruimte' te waarborgen, geldt een zogeheten transparantieplichting. Dat betekent dat het betreffende bestuursorgaan een '*passende mate van openbaarheid*' moet garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip, de indieningsvereisten en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan (tijdig) kennis kunnen nemen. Bij aanvang van de subsidieverdeelprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

La.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

Om de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure te waarborgen, dient de samenstelling en werkwijze van een adviescommissie zodanig te zijn dat strijd met artikel 2:4 van de Awb wordt voorkomen. Ingevolge artikel 2:4, tweede lid, van de Awb, waakt een bestuursorgaan ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Deze wettelijke verplichting geldt evenzeer voor de adviseur(s) waarvan het bestuursorgaan gebruik maakt. De verplichting kan nader worden ingevuld door een reglement, waarin artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur voorziet. Ingevolge artikel 7, vierde lid, onthoudt een Adviescommissielid zich van deelname aan de besprekingen en de stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag sprake kunnen zijn van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een adviescommissielid, dan kan het betreffende lid niet adviseren.

Een tenderverdeelsysteem brengt namelijk met zich dat een adviescommissielid dat daarbij belang heeft, door middel van een negatieve beoordeling van de kwaliteit van een aanvraag, kan bevorderen dat minder aanvragen voldoen aan het kwaliteitscriterium, waardoor er een kleiner beslag wordt gelegd op het beschikbare subsidiebudget en de kans op subsidie voor de positief beoordeelde aanvragers toeneemt. Indien het subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen te kunnen honoreren, heeft een adviescommissielid met (in)directe betrokkenheid bij een aanvraag in dezelfde subsidieronde, een belang bij de uitkomst van de advisering over de andere aanvragers en bestaat ten aanzien van dat lid de schijn van belangenverstrengeling. Zelfs wanneer het betreffende adviescommissielid zich verschoont bij de advisering over 'zijn' aanvraag, is dat onvoldoende om die schijn weg te nemen. Daarbij is niet van belang of er een concrete aanwijzing bestaat dat het adviescommissielid negatief stond tegenover de andere aanvragen. Kortheidshalve wordt verwezen naar de relevante jurisprudentie (AbRS 24 maart 2010,

ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, Theatercompagnie en CBb 13 juni 2016,
ECLI:NL:CBb:2016:155).

Ons kenmerk
C2270333/4799908

1.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens het tot stand is gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van het advies is gevolgd. De inhoud van het advies moet concludent zijn. In een tenderverdeelpcedure moet het advies inzicht bieden in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen en een 'passende verantwoording' bevatten over het verband tussen de deskundigenoordelen en de beoordelingscriteria. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn: puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen daarover moet beschikbaar zijn. De motivering kan na bezwaar worden aangevuld, maar dan moet de nadere toelichting zijn geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de adviescommissie zijn voorgelegd. Vergelijk de uitspraken van CBb van 14 juni 2017, ECLI:NL:CBb:2017:240, van 22 september 2016, ECLI:NL:CBb:2016:297 en van 29 mei 2018, ECLI:NL:CBb:2018:300, alsmede de uitspraken van de AbRS van 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2676 en van 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naast het wettelijke kader is minstens zo belangrijk de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters ter zake van de rechtsbescherming bij de verdeling van subsidies via de tendersystematiek.

Uit de uitspraak van de AbRS van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera) volgt dat ook in de tenderverdelingssystematiek effectieve rechtsbescherming moet worden geboden aan alle aanvragers. Voor een aanvrager die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond reeds eerder is bereikt, houdt effectieve rechtsbescherming in dat hij zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals ook hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken. Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die

andere aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering.

De motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag moet ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Alleen dan kan immers in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld.

Ons kenmerk

C2270333/4799908

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt (of beroep instelt) tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaantastbaar zijn geworden.

Uit wat hiervoor is overwogen, volgt naar het oordeel van de AbRS (in dezelfde uitspraak) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en diensgevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd. Vergelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958 (ro. 8 en 9).

Beoordeling bezwarencommissie

Ad 1. De vergewisplicht van uw college

Naar het oordeel van de bezwarencommissie vertoont de gevolgde tenderprocedure (reeds) *in procedurele zin* dermate wezenlijke gebreken, dat de advisering door de Adviescommissie Brabantstad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze is geschied. Dat leidt ertoe dat de adviezen van die Adviescommissie niet aan de primaire besluiten ten grondslag hadden mogen worden gelegd. De bezwarencommissie acht de besluiten van uw college dan ook in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig voorbereid. Gelet op zowel de aard en systematiek van de gevolgde tenderprocedure als de -

onbetwiste - onverbreeklijke samenhang tussen de onderlinge subsidiebesluiten, treft dat ook het onderhavige besluit. De in dit advies te signaleren procedurele gebreken staan immers niet op zichzelf, maar zien op de beoordeling van *alle* subsidieaanvragen uit deze tenderronde.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

Ad 1. De op de za(a)k(en) betrekking hebbende stukken / informatievoorziening

De bezwarencommissie stelt voorop dat zij zich bij de behandeling van de bezwaardossiers in deze tenderverdeelpprocedure geconfronteerd weet met erg gebrekkige informatievoorziening van de zijde van uw college. Naarmate de bezwaarprocedure(s) vorderde(n), werden telkens nieuwe op de zaak betrekking hebbende stukken en nieuwe informatie naar voren gebracht. In het bijzonder zijn door uw college nieuwe feiten en omstandigheden naar voren gebracht, bij de bezwarencommissie bekend geworden vanaf 8 december 2020, die een ander licht doen werpen op de zorgvuldigheid van de gevolgde tenderprocedure. De bezwarencommissie ziet zich als gevolg van de gebrekkige en in tijd gefaseerde informatievoorziening genoodzaakt om de in deze tenderronde eerder uitgebrachte adviezen van 2 november 2020 (BZW.20.128.001) en 3 december 2020 (BZW.20.126.001) van een aanvullend advies te voorzien.

Ad 1. Het ontbreken van verslaglegging van de adviescommissievergaderingen

De bezwarencommissie constateert dat er één plenaire Adviescommissievergadering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur op 15 april 2020 heeft plaatsgevonden, welke is voorafgegaan door twaalf vergaderingen in kleinere samenstelling door verschillende "deelcommissies". Door de Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn geen vergaderverslagen of notulen ter beschikking gesteld. Desgevraagd heeft uw college bevestigd dat er in het geheel geen verslagen zijn opgemaakt van de deelvergaderingen en de plenaire slotvergadering. De bezwarencommissie stelt dan ook vast dat, in strijd met artikel 8 van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur, verslagen van de vergaderingen, geaccordeerd door de voorzitter, ontbreken. Volgens de vertegenwoordiging van uw college zijn die verslagen niet opgemaakt vanwege de digitale wijze van vergaderen en de aanwezigheid van de voorzitter bij alle vergaderingen. Het advies zou een weergave zijn van hetgeen in de vergaderingen is besproken. Wat daar verder ook van moge zijn, door het ontbreken van de voorgeschreven verslaglegging wordt op geen enkele wijze inzicht verschaft over wat er tijdens de twaalf deelvergaderingen en de dertiende plenaire slotvergadering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur of de "deelcommissies" is besproken. Over welke bevindingen en afwegingen zijn gemaakt en onderling zijn gedeeld en ten aanzien van de onderlinge verhoudingen of eventuele stemmingen over de puntenverdeling, tasten bezwaarmaaksters en de bezwarencommissie nog altijd in het duister. Hierdoor heeft de advisering niet op transparante en daarmee controleerbare wijze plaatsgevonden. Dat is strijdig met wat hiervoor onder 'uitgangspunten - II. Effectieve rechtsbescherming' is vooropgesteld.

Ad 1.a. De zorgvuldigheid van de procedure: samenstelling van de Adviescommissie en deskundigheid van de adviseurs

De bezwarencommissie overweegt dat het voor bezwaarmakers en voor de bezwarencommissie onbekend is gebleven wat de samenstelling was van de "deelcommissies" die de initiële adviezen hebben voorbereid en tevens van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur, de adviseur die de initiële adviezen heeft uitgebracht in deze besluitvormingsprocedure. Ook de samenstelling van de "deelcommissies" die de nadere adviezen hebben uitgebracht, is niet bekendgemaakt. Artikel 3:8 van de Awb vereist echter dat de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht. Het ontbreken daarvan leidt ertoe dat de totstandkoming van het advies een gebrek vertoont, niet alleen omdat de vermelding op zichzelf al een eis van behoorlijkheid is jegens degene tot wie het besluit is gericht, maar tevens omdat dit een rol kan spelen indien over het besluit een geschil mocht ontstaan.

De bezwarencommissie merkt op dat een bezwaarmaker, door het ontbreken van de namen van de betrokken Adviescommissieleden, niet kan controleren welke Adviescommissieleden hebben geadviseerd. Hierbij verwijst de bezwarencommissie naar wat daarover onder "uitgangspunten" is overwogen.

Ons kenmerk

C2270333/4799908

Ad 1.a. De zorgvuldigheid van de procedure: werkwijze adviseurs

Op basis van de stukken staat vast dat de initiële adviezen in deze tenderronde zijn vastgesteld door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur tijdens de slotvergadering van 15 april 2020. Bij die gelegenheid zijn ook de scores van alle adviezen en de uiteindelijke ranking bepaald. Bij gebrek aan verslaglegging van die slotvergadering is echter onbekend welke Adviescommissieleden hebben deelgenomen aan die slotvergadering, welke bevindingen zij onderling hebben gedeeld en tot welke afwegingen en conclusies zij zijn gekomen. Wél staat vast dat de voltallige Adviescommissie heeft geadviseerd. Het laatste leidt ertoe dat door de diverse "deelcommissies" niet is geadviseerd, maar slechts voorbereidend werk is verricht. Het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur voorziet bovendien niet in (de figuur van) "een deelcommissie", zodat uitgegaan moet worden van advisering door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Tegen deze achtergrond wekt het des te meer bevreemding, dat in een e-mailbericht met het onderwerp "Voorbereidende informatie vergaderingen Adviescommissie BrabantStad Cultuur" van 26 februari 2020 van 9.17 uur¹ onder meer te lezen valt:

*"Beste adviseur van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur,
(...)*

Integrale afweging op 15 april (twee dagdelen)

Zoals al ter sprake kwam op 13 februari is het belangrijk dat de hele commissie aan het einde samenkomt om te kunnen reflecteren over het geheel. Dit

¹ Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.128.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

betekent dat alle aanvragen in te zien zijn, om de adviescommissie in staat te stellen een beeld te kunnen krijgen over alle aanvragen, in alle diversiteit. Het lezen van alle aanvragen is niet nodig, we willen alleen benadrukken dat we enkel verwachten dat je 'de eigen aanvragen voor de eigen vergaderdelen' voorbereidt, leest en beoordeelt.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

Tijdens de afsluitende vergadering doen we de hele advisering per aanvraag zeker niet overnieuw, maar concentreren we ons op observaties, reflecties en bijzonderheden. We overzien de complete ronde en de adviescommissie kan aangeven wat haar is opgevallen, maar ze kan ook aanbevelingen doen. We buigen ons bijvoorbeeld over de subsidieplafonds en de mogelijke consequenties voor instellingen. Daarnaast is een uitspraak over de betekenis van de instellingen in de provincie Brabant in relatie tot de verschillende gemeenten (lokale inbedding) een belangrijk punt."

Deze gang van zaken acht de bezwarencommissie niet in lijn met de eerdergenoemde uitgangspunten en de heersende jurisprudentie. De adviezen van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn naar het oordeel van de bezwarencommissie niet zorgvuldig tot stand gekomen.

Een daaraan verwant aspect is de signalering dat naar aanleiding van de ingediende gronden van bezwaar, subsidieaanvragen voor nader advies zijn teruggelegd. Die nadere advisering geschiedde echter door een "deelcommissie" en niet door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur, zijnde de adviseur die diende te adviseren en in alle zaken ook het initiële advies heeft uitgebracht.

De - voor bezwaarmakers en de bezwarencommissie onbekend gebleven - samenstelling van de "deelcommissie(s)" blijkt echter desgevraagd anders te zijn dan die van de voltallige Adviescommissie die het initiële advies heeft vastgesteld en uitgebracht (en dan de "deelcommissie" die het initiële advies in een betreffende aanvraag heeft voorbereid). Dat acht de bezwarencommissie in strijd met het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur en de daarbij te betrachten zorgvuldigheid.

Ad 1.a.1 Bieden van reële mededingingsruimte

Naar het oordeel van de bezwarencommissie kan de wijze waarop in de onderhavige tenderverdeelpprocedure invulling is gegeven aan de verplichting tot het bieden van reële mededingingsruimte, in het bijzonder het vereiste van een 'passende mate van openbaarheid', de toets der kritiek niet doorstaan. Uw college dient deze openbaarheid te garanderen met betrekking tot - onder meer - de toe te passen criteria. Voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelpprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd. De door de Adviescommissieleden te gebruiken 'Handreiking beoordelingskader' blijkt desgevraagd echter allesbehalve uitputtend en ondubbelzinnig te zijn bedoeld. Mede gezien de standpuntbepaling van uw college hieromtrent dient het (slechts) als

'hulpmiddel' bij de beoordeling van de subsidieaanvraag, het activiteitenplan en andere bijbehorende verplichte bijlagen te worden beschouwd, aldus uw college. Een Adviescommissielid blijkt bij de beoordeling zelfs enige "vrijheid" toe te komen, aldus uw college, waardoor bepaalde beoordelingsaspecten mogelijk minder gewicht krijgen dan andere aspecten. De bezwarencommissie is van oordeel dat deze werkwijze geen pas geeft in het licht van de verplichting tot het bieden van een passende mate van openbaarheid. Op deze wijze wordt het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen aan alle subsidieaanvragers, niet geborgd.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

Ad 1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

De bezwarencommissie ziet zich, gelet op een brief² namens uw college gedateerd 7 december 2020 (door de bezwarencommissie ontvangen op 8 december 2020), met kenmerk C2270334/4802566, voor de vraag geplaatst of uw college, gelet op artikel 2:4, tweede lid, van de Awb en artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur, het advies van de Adviescommissie BrabantStad cultuur aan het primaire besluit ten grondslag heeft mogen leggen en of derhalve het primaire besluit in overeenstemming met artikel 3:2 van de Awb zorgvuldig is voorbereid. Op basis van de stukken en het verhandelde ter hoorzitting beantwoordt de bezwarencommissie die vraag ontkennend.

De bezwarencommissie stelt daartoe allereerst vast dat de beoordeling en de rangschikking van de aanvragen is uitgevoerd door de Adviescommissie BrabantStad cultuur. De Adviescommissie BrabantStad cultuur hanteert een eigen Reglement ten behoeve van de transparantie bij het bepalen van de rangschikking van de aanvragen.

Op basis van de door uw college overgelegde brief van 7 december 2020 en het verhandelde ter hoorzitting is vast komen te staan dat het in die brief aangeduide Adviescommissielid (in)directe betrokkenheid heeft bij een cultuurstelling waarvoor in de voorliggende tenderprocedure ook subsidie is aangevraagd (en uiteindelijk is gehonoreerd). Dit Adviescommissielid heeft een persoonlijke (familie)band met (een) aan die cultuurstelling verbonden perso(o)n(en). Tevens acht uw college het niet uitgesloten, zonder dat het dit in bezwaar volledig heeft opgehelderd, dat dit lid zich tevens in een zakelijk verband verhoudt tot de cultuurstelling en/of de daaraan gelieerde perso(o)n(en).

Vast is komen te staan dat het betreffende Adviescommissielid in de plenaire slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen aan de (eind)advisering en (eind)beoordeling over die aanvraag en de overige concurrerende aanvragen, waaronder de aanvraag van bezwaarmaakster(s).

² Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.129.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverschrijvende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

Dat het Adviescommissielid niet in alle zaken via deelcommissies betrokken is geweest bij de deelvergaderingen waarin adviezen (en nadere adviezen naar aanleiding van bezwaren) van aanvragers zijn besproken, doet niet ter zake, omdat de uiteindelijke (eind)advisering en (eind)beoordeling in de slotvergadering met de voltallige Adviescommissie is geschied. Bij gebrek aan verslaglegging van de deelvergaderingen en de slotvergadering is het voor de bezwarencommissie tot op heden onduidelijk, behoudens in één bezwaarzaak, bij welke aanvragen welke leden uit de "deelcommissies" zijn betrokken.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

De bezwarencommissie stelt, gelet op het voorgaande, vast dat het advies van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met artikel 2:4 van de Awb in samenhang gezien met artikel 7, vierde lid, van het Reglement. Ondanks (in)directe betrokkenheid bij een cultuurstelling waarvoor ook subsidie is aangevraagd, heeft het Adviescommissielid deelgenomen aan de voorbereiding en vaststelling van de eerstgenoemde ('eigen') aanvraag en van alle overige aanvragen van concurrerende instellingen.

Dat is een dermate wezenlijk, niet te herstellen gebrek, dat het juridische fundament onder de gevolgde procedure uit staat. Reeds hierom zijn de adviezen van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op zorgvuldige wijze tot stand gekomen en had uw college deze niet ten grondslag mogen leggen aan het besluit.

De bezwarencommissie overweegt dat voor de beoordeling en advisering in een tenderverdeelprocedure zoals door verweerder is ingevuld, geldt dat in beginsel ieder Adviescommissielid van de Adviescommissie BrabantStad cultuur dat bij enige subsidieaanvraag (in)directe betrokkenheid heeft, niet mag adviseren. Anders zou dit lid namelijk kunnen bevorderen of beïnvloeden dat bepaalde aanvragen minder punten toebedeeld krijgen op de toepasselijke subsidiecriteria dan de 'eigen' aanvraag, waardoor de kans op subsidie voor laatsbedoelde subsidieaanvraag toeneemt. Ten aanzien van het betreffende Adviescommissielid bestaat naar het oordeel van de bezwarencommissie in ieder geval een schijn van belangenverstremgeling, nu dit lid de besluitvorming ten aanzien van de aanvraag waarbij het lid (in)direct betrokken was, door diens oordeel en advies over alle aanvragen, waaronder de overige concurrerende aanvragen, (in)direct zou kunnen beïnvloeden.

Alles overziende betekent het voorgaande dat de advisering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, zodat het advies niet aan het primaire besluit ten grondslag gelegd had mogen worden. Het vorenstaande brengt tevens mee dat het besluit van uw college in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig is voorbereid.

Reeds daarom dienen bij de te nemen beslissing op bezwaar de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in

plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen. De bezwarencommissie vindt mede steun voor het voorgaande in de uitspraak van het Cbb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155 en van de Rechtbank Amsterdam van 10 juni 2011, ECLI:RBAMS:2011:BQ9859.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

Voorts dient uw college bij de te nemen beslissing op bezwaar mede te betrekken dat nog altijd onduidelijk is, en daarmee boven de markt blijft hangen, of wat zojuist is overwogen wellicht ook heeft te gelden voor andere leden van de Adviescommissie BrabantStad cultuur. Daartoe bestaan aanknopingspunten, zoals mede aangestipt in het initiële advies van de bezwarencommissie van 2 november 2020 inzake BZW.20.128.001. Met de door uw college overgelegde stukken, of liever bij gebreke daaraan, is niet inzichtelijk gemaakt of ten aanzien van dat Adviescommissielid ook strijd ontstaat met artikel 2:4 van de Awb en artikel 7, tweede lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur. Dat kan de bezwarencommissie echter niet beoordelen. Relevant kan dat niettemin wel zijn, omdat óók het (mede)adviseren door een Adviescommissielid dat zich ten aanzien van één aanvraag zou hebben verschoond in een (voorbereidende) deelcommissievergadering, terwijl dat lid wel in volle omvang aan de slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen en dientengevolge ook - bij gebreke aan een inzichtelijke tegenargumentatie - over die aanvraag heeft geadviseerd, in het licht van artikel 2:4 van de Awb zou stuiten op een wezenlijk gebrek. In lijn met artikel 7:12 van de Awb dient dat deugdelijk te worden gemotiveerd in de te nemen beslissing op bezwaar. Ten aanzien van het Adviescommissielid (BZW.20.141.001) dat zich - naar onweersproken is gebleven - vanwege zijn ongenoegen over de werkwijze van de Adviescommissie vanaf medio maart 2020 zou hebben teruggetrokken en in het geheel geen deel (meer) zou hebben genomen aan de Adviescommissie, ziet de bezwarencommissie geen aanleiding om aan die stellingname van uw college te twijfelen, hoewel diens vertrek niet vaststaat. Dat is op geen enkele wijze door uw college inzichtelijk gemaakt. Mede gelet op de processtukken verdient ook dat onderdeel een verhelderende, deugdelijke motivering.

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming: geen inzage in hoger geëindigde aanvragen

De bezwarencommissie heeft ambtshalve kennisgenomen van het feit dat de tekst van alle initiële adviezen integraal te vinden is op de website Brabant.nl. De bezwarencommissie staat daar positief tegenover, maar merkt wel op dat dit bestand niet de nadere adviezen bevat, nog los van wat daaromtrent hiervoor overwogen is. Ook is dit bestand pas op 23 november 2020 op de website geplaatst, ruim nadat de eerste bezwaarprocedures waren gestart. Die op de site gepubliceerde initiële adviezen maken geen onderdeel uit van de processtukken.

In deze tenderverdeelprocedure is aan bezwaarmaakster geen inzage geboden in de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en zijn evenmin

stukken ter inzage gelegd om de beoordelingen van de Adviescommissie van de hoger (dan bezwaarmaakster) in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren.

Ons kenmerk

C2270333/4799908

Voorts zijn op 23 november 2020 uitsluitend de gehonoreerde aanvragen gepubliceerd. Voor zover via de website over die gehonoreerde aanvragen inzage is geboden, merkt de bezwarencommissie op dat dat niet het geval is voor alle hoger dan bezwaarmaakster in de rangorde geëindigde aanvragen. De aanvragen onder de zaaglijn, maar hoger geëindigd dan de aanvraag van bezwaarmaakster, zijn niet gepubliceerd. Bezien vanuit het vereiste van adequate, effectieve rechtsbescherming volstaat in dit concrete geval een werkwijze zoals hiervoor weergegeven, niet. Vergelijk de Holland Opera-uitspraak.

Slotsum

Gelet op al op hetgeen hiervoor is overwogen, concludeert de bezwarencommissie dat de door de adviseurs gevolgde procedure van advisering en de totstandkoming van het advies zodanige ernstige en wezenlijke gebreken vertonen en niet op voldoende zorgvuldig is geschied, dat uw college – reeds op procedurele gronden – niet van het advies mocht uitgaan en het aan de primaire besluit ten grondslag mocht leggen. Niet kan worden gesteld dat uw college voldaan heeft aan de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan het in artikel 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsvereiste en de in artikel 3:46 van de Awb neergelegde motiveringsverplichting.

Bij de te nemen beslissing op bezwaar dienen de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen.

Gelet hierop behoeven de resterende gronden van bezwaar – die zich vooral richten op de deugdelijkheid van de inhoud van het advies – geen verdere bespreking. Vanwege de aard en inhoud van dit advies laat de bezwarencommissie dat dan ook onbesproken.

Voor de goede orde overweegt de bezwarencommissie nog het volgende. Dat vanwege geconstateerde gebreken in de gevolgde tenderprocedure sprake is van schending van de vergewisplicht en strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, brengt niet automatisch met zich dat bezwaarmaakster(s) daardoor zonder meer in aanmerking komt voor subsidie.

Het voorgaande zegt immers uitsluitend iets over de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure. Het is aan uw college hoe in het vervolg van de bezwaarprocedure om te gaan met de geconstateerde gebreken.

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij uw college om bij uw beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond te verklaren, en
- het bestreden besluit te herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit op de aanvraag te nemen, met inachtneming van dit advies.

Ons kenmerk

C2270333/4799908

Advies m.b.t. proceskosten

Door bezwaarmaakster is gevraagd om vergoeding van proceskosten. Indien u bovenstaand advies overneemt, is daarmee sprake van het herroepen van het bestreden besluit wegens aan u te wijten onrechtmatigheid. In dat geval is vergoeding van proceskosten in bezwaar aan de orde. In die situatie adviseert de commissie u daarbij, gelet op de zwaarte van de zaak (niet bijzonder licht, niet bijzonder zwaar), uit te gaan van - voor zover aan de orde - één punt voor het opstellen van het bezwaarschrift en één punt voor bijwonen van de hoorzitting. Op basis van het Besluit proceskosten bestuursrecht dient voor een punt € 525,- te worden uitgekeerd.

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie bij de behandeling van de bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten,
namens deze,



voorzitter



secretaris

Bijlage: wettelijk kader

Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (Provinciaal blad 2020, nr. 6566, februari 2020)

Artikel 7 van het Reglement luidt:

- 1. Elk lid van de commissie heeft een stem.*
- 2. De commissie komt tot een advies op basis van meerderheid van stemmen.*
- 3. De leden dienen zich bij hun oordeel over een aanvraag te baseren op de door de aanvrager en Gedeputeerde Staten verstrekte gegevens en onthouden zich van contact met de aanvragers. Indien contact met aanvragers noodzakelijk is, is de secretaris daarvoor verantwoordelijk.*
- 4. Een lid onthoudt zich van deelname aan de besprekingen en stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag blijken dat er van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een commissielid sprake zou kunnen zijn, dan kan het betreffende lid niet adviseren.*
- 5. Gedeputeerde Staten dragen er zorg voor dat de commissie van relevante achtergrondinformatie wordt voorzien bij de aanvragen.*
- 6. De commissie brengt uiterlijk binnen 17 weken na sluiting van de tenderperiode, genoemd in artikel 1.9 van de subsidieregeling, een gemotiveerd advies uit aan het college over alle subsidieaanvragen.*

Artikel 8, eerste en tweede lid, van het Reglement luidt:

- 1. De secretaris draagt zorg voor het verslag van de vergadering en stelt het advies van de adviescommissie op schrift.*
- 2. Verslagen worden geaccordeerd door de voorzitter.*

Artikel 9, eerste lid, van het Reglement luidt:

- 1. De leden van de commissie adviseren onafhankelijk en zonder last of ruggenspraak.*

Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant

Artikel 1.4 van de Subsidieregeling ("Subsidiabele activiteiten") luidt, voor zover van belang:

Subsidie kan worden verstrekt voor:

- a. (...)*
- b. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten.*

Artikel 1.9 van de Subsidieregeling ("Vereisten subsidieaanvraag") luidt, voor zover van belang:

Subsidieaanvragen worden ingediend binnen de tenderperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020

Ons kenmerk

C2270333/4799908

Artikel 1.10 van de Subsidieregeling ("Subsidieplafond") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten stellen het subsidieplafond voor subsidies als bedoeld in artikel 1.4, voor de periode, genoemd in artikel 1.9, vast op een totaal van € 23.390.800, waarvan:

a. (...)

(...)

k. € 11.126.835 voor activiteiten als bedoeld in artikel 1.4, onder b.

Ons kenmerk

C2270333/4799908

Artikel 1.6 van de Subsidieregeling ("Subsidievereisten") luidt, voor zover van belang:

1. Om voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 in aanmerking te komen, wordt voldaan aan de volgende vereisten:

a. de activiteiten worden in belangrijke mate uitgevoerd in de provincie Noord-Brabant;

b. de subsidieaanvrager is op het gebied van professionele kunsten een:

1°. ontwikkelinstelling;

2°. producerende instelling; of

3°. presentatie-instelling;

c. de activiteiten zijn gericht op professionele kunsten binnen een van de volgende functies:

1°. (...)

11°. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten;

d. de subsidieaanvrager is een instelling met:

1°. hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit, wat betreft visie, originaliteit, vakmanschap en zeggingskracht;

2°. hoge zakelijke kwaliteit, blijkend uit de bedrijfsvoering en de inhoudelijke haalbaarheid van de activiteiten;

3°. ten minste een bovenlokale functie;

4°. een missie en visie op haar rol in de Brabantse culturele infrastructuur;

e. de subsidieaanvrager verklaart dat hij de volgende codes onderschrijft:

1°. Governance Code Cultuur;

2°. Fair Practice Code;

3°. Code Diversiteit & Inclusie;

f. de activiteiten zijn gericht op publiekswerking of een specifieke doelgroep en monitoring daarvan, blijkend uit een communicatiestrategie;

g. de activiteiten worden uitgevoerd in de periode 2021 tot en met 2024;

h. de subsidieaanvrager overlegt een activiteitenplan overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model activiteitenplan;

i. de subsidieaanvrager overlegt een meerjarenbegroting overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model meerjarenbegroting.

2. (...)

3. Indien de subsidieaanvraag gericht is een activiteit als bedoeld in artikel 1.4, onder b, wordt in aanvulling op het eerste lid voldaan aan het vereiste dat de subsidieaanvrager een aanvraag voor cofinanciering in de vorm van subsidie heeft ingediend of gaat indienen bij een andere overheid, blijkend uit de begroting.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

Artikel 1.12, eerste lid, van de Subsidieregeling ("Verdeelcriteria") luidt, voor zover van belang:

1. Indien de binnen de tenderperiode ingediende volledige subsidieaanvragen de vastgestelde subsidieplafonds, genoemd in artikel 1.10, te boven gaan, maken Gedeputeerde Staten voor het bepalen van de onderlinge rangschikking voor de verdeling van de subsidie, een afweging tussen de verschillende volledige aanvragen op basis van de volgende criteria:

- a. de mate waarin de activiteiten een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit hebben, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- b. de mate waarin de activiteiten hoge zakelijke kwaliteit hebben, wat betreft omgevingsbewustzijn en ondernemerschap, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- c. de mate waarin de activiteiten publiekswerking hebben of gericht zijn op een specifieke doelgroep, wat betreft binding met het bestaande publiek of de doelgroep en inspanningen voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of de doelgroep, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- d. de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in de provincie Noord-Brabant en bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod, te waarderen met maximaal 100 punten.*

Artikel 1.13, van de Subsidieregeling ("Externe adviescommissie") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten leggen aanvragen voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 voor advies over de artikelen 1.6 en 1.12 voor aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Toelichting op de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1 (Provinciaal blad 2019, nr. 779729, november 2019):

Artikel 1.6 Subsidievereisten

(...)

Onderdeel d, onder 1° Hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit

Met een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat er sprake moet zijn van een visie, een beeld van de artistiek-inhoudelijke ontwikkelingen die de organisatie beoogt op langere termijn, in relatie tot de positie die de organisatie inneemt in de sector en de discipline op lokaal, regionaal of nationaal niveau. Gedeputeerde Staten denken bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit ook aan oorspronkelijkheid, die zich vertaalt in onderscheidende activiteiten en zich onderscheidt van andere makers in de

stad, regio of het land. Ook is bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit belangrijk dat de activiteiten met vakmanschap worden uitgevoerd. Het gevolgd hebben van een vakopleiding is daarbij niet doorslaggevend, het gaat om de vaardigheid waarmee de activiteiten tot stand komen en worden uitgevoerd. Tenslotte beoordelen Gedeputeerde Staten bij dit vereiste of de activiteiten zeggingskracht hebben en het publiek of beoogde publiek zullen aanspreken. De subsidieaanvrager dient dan ook blijk te geven van kennis van het publiek dat men er mee hoopt te bereiken.

Ons kenmerk
C2270333/4799908

*Onderdeel d, onder 2 ° en onderdeel e Hoge zakelijke kwaliteit en codes
Met hoge zakelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat de organisatie een gezonde bedrijfsvoering dient te hebben, die voldoende vertrouwen geeft om de voorgenomen activiteiten inhoudelijk te realiseren en het beoogde publiek te bereiken. Van belang daarbij is dat er sprake is van een realistische mix van inkomstenbronnen, inclusief een visie op het omgaan met risico's en dat het ondernemerschap wordt ingevuld qua marketing- en communicatiestrategie. Ook de Governance Code Cultuur, de Fair Practice Code en de Code Culturele Diversiteit in onderdeel e, zeggen iets over de zakelijke kwaliteit van een organisatie. Derhalve dient een subsidieaanvrager in zijn aanvraag te verklaren dat hij die codes onderschrijft en hebben Gedeputeerde Staten het toepassen van de codes in de uitvoeringsperiode 2021 tot en met 2024 als verplichting opgelegd.*

*Onderdeel d, onder 3 ° Bovenlokale functie
Gedeputeerde Staten letten bij dit vereiste op het regionale of landelijke belang van de organisatie. Daarbij wordt getoetst of de organisatie invulling geeft aan de verbinding met de samenleving en of de organisatie bijdraagt aan een samenhangend cultuuraanbod. Ook wordt gezien of en op welke wijze de organisatie en de activiteiten in de periode 2021-2024 zich verhouden tot gemeente en regio en of de organisatie bijdraagt aan spreiding van het cultuuraanbod.*

*Onderdeel d, onder 4 ° Missie en visie
Bij dit vereiste letten Gedeputeerde Staten erop of de subsidieaanvrager een helder en realistisch beeld geeft van de rol die hij vervult binnen de Brabantse culturele infrastructuur. Daarin is zowel samenwerking met andere partijen belangrijk als een te onderscheiden profilering.*

*Onderdeel f Publiekswerking
Bij dit vereiste beoordelen Gedeputeerde Staten met name op of de organisatie, naast het blijven bedienen en verbinden van het bestaande publiek, ook een visie heeft om aanbod en publiek bij elkaar te brengen en te investeren in duurzame opbouw van publiek met het oog op de toekomst, bijvoorbeeld door het verlagen van drempels voor doelgroepen die niet eerder bereikt werden, door aan te sluiten op zaken die in de (lokale) maatschappij spelen of door zich te verbinden met bredere doelgroepen dan alleen het*

bestaande publiek. De visie op de publiekswerking en de monitoring daarvan dienen te blijken uit een communicatiestrategie.

(...)

Artikel 1.12 Verdeelcriteria tender

Eerste lid Tender

In dit artikel zijn de verdeelcriteria en een puntentoedeling vastgelegd, aan de hand waarvan de subsidieaanvragen worden beoordeeld en gerangschikt. Gedeputeerde Staten hebben in deze regeling voor een tenderprocedure gekozen, omdat ze de kwaliteit van de aanvrager, de aanvraag en de uit te voeren activiteiten relevant vinden voor de realisering van de doelstelling van deze subsidieregeling. Bij een tendersysteem moeten aanvragen binnen een bepaalde periode worden ingediend. De bedragen van de subsidieaanvragen die binnen de tenderperiode zijn ingediend en voldoen aan alle vereisten worden vervolgens bij elkaar opgeteld. Indien het totaal van die subsidieaanvragen het subsidieplafond van de tenderperiode niet overschrijdt, komen alle subsidieaanvragen voor subsidie in aanmerking. Indien er echter meer aanvragen binnenkomen dan gehonoreerd kunnen worden en het beschikbare subsidieplafond wel wordt overschreden, vindt een onderlinge vergelijking van alle aanvragen op een aantal verdeelcriteria plaats.

Onder a tot en met d Algemeen

De vereisten uit artikel 1.6, onderdeel d, onder 1, 2, 3, 4 en onderdeel f, vormen in dit artikel de basis voor de verdelingscriteria. Daarbij geldt dezelfde inhoudelijke toelichting als reeds in artikel 1.6 is gegeven bij de desbetreffende vereisten, alleen worden in dit artikel op basis van de verdeelcriteria punten gegeven voor de mate waarin een subsidieaanvraag aan de criteria onder a tot en met d voldoet. In aanvulling op de vereisten in artikel 1.6, leggen Gedeputeerde Staten in dit artikel nog de volgende aanvullende accenten.

Onder b Hoge zakelijke kwaliteit

Bij onderdeel b letten Gedeputeerde Staten met name op de mate waarin de subsidieaanvrager in zijn activiteitenplan blijkt geeft van omgevingsbewustzijn en hoe professioneel hij het ondernemerschap invult. Gedeputeerde Staten laten bij de hoge zakelijke kwaliteit ook meewegen de mate waarin het bestuur en toezicht op orde zijn conform de Governance Code Cultuur, de mate waarin de organisatie invulling geeft aan de Fair Practice Code inzake werkgeverschap en de mate waarin de Code Culturele Diversiteit wordt ingevuld en of er onderdelen zijn van de drie bovengenoemde codes die niet worden toegepast en om welke reden.

