

De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen

Chris Jansen, Frank van Ommeren en Willem van Boom¹

1. Inleiding

In het onlangs gewezen *Didam*-arrest komt de Hoge Raad tot het oordeel dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien (redelijkerwijs te verwachten is dat) er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop daarvan.² De Hoge Raad ontleent deze rechtsnorm uitdrukkelijk aan de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. In die uitspraak aanvaardde de Afdeling de gelding van de rechtsnorm voor de verdeling van schaarse vergunningen.³ Ook de rechtsgrondslag van de verplichting waartoe de rechtsnorm strekt, neemt de Hoge Raad van de Afdeling over: dat is het gelijkheidsbeginsel, dat in de gegeven context strekt tot het bieden van gelijke kansen.

De Hoge Raad onderzoekt die rechtsgrondslag zelf niet. De uitspraak van de Afdeling geeft echter weinig inzicht in de *ratio* van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte en waarom nu juist het *gelijkheidsbeginsel* die ratio tot uitdrukking brengt. Toch is dat inzicht van wezenlijk belang. Een goede rechtsgrondslag biedt een rechtvaardiging en een verklaring voor de daarop gebaseerde rechtsnormen en geeft bovendien houvast bij de toepassing van die rechtsnorm. Hij maakt de rechtsnorm daardoor ook beter begrijpelijk en beter voorspelbaar. Het voorgaande geldt temeer nu de Hoge Raad een specifiek voor het publiekrechtelijk overheidshandelen ontwikkelde rechtsnorm doortrekt naar het domein van de verkoop van overheidseigendom en daarmee de privaatrechtelijke contractsvrijheid van overheidslichamen inperkt. Bovendien valt niet uit te sluiten dat het *Didam*-arrest vergelijkbare gevolgen zal hebben voor andere domeinen van privaatrechtelijk overheidshandelen.

1 Prof. mr. C.E.C. Jansen en prof. mr. F.J. van Ommeren zijn als hoogleraar privaatrecht respectievelijk hoogleraar staats- en bestuursrecht verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) van de Vrije Universiteit Amsterdam. Prof. mr. W.H. van Boom is hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit.

2 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, rov. 3.1.4, AB 2022/11 (*Didam Have/Gemeente Montferland*), m.nt. F.J. van Ommeren; TvAR/17025 m.nt. W.J.E. van der Werf; BR 2022/7 m.nt. E.W.J. de Groot, S. Elbertsen en W.I. de Vries; JB 2022/21 m.nt. J.A.F. Peters.

3 Zie voetnoot 5 bij rov. 3.1.4, waarin de Hoge Raad verwijst naar de uitspraak ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

In dit artikel gaan wij daarom dieper in op de grondslag en de ratio van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte (paragraaf 2). Inzicht in die ratio is bovendien een belangrijke randvoorwaarde om die verplichting te kunnen operationaliseren. Het arrest van de Hoge Raad roept wat dat laatste betreft een aantal belangrijke vragen op, die mede verband houden met de reikwijdte van de verplichting. Wij zullen de meest voor de hand liggende vragen signaleren en kort bespreken ten behoeve van verder debat (paragraaf 3). Daarbij zal blijken dat die vragen mede worden ingegeven door ontwikkelingen binnen het domein van de overheidsinkoop. Dat maakt vervolgens nieuwsgierig naar de vraag of en in hoeverre het *Didam*-arrest op zijn beurt weer consequenties zou moeten voor de (door)ontwikkeling van dat domein. Met de beantwoording van die vraag sluiten wij deze bijdrage af (paragraaf 4).

2. Grondslag en ratio van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte

2.1 De uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen*

De Afdeling bestuursrechtspraak formuleert in de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* de verplichting voor overheidslichamen om in geval van een schaarse vergunning mededingingsruimte aan potentiële gegadigden te bieden.⁴ De Afdeling volgt daarmee de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven, die in het gelijkheidsbeginsel de rechtsgrondslag van die verplichting vindt.⁵ De staatsraad A-G komt tot die conclusie na een uitgebreide analyse van jurisprudentie en literatuur, waarbij hij een onderscheid maakt tussen het Unierecht en het nationale recht.⁶ Bij zijn keuze voor het gelijkheidsbeginsel als rechtsgrondslag leunt hij sterk op het Unierecht.⁷

De Afdeling heeft het Unierecht echter niet nodig om tot haar oordeel te komen: het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur biedt volgens de Afdeling een *zelfstandige* rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte.⁸

