

Balie bezwaar, beroep en Wob
 Postbus 20350
 2500 EJ DEN HAAG
 Telefoon: (070) 340 62 33
 Fax: (070) 340 59 84

**VWS-commissie
 bezwaarschriften Awb**

Aan de Minister van Volksgezondheid,
 Welzijn en Sport

Ons kenmerk	Inlichtingen bij	Doorkiesnummer	Den Haag
DWJZ- 2021000548	5.1.2e	5.1.2e	3 januari 2022
Onderwerp		Bijlage(n)	Uw brief
Advies Awb-bezwaar		div.	

U hebt de VWS-commissie bezwaarschriften Awb (hierna: commissie) advies gevraagd over het bezwaarschrift dat het Rijnstate Ziekenhuis (hierna: bezwaarde) te Arnhem op 23 april 2021 heeft ingediend op grond van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Het bezwaar is gericht tegen het besluit van 19 maart 2021, kenmerk E-20-COOCZ20051-1, van de minister van Medische Zorg en Sport. Bij brief van 20 mei 2021 heeft bezwaarde de gronden van het bezwaar aangevuld.

Bezwaarde heeft op 13 november 2020 een subsidieaanvraag ingediend van € 8.494.284,- op basis van de 'Subsidieregeling opschaling curatieve zorg COVID-19' (hierna: de Subsidieregeling) ten behoeve van opschalingsfase 1 tot en met 3. Voor het onderdeel bouwkundige aanpassingen heeft bezwaarde een subsidiebedrag aangevraagd van € 1.150.000,-. Bij beschikking van 10 december 2020 heeft de minister voor Medische Zorg en Sport een subsidie verleend van € 7.749.440,-. Daarvan is voor het onderdeel bouwkundige aanpassingen volstaan met een subsidieverlening van het richtinggevend maximumbedrag van € 575.000,-, in afwachting van het advies van het comité bouwkundige aanpassingen (hierna: het comité).

Op 19 januari 2021 heeft het comité het advies uitgebracht om bezwaarde in het geheel geen subsidie te verlenen voor bouwkundige aanpassingen. De minister voor Medische Zorg en Sport heeft dit advies overgenomen in het besluit van 19 maart 2021. Daarin is het subsidieverleningsbesluit van 10 december 2020 herzien voor zover dat betrekking heeft op het onderdeel bouwkundige aanpassingen. Het verleende subsidiebedrag van € 7.749.440,- is om die reden verlaagd met € 575.000,-. Hiertegen richt zich het bezwaar van 23 april 2021.

De minister voor Medische Zorg en Sport heeft bij besluit van 14 oktober 2021 het besluit van 19 maart 2021 herzien omdat daarin het onderdeel subsidieverlening in fase 1+ ontbreekt. Omdat bezwaarde op grond van de aangepaste Subsidieregeling van 8 oktober 2021 in aanmerking komt voor drie IC-bedden in fase 1+, leidt deze herziening tot een verhoging van de subsidieverlening.

Op grond van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb wordt het bezwaarschrift dat is ingediend tegen het besluit van 19 maart 2021, van rechtswege mede geacht te zijn gericht tegen het besluit van 14 oktober 2021. Desondanks heeft bezwaarde bij brief van 25 november 2021 ook nog pro forma bezwaar gemaakt tegen het besluit van 14 oktober 2021. Naar aanleiding

Blad
2

daarvan heeft er een bestuurlijk overleg plaatsgevonden tussen de minister voor Medische Zorg en Sport en bezwaarde. Uit dat overleg is naar voren gekomen dat bezwaarde zich wel kan vinden in het besluit van 14 oktober 2021, op één punt na: bezwaarde meent ten onrechte niet in aanmerking te komen voor een extra vergoeding van € 149.354,- voor medische inventaris in fase 1+. De minister voor Medische Zorg en Sport heeft dit bezwaar inmiddels onderkend en heeft de gevraagde extra vergoeding toegezegd. Het besluit van 14 oktober 2021 wordt op korte termijn op dit punt herzien.

Om die reden beperkt de omvang van het geschil waarover de commissie om advies gevraagd is zich nog steeds tot de bezwaren gericht tegen het besluit van 19 maart 2021.

De commissie is voor de behandeling van het bezwaar als volgt samengesteld: 5.1.2e
5.1.2e
5.1.2e De commissie is bijgestaan door: 5.1.2e
5.1.2e

In deze brief geeft de commissie u haar advies over voornoemd bezwaarschrift.

Ons advies

De commissie adviseert u:

- het bezwaar – voor zover gericht tegen de weigering om subsidie te verlenen voor de gemaakte kosten ad € 450.000,- voor het realiseren van de tijdelijke kantooromgeving op het IC-dakterras – ongegrond te verklaren;
- het bezwaar – voor zover gericht tegen de weigering om subsidie te verlenen voor de stagnatiekosten ad € 700.000,- voor het (nog) niet realiseren van de kantorenvleugel – gegrond te verklaren en het bestreden besluit te heroverwegen in het licht van haar advies.

De commissie licht haar advies hieronder voor u toe.

Toelichting Advies

Algemeen

Aan de orde is een advies over de heroverweging van het besluit van 19 maart 2021. Deze heroverweging vindt plaats binnen de wettelijke en beleidsmatige kaders die van toepassing zijn op het besluit waartegen bezwaar is gemaakt. Voor de toepasselijke wettelijke en beleidsmatige kaders verwijst de commissie naar bijlage 1.

De heroverweging van het bestreden besluit vindt verder plaats op de gronden die door bezwaarde zijn aangevoerd.

Gronden van bezwaar

Bezwaarde heeft in zijn aanvullend bezwaarschrift – samengevat weergegeven – de volgende bezwaargronden aangevoerd.