Onder c Publiekswerking of specifieke doelgroep

Bij onderdeel c is met name de mate waarin de activiteiten leiden tot binding met het bestaande publiek of de doelgroep en de mate waarin de subsidieaanvrager zich inspant voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of doelgroep van belang.

Ons kenmerk

C2270333/4799908

*Onder d Evenwichtige culturele infrastructuur
Bij onderdeel d laten Gedeputeerde Staten de mate waarin de activiteiten
bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en
inhoud in Brabant en de mate waarin de activiteiten bijdragen aan het
bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod (dus hoe hoog het
publieksbereik in de eigen vestigingsplaats, regio, landelijk of internationaal is)
zwaar meewegen.*

Ons kenmerk
C2270333/4799908

Hoor- en adviescommissie

Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant
Postbus 90151
5200 MC 'S-HERTOGENBOSCH

Brabantlaan 1
Postbus 90151
5200 MC 's-Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 28 12
Fax (073) 680 76 80
www.brabant.nl
IBAN NL86INGB0674560043

Bereikbaarheid
openbaar vervoer en fiets:
www.brabant.nl/route

Onderwerp

Nader advies hoor- en adviescommissie inzake bezwaar BZW.20.128.001

Geacht college,

De hoor- en adviescommissie voor bezwaarschriften en klachten Noord-Brabant (hierna: bezwarencommissie) heeft op 2 november 2020 advies uitgebracht in voormelde bezwaarprocedure.

Het advies is uitgebracht naar aanleiding van bezwaren van Stichting Lustwarande tegen het besluit in het kader van de op grond van paragraaf 1 van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur 2021-2024 gevraagde subsidie.

Mede gelet op recente relevante ontwikkelingen bij de behandeling van bezwaren in andere dossiers in dezelfde subsidieverdeelprocedure, acht de bezwarencommissie termen aanwezig om in voormelde procedure ambtshalve nader advies aan uw college uit te brengen. Dit nader advies dient in onderlinge samenhang met, en aanvullend op het eerder uitgebrachte advies in deze procedure te worden gelezen. Het dient, voor zover aan de orde, daarvoor in de plaats te treden. De bezwarencommissie overweegt het volgende.

Leeswijzer

Voorafgaand aan de beoordeling stelt de bezwarencommissie eerst een aantal uitgangspunten voorop. Die uitgangspunten hebben achtereenvolgens betrekking op:

- de aard van de tenderverdeelprocedure en het aanvullen van een aanvraag
- I. De vergewisplicht van uw college
- I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure
- I.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting
- I.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling
- I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies
- II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Datum

24 december 2020

Zaaknummer

BZW.20.128.001

Ons kenmerk

C2268319/4810978

Uw kenmerk

C2268320

Contact

bezwaar@brabant.nl

Telefoon

Email

bezwaar@brabant.nl

Bijlage(n)

2

Uitgangspunten voor de beoordeling

Aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een subsidieaanvrager om ervoor zorg te dragen dat bij de aanvraag alle informatie wordt gevoegd die voor de beslissing op de aanvraag nodig is. Uit de aard van een tenderverdeelpcedure vloeit echter voort dat alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens vóór de sluiting van de aanvraagtermijn moeten zijn overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van ná de sluiting van de aanvraagtermijn in een tenderverdeelpcedure zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tendersysteem centraal staan. Later aangeleverde informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van een binnen de aanvraagtermijn ingediende aanvraag, kan daarom niet worden meegenomen bij een herbeoordeling van die aanvraag. Vergelijk de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:740 en van 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

Ons kenmerk

C2268319/4810978

I. De vergewisplicht van uw college

De bezwarencommissie stelt voorop dat uw college bij het verlenen van subsidie op grond van de Subsidieregeling en bij de invulling van de daarin neergelegde vereisten beleidsruimte toekomt. Uw college heeft beoordelingsruimte bij de waardering van de aanvragen. De bezwarencommissie ziet zich voor de beantwoording van de vraag geplaatst of uw college in redelijkheid tot het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag heeft kunnen komen. Daarbij dient te worden betrokken de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure en de inzichtelijkheid, transparantie en deugdelijkheid van de motivering van het besluit, met inbegrip van het daaraan ten grondslag liggende advies van uw Adviescommissie. Het toepasselijke wettelijke kader wordt gevormd door de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb. Vooropgesteld moet worden dat uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb volgt dat een bestuursorgaan dat gebruik maakt van een adviescommissie zich ervan dient te vergewissen dat het door de adviescommissie verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

Deze vergewisplicht is tweeledig:

- a) de door de adviseurs gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en
- b) het advies moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.

Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het besluit en kan het bestuursorgaan in het besluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. Voorts volgt uit artikel 3:8 van de Awb dat in of bij het besluit de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht.

1.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt dat, indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag hebben gelegen en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een aanvraag van dat advies mag uitgaan. Dat uitgangspunt geldt niet als er concrete aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die zorgen voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies, aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan, aan de samenstelling en werkwijze van de ingeschakelde adviescommissie of de hoedanigheid van de adviseurs, aan de begripelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of aan het aansluiten van de conclusies daarop. Vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100 en de uitspraak van de AbRS van 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3876.

Ons kenmerk

C2268319/4810978

In dat geval mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Vergelijk ook de uitspraken van de AbRS van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2388 en AbRS van 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2227.

1.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieplichting

De bezwarencommissie wijst erop dat zich in de rechtspraak over de verdeling van schaarse publieke rechten, waaronder subsidiemiddelen, een rechtsontwikkeling heeft voorgedaan met betrekking tot de zogeheten mededingingsnorm. In de uitspraken van de AbRS van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) en van 11 juli 2018 (Geobox /GS Noord-Brabant, ECLI:NL:RVS:2018:2310) heeft de hoogste bestuursrechter geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door het bestuur aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze 'reële mededingingsruimte' wordt geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Expliciet is daarbij geoordeeld dat de rechtsnorm óók van toepassing is bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen in een tenderprocedure, zoals hier aan de orde. Om 'reële mededingingsruimte' te waarborgen, geldt een zogeheten transparantieplichting. Dat betekent dat het betreffende bestuursorgaan een '*passende mate van openbaarheid*' moet garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip, de indieningsvereisten en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan (tijdig) kennis kunnen nemen. Bij aanvang van de subsidieverdeelprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en

ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd.

Ons kenmerk

C2268319/4810978

1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

Om de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure te waarborgen, dient de samenstelling en werkwijze van een adviescommissie zodanig te zijn dat strijd met artikel 2:4 van de Awb wordt voorkomen. Ingevolge artikel 2:4, tweede lid, van de Awb, waakt een bestuursorgaan ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Deze wettelijke verplichting geldt evenzeer voor de adviseur(s) waarvan het bestuursorgaan gebruik maakt. De verplichting kan nader worden ingevuld door een reglement, waarin artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur voorziet. Ingevolge artikel 7, vierde lid, onthoudt een Adviescommissielid zich van deelname aan de besprekingen en de stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag sprake kunnen zijn van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een adviescommissielid, dan kan het betreffende lid niet adviseren.

Een tenderverdeelsysteem brengt namelijk met zich dat een adviescommissielid dat daarbij belang heeft, door middel van een negatieve beoordeling van de kwaliteit van een aanvraag, kan bevorderen dat minder aanvragen voldoen aan het kwaliteitscriterium, waardoor er een kleiner beslag wordt gelegd op het beschikbare subsidiebudget en de kans op subsidie voor de positief beoordeelde aanvragers toeneemt. Indien het subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen te kunnen honoreren, heeft een adviescommissielid met (in)directe betrokkenheid bij een aanvraag in dezelfde subsidieronde, een belang bij de uitkomst van de advisering over de andere aanvragers en bestaat ten aanzien van dat lid de schijn van belangenverstrengeling. Zelfs wanneer het betreffende adviescommissielid zich verschoont bij de advisering over 'zijn' aanvraag, is dat onvoldoende om die schijn weg te nemen. Daarbij is niet van belang of er een concrete aanwijzing bestaat dat het adviescommissielid negatief stond tegenover de andere aanvragen. Korthedshalve wordt verwezen naar de relevante jurisprudentie (AbRS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, Theatercompagnie en CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBb:2016:155).

1.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens het tot stand is gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van het advies is gevolgd. De inhoud van het advies moet concludent zijn. In een tenderverdeelpcedure moet het advies inzicht bieden in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen en een 'passende verantwoording' bevatten over het verband tussen de deskundigenoordelen en de beoordelingscriteria. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn:

puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen daarover moet beschikbaar zijn. De motivering kan na bezwaar worden aangevuld, maar dan moet de nadere toelichting zijn geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de adviescommissie zijn voorgelegd. Vergelijk de uitspraken van CBb van 14 juni 2017, ECLI:NL:CBb:2017:240, van 22 september 2016, ECLI:NL:CBb:2016:297 en van 29 mei 2018, ECLI:NL:CBb:2018:300, alsmede de uitspraken van de AbRS van 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2676 en van 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

Ons kenmerk
C2268319/4810978

II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naast het wettelijke kader is minstens zo belangrijk de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters ter zake van de rechtsbescherming bij de verdeling van subsidies via de tendersystematiek.

Uit de uitspraak van de AbRS van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera) volgt dat ook in de tenderverdelingssystematiek effectieve rechtsbescherming moet worden geboden aan alle aanvragers. Voor een aanvrager die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond reeds eerder is bereikt, houdt effectieve rechtsbescherming in dat hij zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals ook hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken. Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die andere aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering. De motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag moet ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Alleen dan kan immers in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld.

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de

verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt (of beroep instelt) tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaanastbaar zijn geworden.

Ons kenmerk

C2268319/4810978

Uit wat hiervoor is overwogen, volgt naar het oordeel van de AbRS (in dezelfde uitspraak) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en diensgevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd. Vergelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958 (ro. 8 en 9).

Beoordeling bezwarencommissie

Ad I. De vergewisplicht van uw college

Naar het oordeel van de bezwarencommissie vertoont de gevolgde tenderprocedure (reeds) *in procedurele zin* dermate wezenlijke gebreken, dat de advisering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze is geschied. Dat leidt ertoe dat de adviezen van die Adviescommissie niet aan de primaire besluiten ten grondslag hadden mogen worden gelegd. De bezwarencommissie acht de besluiten van uw college dan ook in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig voorbereid. Gelet op zowel de aard en systematiek van de gevolgde tenderprocedure als de - onbetwiste - onverbreeklijke samenhang tussen de onderlinge subsidiebesluiten, treft dat ook het onderhavige besluit. De in dit advies te signaleren procedurele gebreken staan immers niet op zichzelf, maar zien op de beoordeling van *alle* subsidieaanvragen uit deze tenderronde.

Ad I. De op de za(a)k(en) betrekking hebbende stukken / informatievoorziening

De bezwarencommissie stelt voorop dat zij zich bij de behandeling van de bezwaardossiers in deze tenderverdeelprocedure geconfronteerd weet met erg gebrekkige informatievoorziening van de zijde van uw college. Naarmate de bezwaarprocedure(s) vorderde(n), werden telkens nieuwe op de zaak betrekking hebbende stukken en nieuwe informatie naar voren gebracht. In het bijzonder zijn door uw college nieuwe feiten en omstandigheden naar voren gebracht, bij de bezwarencommissie bekend geworden vanaf 8 december

2020, die een ander licht doen werpen op de zorgvuldigheid van de gevolgde tenderprocedure. De bezwarencommissie ziet zich als gevolg van de gebrekkige en in tijd gefaseerde informatievoorziening genoodzaakt om de in deze tenderronde eerder uitgebrachte adviezen van 2 november 2020 (BZW.20.128.001) en 3 december 2020 (BZW.20.126.001) van een aanvullend advies te voorzien.

Ons kenmerk
C2268319/4810978

Ad I. Het ontbreken van verslaglegging van de adviescommissievergaderingen

De bezwarencommissie constateert dat er één plenaire Adviescommissievergadering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur op 15 april 2020 heeft plaatsgevonden, welke is voorafgegaan door twaalf vergaderingen in kleinere samenstelling door verschillende "deelcommissies". Door de Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn geen vergaderverslagen of notulen ter beschikking gesteld. Desgevraagd heeft uw college bevestigd dat er in het geheel geen verslagen zijn opgemaakt van de deelvergaderingen en de plenaire slotvergadering. De bezwarencommissie stelt dan ook vast dat, in strijd met artikel 8 van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur, verslagen van de vergaderingen, geaccordeerd door de voorzitter, ontbreken. Volgens de vertegenwoordiging van uw college zijn die verslagen niet opgemaakt vanwege de digitale wijze van vergaderen en de aanwezigheid van de voorzitter bij alle vergaderingen. Het advies zou een weergave zijn van hetgeen in de vergaderingen is besproken. Wat daar verder ook van moge zijn, door het ontbreken van de voorgeschreven verslaglegging wordt op geen enkele wijze inzicht verschaft over wat er tijdens de twaalf deelvergaderingen en de dertiende plenaire slotvergadering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur of de "deelcommissies" is besproken. Over welke bevindingen en afwegingen zijn gemaakt en onderling zijn gedeeld en ten aanzien van de onderlinge verhoudingen of eventuele stemmingen over de puntenverdeling, tasten bezwaarmakers en de bezwarencommissie nog altijd in het duister. Hierdoor heeft de advisering niet op transparante en daarmee controleerbare wijze plaatsgevonden. Dat is strijdig met wat hiervoor onder 'uitgangspunten - II. Effectieve rechtsbescherming' is vooropgesteld.

Ad I.a. De zorgvuldigheid van de procedure: samenstelling van de Adviescommissie en deskundigheid van de adviseurs

De bezwarencommissie overweegt dat het voor bezwaarmakers en voor de bezwarencommissie onbekend is gebleven wat de samenstelling was van de "deelcommissies" die de initiële adviezen hebben voorbereid en tevens van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur, de adviseur die de initiële adviezen heeft uitgebracht in deze besluitvormingsprocedure. Ook de samenstelling van de "deelcommissies" die de nadere adviezen hebben uitgebracht, is niet bekendgemaakt. Artikel 3:8 van de Awb vereist echter dat de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht. Het ontbreken daarvan leidt ertoe dat de totstandkoming van het advies een gebrek vertoont, niet alleen omdat de vermelding op zichzelf al een eis van behoorlijkheid is jegens

degene tot wie het besluit is gericht, maar tevens omdat dit een rol kan spelen indien over het besluit een geschil mocht ontstaan.

De bezwarencommissie merkt op dat een bezwaarmaker, door het ontbreken van de namen van de betrokken Adviescommissieleden, niet kan controleren welke Adviescommissieleden hebben geadviseerd. Hierbij verwijst de bezwarencommissie naar wat daarover onder "uitgangspunten" is overwogen.

Ons kenmerk

C2268319/4810978

Ad 1.a. De zorgvuldigheid van de procedure: werkwijze adviseurs

Op basis van de stukken staat vast dat de initiële adviezen in deze tenderronde zijn vastgesteld door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur tijdens de slotvergadering van 15 april 2020. Bij die gelegenheid zijn ook de scores van alle adviezen en de uiteindelijke ranking bepaald. Bij gebrek aan verslaglegging van die slotvergadering is echter onbekend welke Adviescommissieleden hebben deelgenomen aan die slotvergadering, welke bevindingen zij onderling hebben gedeeld en tot welke afwegingen en conclusies zij zijn gekomen. Wél staat vast dat de voltallige Adviescommissie heeft geadviseerd. Het laatste leidt ertoe dat door de diverse "deelcommissies" niet is geadviseerd, maar slechts voorbereidend werk is verricht. Het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur voorziet bovendien niet in (de figuur van) "een deelcommissie", zodat uitgegaan moet worden van advisering door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Tegen deze achtergrond wekt het des te meer bevreemding, dat in een e-mailbericht met het onderwerp "Vorbereidende informatie vergaderingen Adviescommissie BrabantStad Cultuur" van 26 februari 2020 van 9.17uur¹ onder meer te lezen valt:

*"Beste adviseur van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur,
(...)*

Integrale afweging op 15 april (twee dagdelen)

Zoals al ter sprake kwam op 13 februari is het belangrijk dat de hele commissie aan het einde samenkomt om te kunnen reflecteren over het geheel. Dit betekent dat alle aanvragen in te zien zijn, om de adviescommissie in staat te stellen een beeld te kunnen krijgen over alle aanvragen, in alle diversiteit. Het lezen van alle aanvragen is niet nodig, we willen alleen benadrukken dat we enkel verwachten dat je 'de eigen aanvragen voor de eigen vergaderdelen' voorbereidt, leest en beoordeelt.

Tijdens de afsluitende vergadering doen we de hele advisering per aanvraag zeker niet overnieuw, maar concentreren we ons op observaties, reflecties en bijzonderheden. We overzien de complete ronde en de adviescommissie kan aangeven wat haar is opgevallen, maar ze kan ook aanbevelingen doen. We buigen ons bijvoorbeeld over de subsidieplafonds en de mogelijke consequenties voor instellingen. Daarnaast is een uitspraak over de betekenis

¹ Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.128.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

van de instellingen in de provincie Brabant in relatie tot de verschillende gemeenten (lokale inbedding) een belangrijk punt."

Deze gang van zaken acht de bezwarencommissie niet in lijn met de eerdergenoemde uitgangspunten en de heersende jurisprudentie. De adviezen van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn naar het oordeel van de bezwarencommissie niet zorgvuldig tot stand gekomen.

Ons kenmerk

C2268319/4810978

Een daaraan verwant aspect is de signalering dat naar aanleiding van de ingediende gronden van bezwaar, subsidieaanvragen voor nader advies zijn teruggelegd. Die nadere advisering geschiedde echter door een "deelcommissie" en niet door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur, zijnde de adviseur die diende te adviseren en in alle zaken ook het initiële advies heeft uitgebracht.

De - voor bezwaarmakers en de bezwarencommissie onbekend gebleven - samenstelling van de "deelcommissie(s)" blijkt echter desgevraagd anders te zijn dan die van de voltallige Adviescommissie die het initiële advies heeft vastgesteld en uitgebracht (en dan de "deelcommissie" die het initiële advies in een betreffende aanvraag heeft voorbereid). Dat acht de bezwarencommissie in strijd met het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur en de daarbij te betrachten zorgvuldigheid.

Ad 1.a.1 Bieden van reële mededingingsruimte

Naar het oordeel van de bezwarencommissie kan de wijze waarop in de onderhavige tenderverdeelprocedure invulling is gegeven aan de verplichting tot het bieden van reële mededingingsruimte, in het bijzonder het vereiste van een 'passende mate van openbaarheid', de toets der kritiek niet doorstaan. Uw college dient deze openbaarheid te garanderen met betrekking tot - onder meer - de toe te passen criteria. Voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd. De door de Adviescommissieleden te gebruiken 'Handreiking beoordelingskader' blijkt desgevraagd echter allesbehalve uitputtend en ondubbelzinnig te zijn bedoeld. Mede gezien de standpuntbepaling van uw college hieromtrent dient het (slechts) als 'hulpmiddel' bij de beoordeling van de subsidieaanvraag, het activiteitenplan en andere bijbehorende verplichte bijlagen te worden beschouwd, aldus uw college. Een Adviescommissielid blijkt bij de beoordeling zelfs enige "vrijheid" toe te komen, aldus uw college, waardoor bepaalde beoordelingsaspecten mogelijk minder gewicht krijgen dan andere aspecten. De bezwarencommissie is van oordeel dat deze werkwijze geen pas geeft in het licht van de verplichting tot het bieden van een passende mate van openbaarheid. Op deze wijze wordt het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen aan alle subsidieaanvragers, niet geborgd.

**Ad 1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid /
belangenverstrengeling**

De bezwarencommissie ziet zich, gelet op een brief² namens uw college gedateerd 7 december 2020 (door de bezwarencommissie ontvangen op 8 december 2020), met kenmerk C2270334/4802566, voor de vraag geplaatst of uw college, gelet op artikel 2:4, tweede lid, van de Awb en artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur, het advies van de Adviescommissie BrabantStad cultuur aan het primaire besluit ten grondslag heeft mogen leggen en of derhalve het primaire besluit in overeenstemming met artikel 3:2 van de Awb zorgvuldig is voorbereid. Op basis van de stukken en het verhandelde ter hoorzitting beantwoordt de bezwarencommissie die vraag ontkennend.

Ons kenmerk
C2268319/4810978

De bezwarencommissie stelt daartoe allereerst vast dat de beoordeling en de rangschikking van de aanvragen is uitgevoerd door de Adviescommissie BrabantStad cultuur. De Adviescommissie BrabantStad cultuur hanteert een eigen Reglement ten behoeve van de transparantie bij het bepalen van de rangschikking van de aanvragen.

Op basis van de door uw college overgelegde brief van 7 december 2020 en het verhandelde ter hoorzitting is vast komen te staan dat het in die brief aangeduide Adviescommissielid (in)directe betrokkenheid heeft bij een cultuurstelling waarvoor in de voorliggende tenderprocedure ook subsidie is aangevraagd (en uiteindelijk is gehonoreerd). Dit Adviescommissielid heeft een persoonlijke (familie)band met (een) aan die cultuurstelling verbonden perso(o)n(en). Tevens acht uw college het niet uitgesloten, zonder dat het dit in bezwaar volledig heeft opgehelderd, dat dit lid zich tevens in een zakelijk verband verhoudt tot de cultuurstelling en/of de daaraan gelieerde perso(o)n(en).

Vast is komen te staan dat het betreffende Adviescommissielid in de plenaire slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen aan de (eind)advisering en (eind)beoordeling over die aanvraag en de overige concurrerende aanvragen, waaronder de aanvraag van bezwaarmaakster(s). Dat het Adviescommissielid niet in alle zaken via deelcommissies betrokken is geweest bij de deelvergaderingen waarin adviezen (en nadere adviezen naar aanleiding van bezwaren) van aanvragers zijn besproken, doet niet ter zake, omdat de uiteindelijke (eind)advisering en (eind)beoordeling in de slotvergadering met de voltallige Adviescommissie is geschied. Bij gebrek aan verslaglegging van de deelvergaderingen en de slotvergadering is het voor de bezwarencommissie tot op heden onduidelijk, behoudens in één bezwaarzaak, bij welke aanvragen welke leden uit de "deelcommissies" zijn betrokken.

² Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.129.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

De bezwarencommissie stelt, gelet op het voorgaande, vast dat het advies van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met artikel 2:4 van de Awb in samenhang gezien met artikel 7, vierde lid, van het Reglement. Ondanks (in)directe betrokkenheid bij een cultuurstelling waarvoor ook subsidie is aangevraagd, heeft het Adviescommissielid deelgenomen aan de voorbereiding en vaststelling van de eerstgenoemde ('eigen') aanvraag en van alle overige aanvragen van concurrerende instellingen.

Dat is een dermate wezenlijk, niet te herstellen gebrek, dat het juridische fundament onder de gevolgde procedure uit slaat. Reeds hierom zijn de adviezen van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op zorgvuldige wijze tot stand gekomen en had uw college deze niet ten grondslag mogen leggen aan het besluit.

Ons kenmerk
C2268319/4810978

De bezwarencommissie overweegt dat voor de beoordeling en advisering in een tenderverdeelprocedure zoals door verweerder is ingevuld, geldt dat in beginsel ieder Adviescommissielid van de Adviescommissie BrabantStad cultuur dat bij *enige* subsidieaanvraag (in)directe betrokkenheid heeft, niet mag adviseren. Anders zou dit lid namelijk kunnen bevorderen of beïnvloeden dat bepaalde aanvragen minder punten toebedeeld krijgen op de toepasselijke subsidiecriteria dan de 'eigen' aanvraag, waardoor de kans op subsidie voor laatstbedoelde subsidieaanvraag toeneemt. Ten aanzien van het betreffende Adviescommissielid bestaat naar het oordeel van de bezwarencommissie in ieder geval een schijn van belangenverstrengeling, nu dit lid de besluitvorming ten aanzien van de aanvraag waarbij het lid (in)direct betrokken was, door diens oordeel en advies over alle aanvragen, waaronder de overige concurrerende aanvragen, (in)direct zou kunnen beïnvloeden.

Alles overziende betekent het voorgaande dat de advisering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, zodat het advies niet aan het primaire besluit ten grondslag gelegd had mogen worden. Het vorenstaande brengt tevens mee dat het besluit van uw college in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig is voorbereid.

Reeds daarom dienen bij de te nemen beslissing op bezwaar de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen. De bezwarencommissie vindt mede steun voor het voorgaande in de uitspraak van het Cbb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155 en van de Rechtbank Amsterdam van 10 juni 2011, ECLI:RBAMS:2011:BQ9859.

Voorts dient uw college bij de te nemen beslissing op bezwaar mede te betrekken dat nog altijd onduidelijk is, en daarmee boven de markt blijft hangen, of wat zojuist is overwogen wellicht ook heeft te gelden voor andere leden van de Adviescommissie BrabantStad cultuur. Daartoe bestaan

aanknopingspunten, zoals mede aangestipt in het initiële advies van de bezwarencommissie van 2 november 2020 inzake BZW.20.128.001. Met de door uw college overgelegde stukken, of liever bij gebreke daaraan, is niet inzichtelijk gemaakt of ten aanzien van dat Adviescommissielid ook strijd ontstaat met artikel 2:4 van de Awb en artikel 7, tweede lid, van het Reglement Adviescommissie Brabantstad cultuur. Dat kan de bezwarencommissie echter niet beoordelen. Relevant kan dat niettemin wel zijn, omdat óók het (mede)adviseren door een Adviescommissielid dat zich ten aanzien van één aanvraag zou hebben verschoond in een (voorbereidende) deelcommissievergadering, terwijl dat lid wel in volle omvang aan de slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen en diens gevolg ook – bij gebreke aan een inzichtelijke tegenargumentatie – over die aanvraag heeft geadviseerd, in het licht van artikel 2:4 van de Awb zou stuiten op een wezenlijk gebrek. In lijn met artikel 7:12 van de Awb dient dat deugdelijk te worden gemotiveerd in de te nemen beslissing op bezwaar. Ten aanzien van het Adviescommissielid (BZW.20.141.001) dat zich – naar onweersproken is gebleven – vanwege zijn ongenoegen over de werkwijze van de Adviescommissie vanaf medio maart 2020 zou hebben teruggetrokken en in het geheel geen deel (meer) zou hebben genomen aan de Adviescommissie, ziet de bezwarencommissie geen aanleiding om aan die stellingname van uw college te twijfelen, hoewel diens vertrek niet vaststaat. Dat is op geen enkele wijze door uw college inzichtelijk gemaakt. Mede gelet op de processtukken verdient ook dat onderdeel een verhelderende, deugdelijke motivering.

Ons kenmerk

C2268319/4810978

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming: geen inzage in hoger geëindigde aanvragen

De bezwarencommissie heeft ambtshalve kennisgenomen van het feit dat de tekst van alle initiële adviezen integraal te vinden is op de website Brabant.nl. De bezwarencommissie staat daar positief tegenover, maar merkt wel op dat dit bestand niet de nadere adviezen bevat, nog los van wat daaromtrent hiervoor overwogen is. Ook is dit bestand pas op 23 november 2020 op de website geplaatst, ruim nadat de eerste bezwaarprocedures waren gestart. Die op de site gepubliceerde initiële adviezen maken geen onderdeel uit van de processtukken.

In deze tenderverdeelprocedure is aan bezwaarmaakster geen inzage geboden in de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en zijn evenmin stukken ter inzage gelegd om de beoordelingen van de Adviescommissie van de hoger (dan bezwaarmaakster) in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren.

Voorts zijn op 23 november 2020 uitsluitend de gehonoreerde aanvragen gepubliceerd. Voor zover via de website over die gehonoreerde aanvragen inzage is geboden, merkt de bezwarencommissie op dat dat niet het geval is voor alle hoger dan bezwaarmaakster in de rangorde geëindigde aanvragen. De aanvragen onder de zaaglijn, maar hoger geëindigd dan de aanvraag van

bezwaarmaakster, zijn niet gepubliceerd. Bezien vanuit het vereiste van adequate, effectieve rechtsbescherming volstaat in dit concrete geval een werkwijze zoals hiervoor weergegeven, niet. Vergelijk de Holland Opera-uitspraak.

Ons kenmerk
C2268319/4810978

Slotsum

Gelet op al op hetgeen hiervoor is overwogen, concludeert de bezwarencommissie dat de door de adviseurs gevolgde procedure van advisering en de totstandkoming van het advies zodanige ernstige en wezenlijke gebreken vertonen en niet op voldoende zorgvuldig is geschied, dat uw college - reeds op procedurele gronden - niet van het advies mocht uitgaan en het aan de primaire besluit ten grondslag mocht leggen. Niet kan worden gesteld dat uw college voldaan heeft aan de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan het in artikel 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsvereiste en de in artikel 3:46 van de Awb neergelegde motiveringsverplichting.

Bij de te nemen beslissing op bezwaar dienen de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen.

Gelet hierop behoeven de resterende gronden van bezwaar - die zich vooral richten op de deugdelijkheid van de inhoud van het advies - geen verdere bespreking. Vanwege de aard en inhoud van dit advies laat de bezwarencommissie dat dan ook onbesproken.

Voor de goede orde overweegt de bezwarencommissie nog het volgende. Dat vanwege geconstateerde gebreken in de gevolgde tenderprocedure sprake is van schending van de vergewisplicht en strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, brengt niet automatisch met zich dat bezwaarmaakster(s) daardoor zonder meer in aanmerking komt voor subsidie. Het voorgaande zegt immers uitsluitend iets over de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure. Het is aan uw college hoe in het vervolg van de bezwaarprocedure om te gaan met de geconstateerde gebreken.

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij uw college om bij uw beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond te verklaren, en
- het bestreden besluit te herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit op de aanvraag te nemen, met inachtneming van dit advies.

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte

bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Ons kenmerk

C2268319/4810978

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor bezwaarschriften en klachten,
namens deze,



voorzitter



secretaris

Bijlage: wettelijk kader

Reglement Adviescommissie Brabantstad Cultuur (Provinciaal blad 2020, nr. 6566, februari 2020)

Artikel 7 van het Reglement luidt:

- 1. Elk lid van de commissie heeft een stem.*
- 2. De commissie komt tot een advies op basis van meerderheid van stemmen.*
- 3. De leden dienen zich bij hun oordeel over een aanvraag te baseren op de door de aanvrager en Gedeputeerde Staten verstrekte gegevens en onthouden zich van contact met de aanvragers. Indien contact met aanvragers noodzakelijk is, is de secretaris daarvoor verantwoordelijk.*
- 4. Een lid onthoudt zich van deelname aan de besprekingen en stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag blijken dat er van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een commissielid sprake zou kunnen zijn, dan kan het betreffende lid niet adviseren.*
- 5. Gedeputeerde Staten dragen er zorg voor dat de commissie van relevante achtergrondinformatie wordt voorzien bij de aanvragen.*
- 6. De commissie brengt uiterlijk binnen 17 weken na sluiting van de tenderperiode, genoemd in artikel 1.9 van de subsidieregeling, een gemotiveerd advies uit aan het college over alle subsidieaanvragen.*

Ons kenmerk

C2268319/4810978

Artikel 8, eerste en tweede lid, van het Reglement luidt:

- 1. De secretaris draagt zorg voor het verslag van de vergadering en stelt het advies van de adviescommissie op schrift.*
- 2. Verslagen worden geaccordeerd door de voorzitter.*

Artikel 9, eerste lid, van het Reglement luidt:

- 1. De leden van de commissie adviseren onafhankelijk en zonder last of ruggenspraak.*

Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant

Artikel 1.4 van de Subsidieregeling ("Subsidiabele activiteiten") luidt, voor zover van belang:

Subsidie kan worden verstrekt voor:

- a. (...)*
- b. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten.*

Artikel 1.9 van de Subsidieregeling ("Vereisten subsidieaanvraag") luidt, voor zover van belang:

Subsidieaanvragen worden ingediend binnen de tenderperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020

Artikel 1.10 van de Subsidieregeling ("Subsidieplafond") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten stellen het subsidieplafond voor subsidies als bedoeld in artikel 1.4, voor de periode, genoemd in artikel 1.9, vast op een totaal van € 23.390.800, waarvan:

a. (...)

(...)

k. € 11.126.835 voor activiteiten als bedoeld in artikel 1.4, onder b.

Ons kenmerk

C2268319/4810978

Artikel 1.6 van de Subsidieregeling ("Subsidievereisten") luidt, voor zover van belang:

1. Om voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 in aanmerking te komen, wordt voldaan aan de volgende vereisten:

a. de activiteiten worden in belangrijke mate uitgevoerd in de provincie Noord-Brabant;

b. de subsidieaanvrager is op het gebied van professionele kunsten een:

1°. ontwikkelinstelling;

2°. producerende instelling; of

3°. presentatie-instelling;

c. de activiteiten zijn gericht op professionele kunsten binnen een van de volgende functies:

1°. (...)

11°. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten;

d. de subsidieaanvrager is een instelling met:

1°. hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht;

2°. hoge zakelijke kwaliteit, blijkend uit de bedrijfsvoering en de inhoudelijke haalbaarheid van de activiteiten;

3°. ten minste een bovenlokale functie;

4°. een missie en visie op haar rol in de Brabantse culturele infrastructuur;

e. de subsidieaanvrager verklaart dat hij de volgende codes onderschrijft:

1°. Governance Code Cultuur;

2°. Fair Practice Code;

3°. Code Diversiteit & Inclusie;

f. de activiteiten zijn gericht op publiekswerking of een specifieke doelgroep en monitoring daarvan, blijkend uit een communicatiestrategie;

g. de activiteiten worden uitgevoerd in de periode 2021 tot en met 2024;

h. de subsidieaanvrager overlegt een activiteitenplan overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model activiteitenplan;

i. de subsidieaanvrager overlegt een meerjarenbegroting overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model meerjarenbegroting.

2. (...)

3. Indien de subsidieaanvraag gericht is een activiteit als bedoeld in artikel 1.4, onder b, wordt in aanvulling op het eerste lid voldaan aan het vereiste dat de subsidieaanvrager een aanvraag voor cofinanciering in de vorm van subsidie heeft ingediend of gaat indienen bij een andere overheid, blijkend uit de begroting.

Artikel 1.12, eerste lid, van de Subsidieregeling ("Verdeelcriteria") luidt, voor zover van belang:

1. Indien de binnen de tenderperiode ingediende volledige subsidieaanvragen de vastgestelde subsidieplafonds, genoemd in artikel 1.10, te boven gaan, maken Gedeputeerde Staten voor het bepalen van de onderlinge rangschikking voor de verdeling van de subsidie, een afweging tussen de verschillende volledige aanvragen op basis van de volgende criteria:

- a. de mate waarin de activiteiten een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit hebben, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- b. de mate waarin de activiteiten hoge zakelijke kwaliteit hebben, wat betreft omgevingsbewustzijn en ondernemerschap, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- c. de mate waarin de activiteiten publiekswerking hebben of gericht zijn op een specifieke doelgroep, wat betreft binding met het bestaande publiek of de doelgroep en inspanningen voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of de doelgroep, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- d. de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in de provincie Noord-Brabant en bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod, te waarderen met maximaal 100 punten.*

Ons kenmerk

C2268319/4810978

Artikel 1.13, van de Subsidieregeling ("Externe adviescommissie") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten leggen aanvragen voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 voor advies over de artikelen 1.6 en 1.12 voor aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Toelichting op de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1 (Provinciaal blad 2019, nr. 779729, november 2019):

Artikel 1.6 Subsidievereisten

(...)

