



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Eerlijk zullen we alles (ver)delen: kan een meervoudig onderhandse procedure een relevante verdeelmethode zijn voor de verdeling van schaarse vergunningen?

Pellegrom, B.J.A.; Drahmman, A.

Citation

Pellegrom, B. J. A., & Drahmman, A. (2021). Eerlijk zullen we alles (ver)delen: kan een meervoudig onderhandse procedure een relevante verdeelmethode zijn voor de verdeling van schaarse vergunningen? *De Gemeentestem*, 2021(7523), 366-376. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278505>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278505>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Eerlijk zullen we alles (ver)delen

Kan een meervoudig onderhandse procedure een relevante verdeelmethode zijn voor de verdeling van schaarse vergunningen?

Gst. 2021/65

1. Inleiding

De rondvaartboten in de Amsterdamse grachten,² een speelautomatenhal in Vlaardingen,³ de bloemenkraam op de straathoek en de visboer op de markt.⁴ Het is slechts een greep uit de talrijke voorbeelden, maar een burger krijgt vaker te maken met schaarse publieke rechten dan hij zou vermoeden. De openbare ruimte in Nederland is beperkt, waardoor bestuursorganen voorwaarden verbinden aan het gebruik ervan. Een publiek recht is schaars als er een plafond is ingesteld en het aantal beschikbare vergunningen vooraf tot een maximum is beperkt.⁵ Een bestuursorgaan moet in deze gevallen met een verdelingsprocedure bepalen welke aanvrager al dan niet de schaarse vergunning krijgt. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft in 2016 in de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* geoordeeld 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 wordt gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.⁶

Uit deze uitspraak volgt niet dat een bestuursorgaan is gebonden aan een specifieke verdeelmethode.⁷ Bij de verdeling van schaarse vergunningen wordt veelal voor een loting, een veiling, een verdeling op volgorde van binnenkomst of een vergelijkende toets gekozen.⁸ Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven overweegt in zijn conclusie bij de uitspraak dat een onderhandse verdeling van een schaars

publiek recht minder voor de hand ligt.⁹ Dit is interessant, omdat het vraagstuk van de verdeling van schaarse vergunningen is geïnspireerd door het aanbestedingsrecht, waar de meervoudig onderhandse procedure wel is toegestaan.¹⁰ Bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure hoeven maar minimaal drie en maximaal vijf partijen te worden uitgenodigd om een offerte uit te brengen voor het uitvoeren van een werk, het leveren van goederen of het verrichten van een dienst.

Ook in het aanbestedingsrecht is het waarborgen van een gelijk speelveld voor de geïnteresseerde partijen een belangrijk uitgangspunt, maar kennelijk mag een aanbestedende dienst de mededingingsruimte onder bepaalde voorwaarden toch beperken. In dit artikel wordt bezien in hoeverre een meervoudig onderhandse procedure ook toegepast zou kunnen worden bij de verdeling van schaarse vergunningen. Hiertoe wordt eerst uiteengezet aan welke verplichtingen bestuursorganen moeten voldoen als zij een schaarse vergunning verdelen (paragraaf 2). Vervolgens wordt nader ingegaan op het gebruik van de meervoudig onderhandse procedure in het aanbestedingsrecht (paragraaf 3). Daarna zal worden ingegaan op de vraag of er juridische belemmeringen zijn om de procedure toe te passen in het bestuursrecht (paragraaf 4). De vijfde paragraaf beschrijft enkele voor- en nadelen van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure, waarna in paragraaf 6 wordt besproken hoe de procedure in het bestuursrecht zou kunnen worden vormgegeven. Tot slot volgt in paragraaf 7 een conclusie.

2. De achtergrond van de mededingingsverplichting bij de verdeling van schaarse vergunningen

De verplichting om gelijke kansen te bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen kan op drie grondslagen worden gebaseerd: de Unierechtelijke verkeersvrijheden, de Dienstenrichtlijn en het nationale gelijkheidsbeginsel. Alle drie zullen wij hieronder kort beschrijven.

Wanneer bestuursorganen de uitoefening van de verkeersvrijheden als bedoeld in artikel 49 en 56 VWEU door een vergunningenstelsel beperken, zijn zij gebonden aan de

1 Britt Pellegrum is jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Annemarie Drahmman is universitair hoofddocent aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Dit artikel is een bewerking van de masterscriptie die Britt heeft geschreven. Zij schrijft het artikel op persoonlijke titel.

2 ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, AB 2017/249, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Rondvaartboten Amsterdam*).

3 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

4 Zie C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom juridisch 2013 (Wolswinkel 2013), p. 25 voor meer voorbeelden.

5 Wolswinkel 2013, p. 33.

6 ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8.

7 Dit is uiteraard anders als een verdeelmethode wettelijk is voorgeschreven.

8 Wolswinkel 2013, p. 142.

9 Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2016:1421 bij ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 6.2-6.4.

10 Van Ommeren bespreekt in zijn oratie de meervoudig onderhandse procedure als een variant van de aanbesteding, namelijk de aanbesteding met voorafgaande selectie (F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 18). Zie ook: T.H.G. Robbe, *Uitzonderingen Aanbestedingsrecht. Klassieke overheden*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2013, p. 26.

Unierechtelijke beginselen van non-discriminatie, gelijkheid, transparantie en evenredigheid. Zo vereist het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel dat de vestigingsvrijheid en het vrije dienstenverkeer slechts beperkt mogen worden, indien de beperking van de verkeersvrijheden noodzakelijk is vanwege een dwingende reden van algemeen belang. Het vergunningstelsel moet bovendien geschikt zijn en in een redelijke verhouding staan tot het beoogde doel. Daarnaast zijn bestuursorganen verplicht om de gegadigden uit de verschillende lidstaten gelijk te behandelen en gelijke kansen te waarborgen. Het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel omvat een mededingingsverplichting, zodat de gegadigden met elkaar kunnen concurreren om de schaarse vergunning te verkrijgen. Ook dient er voorafgaand, tijdens en na afloop van de procedure een passende mate van openbaarheid te worden gehanteerd. Deze transparantieverplichting garandeert dat de geïnteresseerden op voorhand weten wanneer zij een aanvraag kunnen indienen, aan welke criteria zij moeten voldoen en welke procedure het overheidsorgaan gebruikt om het schaarse publieke recht te verdelen. De aanvraag kan zodoende worden afgestemd op de door het bestuursorgaan verstrekte informatie. Ten slotte mogen schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd worden verleend.¹¹

Deze Unierechtelijke verplichtingen gelden in beginsel alleen bij de verlening van schaarse publieke rechten met een grensoverschrijdend belang. De Afdeling heeft in de eerder genoemde uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* echter geoordeeld dat in het Nederlandse bestuursrecht een rechtsnorm van gelijke kansen bestaat. Deze rechtsnorm vormt het nationale equivalent van het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel en schept een transparantie- en mededingingsverplichting bij de verdeling van schaarse vergunningen zonder grensoverschrijdend belang. Hierdoor zijn bestuursorganen in beginsel altijd gehouden om reële mededingingsruimte tussen de aanvragers te waarborgen en voorafgaand, tijdens en na afloop van de verdeelprocedure transparant te handelen. Ook heeft de Afdeling geoordeeld dat schaarse vergunningen in beginsel voor onbepaalde tijd moeten worden verleend.¹²

Ten derde wijzen we op de Dienstenrichtlijn.¹³ Op grond van deze richtlijn mogen schaarse dienstenvergunningen slechts voor bepaalde tijd worden verleend en zal derhalve periodiek een nieuwe verdelingsprocedure moeten plaatsvinden.¹⁴ Daarbij is van belang dat de voor schaarse dien-

stenvergunningen relevante artikelen uit de Dienstenrichtlijn¹⁵ ook van toepassing zijn in zuiver interne situaties.¹⁶

In algemene zin kan worden gesteld dat de mededingingsnorm die geldt op grond van het Unierecht en de Dienstenrichtlijn strikter lijkt dan de nationale norm.¹⁷ Zo mag de mededingingsnorm op Europees niveau slechts omwille van een dwingende reden van algemeen belang worden beperkt. De nationale mededingingsnorm lijkt daarentegen minder strikt, omdat deze 'slechts' is gebaseerd op een ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur, namelijk het gelijkheidsbeginsel. Dit betekent dat niet is uitgesloten dat het andere beginsel prevaleert als toepassing van het gelijkheidsbeginsel zou botsen met andere beginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel.¹⁸ Verder is niet uitgesloten dat bestuursorganen op grond van het nationale beginsel een schaarse vergunning voor een niet-economische activiteit wel voor onbepaalde tijd verlenen.¹⁹