Blad
3

Bezwaarde kan zich niet vinden in het bestreden besluit en evenmin in de systematiek van de Subsidieregeling en het toetsingskader van het comité. Om die reden is het bezwaar niet alleen gericht tegen het besluit maar ook tegen de Subsidieregeling.

Het bezwaar is toegespitst op twee kostenposten die volgens bezwaarde in het bestreden besluit ten onrechte op nihil gesteld zijn. De eerste kostenpost betreft de gemaakte kosten ten behoeve van het inrichten van de interimvleugel ad € 700.000,- en de tweede kostenpost betreft de gemaakte kosten voor het realiseren van de kantoorruimte op het dakterras ad € 450.000,-. Bezwaarde heeft in het bezwaarschrift toegelicht dat beide kostenposten direct toe te rekenen zijn aan de opschaling van de Intensive Care (IC) en daarom gesubsidieerd hadden moeten worden. Het advies van het comité acht bezwaarde onjuist. Om te kunnen voldoen aan de verplichtingen op grond van het opschalingsplan COVID-19 is, na afronding van de reeds in 2017 gestarte verbouwing van de IC, besloten om de interim vleugel niet om te bouwen naar de definitieve bestemming met secundaire functies ten behoeve van de IC, maar deze in stand te laten en te gebruiken als afzonderlijk cohort voor COVID-19 zorg. Hiervoor zijn forse kosten gemaakt, omdat de laatste fase van het verbouwingstraject moest worden gestaakt ten behoeve van de opschaling. Daarnaast was bezwaarde genoodzaakt om in plaats van op de nieuwe ICU-afdeling elders kantoorruimte in te richten om het personeel te kunnen voorzien van een degelijke werkplek. Bezwaarde beroept zich in verband met beide kostenposten op het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en op de hardheidsclausule uit artikel 16 van de Subsidieregeling. Ten slotte voert bezwaarde aan dat de exceptieve toetsing meegenomen dient te worden in de besluitvorming om te bezien of de Subsidieregeling wel juist is en of het kader niet te strikt is toegepast.

Vanwege de omvang van het bezwaarschrift wordt voor de volledige weergave van deze bezwaargronden verwezen naar het aanvullend bezwaarschrift van 20 mei 2021 dat bij dit advies is gevoegd. (Bijlage 2).

Verweerschrift

Op 17 september 2021 heeft u een verweerschrift ingediend. Samengevat heeft u het volgende aangevoerd.

In het verweerschrift bent u ingegaan op de achtergrond en de totstandkoming van de Subsidieregeling. Daarnaast bent u ingegaan op hetgeen door bezwaarde is aangevoerd in verband met de de gemaakte kosten ten behoeve van het inrichten van de interimvleugel ad € 700.000,- en de gemaakte kosten voor het realiseren van de kantoorruimte op het dakterras ad € 450.000,-. U betwist de stelling van bezwaarde dat het bestreden besluit in strijd is met de Subsidieregeling, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginselen het gelijkheidsbeginsel. Bovendien vindt u dat er voldaan is aan de vergewisplicht ten aanzien van het advies van het comité en ziet u geen aanleiding voor toepassing van de hardheidsclausule, dan wel een reden om de Subsidieregeling in het kader van een exceptieve toetsing buiten toepassing te laten. In het verweerschrift licht u uw standpunt - per bezwaargrond - gemotiveerd toe. U stelt zich op het standpunt dat de aangevoerde bezwaren niet afdoen aan het bestreden besluit en u meent dat om die reden het bezwaar ongegrond verklaard dient te worden.

Blad
4

Vanwege de omvang van het verweerschrift wordt voor de volledige weergave van de motivering van uw standpunt verwezen naar het verweerschrift dat bij dit advies is gevoegd. (Bijlage 3).

Hoorzitting

De commissie heeft bezwaarde en u, de minister (hierna ook: verweerder), op 30 september 2021 de gelegenheid gegeven hun standpunten mondeling toe te lichten.

Bezwaarde heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Namens bezwaarde waren op de hoorzitting aanwezig: 5.1.2e

5.1.2e
5.1.2e
5.1.2e

De minister is tijdens de hoorzitting vertegenwoordigd door 5.1.2e

5.1.2e
5.1.2e
5.1.2e
5.1.2e

Tijdens de hoorzitting is – samengevat weergegeven – het volgende besproken.

De interimvleugel

Bezwaarde licht tijdens de zitting nogmaals het gebruik van de interimvleugelen de dakopbouw voorafgaand aan, en ten tijde van, de COVID-golven toe.

In aanvulling op het bezwaarschrift voegt bezwaarde daar nog het volgende toe. Omdat de bedden op de interimvleugel nodig waren in het kader van de opschaling IC-bedden, kon de interimvleugel niet zoals voorzien was in september 2020 worden ontmanteld en worden omgebouwd tot een kantoorvoorziening, terwijl de voor die ombouw noodzakelijke werkzaamheden al in 2017 bij de aannemer waren gecontracteerd.

De kantoorruimte op het dakterras

Op de vraag van de commissie of het realiseren van een kantoorruimte op het dakterras wel noodzakelijk was, geeft bezwaarde aan dat ten tijde van de verbouwing van de IC met de intensivisten en de verpleegkundigen was afgesproken dat zij voor een beperkte periode zouden beschikken over beperkte ondersteunende ruimtes. Echter, met de komst van de COVID 19 pandemie was een kantoorruimte noodzakelijk in verband met multidisciplinaire overleggen in de nabijheid van de patienten op de IC. Bezwaarde bevestigt desgevraagd dat de kantoorruimte op het dakterras een vergroting van het bouwvolume van het ziekenhuis betekent.

Dienaangaande – en in aanvulling op het verweerschrift - wijst verweerder erop dat het realiseren van kantoorruimte niet bijdraagt aan opschaling in de zin van de Subsidieregeling.

