

Eindafrekening met pepernoten

Voor een onbetaalbare bijdrage aan het bouwrecht and beyond

Vriendenbundel voor prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis

Onder redactie van:
prof. dr. ir. A.G. Bregman
mr. dr. E.M. Bruggeman
mr. A.M.B. Chao
mr. N. van Wijk - van Gilst

Eerste druk

ibr
Instituut voor bouwrecht

's-Gravenhage - 2019

Aanbesteding en de toewijzing van schaarse rechten

Prof. mr. J.M. Hebly

Sinds de inwerkingtreding van de eerste Aanbestedingsrichtlijn in 1971¹ geldt voor aanbestedende diensten een verplichting de toewijzing van overheidsopdrachten - op dat moment alleen nog voor werken - vooraf te laten gaan door een aanbesteding waarbij daadwerkelijke mededinging het uitgangspunt vormt. In zijn uitspraak van 2 november 2016 in de zaak *Vlaardingen*² heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) beslist dat ook bij de toewijzing van schaarse publieke rechten (in casu een kansspel vergunning) reële mededingingsruimte moet worden geboden. Eerder al had het Hof van Justitie EU in de zaak *Betfair* een op de vrij verkeer bepalingen van het Werkingsverdrag EU gebaseerde verplichting aangenomen om bij de verdeling van schaarse publieke rechten (in casu eveneens een kansspel vergunning) reële mededinging te garanderen.³ Deze recente ontwikkeling bij de toewijzing van schaarse vergunningen met een economisch belang is sindsdien in een stroomversnelling geraakt en zou wel eens kunnen leiden tot een situatie waarin de toewijzing (of verdeling) van alle soorten schaarse rechten met een economisch belang afkomstig van overheden, bestuursorganen of publiekrechtelijke instellingen aan een daadwerkelijke mededinging moet worden onderworpen.⁴

In het licht van deze mogelijke ontwikkeling en ten behoeve van een in dat kader wenselijke uniformering van toepasselijke regelgeving en randvoorwaarden, verdient het aanbeveling te onderzoeken welke weg de toewijzing van overheidsopdrachten (lees: het aanbestedingsrecht) op hoofdlijnen heeft gevolgd om haar huidige 'stand van het recht' te bereiken.

1. Richtlijn Werken 1971

De preambule bij Richtlijn 1971 overweegt, met verwijzing naar het EEG Verdrag⁵ en de daarop gebaseerde Algemene Programma's voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten,⁶ dat bij de gelijktijdige verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de lidstaten, niet alleen de beperkingen moeten worden

1 Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (71/305/EEG), *PbEG* 16.8.1971 L 185/5 (hierna: Richtlijn 1971).

2 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Vlaardingen*), ro. 8/10, waarover onder meer A. Drahmman, 'Gelijke kansen bij het verlenen van schaarse vergunningen in het omgevingsrecht', *TBR* 2017/156.

3 HvJEU 3 juni 2010, C-203/08 (*Betfair*), r.o. 47 en 62.

4 In deze bijdrage spreek ik over 'toewijzing' aangezien zowel in het aanbestedingsrecht als bij schaarse rechten met een economisch belang sprake is van een selectie die er toe leidt dat niet iedere belanghebbende partij de overheidsopdracht (aangebestedingsrecht) of het publieke recht (vergunning, subsidie, e.d.) verkrijgt. Van 'verdeling' is sprake als er geen schaarste is (vgl. HvJEU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399, *Falk Pharma*) of als iedere belanghebbende (een deel van) het recht verkrijgt (vgl. de parkeervergunning al dan niet met wachtlijst; het subsidieplafond met verdeling naar rato). Hierover ook C.J. Wolswinkel, 'Volwassen verdelingsrecht? Rechtsontwikkeling en rechtseenheid bij de verdeling van schaarse vergunningen', *JB Plus* 2017 (1), onder 4.4.