3. De meervoudig onderhandse procedure in het aanbestedingsrecht

De aanbesteding van overheidsopdrachten wordt normaliter openbaar aangekondigd door aanbestedende diensten, waarna de geïnteresseerde ondernemers zich kunnen inschrijven voor de uitvoering ervan. Als een overheidsopdracht echter meervoudig onderhandse wordt aanbesteed, is er ingevolge artikel 1.14 Aanbestedingswet 2012 en artikel 7.1.1 Aanbestedingsreglement werken 2016 (ARW 2016)²⁰ geen voorafgaande bekendmaking vereist.²¹ Daarnaast wordt slechts een beperkt aantal, maar minimaal drie en maximaal vijf, ondernemers uitgenodigd om een offerte in te dienen. Een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure moet op grond van artikel 1.15 Aanbestedingswet 2012 transparant zijn vormgegeven en gelijke kansen van de *geselecteerde* ondernemers waarborgen.²² Hierna wordt uiteengezet wanneer de meervoudig onderhandse procedure mag worden gevolgd, wat het doel van deze procedure is en hoe transparantie en gelijkheid vorm krijgen in een meervoudig onderhandse aanbesteding.

Voor een goed begrip van de meervoudig onderhandse procedure wordt eerst nog kort ingegaan op twee verschillende methoden die aanbestedende diensten kunnen gebruiken om ondernemers te selecteren. Allereerst kunnen aanbestedende diensten een *projectmatige methode* hanteren, waarbij per aanbestedingsplichtig project een selectie wordt gemaakt. Deze methode is vooral geschikt voor

11 Dit volgt uit o.a. HvJ EG 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307, AB 2011/17, m.nt. A. Buijze (*Betfair*).

12 ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8. Het beginsel van gelijke kansen geldt ook bij de verdeling van nationale schaarse subsidiemiddelen, omdat de aanvragers met elkaar concurreren. Zie hiervoor: ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, Gst. 2019/78, m.nt. A. Drahmman (*Gymnasion*) en ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. A. Drahmman (*Geobox*), r.o. 7.1.

13 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt.

14 Vgl. HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641, AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman (*Trijber & Harmsen*) en ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:160, Gst. 2016/48, m.nt. B. Hessel (*Trijber*).

15 M.n. artikel 9-12 Dienstenrichtlijn.

16 HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44, AB 2018/181, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Visser Vastgoed/Appingedam*).

17 Zie hierover uitgebreider: C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes: schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam', *SEW* 2018, afl. 7/8, p. 288-301.

18 Vgl. ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. A. Drahmman (*Geobox*).

19 ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Standplaatsvergunning Doorn*).

20 *Stcrt.* 2016, 32830; laatst gewijzigd bij *Stcrt.* 2020, 30657.

21 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 55; Robbe 2013, p. 206.

22 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 15, 56; HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, r.o. 4.2.2.

complexere overheidsopdrachten waarbij een projectleider is betrokken. De aanbestedende dienst stelt per aanbesteding zelf een longlist op van geschikt bevonden ondernemers. Deze longlist vormt de basis voor de shortlist waaruit de deelnemers worden uitgenodigd. Daarnaast kunnen aanbestedende diensten de *groslijstenmethodiek* gebruiken, waarbij per vakgebied een lijst wordt opgesteld met geïnteresseerden. Ondernemers kunnen hun interesse in de overheidsopdracht kenbaar maken aan de aanbestedende dienst door zich aan te melden voor een plaats op de groslijst. De inschrijvingsmogelijkheid wordt openbaar bekendgemaakt, meestal via de website van de aanbestedende dienst. Vervolgens kiest de aanbestedende dienst drie tot vijf ondernemers uit de relevante lijst. De wijze waarop dit geschiedt is aan de aanbestedende dienst. Bij een loting heeft elke ondernemer evenveel kans op een uitnodiging, terwijl er bij een roulatiesysteem de garantie is dat elke geïnteresseerde ondernemer binnen een bepaalde periode minstens één keer een offerte mag indienen. Naast loting en rouleren, kan ook de 'twee bakjes'-methode worden gebruikt. In dat geval selecteert de aanbestedende dienst bijvoorbeeld zowel uit een lijst met ervaren ondernemers als uit een lijst met nieuwkomers. Bij beide methoden worden de ondernemers die niet zijn uitgenodigd om een offerte in te dienen op een reservelijst geplaatst.²³ De ondernemers die op de reservelijst zijn geplaatst of niet zijn geselecteerd, worden daarvan door de aanbestedende dienst op de hoogte gesteld. Een aanbestedende dienst moet op grond van artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 in de beslissing onderbouwen welke ondernemingen zijn uitgenodigd en om welke redenen.²⁴ Ondernemers die het niet eens zijn de uitsluiting of de plaatsing op de reservelijst kunnen een klacht indienen bij de aanbestedende dienst zelf of de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE), alsook procederen bij de burgerlijke rechter.

3.1 Wanneer mag de meervoudig onderhandse procedure worden gevolgd?

De keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure is een beleidskwestie. Aanbestedende diensten kunnen dus in een aanbestedingsnota vastleggen wanneer en bij welke ramingswaarde zij meervoudig onderhands aanbesteden. De meervoudig onderhandse procedure is een van de nationale gunningsmethodes die aanbestedende diensten kunnen toepassen als de waarde van een opdracht onder de Europese aanbestedingsdrempels blijft.²⁵ De Europese aanbestedingsplicht geldt namelijk pas als de waarde van de betreffende overheidsopdracht de Europese drempelbedragen overschrijdt. De hoogte van de drempelbedragen wordt elke twee jaar door de Europese Commissie vastgesteld en

is voor het laatst in 2020 herzien. Opdrachten met betrekking tot leveringen en diensten van centrale en decentrale overheden met een geraamde waarde vanaf respectievelijk € 139.000 en € 214.000 moeten Europees worden aanbesteed.²⁶ Daarnaast mogen overheidsopdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang niet meervoudig onderhands worden aanbesteed, zelfs als de ramingswaarde onder de Europese drempels blijft.²⁷ Een grensoverschrijdend belang wordt afgeleid uit de economische waarde van de opdracht, de plaats van uitvoering en de aard van de opdracht.²⁸ Het belang is tevens aanwezig als ondernemers uit andere lidstaten een reële belangstelling zouden kunnen hebben voor de uitvoering van de opdracht. Aanbestedende diensten moeten overheidsopdrachten in deze gevallen vooraf aankondigen, zodat buitenlandse ondernemers ook hun interesse kenbaar kunnen maken en kunnen meedingen naar de overheidsopdracht.²⁹

3.2 Doelstelling: proportionaliteit

Uit de wetsgeschiedenis kan een aantal doelstellingen van de meervoudig onderhandse procedure worden afgeleid. Het betreft het verlagen van de administratieve lasten en kosten en het bevorderen van de lokale en regionale economie. Bij beide doelstellingen speelt het proportionaliteitsbeginsel een grote rol. Dit zullen wij in deze paragraaf toelichten.

Een Europese aanbestedingsprocedure zorgt voor relatief hoge kosten en administratieve lasten voor de betrokken partijen die niet in verhouding staan tot overheidsopdrachten met een relatief lage ramingswaarde. Het aantal deelnemers bij een Europese aanbesteding is in beginsel ongelimiteerd. Hoewel de aanbestedende dienst de kosten voor de aanbestedingsprocedure draagt, moeten alle geïnteresseerde ondernemers een offerte opstellen. Een meervoudig onderhandse gunningsmethode beoogt de transactiekosten voor de deelnemende partijen te beperken bij de aanbesteding van kleine overheidsopdrachten. Aanbestedende diensten moeten bij een meervoudig onderhandse aanbesteding weliswaar een bepaald aantal ondernemers uitnodigen om daadwerkelijke mededinging te waarborgen en aan het

23 Zie de 'Selectieleidraad onderhands aanbesteden' van het aanbestedings-expertisecentrum PIANOo voor een uitgebreide beschrijving van deze methodes. Naast de twee hier genoemde methodes worden in deze leidraad ook nog het Dynamisch Aankoopstelsel (DAS) en de raamovereenkomst beschreven.

24 De keuze voor de ondernemers en de onderbouwing ervan zal een toets aan het zorgvuldigheidsbeginsel moeten kunnen doorstaan.