Ratio achter subsidiabele kosten

De commissie stelt aan verweerder de vraag waarom de subsidie strikt wordt toegekend voor verbouwingkosten, maar bijvoorbeeld niet voor het verplaatsen van een voorziening van A naar B, of het afzeggen van een verbouwing, terwijl dit wel een noodzakelijke handeling kan vormen om opschaling mogelijk te maken?

In reactie hierop geeft verweerder aan dat door het comité is nagedacht over het toetsingskader dat zijn grondslag vindt in de Subsidieregeling. De Subsidieregeling beoogt in hoog tempo te voorzien in de noodzakelijke bedden. Daarbij was voorzien dat er van alles geregeld zou moeten worden door de ziekenhuizen en dat dit onvoorspelbare kosten zou kunnen opleveren. In de kaders is strikt vastgehouden aan de kosten die direct verband houden met het vergroten van de bedden capaciteit. Hetgeen naar het oordeel van verweerder direct te relateren is aan de Subsidieregeling waarin immers tijdelijkheid het uitgangspunt is van opschalingsfasen 2 en 3. Op de vraag of de afzegkosten te betitelen zijn als een bedrijfsrisico antwoordt verweerder dat opschaling grote uitdagingen met zich mee brengt, al was het maar vanwege de tijdelijkheid. Het kan zijn dat er bij de opschaling al lopende verbouwingen zijn en dat ten gevolge van de opschaling pas op de plaats nodig is, maar alle denkbare gevolgen en gevolgkosten kunnen niet onder de Subsidieregeling worden geschaard omdat dan getreden wordt in de keuzes die de ziekenhuizen maken. Eerder gemaakte keuzes ten aanzien van gesloten contracten zijn gevolgkosten en vallen daarom niet onder de regeling.

Directe kosten/ noodzakelijkheid kosten

De commissie stelt de vraag waarom ten aanzien van de afzegkosten van de interimvleugelen de verplaatsing van de kantooromgeving geoordeeld is dat deze kosten niet subsidiabel zijn. Is het omdat deze niet gekwalificeerd worden als directe kosten, of is het omdat door bezwaarde niet is aangetoond dat sprake is van noodzakelijke kosten?

Bezwaarde reageert hierop door te stellen dat door verweerder te weinig naar de feitelijke situatie gekeken wordt en naar de doelstelling van de Subsidieregeling. Het afzeggen van de verbouwing was de enige mogelijkheid om de interimvleugel in te kunnen zetten. De redenering van verweerder dat niet in gemaakte keuzes van ziekenhuizen mag worden getreden, kan volgens bezwaarde niet rechtvaardigen dat hier geen subsidie wordt verleend.

In reactie hierop stelt verweerder dat hij desgevraagd nooit antwoord gekregen heeft van bezwaarde op de vraag waarom de gekozen oplossing noodzakelijk is en ook niet op de vraag waar de kantooromgeving gevestigd was voorafgaand aan en tijdens de pandemie.

In aansluiting op het voorgaande merkt de commissie het volgende op. Aan de ene kant stelt verweerder dat door hem niet kan worden getreden in de keuzes van ziekenhuizen en dat om die reden alleen directe kosten subsidiabel zijn, maar anderzijds stelt verweerder dat de noodzakelijkheid van de gemaakte keuzes van bezwaarde niet voldoende is onderbouwd. Suggereert verweerder daarmee dat – indien de gemaakte keuze voldoende is onderbouwd – verweerder wel ingaat op die keuzes en zou subsidieverlening dan wel mogelijk zijn? Verweerder komt terug op de eerdere reactie voor zover daardoor de indruk zou zijn ontstaan dat gevolginvesteringen subsidiabel zijn want gevolginvesteringen zijn überhaupt niet subsidiabel.

Afzegging van de verbouwing/stagnatiekosten

Desgevraagd geeft bezwaarde aan dat de kostenpost van € 700.000,- geen kostenpost betreft voor een uitgestelde verbouwing, maar voor het daadwerkelijk afzeggen van een verbouwing van de interimvleugel tot kantooromgeving. De verbouwing is afgezegd vanwege de onbekende duur van de pandemie en vanwege de opschaling naar 28 bedden die in ieder geval tot en met 2022 moet gaan plaatsvinden.

Bezwaarde merkt op dat hij er financieel beter van geworden zou zijn als hij de verbouwing van de interimvleugel naar kantooromgeving zou hebben doorgezet. Indien hij de opschaling elders in het ziekenhuis zou hebben gerealiseerd, dan zou er een subsidie van € 633.000,- per opgeschaald bed zijn verleend, dit komt neer op een bedrag van in totaal € 3.800.000,-. Door in de geest van de Subsidieregeling te handelen – en direct op een zo eenvoudig mogelijke manier op te schalen waartoe ziekenhuizen in de brief van 5 augustus 2020 werden aangespoord - is een bedrag van € 3.000.000,- bespaard. Dit staat in geen verhouding tot de € 700.000,- kosten voor de afgezegde verbouwing die inhield: het ontmantelen van de interimvleugel en het omzetten daarvan naar een kantooromgeving. In reactie hierop stelt verweerder dat het elders realiseren van een duurdere verbouwing nog niet maakt dat die subsidiabel is omdat die keuze niet gemaakt is door bezwaarde en als zodanig ook niet is beoordeeld door verweerder.

Op de vraag van de commissie of de € 700.000,- in verband met de afgezegde verbouwing ook daadwerkelijk is betaald, antwoordt bezwaarde dat dit bedrag is opgenomen in de totale afrekening met de aannemer die uit meerdere posten bestaat en die nog moet plaatsvinden. De betalingsverplichting zelf is echter al in 2017 aangegaan.