Onderdeel d, onder 1° Hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit

Met een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat er sprake moet zijn van een visie, een beeld van de artistiek-inhoudelijke ontwikkelingen die de organisatie beoogt op langere termijn, in relatie tot de positie die de organisatie inneemt in de sector en de discipline op lokaal, regionaal of nationaal niveau. Gedeputeerde Staten denken bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit ook aan oorspronkelijkheid, die zich vertaalt in onderscheidende activiteiten en zich onderscheidt van andere makers in de stad, regio of het land. Ook is bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit belangrijk dat de activiteiten met vakmanschap worden uitgevoerd. Het gevolgd hebben van een vakopleiding is daarbij niet doorslaggevend, het gaat om de vaardigheid waarmee de activiteiten tot stand komen en worden uitgevoerd. Tenslotte beoordelen Gedeputeerde Staten bij dit vereiste of de activiteiten zeggingskracht hebben en het publiek of beoogde publiek zullen

aanspreken. De subsidieaanvrager dient dan ook blijk te geven van kennis van het publiek dat men er mee hoopt te bereiken.

Ons kenmerk

C2268319/4810978

Onderdeel d, onder 2 ° en onderdeel e Hoge zakelijke kwaliteit en codes
Met hoge zakelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat de organisatie een gezonde bedrijfsvoering dient te hebben, die voldoende vertrouwen geeft om de voorgenomen activiteiten inhoudelijk te realiseren en het beoogde publiek te bereiken. Van belang daarbij is dat er sprake is van een realistische mix van inkomstenbronnen, inclusief een visie op het omgaan met risico's en dat het ondernemerschap wordt ingevuld qua marketing- en communicatiestrategie. Ook de Governance Code Cultuur, de Fair Practice Code en de Code Culturele Diversiteit in onderdeel e, zeggen iets over de zakelijke kwaliteit van een organisatie. Derhalve dient een subsidieaanvrager in zijn aanvraag te verklaren dat hij die codes onderschrijft en hebben Gedeputeerde Staten het toepassen van de codes in de uitvoeringsperiode 2021 tot en met 2024 als verplichting opgelegd.

Onderdeel d, onder 3 ° Bovenlokale functie

Gedeputeerde Staten letten bij dit vereiste op het regionale of landelijke belang van de organisatie. Daarbij wordt getoetst of de organisatie invulling geeft aan de verbinding met de samenleving en of de organisatie bijdraagt aan een samenhangend cultuuraanbod. Ook wordt gezien of en op welke wijze de organisatie en de activiteiten in de periode 2021-2024 zich verhouden tot gemeente en regio en of de organisatie bijdraagt aan spreiding van het cultuuraanbod.

Onderdeel d, onder 4 ° Missie en visie

Bij dit vereiste letten Gedeputeerde Staten erop of de subsidieaanvrager een helder en realistisch beeld geeft van de rol die hij vervult binnen de Brabantse culturele infrastructuur. Daarin is zowel samenwerking met andere partijen belangrijk als een te onderscheiden profilering.

Onderdeel f Publiekswerking

Bij dit vereiste beoordelen Gedeputeerde Staten met name op of de organisatie, naast het blijven bedienen en verbinden van het bestaande publiek, ook een visie heeft om aanbod en publiek bij elkaar te brengen en te investeren in duurzame opbouw van publiek met het oog op de toekomst, bijvoorbeeld door het verlagen van drempels voor doelgroepen die niet eerder bereikt werden, door aan te sluiten op zaken die in de (lokale) maatschappij spelen of door zich te verbinden met bredere doelgroepen dan alleen het bestaande publiek. De visie op de publiekswerking en de monitoring daarvan dienen te blijken uit een communicatiestrategie.

(...)

Artikel 1.12 Verdeelcriteria tender

Eerste lid Tender In dit artikel zijn de verdeelcriteria en een puntentoedeling vastgelegd, aan de hand waarvan de subsidieaanvragen worden beoordeeld

en gerangschikt. Gedeputeerde Staten hebben in deze regeling voor een tenderprocedure gekozen, omdat ze de kwaliteit van de aanvrager, de aanvraag en de uit te voeren activiteiten relevant vinden voor de realisering van de doelstelling van deze subsidieregeling. Bij een tendersysteem moeten aanvragen binnen een bepaalde periode worden ingediend. De bedragen van de subsidieaanvragen die binnen de tenderperiode zijn ingediend en voldoen aan alle vereisten worden vervolgens bij elkaar opgeteld. Indien het totaal van die subsidieaanvragen het subsidieplafond van de tenderperiode niet overschrijdt, komen alle subsidieaanvragen voor subsidie in aanmerking. Indien er echter meer aanvragen binnenkomen dan gehonoreerd kunnen worden en het beschikbare subsidieplafond wel wordt overschreden, vindt een onderlinge vergelijking van alle aanvragen op een aantal verdeelcriteria plaats.

Ons kenmerk
C2268319/4810978

Onder a tot en met d Algemeen

De vereisten uit artikel 1.6, onderdeel d, onder 1, 2, 3, 4 en onderdeel f, vormen in dit artikel de basis voor de verdelingscriteria. Daarbij geldt dezelfde inhoudelijke toelichting als reeds in artikel 1.6 is gegeven bij de desbetreffende vereisten, alleen worden in dit artikel op basis van de verdeelcriteria punten gegeven voor de mate waarin een subsidieaanvraag aan de criteria onder a tot en met d voldoet. In aanvulling op de vereisten in artikel 1.6, leggen Gedeputeerde Staten in dit artikel nog de volgende aanvullende accenten.

Onder b Hoge zakelijke kwaliteit

Bij onderdeel b letten Gedeputeerde Staten met name op de mate waarin de subsidieaanvrager in zijn activiteitenplan blijk geeft van omgevingsbewustzijn en hoe professioneel hij het ondernemerschap invult. Gedeputeerde Staten laten bij de hoge zakelijke kwaliteit ook meewegen de mate waarin het bestuur en toezicht op orde zijn conform de Governance Code Cultuur, de mate waarin de organisatie invulling geeft aan de Fair Practice Code inzake werkgeverschap en de mate waarin de Code Culturele Diversiteit wordt ingevuld en of er onderdelen zijn van de drie bovengenoemde codes die niet worden toegepast en om welke reden.

Onder c Publiekswerking of specifieke doelgroep

Bij onderdeel c is met name de mate waarin de activiteiten leiden tot binding met het bestaande publiek of de doelgroep en de mate waarin de subsidieaanvrager zich inspant voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of doelgroep van belang.

Onder d Evenwichtige culturele infrastructuur

Bij onderdeel d laten Gedeputeerde Staten de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in Brabant en de mate waarin de activiteiten bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod (dus hoe hoog het publieksbereik in de eigen vestigingsplaats, regio, landelijk of internationaal is) zwaar meewegen.

Hoor- en adviescommissie

Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant
Postbus 90151
5200 MC 'S-HERTOGENBOSCH

Brabantlaan 1
Postbus 90151
5200 MC 's-Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 28 12
Fax (073) 680 76 80
www.brabant.nl
IBAN NL86INGB0674560043

Bereikbaarheid
openbaar vervoer en fiets:
www.brabant.nl/route

Onderwerp

Advies inzake het bezwaar tegen het besluit van 19 juni 2020 tot weigering van de gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024

Datum

24 december 2020

Zaaknummer

BZW.20.130.001

Geacht college,

Ons kenmerk

C2271127/4795396

Uw kenmerk

C2271130

Contact

[REDACTED]

Telefoon

[REDACTED]

Email

bezwaar@brabant.nl

Bijlage(n)

Verslag

Bijlage 1

Bijlage 2

Pleitnota

De hoor- en adviescommissie voor bezwaarschriften en klachten Noord-Brabant (hierna telkens: de bezwarencommissie) deelt u het volgende mee.

Tegen uw besluit van 19 juni 2020, met kenmerk C2258731/4656538, tot weigering van de door Vloeistof Stichting voor Choreografie en Dans gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024, is een bezwaarschrift ingediend door:

- V. Koreman, A. Reinhardt en Y. Bungers, namens Vloeistof Stichting voor Choreografie en Dans, Postbus 710, 5000 AS te Tilburg (hierna: bezwaarmaakster).

Nadere stukken

Partijen hebben overeenkomstig artikel 7:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de gelegenheid gehad om nadere stukken in te dienen. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt door de gemachtigde van bezwaarmaakster, door op 19 november 2020 een aanvulling op het bezwaarschrift in te dienen. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt door de vertegenwoordiger van uw college, door op 2 december 2020 een e-mailwisseling in te dienen.

Beslistermijn

Op verzoek van de hoor- en adviescommissie is de termijn voor de afhandeling van het bezwaarschrift met instemming van bezwaarmaakster op grond van artikel 7:10 van de Awb opgeschort met ingang van 4 augustus 2020 tot en met 24 augustus 2020.

In deze zaak is gezocht naar een oplossing van het geschil. Gelet daarop is de termijn voor de afhandeling van het bezwaarschrift, met instemming van bezwaarmaakster, op grond van artikel 7:10 van de Awb opgeschort met ingang van 25 augustus 2020 tot en met 5 oktober 2020.

Ons kenmerk
C2271127/4795396

Hoorzitting

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten tijdens de op 7 december 2020 gehouden online hoorzitting. Hiervan is gebruik gemaakt namens bezwaarmaakster en door een vertegenwoordiging van uw college. Van hetgeen aan de orde is geweest op de hoorzitting is een verslag gemaakt dat u ook in de bijlage aantreft.

Ontvankelijkheid

Uw besluit is op 19 juni 2020 bekendgemaakt door toezending aan belanghebbende(n). Op grond van de artikelen 6:7 en 6:8 van de Awb kon een bezwaarschrift uiterlijk op 31 juli 2020 worden ingediend. Het bezwaarschrift is binnen de gestelde termijn ingediend en voldoet aan alle gestelde ontvankelijkheidseisen.

Procesverloop

Op 30 januari 2020 heeft bezwaarmaakster een aanvraag om subsidie ingediend voor de activiteiten in 2021-2024 in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, Professionele kunsten 2021-2024 (hierna te noemen: de Subsidieregeling).

De aanvraag is ingediend voor 'overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten'. In artikel 1.10 van de Subsidieregeling is het subsidieplafond voor de aanvraagperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020 vastgesteld op € 11.126.835.

De aanvraag is krachtens artikel 1.13 van de Subsidieregeling ter advisering over artikel 1.6 en artikel 1.12 voorgelegd aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna telkens te noemen: de Adviescommissie).

De Adviescommissie is ingesteld om deskundigheid, kennis en objectiviteit te borgen. De Adviescommissie bestaat uit vijftien leden en een voorzitter die samen beschikken over een brede kennis en kundigheid over het culturele veld in Noord-Brabant en daarbuiten.

De Adviescommissie heeft alle aanvragen beoordeeld en van een advies voorzien. Op basis van de verdeelcriteria uit artikel 1.12 van de Subsidieregeling zijn punten toegekend, waardoor een rangschikking van de aanvragen tot stand is gekomen. De Adviescommissie heeft haar advies, inclusief de bijbehorende beoordeling, toegezonden aan uw college.

Uw college heeft besloten de adviezen en de hieruit voortvloeiende rangschikking van de Adviescommissie ten aanzien van de subsidieaanvragen over te nemen. Het beschikbare subsidiebudget is in de volgorde van de rangschikking verdeeld over de aanvragen die volledig gehonoreerd konden worden. Dat waren de aanvragen met totaalscores van 278 punten en hoger, waarmee het subsidieplafond werd bereikt.

Ons kenmerk
C2271127/4795396

In het bestreden besluit van 19 juni 2020 is de aanvraag, met toepassing van de vergewisplicht als bedoeld in de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie waarin aan de aanvraag een totaalscore van 212 punten is toegekend, geweigerd. De grondslag van het besluit berust op artikel 4:25, tweede lid, van de Awb, aangezien het subsidieplafond van de Subsidieregeling reeds was bereikt.

Tegen dit besluit is het onderhavige bezwaar ingediend.

Naar aanleiding van het bezwaar heeft (een deel van) de Adviescommissie op verzoek van uw college een nader advies uitgebracht.

Gronden van bezwaar

Bezwaarmaakster brengt, zakelijk samengevat, het volgende naar voren.

1. Er is sprake van onvolledige en gebrekkige informatieverstrekking door de gemeente Tilburg. Waar de Adviescommissie zich nu negatief uitspreekt over de zakelijke kwaliteit en publiekswerking, had door een meer volledige en uitgebreidere informatieverstrekking door de gemeente Tilburg de beoordeling wellicht ten faveure van bezwaarmaakster kunnen worden bijgesteld.
2. Bezwaarmaakster heeft zich gehouden aan het beantwoorden van de (expliciete) vraagstelling en daarmee beoordelingscriteria in het aanvraagformulier zoals gepubliceerd door de gemeente Tilburg. In het nader advies stelt de Adviescommissie dat er geen sprake is van nieuwe beoordelingscriteria, maar dat termen gebruikt worden die een weging of overweging aangeven. Dit is volgens bezwaarmaakster in strijd met de regels voor aanbesteding en jurisprudentie. Een (over-)weging heeft wel degelijk de status van een criterium. Er is sprake van beoordeling op basis van aanvullende criteria, die niet als zodanig in het bestek van de Subsidieregeling zijn benoemd.
3. De Adviescommissie stelt in het nader advies dat er sprake is van aanvullende informatie die om die reden niet wordt meegewogen. Het is bezwaarmaakster niet duidelijk wat als aanvullende informatie wordt beschouwd. Hetgeen door bezwaarmaakster in het bezwaar aanvullend is ingebracht betreft belangwekkende en relevante informatie ter onderbouwing van het standpunt dat het initiële advies op de desbetreffende punten als niet-concludent en niet-valide gekwalificeerd moet worden.

4. Op grond van artikel 7, derde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna: Reglement Adviescommissie) heeft de Adviescommissie zich bij haar advies enkel gebaseerd op de door de provincie overgelegde subsidieaanvraag en de daarbij behorende verplichte bijlagen. Elk ander document of op andere wijze publiek toegankelijke informatie is buiten de beoordelingsprocedure gehouden. Hierdoor kenmerkt de beoordelingsprocedure zich door een rigide inperking van de mogelijkheden een goed uitgewerkte en onderbouwde aanvraag in te dienen. Door het beperkte beoordelingskader is wezenlijke beoordelingsinformatie (zoals de jaarverslagen) niet meegewogen en wordt bezwaarmaakster ten onrechte gediskwalificeerd.

Ons kenmerk
C2271127/4795396

I.A.

5. Op 19 maart 2020 heeft een lid van de Adviescommissie zijn ontslag ingediend, omdat dit lid zich niet kan vinden in de organisatie van het adviseringsproces. Dit geeft volgens bezwaarmaakster reden om te twijfelen aan de zorgvuldigheid van het adviseringsproces.

I.B.

6. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "hoge zakelijke kwaliteit" ten onrechte (slechts) 42 punten toegekend. Het advies is onjuist op de volgende punten:

- a. Bezwaarmaakster bestrijdt de opmerking van de Adviescommissie dat de ingediende begroting onvoldoende duidelijk is en dat informatie ontbreekt. Bezwaarmaakster stelt dat zij wat betreft de begrotingsinformatie heeft voldaan aan hetgeen gevraagd is, daarbij gebruikmakend van het verplicht gesteld Excel-format. In dit format ontbreekt de mogelijkheid cijfermatige informatie toe te voegen.
- b. Het argument in het nader advies dat een toelichting ontbreekt op zaken zoals het grote aandeel uitkoopsommen, het aantal voorstellingen en het vermelden van podia, bezoekersaantallen en coaching is niet valide, omdat daar in het aanvraagformulier niet om wordt gevraagd. In de aanvraag staat waarom verzocht is in het aanvraagformulier.
- c. In het nader advies spreekt de Adviescommissie zich niet uit over de ondernemende houding van bezwaarmaakster, die in de aanvraag uitgebreid is toegelicht om de zakelijke kansen positief te belichten.
- d. In de aanvraag bepleit bezwaarmaakster - als onderdeel van een aantoonbaar ondernemende houding - de noodzaak een zakelijke/productie medewerker aan te trekken in combinatie met de analyse dat het zakelijke aspect versterking behoeft. De Adviescommissie gaat hier in het (nader) advies niet op in.

7. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "publiekswerking/doelgroep" ten onrechte (slechts) 45 punten toegekend. Het advies is onjuist op de volgende punten:

- a. De in het aanvraagformulier opgenomen vraagstelling betreffende het onderdeel publiekswerking is zeer summier van opzet en tevens generiek van karakter. De vraagstelling in het formulier vraagt niet om het formuleren van een visie. Daarom is de visie niet uitgewerkt.
- b. De Adviescommissie gaat er met de beoordeling aan voorbij dat er een wezenlijk en essentieel verschil is in het formuleren van een visie en een strategie. Bezwaarmaker onderbouwt in haar bezwaar dat er in de aanvraag een heldere strategie is verwoord betreffende publiekswerking, waardoor de vraagstelling uit het modelplan wel degelijk wordt beantwoord.
- c. Het nader advies geeft geen nieuwe, aanvullende onderbouwing naar aanleiding van de in bezwaar betwiste beoordeling.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

8. Bij het toekennen van punten heeft de Adviescommissie de ruimte en vrijheid om binnen de bandbreedte van 0 tot 100 punten te waarderen. In de beschrijving van de 'Werkwijze adviescommissie' met als bijlage 'Handreiking beoordelingskader en scoreformulier' wordt echter een decimale normering benoemd en toegelicht. Het hanteren van een tweecijferig puntentotaal impliceert een meer specifiek en gedetailleerd beoordelingskader dan nu is omschreven in de handreiking.

9. In het nader advies stelt de Adviescommissie dat elke aanvraag op de eigen merites beoordeeld is en dat daarmee vergelijkingen met adviezen ten aanzien van de andere aanvragers niet aan de orde zijn. Bij de beoordeling van de criteria zakelijke kwaliteit en publiekswerking is in relatie tot de beoordeling en advisering van andere aanvragers sprake van niet-valide en niet-concludente gronden en ogenschijnlijke willekeur. Bezwaarmaker stelt dat de Adviescommissie heeft geadviseerd op basis van vergelijking van de aanvragen en dat daarmee in het bezwaarschrift terecht wordt gewezen op onjuiste vergelijkingen.

II.

10. Bezwaarmaker is van oordeel dat inzage gegeven dient te worden in alle positief beoordeelde en niet gehonoreerde aanvragen, inclusief begrotingsbladen.

Wettelijk kader

Het wettelijk kader wordt gevormd door de Awb, de Subsidieregeling en het Reglement Adviescommissie. De relevante bepalingen zijn opgenomen in de bijlage bij dit advies.

Leeswijzer

Voorafgaand aan de beoordeling stelt de bezwarencommissie eerst een aantal uitgangspunten voorop. Die uitgangspunten hebben achtereenvolgens betrekking op:

- de aard van de tenderverdeelpprocedure en het aanvullen van een aanvraag
- 1. De vergewisplicht van uw college
- 1.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

- I.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting
- I.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling
- I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies
- II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Ons kenmerk

C2271127/4795396

Uitgangspunten voor de beoordeling

Aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een subsidieaanvrager om ervoor zorg te dragen dat bij de aanvraag alle informatie wordt gevoegd die voor de beslissing op de aanvraag nodig is. Uit de aard van een tenderverdeelpcedure vloeit echter voort dat alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens vóór de sluiting van de aanvraagtermijn moeten zijn overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van ná de sluiting van de aanvraagtermijn in een tenderverdeelpcedure zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tendersysteem centraal staan. Later aangeleverde informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van een binnen de aanvraagtermijn ingediende aanvraag, kan daarom niet worden meegenomen bij een herbeoordeling van die aanvraag. Vergelijk de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:740 en van 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

I. De vergewisplicht van uw college

De bezwarencommissie stelt voorop dat uw college bij het verlenen van subsidie op grond van de Subsidieregeling en bij de invulling van de daarin neergelegde vereisten beleidsruimte toekomt. Uw college heeft beoordelingsruimte bij de waardering van de aanvragen. De bezwarencommissie ziet zich voor de beantwoording van de vraag geplaatst of uw college in redelijkheid tot het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag heeft kunnen komen. Daarbij dient te worden betrokken de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure en de inzichtelijkheid, transparantie en deugdelijkheid van de motivering van het besluit, met inbegrip van het daaraan ten grondslag liggende advies van uw Adviescommissie. Het toepasselijke wettelijke kader wordt gevormd door de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb. Vooropgesteld moet worden dat uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb volgt dat een bestuursorgaan dat gebruik maakt van een adviescommissie zich ervan dient te vergewissen dat het door de adviescommissie verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

Deze vergewisplicht is tweeledig:

- a) de door de adviseurs gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en
- b) het advies moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.

Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het besluit en kan het bestuursorgaan in het besluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog

daarop uitgebrachte advies. Voorts volgt uit artikel 3:8 van de Awb dat in of bij het besluit de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

1.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt dat, indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag hebben gelegen en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een aanvraag van dat advies mag uitgaan. Dat uitgangspunt geldt niet als er concrete aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die zorgen voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies, aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan, aan de samenstelling en werkwijze van de ingeschakelde adviescommissie of de hoedanigheid van de adviseurs, aan de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of aan het aansluiten van de conclusies daarop. Vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100 en de uitspraak van de AbRS van 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3876.

In dat geval mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Vergelijk ook de uitspraken van de AbRS van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2388 en AbRS van 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2227.

1.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting

De bezwarencommissie wijst erop dat zich in de rechtspraak over de verdeling van schaarse publieke rechten, waaronder subsidiemiddelen, een rechtsontwikkeling heeft voorgedaan met betrekking tot de zogeheten mededingingsnorm. In de uitspraken van de AbRS van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) en van 11 juli 2018 (Geobox /GS Noord-Brabant, ECLI:NL:RVS:2018:2310) heeft de hoogste bestuursrechter geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door het bestuur aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze 'reële mededingingsruimte' wordt geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Expliciet is daarbij geoordeeld dat de rechtsnorm óók van toepassing is bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen in een tenderprocedure, zoals hier aan de orde. Om 'reële mededingingsruimte' te waarborgen, geldt een zogeheten transparantieverplichting. Dat betekent dat het betreffende bestuursorgaan een '*passende mate van openbaarheid*' moet garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip, de indieningsvereisten en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze

aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan (tijdig) kennis kunnen nemen. Bij aanvang van de subsidieverdeelprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd.

Ons kenmerk
C2271127/4795396

1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

Om de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure te waarborgen, dient de samenstelling en werkwijze van een adviescommissie zodanig te zijn dat strijd met artikel 2:4 van de Awb wordt voorkomen. Ingevolge artikel 2:4, tweede lid, van de Awb, waakt een bestuursorgaan ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Deze wettelijke verplichting geldt evenzeer voor de adviseur(s) waarvan het bestuursorgaan gebruik maakt. De verplichting kan nader worden ingevuld door een reglement, waarin artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur voorziet. Ingevolge artikel 7, vierde lid, onthoudt een Adviescommissielid zich van deelname aan de besprekingen en de stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag sprake kunnen zijn van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een adviescommissielid, dan kan het betreffende lid niet adviseren.

Een tenderverdeelsysteem brengt namelijk met zich dat een adviescommissielid dat daarbij belang heeft, door middel van een negatieve beoordeling van de kwaliteit van een aanvraag, kan bevorderen dat minder aanvragen voldoen aan het kwaliteitscriterium, waardoor er een kleiner beslag wordt gelegd op het beschikbare subsidiebudget en de kans op subsidie voor de positief beoordeelde aanvragers toeneemt. Indien het subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen te kunnen honoreren, heeft een adviescommissielid met (in)directe betrokkenheid bij een aanvraag in dezelfde subsidieronde, een belang bij de uitkomst van de advisering over de andere aanvragers en bestaat ten aanzien van dat lid de schijn van belangenverstrengeling. Zelfs wanneer het betreffende adviescommissielid zich verschoont bij de advisering over 'zijn' aanvraag, is dat onvoldoende om die schijn weg te nemen. Daarbij is niet van belang of er een concrete aanwijzing bestaat dat het adviescommissielid negatief stond tegenover de andere aanvragen. Korthedshalve wordt verwezen naar de relevante jurisprudentie (AbRS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, Theatercompagnie en CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBb:2016:155).

1.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens het tot stand is gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van het advies is gevolgd. De inhoud van het advies moet concludent zijn. In een tenderverdeelprocedure moet het advies inzicht bieden in de totstandkoming

van de rangschikking van de aanvragen en een 'passende verantwoording' bevatten over het verband tussen de deskundigenoordelen en de beoordelingscriteria. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn: puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen daarover moet beschikbaar zijn. De motivering kan na bezwaar worden aangevuld, maar dan moet de nadere toelichting zijn geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de adviescommissie zijn voorgelegd. Vergelijk de uitspraken van CBb van 14 juni 2017, ECLI:NL:CBb:2017:240, van 22 september 2016, ECLI:NL:CBb:2016:297 en van 29 mei 2018, ECLI:NL:CBb:2018:300, alsmede de uitspraken van de AbRS van 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2676 en van 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naast het wettelijke kader is minstens zo belangrijk de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechtters ter zake van de rechtsbescherming bij de verdeling van subsidies via de tendersystematiek.

Uit de uitspraak van de AbRS van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera) volgt dat ook in de tenderverdelingssystematiek effectieve rechtsbescherming moet worden geboden aan alle aanvragers. Voor een aanvrager die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond reeds eerder is bereikt, houdt effectieve rechtsbescherming in dat hij zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals ook hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken. Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die andere aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering. De motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag moet ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Alleen dan kan immers in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld.

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt (of beroep instelt) tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaantastbaar zijn geworden.

Ons kenmerk
C2271127/4795396

Uit wat hiervoor is overwogen, volgt naar het oordeel van de AbRS (in dezelfde uitspraak) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en diensgevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd. Vergelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958 (ro. 8 en 9).

Beoordeling bezwarencommissie

Ad I. De vergewisplicht van uw college

Naar het oordeel van de bezwarencommissie vertoont de gevolgde tenderprocedure (reeds) *in procedurele zin* dermate wezenlijke gebreken, dat de advisering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze is geschied. Dat leidt ertoe dat de adviezen van die Adviescommissie niet aan de primaire besluiten ten grondslag hadden mogen worden gelegd. De bezwarencommissie acht de besluiten van uw college dan ook in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig voorbereid. Gelet op zowel de aard en systematiek van de gevolgde tenderprocedure als de - onbetwiste - onverbreekelijke samenhang tussen de onderlinge subsidiebesluiten, treft dat ook het onderhavige besluit. De in dit advies te signaleren procedurele gebreken staan immers niet op zichzelf, maar zien op de beoordeling van *alle* subsidieaanvragen uit deze tenderronde.

Ad I. De op de za(a)k(en) betrekking hebbende stukken / informatievoorziening

De bezwarencommissie stelt voorop dat zij zich bij de behandeling van de bezwaardossiers in deze tenderverdeelpprocedure geconfronteerd weet met erg gebrekkige informatievoorziening van de zijde van uw college. Naarmate de

bezwaarprocedure(s) vorderde(n), werden telkens nieuwe op de zaak betrekking hebbende stukken en nieuwe informatie naar voren gebracht. In het bijzonder zijn door uw college nieuwe feiten en omstandigheden naar voren gebracht, bij de bezwarencommissie bekend geworden vanaf 8 december 2020, die een ander licht doen werpen op de zorgvuldigheid van de gevolgde tenderprocedure. De bezwarencommissie ziet zich als gevolg van de gebrekkige en in tijd gefaseerde informatievoorziening genoodzaakt om de in deze tenderronde eerder uitgebrachte adviezen van 2 november 2020 (BZW.20.128.001) en 3 december 2020 (BZW.20.126.001) van een aanvullend advies te voorzien.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

Ad I. Het ontbreken van verslaglegging van de adviescommissievergaderingen

De bezwarencommissie constateert dat er één plenaire Adviescommissievergadering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur op 15 april 2020 heeft plaatsgevonden, welke is voorafgegaan door twaalf vergaderingen in kleinere samenstelling door verschillende "deelcommissies". Door de Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn geen vergaderverslagen of notulen ter beschikking gesteld. Desgevraagd heeft uw college bevestigd dat er in het geheel geen verslagen zijn opgemaakt van de deelvergaderingen en de plenaire slotvergadering. De bezwarencommissie stelt dan ook vast dat, in strijd met artikel 8 van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur, verslagen van de vergaderingen, geaccordeerd door de voorzitter, ontbreken. Volgens de vertegenwoordiging van uw college zijn die verslagen niet opgemaakt vanwege de digitale wijze van vergaderen en de aanwezigheid van de voorzitter bij alle vergaderingen. Het advies zou een weergave zijn van hetgeen in de vergaderingen is besproken. Wat daar verder ook van moge zijn, door het ontbreken van de voorgeschreven verslaglegging wordt op geen enkele wijze inzicht verschaft over wat er tijdens de twaalf deelvergaderingen en de dertiende plenaire slotvergadering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur of de "deelcommissies" is besproken. Over welke bevindingen en afwegingen zijn gemaakt en onderling zijn gedeeld en ten aanzien van de onderlinge verhoudingen of eventuele stemmingen over de puntenverdeling, tasten bezwaarmaaksters en de bezwarencommissie nog altijd in het duister. Hierdoor heeft de advisering niet op transparante en daarmee controleerbare wijze plaatsgevonden. Dat is strijdig met wat hiervoor onder 'uitgangspunten - II. Effectieve rechtsbescherming' is vooropgesteld.

Ad I.a. De zorgvuldigheid van de procedure: samenstelling van de Adviescommissie en deskundigheid van de adviseurs

De bezwarencommissie overweegt dat het voor bezwaarmaaksters en voor de bezwarencommissie onbekend is gebleven wat de samenstelling was van de "deelcommissies" die de initiële adviezen hebben voorbereid en tevens van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur, de adviseur die de initiële adviezen heeft uitgebracht in deze besluitvormingsprocedure. Ook de samenstelling van de "deelcommissies" die de nadere adviezen hebben uitgebracht, is niet bekendgemaakt. Artikel 3:8 van de Awb vereist echter dat

de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht. Het ontbreken daarvan leidt ertoe dat de totstandkoming van het advies een gebrek vertoont, niet alleen omdat de vermelding op zichzelf al een eis van behoorlijkheid is jegens degene tot wie het besluit is gericht, maar tevens omdat dit een rol kan spelen indien over het besluit een geschil mocht ontstaan.

De bezwarencommissie merkt op dat een bezwaarmaker, door het ontbreken van de namen van de betrokken Adviescommissieleden, niet kan controleren welke Adviescommissieleden hebben geadviseerd. Hierbij verwijst de bezwarencommissie naar wat daarover onder "uitgangspunten" is overwogen.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

Ad 1.a. De zorgvuldigheid van de procedure: werkwijze adviseurs

Op basis van de stukken staat vast dat de initiële adviezen in deze tenderronde zijn vastgesteld door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur tijdens de slotvergadering van 15 april 2020. Bij die gelegenheid zijn ook de scores van alle adviezen en de uiteindelijke ranking bepaald. Bij gebrek aan verslaglegging van die slotvergadering is echter onbekend welke Adviescommissieleden hebben deelgenomen aan die slotvergadering, welke bevindingen zij onderling hebben gedeeld en tot welke afwegingen en conclusies zij zijn gekomen. Wél staat vast dat de voltallige Adviescommissie heeft geadviseerd. Het laatste leidt ertoe dat door de diverse "deelcommissies" niet is geadviseerd, maar slechts voorbereidend werk is verricht. Het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur voorziet bovendien niet in (de figuur van) "een deelcommissie", zodat uitgegaan moet worden van advisering door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Tegen deze achtergrond wekt het des te meer bevreemding, dat in een e-mailbericht met het onderwerp "Voorbereidende informatie vergaderingen Adviescommissie BrabantStad Cultuur" van 26 februari 2020 van 9.17uur¹ onder meer te lezen valt:

"Beste adviseur van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur,

(...)

Integrale afweging op 15 april (twee dagdelen)

Zoals al ter sprake kwam op 13 februari is het belangrijk dat de hele commissie aan het einde samenkomt om te kunnen reflecteren over het geheel. Dit betekent dat alle aanvragen in te zien zijn, om de adviescommissie in staat te stellen een beeld te kunnen krijgen over alle aanvragen, in alle diversiteit. Het lezen van alle aanvragen is niet nodig, we willen alleen benadrukken dat we enkel verwachten dat je 'de eigen aanvragen voor de eigen vergaderdelen' voorbereidt, leest en beoordeelt.

Tijdens de afsluitende vergadering doen we de hele advisering per aanvraag zeker niet overnieuw, maar concentreren we ons op observaties, reflecties en bijzonderheden. We overzien de complete ronde en de adviescommissie kan aangeven wat haar is opgevallen, maar ze kan ook aanbevelingen doen. We

¹ Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.128.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

buigen ons bijvoorbeeld over de subsidieplafonds en de mogelijke consequenties voor instellingen. Daarnaast is een uitspraak over de betekenis van de instellingen in de provincie Brabant in relatie tot de verschillende gemeenten (lokale inbedding) een belangrijk punt."

Ons kenmerk
C2271127/4795396

Deze gang van zaken acht de bezwarencommissie niet in lijn met de eerdergenoemde uitgangspunten en de heersende jurisprudentie. De adviezen van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn naar het oordeel van de bezwarencommissie niet zorgvuldig tot stand gekomen.

Een daaraan verwant aspect is de signalering dat naar aanleiding van de ingediende gronden van bezwaar, subsidieaanvragen voor nader advies zijn teruggelegd. Die nadere advisering geschiedde echter door een "deelcommissie" en niet door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur, zijnde de adviseur die diende te adviseren en in alle zaken ook het initiële advies heeft uitgebracht.

De - voor bezwaarmaaksters en de bezwarencommissie onbekend gebleven - samenstelling van de "deelcommissie(s)" blijkt echter desgevraagd anders te zijn dan die van de voltallige Adviescommissie die het initiële advies heeft vastgesteld en uitgebracht (en dan de "deelcommissie" die het initiële advies in een betreffende aanvraag heeft voorbereid). Dat acht de bezwarencommissie in strijd met het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur en de daarbij te betrachten zorgvuldigheid.

Ad 1.a.1 Bieden van reële mededingingsruimte

Naar het oordeel van de bezwarencommissie kan de wijze waarop in de onderhavige tenderverdeelpcedure invulling is gegeven aan de verplichting tot het bieden van reële mededingingsruimte, in het bijzonder het vereiste van een 'passende mate van openbaarheid', de toets der kritiek niet doorstaan. Uw college dient deze openbaarheid te garanderen met betrekking tot - onder meer - de toe te passen criteria. Voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelpcedure kan aan deze regels niet meer worden getornd. De door de Adviescommissieleden te gebruiken 'Handreiking beoordelingskader' blijkt desgevraagd echter allesbehalve uitputtend en ondubbelzinnig te zijn bedoeld. Mede gezien de standpuntbepaling van uw college hieromtrent dient het (slechts) als 'hulpmiddel' bij de beoordeling van de subsidieaanvraag, het activiteitenplan en andere bijbehorende verplichte bijlagen te worden beschouwd, aldus uw college. Een Adviescommissielid blijkt bij de beoordeling zelfs enige "vrijheid" toe te komen, aldus uw college, waardoor bepaalde beoordelingsaspecten mogelijk minder gewicht krijgen dan andere aspecten. De bezwarencommissie is van oordeel dat deze werkwijze geen pas geeft in het licht van de verplichting tot het bieden van een passende mate van openbaarheid. Op deze wijze wordt het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen aan alle subsidieaanvragers, niet geborgd.

Ad 1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

De bezwarencommissie ziet zich, gelet op een brief² namens uw college gedateerd 7 december 2020 (door de bezwarencommissie ontvangen op 8 december 2020), met kenmerk C2270334/4802566, voor de vraag geplaatst of uw college, gelet op artikel 2:4, tweede lid, van de Awb en artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur, het advies van de Adviescommissie BrabantStad cultuur aan het primaire besluit ten grondslag heeft mogen leggen en of derhalve het primaire besluit in overeenstemming met artikel 3:2 van de Awb zorgvuldig is voorbereid. Op basis van de stukken en het verhandelde ter hoorzitting beantwoordt de bezwarencommissie die vraag ontkennend.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

De bezwarencommissie stelt daartoe allereerst vast dat de beoordeling en de rangschikking van de aanvragen is uitgevoerd door de Adviescommissie BrabantStad cultuur. De Adviescommissie BrabantStad cultuur hanteert een eigen Reglement ten behoeve van de transparantie bij het bepalen van de rangschikking van de aanvragen.