2.2 Grondslag en ratio van de verplichting: aansluiting bij het Unierecht?

Wat is de *ratio* van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte en waarom brengt het *gelijkheidsbeginsel* die ratio tot uitdrukking? Wie voor het antwoord op deze vragen de aansluiting met het Unierecht zoekt, moet voorzichtig zijn. Voor zover het Unierecht namelijk voorziet in een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte – wij denken hier bijvoorbeeld aan het domein van de overheidsinkoop – fungeert het Unierechtelijk gelijkheidsbeginsel *niet*, althans *niet zelfstandig*, als rechtsgrondslag van die verplichting.

De primaire juridische grondslag van de verplichting bieden de beginselen van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), met name het vrije verkeer van

4 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, rov. 8, AB 2016/426 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

5 Conclusie staatsraad A-G onder punt 6, in het bijzonder 6.2 en 6.9.

6 Conclusie staatsraad A-G onder punt 3 (Unierecht) en punt 4 (nationaal recht).

7 Conclusie staatsraad A-G onder punt 6.9.

8 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, rov. 14 *in fine*. Dit neemt niet weg dat de Afdeling de rechtsnorm in een latere uitspraak heeft herhaald met de toevoeging: ‘Deze eis is gebaseerd op de uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie voortvloeiende transparantieplichting’. Zie ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, rov. 5.3, AB 2017/300 (*Utrechtse Heuvelrug*).

goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening. Enkel en alleen wanneer de verdragsvrijheden in het geding zijn, moeten overheidslichamen van de lidstaten schaarse rechten openstellen voor mededinging en dienen zij – in *dat* kader – de van de verdragsvrijheden afgeleide beginselen van gelijke behandeling en transparantie te eerbiedigen. In deze benadering is het bieden van mededingingsruimte dus geen doel op zichzelf, maar een middel tot een doel. In het geval van de inkoop van overheidsopdrachten met een geschatte waarde boven de drempelbedragen van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen, of die anderszins een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben, is dat van doel van oudsher: het verbeteren van het functioneren van de interne markt.⁹ Zodra *dat* doel in het geding is, kan een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte worden geconstrueerd.¹⁰

Indien de toewijzing van een schaars recht niet raakt aan de in het VWEU verankerde doelstellingen, vanwege gebrek aan duidelijk grensoverschrijdend belang, valt de Unierechtelijke grondslag onder de verplichting weg en zal men op zoek moeten naar een alternatieve grondslag. Dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dan in die grondslag kan voorzien, is vanuit het perspectief van de door het Unierecht bestreken domeinen van schaarse rechten bepaald niet vanzelfsprekend. Zo kent ons nationale recht – tot op dit moment althans¹¹ – bijvoorbeeld geen algemene verplichting voor overheidslichamen tot het bieden van mededingingsruimte in het geval dat een overheidsopdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang ontbeert.¹²

2.3 Grondslag en ratio van de verplichting: nationaal recht

Naar een alternatieve grondslag moet men eveneens op zoek in die gevallen waarin het Unierecht van meet af aan geen rol speelt. Wij denken hier in het bijzonder aan de gevallen waarin het een overheidslichaam op grond van de wet is toegestaan een of meer schaarse rechten te creëren en te verdelen, maar waarbij de wetgever zich niet over het doel van die verdeling heeft uitgelaten. Het zijn precies dit soort gevallen die centraal hebben gestaan in het bestuursrechtelijk discours dat tot de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* heeft geleid: lokale speelautomatenhalvergunningen en lokale ontheffingen van het verbod voor winkels om op zon- en feestdagen voor het publiek open te zijn.¹³ In deze gevallen realiseert een overheidslichaam zijn beleidsdoelstellingen reeds door vergunningen of ontheffingen schaars te maken. Het eventueel bieden van mededingingsruimte met het oog op de verdeling van die vergunningen en ontheffingen dient – anders dan geldt voor de in de vorige paragraaf besproken gevallen die kaderen in het Unierecht – geen *verder* (publiek) doel meer.¹⁴ Dat verklaart waarom in het bestuursrecht het gelijkheidsbeginsel *zelf* als rechtsgrondslag van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte is beproefd.

9 Richtlijn 2014/24/EU, considerans (1).

10 En in dat geval dient de inkoop van de overheidsopdracht plaats te vinden met gebruikmaking van een aanbestedingsprocedure, zie hierover ook paragraaf 3.2 *in fine*.