Verkenning mogelijkheden tot vergelijk te komen

De commissie stelt de volgende vraag aan verweerder:

Is er een redenering mogelijk waarin men zou kunnen zeggen: er is een verbouwing afgezegd, dat is een keuze die niet in het toetsingskader bouwkundige aanpassingen van het comité past, maar daardoor is afgezien van een andere, duurdere keuze die wel subsidiabel was, zodat in dit specifieke geval een uitzondering moet worden gemaakt? In reactie hierop volhardt verweerder in zijn standpunt conform het bestreden besluit en het advies van het comité. Dat wil zeggen, de kantooromgeving in de dakopbouw betreft volgens verweerder nieuwbouw en is daarom uitgesloten van subsidieverlening. De afzegkosten van de verbouwing betreffen gevolginvesteringen en die zijn volgens het toetsingskader bouwkundige aanpassingen evenmin subsidiabel.

Exceptief verweer

Bezwaarde voert aan dat de exceptieve toetsing meegenomen dient te worden in de besluitvorming om te bezien of de regeling wel juist is en of het kader niet te strikt is toegepast. De commissie vraagt in dat verband aan bezwaarde welk deel van de regeling niet zou moeten worden toegepast.

De uitsluiting van nieuwbouw voor subsidieverlening moet volgens bezwaarde buiten toepassing worden gelaten nu het bij het realiseren van de kantooromgeving om een dakterras ging waar alleen muren met een overkapping omheen gezet hoefden te worden. Dit was de enige oplossing die ook nog voordelig uitviel.

De hardheidsclausule

Desgevraagd geeft verweerder nogmaals aan geen aanleiding te zien voor de toepassing van de hardheidsclausule. Redengevend hiervoor zijn de conclusies uit het deskundigenadvies van het comité dat door hem gevolgd wordt en het toegenomen bouwvolume door het realiseren van de kantooromgeving.

Slotopmerking van gemachtigde van bezwaarde

Bezwaarde verbaast zich erover dat verweerder niet bereid is de hardheidsclausule toe te passen, terwijl de overheid wel profijt heeft gehad van de omstandigheid dat bezwaarde met

Blad
7

bepaalde middelen heeft weten op te schalen. Ten slotte wijst bezwaarde erop dat de jaarrekening van Rijnstate, waaraan verweerder refereert in het verweerschrift, inderdaad positieve cijfers kent, maar dat dat niet betekent dat nihilstelling ten aanzien van het onderdeel bouwkundige aanpassingen redelijk zou zijn. De jaarrekening dient buiten beschouwing te worden gelaten bij de toets aan artikel 3:4 van de Awb.

Overwegingen van de commissie

De commissie adviseert als volgt.

De commissie stelt vast dat het geschil ziet op het niet vergoeden van het door bezwaarde aangevraagde subsidiebedrag van €1.150.000 voor bouwkundige kosten. Het betreft enerzijds de kosten van een nieuw te realiseren kantoorruimte in een dakopbouw ad € 450.000,- en anderzijds de afzegkosten voor de verbouwing van de interimvleugel ad € 700.000,-. Alvorens de commissie ingaat op de afzonderlijke onderdelen, gaat zij eerst in op hetgeen door bezwaarde is aangevoerd met betrekking tot het vertrouwensbeginselen het gelijkheidsbeginsel.

Vertrouwensbeginsel

Bezwaarde heeft een drietal uitingen en/of gedragingen genoemd op grond waarvan volgens hem gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de genoemde kosten in aanmerking zouden komen voor subsidie. Het gaat om de brief van de minister voor Medische Zorg en Sport van 5 augustus 2020, het besluit tot subsidieverlening van 10 december 2020 en de bestuurlijke onderhandeling die daarop is gevolgd met betrekking tot opschalingsfase 1+.

De commissie overweegt dat voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694) 3 stappen moeten worden doorlopen. Allereerst is vereist dat de betrokkene aannemelijk maakt dat van de zijde van de overheid toezeggingen of andere uitlatingen zijn gedaan of gedragingen zijn verricht waaruit de betrokkene in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kon en mocht afleiden of en, zo ja, hoe het bestuursorgaan in een concreet geval een bevoegdheid zou uitoefenen. Verder is vereist dat de toezegging, andere uitlating of gedraging aan het bevoegde bestuursorgaan kan worden toegerekend. Dat is het geval indien de betrokkene in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kon en mocht veronderstellen dat degene die de uitlating deed of de gedraging verrichtte de opvatting van het bevoegde orgaan vertolkte. Als de eerste twee stappen zijn doorlopen volgt de laatste stap, de afweging van de belangen van alle betrokkenen.

De commissie is met verweerder van mening dat met de brief van de minister voor Medische Zorg en Sport van 5 augustus 2020 ten aanzien van bezwaarde geen sprake is geweest van een uitlating of gedraging van verweerder, laat staan een toezegging waaruit hij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kon en mocht afleiden dat verweerder de genoemde kosten voor subsidie in aanmerking zou brengen. Evenmin bevat de brief een toezegging, uitlating en/of gedraging die toegesneden is op de concrete situatie van bezwaarde. Omdat in de brief van de minister voor Medische zorg en Sport van 5 augustus 2020 juist een voorbehoud is gemaakt ten aanzien van de financiering van de opschaling, en er dus juist geen concrete toezegging is gedaan, acht de commissie uw conclusie gerechtvaardigd dat

Blad
8

geen sprake is van schending van het vertrouwensbeginsel ten aanzien van de subsidieverlening voor de bouwkundige aanpassingen zoals aangevraagd door bezwaarde.