Op basis van de door uw college overgelegde brief van 7 december 2020 en het verhandelde ter hoorzitting is vast komen te staan dat het in die brief aangeduide Adviescommissielid (in)directe betrokkenheid heeft bij een cultuurinstelling waarvoor in de voorliggende tenderprocedure ook subsidie is aangevraagd (en uiteindelijk is gehonoreerd). Dit Adviescommissielid heeft een persoonlijke (familie)band met (een) aan die cultuurinstelling verbonden perso(o)n(en). Tevens acht uw college het niet uitgesloten, zonder dat het dit in bezwaar volledig heeft opgehelderd, dat dit lid zich tevens in een zakelijk verband verhoudt tot de cultuurinstelling en/of de daaraan gelieerde perso(o)n(en).

Vast is komen te staan dat het betreffende Adviescommissielid in de plenaire slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen aan de (eind)advisering en (eind)beoordeling over die aanvraag en de overige concurrerende aanvragen, waaronder de aanvraag van bezwaarmaakster(s). Dat het Adviescommissielid niet in alle zaken via deelcommissies betrokken is geweest bij de deelvergaderingen waarin adviezen (en nadere adviezen naar aanleiding van bezwaren) van aanvragers zijn besproken, doet niet ter zake, omdat de uiteindelijke (eind)advisering en (eind)beoordeling in de slotvergadering met de voltallige Adviescommissie is geschied. Bij gebrek aan verslaglegging van de deelvergaderingen en de slotvergadering is het voor de bezwarencommissie tot op heden onduidelijk, behoudens in één bezwaarzaak, bij welke aanvragen welke leden uit de "deelcommissies" zijn betrokken.

² Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.129.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

De bezwarencommissie stelt, gelet op het voorgaande, vast dat het advies van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met artikel 2:4 van de Awb in samenhang gezien met artikel 7, vierde lid, van het Reglement. Ondanks (in)directe betrokkenheid bij een cultuurinstelling waarvoor ook subsidie is aangevraagd, heeft het Adviescommissielid deelgenomen aan de voorbereiding en vaststelling van de eerstgenoemde ('eigen') aanvraag en van alle overige aanvragen van concurrerende instellingen.

Dat is een dermate wezenlijk, niet te herstellen gebrek, dat het juridische fundament onder de gevolgde procedure uit slaat. Reeds hierom zijn de adviezen van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op zorgvuldige wijze tot stand gekomen en had uw college deze niet ten grondslag mogen leggen aan het besluit.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

De bezwarencommissie overweegt dat voor de beoordeling en advisering in een tenderverdeelpprocedure zoals door verweerder is ingevuld, geldt dat in beginsel ieder Adviescommissielid van de Adviescommissie BrabantStad cultuur dat bij enige subsidieaanvraag (in)directe betrokkenheid heeft, niet mag adviseren. Anders zou dit lid namelijk kunnen bevorderen of beïnvloeden dat bepaalde aanvragen minder punten toebedeeld krijgen op de toepasselijke subsidiecriteria dan de 'eigen' aanvraag, waardoor de kans op subsidie voor laatstbedoelde subsidieaanvraag toeneemt. Ten aanzien van het betreffende Adviescommissielid bestaat naar het oordeel van de bezwarencommissie in ieder geval een schijn van belangenverstrengeling, nu dit lid de besluitvorming ten aanzien van de aanvraag waarbij het lid (in)direct betrokken was, door diens oordeel en advies over alle aanvragen, waaronder de overige concurrerende aanvragen, (in)direct zou kunnen beïnvloeden.

Alles overziende betekent het voorgaande dat de advisering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, zodat het advies niet aan het primaire besluit ten grondslag gelegd had mogen worden. Het vorenstaande brengt tevens mee dat het besluit van uw college in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig is voorbereid.

Reeds daarom dienen bij de te nemen beslissing op bezwaar de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen. De bezwarencommissie vindt mede steun voor het voorgaande in de uitspraak van het Cbb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155 en van de Rechtbank Amsterdam van 10 juni 2011, ECLI:RBAMS:2011:BQ9859.

Voorts dient uw college bij de te nemen beslissing op bezwaar mede te betrekken dat nog altijd onduidelijk is, en daarmee boven de markt blijft hangen, of wat zojuist is overwogen wellicht ook heeft te gelden voor andere leden van de Adviescommissie BrabantStad cultuur. Daartoe bestaan

aanknopingspunten, zoals mede aangestipt in het initiële advies van de bezwarencommissie van 2 november 2020 inzake BZW.20.128.001. Met de door uw college overgelegde stukken, of liever bij gebreke daaraan, is niet inzichtelijk gemaakt of ten aanzien van dat Adviescommissielid ook strijd ontstaat met artikel 2:4 van de Awb en artikel 7, tweede lid, van het Reglement Adviescommissie Brabantstad cultuur. Dat kan de bezwarencommissie echter niet beoordelen. Relevant kan dat niettemin wel zijn, omdat óók het (mede)adviseren door een Adviescommissielid dat zich ten aanzien van één aanvraag zou hebben verschoond in een (voorbereidende) deelcommissievergadering, terwijl dat lid wel in volle omvang aan de slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen en dientengevolge ook – bij gebreke aan een inzichtelijke tegenargumentatie – over die aanvraag heeft geadviseerd, in het licht van artikel 2:4 van de Awb zou stuiten op een wezenlijk gebrek. In lijn met artikel 7:12 van de Awb dient dat deugdelijk te worden gemotiveerd in de te nemen beslissing op bezwaar. Ten aanzien van het Adviescommissielid (BZW.20.141.001) dat zich – naar onweersproken is gebleven – vanwege zijn ongenoegen over de werkwijze van de Adviescommissie vanaf medio maart 2020 zou hebben teruggetrokken en in het geheel geen deel (meer) zou hebben genomen aan de Adviescommissie, ziet de bezwarencommissie geen aanleiding om aan die stellingname van uw college te twifelen, hoewel diens vertrek niet vaststaat. Dat is op geen enkele wijze door uw college inzichtelijk gemaakt. Mede gelet op de processtukken verdient ook dat onderdeel een verhelderende, deugdelijke motivering.

Ons kenmerk
C2271127/4795396

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming: geen inzage in hoger geëindigde aanvragen

De bezwarencommissie heeft ambtshalve kennisgenomen van het feit dat de tekst van alle initiële adviezen integraal te vinden is op de website Brabant.nl. De bezwarencommissie staat daar positief tegenover, maar merkt wel op dat dit bestand niet de nadere adviezen bevat, nog los van wat daaromtrent hiervoor overwogen is. Ook is dit bestand pas op 23 november 2020 op de website geplaatst, ruim nadat de eerste bezwaarprocedures waren gestart. Die op de site gepubliceerde initiële adviezen maken geen onderdeel uit van de processtukken.

In deze tenderverdeelprocedure is aan bezwaarmaakster geen inzage geboden in de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en zijn evenmin stukken ter inzage gelegd om de beoordelingen van de Adviescommissie van de hoger (dan bezwaarmaakster) in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren.

Voorts zijn op 23 november 2020 uitsluitend de gehonoreerde aanvragen gepubliceerd. Voor zover via de website over die gehonoreerde aanvragen inzage is geboden, merkt de bezwarencommissie op dat dat niet het geval is voor alle hoger dan bezwaarmaakster in de rangorde geëindigde aanvragen. De aanvragen onder de zaaglijn, maar hoger geëindigd dan de aanvraag van

bezwaarmaakster, zijn niet gepubliceerd. Bezien vanuit het vereiste van adequate, effectieve rechtsbescherming volstaat in dit concrete geval een werkwijze zoals hiervoor weergegeven, niet. Vergelijk de Holland Opera-uitspraak.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

Slotson

Gelet op al op hetgeen hiervoor is overwogen, concludeert de bezwarencommissie dat de door de adviseurs gevolgde procedure van advisering en de totstandkoming van het advies zodanige ernstige en wezenlijke gebreken vertonen en niet op voldoende zorgvuldig is geschied, dat uw college - reeds op procedurele gronden - niet van het advies mocht uitgaan en het aan de primaire besluit ten grondslag mocht leggen. Niet kan worden gesteld dat uw college voldaan heeft aan de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan het in artikel 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsvereiste en de in artikel 3:46 van de Awb neergelegde motiveringsverplichting.

Bij de te nemen beslissing op bezwaar dienen de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen.

Gelet hierop behoeven de resterende gronden van bezwaar - die zich vooral richten op de deugdelijkheid van de inhoud van het advies - geen verdere bespreking. Vanwege de aard en inhoud van dit advies laat de bezwarencommissie dat dan ook onbesproken.

Voor de goede orde overweegt de bezwarencommissie nog het volgende. Dat vanwege geconstateerde gebreken in de gevolgde tenderprocedure sprake is van schending van de vergewisplicht en strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, brengt niet automatisch met zich dat bezwaarmaakster(s) daardoor zonder meer in aanmerking komt voor subsidie.

Het voorgaande zegt immers uitsluitend iets over de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure. Het is aan uw college hoe in het vervolg van de bezwaarprocedure om te gaan met de geconstateerde gebreken.

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij uw college om bij uw beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond te verklaren, en
- het bestreden besluit te herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit op de aanvraag te nemen, met inachtneming van dit advies.

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor bezwaarschriften en klachten,
namens deze,



voorzitter



secretaris

Bijlage: wettelijk kader

Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant

Artikel 1.4 van de Subsidieregeling ("Subsidiabele activiteiten") luidt, voor zover van belang:

Subsidie kan worden verstrekt voor:

a. (...)

b. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten.

Artikel 1.9 van de Subsidieregeling ("Vereisten subsidieaanvraag") luidt, voor zover van belang:

Subsidieaanvragen worden ingediend binnen de tenderperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020

Artikel 1.10 van de Subsidieregeling ("Subsidieplafond") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten stellen het subsidieplafond voor subsidies als bedoeld in artikel 1.4, voor de periode, genoemd in artikel 1.9, vast op een totaal van € 23.390.800, waarvan:

a. (...)

(...)

k. € 11.126.835 voor activiteiten als bedoeld in artikel 1.4, onder b.

Artikel 1.6 van de Subsidieregeling ("Subsidievereisten") luidt, voor zover van belang:

1. Om voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 in aanmerking te komen, wordt voldaan aan de volgende vereisten:

a. de activiteiten worden in belangrijke mate uitgevoerd in de provincie Noord-Brabant;

b. de subsidieaanvrager is op het gebied van professionele kunsten een:

1°. ontwikkelinstelling;

2°. producerende instelling; of

3°. presentatie-instelling;

c. de activiteiten zijn gericht op professionele kunsten binnen een van de volgende functies:

1°. (...)

11°. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten;

d. de subsidieaanvrager is een instelling met:

1°. hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit, wat betreft visie, originaliteit, vakmanschap en zeggingskracht;

2°. hoge zakelijke kwaliteit, blijvend uit de bedrijfsvoering en de inhoudelijke haalbaarheid van de activiteiten;

3°. ten minste een bovenlokale functie;

4°. een missie en visie op haar rol in de Brabantse culturele infrastructuur;

Ons kenmerk

C2271127/4795396

e. de subsidieaanvrager verklaart dat hij de volgende codes onderschrijft:

1°. Governance Code Cultuur;

2°. Fair Practice Code;

3°. Code Diversiteit & Inclusie;

f. de activiteiten zijn gericht op publiekswerking of een specifieke doelgroep en monitoring daarvan, blijkend uit een communicatiestrategie;

g. de activiteiten worden uitgevoerd in de periode 2021 tot en met 2024;

h. de subsidieaanvrager overlegt een activiteitenplan overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model activiteitenplan;

i. de subsidieaanvrager overlegt een meerjarenbegroting overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model meerjarenbegroting.

2. (...)

3. Indien de subsidieaanvraag gericht is een activiteit als bedoeld in artikel 1.4, onder b, wordt in aanvulling op het eerste lid voldaan aan het vereiste dat de subsidieaanvrager een aanvraag voor cofinanciering in de vorm van subsidie heeft ingediend of gaat indienen bij een andere overheid, blijkend uit de begroting.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

Artikel 1.12, eerste lid, van de Subsidieregeling ("Verdeelcriteria") luidt, voor zover van belang:

1. Indien de binnen de tenderperiode ingediende volledige subsidieaanvragen de vastgestelde subsidieplafonds, genoemd in artikel 1.10, te boven gaan, maken Gedeputeerde Staten voor het bepalen van de onderlinge rangschikking voor de verdeling van de subsidie, een afweging tussen de verschillende volledige aanvragen op basis van de volgende criteria:

a. de mate waarin de activiteiten een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit hebben, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht, te waarderen met maximaal 100 punten;

b. de mate waarin de activiteiten hoge zakelijke kwaliteit hebben, wat betreft omgevingsbewustzijn en ondernemerschap, te waarderen met maximaal 100 punten;

c. de mate waarin de activiteiten publiekswerking hebben of gericht zijn op een specifieke doelgroep, wat betreft binding met het bestaande publiek of de doelgroep en inspanningen voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of de doelgroep, te waarderen met maximaal 100 punten;

d. de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in de provincie Noord-Brabant en bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod, te waarderen met maximaal 100 punten.

Artikel 1.13, van de Subsidieregeling ("Externe adviescommissie") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten leggen aanvragen voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 voor advies over de artikelen 1.6 en 1.12 voor aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Toelichting op de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1 (Provinciaal blad 2019, nr. 779729, november 2019):

Artikel 1.6 Subsidievereisten

(...)

Onderdeel d, onder 1 ° Hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit

Met een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat er sprake moet zijn van een visie, een beeld van de artistiek-inhoudelijke ontwikkelingen die de organisatie beoogt op langere termijn, in relatie tot de positie die de organisatie inneemt in de sector en de discipline op lokaal, regionaal of nationaal niveau. Gedeputeerde Staten denken bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit ook aan oorspronkelijkheid, die zich vertaalt in onderscheidende activiteiten en zich onderscheidt van andere makers in de stad, regio of het land. Ook is bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit belangrijk dat de activiteiten met vakmanschap worden uitgevoerd. Het gevolgd hebben van een vakopleiding is daarbij niet doorslaggevend, het gaat om de vaardigheid waarmee de activiteiten tot stand komen en worden uitgevoerd. Tenslotte beoordelen Gedeputeerde Staten bij dit vereiste of de activiteiten zeggingskracht hebben en het publiek of beoogde publiek zullen aanspreken. De subsidieaanvrager dient dan ook blijk te geven van kennis van het publiek dat men er mee hoopt te bereiken.

Onderdeel d, onder 2 ° en onderdeel e Hoge zakelijke kwaliteit en codes

Met hoge zakelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat de organisatie een gezonde bedrijfsvoering dient te hebben, die voldoende vertrouwen geeft om de voorgenomen activiteiten inhoudelijk te realiseren en het beoogde publiek te bereiken. Van belang daarbij is dat er sprake is van een realistische mix van inkomstenbronnen, inclusief een visie op het omgaan met risico's en dat het ondernemerschap wordt ingevuld qua marketing- en communicatiestrategie. Ook de Governance Code Cultuur, de Fair Practice Code en de Code Culturele Diversiteit in onderdeel e, zeggen iets over de zakelijke kwaliteit van een organisatie. Derhalve dient een subsidieaanvrager in zijn aanvraag te verklaren dat hij die codes onderschrijft en hebben Gedeputeerde Staten het toepassen van de codes in de uitvoeringsperiode 2021 tot en met 2024 als verplichting opgelegd.

Onderdeel d, onder 3 ° Bovenlokale functie

Gedeputeerde Staten letten bij dit vereiste op het regionale of landelijke belang van de organisatie. Daarbij wordt getoetst of de organisatie invulling geeft aan de verbinding met de samenleving en of de organisatie bijdraagt aan een samenhangend cultuuraanbod. Ook wordt gezien of en op welke wijze de organisatie en de activiteiten in de periode 2021-2024 zich verhouden tot gemeente en regio en of de organisatie bijdraagt aan spreiding van het cultuuraanbod.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

Onderdeel d, onder 4 ° Missie en visie

Bij dit vereiste letten Gedeputeerde Staten erop of de subsidieaanvrager een helder en realistisch beeld geeft van de rol die hij vervult binnen de Brabantse culturele infrastructuur. Daarin is zowel samenwerking met andere partijen belangrijk als een te onderscheiden profilering.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

Onderdeel f Publiekswerking

Bij dit vereiste beoordelen Gedeputeerde Staten met name op of de organisatie, naast het blijven bedienen en verbinden van het bestaande publiek, ook een visie heeft om aanbod en publiek bij elkaar te brengen en te investeren in duurzame opbouw van publiek met het oog op de toekomst, bijvoorbeeld door het verlagen van drempels voor doelgroepen die niet eerder bereikt werden, door aan te sluiten op zaken die in de (lokale) maatschappij spelen of door zich te verbinden met bredere doelgroepen dan alleen het bestaande publiek. De visie op de publiekswerking en de monitoring daarvan dienen te blijken uit een communicatiestrategie.

(...)

Artikel 1.12 Verdeelcriteria tender

Eerste lid Tender

In dit artikel zijn de verdeelcriteria en een puntentoedeling vastgelegd, aan de hand waarvan de subsidieaanvragen worden beoordeeld en gerangschikt. Gedeputeerde Staten hebben in deze regeling voor een tenderprocedure gekozen, omdat ze de kwaliteit van de aanvrager, de aanvraag en de uit te voeren activiteiten relevant vinden voor de realisering van de doelstelling van deze subsidieregeling. Bij een tendersysteem moeten aanvragen binnen een bepaalde periode worden ingediend. De bedragen van de subsidieaanvragen die binnen de tenderperiode zijn ingediend en voldoen aan alle vereisten worden vervolgens bij elkaar opgeteld. Indien het totaal van die subsidieaanvragen het subsidieplafond van de tenderperiode niet overschrijdt, komen alle subsidieaanvragen voor subsidie in aanmerking. Indien er echter meer aanvragen binnenkomen dan gehonoreerd kunnen worden en het beschikbare subsidieplafond wel wordt overschreden, vindt een onderlinge vergelijking van alle aanvragen op een aantal verdeelcriteria plaats.

Onder a tot en met d Algemeen

De vereisten uit artikel 1.6, onderdeel d, onder 1, 2, 3, 4 en onderdeel f, vormen in dit artikel de basis voor de verdelingscriteria. Daarbij geldt dezelfde inhoudelijke toelichting als reeds in artikel 1.6 is gegeven bij de desbetreffende vereisten, alleen worden in dit artikel op basis van de verdeelcriteria punten gegeven voor de mate waarin een subsidieaanvraag aan de criteria onder a tot en met d voldoet. In aanvulling op de vereisten in artikel 1.6, leggen Gedeputeerde Staten in dit artikel nog de volgende aanvullende accenten.

Onder b Hoge zakelijke kwaliteit

Bij onderdeel b letten Gedeputeerde Staten met name op de mate waarin de subsidieaanvrager in zijn activiteitenplan blijkt geeft van omgevingsbewustzijn

en hoe professioneel hij het ondernemerschap invult. Gedeputeerde Staten laten bij de hoge zakelijke kwaliteit ook meewegen de mate waarin het bestuur en toezicht op orde zijn conform de Governance Code Cultuur, de mate waarin de organisatie invulling geeft aan de Fair Practice Code inzake werkgeverschap en de mate waarin de Code Culturele Diversiteit wordt ingevuld en of er onderdelen zijn van de drie bovengenoemde codes die niet worden toegepast en om welke reden.

Ons kenmerk
C2271127/4795396

*Onder c Publiekswerking of specifieke doelgroep
Bij onderdeel c is met name de mate waarin de activiteiten leiden tot binding met het bestaande publiek of de doelgroep en de mate waarin de subsidieaanvrager zich inspant voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of doelgroep van belang.*

*Onder d Evenwichtige culturele infrastructuur
Bij onderdeel d laten Gedeputeerde Staten de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in Brabant en de mate waarin de activiteiten bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod (dus hoe hoog het publieksbereik in de eigen vestigingsplaats, regio, landelijk of internationaal is) zwaar meewegen.*

Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (Provinciaal blad 2020, nr. 6366, februari 2020)

Artikel 7 van het Reglement luidt:

- 1. Elk lid van de commissie heeft een stem.*
- 2. De commissie komt tot een advies op basis van meerderheid van stemmen.*
- 3. De leden dienen zich bij hun oordeel over een aanvraag te baseren op de door de aanvrager en Gedeputeerde Staten verstrekte gegevens en onthouden zich van contact met de aanvragers. Indien contact met aanvragers noodzakelijk is, is de secretaris daarvoor verantwoordelijk.*
- 4. Een lid onthoudt zich van deelname aan de besprekingen en stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag blijken dat er van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een commissielid sprake zou kunnen zijn, dan kan het betreffende lid niet adviseren.*
- 5. Gedeputeerde Staten dragen er zorg voor dat de commissie van relevante achtergrondinformatie wordt voorzien bij de aanvragen.*
- 6. De commissie brengt uiterlijk binnen 17 weken na sluiting van de tenderperiode, genoemd in artikel 1.9 van de subsidieregeling, een gemotiveerd advies uit aan het college over alle subsidieaanvragen.*

Artikel 8, eerste en tweede lid, van het Reglement luidt:

- 1. De secretaris draagt zorg voor het verslag van de vergadering en stelt het advies van de adviescommissie op schrift.*
- 2. Verslagen worden geaccordeerd door de voorzitter.*

Artikel 9, eerste lid, van het Reglement luidt:

1. De leden van de commissie adviseren onafhankelijk en zonder last of ruggenspraak.

Ons kenmerk

C2271127/4795396

Hoor- en adviescommissie

Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant
Postbus 90151
5200 MC 'S-HERTOGENBOSCH

Brabantlaan 1
Postbus 90151
5200 MC 's-Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 28 12
Fax (073) 680 76 80
www.brabant.nl
IBAN NL86INGB0674560043

Bereikbaarheid
openbaar vervoer en fiets:
www.brabant.nl/route

Onderwerp

Advies inzake het bezwaar tegen het besluit van 19 juni 2020 tot weigering van de gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024
Geacht college,

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten Noord-Brabant deelt u het volgende mee.

Tegen uw besluit van 19 juni 2020 met kenmerk C2270840/4799882, tot weigering van de door de Stichting Tegentijd (United-C) gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024, is een bezwaarschrift ingediend door:

- J. Smeets en R. van der Vleuten, namens de Stichting Tegentijd, Postbus 6529, 5600 HM te Eindhoven (hierna: bezwaarmaakster).

Nadere stukken

Partijen hebben overeenkomstig artikel 7:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de gelegenheid gehad om nadere stukken in te dienen. Van deze mogelijkheid is door bezwaarmaakster geen gebruik gemaakt. Door verweerder is op 30 oktober 2020 een verweerschrift ingediend.

Beslistermijn

Op verzoek van de hoor- en adviescommissie is de termijn voor de afhandeling van het bezwaarschrift met instemming van bezwaarmaakster op grond van artikel 7:10 van de Awb opgeschort met ingang van 6 augustus 2020 tot en met 24 augustus 2020.

In deze zaak is gezocht naar een oplossing van het geschil. Gelet daarop is de termijn voor de afhandeling van het bezwaarschrift, met instemming van bezwaarmaakster, op grond van artikel 7:10 van de Awb opgeschort met ingang van 25 augustus 2020 tot en met 5 oktober 2020.

Datum

24 december 2020

Zaaknummer

BZW.20.134.001

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Uw kenmerk

C2270841

Contact

[REDACTED]

Telefoon

[REDACTED]

Email

bezwaar@brabant.nl

Bijlage(n)

Verslag

Bijlage 1

Bijlage 2

Hoorzitting

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten tijdens de op 30 november 2020 gehouden hoorzitting. Van hetgeen aan de orde is geweest op de hoorzitting is een verslag gemaakt dat u ook in de bijlagen aantreft.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Ontvankelijkheid

Uw besluit is op 19 juni 2020 bekendgemaakt door toezending aan belanghebbenden. Op grond van de artikelen 6:7 en 6:8 van de Awb kon een bezwaarschrift uiterlijk op 31 juli 2020 worden ingediend. Het bezwaarschrift is binnen de gestelde termijn ingediend en voldoet ook verder aan alle gestelde ontvankelijkheidseisen.

Procesverloop

Op 30 januari 2020 heeft bezwaarmaakster een aanvraag om subsidie ingediend voor de activiteiten in 2021-2024 in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, Professionele kunsten 2021-2024 (hierna te noemen: de Subsidieregeling).

De aanvraag is ingediend voor 'overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten'. In artikel 1.10 van de Subsidieregeling is het subsidieplafond voor de aanvraagperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020 vastgesteld op € 11.126.835.

De aanvraag is krachtens artikel 1.13 van de Subsidieregeling ter advisering over artikel 1.6 en artikel 1.12 voorgelegd aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna telkens te noemen: de Adviescommissie).

De Adviescommissie is ingesteld om deskundigheid, kennis en objectiviteit te borgen. De Adviescommissie bestaat uit vijftien leden en een voorzitter die samen beschikken over een brede kennis en kundigheid over het culturele veld in Noord-Brabant en daarbuiten.

De Adviescommissie heeft alle aanvragen beoordeeld en van een advies voorzien. Op basis van de verdeelcriteria uit artikel 1.12 van de Subsidieregeling zijn punten toegekend waardoor een rangschikking van de aanvragen tot stand is gekomen. De Adviescommissie heeft haar advies, inclusief de bijbehorende beoordeling, toegezonden aan uw college.

Uw college heeft besloten de adviezen en de hieruit voortvloeiende rangschikking van de Adviescommissie ten aanzien van de subsidieaanvragen over te nemen. Het beschikbare subsidiebudget is in de volgorde van de rangschikking verdeeld over de aanvragen die volledig gehonoreerd konden worden. Dat waren de aanvragen met totaalscores van 278 punten en hoger, waarmee het subsidieplafond werd bereikt.

In het bestreden besluit van 19 juni 2020 is de aanvraag, met toepassing van de vergewisplicht als bedoeld in de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie waarin aan de aanvraag een totaalscore van 270 punten is toegekend, geweigerd. De grondslag van het besluit berust op artikel 4:25, tweede lid, van de Awb, aangezien het subsidieplafond van de Subsidieregeling reeds was bereikt.

Ons kenmerk
C2270840/4799882

Tegen dit besluit is het onderhavige bezwaar ingediend.

Naar aanleiding van het bezwaar heeft (een deel van) de Adviescommissie op verzoek van uw college een (ongedateerd) nader advies uitgebracht.

Gronden van bezwaar

Bezwaarmaakster brengt, zakelijk samengevat, het volgende naar voren.

Het bezwaar betreft de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel, gelijkheidsbeginsel en schending van het verbod op willekeur.

1. Het advies is onjuist op het volgende punt. De Kunst van Brabant brengt in een reactie op de subsidietoekenningen naar voren dat er meer geld nodig is voor cultuur omdat het aanbod in de provincie achterblijft bij andere provincies. Daarnaast merkt Kunst van Brabant op dat de Adviescommissie positief verrast is over het artistiek vermogen en de dynamiek van de culturele infrastructuur, maar dat het daarom des te zuurder is dat het geld op is.
Dat geldt evenzeer voor bezwaarmaakster; De kwaliteiten van United Cowboys worden erkend door de Adviescommissie en de conclusie van het advies over United Cowboys is positief. Dit resulteert echter niet in een honorering en dat is ronduit zuur. Bezwaarmaakster heeft in de afgelopen jaren aangetoond een rol van betekenis te spelen in het culturele ecosysteem van Brabant en vraagt de Provincie dit naar behoren te honoreren. Zonder United Cowboys ontstaat er een leemte in de Brabantse infrastructuur op het gebied van podiumkunsten.
Er wordt een toelichting gevraagd op de effecten van de advisering en de ranking op de Brabantse infrastructuur.
2. Door de Adviescommissie worden in het advies aannames gedaan die niet zijn te herleiden tot de aanvraag of lijken te refereren aan het verleden. Bovendien zegt de Adviescommissie toelichtingen te missen die wel in het advies staan.
3. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "hoge artistiek inhoudelijke kwaliteit" ten onrechte (slechts) 68 punten toegekend. Het advies is onjuist op het volgende punt.
De Adviescommissie is lovend over de artistieke kwaliteit maar de aanname dat "door de lange staat van dienst, de organisatie haar activiteiten

vanzelfsprekend lijkt te vinden" doet geen recht aan de zorgvuldigheid waarmee bezwaarmaakster haar plannen en ontwikkelingen omschrijft en haalt de beoordeling onnodig naar beneden. Bezwaarmaakster richt zich in het plan op de actualiteit, recente ontwikkelingen en anticiperen op onontbeerlijke elementen voor progressie.

Ons kenmerk
C2270840/4799882

4. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "hoge zakelijke kwaliteit" ten onrechte 50 punten toegekend. Het advies is onjuist op het volgende punt.

In tegenstelling tot andere aanvragers met weinig eigen inkomsten is het eigen inkomstenpercentage bij bezwaarmaakster 56%. Bezwaarmaakster geeft aan te beschikken over een gezonde bedrijfsvoering en daarmee te hebben laten zien dat ze daarmee hun plannen hebben kunnen verwezenlijken. In de begroting staan de bijdragen van samenwerkingspartners vermeld onder "vergoeding co-producenten". Ze worden dus ten onrechte als 'gemist' beschouwd door de commissie. De commissie had kunnen lezen dat United Cowboys een realistische mix van inkomstenbronnen kent. Voor wat betreft de codes volstond het onderschrijven van deze codes. Meer werd niet geëist. Waar nodig is in de aanvraag overigens toelichting gegeven. Bezwaarmaakster spreekt tegen dat het niet nader ingaan op de codes zou getuigen van weinig omgevingsbewustzijn. In de aanvraag wordt hierop voldoende gereflecteerd.

5. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "publiekswerking/doelgroep" ten onrechte (slechts) 55 punten toegekend. Het advies is onjuist op de volgende punten.

Bezwaarmaakster kan zich niet vinden in de lage waardering op het criterium 'publiekswerking'. De Adviescommissie lijkt niet op de hoogte te zijn van de publiekswerking van United-C in de afgelopen jaren. Bezwaarmaakster richt zich niet tot een specifiek publiek dat ze al jaren kent, maar op een divers en breed publiek, dat zij inmiddels heeft bereikt, vasthoudt en nieuwe aanwas werft. Er is hier sprake van een al ingezette ontwikkeling. Publiekswerking is een belangrijk onderdeel van de totale werking van bezwaarmaakster en is verweven door de hele aanvraag heen.

6. De Adviescommissie heeft voor het verdeelcriterium "evenwichtige culturele infrastructuur" ten onrechte (slechts) 68 punten toegekend. Het advies is onjuist op het volgende punt.

Bezwaarmaakster wijst op het uitgebreide en brede netwerk aan partners waarmee wordt gewerkt. Genoemd wordt PLAN-talentontwikkeling, de samenwerking met DansBrabant, waarmee impulsen zijn gegeven in het dansveld. Bezwaarmaakster creëerde en speelde in grote projecten in co-productie met Boulevard. United is een verbindende partner binnen Brabant, die meer dan bovengemiddeld genoemd mag worden. Dit wordt niet teruggelezen in het advies.

Tijdens de hoorzitting is bezwaarmaakster in de gelegenheid gesteld om haar bezwaarschrift aan te vullen en te reageren op de door uw college gepubliceerde aanvraagformulieren en activiteitenplannen van de gehonoreerde subsidieaanvragen op de website:

<https://www.brabant.nl/onderwerpen/cultuur-en-erfgoed/amateur-en-professionele-kunst/professionele-kunst>.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Bij schrijven van 6 december 2020 heeft bezwaarmaakster haar bezwaar aangevuld met de volgende gronden:

7. Bezwaarmaakster heeft het vermoeden dat de Adviescommissie niet consequent is omgegaan met de beoordeling van de aanvragen. Zo wordt er bij sommige beoordelingen uitgegaan van de volledige aanvraag en bij sommige beoordelingen lijkt voorkennis over de aanvrager meegewogen te worden. Bezwaarmaakster noemt hierbij een drietal voorbeelden:
 - a. De aanvraag van eMoves beschrijft alleen de ambitie en niet de huidige rol in de infrastructuur, toch scoort de aanvraag 90 punten op dit criterium;
 - b. Bij LeineRoebana staat het hele advies vol van opmerkingen die betrekking hebben op het verleden, en niet hetgeen is beschreven in de aanvraag (uit dal gekomen..., ... lastige periode, etc);
 - c. Bij Katja Heitmann wordt in de artistieke beoordeling niet ingegaan op de aanvraag, maar lijkt het meer op een lovende recensie van eerder werk.
8. Met de beoordeling van de verdeelcriteria wordt verschillend omgegaan, terwijl er sprake is van een vergelijkbare aanvraag en een vergelijkbaar advies.

Bezwaarmaakster geeft bij de beoordeling van het verdeelcriterium "zakelijke kwaliteit en codes" de volgende voorbeelden:

 - a. Bezwaarmaakster verwijst naar de aanvragen van Cement, Schippers en Van Gucht, Wobly, Bossche Parade en Circola. Bij deze aanvragen is de begroting niet sluitend of wordt deze onrealistisch geacht, maar krijgen aanvragers toch een hoge beoordeling op zakelijke kwaliteit.
 - b. Bij de beoordeling van sommige aanvragen wordt grote afhankelijkheid van subsidies zwaar gewogen en bij andere aanvragers niet, zoals bijvoorbeeld Make en LeineRoebana. Door de Adviescommissie wordt aangegeven dat de zakelijke kwaliteit van sommige aanvragers niet goed is omdat deze te weinig eigen inkomsten hebben. United Cowboys heeft in de periode 2017-2020 een eigen inkomstenpercentage van 56 % gehad en een verwacht behoud van eigen inkomsten ondanks investeringen ten behoeve van professionalisering van 30 %. Bezwaarmaakster had verwacht dat dit haar dus meer punten zou opleveren.
 - c. Bezwaarmaakster verwijst naar de aanvragen van The Ruggeds, Cement, LeineRoebana, Make, Bossche Parade, Circolo, Vonk. Deze aanvragen ontvangen allemaal flinke kritiek op het onderschrijven van

de codes, maar krijgen – in tegenstelling tot bezwaarmaakster – wel een ruim voldoende.

9. Bezwaarmaakster geeft bij de beoordeling van het verdeelcriterium "publiekswerking en Brabantse infrastructuur" aan dat de aanvragen van The Ruggets, Katja Heitmann, House of Nouws allemaal vergelijkbaar kritiek krijgen, maar toch een hoger aantal punten ontvangen.
10. De adviescommissie is – kort samengevat – subjectief in haar bevindingen en inconsequent in haar beoordelingen.
11. Bezwaarmaakster acht het verder nog van belang toe te lichten waarom het in haar ogen belangrijk is dat de beoordeling van de commissie in Eindhoven wezenlijk afwijkt van die in Brabant. Bezwaarmaakster zegt hierover: *"De BrabantStad-regeling is tot stand gekomen door samenwerking van 5 partijen: de provincie, en de steden Breda, Tilburg, Den Bosch en Eindhoven. Er is afgesproken dat aanvragers allemaal 1 aanvraag indienen, die slechts 1 keer beoordeeld zou worden. Als gevolg van de gekozen juridische structuur in Eindhoven was dit niet mogelijk in Eindhoven, en is gekozen in Eindhoven exact dezelfde aanvraag ook nog eens door de eigen commissie te laten beoordelen. Bij deze Eindhovense beoordeling scoorden we op het criterium belang voor de infrastructuur (zowel als de artistieke kwaliteit), 9 van de 10 punten. Omdat dit criterium ook expliciet kijkt naar het lokale belang, en omdat in de integrale afweging Eindhoven en de Dans niet overmatig toegekend zijn, en er bovendien in Eindhoven een grote disbalans is tussen producerend en presenterend, bevreemdt het ons dat de commissie in Brabant tot een veel lagere score komt."*

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Wettelijk kader

Het wettelijk kader wordt gevormd door de Awb, de Subsidieregeling en het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna: Reglement Adviescommissie). De relevante bepalingen zijn opgenomen in de bijlage bij dit advies.