5 Artikelen 57 lid 2, 66 en 100 EEG Verdrag.

6 *PbEG* nr. 2 van 15.1.1962, blz. 32 en 36/62.

opgeheven maar dat tevens de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken gecoördineerd moeten worden.⁷ Deze coördinatie dient op grond van de verklaring van de Raad betreffende beide Algemene Programma's te geschieden op grond van de volgende beginselen: verbod van technische specificaties met een discriminerende werking, een voldoende bekendmaking van de opdrachten, het opstellen van objectieve deelnemingscriteria en het instellen van een procedure waardoor op de inachtneming van deze beginselen gemeenschappelijk toezicht kan worden uitgeoefend.⁸ Daarnaast dienen uitzonderingsgevallen te worden vastgesteld waarin de maatregelen tot coördinatie van de procedures niet toegepast behoeven te worden⁹ en kunnen opdrachten voor de uitvoering van werken van minder dan 1.000.000 rekeneenheden buiten de mededinging worden gelaten.¹⁰ Tot slot bepaalt de preambule dat het voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten noodzakelijk is dat de door de aanbestedende diensten opgestelde aankondigingen van opdrachten op communautair niveau bekend worden gemaakt.¹¹

De richtlijn bevat vervolgens in vijf titels de uitwerking van deze uitgangspunten, en wel in algemene bepalingen, waaronder definities en uitzonderingen op een aanbestedingsplicht (titel I - artikelen 1 t/m 9), gemeenschappelijke regels op technisch gebied, waaronder het verbod tot het opnemen van technische specificaties die producten van een bepaald fabricaat of van een bepaalde herkomst of bijzondere werkwijzen vermelden ten gevolge waarvan bepaalde ondernemingen worden begunstigd of uitgeschakeld (titel II - artikelen 10 en 11), gemeenschappelijke regels voor de bekendmaking, waaronder de verplichting het voornemen tot aanbesteding bekend te maken in een aankondiging in het Publikatieblad EG (titel III - artikelen 12 t/m 19), gemeenschappelijke regels inzake de deelneming, waaronder criteria voor kwalitatieve selectie en gunningscriteria (titel IV - artikelen 20 t/m 29) en slotbepalingen (titel V - artikelen 30 t/m 34).

In Richtlijn 1971 en haar preambule zijn aldus reeds de beginselen uitgewerkt die tot op de dag van vandaag de basis vormen voor het aanbestedingsrecht: het *gelijkheidsbeginsel* en het *transparantiebeginsel*. Het gelijkheidsbeginsel ligt besloten in het verbod van technische specificaties met een discriminerende werking ('non-discriminatie'), in de verplichting tot het opstellen van objectieve deelnemingscriteria ('gelijke behandeling') en in de verplichting tot voldoende bekendmaking van de opdrachten ('gelijke kansen'). Deze laatste verplichting geeft ook invulling aan het transparantiebeginsel, met onder meer voorschriften over de inhoud van de aankondiging.¹²

De rechtsbescherming in aanbestedingszaken wordt in Richtlijn 1971 niet verder uitgewerkt; volstaan wordt met de vermelding in de preambule van het door de Raad in zijn verklaring betreffende de beide Algemene Programma's aangegeven vereiste tot *'het instellen van een procedure waardoor op de inachtneming van de beginselen gemeenschappelijk toezicht kan*

7 Overweging 1 Preambule Richtlijn 1971. De beperkingen op het gebied van werken zijn opgeheven bij Richtlijn 71/304/EEG, waarvan artikel 1 bepaalt: *'De Lid-Staten heffen ten gunste van de [...] natuurlijke personen en vennootschappen die als dienstverlener optreden dan wel optreden door bemiddeling van agentschappen of filialen, de [...] beperkingen op ten aanzien van de toegang tot, de gunning van de uitvoering van of de deelneming aan de uitvoering van opdrachten voor de uitvoering van werken voor rekening van de Staat, de territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen.'*