Dat in het verleningsbesluit van 10 december 2020, in afwachting van het advies van het comité, een bedrag dat gelijk is aan het richtinggevend maximum is verleend voor bouwkundige aanpassingen, leidt volgens de commissie evenmin tot de conclusie dat sprake is van schending van het vertrouwensbeginsel. Immers, zoals door verweerder ook wordt betoogd in het verweerschrift, is in het verleningsbesluit van 10 december 2020, duidelijk opgenomen – onder verwijzing naar artikel 5, tweede lid, onder b, van de Subsidieregeling – dat na het advies van het comité de verlening van het onderdeel bouwkundige aanpassingen, opnieuw zal worden beoordeeld en dat bezwaarde dan een gewijzigde beschikking zou ontvangen. Op basis hiervan kon bezwaarde er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat het verleende bedrag hem hoe dan ook toekwam, of dat hij een hoger bedrag voor de door hem aangevraagde bouwkundige aanpassingen zou ontvangen.

Ten aanzien van de stelling van bezwaarde dat er bij de bestuurlijke onderhandeling met betrekking tot opschalingsfase 1+ een impliciete toezegging gedaan zou zijn door verweerder waardoor er sprake zou zijn van schending van het vertrouwensbeginsel, merkt de commissie het volgende op. Deze stelling is door bezwaarde niet nader onderbouwd en is bovendien door verweerder gemotiveerd betwist. Verweerder heeft verklaard dat bij de bestuurlijke onderhandeling is overeengekomen dat juist geen extra vergoeding voor bouwkundige aanpassingen zou worden aangevraagd voor fase 1+, afgezien van bijzondere omstandigheden waarvan in het geval van bezwaarde geen sprake is. Gelet op de omstandigheid dat bezwaarde zijn stelling niet heeft onderbouwd, en het betoog van verweerder op dit punt bovendien onweersproken heeft gelaten, acht de commissie ook in dit geval uw conclusie gerechtvaardigd dat het beroep op het vertrouwensbeginsel van bezwaarde niet kan slagen.

Gelijkheidsbeginsel

Bezwaarde heeft aangevoerd dat het bestreden besluit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel omdat op grond van de Subsidieregeling alleen bedragen boven de grensbedragen worden voorgelegd aan het comité en alle aanvragen onder die bedragen standaard worden toegekend en niet aan het comité worden voorgelegd. Dit zou intrinsiek tot ongelijke situaties leiden. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en dat, indien dat niet het geval is, voor de ongelijke behandeling van ongelijke gevallen een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond moet bestaan. De commissie volgt hier het betoog van verweerder dat een toetsing op noodzakelijkheid en doelmatigheid van de opgevoerde bouwkundige aanpassingen door een onafhankelijk comité gerechtvaardigd is indien een subsidieaanvraag boven het richtinggevende grensbedrag uitkomt dat is vastgesteld op basis van officiële normen voor IC-verbouwingen.¹ Een subsidieaanvraag die de grensbedragen niet overstijgt en wordt beoordeeld op basis van een lichte toets vormt geen vergelijkbaar geval ten aanzien van de aanvraag van bezwaarde die de grensbedragen wél overstijgt. Bovendien heeft verweerder uiteengezet dat bezwaardes stellingname, voor zover die inhoudt dat aanvragen onder de grensbedragen zonder meer gehonoreerd zouden worden, niet juist is. Alle aanvragen – ook aanvragen onder de grensbedragen – moeten namelijk aan de voorwaarden en vereisten van de Subsidieregeling voldoen en worden daarop ook beoordeeld, zij het niet altijd door het comité. De beoordeling van de aanvragen onder de grensbedragen

¹ Die voortkomt uit de Bouwkostennota 2020 en het rapport 'Vormfactoren & kostengengedaten' van Arcadis.

heeft ertoe geleid dat ten aanzien van elf ziekenhuizen voor het onderdeel bouwkundige aanpassingen een lagere subsidie is verleend dan zij hadden aangevraagd. Dat aanvragen voor subsidie onder de grensbedragen zonder meer zouden worden gehonoreerd en gunstiger zouden worden beoordeeld dan de aanvraag van bezwaarde - zoals hij suggereert - is dus niet juist. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel van bezwaarde kan naar het oordeel van de commissie gelet op het voorgaande niet slagen.

De kosten ad € 450.000,- voor het realiseren van de nieuwe kantooromgeving op het dakterras

Bezwaarde heeft ter zitting aangegeven dat in het bestreden besluit ten aanzien van de kosten voor de kantooromgeving op het dakterras, door de minister ten onrechte het advies van het comité wordt gevolgd. Het comité heeft in zijn advies van 19 januari 2021 geadviseerd dat de realisatie van de kantoorvoorziening op het IC-dakterras niet noodzakelijk is en niet direct toe te rekenen is aan de IC-opstapeling. Het comité beoordeelt de kosten van de bouwkundige aanpassingen voor de tijdelijke kantooromgeving als verdringingskosten en daarmee niet subsidiabel.

De commissie begrijpt dat bezwaarde voor een functionerende IC een kantoorruimte nodig heeft. Echter, daarmee is niet gezegd dat de hiervoor gedane investering in dit geval subsidiabel is in het kader van de Subsidieregeling. De commissie constateert dat de kosten gemaakt voor het kantoor op het dakterras reeds om een andere reden dan door het comité en verder genoemd niet subsidiabel zijn. Bezwaarde heeft namelijk ter zitting toegelicht dat de dakopbouw gerealiseerd is door het plaatsen van zijwanden en een dak. Bezwaarde onderkent dat deze opbouw een toename van het bouwvolume van het ziekenhuis betekent. In artikel 1 van de Subsidieregeling worden bouwkundige aanpassingen omschreven als: het plaatsen, aanbrengen of veranderen van een bouwwerk, ten behoeve van opschalingsfase 1, opschalingsfase 2 of opschalingsfase 3 waarbij geen wijzigingen aan het fysieke bouwvolume, aan zijgevels, achtergevels en daken worden toegepast. Op grond van artikel 5, tweede lid, sub a, van de Subsidieregeling dienen de bouwkundige aanpassingen plaats te vinden binnen de bestaande grenzen van de instelling. Nu de opbouw op het dakterras het bouwvolume vergroot, vallen deze kosten ad € 450.000,- niet onder bouwkundige aanpassingen als bedoeld in de Subsidieregeling en zijn deze reeds hierom niet subsidiabel op grond van artikel 3 van de Subsidieregeling.