Leeswijzer

Voorafgaand aan de beoordeling stelt de bezwarencommissie eerst een aantal uitgangspunten voorop. Die uitgangspunten hebben achtereenvolgens betrekking op:

- de aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag
- I. De vergewisplicht van uw college
- I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure
- I.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting
- I.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling
- I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies
- II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Uitgangspunten voor de beoordeling

Aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een subsidieaanvrager om ervoor zorg te dragen dat bij de aanvraag alle informatie wordt gevoegd die voor de beslissing op de aanvraag nodig is. Uit de aard van een tenderverdeelpcedure vloeit echter voort dat alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens vóór de sluiting van de aanvraagtermijn moeten zijn overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van ná de sluiting van de aanvraagtermijn in een tenderverdeelpcedure zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tendersysteem centraal staan. Later aangeleverde informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van een binnen de aanvraagtermijn ingediende aanvraag, kan daarom niet worden meegenomen bij een herbeoordeling van die aanvraag. Vergelijk de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:740 en van 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

I. De vergewisplicht van uw college

De bezwarencommissie stelt voorop dat uw college bij het verlenen van subsidie op grond van de Subsidieregeling en bij de invulling van de daarin neergelegde vereisten beleidsruimte toekomt. Uw college heeft beoordelingsruimte bij de waardering van de aanvragen. De bezwarencommissie ziet zich voor de beantwoording van de vraag geplaatst of uw college in redelijkheid tot het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag heeft kunnen komen. Daarbij dient te worden betrokken de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure en de inzichtelijkheid, transparantie en deugdelijkheid van de motivering van het besluit, met inbegrip van het daaraan ten grondslag liggende advies van uw Adviescommissie. Het toepasselijke wettelijke kader wordt gevormd door de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb. Vooropgesteld moet worden dat uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb volgt dat een bestuursorgaan dat gebruik maakt van een adviescommissie zich ervan dient te vergewissen dat het door de adviescommissie verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

Deze vergewisplicht is tweeledig:

- a) de door de adviseurs gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en
- b) het advies moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.

Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het besluit en kan het bestuursorgaan in het besluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. Voorts volgt uit artikel 3:8 van de Awb dat in of bij het besluit de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht.

I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt dat, indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en

onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag hebben gelegen en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een aanvraag van dat advies mag uitgaan. Dat uitgangspunt geldt niet als er concrete aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die zorgen voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies, aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan, aan de samenstelling en werkwijze van de ingeschakelde adviescommissie of de hoedanigheid van de adviseurs, aan de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of aan het aansluiten van de conclusies daarop. Vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100 en de uitspraak van de AbRS van 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3876.

Ons kenmerk
C2270840/4799882

In dat geval mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Vergelijk ook de uitspraken van de AbRS van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2388 en AbRS van 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2227.

1.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting

De bezwarencommissie wijst erop dat zich in de rechtspraak over de verdeling van schaarse publieke rechten, waaronder subsidiemiddelen, een rechtsontwikkeling heeft voorgedaan met betrekking tot de zogeheten mededingingsnorm. In de uitspraken van de AbRS van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) en van 11 juli 2018 (Geobox /GS Noord-Brabant, ECLI:NL:RVS:2018:2310) heeft de hoogste bestuursrechter geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door het bestuur aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze 'reële mededingingsruimte' wordt geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Expliciet is daarbij geoordeeld dat de rechtsnorm óók van toepassing is bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen in een tenderprocedure, zoals hier aan de orde. Om 'reële mededingingsruimte' te waarborgen, geldt een zogeheten transparantieverplichting. Dat betekent dat het betreffende bestuursorgaan een '*passende mate van openbaarheid*' moet garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip, de indieningsvereisten en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan (tijdig) kennis kunnen nemen. Bij aanvang van de subsidieverdeelprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd.

I.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

Om de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure te waarborgen, dient de samenstelling en werkwijze van een adviescommissie zodanig te zijn dat strijd met artikel 2:4 van de Awb wordt voorkomen. Ingevolge artikel 2:4, tweede lid, van de Awb, waakt een bestuursorgaan ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Deze wettelijke verplichting geldt evenzeer voor de adviseur(s) waarvan het bestuursorgaan gebruik maakt. De verplichting kan nader worden ingevuld door een reglement, waarin artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie Brabantstad cultuur voorziet. Ingevolge artikel 7, vierde lid, onthoudt een Adviescommissielid zich van deelname aan de besprekingen en de stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag sprake kunnen zijn van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een adviescommissielid, dan kan het betreffende lid niet adviseren.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Een tenderverdeelsysteem brengt namelijk met zich dat een adviescommissielid dat daarbij belang heeft, door middel van een negatieve beoordeling van de kwaliteit van een aanvraag, kan bevorderen dat minder aanvragen voldoen aan het kwaliteitscriterium, waardoor er een kleiner beslag wordt gelegd op het beschikbare subsidiebudget en de kans op subsidie voor de positief beoordeelde aanvragers toeneemt. Indien het subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen te kunnen honoreren, heeft een adviescommissielid met (in)directe betrokkenheid bij een aanvraag in dezelfde subsidieronde, een belang bij de uitkomst van de advisering over de andere aanvragers en bestaat ten aanzien van dat lid de schijn van belangenverstrengeling. Zelfs wanneer het betreffende adviescommissielid zich verschoont bij de advisering over 'zijn' aanvraag, is dat onvoldoende om die schijn weg te nemen. Daarbij is niet van belang of er een concrete aanwijzing bestaat dat het adviescommissielid negatief stond tegenover de andere aanvragen. Korthedshalve wordt verwezen naar de relevante jurisprudentie (AbRS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, Theatercompagnie en CBB 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155).

I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens het tot stand is gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van het advies is gevolgd. De inhoud van het advies moet concludent zijn. In een tenderverdeelprocedure moet het advies inzicht bieden in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen en een 'passende verantwoording' bevatten over het verband tussen de deskundigenoordelen en de beoordelingscriteria. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn: puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen daarover moet beschikbaar zijn. De motivering kan na bezwaar

worden aangevuld, maar dan moet de nadere toelichting zijn geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de adviescommissie zijn voorgelegd. Vergelijk de uitspraken van CBB van 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, van 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297 en van 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:300, alsmede de uitspraken van de AbRS van 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2676 en van 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

Ons kenmerk
C2270840/4799882

II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naast het wettelijke kader is minstens zo belangrijk de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters ter zake van de rechtsbescherming bij de verdeling van subsidies via de tendersystematiek.

Uit de uitspraak van de AbRS van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera) volgt dat ook in de tenderverdelingssystematiek effectieve rechtsbescherming moet worden geboden aan alle aanvragers. Voor een aanvrager die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond reeds eerder is bereikt, houdt effectieve rechtsbescherming in dat hij zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals ook hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken. Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die andere aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering. De motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag moet ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Alleen dan kan immers in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld.

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt (of

beroep instelt) tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaantastbaar zijn geworden.

Ons kenmerk
C2270840/4799882

Uit wat hiervoor is overwogen, volgt naar het oordeel van de AbRS (in dezelfde uitspraak) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en diensgevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd. Vergelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958 (ro. 8 en 9).

Beoordeling bezwarencommissie

Ad 1. De vergewisplicht van uw college

Naar het oordeel van de bezwarencommissie vertoont de gevolgde tenderprocedure (reeds) *in procedurele zin* dermate wezenlijke gebreken, dat de advisering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze is geschied. Dat leidt ertoe dat de adviezen van die Adviescommissie niet aan de primaire besluiten ten grondslag hadden mogen worden gelegd. De bezwarencommissie acht de besluiten van uw college dan ook in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig voorbereid. Gelet op zowel de aard en systematiek van de gevolgde tenderprocedure als de - onbetwiste - onverbreekelijke samenhang tussen de onderlinge subsidiebesluiten, treft dat ook het onderhavige besluit. De in dit advies te signaleren procedurele gebreken staan immers niet op zichzelf, maar zien op de beoordeling van *alle* subsidieaanvragen uit deze tenderronde.

Ad 1. De op de za(a)k(en) betrekking hebbende stukken / informatievoorziening

De bezwarencommissie stelt voorop dat zij zich bij de behandeling van de bezwaardossiers in deze tenderverdeelprocedure geconfronteerd weet met erg gebrekkige informatievoorziening van de zijde van uw college. Naarmate de bezwaarprocedure(s) vorderde(n), werden telkens nieuwe op de zaak betrekking hebbende stukken en nieuwe informatie naar voren gebracht. In het bijzonder zijn door uw college nieuwe feiten en omstandigheden naar voren gebracht, bij de bezwarencommissie bekend geworden vanaf 8 december 2020, die een ander licht doen werpen op de zorgvuldigheid van de gevolgde tenderprocedure. De bezwarencommissie ziet zich als gevolg van de gebrekkige en in tijd gefaseerde informatievoorziening genoodzaakt om de in

deze tenderronde eerder uitgebrachte adviezen van 2 november 2020 (BZW.20.128.001) en 3 december 2020 (BZW.20.126.001) van een aanvullend advies te voorzien.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Ad I. Het ontbreken van verslaglegging van de adviescommissievergaderingen

De bezwarencommissie constateert dat er één plenaire Adviescommissievergadering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur op 15 april 2020 heeft plaatsgevonden, welke is voorafgegaan door twaalf vergaderingen in kleinere samenstelling door verschillende "deelcommissies". Door de Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn geen vergaderverslagen of notulen ter beschikking gesteld. Desgevraagd heeft uw college bevestigd dat er in het geheel geen verslagen zijn opgemaakt van de deelvergaderingen en de plenaire slotvergadering. De bezwarencommissie stelt dan ook vast dat, in strijd met artikel 8 van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur, verslagen van de vergaderingen, geaccordeerd door de voorzitter, ontbreken. Volgens de vertegenwoordiging van uw college zijn die verslagen niet opgemaakt vanwege de digitale wijze van vergaderen en de aanwezigheid van de voorzitter bij alle vergaderingen. Het advies zou een weergave zijn van hetgeen in de vergaderingen is besproken. Wat daar verder ook van moge zijn, door het ontbreken van de voorgeschreven verslaglegging wordt op geen enkele wijze inzicht verschaft over wat er tijdens de twaalf deelvergaderingen en de dertiende plenaire slotvergadering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur of de "deelcommissies" is besproken. Over welke bevindingen en afwegingen zijn gemaakt en onderling zijn gedeeld en ten aanzien van de onderlinge verhoudingen of eventuele stemmingen over de puntenverdeling, tasten bezwaarmakers en de bezwarencommissie nog altijd in het duister. Hierdoor heeft de advisering niet op transparante en daarmee controleerbare wijze plaatsgevonden. Dat is strijdig met wat hiervoor onder 'uitgangspunten - II. Effectieve rechtsbescherming' is vooropgesteld.

Ad I.a. De zorgvuldigheid van de procedure: samenstelling van de Adviescommissie en deskundigheid van de adviseurs

De bezwarencommissie overweegt dat het voor bezwaarmakers en voor de bezwarencommissie onbekend is gebleven wat de samenstelling was van de "deelcommissies" die de initiële adviezen hebben voorbereid en tevens van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur, de adviseur die de initiële adviezen heeft uitgebracht in deze besluitvormingsprocedure. Ook de samenstelling van de "deelcommissies" die de nadere adviezen hebben uitgebracht, is niet bekendgemaakt. Artikel 3:8 van de Awb vereist echter dat de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht. Het ontbreken daarvan leidt ertoe dat de totstandkoming van het advies een gebrek vertoont, niet alleen omdat de vermelding op zichzelf al een eis van behoorlijkheid is jegens degene tot wie het besluit is gericht, maar tevens omdat dit een rol kan spelen indien over het besluit een geschil mocht ontstaan.

De bezwarencommissie merkt op dat een bezwaarmaker, door het ontbreken van de namen van de betrokken Adviescommissieleden, niet kan controleren

welke Adviescommissieleden hebben geadviseerd. Hierbij verwijst de bezwarencommissie naar wat daarover onder "uitgangspunten" is overwogen.

Ad 1.a. De zorgvuldigheid van de procedure: werkwijze adviseurs

Op basis van de stukken staat vast dat de initiële adviezen in deze tenderronde zijn vastgesteld door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur tijdens de slotvergadering van 15 april 2020. Bij die gelegenheid zijn ook de scores van alle adviezen en de uiteindelijke ranking bepaald. Bij gebrek aan verslaglegging van die slotvergadering is echter onbekend welke Adviescommissieleden hebben deelgenomen aan die slotvergadering, welke bevindingen zij onderling hebben gedeeld en tot welke afwegingen en conclusies zij zijn gekomen. Wél staat vast dat de voltallige Adviescommissie heeft geadviseerd. Het laatste leidt ertoe dat door de diverse "deelcommissies" niet is geadviseerd, maar slechts voorbereidend werk is verricht. Het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur voorziet bovendien niet in (de figuur van) "een deelcommissie", zodat uitgegaan moet worden van advisering door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Tegen deze achtergrond wekt het des te meer bevreemding, dat in een e-mailbericht met het onderwerp "Vorbereidende informatie vergaderingen Adviescommissie BrabantStad Cultuur" van 26 februari 2020 van 9.17uur¹ onder meer te lezen valt:

"Beste adviseur van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur,

(...)

Integrale afweging op 15 april (twee dagdelen)

Zoals al ter sprake kwam op 13 februari is het belangrijk dat de hele commissie aan het einde samenkomt om te kunnen reflecteren over het geheel. Dit betekent dat alle aanvragen in te zien zijn, om de adviescommissie in staat te stellen een beeld te kunnen krijgen over alle aanvragen, in alle diversiteit. Het lezen van alle aanvragen is niet nodig, we willen alleen benadrukken dat we enkel verwachten dat je 'de eigen aanvragen voor de eigen vergaderdelen' voorbereidt, leest en beoordeelt.

Tijdens de afsluitende vergadering doen we de hele advisering per aanvraag zeker niet overnieuw, maar concentreren we ons op observaties, reflecties en bijzonderheden. We overzien de complete ronde en de adviescommissie kan aangeven wat haar is opgevallen, maar ze kan ook aanbevelingen doen. We buigen ons bijvoorbeeld over de subsidieplafonds en de mogelijke consequenties voor instellingen. Daarnaast is een uitspraak over de betekenis van de instellingen in de provincie Brabant in relatie tot de verschillende gemeenten (lokale inbedding) een belangrijk punt."

Deze gang van zaken acht de bezwarencommissie niet in lijn met de eerdergenoemde uitgangspunten en de heersende jurisprudentie. De adviezen

¹ Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.128.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverschrijvende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn naar het oordeel van de bezwarencommissie niet zorgvuldig tot stand gekomen.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Een daaraan verwant aspect is de signalering dat naar aanleiding van de ingediende gronden van bezwaar, subsidieaanvragen voor nader advies zijn teruggelegd. Die nadere advisering geschiedde echter door een "deelcommissie" en niet door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur, zijnde de adviseur die diende te adviseren en in alle zaken ook het initiële advies heeft uitgebracht.

De - voor bezwaarmaaksters en de bezwarencommissie onbekend gebleven - samenstelling van de "deelcommissie(s)" blijkt echter desgevraagd anders te zijn dan die van de voltallige Adviescommissie die het initiële advies heeft vastgesteld en uitgebracht (en dan de "deelcommissie" die het initiële advies in een betreffende aanvraag heeft voorbereid). Dat acht de bezwarencommissie in strijd met het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur en de daarbij te betrachten zorgvuldigheid.

Ad 1.a.1 Bieden van reële mededingingsruimte

Naar het oordeel van de bezwarencommissie kan de wijze waarop in de onderhavige tenderverdeelprocedure invulling is gegeven aan de verplichting tot het bieden van reële mededingingsruimte, in het bijzonder het vereiste van een 'passende mate van openbaarheid', de toets der kritiek niet doorstaan. Uw college dient deze openbaarheid te garanderen met betrekking tot - onder meer - de toe te passen criteria. Voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd. De door de Adviescommissieleden te gebruiken 'Handreiking beoordelingskader' blijkt desgevraagd echter allesbehalve uitputtend en ondubbelzinnig te zijn bedoeld. Mede gezien de standpuntbepaling van uw college hieromtrent dient het (slechts) als 'hulpmiddel' bij de beoordeling van de subsidieaanvraag, het activiteitenplan en andere bijbehorende verplichte bijlagen te worden beschouwd, aldus uw college. Een Adviescommissielid blijkt bij de beoordeling zelfs enige "vrijheid" toe te komen, aldus uw college, waardoor bepaalde beoordelingsaspecten mogelijk minder gewicht krijgen dan andere aspecten. De bezwarencommissie is van oordeel dat deze werkwijze geen pas geeft in het licht van de verplichting tot het bieden van een passende mate van openbaarheid. Op deze wijze wordt het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen aan alle subsidieaanvragers, niet geborgd.

Ad 1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

De bezwarencommissie ziet zich, gelet op een brief² namens uw college gedateerd 7 december 2020 (door de bezwarencommissie ontvangen op 8 december 2020), met kenmerk C2270334/4802566, voor de vraag geplaatst of uw college, gelet op artikel 2:4, tweede lid, van de Awb en artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur, het advies van de Adviescommissie BrabantStad cultuur aan het primaire besluit ten grondslag heeft mogen leggen en of derhalve het primaire besluit in overeenstemming met artikel 3:2 van de Awb zorgvuldig is voorbereid. Op basis van de stukken en het verhandelde ter hoorzitting beantwoordt de bezwarencommissie die vraag ontkennend.

Ons kenmerk
C2270840/4799882

De bezwarencommissie stelt daartoe allereerst vast dat de beoordeling en de rangschikking van de aanvragen is uitgevoerd door de Adviescommissie BrabantStad cultuur. De Adviescommissie BrabantStad cultuur hanteert een eigen Reglement ten behoeve van de transparantie bij het bepalen van de rangschikking van de aanvragen.

Op basis van de door uw college overgelegde brief van 7 december 2020 en het verhandelde ter hoorzitting is vast komen te staan dat het in die brief aangeduide Adviescommissielid (in)directe betrokkenheid heeft bij een cultuurinstelling waarvoor in de voorliggende tenderprocedure ook subsidie is aangevraagd (en uiteindelijk is gehonoreerd). Dit Adviescommissielid heeft een persoonlijke (familie)band met (een) aan die cultuurinstelling verbonden perso(o)n(en). Tevens acht uw college het niet uitgesloten, zonder dat het dit in bezwaar volledig heeft opgehelderd, dat dit lid zich tevens in een zakelijk verband verhoudt tot de cultuurinstelling en/of de daaraan gelieerde perso(o)n(en).

Vast is komen te staan dat het betreffende Adviescommissielid in de plenaire slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen aan de (eind)advisering en (eind)beoordeling over die aanvraag en de overige concurrerende aanvragen, waaronder de aanvraag van bezwaarmaakster(s). Dat het Adviescommissielid niet in alle zaken via deelcommissies betrokken is geweest bij de deelvergaderingen waarin adviezen (en nadere adviezen naar aanleiding van bezwaren) van aanvragers zijn besproken, doet niet ter zake, omdat de uiteindelijke (eind)advisering en (eind)beoordeling in de slotvergadering met de voltallige Adviescommissie is geschied. Bij gebrek aan verslaglegging van de deelvergaderingen en de slotvergadering is het voor de bezwarencommissie tot op heden onduidelijk, behoudens in één bezwaarzaak, bij welke aanvragen welke leden uit de "deelcommissies" zijn betrokken.

² Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.129.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

De bezwarencommissie stelt, gelet op het voorgaande, vast dat het advies van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met artikel 2:4 van de Awb in samenhang gezien met artikel 7, vierde lid, van het Reglement. Ondanks (in)directe betrokkenheid bij een cultuurstelling waarvoor ook subsidie is aangevraagd, heeft het Adviescommissielid deelgenomen aan de voorbereiding en vaststelling van de eerstgenoemde ('eigen') aanvraag en van alle overige aanvragen van concurrerende instellingen.

Dat is een dermate wezenlijk, niet te herstellen gebrek, dat het juridische fundament onder de gevolgde procedure uit slaat. Reeds hierom zijn de adviezen van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op zorgvuldige wijze tot stand gekomen en had uw college deze niet ten grondslag mogen leggen aan het besluit.

Ons kenmerk
C2270840/4799882

De bezwarencommissie overweegt dat voor de beoordeling en advisering in een tenderverdeelpprocedure zoals door verweerder is ingevuld, geldt dat in beginsel ieder Adviescommissielid van de Adviescommissie BrabantStad cultuur dat bij *enige* subsidieaanvraag (in)directe betrokkenheid heeft, niet mag adviseren. Anders zou dit lid namelijk kunnen bevorderen of beïnvloeden dat bepaalde aanvragen minder punten toebedeeld krijgen op de toepasselijke subsidiecriteria dan de 'eigen' aanvraag, waardoor de kans op subsidie voor laatstbedoelde subsidieaanvraag toeneemt. Ten aanzien van het betreffende Adviescommissielid bestaat naar het oordeel van de bezwarencommissie in ieder geval een schijn van belangenverstrengeling, nu dit lid de besluitvorming ten aanzien van de aanvraag waarbij het lid (in)direct betrokken was, door diens oordeel en advies over alle aanvragen, waaronder de overige concurrerende aanvragen, (in)direct zou kunnen beïnvloeden.

Alles overziende betekent het voorgaande dat de advisering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, zodat het advies niet aan het primaire besluit ten grondslag gelegd had mogen worden. Het vorenstaande brengt tevens mee dat het besluit van uw college in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig is voorbereid.

Reeds daarom dienen bij de te nemen beslissing op bezwaar de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen. De bezwarencommissie vindt mede steun voor het voorgaande in de uitspraak van het Cbb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155 en van de Rechtbank Amsterdam van 10 juni 2011, ECLI:RBAMS:2011:BQ9859.

Voorts dient uw college bij de te nemen beslissing op bezwaar mede te betrekken dat nog altijd onduidelijk is, en daarmee boven de markt blijft hangen, of wat zojuist is overwogen wellicht ook heeft te gelden voor andere leden van de Adviescommissie BrabantStad cultuur. Daartoe bestaan

aanknopingspunten, zoals mede aangestipt in het initiële advies van de bezwarencommissie van 2 november 2020 inzake BZW.20.128.001. Met de door uw college overgelegde stukken, of liever bij gebreke daaraan, is niet inzichtelijk gemaakt of ten aanzien van dat Adviescommissielid ook strijd ontstaat met artikel 2:4 van de Awb en artikel 7, tweede lid, van het Reglement Adviescommissie Brabantstad cultuur. Dat kan de bezwarencommissie echter niet beoordelen. Relevant kan dat niettemin wel zijn, omdat óók het (mede)adviseren door een Adviescommissielid dat zich ten aanzien van één aanvraag zou hebben verschoond in een (voorbereidende) deelcommissievergadering, terwijl dat lid wel in volle omvang aan de slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen en dientengevolge ook – bij gebreke aan een inzichtelijke tegenargumentatie – over die aanvraag heeft geadviseerd, in het licht van artikel 2:4 van de Awb zou stuiten op een wezenlijk gebrek. In lijn met artikel 7:12 van de Awb dient dat deugdelijk te worden gemotiveerd in de te nemen beslissing op bezwaar. Ten aanzien van het Adviescommissielid (BZW.20.141.001) dat zich – naar onweersproken is gebleven – vanwege zijn ongenoegen over de werkwijze van de Adviescommissie vanaf medio maart 2020 zou hebben teruggetrokken en in het geheel geen deel (meer) zou hebben genomen aan de Adviescommissie, ziet de bezwarencommissie geen aanleiding om aan die stellingname van uw college te twifelen, hoewel diens vertrek niet vaststaat. Dat is op geen enkele wijze door uw college inzichtelijk gemaakt. Mede gelet op de processtukken verdient ook dat onderdeel een verhelderende, deugdelijke motivering.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming: geen inzage in hoger geëindigde aanvragen

De bezwarencommissie heeft ambtshalve kennisgenomen van het feit dat de tekst van alle initiële adviezen integraal te vinden is op de website Brabant.nl. De bezwarencommissie staat daar positief tegenover, maar merkt wel op dat dit bestand niet de nadere adviezen bevat, nog los van wat daaromtrent hiervoor overwogen is. Ook is dit bestand pas op 23 november 2020 op de website geplaatst, ruim nadat de eerste bezwaarprocedures waren gestart. Die op de site gepubliceerde initiële adviezen maken geen onderdeel uit van de processtukken.

In deze tenderverdeelprocedure is aan bezwaarmaakster geen inzage geboden in de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en zijn evenmin stukken ter inzage gelegd om de beoordelingen van de Adviescommissie van de hoger (dan bezwaarmaakster) in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren.

Voorts zijn op 23 november 2020 uitsluitend de gehonoreerde aanvragen gepubliceerd. Voor zover via de website over die gehonoreerde aanvragen inzage is geboden, merkt de bezwarencommissie op dat dat niet het geval is voor alle hoger dan bezwaarmaakster in de rangorde geëindigde aanvragen. De aanvragen onder de zaaglijn, maar hoger geëindigd dan de aanvraag van

bezwaarmaakster, zijn niet gepubliceerd. Bezien vanuit het vereiste van adequate, effectieve rechtsbescherming volstaat in dit concrete geval een werkwijze zoals hiervoor weergegeven, niet. Vergelijk de Holland Opera-uitspraak.

Ons kenmerk
C2270840/4799882

Slotsum

Gelet op al op hetgeen hiervoor is overwogen, concludeert de bezwarencommissie dat de door de adviseurs gevolgde procedure van advisering en de totstandkoming van het advies zodanige ernstige en wezenlijke gebreken vertonen en niet op voldoende zorgvuldig is geschied, dat uw college – reeds op procedurele gronden – niet van het advies mocht uitgaan en het aan de primaire besluit ten grondslag mocht leggen. Niet kan worden gesteld dat uw college voldaan heeft aan de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan het in artikel 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsvereiste en de in artikel 3:46 van de Awb neergelegde motiveringsverplichting.

Bij de te nemen beslissing op bezwaar dienen de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen.

Gelet hierop behoeven de resterende gronden van bezwaar – die zich vooral richten op de deugdelijkheid van de inhoud van het advies – geen verdere bespreking. Vanwege de aard en inhoud van dit advies laat de bezwarencommissie dat dan ook onbesproken.

Voor de goede orde overweegt de bezwarencommissie nog het volgende. Dat vanwege geconstateerde gebreken in de gevolgde tenderprocedure sprake is van schending van de vergewisplicht en strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, brengt niet automatisch met zich dat bezwaarmaakster(s) daardoor zonder meer in aanmerking komt voor subsidie.

Het voorgaande zegt immers uitsluitend iets over de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure. Het is aan uw college hoe in het vervolg van de bezwaarprocedure om te gaan met de geconstateerde gebreken.

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij uw college om bij uw beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond te verklaren, en
- het bestreden besluit te herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit op de aanvraag te nemen, met inachtneming van dit advies.

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte

bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor bezwaarschriften en klachten,
namens deze,



voorzitter



secretaris

Bijlage: wettelijk kader

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (Provinciaal blad 2020, nr. 6566, februari 2020)

Artikel 7 van het Reglement luidt:

- 1. Elk lid van de commissie heeft een stem.*
- 2. De commissie komt tot een advies op basis van meerderheid van stemmen.*
- 3. De leden dienen zich bij hun oordeel over een aanvraag te baseren op de door de aanvrager en Gedeputeerde Staten verstrekte gegevens en onthouden zich van contact met de aanvragers. Indien contact met aanvragers noodzakelijk is, is de secretaris daarvoor verantwoordelijk.*
- 4. Een lid onthoudt zich van deelname aan de besprekingen en stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag blijken dat er van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een commissielid sprake zou kunnen zijn, dan kan het betreffende lid niet adviseren.*
- 5. Gedeputeerde Staten dragen er zorg voor dat de commissie van relevante achtergrondinformatie wordt voorzien bij de aanvragen.*
- 6. De commissie brengt uiterlijk binnen 17 weken na sluiting van de tenderperiode, genoemd in artikel 1.9 van de subsidieregeling, een gemotiveerd advies uit aan het college over alle subsidieaanvragen.*

Artikel 8, eerste en tweede lid, van het Reglement luidt:

- 1. De secretaris draagt zorg voor het verslag van de vergadering en stelt het advies van de adviescommissie op schrift.*
- 2. Verslagen worden geaccordeerd door de voorzitter.*

Artikel 9, eerste lid, van het Reglement luidt:

- 1. De leden van de commissie adviseren onafhankelijk en zonder last of ruggenspraak*

Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant

Artikel 1.4 van de Subsidieregeling ("Subsidiabele activiteiten") luidt, voor zover van belang:

Subsidie kan worden verstrekt voor:

- a. (...)*
- b. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten.*

Artikel 1.9 van de Subsidieregeling ("Vereisten subsidieaanvraag") luidt, voor zover van belang:

Subsidieaanvragen worden ingediend binnen de tenderperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020

Artikel 1.10 van de Subsidieregeling ("Subsidieplafond") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten stellen het subsidieplafond voor subsidies als bedoeld in artikel 1.4, voor de periode, genoemd in artikel 1.9, vast op een totaal van € 23.390.800, waarvan:

a. (...)

(...)

k. € 11.126.835 voor activiteiten als bedoeld in artikel 1.4, onder b.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Artikel 1.6 van de Subsidieregeling ("Subsidievereisten") luidt, voor zover van belang:

1. Om voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 in aanmerking te komen, wordt voldaan aan de volgende vereisten:

a. de activiteiten worden in belangrijke mate uitgevoerd in de provincie Noord-Brabant;

b. de subsidieaanvrager is op het gebied van professionele kunsten een:

1°. ontwikkelinstelling;

2°. producerende instelling; of

3°. presentatie-instelling;

c. de activiteiten zijn gericht op professionele kunsten binnen een van de volgende functies:

1°. (...)

11°. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten;

d. de subsidieaanvrager is een instelling met:

1°. hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht;

2°. hoge zakelijke kwaliteit, blijkend uit de bedrijfsvoering en de inhoudelijke haalbaarheid van de activiteiten;

3°. ten minste een bovenlokale functie;

4°. een missie en visie op haar rol in de Brabantse culturele infrastructuur;

e. de subsidieaanvrager verklaart dat hij de volgende codes onderschrijft:

1°. Governance Code Cultuur;

2°. Fair Practice Code;

3°. Code Diversiteit & Inclusie;

f. de activiteiten zijn gericht op publiekswerking of een specifieke doelgroep en monitoring daarvan, blijkend uit een communicatiestrategie;

g. de activiteiten worden uitgevoerd in de periode 2021 tot en met 2024;

h. de subsidieaanvrager overlegt een activiteitenplan overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model activiteitenplan;

i. de subsidieaanvrager overlegt een meerjarenbegroting overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model meerjarenbegroting.

2. (...)

3. Indien de subsidieaanvraag gericht is een activiteit als bedoeld in artikel 1.4, onder b, wordt in aanvulling op het eerste lid voldaan aan het vereiste dat de subsidieaanvrager een aanvraag voor cofinanciering in de vorm van subsidie

heeft ingediend of gaat indienen bij een andere overheid, blijkend uit de begroting.

Artikel 1.12, eerste lid, van de Subsidieregeling ("Verdeelcriteria") luidt, voor zover van belang:

- 1. Indien de binnen de tenderperiode ingediende volledige subsidieaanvragen de vastgestelde subsidieplafonds, genoemd in artikel 1.10, te boven gaan, maken Gedeputeerde Staten voor het bepalen van de onderlinge rangschikking voor de verdeling van de subsidie, een afweging tussen de verschillende volledige aanvragen op basis van de volgende criteria:*
- a. de mate waarin de activiteiten een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit hebben, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht, te waarderen met maximaal 100 punten;*
 - b. de mate waarin de activiteiten hoge zakelijke kwaliteit hebben, wat betreft omgevingsbewustzijn en ondernemerschap, te waarderen met maximaal 100 punten;*
 - c. de mate waarin de activiteiten publiekswerking hebben of gericht zijn op een specifieke doelgroep, wat betreft binding met het bestaande publiek of de doelgroep en inspanningen voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of de doelgroep, te waarderen met maximaal 100 punten;*
 - d. de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in de provincie Noord-Brabant en bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod, te waarderen met maximaal 100 punten.*

Artikel 1.13, van de Subsidieregeling ("Externe adviescommissie") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten leggen aanvragen voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 voor advies over de artikelen 1.6 en 1.12 voor aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Toelichting op de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1 (Provinciaal blad 2019, nr. 779729, november 2019):

Artikel 1.6 Subsidievereisten

(...)

Onderdeel d, onder 1 ° Hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit

Met een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat er sprake moet zijn van een visie, een beeld van de artistiek-inhoudelijke ontwikkelingen die de organisatie beoogt op langere termijn, in relatie tot de positie die de organisatie inneemt in de sector en de discipline op lokaal, regionaal of nationaal niveau. Gedeputeerde Staten denken bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit ook aan oorspronkelijkheid, die zich vertaalt in onderscheidende activiteiten en zich onderscheidt van andere makers in de stad, regio of het land. Ook is bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit belangrijk dat de activiteiten met vakmanschap worden uitgevoerd. Het gevolgd hebben van een vakopleiding is daarbij niet doorslaggevend, het gaat

Ons kenmerk

C2270840/4799882

om de vaardigheid waarmee de activiteiten tot stand komen en worden uitgevoerd. Tenslotte beoordelen Gedeputeerde Staten bij dit vereiste of de activiteiten zeggingskracht hebben en het publiek of beoogde publiek zullen aanspreken. De subsidieaanvrager dient dan ook blijk te geven van kennis van het publiek dat men er mee hoopt te bereiken.

Ons kenmerk
C2270840/4799882

*Onderdeel d, onder 2 ° en onderdeel e Hoge zakelijke kwaliteit en codes
Met hoge zakelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat de organisatie een gezonde bedrijfsvoering dient te hebben, die voldoende vertrouwen geeft om de voorgenomen activiteiten inhoudelijk te realiseren en het beoogde publiek te bereiken. Van belang daarbij is dat er sprake is van een realistische mix van inkomstenbronnen, inclusief een visie op het omgaan met risico's en dat het ondernemerschap wordt ingevuld qua marketing- en communicatiestrategie. Ook de Governance Code Cultuur, de Fair Practice Code en de Code Culturele Diversiteit in onderdeel e, zeggen iets over de zakelijke kwaliteit van een organisatie. Derhalve dient een subsidieaanvrager in zijn aanvraag te verklaren dat hij die codes onderschrijft en hebben Gedeputeerde Staten het toepassen van de codes in de uitvoeringsperiode 2021 tot en met 2024 als verplichting opgelegd.*

*Onderdeel d, onder 3 ° Bovenlokale functie
Gedeputeerde Staten letten bij dit vereiste op het regionale of landelijke belang van de organisatie. Daarbij wordt getoetst of de organisatie invulling geeft aan de verbinding met de samenleving en of de organisatie bijdraagt aan een samenhangend cultuuraanbod. Ook wordt gezien of en op welke wijze de organisatie en de activiteiten in de periode 2021-2024 zich verhouden tot gemeente en regio en of de organisatie bijdraagt aan spreiding van het cultuuraanbod.*

*Onderdeel d, onder 4 ° Missie en visie
Bij dit vereiste letten Gedeputeerde Staten erop of de subsidieaanvrager een helder en realistisch beeld geeft van de rol die hij vervult binnen de Brabantse culturele infrastructuur. Daarin is zowel samenwerking met andere partijen belangrijk als een te onderscheiden profilering.*

*Onderdeel f Publiekswerking
Bij dit vereiste beoordelen Gedeputeerde Staten met name op of de organisatie, naast het blijven bedienen en verbinden van het bestaande publiek, ook een visie heeft om aanbod en publiek bij elkaar te brengen en te investeren in duurzame opbouw van publiek met het oog op de toekomst, bijvoorbeeld door het verlagen van drempels voor doelgroepen die niet eerder bereikt werden, door aan te sluiten op zaken die in de (lokale) maatschappij spelen of door zich te verbinden met bredere doelgroepen dan alleen het bestaande publiek. De visie op de publiekswerking en de monitoring daarvan dienen te blijken uit een communicatiestrategie.
(...)*

Artikel 1.12 Verdeelcriteria tender

Eerste lid Tender

In dit artikel zijn de verdeelcriteria en een puntentoedeling vastgelegd, aan de hand waarvan de subsidieaanvragen worden beoordeeld en gerangschikt. Gedeputeerde Staten hebben in deze regeling voor een tenderprocedure gekozen, omdat ze de kwaliteit van de aanvrager, de aanvraag en de uit te voeren activiteiten relevant vinden voor de realisering van de doelstelling van deze subsidieregeling. Bij een tendersysteem moeten aanvragen binnen een bepaalde periode worden ingediend. De bedragen van de subsidieaanvragen die binnen de tenderperiode zijn ingediend en voldoen aan alle vereisten worden vervolgens bij elkaar opgeteld. Indien het totaal van die subsidieaanvragen het subsidieplafond van de tenderperiode niet overschrijdt, komen alle subsidieaanvragen voor subsidie in aanmerking. Indien er echter meer aanvragen binnenkomen dan gehonoreerd kunnen worden en het beschikbare subsidieplafond wel wordt overschreden, vindt een onderlinge vergelijking van alle aanvragen op een aantal verdeelcriteria plaats.