8 Overweging 3 Preambule Richtlijn 1971.

9 Overweging 7 Preambule Richtlijn 1971.

10 Overweging 8 Preambule Richtlijn 1971. De 'rekeneenheid' betreft de voorloper van de Euro.

11 Overweging 9 Preambule Richtlijn 1971.

12 Zie de artikelen 16 en 17 Richtlijn 1971.

worden uitgeoefend;¹³ Het ontbreken van een regeling omtrent rechtsbescherming in Richtlijn 1971 (en de latere Richtlijn leveringen 1976)¹⁴ wordt in de eerste Rechtsbeschermingsrichtlijn opgepakt, met als overweging

'dat de communautaire richtlijnen inzake overheidsopdrachten, met name richtlijn 71/305/EEG [...] en richtlijn 77/62/EEG [...] geen specifieke bepalingen bevatten op grond waarvan een daadwerkelijke naleving van die richtlijnen kan worden gewaarborgd [...]'.¹⁵

De rechtsbescherming blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

2. Uitwerking beginselen door Hof van Justitie

Het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, die aan Richtlijn 1971 ten grondslag liggen maar daarin niet met zoveel woorden worden genoemd, worden vervolgens in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG in aanbestedingszaken omgevormd tot aanbestedingsbeginselen. Dat begint met het gelijkheidsbeginsel en wel in de zaak *Storebaelt* uit 1993.¹⁶ Die zaak betrof de bouw van een oeververbinding over de *Storebaelt* (Denemarken) en handelde over een clausule in het bestek waarin een voorgeschreven percentage Deense produkten was opgenomen; verder hadden onderhandelingen met de inschrijver plaatsgevonden op basis van een niet met het bestek overeenkomende offerte. Eén van de bezwaren van de Commissie tegen de handelwijze van de aanbesteder wordt verwoord in overweging 11 van de uitspraak:

'In de tweede plaats, wat de rechtsregels betreft die het Koninkrijk Denemarken zou hebben geschonden, verklaart zij [de Commissie, jmh], dat het gaat om richtlijn 71/305, "met inbegrip van het beginsel van gelijke behandeling, dat aan die richtlijn ten grondslag ligt".

Het Hof stelt vervolgens vast

'dat ook al wordt in de richtlijn het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers niet uitdrukkelijk genoemd, de verplichting om dit beginsel te eerbiedigen, niettemin volgt uit de hoofddoelstelling van deze richtlijn, die volgens de negende overweging van de considerans de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten beoogt, en die in titel IV de selectie- en gunningscriteria opsomt die die mededinging moeten waarborgen'.¹⁷

Het transparantiebeginsel wordt uitgewerkt in de zaak *TelAustria* uit 2000.¹⁸ Die zaak betreft de vraag of een dienstenconcessie voor de vervaardiging en publicatie van telefoonboeken valt onder de werkingssfeer van de richtlijn Nutssectoren 93/38/EEG. Het Hof overweegt dat dat niet het geval is, maar laat het daar niet bij:

'Het feit dat een dergelijke overeenkomst niet onder de werking van richtlijn 93/38 valt, is echter geen beletsel voor het Hof om een nuttig antwoord op de reeks vragen van de verwijzende rechter te geven'.¹⁹

13 Overweging 3 Preambule Richtlijn 1971.

14 Richtlijn van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (77/62/EEG), *PbEG* 15.1.1977 L 13/1.

15 Overweging 1 Preambule Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG (Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, *PbEG* 30.12.1989 L 395/33).

16 *HvJEG* 22 januari 1993, C-243/89 (*Storebaelt*).

17 *HvJEG Storebaelt*, ro. 33.

18 *HvJEG* 7 december 2000, C-324/98 (*TelAustria*).

19 *HvJEG TelAustria*, ro. 59.