Mogelijkheid toepassing hardheidsclausule mbt opbouw dakterras

Bezwaarde heeft verzocht om toepassing van de hardheidsclausule als bedoeld in artikel 16 van de Subsidieregeling. Op basis van de hardheidsclausule kan de minister een of meer bepalingen van de Subsidieregeling buiten toepassing laten of daarvan afwijken voor zover de toepassing gelet op het belang dat de desbetreffende bepaling beoogt te beschermen zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.

De commissie heeft de bezwaren die zijn aangevoerd met betrekking tot de opbouw op het dakterras gezien in het licht van de hardheidsclausule. Zij ziet echter geen aanknopingspunten om te adviseren op basis hiervan af te zien van de toepassing van artikel 5, tweede lid, onder a, van de Subsidieregeling. Redengevend hiervoor acht de commissie dat de toename van bouwvolume door het realiseren van het kantoor op het dakterras zich niet verhoudt met het uitgangspunt van de Subsidieregeling dat het moet gaan om een bouwkundige aanpassing ten behoeve van de opstapeling van de IC-capaciteit die tijdelijk van aard is. De regelgever heeft dit expliciet tot uitdrukking gebracht in artikel 5, tweede lid, sub a, van de Subsidieregeling waarin is bepaald dat bouwkundige aanpassingen plaats dienen te vinden binnen de bestaande

grenzen van de instelling. De commissie meent dat met het voorgaande vaststaat dat een vergroting van het bouwvolume en de bijbehorende financiële consequenties, geen onvoorzien, onbedoeld en onbillijk gevolg van de Subsidieregeling vormen. De toepasselijkheid van de hardheidsclausule ligt hiermee volgens de commissie evenmin in de rede.

Het evenredigheidsbeginsel

De commissie heeft zich voorts gebogen over de vraag of de nihilvaststelling van de subsidieverlening voor het realiseren van het kantoor op het dakterras, onevenredig nadelige gevolgen heeft voor bezwaarde. Dat wil zeggen: de commissie heeft in ogenschouw genomen of het doel en de gevolgen van het besluit evenredig zijn in de zin van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb.

De commissie merkt in dat verband op dat het kantoor op het dakterras niet onder de definitie van bouwkundige aanpassingen in de Subsidieregeling valt, omdat met deze opbouw het bouwvolume van het ziekenhuis wordt vergroot en het kantoor niet tijdelijk van aard is. De commissie stelt vast dat het besluit ten aanzien van de afwijzing van de kosten voor het kantoor op het dakterras in overeenstemming is met de bepalingen uit de Subsidieregeling en dus met het doel daarvan. Zij verwijst daartoe naar hetgeen daarover ook reeds is opgemerkt in het kader van de hardheidsclausule. Tegenover het belang van bezwaarde bij de subsidie voor de betreffende kosten staat het algemeen belang van een juiste en consistente toepassing van de Subsidieregeling en besteding van overheidsgeld. Gelet op het algemeen belang van het naleven van de Subsidieregeling en gelet op de taak en verantwoording die u ten aanzien van publieke middelen heeft, is sprake van een gerechtvaardigd en zwaarwegend belang bij het bestreden besluit waarbij de kosten voor het kantoor op het dakterras op nihil zijn gesteld. Dit weegt naar het oordeel van de commissie zwaarder dan het belang van bezwaarde bij het ontvangen van de subsidie. De commissie neemt hierbij tevens in overweging dat bezwaarde zonder overleg vooraf deze investering is aangegaan hoewel duidelijk was dat deze buiten het bestek van de Subsidieregeling valt.

Bovendien is gesteld noch gebleken dat de nadelige gevolgen van het besluit voor bezwaarde niet evenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Zo is bijvoorbeeld erkend door bezwaarde dat de continuïteit van bezwaarde door het besluit niet in gevaar komt. Evenmin zijn de commissie andere onevenredige gevolgen van uw besluit voor bezwaarde gebleken.

Het besluit, voor zover dat ziet op het niet toekennen van subsidie voor de tijdelijke kantooromgeving, is naar het oordeel van de commissie daarom niet in strijd met artikel 3:4 van de Awb genomen.

De exceptieve toetsing

Bezwaarde stelt dat artikelen van de Subsidieregeling die subsidiëring verhinderen van bouwkundige aanpassingen die het bouwvolume vergroten, buiten toepassing gelaten dienen te worden in het kader van een exceptieve toetsing. Deze toetsing houdt in dat een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing wordt gelaten indien het in strijd is met een hoger wettelijk voorschrift, dan wel indien het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel. De commissie ziet, gelet op het voorgaande, geen aanleiding voor de conclusie dat de Subsidieregeling in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel of hoger wettelijk voorschrift. Dit bezwaar slaagt daarom niet.

De afkoopkosten ad € 700.000,- voor de verbouwing van de interimvleugel

Bezwaarde heeft aangevoerd dat de IC-opstapeling de oorzaak is van het stopzetten van het vernieuwingstraject van de ICU en dat de kosten die hiertoe zijn gemaakt daarom direct zijn toe te rekenen aan de opstapeling. Zonder de stopzetting was er namelijk geen ruimte om de opstapeling van IC-bedden mogelijk te maken. De kosten zijn volgens bezwaarde direct te scharen onder bouwkundige kosten, zoals bedoeld in het toetsingskader van het comité en de Subsidieregeling.