25 Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 7-9; Essers 2017, p. 181.

26 Zie Verordening 2019/1827.

27 Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 61; HvJ EU 15 mei 2008, ECLI:EU:C:2008:277; HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, *Jur.* 2007, I-9777 (*Commissie t. Italië*); J.M. Hebly, 'Bewust kiezen voor een nationaal aanbestedingsbeleid', in: J.M. Hebly, E.R. Manunza & M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*. (VBR preadvies nr. 38), Den Haag: Vereniging voor Bouwrecht 2010, p. 31, Robbe 2013, p. 56.

28 HvJ EU 15 mei 2008, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP*), r.o. 35; HvJ EU 6 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:747, r.o. 19-20; HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, *Jur.* 2007, I-9777 (*Commissie t. Italië*); HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720, r.o. 3.9-3.12 en ECLI:NL:HR:2018:722, r.o. 3.3 en 3.4.4 (*JCDecaux*). Zie ook: Essers 2017, p. 34, Robbe 2013, p. 69.

29 Zie artikel 1.7 sub a en 1.9 lid 2 Aanbestedingswet 2012, voorschrift 3.4A Gids Proportionaliteit en artikel 1.4.2 ARW 2016; C.E.C. Jansen, 'De gereuleerde aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse publieke rechten: een vergelijking', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten* (NILG: markt, overheid & recht nr. 1), Den Haag: Boom juridisch 2011, p. 316.

gelijkheidsbeginsel te voldoen, maar de administratieve lasten en kosten blijven laag.³⁰

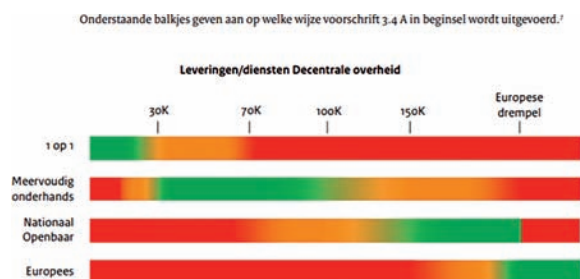
Daarnaast bevordert de meervoudig onderhandse gunningsmethode de lokale en regionale economie. In de wetsgeschiedenis is benadrukt dat aanbestedende diensten proportionele eisen aan de ondernemers moeten stellen. Het MKB en zelfstandigen zonder personeel worden anders op voorhand uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure, terwijl zij wel in staat zouden zijn om de opdracht uit te voeren.³¹ Veel aanbestedende diensten hopen lokale en regionale ondernemers of het MKB eenvoudiger bij een aanbesteding te betrekken door in het aanbestedingsbeleid vast te leggen dat een deel van de te selecteren partijen een lokale ondernemer moet zijn. De gemeente Den Haag werkt bijvoorbeeld met een roulatiesysteem. Als een overheidsopdracht meervoudig onderhands gegund wordt, worden er een aantal lokale ondernemers uit een groslijst geselecteerd en krijgen MKB-bedrijven uit de metropoolregio Rotterdam-Den Haag in beginsel de voorkeur.³²

Proportionaliteit speelt dus een belangrijke rol bij de keuze voor meervoudig onderhands aanbesteden. Artikel 1.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012³³ en voorschrift 3.4A van de Gids Proportionaliteit schrijven ook expliciet voor dat het aanbestedingsbeleid proportioneel moet zijn.³⁴ Deze Gids fungeert tijdens het aanbestedingsproces als leidraad voor aanbestedende diensten.³⁵ Het voorschrift bepaalt dat een aanbestedende dienst per opdracht moet bezien welke aanbestedingsprocedure geschikt en redelijk is. De omvang en complexiteit van de overheidsopdracht, de transactiekosten voor alle betrokken partijen en het aantal potentiële inschrijvers zijn belangrijke gezichtspunten voor het maken van de beleidskeuzes. De aanbestedende dienst moet bovendien het type overheidsopdracht, het gewenste eindresultaat en de eigenschappen van de betreffende markt in de besluitvorming betrekken.³⁶ Het is volgens de Gids bijvoorbeeld proportioneel om een overheidsopdracht voor een relatief eenvoudig product of dienst op een markt met veel aanbieders meervoudig onderhands te gunnen.³⁷ De

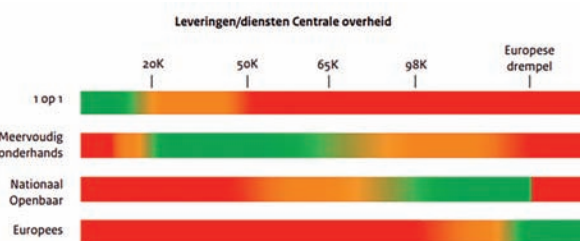
meervoudig onderhandse methode ligt daarentegen minder voor de hand bij de aanbesteding van relatief (technisch) ingewikkelde en/of zeer gevoelige producten of diensten, zoals de bedrijfsgezondheidszorg. Er zijn voor deze producten of diensten vaak minder marktaanbieders, zodat aanbestedende diensten voor een openbare aanbesteding kiezen.³⁸

De Gids Proportionaliteit heeft bovenstaande uitgangspunten geconcretiseerd in onderstaande figuren.³⁹ Wanneer de ramingswaarde van de overheidsopdracht in het groene gedeelte ligt, heeft een meervoudig onderhandse aanbesteding de voorkeur. Er mag daarentegen slechts gemotiveerd voor de procedure worden gekozen als de ramingswaarde zich in het oranje deel bevindt. Indien de ramingswaarde ver onder of boven deze bedragen uitkomt, is het niet redelijk om als aanbestedende dienst voor een meervoudig onderhandse gunning te kiezen.

Figuur 1



Figuur 2



Uit de figuren blijkt dat het voor gemeenten dus proportioneel wordt geacht om een opdracht voor een dienst tot een waarde van ca. € 100.000 meervoudig onderhands te gunnen.

3.3 Hoe krijgen transparantie en gelijkheid vorm in een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure?

Uit het voorgaande blijkt dat het proportionaliteitsbeginsel de reden is om meervoudig onderhands te gunnen. Feit is dat er niet gesproken kan worden van gelijke kansen voor alle potentieel geïnteresseerde aanbieders als slechts drie tot vijf aanbieders worden geselecteerd om een offerte in te

30 Gids Proportionaliteit, *Stcrt.* 2020, 30657, p. 9-10, 30-31; Essers 2017, p. 391.

31 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 11, p. 10; *Stcrt.* 2020, 30657, p. 43-44.

32 Gemeente Den Haag, 'Uitnodigingsbeleid (meervoudig) onderhands aanbesteden van de Gemeente Den Haag', <https://www.denhaag.nl/nl/in-de-stad/ondernemen/zaken-doen-met-de-gemeente/uitnodigingsbeleid-meervoudig-onderhandsaanbesteden.htm>. Zie ook: <https://www.denhaag.nl/nl/in-de-stad/ondernemen/zaken-doen-met-de-gemeente/aanbestedingsprocedures.htm>.

33 Het artikel lid bepaalt dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen stelt die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

34 *Stcrt.* 2020, 30657, p. 30-31 en 461.

35 Artikel 1.16 lid 3 Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat bij AMvB een richtsnoer wordt aangewezen waarin voorschriften zijn vervat voor aanbestedende diensten. Deze richtsnoer is de Gids Proportionaliteit. *Stcrt.* 2020, 30657, p. 9; A.J. van Heeswijck, 'Enige beschouwingen over de keuze van de procedure en de selectie van ondernemers voor deelname aan de procedure', *TBR* 2014/75, nr. 5 mei 2014, p. 392.

36 *Stcrt.* 2020, 30657, p. 30-31; *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 11, p. 16; Essers 2017, p. 171.

37 Een voorbeeld hiervan is de architectenbranche; zie: *Stcrt.* 2020, 30657, p. 31-33.

38 *Stcrt.* 2020, 30657, p. 31-33.

39 Er zijn ook figuren voor andere opdrachten dan opdrachten voor leveringen en diensten. Nu de verlening van schaarse vergunningen vrijwel altijd ziet op het toestaan van een bepaalde activiteit (het exploiteren van een dienst), volstaan wij hier met het weergeven van deze figuren.

dienen.⁴⁰ Toch kan niet worden gesteld dat er in het geheel geen sprake is van transparantie of gelijke kansen.