Ons kenmerk

C2270840/4799882

Onder a tot en met d Algemeen

De vereisten uit artikel 1.6, onderdeel d, onder 1, 2, 3, 4 en onderdeel f, vormen in dit artikel de basis voor de verdelingscriteria. Daarbij geldt dezelfde inhoudelijke toelichting als reeds in artikel 1.6 is gegeven bij de desbetreffende vereisten, alleen worden in dit artikel op basis van de verdeelcriteria punten gegeven voor de mate waarin een subsidieaanvraag aan de criteria onder a tot en met d voldoet. In aanvulling op de vereisten in artikel 1.6, leggen Gedeputeerde Staten in dit artikel nog de volgende aanvullende accenten.

Onder b Hoge zakelijke kwaliteit

Bij onderdeel b letten Gedeputeerde Staten met name op de mate waarin de subsidieaanvrager in zijn activiteitenplan blijkt geeft van omgevingsbewustzijn en hoe professioneel hij het ondernemerschap invult. Gedeputeerde Staten laten bij de hoge zakelijke kwaliteit ook meewegen de mate waarin het bestuur en toezicht op orde zijn conform de Governance Code Cultuur, de mate waarin de organisatie invulling geeft aan de Fair Practice Code inzake werkgeverschap en de mate waarin de Code Culturele Diversiteit wordt ingevuld en of er onderdelen zijn van de drie bovengenoemde codes die niet worden toegepast en om welke reden.

Onder c Publiekswerking of specifieke doelgroep

Bij onderdeel c is met name de mate waarin de activiteiten leiden tot binding met het bestaande publiek of de doelgroep en de mate waarin de subsidieaanvrager zich inspant voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of doelgroep van belang.

Onder d Evenwichtige culturele infrastructuur

Bij onderdeel d laten Gedeputeerde Staten de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en

*inhoud in Brabant en de mate waarin de activiteiten bijdragen aan het
bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod (dus hoe hoog het
publieksbereik in de eigen vestigingsplaats, regio, landelijk of internationaal is)
zwaar meewegen.*

Ons kenmerk
C2270840/4799882

Hoor- en adviescommissie

Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant
Postbus 90151
5200 MC 'S-HERTOGENBOSCH

Brabantlaan 1
Postbus 90151
5200 MC 's-Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 28 12
Fax (073) 680 76 80
www.brabant.nl
IBAN NL86INGB0674560043

Bereikbaarheid
openbaar vervoer en fiets:
www.brabant.nl/route

Onderwerp

Advies inzake het bezwaar tegen het besluit van 19 juni 2020 tot weigering van de gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024
Geacht college,

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten Noord-Brabant (hierna telkens: de bezwarencommissie) deelt u het volgende mee.

Tegen uw besluit van 19 juni 2020, met kenmerk C2258734/465633, tot weigering van de door de Stichting Ambiance Tracks gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024, is een bezwaarschrift ingediend door:

- J. Doms, J.C. Strijbos, en R. van Rijswijk, namens de Stichting Ambiance Tracks, Stedestraat 53, 5041 DM te Tilburg (hierna: bezwaarmaakster).

Nadere stukken

Partijen hebben overeenkomstig artikel 7:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de gelegenheid gehad om nadere stukken in te dienen. Van deze mogelijkheid is geen gebruik gemaakt. Verweerder heeft op 16 november 2020 een verweerschrift ingediend.

Beslistermijn

Op verzoek van de hoor- en adviescommissie is de termijn voor de afhandeling van het bezwaarschrift met instemming van bezwaarmaakster op grond van artikel 7:10 van de Awb opgeschort met ingang van 10 augustus 2020 tot en met 24 augustus 2020.

In deze zaak is gezocht naar een oplossing van het geschil. Gelet daarop is de termijn voor de afhandeling van het bezwaarschrift, met instemming van bezwaarmaakster, op grond van artikel 7:10 van de Awb opgeschort met ingang van 24 augustus 2020 tot en met 5 oktober 2020.

Datum

24 december 2020

Zaaknummer

BZW.20.136.001

Ons kenmerk

C2270980/4799924

Uw kenmerk

C2270981

Contact

Telefoon

Email

bezwaar@brabant.nl

Bijlage(n)

Verslag

Bijlage 1

Bijlage 2

Hoorzitting

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten tijdens de op 30 november 2020 gehouden online hoorzitting. Hiervan is gebruik gemaakt namens bezwaarmaakster en door een vertegenwoordiging van uw college. Van hetgeen aan de orde is geweest op de hoorzitting is een verslag gemaakt dat u ook in de bijlage aantreft.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

Ontvankelijkheid

Uw besluit is op 19 juni 2020 bekendgemaakt door toezending aan belanghebbenden. Op grond van de artikelen 6:7 en 6:8 van de Awb kon een bezwaarschrift uiterlijk op 31 juli 2020 worden ingediend. Het bezwaarschrift is binnen de gestelde termijn ingediend en voldoet ook verder aan alle gestelde ontvankelijkheidseisen.

Procesverloop

Op 30 januari 2020 heeft bezwaarmaakster een aanvraag om subsidie ingediend voor de activiteiten in 2021-2024 in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, Professionele kunsten 2021-2024 (hierna te noemen: de Subsidieregeling).

De aanvraag is ingediend voor 'overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten'. In artikel 1.10 van de Subsidieregeling is het subsidieplafond voor de aanvraagperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020 vastgesteld op € 11.126.835.

De aanvraag is krachtens artikel 1.13 van de Subsidieregeling ter advisering over artikel 1.6 en artikel 1.12 voorgelegd aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

De Adviescommissie BrabantStad cultuur is ingesteld om deskundigheid, kennis en objectiviteit te borgen. De Adviescommissie BrabantStad cultuur bestaat uit vijftien leden en een voorzitter die samen beschikken over een brede kennis en kundigheid over het culturele veld in Noord-Brabant en daarbuiten.

De Adviescommissie BrabantStad cultuur heeft alle aanvragen beoordeeld en van een advies voorzien. Op basis van de verdeelcriteria uit artikel 1.12 van de Subsidieregeling zijn punten toegekend waardoor een rangschikking van de aanvragen tot stand is gekomen. De Adviescommissie BrabantStad cultuur heeft haar advies, inclusief de bijbehorende beoordeling, toegezonden aan uw college.

Uw college heeft besloten de adviezen en de hieruit voortvloeiende rangschikking van de Adviescommissie BrabantStad cultuur ten aanzien van de subsidieaanvragen over te nemen. Het beschikbare subsidiebudget is in de volgorde van de rangschikking verdeeld over de aanvragen die volledig

gehonoreerd konden worden. Dat waren de aanvragen met totaalscores van 278 punten en hoger, waarmee het subsidieplafond werd bereikt.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

In het bestreden besluit van 19 juni 2020 is de aanvraag, met toepassing van de vergewisplicht als bedoeld in de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie BrabantStad cultuur waarin aan de aanvraag een totaalscore van 270 punten is toegekend, geweigerd. De grondslag van het besluit berust op artikel 4:25, tweede lid, van de Awb, aangezien het subsidieplafond van de Subsidieregeling reeds was bereikt.

Tegen dit besluit is het onderhavige bezwaar ingediend.

Naar aanleiding van het bezwaar heeft (een deel van) de Adviescommissie BrabantStad cultuur op verzoek van uw college op 21 september 2020 een nader advies uitgebracht.

Gronden van bezwaar

Bezwaarmaakster brengt, zakelijk samengevat, het volgende naar voren.

Het bezwaar betreft de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel, gelijkheidsbeginsel en schending van het verbod op willekeur.

1. Het lijkt erop dat het provinciebestuur al vóórdat de subsidieaanvragen konden worden ingediend er kennelijk weet van had, dat het op dat moment ingestelde subsidieplafond niet toereikend zou zijn. Dat doet de vraag rijzen waarom het provinciebestuur dat benodigde budget - gegeven het aantal voorzienbare aanvragen en daaruit voortkomende positieve beoordelingen - niet tijdig in de provinciale begroting heeft opgenomen, terwijl voorzien kon worden wat er nodig zou zijn om in ieder geval goedgekeurde aanvragen (positief geadviseerde aanvragen) te kunnen honoreren. In de richting van de aanvragende partijen is door het provinciebestuur niet aangegeven waarop het vaststellen van het subsidieplafond gebaseerd is. Bezwaarmaakster geeft aan dat daaruit opgemaakt moet worden dat het vaststellen van het subsidieplafond op willekeurige basis is geschied.
2. Het valt op dat bij de samenstelling van de Adviescommissie BrabantStad cultuur met het specifieke domein wat bezwaarmaakster bestrijkt en de daarbij behorende multidisciplinaire aanpak, niet of nauwelijks rekening is gehouden. De nadruk in de samenstelling van de adviescommissie ligt op kennis en ervaring met programma-organisaties. De wijze waarop de verdeelcriteria zijn opgesteld en ingericht, zijn voornamelijk toegesneden op de karakteristieken van de programma-organisaties die in Noord-Brabant actief zijn en in veel mindere mate wordt rekening gehouden met de positie en de mogelijkheden die makers hebben om zich lokaal en bovenlokaal artistiek, zakelijk, communicatief, organisatorisch en

infrastructureel te richten naar de gestelde criteria. De wijze waarop de criteria van de subsidieregeling zijn ingericht pakken op voorhand nadelig uit voor makers in de waardering en de daarop gebaseerde ranking. Dat raakt in de kern het gelijkheidsbeginsel, een basisprincipe van het bestuursrecht dat in dit geval niet alleen de rechtspositie van aanvragers als programma-organisaties moet garanderen, maar ook die van de makers. Bezwaarmaakster stelt dat er sprake is van een systeemfout in de opzet van de subsidieregeling en de gekozen opzet. Een systematiek die op voorhand nadelig uitpakt voor bezwaarmaakster. In het door de provincie aangereikte document waarop de scores zijn weergegeven, is die ongelijkheid tussen programma-organisaties en makers - uitgedrukt in de behaalde scores- ook duidelijk zichtbaar, met name bij de scores onder de criteria die betrekking hebben op zakelijke kwaliteit, publiekswerking en infrastructuur. Gemiddeld genomen scoren de programma-organisaties daarop beduidend hoger dan de makers, terwijl er geen enkele reden is om aan te nemen dat programma-organisaties op de in de criteria aangegeven gebieden nu fond beter zijn dan de makers.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

3. De door de Adviescommissie BrabantStad cultuur toebedeelde punten voor het verdeelcriterium "hoge zakelijke kwaliteit" doen geen recht aan de prestaties van bezwaarmaakster. Het advies is onjuist op de punten begrotingssystematiek en ratio publieksinkomsten. Het is bezwaarmaakster niet duidelijk waar de stelling van de adviescommissie "de hoeveelheid betalende bezoekers is laag in relatie tot de kaartverkoop" vandaan komt. Bezwaarmaakster meent dat de realisatie van de publieksinkomsten over de jaren heen een heel ander beeld laat zien (zie grafieken die zijn opgenomen in het bezwaarschrift).
4. De Adviescommissie BrabantStad cultuur heeft een te laag aantal punten toegekend voor het verdeelcriterium "publiekswerking/ doelgroep". In ieder geval heeft de Adviescommissie BrabantStad cultuur een score toegekend die niet in overeenstemming is met het feitelijke publieksbereik dat door de specifieke op het publiek gerichte inzet van Strijbos & Van Rijswijk en team via de Business to Business strategie bereikt is én wordt. Verwezen wordt naar een grafiek op p. 7 en p. 9 van het bezwaarschrift. Het bezwaar richt zich op de stelling van de Adviescommissie BrabantStad cultuur dat het marketingplan weinig ambities vertoont en dat weinig gebruik wordt gemaakt van technologie (mediacampagnes). Vier jaar geleden zijn er provinciale adviezen uitgebracht en deze zijn tot uitvoer gebracht door bezwaarmaakster. Bezwaarmaakster vindt dat de conclusie van de Adviescommissie BrabantStad cultuur, dat het marketingplan te weinig ambitie toont, zeer opmerkelijk en inconsequent.
5. De Adviescommissie BrabantStad cultuur heeft voor het verdeelcriterium "evenwichtige culturele infrastructuur" ten onrechte (slechts) 70 punten toegekend. Het advies is onjuist op het volgende punt. Bezwaarmaakster geeft in het bezwaarschrift aan met welke samenwerkingspartners- en verbanden in de voorgaande vierjarige periode

een nieuwe relatie is aangegaan. Er zit een gestage groei in de toename van het aantal partners op de verschillende terreinen regionaal en in uiteenlopende landen wereldwijd. Daarnaast zijn er maar liefst twaalf opleidingsinstituten betrokken. De Adviescommissie BrabantStad cultuur had dit ook kunnen opmaken uit het door bezwaarmaakster ingediende Activiteitenplan behorende bij de subsidieaanvraag. De score zou derhalve 10 tot 20 punten hoger moeten uitvallen.

6. Bezwaarmaakster is van mening dat Gedeputeerde Staten te lichtvaardig akkoord zijn gegaan met het overnemen van de adviezen van de Adviescommissie BrabantStad cultuur.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

Wettelijk kader

Het wettelijk kader wordt gevormd door de Awb, de Subsidieregeling en het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna: Reglement Adviescommissie). De relevante bepalingen zijn opgenomen in de bijlage bij dit advies.

Leeswijzer

Voorafgaand aan de beoordeling stelt de bezwarencommissie eerst een aantal uitgangspunten voorop. Die uitgangspunten hebben achtereenvolgens betrekking op:

- de aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag
- I. De vergewisplicht van uw college
- I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure
- I.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting
- I.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling
- I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies
- II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Uitgangspunten voor de beoordeling

Aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een subsidieaanvrager om ervoor zorg te dragen dat bij de aanvraag alle informatie wordt gevoegd die voor de beslissing op de aanvraag nodig is. Uit de aard van een tenderverdeelpcedure vloeit echter voort dat alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens vóór de sluiting van de aanvraagtermijn moeten zijn overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van ná de sluiting van de aanvraagtermijn in een tenderverdeelpcedure zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tendersysteem centraal staan. Later aangeleverde informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van een binnen de aanvraagtermijn ingediende aanvraag, kan daarom niet worden meegenomen bij een herbeoordeling van die aanvraag. Vergelijk de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van

State (AbRS) van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:740 en van 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

I. De vergewisplicht van uw college

De bezwarencommissie stelt voorop dat uw college bij het verlenen van subsidie op grond van de Subsidieregeling en bij de invulling van de daarin neergelegde vereisten beleidsruimte toekomt. Uw college heeft beoordelingsruimte bij de waardering van de aanvragen. De bezwarencommissie ziet zich voor de beantwoording van de vraag geplaatst of uw college in redelijkheid tot het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag heeft kunnen komen. Daarbij dient te worden betrokken de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure en de inzichtelijkheid, transparantie en deugdelijkheid van de motivering van het besluit, met inbegrip van het daaraan ten grondslag liggende advies van uw Adviescommissie. Het toepasselijke wettelijke kader wordt gevormd door de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb. Vooropgesteld moet worden dat uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb volgt dat een bestuursorgaan dat gebruik maakt van een adviescommissie zich ervan dient te vergewissen dat het door de adviescommissie verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

Deze vergewisplicht is tweeledig:

- a) de door de adviseurs gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en
- b) het advies moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.

Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het besluit en kan het bestuursorgaan in het besluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. Voorts volgt uit artikel 3:8 van de Awb dat in of bij het besluit de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht.

I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt dat, indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag hebben gelegen en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een aanvraag van dat advies mag uitgaan. Dat uitgangspunt geldt niet als er concrete aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die zorgen voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies, aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan, aan de samenstelling en werkwijze van de ingeschakelde adviescommissie of de hoedanigheid van de adviseurs, aan de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of aan het aansluiten van de conclusies daarop. Vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100 en de uitspraak van de AbRS van 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3876.

In dat geval mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Vergelijk ook de uitspraken van de AbRS van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2388 en AbRS van 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2227.

Ons kenmerk
C2270980/4799924

1.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting

De bezwarencommissie wijst erop dat zich in de rechtspraak over de verdeling van schaarse publieke rechten, waaronder subsidiemiddelen, een rechtsontwikkeling heeft voorgedaan met betrekking tot de zogeheten mededingingsnorm. In de uitspraken van de AbRS van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) en van 11 juli 2018 (Geobox /GS Noord-Brabant, ECLI:NL:RVS:2018:2310) heeft de hoogste bestuursrechter geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door het bestuur aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze 'reële mededingingsruimte' wordt geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Expliciet is daarbij geoordeeld dat de rechtsnorm óók van toepassing is bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen in een tenderprocedure, zoals hier aan de orde. Om 'reële mededingingsruimte' te waarborgen, geldt een zogeheten transparantieverplichting. Dat betekent dat het betreffende bestuursorgaan een '*passende mate van openbaarheid*' moet garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan (tijdig) kennis kunnen nemen. Bij aanvang van de subsidieverdeelprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd.

1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

Om de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure te waarborgen, dient de samenstelling en werkwijze van een adviescommissie zodanig te zijn dat strijd met artikel 2:4 van de Awb wordt voorkomen. Ingevolge artikel 2:4, tweede lid, van de Awb, waakt een bestuursorgaan ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Deze wettelijke verplichting geldt evenzeer voor de adviseur(s) waarvan het bestuursorgaan gebruik maakt. De verplichting kan nader worden ingevuld door een reglement, waarin artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur voorziet. Ingevolge artikel 7, vierde lid, onthoudt een Adviescommissielid zich van deelname aan de besprekingen en de stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag sprake kunnen zijn

van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een adviescommissielid, dan kan het betreffende lid niet adviseren.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

Een tenderverdeelsysteem brengt namelijk met zich dat een adviescommissielid dat daarbij belang heeft, door middel van een negatieve beoordeling van de kwaliteit van een aanvraag, kan bevorderen dat minder aanvragen voldoen aan het kwaliteitscriterium, waardoor er een kleiner beslag wordt gelegd op het beschikbare subsidiebudget en de kans op subsidie voor de positief beoordeelde aanvragers toeneemt. Indien het subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen te kunnen honoreren, heeft een adviescommissielid met (in)directe betrokkenheid bij een aanvraag in dezelfde subsidieronde, een belang bij de uitkomst van de advisering over de andere aanvragers en bestaat ten aanzien van dat lid de schijn van belangenverstrengeling. Zelfs wanneer het betreffende adviescommissielid zich verschoont bij de advisering over 'zijn' aanvraag, is dat onvoldoende om die schijn weg te nemen. Daarbij is niet van belang of er een concrete aanwijzing bestaat dat het adviescommissielid negatief stond tegenover de andere aanvragen. Kortheidshalve wordt verwezen naar de relevante jurisprudentie (AbRS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, Theatercompagnie en CBb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBb:2016:155).

I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens het tot stand is gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van het advies is gevolgd. De inhoud van het advies moet concludent zijn. In een tenderverdeelpcedure moet het advies inzicht bieden in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen en een 'passende verantwoording' bevatten over het verband tussen de deskundigenoordelen en de beoordelingscriteria. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn: puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen daarover moet beschikbaar zijn. De motivering kan na bezwaar worden aangevuld, maar dan moet de nadere toelichting zijn geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de adviescommissie zijn voorgelegd. Vergelijk de uitspraken van CBb van 14 juni 2017, ECLI:NL:CBb:2017:240, van 22 september 2016, ECLI:NL:CBb:2016:297 en van 29 mei 2018, ECLI:NL:CBb:2018:300, alsmede de uitspraken van de AbRS van 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2676 en van 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naast het wettelijke kader is minstens zo belangrijk de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters ter zake van de rechtsbescherming bij de verdeling van subsidies via de tendersystematiek.

Uit de uitspraak van de AbRS van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera) volgt dat ook in de tenderverdelingssystematiek effectieve rechtsbescherming moet worden geboden aan alle aanvragers. Voor een aanvrager die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond reeds eerder is bereikt, houdt effectieve rechtsbescherming in dat hij zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals ook hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken. Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die andere aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering. De motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag moet ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Alleen dan kan immers in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt (of beroep instelt) tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaantastbaar zijn geworden.

Uit wat hiervoor is overwogen, volgt naar het oordeel van de AbRS (in dezelfde uitspraak) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en diensgevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die

stukken nodig zijn om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd. Vergelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958 (ro. 8 en 9).

Ons kenmerk
C2270980/4799924

Beeoordeling bezwarencommissie

Ad I. De vergewisplicht van uw college

Naar het oordeel van de bezwarencommissie vertoont de gevolgde tenderprocedure (reeds) *in procedurele zin* dermate wezenlijke gebreken, dat de advisering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze is geschied. Dat leidt ertoe dat de adviezen van die Adviescommissie niet aan de primaire besluiten ten grondslag hadden mogen worden gelegd. De bezwarencommissie acht de besluiten van uw college dan ook in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig voorbereid. Gelet op zowel de aard en systematiek van de gevolgde tenderprocedure als de - onbetwiste - onverbreeklijke samenhang tussen de onderlinge subsidiebesluiten, treft dat ook het onderhavige besluit. De in dit advies te signaleren procedurele gebreken staan immers niet op zichzelf, maar zien op de beoordeling van *alle* subsidieaanvragen uit deze tenderronde.

Ad I. De op de za(a)k(en) betrekking hebbende stukken / informatievoorziening

De bezwarencommissie stelt voorop dat zij zich bij de behandeling van de bezwaardossiers in deze tenderverdeelprocedure geconfronteerd weet met erg gebrekkige informatievoorziening van de zijde van uw college. Naarmate de bezwaarprocedure(s) vorderde(n), werden telkens nieuwe op de zaak betrekking hebbende stukken en nieuwe informatie naar voren gebracht. Ten opzichte van de door de bezwarencommissie in deze tenderronde eerder uitgebrachte adviezen van 2 november 2020 (BZW.20.128.001) en 3 december 2020 (BZW.20.126.001) is geen sprake van voortschrijdend inzicht van de zijde van de bezwarencommissie, maar zijn hangende andere in dit kader gevoerde bezwaarprocedures - in het bijzonder vanaf 8 december 2020 - door uw college nieuwe feiten en omstandigheden naar voren gebracht die een ander licht doen werpen op de zorgvuldigheid van de gevolgde tenderprocedure.

Ad I. Het ontbreken van verslaglegging van de adviescommissievergaderingen

De bezwarencommissie constateert dat er één plenaire Adviescommissievergadering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur op 15 april 2020 heeft plaatsgevonden, welke is voorafgegaan door twaalf vergaderingen in kleinere samenstelling door verschillende "deelcommissies". Door de Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn geen vergaderverslagen of notulen ter beschikking gesteld. Desgevraagd heeft uw college bevestigd dat er in het geheel geen verslagen zijn opgemaakt van de deelvergaderingen en de plenaire slotvergadering. De bezwarencommissie stelt dan ook vast dat, in strijd

met artikel 8 van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur, verslagen van de vergaderingen, geaccordeerd door de voorzitter, ontbreken. Volgens de vertegenwoordiging van uw college zijn die verslagen niet opgemaakt vanwege de digitale wijze van vergaderen en de aanwezigheid van de voorzitter bij alle vergaderingen. Het advies zou een weergave zijn van hetgeen in de vergaderingen is besproken. Wat daar verder ook van moge zijn, door het ontbreken van de voorgeschreven verslaglegging wordt op geen enkele wijze inzicht, transparantie en controleerbaarheid verschaft over wat er tijdens de twaalf deelvergaderingen en de dertiende plenaire slotvergadering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur of de "deelcommissies" is besproken. Over welke bevindingen en afwegingen zijn gemaakt en onderling zijn gedeeld en ten aanzien van de onderlinge verhoudingen of eventuele stemmingen over de puntenverdeling, tasten bezwaarmaaksters en de bezwarencommissie nog altijd in het duister. Dat is niet in lijn met wat hiervoor onder 'uitgangspunten - II. Effectieve rechtsbescherming' is vooropgesteld.

Ons kenmerk
C2270980/4799924

Ad 1.a. De zorgvuldigheid van de procedure: samenstelling van de Adviescommissie en deskundigheid van de adviseurs

De bezwarencommissie overweegt dat het voor bezwaarmaaksters en voor de bezwarencommissie onbekend is gebleven wat de samenstelling was van de "deelcommissies" die de initiële adviezen hebben voorbereid en tevens van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur, de adviseur die de initiële adviezen heeft uitgebracht in deze besluitvormingsprocedure. Ook de samenstelling van de "deelcommissies" die de nader adviezen hebben uitgebracht, is niet bekendgemaakt. Artikel 3:8 van de Awb vereist echter dat de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht. Het ontbreken daarvan leidt ertoe dat de totstandkoming van het advies een gebrek vertoont, niet alleen omdat vermelding op zichzelf al een eis van behoorlijkheid is jegens degene tot wie het besluit is gericht, maar tevens omdat dit een rol kan spelen indien over het besluit een geschil mocht ontstaan.

De bezwarencommissie merkt op dat een bezwaarmaker, door het ontbreken van de namen van de betrokken Adviescommissieleden, niet kan controleren welke Adviescommissieleden hebben geadviseerd. Hierbij verwijst de bezwarencommissie naar wat daarover onder "uitgangspunten" is overwogen.

Ad 1.a. De zorgvuldigheid van de procedure: werkwijze adviseurs

Op basis van de stukken staat vast dat de initiële adviezen in deze tenderronde zijn vastgesteld door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur tijdens de slotvergadering van 15 april 2020. Bij die gelegenheid zijn ook de scores van alle adviezen en de uiteindelijke ranking bepaald. Bij gebrek aan verslaglegging van die slotvergadering is echter onbekend welke Adviescommissieleden hebben deelgenomen aan die slotvergadering, welke bevindingen zij onderling hebben gedeeld en tot welke afwegingen en conclusies zij zijn gekomen. Wél staat vast dat de voltallige Adviescommissie heeft geadviseerd. Het laatste leidt ertoe dat door de diverse "deelcommissies" niet is geadviseerd, maar slechts voorbereidend werk is verricht. Het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur voorziet bovendien niet in (de figuur van)

"een deelcommissie", zodat uitgegaan moet worden van advisering door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Ons kenmerk
C2270980/4799924

Tegen deze achtergrond wekt het des te meer bevreemding, dat in een e-mailbericht met het onderwerp "Vorbereidende informatie vergaderingen Adviescommissie BrabantStad Cultuur" van 26 februari 2020 te 9.17uur¹ onder meer te lezen valt:

*"Beste adviseur van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur,
(...)*

Integrale afweging op 15 april (twee dagdelen)

Zoals al ter sprake kwam op 13 februari is het belangrijk dat de hele commissie aan het einde samenkomt om te kunnen reflecteren over het geheel. Dit betekent dat alle aanvragen in te zien zijn, om de adviescommissie in staat te stellen een beeld te kunnen krijgen over alle aanvragen, in alle diversiteit. Het lezen van alle aanvragen is niet nodig, we willen alleen benadrukken dat we enkel verwachten datje 'de eigen aanvragen voor de eigen vergaderdelen' voorbereidt, leest en beoordeelt.

Tijdens de afsluitende vergadering doen we de hele advisering per aanvraag zeker niet overnieuw, maar concentreren we ons op observaties, reflecties en bijzonderheden. We overzien de complete ronde en de adviescommissie kan aangeven wat haar is opgevallen, maar ze kan ook aanbevelingen doen. We buigen ons bijvoorbeeld over de subsidieplafonds en de mogelijke consequenties voor instellingen. Daarnaast is een uitspraak over de betekenis van de instellingen in de provincie Brabant in relatie tot de verschillende gemeenten (lokale inbedding) een belangrijk punt."

Deze gang van zaken acht de bezwarencommissie niet in lijn met de eerdergenoemde uitgangspunten en de heersende jurisprudentie. De adviezen van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn naar het oordeel van de bezwarencommissie niet zorgvuldig tot stand gekomen.

Een daaraan verwant aspect is de signalering dat naar aanleiding van de ingediende gronden van bezwaar, subsidieaanvragen voor nader advies zijn teruggelegd. Die nadere advisering geschiedde echter door een "deelcommissie" en niet door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur, zijnde de adviseur die diende te adviseren en in alle zaken ook het initiële advies heeft uitgebracht.

De - voor bezwaarmaaksters en de bezwarencommissie onbekend gebleven - samenstelling van de "deelcommissie(s)" blijkt echter desgevraagd anders te zijn dan die van de voltallige Adviescommissie die het initiële advies heeft vastgesteld en uitgebracht (en dan de "deelcommissie" die het initiële advies in een betreffende aanvraag heeft voorbereid). Dat acht de bezwarencommissie

¹ Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.128.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

in strijd met het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur en met de te betrachten zorgvuldigheid.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

Ad 1.a.1 Bieden van reële mededingingsruimte

Naar het oordeel van de bezwarencommissie kan de wijze waarop in de onderhavige tenderverdeelpprocedure invulling is gegeven aan de verplichting tot het bieden van reële mededingingsruimte, in het bijzonder het vereiste van een 'passende mate van openbaarheid', de toets der kritiek niet doorstaan. Uw college dient deze openbaarheid te garanderen met betrekking tot - onder meer - de toe te passen criteria. Voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelpprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd. De door de Adviescommissieleden te gebruiken 'Handreiking beoordelingskader' blijkt desgevraagd echter allesbehalve uitputtend en ondubbelzinnig te zijn bedoeld. Mede gezien de standpuntbepaling van uw college hieromtrent dient het (slechts) als 'hulpmiddel' bij de beoordeling van de subsidieaanvraag, het activiteitenplan en andere bijbehorende verplichte bijlagen te worden beschouwd, aldus uw college. Een Adviescommissielid blijkt bij de beoordeling zelfs enige "vrijheid" toe te komen, aldus uw college, waardoor bepaalde beoordelingsaspecten mogelijk minder gewicht krijgen dan andere aspecten. De bezwarencommissie is van oordeel dat deze werkwijze geen pas geeft in het licht van de verplichting tot het bieden van een passende mate van openbaarheid. Op deze wijze wordt het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen aan alle subsidieaanvragers, niet geborgd.

Ad 1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

De bezwarencommissie ziet zich, gelet op een brief² namens uw college gedateerd 7 december 2020 (door de bezwarencommissie ontvangen op 8 december 2020), met kenmerk C2270334/4802566, voor de vraag geplaatst of uw college, gelet op artikel 2:4, tweede lid, van de Awb en artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur, het advies van de Adviescommissie BrabantStad cultuur aan het primaire besluit ten grondslag heeft mogen leggen en of derhalve het primaire besluit zorgvuldig is voorbereid. Op basis van de stukken en het verhandelde ter hoorzitting beantwoordt de bezwarencommissie die vraag ontkennend.

De bezwarencommissie stelt daartoe allereerst vast dat de beoordeling en de rangschikking van de aanvragen is uitgevoerd door de Adviescommissie BrabantStad cultuur. De Adviescommissie BrabantStad cultuur hanteert een eigen Reglement ten behoeve van de transparantie bij het bepalen van de rangschikking van de aanvragen.

² Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.129.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

Op basis van de door uw college overgelegde brief van 7 december 2020 en het verhandelde ter hoorzitting is vast komen te staan dat het in die brief aangeduide Adviescommissielid (in)directe betrokkenheid heeft bij een cultuurstelling waarvoor in de voorliggende tenderprocedure ook subsidie is aangevraagd (en uiteindelijk is gehonoreerd). Dit Adviescommissielid heeft een persoonlijke (familie)band met (een) aan die cultuurstelling verbonden perso(o)n(en). Tevens acht uw college het niet uitgesloten, zonder dat het dit in bezwaar volledig heeft opgehelderd, dat dit lid zich tevens in een zakelijk verband verhoudt tot de cultuurstelling en/of de daaraan gelieerde perso(o)n(en).

Ons kenmerk
C2270980/4799924

Vast is komen te staan dat het betreffende Adviescommissielid in de plenaire slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen aan de (eind)advisering en (eind)beoordeling over die aanvraag en de overige concurrerende aanvragen, waaronder de aanvraag van bezwaarmaakster(s). Dat het Adviescommissielid niet in alle zaken via deelcommissies betrokken is geweest bij de deelvergaderingen waarin adviezen (en nadere adviezen naar aanleiding van bezwaren) van aanvragers zijn besproken, doet niet ter zake, omdat de uiteindelijke (eind)advisering en (eind)beoordeling in de slotvergadering met de voltallige Adviescommissie is geschied. Bij gebrek aan verslaglegging van de deelvergaderingen en de slotvergadering is het voor de bezwarencommissie tot op heden onduidelijk, behoudens in één bezwaarzaak, bij welke aanvragen welke leden uit de "deelcommissies" zijn betrokken.

De bezwarencommissie stelt, gelet op het voorgaande, vast dat het advies van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met artikel 7, vierde lid, van het Reglement. Ondanks (in)directe betrokkenheid bij een cultuurstelling waarvoor ook subsidie is aangevraagd, heeft het Adviescommissielid deelgenomen aan de voorbereiding en vaststelling van de eerstgenoemde ('eigen') aanvraag en van alle overige aanvragen van concurrerende instellingen.

Dat is een dermate wezenlijk, niet te herstellen gebrek, dat dat het juridische fundament onder de gevolgde procedure uit slaat. Reeds hierom zijn de adviezen van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op zorgvuldige wijze tot stand gekomen en had uw college deze niet ten grondslag mogen leggen aan het besluit.

De bezwarencommissie overweegt dat voor de beoordeling en advisering in een tenderverdeelpprocedure zoals door verweerder is ingevuld, geldt dat in beginsel ieder Adviescommissielid van de Adviescommissie BrabantStad cultuur dat bij *enige* subsidieaanvraag (in)directe betrokkenheid heeft, niet mag adviseren. Anders zou dit lid namelijk kunnen bevorderen of beïnvloeden dat bepaalde aanvragen minder punten toebedeeld krijgen op de toepasselijke subsidiecriteria dan de 'eigen' aanvraag, waardoor de kans op subsidie voor laatstbedoelde subsidieaanvraag toeneemt. Ten aanzien van het betreffende

Adviescommissielid bestaat naar het oordeel van de bezwarencommissie in ieder geval een schijn van belangenverstrengeling, nu dit lid de besluitvorming ten aanzien van de aanvraag waarbij het lid (in)direct betrokken was, door diens oordeel en advies over alle aanvragen, waaronder de overige concurrerende aanvragen, (in)direct zou kunnen beïnvloeden.

Ons kenmerk
C2270980/4799924

Alles overziende betekent het voorgaande dat de advisering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, zodat het advies niet aan het primaire besluit ten grondslag gelegd had mogen worden. Het vorenstaande brengt tevens mee dat het besluit van uw college in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig is voorbereid.