11 Wij komen hier in paragraaf 4 op terug.

12 Anders dan de staatsraad A-G in punt 6.9 van zijn conclusie lijkt te veronderstellen

13 Zie F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 237-253 en conclusie staatsraad A-G onder punt 4.

14 Zou dat wel het geval zijn, dan zou de wetgever daarin hebben voorzien.

Deze laatste benadering is begrijpelijk, met dien verstande dat het bieden van mededingingsruimte en – in het verlengde daarvan – het bieden van gelijke kansen dan geen doel op zichzelf moet worden, maar een middel tot een *ander* doel,¹⁵ een doel dat bij overheidsoptreden het karakter draagt van een publiek doel. Dat doel dient bovendien te worden geëxpliciteerd in de redenering die uitmondt in de formulering van een rechtsnorm zoals die door de Afdeling in de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* is aanvaard en in het *Didam*-arrest door de Hoge Raad is overgenomen. In paragraaf 1 hebben wij uiteengezet waarom dat belangrijk is.

Wij menen dat de ratio van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte dan in de eerste plaats moet worden gezocht in het beheersen van het risico van favoritisme, strijd met het verbod van willekeur en mogelijk zelfs nepotisme. Een overheidslichaam mag uiteraard zijn eigen beleidskeuzes maken, maar door mededingingsruimte en gelijke kansen te bieden voorkomt het overheidslichaam dat beslissingen worden genomen op grond van persoonlijke vooroordelen, een te grote persoonlijke betrokkenheid, vriendjespolitiek, corruptie en professionele belangenvermenging.¹⁶ Het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur brengt deze ratio goed tot uitdrukking en kan daarmee als rechtsgrondslag voor de genoemde verplichting fungeren.¹⁷

Wij kunnen ons in aanvulling op de hierboven genoemde ratio, onder dezelfde vlag van het gelijkheidsbeginsel, ook een meer positief geformuleerde ratio indenken. De waarde die een schaars recht vertegenwoordigt – en wij doelen hier niet alleen op de economische waarde,¹⁸ maar op de totale maatschappelijke waarde van dat recht – komt toe aan de collectiviteit, de samenleving als geheel. Wij menen dat er dan veel valt te zeggen voor een verplichting van overheidslichamen om bij de verdeling van schaarse rechten te bewerkstelligen dat daarmee maximale waarde voor de samenleving wordt gerealiseerd. Voor deze opvatting kan inmiddels ook steun worden gevonden in de ontwikkeling van zowel het Europees als het nationale overheidsopdrachtenrecht.¹⁹ Deze benadering heeft bovendien een belangrijk voordeel ten opzichte van een negatieve benadering, die de ratio zoekt in het voorkomen van favoritisme

15 En zoals wij in de vorige paragraaf betoogden, volgt dat ook uit het Unierecht. In zoverre plaatsen wij een kanttekening bij het standpunt van de staatsraad A-G. Hij lijkt in punt 6.9 van zijn conclusie te veronderstellen dat het bieden van mededingingsruimte in het Unierecht als een doel op zichzelf geldt en vindt daarin vervolgens de ratio voor de verplichting naar nationaal recht.

16 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, oratie VU, Deventer: Kluwer 2004, p. 46-47. De staatsraad A-G ziet dat overigens ook zo: 'Doet het dat niet, dan bevoordeelt het zonder duidelijke reden een (of sommige) aanvrager(s) boven anderen en ligt het verwijt van willekeur op de loer', conclusie punt 6.2.

17 Zie Van Ommeren 2004, p. 46-47, die deze ratio van de verplichting met het gelijkheidsbeginsel verbindt via de eis van objectiviteit, in samenhang met art. 2:4 Awb (verbod van vooringenomenheid). Evenals de staatsraad A-G in zijn conclusie onder punt 6.9 opmerkt, biedt het gelijkheidsbeginsel volgens Van Ommeren een betere rechtsgrondslag dan het (bestuursrechtelijke) zorgvuldigheidsbeginsel, zie F.J. van Ommeren, 'Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij*, (Jaap Polak-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 201.

18 Zie conclusie staatsraad A-G, punt 6.2, die spreekt van 'vermogenswaarde'.

19 Zie Considerans (2) van de Richtlijn 2014/24/EU, die als bijkomende doelstellingen noemt: het bereiken van een slimme, duurzame en inclusieve groei en de zo efficiënt mogelijke besteding van overheidsmiddelen. Art. 1.4 lid 2 Aw brengt het als volgt tot uitdrukking: 'De aanbestedende dienst (...) draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst (...).'

en het beheersen van aanverwante risico's. Zoals wij in paragraaf 3 nog zullen laten zien, biedt een positief geformuleerde ratio namelijk goede aanknopingspunten voor het beantwoorden van belangrijke vervolgvragen die verband houden met de reikwijdte en operationalisering van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte.

2.4 Onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk overheidshandelen?

Gegeven de hierboven uiteengezette grondslag en ratio van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte zien wij geen principiële reden waarom die verplichting zich zou moeten beperken tot het domein van vergunningen, ontheffingen en subsidies en niet zou kunnen worden doorgetrokken naar het domein van de verkoop van overheidseigendom.²⁰ Procureur-Generaal Langemeijer ziet die reden wel, maar zijn betoog overtuigt onvoldoende. Hij stelt in de kern genomen dat de vrije markt voor onroerende zaken niet wordt begrensd door wat overheidslichamen aan te bieden hebben: op de vrije markt concurreren overheidsaanbieders immers met particuliere aanbieders van gelijksoortige onroerende zaken. Bij het verlenen van vergunningen, ontheffingen, subsidies en dergelijke ligt dat zijns inziens anders. Zij worden niet in concurrentie op de vrije markt verkocht: alleen de overheid kan optreden als verlener van publieke rechten. Om die reden acht de P-G het geen vanzelfsprekendheid dat de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte, zoals die door de Afdeling voor de verdeling van schaarse vergunningen en schaarse subsidies is aanvaard, één op één wordt overgenomen wanneer het gaat om privaatrechtelijke handelingen van een overheidslichaam op de vrije markt.²¹ Waar de P-G met zijn redenering naar wij menen evenwel aan voorbijgaat, is dat een overheidslichaam niet alleen op de vrije markt moet concurreren met private partijen wanneer hij goederen *aanbiedt*, maar ook wanneer hij privaatrechtelijk handelt door goederen (en diensten) *in te kopen*.²² Voor *dat* geval wordt de verplichting van overheidslichamen tot het bieden van mededingingsruimte toch evenzeer aanvaard? Sterker nog, de ontwikkeling van die verplichting binnen het domein van de overheidsinkoop is juist een belangrijke factor van betekenis geweest voor de ontwikkeling van diezelfde verplichting binnen het domein van schaarse vergunningen, ontheffingen en subsidies.²³

3. Reikwijdte en operationalisering van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte

Het *Didam*-arrest roept een aantal belangrijke vragen op, die verband houden met de reikwijdte en operationalisering van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Zonder de pretentie te willen hebben volledig te zijn, signaleren wij hierna de meest voor de hand liggende ten behoeve van verder debat.

20 Zie ook P.J. Huisman en F.J. van Ommeren in hun annotatie bij het door de Hoge Raad gecasseerde arrest Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, AB 2020/116.

21 Conclusie P-G, punt 2.27 en 2.28.

22 Bovendien kunnen ook private partijen subsidies verlenen. Dat dit geen subsidies zijn in de zin van de Awb, laat het punt dat wij hier maken onverlet.

23 Zie onder andere Van Ommeren 2004, p. 44-49 en de conclusie van de staatsraad A-G bij de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* onder punt 3, in het bijzonder 3.2, 3.7 en 3.13.

3.1 *Beperking tot eigendomsrechten op onroerende zaken?*

Een eerste vraag is of een overheidslichaam zich aan de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte kan onttrekken door een gegadigde voor een langdurige periode onderhands een zakelijk of persoonlijk (gebruiks)recht – te denken valt aan erfpacht respectievelijk huur – ten aanzien van een onroerende zaak te verlenen, in plaats van tot eigendomsoverdracht van die zaak over te gaan. Gegeven de in de vorige paragraaf besproken ratio van de verplichting, zien wij geen reden om deze te beperken tot gevallen van eigendomsoverdracht. Dat sluit ook aan bij artikel 10 lid 5 van de Regeling beheer onroerende zaken Rijk 2017, waaruit volgt dat aan het tijdelijk in gebruik geven van, dan wel het verlenen van een erfpacht- of opstalrecht met betrekking tot een onroerende zaak in beginsel een openbare aanbidding van het betreffende recht voorafgaat.²⁴

Met hetzelfde argument valt bovendien te betogen dat de verplichting zich evenmin zou dienen te beperken tot *onroerende* zaken. Een verplichting van overheidslichamen tot het bieden van mededingingsruimte in gevallen waarin zij het voornemen hebben de eigendom van *roerende* zaken over te dragen dan wel te bezwaren sluit bovendien aan bij de reeds lang bestaande praktijk van het Rijk om dergelijke zaken openbaar te veilen.²⁵

En wanneer men de ratio van de verplichting consequent doortrekt, zou dan niet tevens betoogd kunnen worden dat zij ook geldt voor *andere* aan een overheidslichaam toebehorende subjectieve vermogensrechten, zoals de verkoop van overheidsaandelen? Te denken valt bijvoorbeeld aan de “gecontroleerde veiling”, nog niet zolang geleden, van de Eneco aandelen door 44 gemeenten aan een Aziatisch consortium.²⁶

3.2 *Welke verdelingsprocedure?*

Een tweede vraag ziet op de aard van de verdelingsprocedure die een overheidslichaam mag – of moet – toepassen. Te denken valt aan een procedure die uitgaat van de volgorde van binnenkomst, een loting, een veiling of een vergelijkende toets.²⁷ De Hoge Raad laat de beantwoording van deze vraag in het midden, daar waar hij in het verlengde van de formulering van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte overweegt:

‘In dat geval zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd.’²⁸

24 Zie over deze regeling en haar rechtsgrondslag: P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 4.5, p. 126.

25 Tegenwoordig gebeurt dat via de Dienst Domeinen Roerende Zaken van het Ministerie van Financiën.

26 *Kamerstukken II* 2019/20, 29023, nr. 256.

27 Van Ommeren 2004, p. 9 e.v. en C.J. Wolswinkel, ‘Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 187-194. De bij deze procedures behorende verdelingscriteria die Wolswinkel onderscheidt, zijn: ‘tijdstip’, ‘lotnummer’, ‘financieel bod’ en ‘overige verdelingscriteria’.

28 Rov. 3.1.4

Hoewel men op het eerste gezicht vanwege de uitdrukking ‘mededinging’ wellicht anders zou kunnen denken, is met dit arrest zelfs de procedure die uitgaat van de volgorde van binnenkomst niet zonder meer uitgesloten. In de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* overweegt de Afdeling over de maatstaf waarin de volgorde van de binnenkomst van de aanvraag bepalend is:

‘Deze maatstaf is toegestaan, mits de potentiële gegadigden een gelijke kans hebben om te wedijveren om het schaarse publieke recht.’²⁹

Het voorgaande laat echter onverlet dat voor de beantwoording van de vraag naar de aard van de in het concrete geval toe te passen verdelingsprocedure houvast kan worden gevonden bij de ratio van de verplichting. Zoals wij in paragraaf 2 hebben laten zien, kan men die ratio zowel negatief als positief formuleren. Beoogt men enkel het beheersen van het risico van favoritisme en aanverwante risico’s, dan kan men dat doel met *alle* zojuist genoemde verdelingsprocedures dienen. Beoogt men daarentegen het realiseren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de samenleving dan zal een vergelijkende toets, al dan niet in combinatie met een veiling, in de praktijk de meer geëigende procedure zijn. Daarmee kan een overheidslichaam gegadigden bijvoorbeeld stimuleren om, in aanvulling op of in plaats van het aanbieden van een zo hoog mogelijk geldbedrag, materiële of immateriële tegenwaarde voor de levering van de onroerende zaak te bieden. Te denken valt aan de transformatie en exploitatie ten behoeve van maatschappelijke doeleinden van voormalig overheidsvastgoed zoals schoolgebouwen, stadskantoren en politiebureaus, of een oud gemeentehuis zoals aan de orde was in *Didam*. In theorie kan maximalisatie van maatschappelijke waarde ook worden gerealiseerd met de procedure die uitgaat van volgorde van binnenkomst en de lotingprocedure, indien een overheidslichaam in staat is te bepalen bij welk bod die waarde voor de samenleving zal worden gerealiseerd en het de gegadigden, die bereid zijn *dat* bod uit te brengen, uitnodigt tot deelname aan een van die procedures.