Een aanbestedende dienst heeft weliswaar veel vrijheid bij de selectie van de ondernemers die aan de meervoudig onderhandse aanbesteding mogen deelnemen, maar de aanbestedende dienst moet zijn keuze wel baseren op objectieve eisen die vooraf bekend zijn gemaakt.⁴¹ De selectiecriteria bieden de aanbestedende dienst handvatten om te beoordelen of een ondernemer de overheidsopdracht of concessie in economisch en technisch opzicht kan uitvoeren. Er kan bijvoorbeeld worden geselecteerd op de ervaring die een ondernemer heeft in de betreffende sector, de omvang en structuur van de onderneming en *past performances*.⁴² Een niet-geselecteerde ondernemer kan de aanbestedende dienst bovendien schriftelijk verzoeken om diens keuze te motiveren en de afwijzing te onderbouwen. De betreffende ondernemer moet uit de toelichting kunnen opmaken hoe een aanbestedende dienst de aanmeldingen aan de hand van de selectiecriteria heeft beoordeeld.⁴³ Het passeren van een ondernemer kan onrechtmatig zijn als bijvoorbeeld uit de motivering blijkt dat er bij de selectie geen objectieve criteria zijn gehanteerd.⁴⁴

De gelijke kansen tussen de ondernemers en de transparantie van de procedure speelt bij de meervoudig onderhandse aanbesteding met name een rol gedurende de selectiefase. Zo moeten de geselecteerde ondernemers gelijktijdig en schriftelijk uitgenodigd worden om zich binnen 21 dagen in te schrijven voor de uitvoering van de opdracht door een offerte uit te brengen.⁴⁵ Deze uitnodiging bevat niet alleen de informatie en gegevens die relevant zijn voor de aanbesteding, maar ook de gunningscriteria.⁴⁶ De gunningscriteria vormen het beoordelingskader voor de ingediende offertes, en de voorafgaande bekendmaking hiervan waarborgt de gelijke uitgangsposities van ondernemers en verschaft de inschrijvers inzicht in de beoordelingswijze van de aanbestedende dienst.⁴⁷ De uitgenodigde ondernemers kunnen voorafgaand aan hun inschrijving informatie opvragen bij de aanbestedende dienst en vragen stellen over de verstrekte aanbestedingsstukken. De aanbestedende dienst beantwoordt de vragen in een Nota van Inlichtingen. Deze Nota kan ook een toelichting, verduidelijking, aanvulling of wijziging van de aanbestedingsstukken bevatten en is bindend voor de betrokken partijen.⁴⁸ De Nota van Inlich-

tingen draagt bij aan de transparantie van de procedure en de gelijke kansen van de gegadigden, omdat alle geselecteerde ondernemers de antwoorden op de gestelde vragen kunnen lezen.

Daarnaast wordt de onpartijdigheid van de procedure en de gelijke kansen van de gegadigden gewaarborgd, omdat de aanbestedende dienst de inschrijvingsbiljetten pas na het verstrijken van de inschrijvingstermijn mag openmaken en beoordelen.⁴⁹ De aanbestedende dienst moet alle inschrijvingen op dezelfde wijze beoordelen. Als de beoordelingscriteria tijdens de procedure worden gewijzigd of verschillend worden toegepast, kan het gelijke speelveld tussen de inschrijvers immers niet worden gewaarborgd. Wanneer een aanbestedende dienst een wezenlijke wijziging doorvoert, moet de overheidsopdracht opnieuw worden aanbesteed.⁵⁰

Het gunningsbesluit wordt zo snel mogelijk en gelijktijdig aan de inschrijvers toegestuurd.⁵¹ De gunningsbeslissing moet alle relevante redenen bevatten op grond waarvan de opdracht aan de winnende inschrijver is gegund.⁵² Een afgewezen inschrijver moet op basis van de motivering van het gunningsbesluit kunnen beoordelen of het zinvol is om een juridische procedure aanhangig te maken.

Al met al blijkt uit het voorgaande dat in het aanbestedingsrecht bij de meervoudig onderhandse procedure het gelijkheidsbeginsel weliswaar niet ziet op alle ondernemers, maar voor de drie tot vijf ondernemers die een offerte mogen indienen, zijn er wel waarborgen opgenomen om de gelijke kansen van die ondernemers te waarborgen.

4. Juridische belemmeringen?

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag in hoeverre er juridische belemmeringen zijn om de meervoudig onderhandse procedure toe te passen in het bestuursrecht bij de verdeling van schaarse vergunningen.

Voor schaarse vergunningstelsels die uitsluitend vallen onder het Nederlandse beginsel van gelijke kansen zien wij geen juridische belemmeringen om naast het gelijkheidsbeginsel ook het evenredigheidsbeginsel een grotere rol te laten spelen. Zoals hiervoor in paragraaf 2 al werd beschreven, is de mededingingsplicht immers gebaseerd op het (ongeschreven) gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel staat in de regelhiërarchie op gelijke hoogte met andere beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel. Volgens ons betekent dit echter niet dat niet ten principale is uitgesloten dat de verplichting om *eenieder* mee te laten dingen onder bepaalde voorwaarden met het oog op de proportionaliteit wordt 'verzacht' tot een procedure waarbij

40 Hoewel bij de groslijstenmethodiek ondernemers zich kunnen aanmelden voor een plaats op de groslijst nadat die inschrijvingsmogelijkheid openbaar is bekendgemaakt. Bij de projectmatige methode ontbreekt een dergelijke openbare bekendmaking.

41 Artikel 1.4, lid 1 sub b AW 2012. HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, r.o. 4.2.3, concl. A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2015:2411 bij HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, r.o. 2.22; CvAE-adviesnr. 417, r.o. 5.2.3.

42 *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 11, p. 16; Van Heeswijck 2014, p. 390-391.

43 Artikel 1.4 lid 3 Aanbestedingswet 2012. HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, r.o. 4.2.3-4.3.2; HvJ EU 29 april 2014, ECLI:EU:C:2004:236, C-496/99, r.o. 108-118 (*Succhi di Frutta*).

44 Concl. A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2015:2411 bij HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, r.o. 2.22.

45 Artikel 7.3.1 ARW 2016.

46 Artikel 7.4 ARW 2016.

47 CvAE-adviesnr., r.o. 5.2.4.

48 *Stcrt.* 2020, 30657, p. 67.

49 Artikel 7.21 ARW 2016. M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden: Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Deventer: Sdu Uitgevers 2017, p. 495.

50 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 55-56, CvAE-adviesnr. 417, r.o. 5.2.1.

51 Artikel 7.25.5 ARW 2016.

52 Artikel 1.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012. CvAE-adviesnr. 417, r.o. 5.2.6; Vزر. Rb. Noord-Nederland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376, r.o. 4.25, Rb. Gelderland 7 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5011, r.o. 4.3.

slechts enkele partijen kunnen meedingen.⁵³ Onder welke voorwaarden dit mogelijk en wenselijk zou kunnen zijn, wordt verder uitgewerkt in paragraaf 6.

Voor schaarse vergunningen die vallen binnen de reikwijdte van het Unierecht ligt dit anders. Recent heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het onwenselijk is om een de-minimisregel in te voeren voor de toepasselijkheid van de vrijheid van dienstverrichting zoals die wordt beschermd door artikel 56 VWEU. Een ondernemer kan een beroep doen op de bescherming van dit artikel zodra sprake is van een grensoverschrijdend element. Het aantal klanten dat uit een andere lidstaat komt en gebruikmaakt van de diensten of het aantal geleverde diensten is niet van invloed op de toepasselijkheid van artikel 56 VWEU. Volgens het Hof van Justitie zou de uniforme toepassing van artikel 56 VWEU binnen de Unie in gevaar worden gebracht door de toepasselijkheid van dit artikel afhankelijk te maken van een kwantitatief criterium, zodat een dergelijk criterium niet kan worden aanvaard.⁵⁴ Daarnaast heeft het Hof in het *Betfair*-arrest geoordeeld dat de transparantieverplichting een dwingende prealabele voorwaarde is om een exclusief recht – zoals een schaarse vergunning – te kunnen gunnen.⁵⁵ Zonder adequate openbaarheid wordt het beginsel van gelijke behandeling namelijk miskend, omdat in andere lidstaten gevestigde, mogelijk in deze activiteit geïnteresseerde ondernemingen geen blijk van hun belangstelling zouden kunnen geven en bijgevolg geen gebruik zouden kunnen maken van de rechten die zij aan het VWEU ontleen.⁵⁶ Hieruit leiden wij af dat het beginsel van gelijke behandeling prevaleert boven het evenredigheidsbeginsel zodra sprake is van een grensoverschrijdend element, er dus een openbare verleningsprocedure moet plaatsvinden. Dit is in lijn met het aanbestedingsrecht, waar ook geldt dat bij opdrachten met een grensoverschrijdend belang alsmede bij opdrachten boven de drempelwaarde niet meervoudig onderhands gegund kan worden.