Daarna volgen drie rechtsoverwegingen waarin het Hof een expliciet transparantiebeginsel formuleert:

60. In dat verband moet worden opgemerkt dat, ook al zijn dergelijke overeenkomsten bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht van de werkingssfeer van richtlijn 93/38 uitgesloten, de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht moeten nemen. 61. Immers, zoals het Hof in zijn arrest van 18 november 1999, *Unitron Scandinavia* en 3-S (C-275/98, Jurispr. Blz. I-8291, punt 31) heeft verklaard, houdt dit verbod onder meer een verplichting tot transparantie in, zodat de aanbestedende dienst kan vaststellen, of het wordt nageleefd. 62. Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

De beginselen van gelijke behandeling en transparantie werkt het Hof vervolgens verder uit in de zaak *Succhi di Frutta* uit 2004.²⁰ Ten aanzien van eerstgenoemd beginsel overweegt het Hof:

Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.²¹

In de daaropvolgende rechtsoverweging gaat het Hof nader in op het transparantiebeginsel:

Het beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt, heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.²²

3. Beginselen in de Richtlijnen

De door het Hof geformuleerde aanbestedingsbeginselen worden in de Aanbestedingsrichtlijn van 2004²³ gecodificeerd. Onder de kop 'Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten' bepaalt art. 2 van Richtlijn 2004: *Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.* De preambule van Richtlijn 2004 gaat nog een stap verder en formuleert een algemeen beginselenkader op basis van de Verdragsverplichtingen, in het bijzonder de vrij verkeer bepalingen. De preambule overweegt:

'Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van

20 HvJEG 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*).

21 HvJEG *Succhi di Frutta*, ro. 110.

22 HvJEG *Succhi di Frutta*, ro. 111.

23 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PbEU 30.4.2004 L 134/114 (hierna: Richtlijn 2004).

diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.²⁴

De in Richtlijn 2004 opgenomen coördinatiebepalingen dienen vervolgens om ervoor te zorgen dat die beginselen ook effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten garanderen.²⁵

In de meest recente Aanbestedingsrichtlijn van 2014 zijn de gecodificeerde aanbestedingsbeginselen uitgebreid met een expliciet benoemd proportionaliteitsbeginsel en opgenomen in art. 18.²⁶

4. Een nieuwe ontwikkeling

De hiervoor beschreven ontwikkeling heeft betrekking op de toewijzing (gunning) van overheidsopdrachten. Aanbestedende diensten geven echter ook rechten met een economische waarde uit, die niet onder het begrip 'overheidsopdracht' vallen. Te denken valt aan de uitgifte van (schaarse) vergunningen, de toedeling van (schaarse) subsidies, grondverkoop of de verkoop van aandelen. De vraag is dan of de verplichting om daadwerkelijke mededinging uit te lokken door toepassing van de eerdergenoemde (aanbestedings)beginselen ook geldt voor de toewijzing van deze rechten. Die vraag heeft het Hof beantwoord in de zaak *Betfair*, die handelt over vergunningverlening in de kanspelsector in Nederland.²⁷ In Nederland geldt namelijk een regeling inzake kansspelen die gebaseerd is op een gesloten vergunningstelsel, waaronder het verboden is kansspelen te organiseren of te bevorderen tenzij daartoe een vergunning is afgegeven, en waaronder de nationale autoriteiten slechts één vergunning afgeven per toegestaan kansspel. De Lotto is sinds 1961 houdster van de vergunning voor de organisatie van sportprijsvragen, de lotto en het cijferspel. De Britse onderneming *Betfair* is actief in de kanspelsector en wil haar diensten op de Nederlandse markt aanbieden, waartoe zij heeft verzocht om een vergunning voor de organisatie, al dan niet via internet, van sportprijsvragen en een totalisator. Zij heeft tevens bezwaar gemaakt tegen verlenging van de vergunning aan (onder meer) Lotto. Het vergunningsverzoek en de bezwaren worden afgewezen.²⁸ De Raad van State, waar de procedure uiteindelijk terecht komt, stelt daarop prejudiciële vragen aan het Hof. De tweede en derde vraag van de Raad vat het Hof aldus samen, dat

'de verwijzende rechter enerzijds wenst te vernemen of de rechtspraak die door het Hof op het gebied van dienstenconcessies is ontwikkeld met betrekking tot de uitlegging van artikel 49 EG alsmede van het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, op het gebied van kansspelen van toepassing is op de procedure voor de toekenning van een vergunning aan slechts één marktdeelnemer. Anderzijds wenst hij te vernemen of de verlenging van deze vergunning, zonder oproep tot mededinging, een geschikt en evenredig middel kan vormen ter verwezenlijking van op dwingende redenen van algemeen belang gefundeerde doelstellingen'.²⁹