De commissie stelt zich in de eerste plaats de vraag hoe de kosten die gemaakt zijn in verband met het afzeggen van de verbouwing van de interimvleugel, gekwalificeerd dienen te worden in de zin van de Subsidieregeling. Verweerder stelt in het bestreden besluit – conform het advies van het comité – dat de kosten die gemaakt zijn voor het stoppen van het vernieuwingstraject ad € 700.000,-, als afkoopkosten en tevens als indirecte kosten moeten worden aangemerkt. De commissie volgt verweerder in zoverre in die redenering dat het afzeggen van de verbouwing, en de kosten die daarmee gepaard gaan, aangemerkt kunnen worden als afkoopkosten voor het niet nakomen van het contract met de aannemer.

Op grond van artikel 1 van de Subsidieregeling wordt onder bouwkundige aanpassingen verstaan: "het plaatsen, aanbrengen of veranderen van een bouwwerk, ten behoeve van opstapelingsfase 1, opstapelingsfase 2 of opstapelingsfase 3 waarbij geen wijzigingen aan het fysieke bouwvolume, aan zijgevels, achtergevels en daken worden toegepast."

Op grond van artikel 3, eerste lid, onder a, van de Subsidieregeling kan de minister aan een instelling op aanvraag een subsidie verstrekken voor bouwkundige aanpassingen ten behoeve van opstapelingsfase 1 tot en met opstapelingsfase 3.

Afkoopkosten zijn volgens de begripsbepaling geen kosten voor bouwkundige aanpassingen als hier omschreven. Het gaat hier immers niet om kosten voor het plaatsen, aanbrengen of veranderen van de ruimte voor de IC, maar om vergoeding van kosten van de aannemer voor de afgelasting van een geplande verbouwing van de ruimte tot kantoorruimte. De commissie stelt daarom vast dat afkoopkosten in beginsel geen bouwkundige aanpassingen betreffen op grond van de Subsidieregeling en dus niet zonder meer voor subsidie in aanmerking kunnen komen. Voor zover bezwaarde betoogt dat de kosten wel subsidiabel zijn als kosten voor bouwkundige aanpassingen acht de commissie dit onjuist.

De hardheidsclausule ten aanzien van de afkoopkosten

Bezwaarde heeft verzocht om toepassing van de hardheidsclausule in artikel 16 van de Subsidieregeling. Op basis van de hardheidsclausule kan de minister een of meer bepalingen van de Subsidieregeling buiten toepassing laten of daarvan afwijken voor zover toepassing gelet op het belang dat de desbetreffende bepaling beoogt te beschermen zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard. Verweerder ziet, mede gelet op het advies van het comité, geen aanleiding voor de toepassing van de hardheidsclausule.

De commissie stelt voorop dat bezwaarde tot op heden de daadwerkelijk gemaakte afkoopkosten niet heeft onderbouwd. U heeft daarnaar geen nader onderzoek kunnen (laten) doen, omdat het verzoek om aanvullende informatie dat door het comité is gedaan niet tot de benodigde informatie heeft geleid. Bezwaarde heeft een kostenspecificatie en offertes van de integrale verbouwing van de oorspronkelijk opgenomen kantoorvleugel aangeleverd, verhoogd met een globale inschatting van extra kosten ten gevolge van de latere realisatie. In het verweerschrift constateert u dat geen kostenspecificaties met onderbouwing van de door de aannemer gevraagde annuleringskosten, extra kosten ten gevolge van stagnatie en extra

opstartkosten zijn aangeleverd. De commissie stelt vast dat het comité om deze laatste gegevens ook niet expliciet heeft gevraagd, zodat niet uitgesloten kan worden dat het voor bezwaarde niet duidelijk was welke gegevens er overgelegd dienden te worden. In het verweerschrift is dit pas duidelijk geworden. De commissie geeft u daarom in overweging om bezwaarde alsnog in de gelegenheid te stellen om de daadwerkelijk gemaakte afkoopkosten aan te tonen met de genoemde gegevens.

Voor zover bezwaarde erin slaagt de daadwerkelijk gemaakte afkoopkosten te onderbouwen, adviseert de commissie u het volgende in overweging te nemen. De commissie is, gelet op de zeer specifieke omstandigheden van dit geval, van oordeel dat in dat geval nader onderzocht dient te worden of de hardheidsclausule kan worden toegepast. Bij aanvang van de coronapandemiebeschikte bezwaarde toevalligerwijs over een IC-interimvleugel in verband met een zojuist gerealiseerde vernieuwing van de bestaande IC. De ingebruikname van de interimvleugelen behoeve van de opschaling is door het comité in haar advies aangemerkt als een logische keuze van bezwaarde. Deze logische keuze om de bestaande voorziening te benutten voor de opschaling en geen nieuwe tijdelijke IC in te richten, voldeed daarmee aan een belangrijk principe van subsidieverlening, namelijk het principe van de doelmatigheid. Tevens werd door bezwaarde op een zo voordelig mogelijke wijze voldaan aan de doelstelling van de Subsidieregeling namelijk de benodigde IC-opschaling.

Hoewel niet door het comité beoordeeld, omdat een aanvraag voor een realisering van een tijdelijke IC-unit elders in de instelling nooit is ingediend, is voor de commissie niet op voorhand vast komen te staan dat hiermee kosten bespaard zouden zijn. Het komt de commissie echter niet onwaarschijnlijk voor dat de keuze die bezwaarde heeft gemaakt, kostenbesparend is geweest en voldoet aan de doelmatigheid die de Subsidieregeling nastreeft. Door de keuze van bezwaarde om niet elders in de instelling een tijdelijke IC-unit in te richten, en dus waarschijnlijk financiële middelen uit de openbare kas uit te sparen, heeft bezwaarde – naar eigen zeggen – noodzakelijkerwijs kosten moeten maken die hij anders niet gemaakt zou hebben. De verbouwing van de interimvleugel in september 2020 zou dan immers gewoon doorgang hebben gevonden, zoals reeds was gepland in 2017. De commissie meent dat het afzeggen van de verbouwing – in het belang van de doelmatigheid en in het belang van de openbare kas – dermate noodzakelijk is en in lijn ligt met de eveneens noodzakelijke opschaling, dat uw gevolgtrekking dat het hier om indirecte kosten gaat, niet per definitie zou moeten leiden tot de conclusie dat hiervoor geen subsidie zou kunnen worden verstrekt op grond van de Subsidieregeling.² De kosten acht de commissie in dit specifieke geval dusdanig verbonden met de IC-opschaling dat voorstelbaar is dat deze voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen. De kosten waren immers noodzakelijk voor de inzet van de reeds bestaande interimvleugel, waarmee de door de subsidieregeling beoogde opschaling van IC-capaciteit daadwerkelijk is bewerkstelligd, en waarmee is voorkomen dat er een alternatieve, kostbare, wel (of ook) subsidiabele weg moest worden ingeslagen om dit doel te bereiken.