De laatste juridische grondslag voor schaarse vergunningen is de Dienstenrichtlijn. Deze richtlijn beoogt het vrij verkeer van dienstverrichters te bevorderen, maar heeft voor zover het ziet op (schaarse) vergunningstelsels ook zuiver interne werking. Het is dan een interessante vraag of in navolging van de hiervoor genoemde *Bonver Win*- en *Betfair*-arresten gesteld moet worden dat voor dienstenvergunningen zonder enig grensoverschrijdend belang altijd een openbare verleningsprocedure

moet plaatsvinden. Laten wij voorop stellen dat hierover nog geen jurisprudentie beschikbaar is, waardoor het antwoord op deze vraag niet met zekerheid gegeven kan worden. In artikel 12 lid 1 Dienstenrichtlijn is bepaald dat, wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, een selectie gemaakt moet worden “uit de gegadigden volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure”. Hieruit kan worden afgeleid dat bij zogenaamde “natuurlijke schaarste” altijd een openbare verleningsprocedure moet plaatsvinden. Naast “natuurlijke schaarste” is er echter ook “beleidsmatige schaarste”. Artikel 12 ziet niet op deze vorm van schaarste. Dergelijke beleidsmatig schaarse vergunningstelsels moeten zowel voldoen aan de eis van non-discriminatie als van evenredigheid.⁵⁷ Wij achten het daarom niet uitgesloten dat bij deze beleidsmatig schaarse vergunningen de groslijstmethodiek gebruikt kan worden. Bij deze methodiek wordt immers openbaar bekendgemaakt dat ondernemers zich kunnen inschrijven voor de groslijst, maar wordt vanuit een oogpunt van evenredigheid vervolgens slechts een deel van de ondernemers op die groslijst uitgenodigd om ook daadwerkelijk een aanvraag in te dienen. Daarbij is van belang dat de meervoudig onderhandse procedure volgens ons niet moet worden gezien als een uitzondering op de mededingingsplicht, maar als een nadere invulling van die mededingingsplicht. Er wordt immers een verdeelprocedure gehouden waarbij meerdere partijen een aanvraag mogen indienen, maar het aantal partijen dat daartoe in de gelegenheid wordt gesteld, is beperkt op grond van het evenredigheidsbeginsel. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de meervoudig onderhandse procedure in ieder geval niet is uitgesloten bij schaarse vergunningstelsels waarop (uitsluitend) de nationale mededingingsplicht van toepassing is op grond van het beginsel van gelijke kansen. Dat maakt het zinvol om te bezien in hoeverre het ook wenselijk zou zijn om deze verdeelprocedure te introduceren in het nationale bestuursrecht.

5. Voor- en nadelen van een meervoudig onderhandse procedure

Naast de in de vorige paragraaf genoemde vraag naar mogelijke juridische belemmeringen, is het ook de vraag in hoeverre een meervoudig onderhandse verdeelmethode vanuit beleidsmatig perspectief wenselijk is. In deze paragraaf zullen enkele nadelen en voordelen worden besproken. Een inherent risico en daarmee nadeel van de meervoudig onderhandse procedure is het risico van willekeur en

53 Elke rechtsnorm maakt immers onderscheid tussen de gevallen wanneer de norm al dan niet van toepassing is, hoe algemeen de norm ook is gesteld. Het gelijkheidsbeginsel als bedoeld in artikel 1 Grondwet wordt pas geschonken als een bestuursorgaan de keuze voor een ongelijke behandeling van gegadigden niet kan rechtvaardigen of motiveren (A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten: een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015, p. 274).

54 HvJ EU 3 december 2020, C-311/19, ECLI:EU:C:2020:981 (*Bonver Win*).

55 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307, AB 2011/17, m.nt. A. Buijze (*Betfair*).

56 Conclusie AG 17 december 2009, C-203/08, ECLI:EU:C:2009:791, r.o. 153-155.

57 Artikel 10 lid 2 Dienstenrichtlijn.

favoritisme, oftewel van 'vriendjespolitiek'.⁵⁸ Het risico van willekeur en favoritisme is in beginsel aanwezig bij alle aanbestedingsprocedures. Een aanbestedende dienst heeft bij een meervoudig onderhandse aanbesteding echter niet alleen in de beoordelings- en gunningsfase, maar ook in de selectiefase veel beleidsvrijheid. Hierdoor kan een zekere invloed worden uitgeoefend op de uitkomst van de procedure en bestaat het gevaar dat bepaalde inschrijvers worden bevoordeeld ten opzichte van andere geïnteresseerden.⁵⁹ Ook staatsraad advocaat-generaal Widdershoven overwoog in zijn conclusie bij de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* dat een onderhandse verlening van een schaars publiek recht volgens hem minder voor de hand zou liggen. Hij stelt dat het risico van favoritisme en willekeur bij een onderhandse procedure groter is dan bij andere verdeelmethodes, waardoor het beginsel van gelijke kansen niet gewaarborgd kan worden. Daarnaast zou bij een onderhandse verdeling slechts een beperkte groep geïnteresseerden kunnen meedingen naar de vermogenswaarde die het schaarse publiek recht vertegenwoordigt.⁶⁰ Toch is de meervoudig onderhandse procedure niet per definitie onderhevig aan willekeur en favoritisme. Van Ommeren stelt terecht dat het gevaar van subjectieve keuzes vooral afhankelijk is van de wijze waarop een procedure wordt ingericht en toegepast.⁶¹ Het gelijkheids-, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel beperken de discretionaire ruimte van aanbestedende diensten bij de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van een meervoudig onderhandse aanbesteding. Hiervoor in paragraaf 3 is beschreven welke waarborgen zijn getroffen om binnen de meervoudig onderhandse procedure toch gelijke kansen te borgen. Zo moet een aanbestedende dienst objectieve beoordelingscriteria hanteren en de ingediende offerte beoordelen aan de hand van dezelfde criteria. De civiele rechter en de CvAE kunnen achteraf toetsen of een aanbestedende dienst aan zijn verplichtingen heeft voldaan en de gunningsbeslissing goed heeft onderbouwd.⁶² Feit blijft echter dat het risico van willekeur en favoritisme bij de meervoudig onderhandse procedure ook met deze procedurele waarborgen groter is dan bij een openbare procedure. De meervoudig onderhandse procedure heeft echter ook voordelen. Deze voordelen zien met name op de proportionaliteit van de procedure in de zin van de financieel-doelmatigheid.

58 Vermeldenswaardig in dit verband is het onderzoek 'Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk' waarin wordt gesteld dat ondernemers nagenoeg allemaal wel eens ontevreden zijn geweest over (aspecten van) een aanbestedingsprocedure. Ruim de helft geeft aan naar aanleiding van de ontevredenheid geen actie te hebben ondernomen. De meest gegeven verklaring daarvoor is angst voor reputatieschade. Inschrijvers geven aan dat zij bang zijn voor uitsluiting van (meervoudig) onderhandse aanbestedingen in toekomst. In hoeverre dergelijke praktijken echt voorkomen is volgens de onderzoekers niet vast te stellen: "Veel gesprekspartners vanuit zowel inschrijvers, belanghebbenden als aanbestedende diensten beschikken over anekdotes. Ook is er concreet bewijs van een aanbestedende dienst die dreigt met uitsluiting van toekomstige meervoudig onderhandse procedures wanneer een kort geding aanhangig wordt gemaakt." (KWINGgroep, *Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Een onderzoek naar ervaren problemen en mogelijke verbeteringen*, 2019, p. 28).

59 Van Ommeren 2004, p. 19-20.

60 Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2016:1421 bij ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 6.2-6.4.