Het Hof behandelt de vragen vervolgens vanuit de regeling van de dienstenconcessie: die vallen bij de stand van het recht in 2010 niet binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen,

24 Overweging 2, 1^e deel, Preambule Richtlijn 2004.

25 Overweging 2, 2^e deel, Preambule Richtlijn 2004.

26 Zie artikel 18, lid 1, 1^e deel, Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *PbEU* 28.3.2014 L 94/65 (hierna: Richtlijn 2014).

27 Zie noot 3.

28 HvJEU *Betfair*, overwegingen 2 en 10-20.

29 HvJEU *Betfair*, ro. 38.

maar openbare autoriteiten die dergelijke overeenkomsten sluiten dienen wel de fundamentele regels van het EG-Verdrag in het algemeen, met name art. 49 EG, en in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieplichting in acht te nemen. Deze transparantieplichting is van toepassing wanneer een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de betrokken dienstenconcessie wordt verleend, in deze concessie geïnteresseerd kan zijn.³⁰ Deze transparantieplichting, aldus het Hof, vormt bij een kansspelvergunning als in casu aan de orde een prelabelle voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. De gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, zijn immers dezelfde als die van een concessieovereenkomst voor diensten.³¹

Op basis van dit uitgangspunt formuleert het Hof vervolgens de vereisten waaraan bij het toelaten van mededinging voor de toekenning van de betrokken opdracht,³² een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen moet voldoen: objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn; beroep in rechte moet kunnen worden ingesteld en waarbij aan de criteria voldoende bekendheid moet worden gegeven.³³ Voor de verlenging van een vergunning gelden dezelfde vereisten.³⁴ Het Hof beantwoordt de beide prejudiciële vragen dan ook door aan te geven

dat artikel 49 EG in die zin moet worden uitgelegd dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting van toepassing zijn op procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan één exploitant op het gebied van kansspelen, voor zover het niet gaat om een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.³⁵

5. Raad van State bij schaarse vergunning

Deze ontwikkeling op Europees niveau wordt al snel op nationaal niveau gevolgd. In november 2016 laat de Afdeling zich in een beeldbepalende uitspraak uit over de beginselen die van toepassing zijn op de verdeling van schaarse rechten naar Nederlands (publiek)recht.³⁶ De uitspraak volgt op een omvangrijke conclusie van de staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van mei 2016 naar aanleiding van de vraag van de voorzitter van de Afdeling:

of er naar Nederlands recht een rechtsnorm bestaat die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen, op welke rechtsgrondslag die norm is gebaseerd en of er uitzonderingen op de norm zouden kunnen bestaan.³⁷

30 HvJEU *Betfair*, ro. 39/40.

31 HvJEU *Betfair*, ro. 47.

32 HvJEU *Betfair*, ro. 58.

33 HvJEU *Betfair*, ro. 50/51.

34 HvJEU *Betfair*, ro. 55.

35 HvJEU *Betfair*, ro. 62.

36 Zie noot 2.

37 Conclusie Staatsraad Advocaat-Generaal Mr R.J.G.M. Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (hierna: Conclusie Widdershoven), Inleiding. Met 'bestuur' wordt bedoeld op het vergunningverlenend orgaan; in de onderhavige zaak is dat het College van B&W van de gemeente Vlaardingen.