Dat de afkoopkosten in het inhoudelijk en kwantitatief kader van het comité expliciet worden aangemerkt als indirect omdat men niet in de keuzes kan treden die door een ziekenhuis eerder gemaakt zijn, doet aan het vorenstaande niet af en maakt in de ogen van de commissie in dit geval juist ook een andere uitleg mogelijk. Te meer daar afkoopkosten niet worden uitgezonderd bij de niet-subsidiabele kosten in artikel 6 van de Subsidieregeling, noodzakelijk zijn om te kunnen opschalen op de meest logische locatie in het ziekenhuis en

² [Staatscourant 2020, 56337 | Overheid.nl > Officieel bekendmakingen \(officieelbekendmakingen.nl\)](https://www.staatscourant.nl/onderzoek-en-toezicht/overheid/overheid.nl-officieelbekendmakingen-officieelbekendmakingen.nl)

Blad
13

bovendien in overeenstemming zijn met het doel van de Subsidieregeling zoals verwoord in de toelichting.³

Gelet op het voorgaande, acht de commissie het bestreden besluit vooralsnog onvoldoende draagkrachtig gemotiveerd. De commissie wijst erop dat, voor zover uw besluit op dat punt mede op het advies van het comité berust, u hiervan in het kader van uw vergewisplicht gemotiveerd kunt afwijken.

De commissie acht in het kader van de heroverweging met name de uitzonderlijke omstandigheid dat er reeds een tijdelijke IC op de interimvleugel gereed was, van belang. Een uitzonderlijkheid die zich niet bij andere instellingen heeft voorgedaan en waarvan de commissie het aannemelijk acht dat de regelgever deze ook niet heeft voorzien bij het opstellen van de Subsidieregeling.

Hierbij adviseert de commissie u daarom – om op grond van bovengenoemde argumenten – in het geval bezwaarde de gemaakte afkoopkosten alsnog weet te onderbouwen, te heroverwegen of aanleiding bestaat voor toepassing van de hardheidsclausule uit artikel 16 van de Subsidieregeling, en na te gaan of afgeweken kan worden van de artikelen 1 en 3 van de Subsidieregeling teneinde de vergoeding van de aanvraagde kosten voor het niet realiseren van de kantoorvleugel mogelijk te maken.

Het evenredigheidsbeginsel t.a.v. de afzekkosten ad € 700.000,- voor de verbouwing van de interimvleugel

Indien u ook na nader onderzoek geen aanleiding ziet om de hardheidsclausule toe te passen, dan adviseert de commissie u om op grond van de evenredigheidstoets nogmaals te onderzoeken of de voor bezwaarde nadelige gevolgen van het bestreden besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen in de zin van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. De commissie adviseert u daarbij met name aandacht te hebben voor het doelmatigheidsaspect van de ingebruikname van de interimvleugel, geheel in de geest van de Subsidieregeling en de uitgespaarde kosten, afgezet tegen de afkoopkosten die bezwaarde daarvoor heeft moeten maken (voor zover onderbouwd en aangetoond).

De exceptieve toetsing

De commissie ziet gelet op het voorgaande geen aanleiding om in haar advies nader in te gaan op het bezwaar dat strekt tot exceptieve toetsing van de Subsidieregeling en het toetsingskader van het comité.

Conclusie

Gelet op het voorgaande adviseert de commissie u om:

- het bezwaar – voor zover gericht tegen de weigering om subsidie te verlenen voor de gemaakte kosten ad € 450.000,- ten behoeve van de kantooromgeving op de dakopbouw – ongegrond te verklaren;
- het bezwaar – voor zover gericht tegen de weigering om subsidie te verlenen voor de afkoopkosten ad € 700.000,- voor de verbouwing van de interimvleugel gegrond te verklaren en het bestreden besluit op dit punt te heroverwegen in het licht van haar advies.

³ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2020-56337.html#d17e3886>

proceskostenvergoeding

Bezwaarde heeft in het bezwaarschrift verzocht om een vergoeding van de kosten die in verband met de behandeling van het bezwaar moesten worden gemaakt. Hierover merkt de commissie het volgende op.

De kosten die de belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, worden op grond van artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed op verzoek van de belanghebbende voorzover het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.

Aangezien de commissie adviseert het bestreden besluit te heroverwegen, geeft de commissie u tevens in overweging om, indien dit leidt tot een herroeping van het besluit van 19 maart 2021 en alsnog subsidie wordt verleend voor de stagnatiekosten ad € 700.000,- voor het (nog) niet realiseren van de kantorenvleugel, over te gaan tot vergoeding van de proceskosten. De herroeping vindt dan immers plaats op grond van nadere inzichten in wat rechtens juist is ten aanzien van deze kosten, zodat in dat geval vast staat dat het besluit van 19 maart 2021 is herroepen wegens een aan de minister te wijten onrechtmatigheid.

5.1.2e

w.g.

5.1.2e

5.1.2e

w.g.

5.1.2e