61 Van Ommeren 2004, p. 14, 21, 54. Zie ook: CvAE-adviesnr. 423, r.o. 5.7.9.

62 Van Ommeren 2004, p. 54; CvAE-adviesnr. 477, r.o. 5.2.1.

Een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is vanuit financieel-doelmatig oogpunt efficiënter dan andere aanbestedingsprocedures, omdat de kosten voor de betrokken partijen over het algemeen lager uitvallen. Enkel de gegadigden die geschikt zijn bevonden maken immers de kosten voor het opstellen en indienen van een offerte. Daarnaast kunnen aanbestedende diensten het verloop van de aanbestedingsprocedure beter afstemmen op de behoeften van de deelnemende partijen. De meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure mag binnen de wettelijke grenzen naar eigen inzicht worden ingevuld.⁶³ Een aanbestedende dienst kan zo voorkomen dat de hoogte van de kosten voor hemzelf en de inschrijvers niet in verhouding staat tot de grootte en de waarde van de opdracht.⁶⁴ De meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure duurt bovendien niet onnodig lang, omdat het overheidsorgaan niet is gebonden aan de minimumtermijnen die de Europese wetgever verplicht heeft gesteld voor de Europese aanbestedingen. Door het beperkte aantal gegadigden kan de aanbestedende dienst de inschrijvingen sneller beoordelen.

Tevens versterkt een meervoudig onderhandse procedure de positie van gegadigden uit het midden- en kleinbedrijf. De kleine ondernemer legt het vaak af tegen grote marktspelers die meer ervaring hebben en het risico kunnen nemen om fors te investeren in hun deelname.⁶⁵ Veel aanbestedende diensten vinden het echter belangrijk dat lokale en regionale ondernemers aan een aanbesteding deelnemen en nemen in de beleidsstukken op dat er een bepaald aantal ondernemers uit de regio of het MKB worden uitgenodigd. Dit verlaagt de drempel voor de kleine lokale of regionale ondernemer om zich aan te melden en een redelijke kans te maken op de uitvoering van de opdracht.⁶⁶

Het argument van de financieel-doelmatigheid klinkt wellicht als een pragmatisch argument dat geen rechtvaardiging zou kunnen zijn om geen gelijke kansen te bieden aan ondernemers, maar dat zou te kort door de bocht zijn. In het aanbestedingsrecht speelt, naast het gelijkheidsbeginsel, ook het proportionaliteitsbeginsel een grote rol. Artikel 1.16 lid 1 AW 2012 vereist dat alle keuzes van een aanbestedende dienst in alle fasen van de meervoudig onderhandse procedure proportioneel moeten zijn.⁶⁷ Hoewel het proportionaliteitsbeginsel in beginsel beleidsneutraal is, normeert het de keuzevrijheid van de aanbestedende diensten door algemene eisen aan de aanbestedingsprocedure te stellen. Zo wordt gewaarborgd dat een aanbestedende dienst evenredige keuzes maakt voorafgaand, tijdens en na afloop van

63 Van Heeswijck 2014, p. 388-390.

64 A. Drahmman, 'Evenementenvergunning: is bij concurrerende aanvragen sprake van een schaarse vergunning?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018, afl. 3, p. 137.

65 Telgen 2017 (online geraadpleegd).

66 Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat een aanbestedende dienst die eisen stelt die onvoldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht immers in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelt.

67 Het beginsel vervult een belangrijke rol in de voorfase van de aanbestedingsprocedure, omdat de aanbestedende dienst in deze fase de aanbestedingsstukken opstelt en beslissingen neemt over de aanbesteding (Stcrt. 2020, 30657, p. 3).

de aanbestedingsprocedure, waarmee de belangen van potentiële inschrijvers zijn gediend.⁶⁸

Daarnaast biedt het aanbestedingsrechtelijke proportionaliteitsbeginsel voordelen voor aanbestedende diensten. Een ondernemer die te veel tijd, geld en moeite moet investeren in verhouding tot de waarde van de opdracht zal zich immers niet inschrijven voor de aanbesteding, waardoor een aanbestedende dienst uit minder inschrijvingen kan kiezen.⁶⁹

6. Een meervoudig onderhandse verdeling in het bestuursrecht?

In de vorige paragraaf zijn, naast het nadeel van het risico van willekeur en favoritisme, ook twee voordelen van de meervoudig onderhandse procedure beschreven. Hierna zal eerst worden gezien in hoeverre die voordelen ook relevant zijn voor het bestuursrecht (paragraaf 6.1). Vervolgens zal getracht worden om deze aanbestedingsprocedure te 'vertalen' naar het bestuursrecht (paragraaf 6.2).

6.1 Is een bestuursrechtelijke vergunning wel vergelijkbaar met een civielrechtelijke opdracht?

De aard van bestuursrechtelijke vergunningen en het aanbestedingsrecht is verschillend. Het privaatrecht kenmerkt zich door een horizontale verhouding tussen de betrokken partijen, waarbij de contractspartijen in beginsel wederzijds afdwingbare prestaties hebben. De aanbestedende dienst betaalt na het sluiten van de overeenkomst een prijs voor de uitvoering van de opdracht aan de winnende inschrijver, die op zijn beurt gehouden is om te leveren. In het bestuursrecht verleent een bestuursorgaan een schaarse vergunning om de uitoefening van een bepaalde activiteit mogelijk te maken. De geadresseerde hoeft daarvoor, anders dan leges, geen prijs te betalen, en de geadresseerde is ook in beginsel niet verplicht om de activiteit te verrichten. De vergunning kan soms wel worden ingetrokken als de activiteit niet wordt verricht. Daarnaast kan handhavend worden opgetreden als de activiteit in strijd met vergunningvoorschriften wordt verricht, maar het geheel niet verrichten van de activiteit vormt in het bestuursrecht geen 'wanprestatie'.⁷⁰ Dit verschil is volgens ons echter geen reden om te stellen dat in het bestuursrecht niet meervoudig onderhands gegund zou kunnen of moeten worden. Zowel overheidsopdrachten als schaarse vergunningen⁷¹ vertegenwoordigen immers een vermogenswaarde, omdat het aantal beschikbare

opdrachten en vergunningen beperkt is. Dit is een van de redenen waarom voor beide een aanbestedings- respectievelijk mededingingsplicht geldt. De vervolgvraag is dan welke procedure het meest geschikt is om die schaarse vergunning te verdelen. Voor zowel het aanbestedingsrecht als het bestuursrecht zijn daarbij zowel gelijkheid als evenredigheid belangrijke uitgangspunten. Als in het aanbestedingsrecht een balans tussen deze twee uitgangspunten wordt gevonden in de meervoudig onderhandse procedure, dan is dat ten minste de discussie waard of deze procedure ook in het bestuursrecht gehanteerd zou kunnen worden.

Een tweede kanttekening is dat financieel-doelmatige overwegingen vaak minder of geen rol spelen bij de verdeling van schaarse publieke rechten.⁷² Een vergunningstelsel wordt immers ingevoerd om bepaalde publieke belangen te dienen. In hoeverre mogen financieel-doelmatige overwegingen een rol spelen de keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure? Het vooraf beperken van het aantal partijen dat een aanvraag mag indienen, kan er bovendien toe leiden dat niet de meest bewaarde partij om de activiteit uit te oefenen de schaarse vergunning zal verkrijgen.⁷³ Ook dit achten wij geen onoverkomelijk bezwaar. Bij andere verdeelmethodes, zoals de loting, wordt immers niet de 'beste' aanvrager geselecteerd, maar bepaalt het lot wie de vergunning zal verkrijgen. Daarnaast heeft een bestuursorgaan beleidsruimte bij de keuze van de verdeelmethode die het meest geschikt is voor dat specifieke schaarse vergunningstelsel. Een meervoudig onderhandse verdeling van schaarse vergunningen heeft een lastenvermindering voor zowel de aanvragers als het bestuursorgaan tot gevolg. Volgens ons zou bij de keuze voor een bepaalde verdeelmethode ook het gemeenschapsbelang – dat de kosten voor een bestuursorgaan niet in onevenredige verhouding staan tot de economische waarde van de vergunningen die worden verdeeld – een rol mogen spelen. Uiteraard mag de gekozen methode niet ongeschikt zijn om de doelen van het vergunningstelsel te bereiken,⁷⁴ maar dat zal niet het geval zijn bij de meervoudig onderhandse procedure, mits die procedure alleen wordt ingezet bij schaarse vergunningstelsels die zich voor deze procedure lenen. Wanneer daarvan sprake zou kunnen zijn, wordt in de volgende paragraaf verkend.

6.2 De meervoudig onderhandse procedure in het bestuursrecht

Uit het voorgaande blijkt dat volgens ons een meervoudig onderhandse procedure niet ten principale is uitgesloten om schaarse vergunningen te verdelen. De vraag is dan hoe bepaalde aanbestedingsrechtelijke uitgangspunten kunnen worden 'vertaald' naar het bestuursrecht. Wij zullen er hier twee uitlichten.

68 Stcrt. 2020, 30657, p. 23. Zo mogen er alleen voorwaarden aan de potentiële gegadigden worden gesteld die in een direct verband staan tot de aard, omvang en uitvoering van de betreffende overheidsopdracht (Stcrt. 2020, 30657, p. 9 en 16; Essers 2017, p. 31. CvAE-adviesnr. 375, r.o. 5.6.9-5.6.13).

69 Stcrt. 2020, 30657, p. 44.

70 HvJ EU 18 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:843 (IBA Molecular), r.o. 29; HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (Müller), r.o. 48, M.R. Botman, 'Kapers op de Italiaanse kust. De gevolgen van het arrest Promimpresa voor de verdeling van schaarse rechten', Gst. 2017/3, afl. 7449, p. 10; Drahmman 2015, p. 86-102; Van Ommeren 2004, p. 17; T.G.H. Robbe, 'Aanbestedingsoverwegingen bij subsidies in het sociaal domein', Tender Nieuwsbrief juli 2020, p. 4.

71 Zeker die vergunningen die worden toegekend voor de uitoefening van economische activiteiten.

72 Drahmman 2018, p. 137.

73 J. Huisman & F.J. van Ommeren, Hoofdstukken van Privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 393; Robbe 2020, p. 4.

74 Zie hierover ook: A. Drahmman, 'Het veilen van schaarse vergunningen door gemeentebesturen: een verkenning van twee mogelijke belemmeringen', NTB 2020/173.

6.2.1 Wat is de waarde van een schaarse vergunning?

Een belangrijk uitgangspunt in het aanbestedingsrecht is dat de meervoudig onderhandse methode beperkt moet blijven tot de 'kruimelgevallen'. Dit lijkt ons ook een belangrijk startpunt om deze procedure in het bestuursrecht te hanteren. In het aanbestedingsrecht wordt om te bepalen of sprake is van een kruimelgeval, gekeken naar de waarde van de opdracht. Maar hoe bepaal je de vermogens- of ramingswaarde van een schaarse vergunning? Een (schaarse) subsidie is vergelijkbaar met een overheidsopdracht, waardoor de 'kale' vermogenswaarde van het recht relatief eenvoudig is te bepalen. Er wordt immers een concreet bedrag aan financiële middelen verstrekt. Het is daarentegen lastiger om een vergunning op geld te waarderen. Vergunninghouders verkrijgen immers het recht om een bepaalde activiteit uit te oefenen en geen geldbedrag. Een vergunning is daarmee tot op zekere hoogte vergelijkbaar met concessies in het aanbestedingsrecht.⁷⁵ De vermogenswaarde van een schaarse vergunning kan worden bepaald aan de hand van de vraag wat de waarde is van het recht dat de gegadigde zal verkrijgen. Die waarde zal moeten vastgesteld aan de hand van objectieve gezichtspunten. Allereerst is van belang welke investeringen de verkrijger moet doen om het schaarse publieke recht te kunnen gebruiken voor de betreffende activiteit. Er zijn bijvoorbeeld meer kosten gemoeid met de aanschaf en exploitatie van een vis- of loempiakraam dan met het exploiteren van een standplaats met non-foodartikelen. Een ondernemer zal voldoende zekerheid willen hebben dat hij deze investeringen kan terugverdienen met enige winstmarge, voordat hij meedingt naar een schaarse vergunning.⁷⁶ Wanneer een bestuursorgaan de waarde van een exploitatievergunning voor een standplaats bepaalt, kan dus eerst worden gekeken naar de nettowinst die de gegadigde op jaarbasis verwacht te realiseren en naar wat een redelijk maximaal winstpercentage is. Hierbij kan het bestuursorgaan onder meer letten op de gemiddelde nettowinst die een ondernemer verwacht te behalen op de specifieke plek waarvoor de (standplaats)vergunning is verleend.⁷⁷ Een ander belangrijk gezichtspunt is het aantal schaarse vergunningen dat het bestuursorgaan kan verdelen. Een schaarse vergunning wordt meer waard,

naarmate er minder zijn te verdelen. De vergunninghouder die het enige beschikbare recht verkrijgt om een speelautomaatenhal te exploiteren heeft een monopoliepositie. Hij kan daardoor meer omzet behalen met vergunning, die ook in waarde toeneemt. Verder kan relevant zijn voor welk tijdvak het schaarse publieke recht wordt verleend. Hoe langer de looptijd van de vergunning is, hoe meer winst de vergunninghouder naar verwachting zal maken en hoe meer het recht waard wordt.

Al met al is het berekenen van de waarde van een schaarse vergunning niet eenvoudig, maar ook niet onmogelijk. Het zou daarom goed zijn als dit onderzoek gezamenlijk zou worden gedaan, zodat niet ieder bestuursorgaan zelf onderzoek zou moeten verrichten. Gemeenten kunnen bijvoorbeeld in VNG-verband een leidraad opstellen die vergelijkbaar is met de Gids Proportionaliteit in het aanbestedingsrecht waarin bestuursorganen richtlijnen krijgen aangereikt om de vermogenswaarde te berekenen.⁷⁸ Dat dit mogelijk is, blijkt uit het feit dat de staatssecretaris van EZK aan SEO opdracht heeft gegeven om een geobjectiveerd en uniform beoordelingsinstrument (meetlat) te ontwikkelen waarmee gemeenten relatief eenvoudig het gewenste onderscheid kunnen maken tussen verschillende branches binnen de ambulante handel. Het doel daarvan is het eenvoudiger kunnen bepalen van een redelijke looptijd per branche.⁷⁹ In het verlengde daarvan zou ook kunnen worden gesteld dat, als uit het verrichte onderzoek blijkt dat het schaarse vergunningstelsel ziet op een activiteit waar de netto contante waarde zelfs met een langere looptijd laag is, er sprake is van een 'kruimelgeval' die in aanmerking zou kunnen komen voor de meervoudig onderhandse procedure. Zou kunnen, want zoals uit de volgende paragraaf blijkt, is naast de waarde ook de aard van de groep geïnteresseerden van belang.

6.2.2 Is de groep geïnteresseerden geschikt?

Een ander aspect dat een rol speelt bij de keuze voor de meervoudig onderhandse procedure, is de vraag of de groep geïnteresseerden voldoende afgebakend, specifiek en geschikt is. Hierbij zijn het verzorgingsgebied en de aard van de activiteit van belang. Naar analogie van het aanbestedingsrecht zou het proportioneel kunnen zijn om een schaarse vergunning meervoudig onderhands te verdelen, als er veel geïnteresseerden zijn en het niet gaat om de uitoefening van specialistische of complexe activiteiten. Een meervoudig onderhandse procedure is passend bij schaarse vergunningen voor activiteiten die in beginsel een hoog natuurlijk verloop aan exploitanten zouden kunnen hebben. Hierbij kunnen de gegadigden voor een schaarse vergunning elkaar

75 Zie over concessies ook: F.J. van Ommeren, 'Concessies 2.0: de concessie op de grens van de vergunning, de overheidsopdracht en de subsidie', *NTB* 2020/257 en A. Drahmman, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen?', *NTB* 2012/25.

76 Parallellen kunnen ook worden gemaakt met artikel 2a.27 Aanbestedingswet 2012 waar de looptijd van een concessieovereenkomst wordt gebaseerd op "de periode waarin van een concessiehouder redelijkerwijs verwacht mag worden dat hij de investeringen die hij heeft gedaan voor de exploitatie van de werken of diensten, samen met een rendement op geïnvesteerd vermogen, kan terug verdienen, rekening houdend met de investeringen die nodig zijn om de contractuele doelstellingen te halen".

77 Een dergelijk winstpercentage staat in de bedrijfsseconomie bekend als de interne-opbrengstvoet en is te berekenen met de verwachte nettowinst op jaarbasis gedurende de vergunningslooptijd. Om te voorkomen dat de ondernemer strategisch een lage verwachte nettowinst opgeeft, kunnen bestuursorganen historische winstcijfers gebruiken van soortgelijke ondernemingen met een soortgelijke vergunning. Het berekenen van eerlijke winstvoeten op basis van historische nettowinsten van ondernemingen met een schaarse vergunning wordt vergemakkelijkt als het onderzoek in VNG-verband wordt uitgevoerd. (Berk & DeMarzo, *Fundamentals of Corporate Finance*, Pearson: 2016, hoofdstuk 7).

78 Onder de 'vermogenswaarde' verstaan wij in deze context dus de maximale netto contante waarde van de winst die een onderneming verwacht te behalen met de schaarse vergunning. Deze netto contante waarde wordt vooraf geschat, waarbij het risico van de standplaats in de berekening is verdisconteerd.

79 *Kamerstukken II* 2019/20, 32637, nr. 418, p. 4-5. Zij verwachtte afronding van het onderzoek richting het einde van het vierde kwartaal 2020 (*Kamerstukken II* 2019/20, 32637, nr. 435, p. 4), maar voor zover ons bekend, is dit beoordelingsinstrument op het moment van het afronden van dit artikel nog niet openbaar gemaakt.

inwisselen, omdat er veel potentiële verkrijgers zijn, terwijl het aanbod voor burgers hetzelfde blijft.

Het is de vraag of veel schaarse vergunningstelsels aan bovenstaande voorwaarde voldoen, maar mogelijk kan gedacht worden aan de gemeentelijke standplaatsvergunning. Er zijn voor een standplaatsvergunning vaak meerdere, relatief vergelijkbare aanbieders, zoals meerdere visboeren voor de viskraam en meerdere bloemisten voor de bloemenstal. De persoon achter de viskraam of bloemenstal kan na afloop van een vergunningstijdvak veranderen zonder dat het aanbod voor een burger verandert. Zij kunnen binnen een bepaald verzorgingsgebied immers nog steeds bloemen of vis kopen bij een bloemenstal of een viskraam.⁸⁰ Dit betekent concreet dat een bestuursorgaan een longlist van bloemisten respectievelijk visboeren zou kunnen maken, waarna er meervoudig onderhands vergund zou kunnen worden, bijvoorbeeld door te loten tussen de ondernemers op de longlist.

6.2.3 De rol van lokale ondernemers

Een ander interessant aspect aan de meervoudig onderhandse verdeling is dat een bestuursorgaan – net als in het aanbestedingsrecht – voor deze ‘kruimelgevallen’ de lokale, regionale of landelijke uitstraling van een activiteit in de besluitvorming kan betrekken. Vanuit een oogpunt van evenredigheid is het niet onredelijk om een schaarse vergunning voor een (groot) landelijk evenement via een openbare procedure te verlenen, waarbij eenieder een aanvraag kan indienen. Als echter sprake is van een ‘kruimelgeval’, dan zou het bestuursorgaan kunnen besluiten om voornamelijk aanbieders uit de eigen regio uit te nodigen om naar die vergunning met een zeer beperkte waarde mee te dingen.

7. Afronding

De meervoudig onderhandse procedure kan interessant zijn voor vergunningstelsels die een beperkte vermogenswaarde vertegenwoordigen. Het is voor kleine ondernemers en gemeenten niet altijd proportioneel om dergelijke schaarse vergunningen via een openbare procedure te verdelen. De meervoudig onderhandse verdeelmethode beoogt een evenwicht te vinden tussen het waarborgen van het gelijkheids- en transparantiebeginsel enerzijds en de bescherming van gegadigden tegen onredelijke eisen, alsmede de beperking van de uitvoeringslasten voor de deelnemende partijen anderzijds.

Het gebruik van een meervoudig onderhandse verdeelmethode is echter niet zonder risico's. Ten eerste is er een juridisch risico, omdat er nog geen jurisprudentie beschikbaar is die stelt dat de meervoudig onderhandse procedure mag worden toegepast in het bestuursrecht. Voor zover het schaarse vergunningen betreft die uitsluitend vallen onder de nationale mededingingsplicht, kunnen wij ons

voorstellen dat het gelijkheidsbeginsel beperkt kan worden door het evenredigheidsbeginsel als toepassing van het beginsel van gelijke kansen zou leiden tot disproportionele lasten voor zowel het bestuursorgaan als de aanvragers. Voor schaarse vergunningen die vallen onder de Dienstenrichtlijn, is – voor zover ons bekend – geen jurisprudentie van het Hof van Justitie beschikbaar. Het is denkbaar dat ook bij beleidsmatige schaarse vergunningen een afweging tussen proportionaliteit en gelijkheid mogelijk is, maar een bestuursorgaan zal dit wel goed moeten onderbouwen. Als een bestuursorgaan echter van mening is dat een openbare procedure een onevenredige belasting vormt voor zowel zichzelf als de aanvragers, dan is het de moeite waard om deze meervoudig onderhandse procedure een kans te geven.

Het tweede risico ziet op willekeur en favoritisme. Aanbestedende diensten moeten de gemaakte keuzes weliswaar motiveren en transparant, objectief en non-discriminatoire handelen, maar het risico van willekeur en favoritisme is bij een onderhandse procedure altijd groter dan bij een openbare procedure. Dit komt omdat aanbestedende diensten ruime bevoegdheden hebben bij de selectie van de deelnemers. Ook wordt de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure gebruikt om (kleinere) lokale en regionale ondernemers eenvoudiger bij een aanbesteding te betrekken. Dit is een nobele doelstelling, maar werkt bevoordeling in de hand.

Bij de introductie van het systeem in het bestuursrecht zal dus goed moeten worden nagedacht over de opzet en reikwijdte. Wij verwachten dat er nieuwe discussies zullen ontstaan over de vraag in welke gevallen de meervoudig onderhandse procedure gebruikt mag worden. Want wanneer is nu sprake van een kruimelgeval dat een beperking van de mededingingsplicht rechtvaardigt? En is het daadwerkelijk disproportioneel om een openbare verdeelprocedure te hanteren, zeker nu in het bestuursrecht loting en volgorde van binnenkomst van de aanvragen toegestane verdeelprocedures zijn? Het lotingssysteem is een verdeelmethode die de objectiviteit en gelijke kansen waarborgt en die, mits het aanvraagformulier niet te hoge eisen stelt, geen hoge kosten voor de betrokken partijen hoeft te hebben. Daarnaast zouden de economische aspecten van de verdeling van schaarse vergunningen volgens ons uiteindelijk ondergeschikt moeten blijven aan de publieke belangen die het bestuursorgaan met het vergunningensysteem beoogt te behartigen.

Tegelijkertijd zijn wij bekend met de geluiden die in de praktijk soms klinken over de hoge uitvoeringslasten die een openbare verdeelprocedure met zich brengt. De meervoudig onderhandse procedure kan dan wellicht, geheel in de Nederlandse poldertraditie, fungeren als compromis, waarbij de mededingingsplicht niet volledig geldt (of juist een volledige uitzondering wordt gecreëerd), maar de mededingingsplicht wordt verzacht.

Als zou worden gekozen voor de introductie van de meervoudig onderhandse procedure, dan zouden wij ervoor willen pleiten dat goed wordt nagedacht over de begrenzing van deze methode. Daarbij kan worden gedacht aan

⁸⁰ Wij realiseren ons dat in de praktijk een band kan ontstaan tussen de verkoper en de klant, waardoor een andere exploitant wel degelijk als een gemis voor de burger kan worden ervaren. Vanuit een objectief perspectief is echter sprake van een identieke activiteit, namelijk de verkoop van vis of bloemen.

het opstellen van een bestuursrechtelijke variant op de Gids Proportionaliteit. Bestuursorganen zouden zo kunnen werken met een selectiesysteem waarbij gegadigden zich voor een groslijst kunnen aanmelden. De aanmeldmogelijkheid zou algemeen bekendgemaakt moeten worden op de website. Uit die groslijst kan dan vervolgens bijvoorbeeld worden geloot of (indien mogelijk) gerouleerd. Door de groslijst krijgen de bestuursorganen goed inzicht in de groep geïnteresseerden, terwijl nieuwkomers zich te allen tijde kunnen aanmelden voor een volgende verdeelronde. De groslijst werkt daarmee vergelijkbaar met de al bekende wacht- of informatielijst. Bovendien zou de groslijst kunnen worden benut om tussentijds vrijgevallen vergunningen snel en eenvoudig opnieuw te verdelen. Wanneer bijvoorbeeld een marktstandplaats voor het einde van een tijdvak vrijkomt, kan het bestuursorgaan deze groslijst raadplegen en die ondernemers benaderen om de standplaatsvergunning voor de resterende looptijd over te nemen. In de bestuursrechtelijke Gids proportionaliteit zouden de kaders van de meervoudig onderhandse procedure kunnen worden uitgewerkt. Daarin zouden wel voldoende waarborgen moeten worden ingebouwd om het risico van favoritisme en willekeur zo veel mogelijk te ondervangen. Het waarborgen van het gelijkheidsbeginsel is immers essentieel in het bestuursrecht, want eerlijk zullen we alles (ver)delen!