In zijn conclusie bespreekt Widdershoven onder meer het EU perspectief met betrekking tot mededingingsruimte en schaarse vergunningen. Het gaat dan om Uniewetgeving, waaronder met name de Aanbestedingsrichtlijnen en de Dienstenrichtlijn, en jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Het Hof heeft, aldus Widdershoven, de verplichting om bij de verdeling van schaarse publieke rechten daadwerkelijke mededinging te waarborgen verruimd naar schaarse publieke rechten, waarin deze verplichting niet door Unieregelgeving is voorgeschreven. Het Hof baseert deze verplichting op het primaire Unierecht, meer in het bijzonder op de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van dienstverlening van (thans) art. 49 en art. 56 VWEU, en daarvan afgeleide beginselen zoals gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en transparantie.³⁸ Widdershoven waarschuwt

'dat lidstaten veiligheidshalve beter niet kunnen uitgaan van een te enge reikwijdte van een op artikel 49 of 56 VWEU gebaseerde verplichting om bij de verdeling van schaarse publieke rechten reële mededinging te garanderen, en dat bovendien niet moet worden uitgesloten dat het Hof hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn van toepassing zal verklaren op zilver interne dienstenvergunningen'.³⁹

Op basis van de door hem besproken jurisprudentie van het Hof komt Widdershoven tot een inventarisatie van eisen voor de verlening van schaarse publieke rechten: een verplichting om reële mededingingsruimte te bieden (op grond van het beginsel van gelijke behandeling) en een passende mate van openbaarheid te waarborgen (op grond van de transparantieverplichting). Voor de competitieve verdelingsprocedure gelden vervolgens als eisen een passende mate van openbaarheid over de verdelingsprocedure en de criteria die bij de verdeling worden toegepast, de eis dat de verdelingscriteria objectief, niet-discriminerend, duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn en de eis dat de verdelingscriteria gedurende de procedure op alle aanvragen op gelijke wijze worden toegepast.⁴⁰

Na behandeling van het nationale (publiekrechtelijke) perspectief met betrekking tot mededingingsruimte bij schaarse vergunningen en de nationale (publiekrechtelijke) literatuur over het onderwerp, concludeert Widdershoven dat een nationale rechtsnorm om bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze reële mededingingsruimte te bieden, inderdaad bestaat. Hij voegt daaraan toe:

'Erkenning van die rechtsnorm sluit ook uitstekend aan bij het Unierecht, omdat dat recht voor schaarse vergunningen voor diensten met een grensoverschrijdende dimensie en diensten binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn al voorschrijft dat het bestuur bij de verdeling ervan een of andere vorm van mededinging toepast'.⁴¹

De vermogenswaarde van een schaars publiek recht speelt naar het oordeel van Widdershoven bij die erkenning een belangrijke rol, aangezien het bestuur deze vermogenswaarde aan een of meer aanvragers toekent en aan anderen niet.

De Afdeling deelt in zijn uitspraak van 2 november 2016 de conclusie van Widdershoven dat in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm, aldus de Afdeling, is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het

38 Conclusie Widdershoven, onder 3.1.

39 Conclusie Widdershoven, onder 3.6 slot.

40 Conclusie Widdershoven, onder 3.14.

41 Conclusie Widdershoven, onder 6.2.

bieden van gelijke kansen.⁴² Voor het realiseren van deze gelijke kansen is een passende mate van openbaarheid vereist met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur dient, aldus nog steeds de Afdeling, over deze vereisten tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid te scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Een passende mate van openbaarheid vereist onder meer een tijdige en adequate bekendmaking.⁴³ Daarnaast geldt dat de verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten.⁴⁴

6. Synthese

Het is opvallend hoe de vereisten die de Afdeling stelt aan een faire mededingingsprocedure voor de toewijzing (verdeling) van schaarse vergunningen, overeenkomen met de vereisten die de Europese regelgever voor het aanbestedingsrecht reeds in Richtlijn 1971 heeft geformuleerd voor de toewijzing (gunning) van overheidsopdrachten. Het aanbestedingsrecht is sinds die tijd verder geëvolueerd en er is een uitgebreid juridisch kader ontstaan, van wetgeving en jurisprudentie, waarin de beginselen van gelijkheid en transparantie zijn uitgewerkt. Alles met het doel een daadwerkelijke mededinging tussen marktpartijen in de Europese Unie (de interne markt) te bewerkstelligen.

Dat juridisch kader is terug te vinden in de nieuwste aanbestedingsrichtlijn, te weten de Concessierichtlijn 2014/23/EU.⁴⁵ De uitgangspunten van de regeling staan in de preambule verwoord en vormen aldus een samenvatting van de vereisten van een faire procedure voor de toewijzing door overheden van rechten met een economisch belang, of het nu betreft overheidsopdrachten of schaarse (publieke of private) rechten. De preambule noemt de volgende vereisten waarin de beginselen van gelijke behandeling en transparantie herkenbaar terugkomen: verplichte publicatie van een aankondiging (Ov. 50), gunning zonder voorafgaande bekendmaking alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden (Ov. 51), beperking van de duur (Ov. 52), passende maatregelen met het oog op de transparantie van de gunningsprocedure en de gelijke behandeling (Ov. 61), minimumperiode voor de ontvangst van aanvragen en inschrijvingen (Ov. 62), evenredige, niet-discriminerende en eerlijke selectiecriteria, en de toepassing ervan, op ondernemers (Ov. 63), de gestelde technische en functionele eisen moeten concurrentiestelling mogelijk maken (Ov. 67), voorzien dient te worden in elementaire waarborgen betreffende het gunningsproces, met inbegrip van informatie over de aard en reikwijdte van de concessie, beperking van het aantal gegadigden, de verspreiding van informatie aan gegadigden en inschrijvers en de beschikbaarheid van juiste bescheiden (Ov. 68), bepaling dat er van de oorspronkelijke voorwaarden van de concessieaankondiging niet mag worden afgeweken (Ov. 68) en duidelijkheid onder welke voorwaarden wijzigingen tijdens de uitvoering een nieuwe concessiegunningsprocedure vereisen (Ov. 75). Daarnaast moeten criteria voor de gunning altijd aan een aantal algemene normen voldoen: vooraf aan alle potentiële gegadigden en inschrijvers openbaar worden gemaakt, verband houden met het voorwerp van de overeenkomst, de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie

42 ABRvS *Vlaardingen*, ro. 8.

43 ABRvS *Vlaardingen*, ro. 10.

44 ABRvS *Vlaardingen*, ro. 8.

45 Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *PbEU* 28.3.2014 L 94/1.

geen onbeperkte keuzevrijheid laten, daadwerkelijke mededinging mogelijk maken, en gepaard gaan met eisen die het mogelijk maken de door de inschrijvers verstrekte informatie effectief te controleren (Ov. 73).

Dit kader en de uitgewerkte voorschriften die daaruit in de (concessie)richtlijn zijn voortgekomen, kunnen bij de verdere concretisering van een regelgevend kader voor de toewijzing (verdeling) van schaarse rechten tot nuttig voorbeeld dienen.⁴⁶ Die voorschriften werken immers de beginselen van gelijke behandeling en transparantie verder uit voor de bekendmaking, de uitvoeringsvoorwaarden, de toepasselijke procedures, de toelatings- en selectiecriteria, de gunningscriteria en de consequenties van wijziging van voorwaarden tijdens de looptijd. Die uitwerking in de richtlijn is van de hand van de Europese regelgever zelf en derhalve in overeenstemming met de eisen die daaraan op basis van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in redelijkheid kunnen worden gesteld. Een prachtig handvat, derhalve, voor het bestuur bij het uitzetten van procedures voor de toewijzing van schaarse rechten.

7. Slotsom

De aanbestedingsregelgeving leent zich op belangrijke onderdelen voor analoge toepassing bij de (verdere) uitwerking van de voorschriften voor de toewijzing (verdeling) van schaarse rechten.

Over de auteur



Prof. mr. Jan Michiel Hebly is hoogleraar Bouw- en Aanbestedingsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij Benthem Gratama Advocaten te Zwolle. Hij is tevens lid van het algemeen bestuur van het Instituut voor Bouwrecht (IBR) en van de redactieraad van het Tijdschrift voor Bouwrecht (TBR). In die hoedanigheden - en op universitair niveau - was er veel contact met Monika. De goede samenwerking gedurende de afgelopen jaren heeft hij zeer op prijs gesteld.

⁴⁶ Hierover ook M.J.J.M. Essers, 'De verlening van schaarse publieke rechten', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2016/2, p. 69 e.v.