Overheidslichamen moeten overigens bedacht zijn op het volgende. Wanneer zij gegadigden met de competitieve verkoop van een onroerende zaak willen stimuleren tot het aanbieden van een bepaalde transformatie en/of exploitatie van die zaak, betreden zij het grensgebied tussen de overdracht van een eigendomsrecht en de inkoop van een overheidsopdracht. Dat sinds het *Didam*-arrest voor beide typen schaarse rechten een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte wordt aangenomen, laat de relevantie van het maken van onderscheid tussen deze rechten onverlet. Indien het schaarse recht namelijk moet worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht zal het overheidslichaam in het kader van de toewijzing van dat recht – anders dan in het geval van een eigendomsrecht – de gedetailleerde bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 moeten naleven. Wanneer op grond van die wet een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bestaat, heeft het overheidslichaam geen andere keuze dan de toepassing van een vergelijkende toets op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding dan wel een (omgekeerde) veiling op basis van de laagste prijs. In beide gevallen spreekt men dan van een aanbestedingsprocedure.³⁰

29 Rov. 12.

30 Zie Wolswinkel 2011, p. 195-196 en C.E.C. Jansen, ‘De gereguleerde aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse rechten: een vergelijking’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 312-315. Zie verder art. 2.115 Aw, in het bijzonder lid 3 van die bepaling, waarin de wetgever de

3.3 Welke nadere verplichtingen?

Een derde vraag ligt in het verlengde van een opmerking die wij hierboven maakten. Indien het schaarse recht gekwalificeerd moet worden als een eigendomsrecht, is een overheidslichaam niet gehouden bij de uitvoering van zijn verplichting tot het bieden van mededingingsruimte de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 in acht te nemen. Dat laat onverlet dat wanneer een overheidslichaam de verkoop van een onroerende zaak overweegt, het bij het nemen van zijn beslissingen in het kader van het ontwerp en de uitvoering van de verdelingsprocedure beginselen in acht zal moeten nemen die niet wezenlijk verschillen van die welke ten grondslag liggen aan die wet. Die beginselen (van aanbestedingsrecht) zijn: gelijke behandeling, transparantie, objectiviteit en evenredigheid.³¹

Wanneer overheidslichamen ten behoeve van de verkoop van een onroerende zaak een verdelingsprocedure ontwerpen en uitvoeren, beschikken zij bij de huidige stand van het recht – binnen de kaders van de hiervoor bedoelde beginselen – over een ruime mate van handelingsvrijheid. De vraag is of de *ratio* van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte daar in alle gevallen voldoende bij is gebaat. Voor het domein van de overheidsinkoop heeft de (Unie)wetgever die vraag ontkennend beantwoord, getuige het gedetailleerde stelsel van nadere regels in de Europese Aanbestedingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet 2012 waarin de genoemde beginselen zijn uitgewerkt. De beantwoording van deze vraag hangt opnieuw sterk samen met de aard van de *ratio* die men als uitgangspunt neemt en van de daarmee verband houdende verdelingsprocedure. Het toepassen van een lotingprocedure met het oog op het beheersen van het risico van favoritisme en aanverwante risico's is minder complex en vraagt om minder (gedetailleerde) regels dan het toepassen van een vergelijkende toets die tot doel heeft maximale maatschappelijke waarde voor de samenleving te realiseren. Een dergelijke meer complexe procedure kan wat betreft haar ontwerp en uitvoering sterke gelijkenissen vertonen met een aanbestedingsprocedure in het kader van de inkoop van een overheidsopdracht.

3.4 Reikwijdte van eventuele uitzonderingen op de verplichting?

Een vierde vraag betreft de reikwijdte van eventuele uitzonderingen op de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. De Hoge Raad overweegt daarover onder andere:

'De (...) mededingingsruimte (...) hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. (...).'³²

toepassing van een vergelijkende toets op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding tot hoofdregel heeft gemaakt.

31 In het *Didam*-arrest kunnen deze beginselen worden herkend in rov. 3.1.4 *in fine* en rov. 3.1.5.

32 Rov. 3.1.6.

De Hoge Raad doelt hiermee op de uitzondering die in de literatuur wel wordt aangeduid als die van de 'uniciteit'.³³ Deze uitzondering ligt op zichzelf voor de hand. Het bieden van mededingingsruimte heeft geen zin als van tevoren al vaststaat dat er maar één (serieuze) gegadigde is die in aanmerking kan komen. Van belang is overigens dat de Hoge Raad daaraan toevoegt dat ook in dat geval het overheidslichaam wel de verplichting heeft zijn voornemen tot verkoop tijdig bekend te maken.

Er laten zich echter meer uitzonderingen denken dan het hier door de Hoge Raad uitdrukkelijk genoemde geval. Te denken valt in het bijzonder aan bagatelgevallen, waarbij de te verkopen zaak een relatief geringe waarde vertegenwoordigt. De vraag rijst of het overheidslichaam ook in zo'n geval tot het bieden van mededingingsruimte gehouden is. De P-G heeft in zijn conclusie bij het *Didam*-arrest in dit verband opgemerkt dat het moeilijk te verklaren is dat bij de inkoop van overheidsopdrachten wel een drempelwaarde wordt gehanteerd en bij de verkoop van overheidseigendom niet.³⁴

Ook op dit punt is het nodig om te kijken naar ratio van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Zoals wij in paragraaf 2 hebben laten zien, speelt bij de inkoop van overheidsopdrachten de EU-dimensie. Die bepaalt de achtergrond van de bagateluitzondering: wanneer bij de opdracht geen duidelijk grensoverschrijdend belang betrokken is, is de inkoop vanuit communautair perspectief gezien relatief onbelangrijk. In een dergelijk geval is sprake van bagatel en valt de Unierechtelijke grondslag onder de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte weg. Het is daarmee niet zo zinvol om de Europeesrechtelijke ratio van bagateluitzonderingen bij overheidsinkoop één op één te transponeren naar de verkoop van overheidseigendom, waar als gezegd een andere ratio het fundament biedt.

Zoekt men bij overheidsverkoop de rechtsgrondslag van de verplichting in het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dan komt het voor de legitimatie van passende uitzonderingsregels opnieuw aan op de ratio van *die* verplichting. Vindt men die ratio slechts in het voorkomen van favoritisme en vriendjespolitiek, dan is voor het maken van een uitzondering in bagatelgevallen eigenlijk geen ruimte. Die ruimte ontstaat daarentegen wel wanneer men voor de ratio van de verplichting aanknoopt bij het belang dat is gemoeid met het streven naar maximale maatschappelijke waarde voor de samenleving. In dat geval moeten de kosten en inspanningen die het bieden van mededingingsruimte vergen immers worden afgewogen tegen de maatschappelijke meeropbrengst die als gevolg van het oproepen van mededinging wordt verwacht. Bij een bagatel zullen die kosten die meeropbrengst in de regel overtreffen. Is de ratio een gemengde, namelijk én het voorkomen van favoritisme en vriendjespolitiek enerzijds én het realiseren van maximale maatschappelijke waarde voor de samenleving anderzijds, dan is een bagatelgrens denkbaar.

3.5 Rechtsgevolgen van niet-naleving van de verplichting?

Een vijfde en laatste voor de hand liggende vraag betreft de rechtsgevolgen van de eventuele niet-naleving door een overheidslichaam van zijn verplichting tot het bieden van

33 Zie bijvoorbeeld C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publieke rechten: op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 345-346.

34 Conclusie P-G, punt 2.31.

mededingingsruimte. Hier valt in het bijzonder te denken aan het geval dat die niet-naleving inmiddels heeft geresulteerd in de onderhandse verkoop en levering van de onroerende zaak. Wij volstaan hier met de opmerking dat de regulering van het domein van de overheidsinkoop leert dat de belangen die zijn gebaat bij de juridische mogelijkheden tot aantasting van een inmiddels toegewezen schaars recht, zullen moeten worden afgewogen tegen de doelmatigheidsbelangen die met die toewijzing zijn gemoeid. Die afweging heeft voor het domein van de overheidsinkoop geresulteerd in een uitgekristalliseerd complex van regels die de mogelijkheden tot het instellen van rechtsvorderingen door een teleurgestelde gegadigde aanzienlijk beperken.³⁵ Deze regels kunnen een bron van inspiratie zijn voor het domein van de overheidsverkoop.

4. Besluit: naar een coherente benadering van overheidsverkoop en overheidsinkoop

De stand van het nationale recht is nu dat een overheidslichaam dat een onroerende zaak wenst te verkopen, de verplichting heeft tot het bieden van mededingingsruimte. In paragraaf 2 hebben wij de ratio van die verplichting besproken: een overheidslichaam moet voorkomen dat het bij het verdelen van schaarse rechten beslissingen neemt op grond van vriendjespolitiek en aanverwante overwegingen. Daarnaast kan het bieden van mededingingsruimte bijdragen aan het realiseren van maatschappelijke waarde voor de samenleving. Het gelijkheidsbeginsel brengt deze ratio tot uitdrukking.

De vervolgvraag is nu: zou deze nationaalrechtelijke benadering, die niet alleen ziet op overheidsverkoop maar op de verdeling door de overheid van schaarse rechten in het algemeen, niet moeten worden doorgetrokken naar het domein van de overheidsinkoop? Zoals wij in paragraaf 2.1 hebben opgemerkt, voorziet ons nationale recht op dit moment immers enkel en alleen in een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte voor het geval dat een overheidsopdracht binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Wanneer dat laatste niet het geval is, omdat de financiële waarde van de opdracht lager is dan het relevante drempelbedrag van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de opdracht ook overigens geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, valt de Unierechtelijke grondslag onder die verplichting weg. In dat geval is – Unierechtelijk bezien althans – sprake van een bagatelgeval en voorziet de Aanbestedingswet 2012 niet in een alternatieve, nationale rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte.³⁶

Voor zover het ontbreken van een dergelijke grondslag berust op een bewuste keuze van de wetgever, verdient die keuze na het *Didam*-arrest op zijn minst heroverweging. De ratio van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte zoals wij die hierboven hebben bepleit, gaat immers evenzeer op voor de inkoop van overheidsopdrachten, óók in zuiver interne situaties. Te denken valt aan het voorbeeld van een overheidsopdracht van een gemeente voor het leveren van ICT-diensten met een geschatte waarde van 100.000 EURO. Die waarde ligt ruim beneden het op dit moment geldende Europese drempelbedrag van

35 Zie voor een recent overzicht S. Prent, *De redelijk handelende aanbesteder* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2021, p. 50-60.

36 Dat overheidslichamen in dat geval de keuze voor de wijze waarop zij de overeenkomst tot stand brengen zullen moeten bepalen op grond van objectieve criteria, aldus art. 1.4 lid 1 onder a Aw, laat het voorgaande onverlet. Zie in dit verband ook de annotatie van C.E.C. Jansen bij HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, *NJ 2017/383 (HLA/Kadaster)*, in het bijzonder punt 2.

215.000 EURO.³⁷ Dat het Unierecht om die reden niet van toepassing is,³⁸ doet echter niet af aan het feit dat het bieden van mededingingsruimte ook in dit geval kan voorkomen dat de gemeente zich bij de gunning van de opdracht laat leiden door dubieuze overwegingen. En opnieuw geldt: de gemeente zou daarmee tevens maatschappelijke meerwaarde voor de samenleving kunnen realiseren.³⁹ In het gegeven voorbeeld biedt de nationale, niet aan het Unierecht gebonden, rechtsgrondslag van het gelijkheidsbeginsel daarmee op zichzelf reeds voldoende rechtvaardiging voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte.⁴⁰ Het zou ook wel zorgelijk zijn als het Nederlandse op privaatrechtelijke leest geschoeide overheidsopdrachtenrecht, net als het Nederlandse bestuursrecht, niet zelf in staat is zijn eigen rechtsgrondslagen – en daarmee rechtvaardigingen – te ontwikkelen. Het Unierecht is daarvoor niet zonder meer nodig. Wij zijn op deze terreinen voor een belangrijk deel zelf heer en meester over de rechtsontwikkeling. Een koerswijziging op dit punt zou bovendien bijdragen aan een minder fragmentarische en meer coherente benadering van het domein van de verdeling van schaarse rechten door de overheid, waar in de literatuur al langer voor wordt gepleit.⁴¹

37 Zie EU Verordening 2021/1952 van 10 november 2021.

38 Wij nemen gemakshalve aan dat de opdracht in dit voorbeeld bovendien geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, hetgeen overigens zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.

39 Uiteraard moet dan in het licht van die doelstelling goed worden nagedacht over eventuele (bagatel)uitzonderingen op de verplichting. Het bieden van mededingingsruimte is immers geen doel op zichzelf, maar een middel tot een doel. Zie opnieuw paragraaf 3.4.

40 Dat de gemeente in het gegeven voorbeeld mogelijk reeds uit eigen beweging tot het bieden van mededingingsruimte zal overgaan, doet aan het voorgaande evenmin af.

41 Zie in dit verband bijvoorbeeld verschillende bijdragen aan: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; Paul Adriaanse, Frank van Ommeren, Willemien den Ouden and Johan Wolswinkel (eds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge: Intersentia 2016. Zie ook Wolswinkel 2013.