Reeds daarom dienen bij de te nemen beslissing op bezwaar de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen. De bezwarencommissie vindt mede steun voor het voorgaande in de uitspraak van het Cbb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155 en van de Rechtbank Amsterdam van 10 juni 2011, ECLI:RBAMS:2011:BQ9859.

Voorts dient uw college bij de te nemen beslissing op bezwaar mede te betrekken dat nog altijd onduidelijk is, en daarmee boven de markt blijft hangen, of wat zojuist is overwogen wellicht ook heeft te gelden voor andere leden van de Adviescommissie BrabantStad cultuur. Daartoe bestaan aanknopingspunten, zoals mede aangestipt in het initiële advies van de bezwarencommissie van 2 november 2020 inzake BZW.20.128.001. Met de door uw college overgelegde stukken, of liever bij gebreke daaraan, is niet inzichtelijk gemaakt of ten aanzien van dat Adviescommissielid ook strijd ontstaat met artikel 2:4 van de Awb en het Reglement Adviescommissie Brabantstad cultuur. Dat kan de bezwarencommissie echter niet beoordelen. Relevant kan dat niettemin wel zijn, omdat óók het (mede)adviseren door een Adviescommissielid dat zich ten aanzien van één aanvraag zou hebben verschoond in een (voorbereidende) deelcommissievergadering, terwijl dat lid wel in volle omvang aan de slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen en dientengevolge ook – bij gebreke aan een inzichtelijke tegenargumentatie – over die aanvraag heeft geadviseerd, in het licht van artikel 2:4 van de Awb zou stuiten op een wezenlijk gebrek. In lijn met de artikelen 3:46 Awb en 7:12 van de Awb dient dat deugdelijk te worden gemotiveerd in de te nemen beslissing op bezwaar. Ten aanzien van het Adviescommissielid (BZW.20.141.001) dat zich – naar onweersproken is gebleven – vanwege zijn ongenoegen over de werkwijze van de Adviescommissie vanaf medio maart 2020 zou hebben teruggetrokken en in het geheel geen deel (meer) zou hebben genomen aan de Adviescommissie, ziet de bezwarencommissie geen aanleiding om aan die stellingname van uw college te twijfelen, hoewel diens vertrek niet vaststaat. Dat is op geen enkele

wijze door uw college inzichtelijk gemaakt. Mede gelet op de processtukken verdient ook dat onderdeel een verhelderende, deugdelijke motivering.

Ons kenmerk
C2270980/4799924

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming: geen inzage in hoger geëindigde aanvragen

De bezwarencommissie heeft ambtshalve kennisgenomen van het feit dat de tekst van alle initiële adviezen integraal te vinden is op de website Brabant.nl. De bezwarencommissie staat daar positief tegenover, maar merkt wel op dat dit bestand niet de nadere adviezen bevat, nog los van wat daaromtrent hiervoor overwogen is. Ook is dit bestand pas op 23 november 2020 op de website geplaatst, ruim nadat de eerste bezwaarprocedures waren gestart. Die op de site gepubliceerde initiële adviezen maken geen onderdeel uit van de processtukken.

In deze tenderverdeelprocedure is aan bezwaarmaakster geen inzage geboden in de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en zijn evenmin stukken ter inzage gelegd om de beoordelingen van de Adviescommissie van de hoger (dan bezwaarmaakster) in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren.

Voorts zijn op 23 november 2020 uitsluitend de gehonoreerde aanvragen gepubliceerd. Voor zover via de website over die gehonoreerde aanvragen inzage is geboden, merkt de bezwarencommissie op dat dat niet het geval is voor alle hoger dan bezwaarmaakster in de rangorde geëindigde aanvragen. De aanvragen onder de zaaglijn, maar hoger geëindigd dan de aanvraag van bezwaarmaakster, zijn niet gepubliceerd. Bezien vanuit het vereiste van adequate, effectieve rechtsbescherming volstaat in dit concrete geval een werkwijze zoals hiervoor weergegeven, niet. Vergelijk de Holland Opera-uitspraak.

Slotsum

Gelet op al op hetgeen hiervoor is overwogen, concludeert de bezwarencommissie dat de door de adviseurs gevolgde procedure van advisering en de totstandkoming van het advies zodanige ernstige en wezenlijke gebreken vertonen en niet op voldoende zorgvuldig is geschied, dat uw college - reeds op procedurele gronden - niet van het advies mocht uitgaan en het aan de primaire besluit ten grondslag mocht leggen. Niet kan worden gesteld dat uw college voldaan heeft aan de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan het in artikel 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsvereiste en de in artikel 3:46 van de Awb neergelegde motiveringsverplichting.

Bij de te nemen beslissing op bezwaar dienen de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen.

Gelet hierop behoeven de resterende gronden van bezwaar – die zich vooral richten op de deugdelijkheid van de inhoud van het advies – geen verdere bespreking. Vanwege de aard en inhoud van dit advies laat de bezwarencommissie dat dan ook onbesproken.

Ons kenmerk
C2270980/4799924

Voor de goede orde overweegt de bezwarencommissie nog het volgende. Dat vanwege geconstateerde gebreken in de gevolgde tenderprocedure sprake is van schending van de vergewisplicht en strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, brengt niet automatisch met zich dat bezwaarmaakster(s) daardoor zonder meer in aanmerking komt voor subsidie. Het voorgaande zegt immers uitsluitend iets over de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure. Het is aan uw college hoe in het vervolg van de bezwaarprocedure om te gaan met de geconstateerde gebreken.

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij uw college om bij uw beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond te verklaren, en
- het bestreden besluit te herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit op de aanvraag te nemen, met inachtneming van dit advies.

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor bezwaarschriften en klachten,
namens deze,



voorzitter



secretaris

Bijlage: wettelijk kader

Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (Provinciaal blad 2020, nr. 6566, februari 2020)

Artikel 7 van het Reglement luidt:

- 1. Elk lid van de commissie heeft een stem.*
- 2. De commissie komt tot een advies op basis van meerderheid van stemmen.*
- 3. De leden dienen zich bij hun oordeel over een aanvraag te baseren op de door de aanvrager en Gedeputeerde Staten verstrekte gegevens en onthouden zich van contact met de aanvragers. Indien contact met aanvragers noodzakelijk is, is de secretaris daarvoor verantwoordelijk.*
- 4. Een lid onthoudt zich van deelname aan de besprekingen en stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag blijken dat er van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een commissielid sprake zou kunnen zijn, dan kan het betreffende lid niet adviseren.*
- 5. Gedeputeerde Staten dragen er zorg voor dat de commissie van relevante achtergrondinformatie wordt voorzien bij de aanvragen.*
- 6. De commissie brengt uiterlijk binnen 17 weken na sluiting van de tenderperiode, genoemd in artikel 1.9 van de subsidieregeling, een gemotiveerd advies uit aan het college over alle subsidieaanvragen.*

Artikel 8, eerste en tweede lid, van het Reglement luidt:

- 1. De secretaris draagt zorg voor het verslag van de vergadering en stelt het advies van de adviescommissie op schrift.*
- 2. Verslagen worden geaccordeerd door de voorzitter.*

Artikel 9, eerste lid, van het Reglement luidt:

- 1. De leden van de commissie adviseren onafhankelijk en zonder last of ruggenspraak.*

Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant

Artikel 1.4 van de Subsidieregeling ("Subsidiabele activiteiten") luidt, voor zover van belang:

Subsidie kan worden verstrekt voor:

- a. (...)*
- b. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten.*

Artikel 1.9 van de Subsidieregeling ("Vereisten subsidieaanvraag") luidt, voor zover van belang:

Subsidieaanvragen worden ingediend binnen de tenderperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020

Artikel 1.10 van de Subsidieregeling ("Subsidieplafond") luidt, voor zover van belang:

Ons kenmerk

C2270980/4799924

Gedeputeerde Staten stellen het subsidieplafond voor subsidies als bedoeld in artikel 1.4, voor de periode, genoemd in artikel 1.9, vast op een totaal van € 23.390.800, waarvan:

a. (...)

(...)

k. € 11.126.835 voor activiteiten als bedoeld in artikel 1.4, onder b.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

Artikel 1.6 van de Subsidieregeling ("Subsidievereisten") luidt, voor zover van belang:

1. Om voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 in aanmerking te komen, wordt voldaan aan de volgende vereisten:

a. de activiteiten worden in belangrijke mate uitgevoerd in de provincie Noord-Brabant;

b. de subsidieaanvrager is op het gebied van professionele kunsten een:

1°. ontwikkelinstelling;

2°. producerende instelling; of

3°. presentatie-instelling;

c. de activiteiten zijn gericht op professionele kunsten binnen een van de volgende functies:

1°. (...)

11°. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten;

d. de subsidieaanvrager is een instelling met:

1°. hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht;

2°. hoge zakelijke kwaliteit, blijkend uit de bedrijfsvoering en de inhoudelijke haalbaarheid van de activiteiten;

3°. ten minste een bovenlokale functie;

4°. een missie en visie op haar rol in de Brabantse culturele infrastructuur;

e. de subsidieaanvrager verklaart dat hij de volgende codes onderschrijft:

1°. Governance Code Cultuur;

2°. Fair Practice Code;

3°. Code Diversiteit & Inclusie;

f. de activiteiten zijn gericht op publiekswerking of een specifieke doelgroep en monitoring daarvan, blijkend uit een communicatiestrategie;

g. de activiteiten worden uitgevoerd in de periode 2021 tot en met 2024;

h. de subsidieaanvrager overlegt een activiteitenplan overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model activiteitenplan;

i. de subsidieaanvrager overlegt een meerjarenbegroting overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model meerjarenbegroting.

2. (...)

3. Indien de subsidieaanvraag gericht is een activiteit als bedoeld in artikel 1.4, onder b, wordt in aanvulling op het eerste lid voldaan aan het vereiste dat de subsidieaanvrager een aanvraag voor cofinanciering in de vorm van subsidie heeft ingediend of gaat indienen bij een andere overheid, blijkend uit de begroting.

Artikel 1.12, eerste lid, van de Subsidieregeling ("Verdeelcriteria") luidt, voor zover van belang:

Ons kenmerk

C2270980/4799924

1. Indien de binnen de tenderperiode ingediende volledige subsidieaanvragen de vastgestelde subsidieplafonds, genoemd in artikel 1.10, te boven gaan, maken Gedeputeerde Staten voor het bepalen van de onderlinge rangschikking voor de verdeling van de subsidie, een afweging tussen de verschillende volledige aanvragen op basis van de volgende criteria:

- a. de mate waarin de activiteiten een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit hebben, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- b. de mate waarin de activiteiten hoge zakelijke kwaliteit hebben, wat betreft omgevingsbewustzijn en ondernemerschap, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- c. de mate waarin de activiteiten publiekswerking hebben of gericht zijn op een specifieke doelgroep, wat betreft binding met het bestaande publiek of de doelgroep en inspanningen voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of de doelgroep, te waarderen met maximaal 100 punten;*
- d. de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in de provincie Noord-Brabant en bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod, te waarderen met maximaal 100 punten.*

Artikel 1.13, van de Subsidieregeling ("Externe adviescommissie") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten leggen aanvragen voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 voor advies over de artikelen 1.6 en 1.12 voor aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Toelichting op de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1 (Provinciaal blad 2019, nr. 779729, november 2019):

Artikel 1.6 Subsidievereisten

(...)

Onderdeel d, onder 1° Hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit

Met een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat er sprake moet zijn van een visie, een beeld van de artistiek-inhoudelijke ontwikkelingen die de organisatie beoogt op langere termijn, in relatie tot de positie die de organisatie inneemt in de sector en de discipline op lokaal, regionaal of nationaal niveau. Gedeputeerde Staten denken bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit ook aan oorspronkelijkheid, die zich vertaalt in onderscheidende activiteiten en zich onderscheidt van andere makers in de stad, regio of het land. Ook is bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit belangrijk dat de activiteiten met vakmanschap worden uitgevoerd. Het gevolgd hebben van een vakopleiding is daarbij niet doorslaggevend, het gaat om de vaardigheid waarmee de activiteiten tot stand komen en worden uitgevoerd. Tenslotte beoordelen Gedeputeerde Staten bij dit vereiste of de

activiteiten zeggingskracht hebben en het publiek of beoogde publiek zullen aanspreken. De subsidieaanvrager dient dan ook blijk te geven van kennis van het publiek dat men er mee hoopt te bereiken.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

*Onderdeel d, onder 2 ° en onderdeel e Hoge zakelijke kwaliteit en codes
Met hoge zakelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat de organisatie een gezonde bedrijfsvoering dient te hebben, die voldoende vertrouwen geeft om de voorgenomen activiteiten inhoudelijk te realiseren en het beoogde publiek te bereiken. Van belang daarbij is dat er sprake is van een realistische mix van inkomstenbronnen, inclusief een visie op het omgaan met risico's en dat het ondernemerschap wordt ingevuld qua marketing- en communicatiestrategie. Ook de Governance Code Cultuur, de Fair Practice Code en de Code Culturele Diversiteit in onderdeel e, zeggen iets over de zakelijke kwaliteit van een organisatie. Derhalve dient een subsidieaanvrager in zijn aanvraag te verklaren dat hij die codes onderschrijft en hebben Gedeputeerde Staten het toepassen van de codes in de uitvoeringsperiode 2021 tot en met 2024 als verplichting opgelegd.*

*Onderdeel d, onder 3 ° Bovenlokale functie
Gedeputeerde Staten letten bij dit vereiste op het regionale of landelijke belang van de organisatie. Daarbij wordt getoetst of de organisatie invulling geeft aan de verbinding met de samenleving en of de organisatie bijdraagt aan een samenhangend cultuuraanbod. Ook wordt gezien of en op welke wijze de organisatie en de activiteiten in de periode 2021-2024 zich verhouden tot gemeente en regio en of de organisatie bijdraagt aan spreiding van het cultuuraanbod.*

*Onderdeel d, onder 4 ° Missie en visie
Bij dit vereiste letten Gedeputeerde Staten erop of de subsidieaanvrager een helder en realistisch beeld geeft van de rol die hij vervult binnen de Brabantse culturele infrastructuur. Daarin is zowel samenwerking met andere partijen belangrijk als een te onderscheiden profilering.*

Onderdeel f Publiekswerking

Bij dit vereiste beoordelen Gedeputeerde Staten met name op of de organisatie, naast het blijven bedienen en verbinden van het bestaande publiek, ook een visie heeft om aanbod en publiek bij elkaar te brengen en te investeren in duurzame opbouw van publiek met het oog op de toekomst, bijvoorbeeld door het verlagen van drempels voor doelgroepen die niet eerder bereikt werden, door aan te sluiten op zaken die in de (lokale) maatschappij spelen of door zich te verbinden met bredere doelgroepen dan alleen het bestaande publiek. De visie op de publiekswerking en de monitoring daarvan dienen te blijken uit een communicatiestrategie.

(...)

*Artikel 1.12 Verdeelcriteria tender
Eerste lid Tender*

In dit artikel zijn de verdeelcriteria en een puntentoedeling vastgelegd, aan de hand waarvan de subsidieaanvragen worden beoordeeld en gerangschikt. Gedeputeerde Staten hebben in deze regeling voor een tenderprocedure gekozen, omdat ze de kwaliteit van de aanvrager, de aanvraag en de uit te voeren activiteiten relevant vinden voor de realisering van de doelstelling van deze subsidieregeling. Bij een tendersysteem moeten aanvragen binnen een bepaalde periode worden ingediend. De bedragen van de subsidieaanvragen die binnen de tenderperiode zijn ingediend en voldoen aan alle vereisten worden vervolgens bij elkaar opgeteld. Indien het totaal van die subsidieaanvragen het subsidieplafond van de tenderperiode niet overschrijdt, komen alle subsidieaanvragen voor subsidie in aanmerking. Indien er echter meer aanvragen binnenkomen dan gehonoreerd kunnen worden en het beschikbare subsidieplafond wel wordt overschreden, vindt een onderlinge vergelijking van alle aanvragen op een aantal verdeelcriteria plaats.

Ons kenmerk

C2270980/4799924

Onder a tot en met d Algemeen

De vereisten uit artikel 1.6, onderdeel d, onder 1, 2, 3, 4 en onderdeel f, vormen in dit artikel de basis voor de verdelingscriteria. Daarbij geldt dezelfde inhoudelijke toelichting als reeds in artikel 1.6 is gegeven bij de desbetreffende vereisten, alleen worden in dit artikel op basis van de verdeelcriteria punten gegeven voor de mate waarin een subsidieaanvraag aan de criteria onder a tot en met d voldoet. In aanvulling op de vereisten in artikel 1.6, leggen Gedeputeerde Staten in dit artikel nog de volgende aanvullende accenten.

Onder b Hoge zakelijke kwaliteit

Bij onderdeel b letten Gedeputeerde Staten met name op de mate waarin de subsidieaanvrager in zijn activiteitenplan blijkt geeft van omgevingsbewustzijn en hoe professioneel hij het ondernemerschap invult. Gedeputeerde Staten laten bij de hoge zakelijke kwaliteit ook meewegen de mate waarin het bestuur en toezicht op orde zijn conform de Governance Code Cultuur, de mate waarin de organisatie invulling geeft aan de Fair Practice Code inzake werkgeverschap en de mate waarin de Code Culturele Diversiteit wordt ingevuld en of er onderdelen zijn van de drie bovengenoemde codes die niet worden toegepast en om welke reden.

Onder c Publiekswerking of specifieke doelgroep

Bij onderdeel c is met name de mate waarin de activiteiten leiden tot binding met het bestaande publiek of de doelgroep en de mate waarin de subsidieaanvrager zich inspant voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of doelgroep van belang.

Onder d Evenwichtige culturele infrastructuur

Bij onderdeel d laten Gedeputeerde Staten de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in Brabant en de mate waarin de activiteiten bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod (dus hoe hoog het

*publieksbereik in de eigen vestigingsplaats, regio, landelijk of internationaal is)
zwaar meewegen.*

Ons kenmerk
C2270980/4799924

Hoor- en adviescommissie

Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant
Postbus 90151
5200 MC 'S-HERTOGENBOSCH

Brabantlaan 1
Postbus 90151
5200 MC 's-Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 28 12
Fax (073) 680 76 80
www.brabant.nl
IBAN NL86INGB0674560043

Bereikbaarheid
openbaar vervoer en fiets:
www.brabant.nl/route

Onderwerp

Advies inzake het bezwaar tegen het besluit van 19 juni 2020 tot weigering van de gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024

Datum

24 december 2020

Zaaknummer

BZW.20.141.001

Geacht college,

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Uw kenmerk

C2271622

Contact

[REDACTED]

Telefoon

[REDACTED]

Email

bezwaar@brabant.nl

Bijlage(n)

Verslag hoorzitting

Bijlage 1

Bijlage 2

De hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften en klachten Noord-Brabant (hierna telkens: de bezwarencommissie) deelt u het volgende mee.

Tegen uw besluit van 19 juni 2020 met kenmerk C2258585/4656618, tot weigering van de door de Afslag Eindhoven gevraagde subsidie in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, professionele kunsten 2021-2024, is een bezwaarschrift ingediend door:

- P. l'Herminez en J. Gielen namens Afslag Eindhoven, Postbus 6109, 5600 HC te Eindhoven (hierna: bezwaarmaakster).

Nadere stukken

Partijen hebben overeenkomstig artikel 7:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de gelegenheid gehad om nadere stukken in te dienen. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt. Bezwaarmaakster heeft op 3 augustus 2020 het bezwaar aangevuld door overlegging van het advies van de cultuurraad en de subsidieverleningsbeschikking door Fonds Podiumkunsten. Uw college heeft op 23 november 2020 een verweerschrift ingediend.

Hoorzitting

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten tijdens de op 14 december 2020 gehouden online hoorzitting. Hiervan is gebruik gemaakt namens bezwaarmaakster en door een vertegenwoordiging van uw college. Van hetgeen aan de orde is geweest op de hoorzitting is een verslag gemaakt dat u ook in de bijlage aantreft.

Ontvankelijkheid

Uw besluit is op 19 juni 2020 bekendgemaakt door toezending aan belanghebbende(n). Op grond van de artikelen 6:7 en 6:8 van de Awb kon een bezwaarschrift uiterlijk op 31 juli 2020 worden ingediend. Het bezwaarschrift is binnen de gestelde termijn ingediend en voldoet ook verder aan alle gestelde ontvankelijkheidseisen.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Procesverloop

Op 29 januari 2020 heeft bezwaarmaakster een aanvraag om subsidie ingediend voor de activiteiten in 2021-2024 in het kader van de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1, Professionele kunsten 2021-2024 (hierna te noemen: de Subsidieregeling).

De aanvraag is ingediend voor 'overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten'. In artikel 1.10 van de Subsidieregeling is het subsidieplafond voor de aanvraagperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020 vastgesteld op € 11.126.835.

De aanvraag is krachtens artikel 1.13 van de Subsidieregeling ter advisering over artikel 1.6 en artikel 1.12 voorgelegd aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna telkens te noemen: de Adviescommissie).

De Adviescommissie is ingesteld om deskundigheid, kennis en objectiviteit te borgen. De Adviescommissie bestaat uit vijftien leden en een voorzitter die samen beschikken over een brede kennis en kundigheid over het culturele veld in Noord-Brabant en daarbuiten.

De Adviescommissie heeft alle aanvragen beoordeeld en van een advies voorzien. Op basis van de verdeelcriteria uit artikel 1.12 van de Subsidieregeling zijn punten toegekend waardoor een rangschikking van de aanvragen tot stand is gekomen. De Adviescommissie heeft haar advies, inclusief de bijbehorende beoordeling, toegezonden aan uw college.

Uw college heeft besloten de adviezen en de hieruit voortvloeiende rangschikking van de Adviescommissie ten aanzien van de subsidieaanvragen over te nemen. Het beschikbare subsidiebudget is in de volgorde van de rangschikking verdeeld over de aanvragen die volledig gehonoreerd konden worden. Dat waren de aanvragen met totaalscores van 278 punten en hoger, waarmee het subsidieplafond werd bereikt.

In het bestreden besluit van 19 juni 2020 is de aanvraag, met toepassing van de vergewisplicht als bedoeld in de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie waarin aan de aanvraag een totaalscore van 265 punten is toegekend, geweigerd. De grondslag van het besluit berust op artikel 4:25, tweede lid, van de Awb, aangezien het subsidieplafond van de Subsidieregeling reeds was bereikt.

Tegen dit besluit is het onderhavige bezwaar ingediend.

Naar aanleiding van het bezwaar heeft de Adviescommissie op verzoek van uw college op 5 oktober 2020 een nader advies uitgebracht. In het nader advies is de score met betrekking tot publiekswerking bijgesteld van 60 naar 63 punten, waardoor een totaalscore van 268 punten ontstaat.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Gronden van bezwaar

Bezwaarmaakster brengt, zakelijk samengevat, het volgende naar voren.

1. In het advies worden criteria meegenomen die niet gevraagd zijn en op enkele onderdelen ook feitelijk onjuist. Soortgelijke kwalitatieve beoordelingen leiden tot zeer uiteenlopende scores en daarmee ranking.
2. De zakelijke beoordelingen van Matzer en Afslag Eindhoven is vergeleken en uit deze vergelijking blijkt dat de score van bezwaarmaakster onterecht veel lager is. De beoordeling van het criterium 'zakelijke kwaliteit' leidt bij Matzer tot een score van 85 punten en bij bezwaarmaakster tot 60 punten.
3. Bezwaarmaakster plaatst kanttekeningen bij het advies over het verdeelcriterium "Artistieke kwaliteit".
 - a. Dat concepten visionair moeten zijn is geen criterium dat gevraagd wordt.
 - b. Het vertrouwen in het artistiek vakmanschap blijkt uit de landelijke erkenning door Fonds Podiumkunsten, winnen van cultuurprijs Eindhoven, hoge beoordeling door de Cultuurrad van Eindhoven.
 - c. Dat de thema's ook door anderen worden behandeld en bepaalde thema's terugkomen geeft juist aan dat kunstenaars goed zijn aangehaakt op maatschappelijke ontwikkelingen en urgentie.
 - d. Terugblik op eerdere jaren is geen criterium dat gevraagd is. Er is een subsidierelatie met de provincie sinds 2013 en er wordt jaarlijks verantwoord. Oorspronkelijkheid, zeggingskracht en onderscheidend vermogen blijkt voldoende uit de voorstellingen.
4. Bezwaarmaakster plaatst kanttekeningen bij het advies over het verdeelcriterium "Zakelijke kwaliteit".
 - a. Samenstelling van de financieringsmix is geen criterium. Sterker nog; de minimumeis 'te behalen eigen inkomsten' is komen te vervallen.
 - b. Er zijn aanvragers die meer subsidie aanvragen bij FPK en waar dit niet wordt benoemd als kwetsbaar. Ook de afgelopen 4 jaar wordt er meerjarensubsidie ontvangen van het FPK.
 - c. Landelijk structureel gesubsidieerde gezelschappen maken verminderd kans op private fondsen. Het getuigt van realisme om beperkt private fondsinkomsten te boeken.
 - d. De voortgangsrapportages richting provincie sedert 2013 tonen aan dat er een gezonde zakelijke bedrijfsvoering is om de

voorgenomen activiteiten te realiseren en het beoogde publiek te bereiken. Daarmee wordt voldaan aan de gegeven omschrijving van zakelijke kwaliteit. De zakelijk leider is bij uitstek geschikt om professioneel invulling te geven aan ondernemerschap.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

- e. Belangrijkste eis in de regeling is dat toepassing wordt gegeven aan de drie codes en dat die worden onderschreven. Dat de uitwerking beter kan doet niets af aan het feit dat wij die toepassen en zelfs al grotendeels toepassen.
5. Bezwaarmaakster plaatst kanttekeningen bij het advies over het verdeelcriterium "Publiekswerking";
 - a. Dit onderdeel van de advisering gaat niet over het door de Adviescommissie gehanteerde criterium publieksaantallen, maar hoort te gaan over hetgeen daarover staat beschreven in de handreiking.
 - b. Onderdeel marketing en publiciteit beschrijft in detail hoe we bestaand publiek behouden, nieuw publiek bereiken, welk nieuw publiek en waarom. Bezwaarmaakster gaat in op monitoring en geeft de visie op publiekswerking. Beschrijving van publieksgroepen per voorstelling is uitvoerig gegeven.
 - c. De Adviescommissie leidt ten onrechte hieruit af dat de marketingstrategie van de coproductiepartners afhangt.
 - d. De passages in het advies over bezoekersaantallen is aantoonbaar incorrect. Gemiddeld aantal bezoekers per jaar bedraagt 4630.
 - e. 55% komt inderdaad naar de seizoensopening in het Parktheater omdat er een grote achterban in en rond Eindhoven is opgebouwd.
6. Bezwaarmaakster plaatst kanttekeningen bij het advies over het verdeelcriterium "bijdrage Brabantse culturele infrastructuur";
 - a. De opmerking over het ontbreken van een partnerschap met Festival Boulevard wekt verbazing. Het niet spelen op dit festival is een keuze van Festival Boulevard en ligt niet aan bezwaarmaakster.
 - b. Door de aanvraag voor subsidie bij FPK moet aan een zekere mate van spreiding worden voldaan. Als landelijk gezelschap moet er voor speelbeurten breder in het land worden gekeken.
 - c. Er worden geen punten van kritiek genoemd door de Adviescommissie en ze benoemt geen vragen die de aanvraag evt. zou oproepen.
7. De aanvraag is aantoonbaar te laag ingeschat.

Wettelijk kader

Het wettelijk kader wordt gevormd door de Awb, de Subsidieregeling en het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (hierna: Reglement Adviescommissie). De relevante bepalingen zijn opgenomen in de bijlage bij dit advies.

Leeswijzer

Voorafgaand aan de beoordeling stelt de bezwarencommissie eerst een aantal uitgangspunten voorop. Die uitgangspunten hebben achtereenvolgens betrekking op:

- de aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag
- I. De vergewisplicht van uw college
- I.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure
- I.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieplichting
- I.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling
- I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies
- II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Uitgangspunten voor de beoordeling

Aard van de tenderverdeelpcedure en het aanvullen van een aanvraag

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een subsidieaanvrager om ervoor zorg te dragen dat bij de aanvraag alle informatie wordt gevoegd die voor de beslissing op de aanvraag nodig is. Uit de aard van een tenderverdeelpcedure vloeit echter voort dat alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens vóór de sluiting van de aanvraagtermijn moeten zijn overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van ná de sluiting van de aanvraagtermijn in een tenderverdeelpcedure zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tendersysteem centraal staan. Later aangeleverde informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van een binnen de aanvraagtermijn ingediende aanvraag, kan daarom niet worden meegenomen bij een herbeoordeling van die aanvraag. Vergelijk de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:740 en van 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:408.

I. De vergewisplicht van uw college

De bezwarencommissie stelt voorop dat uw college bij het verlenen van subsidie op grond van de Subsidieregeling en bij de invulling van de daarin neergelegde vereisten beleidsruimte toekomt. Uw college heeft beoordelingsruimte bij de waardering van de aanvragen. De bezwarencommissie ziet zich voor de beantwoording van de vraag geplaatst of uw college in redelijkheid tot het besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag heeft kunnen komen. Daarbij dient te worden betrokken de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure en de inzichtelijkheid, transparantie en deugdelijkheid van de motivering van het besluit, met inbegrip van het daaraan ten grondslag liggende advies van uw Adviescommissie. Het toepasselijke wettelijke kader wordt gevormd door de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb. Vooropgesteld moet worden dat uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb volgt dat een bestuursorgaan dat gebruik maakt van een

adviescommissie zich ervan dient te vergewissen dat het door de adviescommissie verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

Deze vergewisplicht is tweeledig:

- a) de door de adviseurs gevolgde procedure moet zorgvuldig zijn geweest en
- b) het advies moet inhoudelijk toereikend zijn onderbouwd.

Alleen dan kan het advies dienen ter motivering van het besluit en kan het bestuursorgaan in het besluit volstaan met een verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. Voorts volgt uit artikel 3:8 van de Awb dat in of bij het besluit de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

1.a. De zorgvuldigheid van de door de Adviescommissie gevolgde procedure

Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt dat, indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag hebben gelegen en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een aanvraag van dat advies mag uitgaan. Dat uitgangspunt geldt niet als er concrete aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die zorgen voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies, aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming ervan, aan de samenstelling en werkwijze van de ingeschakelde adviescommissie of de hoedanigheid van de adviseurs, aan de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of aan het aansluiten van de conclusies daarop. Vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:100 en de uitspraak van de AbRS van 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3876.

In dat geval mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Vergelijk ook de uitspraken van de AbRS van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2388 en AbRS van 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2227.

1.a.1 Reële mededingingsruimte en transparantieverplichting

De bezwarencommissie wijst erop dat zich in de rechtspraak over de verdeling van schaarse publieke rechten, waaronder subsidiemiddelen, een rechtsontwikkeling heeft voorgedaan met betrekking tot de zogeheten mededingingsnorm. In de uitspraken van de AbRS van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) en van 11 juli 2018 (Geobox /GS Noord-Brabant, ECLI:NL:RVS:2018:2310) heeft de hoogste bestuursrechter geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door het bestuur aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze 'reële mededingingsruimte' wordt geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Expliciet is daarbij geoordeeld dat de rechtsnorm óók van toepassing

is bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen in een tenderprocedure, zoals hier aan de orde. Om 'reële mededingingsruimte' te waarborgen, geldt een zogeheten transparantieplichting. Dat betekent dat het betreffende bestuursorgaan een '*passende mate van openbaarheid*' moet garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip, de indieningsvereisten en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan (tijdig) kennis kunnen nemen. Bij aanvang van de subsidieverdeelprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelprocedure kan aan deze regels niet meer worden getornd.

Ons kenmerk
C2271620/ 4803208

1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

Om de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure te waarborgen, dient de samenstelling en werkwijze van een adviescommissie zodanig te zijn dat strijd met artikel 2:4 van de Awb wordt voorkomen. Ingevolge artikel 2:4, tweede lid, van de Awb, waakt een bestuursorgaan ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Deze wettelijke verplichting geldt evenzeer voor de adviseur(s) waarvan het bestuursorgaan gebruik maakt. De verplichting kan nader worden ingevuld door een reglement, waarin artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur voorziet. Ingevolge artikel 7, vierde lid, onthoudt een Adviescommissielid zich van deelname aan de besprekingen en de stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag sprake kunnen zijn van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een adviescommissielid, dan kan het betreffende lid niet adviseren.

Een tenderverdeelsysteem brengt namelijk met zich dat een adviescommissielid dat daarbij belang heeft, door middel van een negatieve beoordeling van de kwaliteit van een aanvraag, kan bevorderen dat minder aanvragen voldoen aan het kwaliteitscriterium, waardoor er een kleiner beslag wordt gelegd op het beschikbare subsidiebudget en de kans op subsidie voor de positief beoordeelde aanvragers toeneemt. Indien het subsidiebudget ontoereikend is om alle aanvragen te kunnen honoreren, heeft een adviescommissielid met (in)directe betrokkenheid bij een aanvraag in dezelfde subsidieronde, een belang bij de uitkomst van de advisering over de andere aanvragers en bestaat ten aanzien van dat lid de schijn van belangenverstrengeling. Zelfs wanneer het betreffende adviescommissielid zich verschoont bij de advisering over 'zijn' aanvraag, is dat onvoldoende om die schijn weg te nemen. Daarbij is niet van belang of er een concrete aanwijzing bestaat dat het adviescommissielid negatief stond tegenover de andere aanvragen. Korthedshalve wordt verwezen naar de relevante jurisprudentie (AbRS 24 maart 2010,

ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, Theatercompagnie en CBb 13 juni 2016,
ECLI:NL:CBB:2016:155).

Ons kenmerk

C2271620/4803208

I.b. De deugdelijkheid van de inhoud van het advies

Uit het advies moet blijken op basis van welke gegevens het tot stand is gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van het advies is gevolgd. De inhoud van het advies moet concludent zijn. In een tenderverdeelpcedure moet het advies inzicht bieden in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen en een 'passende verantwoording' bevatten over het verband tussen de deskundigenoordelen en de beoordelingscriteria. Dat verband moet helder en controleerbaar zijn: puntenscores moeten zijn toegelicht door en uitgesplitst naar de individuele adviescommissieleden en informatie over hun – eventueel uiteenlopende – opvattingen daarover moet beschikbaar zijn. De motivering kan na bezwaar worden aangevuld, maar dan moet de nadere toelichting zijn geschreven door een adviescommissielid of ten minste aan de adviescommissie zijn voorgelegd. Vergelijk de uitspraken van CBb van 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, van 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297 en van 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:300, alsmede de uitspraken van de AbRS van 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2676 en van 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1103.

II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming

Naast het wettelijke kader is minstens zo belangrijk de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechtters ter zake van de rechtsbescherming bij de verdeling van subsidies via de tendersystematiek.

Uit de uitspraak van de AbRS van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera) volgt dat ook in de tenderverdelingssystematiek effectieve rechtsbescherming moet worden geboden aan alle aanvragers. Voor een aanvrager die een aanvraag heeft ingediend die op zichzelf positief wordt beoordeeld, maar niet wordt gehonoreerd omdat deze te laag is geplaatst in de rangorde en het subsidieplafond reeds eerder is bereikt, houdt effectieve rechtsbescherming in dat hij zich niet alleen moet kunnen verdedigen tegen de beoordeling van de eigen aanvraag, maar ook tegen de rangorde als zodanig en de totstandkoming daarvan. Dit betekent dat niet alleen het oordeel over de eigen aanvraag moet kunnen worden bestreden, maar tevens de beoordeling van concurrerende aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Beide beoordelingen zijn immers van invloed op de totstandkoming van de rangorde en daarmee op de mogelijkheid de eigen aanvraag alsnog gehonoreerd te zien. Daaraan doet niet af dat, zoals ook hier het geval is, de aanvragen grotendeels op zichzelf zijn beoordeeld en niet met elkaar zijn vergeleken. Voor het bestrijden van de beoordeling van een aanvraag die hoger in de rangorde is geëindigd, is het niet noodzakelijk dat tegen het besluit op die andere aanvraag rechtsmiddelen worden aangewend. Daarbij is van belang

dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering.

De motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag moet ook inzicht verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd. Alleen dan kan immers in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde worden gesteld.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Van belang is verder dat uit artikel 4:25, derde lid, van de Awb, volgt dat de overschrijding van een bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld subsidieplafond is toegestaan indien in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent de verstrekking wordt beslist, tenzij de verplichte weigering van het tweede lid ook gold op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg had moeten worden genomen. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt met zich dat aan degene die bezwaar maakt (of beroep instelt) tegen een besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen wegens het bereiken van het subsidieplafond, evenmin wordt tegengeworpen dat de besluiten tot subsidieverlening aan anderen die ertoe hebben geleid dat het subsidieplafond was bereikt op het tijdstip waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen, in rechte onaanastbaar zijn geworden.

Uit wat hiervoor is overwogen, volgt naar het oordeel van de AbRS (in dezelfde uitspraak) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en diensgevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van die aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd. Vergelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3958 (ro. 8 en 9).

Beoordeling bezwarencommissie

Ad 1. De vergewisplicht van uw college

Naar het oordeel van de bezwarencommissie vertoont de gevolgde tenderprocedure (reeds) *in procedurele zin* dermate wezenlijke gebreken, dat de advisering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze is geschied. Dat leidt ertoe dat de adviezen van die Adviescommissie niet aan de primaire besluiten ten grondslag hadden mogen worden gelegd. De bezwarencommissie acht de besluiten van uw college dan ook in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig voorbereid. Gelet op zowel de aard en systematiek van de gevolgde tenderprocedure als de - onbetwiste - onverbreekelijke samenhang tussen de onderlinge subsidiebesluiten,

treft dat ook het onderhavige besluit. De in dit advies te signaleren procedurele gebreken staan immers niet op zichzelf, maar zien op de beoordeling van *alle* subsidieaanvragen uit deze tenderronde.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Ad I. De op de za(a)k(en) betrekking hebbende stukken / informatievoorziening

De bezwarencommissie stelt voorop dat zij zich bij de behandeling van de bezwaardossiers in deze tenderverdeelprocedure geconfronteerd weet met erg gebrekkige informatievoorziening van de zijde van uw college. Naarmate de bezwaarprocedure(s) vorderde(n), werden telkens nieuwe op de zaak betrekking hebbende stukken en nieuwe informatie naar voren gebracht. In het bijzonder zijn door uw college nieuwe feiten en omstandigheden naar voren gebracht, bij de bezwarencommissie bekend geworden vanaf 8 december 2020, die een ander licht doen werpen op de zorgvuldigheid van de gevolgde tenderprocedure. De bezwarencommissie ziet zich als gevolg van de gebrekkige en in tijd gefaseerde informatievoorziening genoodzaakt om de in deze tenderronde eerder uitgebrachte adviezen van 2 november 2020 (BZW.20.128.001) en 3 december 2020 (BZW.20.126.001) van een aanvullend advies te voorzien.

Ad I. Het ontbreken van verslaglegging van de adviescommissievergaderingen

De bezwarencommissie constateert dat er één plenaire Adviescommissievergadering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur op 15 april 2020 heeft plaatsgevonden, welke is voorafgegaan door twaalf vergaderingen in kleinere samenstelling door verschillende "deelcommissies". Door de Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn geen vergaderverslagen of notulen ter beschikking gesteld. Desgevraagd heeft uw college bevestigd dat er in het geheel geen verslagen zijn opgesteld van de deelvergaderingen en de plenaire slotvergadering. De bezwarencommissie stelt dan ook vast dat, in strijd met artikel 8 van het Reglement Adviescommissie BrabantStad cultuur, verslagen van de vergaderingen, geaccordeerd door de voorzitter, ontbreken. Volgens de vertegenwoordiging van uw college zijn die verslagen niet opgesteld vanwege de digitale wijze van vergaderen en de aanwezigheid van de voorzitter bij alle vergaderingen. Het advies zou een weergave zijn van hetgeen in de vergaderingen is besproken. Wat daar verder ook van moge zijn, door het ontbreken van de voorgeschreven verslaglegging wordt op geen enkele wijze inzicht verschaft over wat er tijdens de twaalf deelvergaderingen en de dertiende plenaire slotvergadering door de Adviescommissie BrabantStad cultuur of de "deelcommissies" is besproken. Over welke bevindingen en afwegingen zijn gemaakt en onderling zijn gedeeld en ten aanzien van de onderlinge verhoudingen of eventuele stemmingen over de puntenverdeling, tasten bezwaarmaaksters en de bezwarencommissie nog altijd in het duister. Hierdoor heeft de advisering niet op transparante en daarmee controleerbare wijze plaatsgevonden. Dat is strijdig met wat hiervoor onder 'uitgangspunten - II. Effectieve rechtsbescherming' is vooropgesteld.

Ad 1.a. De zorgvuldigheid van de procedure: samenstelling van de Adviescommissie en deskundigheid van de adviseurs

De bezwarencommissie overweegt dat het voor bezwaarmakers en voor de bezwarencommissie onbekend is gebleven wat de samenstelling was van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur, de adviseur die de initiële adviezen heeft uitgebracht in deze besluitvormingsprocedure. Weliswaar is in deze ene bezwaarprocedure de samenstelling van de "deelcommissie" die het initiële advies heeft voorbereid en die van een anders samengestelde "deelcommissie" die nadere advies heeft uitgebracht, bekendgemaakt, doch daarover is hangende bezwaar discussie tussen partijen blijven bestaan. Artikel 3:8 van de Awb vereist echter dat de adviseur wordt vermeld die advies heeft uitgebracht. Het ontbreken daarvan leidt ertoe dat de totstandkoming van het advies een gebrek vertoont, niet alleen omdat de vermelding op zichzelf al een eis van behoorlijkheid is jegens degene tot wie het besluit is gericht, maar tevens omdat dit een rol kan spelen indien over het besluit een geschil mocht ontstaan.

De bezwarencommissie merkt op dat een bezwaarmaker, door het ontbreken van de namen van de betrokken Adviescommissieleden, niet kan controleren welke Adviescommissieleden hebben geadviseerd. Hierbij verwijst de bezwarencommissie naar wat daarover onder "uitgangspunten" is overwogen.

Ad 1.a. De zorgvuldigheid van de procedure: werkwijze adviseurs

Op basis van de stukken staat vast dat de initiële adviezen in deze tenderronde zijn vastgesteld door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur tijdens de slotvergadering van 15 april 2020. Bij die gelegenheid zijn ook de scores van alle adviezen en de uiteindelijke ranking bepaald. Bij gebrek aan verslaglegging van die slotvergadering is echter onbekend welke Adviescommissieleden hebben deelgenomen aan die slotvergadering, welke bevindingen zij onderling hebben gedeeld en tot welke afwegingen en conclusies zij zijn gekomen. Wél staat vast dat de voltallige Adviescommissie heeft geadviseerd. Het laatste leidt ertoe dat door de diverse "deelcommissies" niet is geadviseerd, maar slechts voorbereidend werk is verricht. Het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur voorziet bovendien niet in (de figuur van) "een deelcommissie", zodat uitgegaan moet worden van advisering door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Tegen deze achtergrond wekt het des te meer bevreemding, dat in een e-mailbericht met het onderwerp "Vorbereidende informatie vergaderingen Adviescommissie BrabantStad Cultuur" van 26 februari 2020 van 9.17uur¹ onder meer te lezen valt:

*"Beste adviseur van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur,
(...)*

Integrale afweging op 15 april (twee dagdelen)

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

¹ Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.128.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

Zoals al ter sprake kwam op 13 februari is het belangrijk dat de hele commissie aan het einde samenkomt om te kunnen reflecteren over het geheel. Dit betekent dat alle aanvragen in te zien zijn, om de adviescommissie in staat te stellen een beeld te kunnen krijgen over alle aanvragen, in alle diversiteit. Het lezen van alle aanvragen is niet nodig, we willen alleen benadrukken dat we enkel verwachten dat je 'de eigen aanvragen voor de eigen vergaderdelen' voorbereidt, leest en beoordeelt.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Tijdens de afsluitende vergadering doen we de hele advisering per aanvraag zeker niet overnieuw, maar concentreren we ons op observaties, reflecties en bijzonderheden. We overzien de complete ronde en de adviescommissie kan aangeven wat haar is opgevallen, maar ze kan ook aanbevelingen doen. We buigen ons bijvoorbeeld over de subsidieplafonds en de mogelijke consequenties voor instellingen. Daarnaast is een uitspraak over de betekenis van de instellingen in de provincie Brabant in relatie tot de verschillende gemeenten (lokale inbedding) een belangrijk punt."

Deze gang van zaken acht de bezwarencommissie niet in lijn met de eerdergenoemde uitgangspunten en de heersende jurisprudentie. De adviezen van de voltallige Adviescommissie BrabantStad cultuur zijn naar het oordeel van de bezwarencommissie niet zorgvuldig tot stand gekomen.

Een daaraan verwant aspect is de signalering dat naar aanleiding van de ingediende gronden van bezwaar, subsidieaanvragen voor nader advies zijn teruggelegd. Die nadere advisering geschiedde echter door een "deelcommissie" en niet door de voltallige Adviescommissie BrabantStad Cultuur, zijnde de adviseur die diende te adviseren en in alle zaken ook het initiële advies heeft uitgebracht.

De - voor bezwaarmaaksters en de bezwarencommissie onbekend gebleven - samenstelling van de "deelcommissie(s)" blijkt echter desgevraagd anders te zijn dan die van de voltallige Adviescommissie die het initiële advies heeft vastgesteld en uitgebracht (en dan de "deelcommissie" die het initiële advies in een betreffende aanvraag heeft voorbereid). Dat acht de bezwarencommissie in strijd met het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur en de daarbij te betrachten zorgvuldigheid.

Ad I.a.1 Bieden van reële mededingingsruimte

Naar het oordeel van de bezwarencommissie kan de wijze waarop in de onderhavige tenderverdeelpcedure invulling is gegeven aan de verplichting tot het bieden van reële mededingingsruimte, in het bijzonder het vereiste van een 'passende mate van openbaarheid', de toets der kritiek niet doorstaan. Uw college dient deze openbaarheid te garanderen met betrekking tot - onder meer - de toe te passen criteria. Voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Na de start van de verdeelpcedure kan aan deze regels niet meer worden getornd. De door de Adviescommissieleden te gebruiken 'Handreiking beoordelingskader' blijkt desgevraagd echter

allesbehalve uitputtend en ondubbelzinnig te zijn bedoeld. Mede gezien de standpuntbepaling van uw college hieromtrent dient het (slechts) als 'hulpmiddel' bij de beoordeling van de subsidieaanvraag, het activiteitenplan en andere bijbehorende verplichte bijlagen te worden beschouwd, aldus uw college. Een Adviescommissielid blijkt bij de beoordeling zelfs enige "vrijheid" toe te komen, aldus uw college, waardoor bepaalde beoordelingsaspecten mogelijk minder gewicht krijgen dan andere aspecten. De bezwarencommissie is van oordeel dat deze werkwijze geen pas geeft in het licht van de verplichting tot het bieden van een passende mate van openbaarheid. Op deze wijze wordt het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen aan alle subsidieaanvragers, niet geborgd.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Ad 1.a.2 Vermijden van (de schijn van) vooringenomenheid / belangenverstrengeling

De bezwarencommissie ziet zich, gelet op een brief² namens uw college gedateerd 7 december 2020 (door de bezwarencommissie ontvangen op 8 december 2020), met kenmerk C2270334/4802566, voor de vraag geplaatst of uw college, gelet op artikel 2:4, tweede lid, van de Awb en artikel 7, vierde lid, van het Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur, het advies van de Adviescommissie BrabantStad cultuur aan het primaire besluit ten grondslag heeft mogen leggen en of derhalve het primaire besluit in overeenstemming met artikel 3:2 van de Awb zorgvuldig is voorbereid. Op basis van de stukken en het verhandelde ter hoorzitting beantwoordt de bezwarencommissie die vraag ontkennend.

De bezwarencommissie stelt daartoe allereerst vast dat de beoordeling en de rangschikking van de aanvragen is uitgevoerd door de Adviescommissie BrabantStad cultuur. De Adviescommissie BrabantStad cultuur hanteert een eigen Reglement ten behoeve van de transparantie bij het bepalen van de rangschikking van de aanvragen.

Op basis van de door uw college overgelegde brief van 7 december 2020 en het verhandelde ter hoorzitting is vast komen te staan dat het in die brief aangeduide Adviescommissielid (in)directe betrokkenheid heeft bij een cultuurstelling waarvoor in de voorliggende tenderprocedure ook subsidie is aangevraagd (en uiteindelijk is gehonoreerd). Dit Adviescommissielid heeft een persoonlijke (familie)band met (een) aan die cultuurstelling verbonden perso(o)n(en). Tevens acht uw college het niet uitgesloten, zonder dat het dit in bezwaar volledig heeft opgehelderd, dat dit lid zich tevens in een zakelijk verband verhoudt tot de cultuurstelling en/of de daaraan gelieerde perso(o)n(en).

Vast is komen te staan dat het betreffende Adviescommissielid in de plenaire slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen aan de

² Dit stuk bevindt zich in dossier BZW.20.129.001 en wordt, gelet op de gevoerde tenderprocedure en op het procedurele, zaaksoverstijgende karakter ervan, mede in relatie tot alle andere aanvragen, ambtshalve in alle zaken betrokken.

(eind)advisering en (eind)beoordeling over die aanvraag en de overige concurrerende aanvragen, waaronder de aanvraag van bezwaarmaakster(s). Dat het Adviescommissielid niet in alle zaken via deelcommissies betrokken is geweest bij de deelvergaderingen waarin adviezen (en nadere adviezen naar aanleiding van bezwaren) van aanvragers zijn besproken, doet niet ter zake, omdat de uiteindelijke (eind)advisering en (eind)beoordeling in de slotvergadering met de voltallige Adviescommissie is geschied. Bij gebrek aan verslaglegging van de deelvergaderingen en de slotvergadering is het voor de bezwarencommissie tot op heden onduidelijk, behoudens in één bezwaarzaak, bij welke aanvragen welke leden uit de "deelcommissies" zijn betrokken.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

De bezwarencommissie stelt, gelet op het voorgaande, vast dat het advies van de Adviescommissie BrabantStad Cultuur tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met artikel 2:4 van de Awb in samenhang gezien met artikel 7, vierde lid, van het Reglement. Ondanks (in)directe betrokkenheid bij een cultuurinstelling waarvoor ook subsidie is aangevraagd, heeft het Adviescommissielid deelgenomen aan de voorbereiding en vaststelling van de eerstgenoemde ('eigen') aanvraag en van alle overige aanvragen van concurrerende instellingen.

Dat is een dermate wezenlijk, niet te herstellen gebrek, dat dat het juridische fundament onder de gevolgde procedure uit slaat. Reeds hierom zijn de adviezen van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op zorgvuldige wijze tot stand gekomen en had uw college deze niet ten grondslag mogen leggen aan het besluit.

De bezwarencommissie overweegt dat voor de beoordeling en advisering in een tenderverdeelprocedure zoals door verweerder is ingevuld, geldt dat in beginsel ieder Adviescommissielid van de Adviescommissie BrabantStad cultuur dat bij enige subsidieaanvraag (in)directe betrokkenheid heeft, niet mag adviseren. Anders zou dit lid namelijk kunnen bevorderen of beïnvloeden dat bepaalde aanvragen minder punten toebedeeld krijgen op de toepasselijke subsidiëcriteria dan de 'eigen' aanvraag, waardoor de kans op subsidie voor laatstbedoelde subsidieaanvraag toeneemt. Ten aanzien van het betreffende Adviescommissielid bestaat naar het oordeel van de bezwarencommissie in ieder geval een schijn van belangenverstrengeling, nu dit lid de besluitvorming ten aanzien van de aanvraag waarbij het lid (in)direct betrokken was, door diens oordeel en advies over alle aanvragen, waaronder de overige concurrerende aanvragen, (in)direct zou kunnen beïnvloeden.

Alles overziende betekent het voorgaande dat de advisering van de Adviescommissie BrabantStad cultuur niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, zodat het advies niet aan het primaire besluit ten grondslag gelegd had mogen worden. Het vorenstaande brengt tevens mee dat het besluit van uw college in strijd met artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig is voorbereid.

Reeds daarom dienen bij de te nemen beslissing op bezwaar de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen. De bezwarencommissie vindt mede steun voor het voorgaande in de uitspraak van het Cbb 13 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:155 en van de Rechtbank Amsterdam van 10 juni 2011, ECLI:RBAMS:2011:BQ9859.

Ons kenmerk
C2271620/4803208

Voorts dient uw college bij de te nemen beslissing op bezwaar mede te betrekken dat nog altijd onduidelijk is, en daarmee boven de markt blijft hangen, of wat zojuist is overwogen wellicht ook heeft te gelden voor andere leden van de Adviescommissie Brabantstad cultuur. Daartoe bestaan aanknopingspunten, zoals mede aangestipt in het initiële advies van de bezwarencommissie van 2 november 2020 inzake BZW.20.128.001. Met de door uw college overgelegde stukken, of liever bij gebreke daaraan, is niet inzichtelijk gemaakt of ten aanzien van dat Adviescommissielid ook strijd ontstaat met artikel 2:4 van de Awb en artikel 7, tweede lid, van het Reglement Adviescommissie Brabantstad cultuur. Dat kan de bezwarencommissie echter niet beoordelen. Relevant kan dat niettemin wel zijn, omdat óók het (mede)adviseren door een Adviescommissielid dat zich ten aanzien van één aanvraag zou hebben verschoond in een (voorbereidende) deelcommissievergadering, terwijl dat lid wel in volle omvang aan de slotvergadering van de voltallige Adviescommissie heeft deelgenomen en dientengevolge ook – bij gebreke aan een inzichtelijke tegenargumentatie – over die aanvraag heeft geadviseerd, in het licht van artikel 2:4 van de Awb zou stuiten op een wezenlijk gebrek. In lijn met artikel 7:12 van de Awb dient dat deugdelijk te worden gemotiveerd in de te nemen beslissing op bezwaar. Ten aanzien van het Adviescommissielid (BZW.20.141.001) dat zich – naar onweersproken is gebleven – vanwege zijn ongenoegen over de werkwijze van de Adviescommissie vanaf medio maart 2020 zou hebben teruggetrokken en in het geheel geen deel (meer) zou hebben genomen aan de Adviescommissie, ziet de bezwarencommissie geen aanleiding om aan die stellingname van uw college te twijfelen, hoewel diens vertrek niet vaststaat. Dat is op geen enkele wijze door uw college inzichtelijk gemaakt. Mede gelet op de processtukken verdient ook dat onderdeel een verhelderende, deugdelijke motivering.

Ad II. Het bieden van effectieve rechtsbescherming: geen inzage in hoger geëindigde aanvragen

De bezwarencommissie heeft ambtshalve kennisgenomen van het feit dat de tekst van alle initiële adviezen integraal te vinden is op de website Brabant.nl. De bezwarencommissie staat daar positief tegenover, maar merkt wel op dat dit bestand niet de nadere adviezen bevat, nog los van wat daaromtrent hiervoor overwogen is. Ook is dit bestand pas op 23 november 2020 op de website geplaatst, ruim nadat de eerste bezwaarprocedures waren gestart. Die op de site gepubliceerde initiële adviezen maken geen onderdeel uit van de processtukken.

In deze tenderverdeelpcedure is aan bezwaarmaakster geen inzage geboden in de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en zijn evenmin stukken ter inzage gelegd om de beoordelingen van de Adviescommissie van de hoger (dan bezwaarmaakster) in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren.

Ons kenmerk
C2271620/ 4803208

Voorts zijn op 23 november 2020 uitsluitend de gehonoreerde aanvragen gepubliceerd. Voor zover via de website over die gehonoreerde aanvragen inzage is geboden, merkt de bezwarencommissie op dat dat niet het geval is voor alle hoger dan bezwaarmaakster in de rangorde geëindigde aanvragen. De aanvragen onder de zaaglijn, maar hoger geëindigd dan de aanvraag van bezwaarmaakster, zijn niet gepubliceerd. Bezien vanuit het vereiste van adequate, effectieve rechtsbescherming volstaat in dit concrete geval een werkwijze zoals hiervoor weergegeven, niet. Vergelijk de Holland Opera-uitspraak.

Slotsom

Gelet op al op hetgeen hiervoor is overwogen, concludeert de bezwarencommissie dat de door de adviseurs gevolgde procedure van advisering en de totstandkoming van het advies zodanige ernstige en wezenlijke gebreken vertonen en niet op voldoende zorgvuldig is geschied, dat uw college – reeds op procedurele gronden – niet van het advies mocht uitgaan en het aan de primaire besluit ten grondslag mocht leggen. Niet kan worden gesteld dat uw college voldaan heeft aan de vergewisplicht uit de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, en daarmee aan het in artikel 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsvereiste en de in artikel 3:46 van de Awb neergelegde motiveringsverplichting.

Bij de te nemen beslissing op bezwaar dienen de bezwaren gegrond te worden verklaard, het bestreden besluit te worden herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit te worden genomen.

Gelet hierop behoeven de resterende gronden van bezwaar – die zich vooral richten op de deugdelijkheid van de inhoud van het advies – geen verdere bespreking. Vanwege de aard en inhoud van dit advies laat de bezwarencommissie dat dan ook onbesproken.

Voor de goede orde overweegt de bezwarencommissie nog het volgende. Dat vanwege geconstateerde gebreken in de gevolgde tenderprocedure sprake is van schending van de vergewisplicht en strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, brengt niet automatisch met zich dat bezwaarmaakster(s) daardoor zonder meer in aanmerking komt voor subsidie.

Het voorgaande zegt immers uitsluitend iets over de zorgvuldigheid van de door de adviseurs gevolgde procedure. Het is aan uw college hoe in het vervolg van de bezwaarprocedure om te gaan met de geconstateerde gebreken.

Advies m.b.t. besluit

Gelet op al het voorgaande adviseren wij uw college om bij uw beslissing op bezwaar:

- het bezwaar gegrond te verklaren, en
- het bestreden besluit te herroepen en, in plaats daarvan, een nieuw besluit op de aanvraag te nemen, met inachtneming van dit advies.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Overdracht dossier

Onze taak als hoor- en adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften is met het uitbrengen van dit advies over de ingebrachte bezwaren beëindigd. Wij verzoeken u de verdere afhandeling van dit dossier over te nemen. Het is van belang dat u bij de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar ook zorg draagt voor toezending van dit advies, alsmede het verslag van de hoorzitting, aan partijen.

Afschrift beslissing op bezwaar

U dient een afschrift van de beslissing op bezwaar te zenden aan het secretariaat van de hoor- en adviescommissie.

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De hoor- en adviescommissie voor bezwaarschriften en klachten,
namens deze,



voorzitter



secretaris

Bijlage: wettelijk kader

Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant

Artikel 1.4 van de Subsidieregeling ("Subsidiabele activiteiten") luidt, voor zover van belang:

Subsidie kan worden verstrekt voor:

a. (...)

b. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten.

Artikel 1.9 van de Subsidieregeling ("Vereisten subsidieaanvraag") luidt, voor zover van belang:

Subsidieaanvragen worden ingediend binnen de tenderperiode van 3 december 2019 tot en met 30 januari 2020

Artikel 1.10 van de Subsidieregeling ("Subsidieplafond") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten stellen het subsidieplafond voor subsidies als bedoeld in artikel 1.4, voor de periode, genoemd in artikel 1.9, vast op een totaal van € 23.390.800, waarvan:

a. (...)

(...)

k. € 11.126.835 voor activiteiten als bedoeld in artikel 1.4, onder b.

Artikel 1.6 van de Subsidieregeling ("Subsidievereisten") luidt, voor zover van belang:

1. Om voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 in aanmerking te komen, wordt voldaan aan de volgende vereisten:

a. de activiteiten worden in belangrijke mate uitgevoerd in de provincie Noord-Brabant;

b. de subsidieaanvrager is op het gebied van professionele kunsten een:

1°. ontwikkelinstelling;

2°. producerende instelling; of

3°. presentatie-instelling;

c. de activiteiten zijn gericht op professionele kunsten binnen een van de volgende functies:

1°. (...)

11°. overige activiteiten gericht op het ontwikkelen, produceren of presenteren van professionele kunsten;

d. de subsidieaanvrager is een instelling met:

1°. hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht;

2°. hoge zakelijke kwaliteit, blijkend uit de bedrijfsvoering en de inhoudelijke haalbaarheid van de activiteiten;

3°. ten minste een bovenlokale functie;

4°. een missie en visie op haar rol in de Brabantse culturele infrastructuur;

Ons kenmerk

C2271620/4803208

e. de subsidieaanvrager verklaart dat hij de volgende codes onderschrijft:

1°. Governance Code Cultuur;

2°. Fair Practice Code;

3°. Code Diversiteit & Inclusie;

f. de activiteiten zijn gericht op publiekswerking of een specifieke doelgroep en monitoring daarvan, blijkend uit een communicatiestrategie;

g. de activiteiten worden uitgevoerd in de periode 2021 tot en met 2024;

h. de subsidieaanvrager overlegt een activiteitenplan overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model activiteitenplan;

i. de subsidieaanvrager overlegt een meerjarenbegroting overeenkomstig het daartoe door Gedeputeerde Staten vastgestelde model meerjarenbegroting.

2. (...)

3. Indien de subsidieaanvraag gericht is een activiteit als bedoeld in artikel 1.4, onder b, wordt in aanvulling op het eerste lid voldaan aan het vereiste dat de subsidieaanvrager een aanvraag voor cofinanciering in de vorm van subsidie heeft ingediend of gaat indienen bij een andere overheid, blijkend uit de begroting.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Artikel 1.12, eerste lid, van de Subsidieregeling ("Verdeelcriteria") luidt, voor zover van belang:

1. Indien de binnen de tenderperiode ingediende volledige subsidieaanvragen de vastgestelde subsidieplafonds, genoemd in artikel 1.10, te boven gaan, maken Gedeputeerde Staten voor het bepalen van de onderlinge rangschikking voor de verdeling van de subsidie, een afweging tussen de verschillende volledige aanvragen op basis van de volgende criteria:

a. de mate waarin de activiteiten een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit hebben, wat betreft visie, oorspronkelijkheid, vakmanschap en zeggingskracht, te waarderen met maximaal 100 punten;

b. de mate waarin de activiteiten hoge zakelijke kwaliteit hebben, wat betreft omgevingsbewustzijn en ondernemerschap, te waarderen met maximaal 100 punten;

c. de mate waarin de activiteiten publiekswerking hebben of gericht zijn op een specifieke doelgroep, wat betreft binding met het bestaande publiek of de doelgroep en inspanningen voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of de doelgroep, te waarderen met maximaal 100 punten;

d. de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in de provincie Noord-Brabant en bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod, te waarderen met maximaal 100 punten.

Artikel 1.13, van de Subsidieregeling ("Externe adviescommissie") luidt, voor zover van belang:

Gedeputeerde Staten leggen aanvragen voor subsidie als bedoeld in artikel 1.4 voor advies over de artikelen 1.6 en 1.12 voor aan de Adviescommissie BrabantStad Cultuur.

Toelichting op de Subsidieregeling hedendaagse cultuur Noord-Brabant, paragraaf 1 (Provinciaal blad 2019, nr. 779729, november 2019):

Artikel 1.6 Subsidievereisten

(...)

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Onderdeel d, onder 1 ° Hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit

Met een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat er sprake moet zijn van een visie, een beeld van de artistiek-inhoudelijke ontwikkelingen die de organisatie beoogt op langere termijn, in relatie tot de positie die de organisatie inneemt in de sector en de discipline op lokaal, regionaal of nationaal niveau. Gedeputeerde Staten denken bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit ook aan oorspronkelijkheid, die zich vertaalt in onderscheidende activiteiten en zich onderscheidt van andere makers in de stad, regio of het land. Ook is bij een hoge artistiek-inhoudelijke kwaliteit belangrijk dat de activiteiten met vakmanschap worden uitgevoerd. Het gevolgd hebben van een vakopleiding is daarbij niet doorslaggevend, het gaat om de vaardigheid waarmee de activiteiten tot stand komen en worden uitgevoerd. Tenslotte beoordelen Gedeputeerde Staten bij dit vereiste of de activiteiten zeggingskracht hebben en het publiek of beoogde publiek zullen aanspreken. De subsidieaanvrager dient dan ook blijk te geven van kennis van het publiek dat men er mee hoopt te bereiken.

Onderdeel d, onder 2 ° en onderdeel e Hoge zakelijke kwaliteit en codes

Met hoge zakelijke kwaliteit bedoelen Gedeputeerde Staten dat de organisatie een gezonde bedrijfsvoering dient te hebben, die voldoende vertrouwen geeft om de voorgenomen activiteiten inhoudelijk te realiseren en het beoogde publiek te bereiken. Van belang daarbij is dat er sprake is van een realistische mix van inkomstenbronnen, inclusief een visie op het omgaan met risico's en dat het ondernemerschap wordt ingevuld qua marketing- en communicatiestrategie. Ook de Governance Code Cultuur, de Fair Practice Code en de Code Culturele Diversiteit in onderdeel e, zeggen iets over de zakelijke kwaliteit van een organisatie. Derhalve dient een subsidieaanvrager in zijn aanvraag te verklaren dat hij die codes onderschrijft en hebben Gedeputeerde Staten het toepassen van de codes in de uitvoeringsperiode 2021 tot en met 2024 als verplichting opgelegd.

Onderdeel d, onder 3 ° Bovenlokale functie

Gedeputeerde Staten letten bij dit vereiste op het regionale of landelijke belang van de organisatie. Daarbij wordt getoetst of de organisatie invulling geeft aan de verbinding met de samenleving en of de organisatie bijdraagt aan een samenhangend cultuuraanbod. Ook wordt gezien of en op welke wijze de organisatie en de activiteiten in de periode 2021-2024 zich verhouden tot gemeente en regio en of de organisatie bijdraagt aan spreiding van het cultuuraanbod.

Onderdeel d, onder 4 ° Missie en visie

Bij dit vereiste letten Gedeputeerde Staten erop of de subsidieaanvrager een helder en realistisch beeld geeft van de rol die hij vervult binnen de Brabantse culturele infrastructuur. Daarin is zowel samenwerking met andere partijen belangrijk als een te onderscheiden profilering.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Onderdeel f Publiekswerking

Bij dit vereiste beoordelen Gedeputeerde Staten met name op of de organisatie, naast het blijven bedienen en verbinden van het bestaande publiek, ook een visie heeft om aanbod en publiek bij elkaar te brengen en te investeren in duurzame opbouw van publiek met het oog op de toekomst, bijvoorbeeld door het verlagen van drempels voor doelgroepen die niet eerder bereikt werden, door aan te sluiten op zaken die in de (lokale) maatschappij spelen of door zich te verbinden met bredere doelgroepen dan alleen het bestaande publiek. De visie op de publiekswerking en de monitoring daarvan dienen te blijken uit een communicatiestrategie.

(...)

Artikel 1.12 Verdeelcriteria tender

Eerste lid Tender

In dit artikel zijn de verdeelcriteria en een puntentoedeling vastgelegd, aan de hand waarvan de subsidieaanvragen worden beoordeeld en gerangschikt. Gedeputeerde Staten hebben in deze regeling voor een tenderprocedure gekozen, omdat ze de kwaliteit van de aanvrager, de aanvraag en de uit te voeren activiteiten relevant vinden voor de realisering van de doelstelling van deze subsidieregeling. Bij een tendersysteem moeten aanvragen binnen een bepaalde periode worden ingediend. De bedragen van de subsidieaanvragen die binnen de tenderperiode zijn ingediend en voldoen aan alle vereisten worden vervolgens bij elkaar opgeteld. Indien het totaal van die subsidieaanvragen het subsidieplafond van de tenderperiode niet overschrijdt, komen alle subsidieaanvragen voor subsidie in aanmerking. Indien er echter meer aanvragen binnenkomen dan gehonoreerd kunnen worden en het beschikbare subsidieplafond wel wordt overschreden, vindt een onderlinge vergelijking van alle aanvragen op een aantal verdeelcriteria plaats.

Onder a tot en met d Algemeen

De vereisten uit artikel 1.6, onderdeel d, onder 1, 2, 3, 4 en onderdeel f, vormen in dit artikel de basis voor de verdelingscriteria. Daarbij geldt dezelfde inhoudelijke toelichting als reeds in artikel 1.6 is gegeven bij de desbetreffende vereisten, alleen worden in dit artikel op basis van de verdeelcriteria punten gegeven voor de mate waarin een subsidieaanvraag aan de criteria onder a tot en met d voldoet. In aanvulling op de vereisten in artikel 1.6, leggen Gedeputeerde Staten in dit artikel nog de volgende aanvullende accenten.

Onder b Hoge zakelijke kwaliteit

Bij onderdeel b letten Gedeputeerde Staten met name op de mate waarin de subsidieaanvrager in zijn activiteitenplan blijkt geeft van omgevingsbewustzijn

en hoe professioneel hij het ondernemerschap invult. Gedeputeerde Staten laten bij de hoge zakelijke kwaliteit ook meewegen de mate waarin het bestuur en toezicht op orde zijn conform de Governance Code Cultuur, de mate waarin de organisatie invulling geeft aan de Fair Practice Code inzake werkgeverschap en de mate waarin de Code Culturele Diversiteit wordt ingevuld en of er onderdelen zijn van de drie bovengenoemde codes die niet worden toegepast en om welke reden.

Ons kenmerk
C2271620/ 4803208

*Onder c Publiekswerking of specifieke doelgroep
Bij onderdeel c is met name de mate waarin de activiteiten leiden tot binding met het bestaande publiek of de doelgroep en de mate waarin de subsidieaanvrager zich inspant voor duurzame opbouw en vernieuwing van publiek of doelgroep van belang.*

*Onder d Evenwichtige culturele infrastructuur
Bij onderdeel d laten Gedeputeerde Staten de mate waarin de activiteiten bijdragen aan een evenwichtige culturele infrastructuur, wat betreft spreiding en inhoud in Brabant en de mate waarin de activiteiten bijdragen aan het bovenlokale, regionale of landelijke cultuuraanbod (dus hoe hoog het publieksbereik in de eigen vestigingsplaats, regio, landelijk of internationaal is) zwaar meewegen.*

Reglement Adviescommissie BrabantStad Cultuur (Provinciaal blad 2020, nr. 6566, februari 2020)

Artikel 7 van het Reglement luidt:

1. Elk lid van de commissie heeft een stem.
2. De commissie komt tot een advies op basis van meerderheid van stemmen.
3. De leden dienen zich bij hun oordeel over een aanvraag te baseren op de door de aanvrager en Gedeputeerde Staten verstrekte gegevens en onthouden zich van contact met de aanvragers. Indien contact met aanvragers noodzakelijk is, is de secretaris daarvoor verantwoordelijk.
4. Een lid onthoudt zich van deelname aan de besprekingen en stemming over een subsidieaanvraag waarbij hij direct of indirect betrokken is. Mocht er bij de behandeling van enige subsidieaanvraag blijken dat er van mogelijke (in)directe betrokkenheid van een commissielid sprake zou kunnen zijn, dan kan het betreffende lid niet adviseren.
5. Gedeputeerde Staten dragen er zorg voor dat de commissie van relevante achtergrondinformatie wordt voorzien bij de aanvragen.
6. De commissie brengt uiterlijk binnen 17 weken na sluiting van de tenderperiode, genoemd in artikel 1.9 van de subsidieregeling, een gemotiveerd advies uit aan het college over alle subsidieaanvragen.

Artikel 8, eerste en tweede lid, van het Reglement luidt:

1. De secretaris draagt zorg voor het verslag van de vergadering en stelt het advies van de adviescommissie op schrift.
2. Verslagen worden geaccordeerd door de voorzitter.

Artikel 9, eerste lid, van het Reglement luidt:

1. De leden van de commissie adviseren onafhankelijk en zonder last of ruggenspraak.

Ons kenmerk

C2271620/ 4803208

Artikel 2:4 van de Awb

1. Het bestuursorgaan vervult zijn taak zonder vooringenomenheid.

2. Het bestuursorgaan waakt ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden.