

**Zoekterm:** binnerts

**Gebruikte voorspecificaties:** Inclusief woordvariaties

**Verfijnd op:** Tijdschriftartikel

---

**Over dit document:**

Informatiesoort: Tijdschriftartikel

Bron: TA

Titel: TAAN 2020/105 Art. - Uitsluitende rechten in het aanbestedingsrecht en de nationale mededingings- en transparantienorm, Art. - Uitsluitende rechten in het aanbestedingsrecht en de nationale mededingings- en transparantienorm, Aanbestedingsrecht, Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun, Art. - Uitsluitende rechten in het aanbestedingsrecht en de nationale mededingings- en transparantienorm

Auteur: Binnerts, J.C.

Documentnummer: TAAN 2020/105

---

**TAAN 2020/105 Art. - Uitsluitende rechten in het aanbestedingsrecht en de nati...**

---

[Open dit document in PDF formaat](#)

17-12-2020

Uitsluitende rechten in het aanbestedingsrecht en de nationale mededingings- en transparantienorm

*In hoeverre kan een besluit tot verlening van een uitsluitend recht binnen de Nederlandse rechtssfeer ook getoetst worden aan algemene, nationale rechtsbeginselen, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur? Jan Coen Binnerts bespreekt de werking van de verplichtingen tot het bieden van voldoende mededingingsruimte en transparantie. Ook gaat hij in op de vraag hoe de verlening van zo'n recht aangevochten zou kunnen worden.*

## Inleiding

Eén van de bekende uitzonderingen op de verplichting tot 'Europees' aanbesteden is neergelegd in art. 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012 (Aanbw). Dat artikel bepaalt dat als een aanbestedende dienst een opdracht wil verlenen aan een andere aanbestedende dienst, de verplichting tot Europees aanbesteden

niet van toepassing is als die gunning plaatsvindt *'op basis van een uitsluitend recht dat aan die andere aanbestedende dienst (...) is verleend, mits dit uitsluitend recht verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.'* Het begrip 'uitsluitend recht' is in art. 1 Aanbw gedefinieerd als *'een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen.'* De opdrachtnemende entiteit is aldus tegelijkertijd een aanbestedende dienst als 'ondernemer' in de zin van art. 1 Aanbw. Het begrip 'ondernemer' is gedefinieerd als 'een aannemer, leverancier of dienstverlener', zodat aan deze 'ondernemer' ondershands opdrachten verleend kunnen worden, hetgeen zodanig ruim is dat het elke entiteit omvat die een opdracht aanneemt.

Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht genieten dikwijls belangstelling van aanbestedende diensten en de toepassing ervan leidt vaak tot rechtspraak. Dat geldt ook voor deze uitzonderingsgrond. De inmiddels in Nederland gewezen jurisprudentie handelt over de vraag wat is bedoeld met de eis dat het uitsluitend recht verenigbaar moet zijn met het VwEU<sup>1</sup>, hoe de bestuursrechtelijke inbedding van het recht precies moet zijn<sup>2</sup> en wat bedoeld is met de eis dat het recht een geografische beperking moet kennen<sup>3</sup>. Een toets dus of het 'uitsluitend recht' voldoet aan de eisen uit de betreffende bepalingen van de Aanbestedingswet.

Discussies in rechte over uitleg van deze uitzonderingsbepaling worden overigens niet vereenvoudigd door onduidelijkheid op het formele vlak van de rechtsbescherming: moet een besluit tot verlening van een uitsluitend recht afzonderlijk bij de bestuursrechter worden bestreden, of is het een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling en daarom weliswaar een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), maar desalniettemin een besluit waartegen op grond van art. 8:3 Awb geen beroep openstaat bij de bestuursrechter<sup>4</sup>?

In deze bijdrage verken ik in hoeverre een besluit tot verlening van een uitsluitend recht binnen de Nederlandse rechtssfeer ook getoetst kan worden aan algemene, nationale rechtsbeginselen, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur. In het bijzonder ga ik daarbij in op de werking van de uit het gelijkheidsbeginsel af te leiden verplichtingen tot het bieden van voldoende mededingingsruimte en transparantie. De mogelijke invloed van die verplichtingen is niet beperkt tot situaties waarin het uitsluitend recht ziet op opdrachten met een grensoverschrijdend belang; zij vloeien immers niet alleen uit het VwEU voort, maar ook uit nationaal recht. Ook ga ik in op de vraag hoe de verlening van zo'n recht aangevochten zou kunnen worden.

Als voorbeeld van een situatie waarin die vragen kunnen rijzen kan gedacht worden aan een gemeente die de afvalinzameling wil opdragen aan een buurgemeente, die deze met een eigen ophaaldienst kan uitvoeren en de eerstgenoemde gemeente de opdracht daartoe op basis van een ten behoeve van de buurgemeente te vestigen uitsluitend recht plaatst, met als gevolg dat marktpartijen niet meer aan bod komen. Maar vergelijkbare casus doen zich ook voor bij andere vormen van dienstverlening, zo is mijn waarneming.

## Nationale norm tot mededinging en transparantie

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) heeft in de geruchtmakende uitspraak<sup>5</sup> over de exploitatievergunning voor een speelautomatenhal in Vlaardingen aanvaard 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 is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Om gelijke kansen te realiseren moet het bestuur een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria.'*

Er bestaat derhalve in de Nederlandse rechtssfeer een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse rechten ruimte wordt geboden om mee te dingen. Die rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel. En het gelijkheidsbeginsel kan niet bestaan zonder het transparantiebeginsel, omdat het anders oncontroleerbaar is.<sup>6</sup>

De context waarin de *Vlaardingen*-uitspraak is gedaan, is die van schaarse *vergunningen*. De daarin aanvaarde norm wordt wel aangeduid als de mededingingsnorm en de verplichting tot toepassing van transparantie. Daarmee wordt dus een norm aangeduid die de Afdeling afleidt uit een nationaalrechtelijk beginsel. Dit lijkt weliswaar sterk op het transparantiebeginsel dat op grond van het VwEU geldt, maar dat laatste heeft slechts gelding in kwesties waar een grensoverschrijdend belang aan de orde is. Voor de toepasselijkheid van de nationale norm is de al of niet aanwezigheid van een dergelijke belang niet relevant.

Aan de *Vlaardingen*-uitspraak van de Afdeling ging een conclusie vooraf van A-G Widdershoven.<sup>7</sup> Deze hanteerde het bredere begrip schaarse publieke rechten en had de reikwijdte van zijn conclusie als volgt afgebakend:

‘Schaarse vergunningen zijn een species van het genus schaarse publieke rechten. Tot de groep van schaarse publieke rechten behoren behalve vergunningen, andere schaarse overheidstoestemmingen, zoals concessies, ontheffingen of vrijstellingen, schaarse verhandelbare publieke rechten, zoals emissierechten of quota, en schaarse subsidies of andere financiële aanspraken. Deze conclusie betreft schaarse vergunningen en andere schaarse overheidstoestemmingen, waarmee een verbod om een bepaalde handeling te verrichten opzij wordt gezet, meer in het bijzonder schaarse vrijstellingen en ontheffingen. Op onderdelen wordt ook aandacht besteed aan andere schaarse publieke rechten, vooral aan schaarse subsidies. Volgens een algemeen (en ook door mij) gehanteerde definitie is sprake van schaarse publieke rechten “als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft”. Deze definitie impliceert dat het aantal beschikbare publieke rechten beperkt is en dat voor wat betreft het aantal te verlenen rechten een maximum of plafond bestaat. Dat plafond kan voortvloeien uit de schaarste aan beschikbare natuurlijke hulpbronnen (fysieke schaarste) of aan bruikbare technische mogelijkheden (technische schaarste), maar kan ook om beleidsmatige redenen worden vastgesteld.’

De Afdeling heeft zich in de *Vlaardingen*-uitspraak beperkt tot vergunningen, maar daarmee is zeker niet gezegd dat de onderhavige rechtsnorm niet ook in andere situaties van schaarste geldt. Zo is een soortgelijke discussie aan de orde geweest bij subsidiebesluiten.<sup>8</sup> In een recente uitspraak van de Afdeling<sup>9</sup> wordt bovendien in meer algemene zin gesproken over schaarse publieke *rechten* in plaats van vergunningen of subsidies en wordt uitdrukkelijk verwezen naar de bredere begripsomschrijving in de conclusie van bij de *Vlaardingen*-uitspraak:

‘In de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, die heeft geleid tot de uitspraak van de Afdeling van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, staat dat de hiervoor genoemde definitie van schaarse publieke rechten impliceert dat het aantal beschikbare publieke rechten beperkt is en dat voor het aantal te verlenen rechten een maximum of plafond bestaat. Dat plafond kan volgens de staatsraad advocaat-generaal voortvloeien uit de schaarste aan beschikbare natuurlijke hulpbronnen (fysieke schaarste) of aan bruikbare technische mogelijkheden (technische schaarste), maar kan ook om beleidsmatige redenen worden vastgesteld.’

De mededingingsnorm en de verplichting tot transparantie, beide voortvloeiend uit het gelijkheidsbeginsel, hebben dus een meer brede gelding dan alleen voor specifieke overheidsbesluiten zoals vergunningen en subsidiebesluiten. En dat zou natuurlijk ook logisch zijn, omdat het gelijkheidsbeginsel nu eenmaal een *algemeen* beginsel van behoorlijk bestuur is en er geen goede grond is te bedenken waarom het dan niet bij alle overheidshandelen waarbij ‘schaarste’ aan de orde is op gelijke wijze moet worden gehanteerd.

## **Beperkt tot het bestuursrecht?**

Als de overheid privaatrechtelijk handelt, is zij eveneens aan de beginselen van behoorlijk bestuur gebonden. Dat volgt uit art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb. De hiervoor beschreven rechtsnorm vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel, hetgeen een beginsel van behoorlijk bestuur is. Is er dan enige reden om aan te nemen dat als een overheid via een handeling naar burgerlijk recht een schaars recht uitgeeft, het gelijkheidsbeginsel (en daarmee het transparantiebeginsel) géén gelding zou hebben? Ik kan die niet bedenken. En dat betekent dan ook dat gegadigden zouden moeten kunnen meedingen. Recent oordeelde Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>10</sup> evenwel in een zaak die een gronduitgifte door een gemeente betrof:

'5.8. [appellanten] betoogt verder dat de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927) geïntroduceerde norm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op een reële wijze mededingingsruimte moet worden geboden, naar analogie mede van toepassing is op de uitgifte van schaarse grond. (...)

Het hof ziet dat anders. Een dergelijke “mededingingsnorm bij schaarse vergunningen” is (nog) niet van toepassing op gronduitgifte buiten de (in dit geval), aanbestedingsrechtelijke context. Voor zover deze norm wél op grondverkoop door de overheid zou zien, dan geldt deze bovendien enkel bij schaarste.' (Onderstreping door auteur.)

Het hof bevestigt terecht dat het gelijkheidsbeginsel van toepassing is, maar leidt daaruit niet af dat dat gegadigden desgewenst bij een gronduitgifte moeten kunnen meedingen. En daarmee bracht de toepasselijkheid van dat beginsel appellanten niets. Het hof laat bovendien in het midden of de gemeente tegen dat beginsel had gezondigd of niet. De motivering van het arrest op dit punt lijkt geheel en al te zijn ingegeven door een belangenafweging, die aan de orde was nu het ging om een (appel van) een kort geding.

Heijnsbroek wijst er in zijn noot op dat dit oordeel over de niet-toepasselijkheid van het transparantiebeginsel principiëler oogt dan het is en dat het in elk geval niet gemotiveerd is, hetgeen verklaarbaar is in het licht van het feit dat een kort geding aan de orde was.<sup>11</sup> Anderen lezen er wel een meer principiële uitspraak in dat de mededingingsnorm niet zou gelden bij gronduitgifte.<sup>12</sup>

Kennelijk staat nog niet buiten kijf of het gelijkheidsbeginsel ook tot 'opening ter mededinging' verplicht als een overheid *privaatrechtelijke* rechtshandelingen verricht waarbij schaarse zaken aan de orde zijn, al zou ik niet goed kunnen bedenken waarom niet. Maar dat laat onverlet dat de burgerlijke rechter als restrechter ook *bestuursrechtelijke* rechtshandelingen als besluiten en verordeningen voorgelegd kan krijgen, namelijk voor zover daartegen geen rechtsgang bij de bestuursrechter openstaat. Er lijkt mij geen twijfel mogelijk dat hij deze bestuursrechtelijke rechtshandelingen in voorkomend geval dient te toetsen aan dezelfde normen als de bestuursrechter hanteert en dus – als het gaat om toekenning van schaarse publieke rechten – ook aan de mededingingsnorm en de verplichting tot transparantie aan voornoemde rechtsnorm.

## **Uitsluitend recht een schaars publiek recht?**

Het uitsluitend recht als bedoeld in art. 2.24a Aanbw is blijkens de definitie ervan in art. 1 Aanbw een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend. Die verleningshandeling lijkt dus per definitie een publiekrechtelijk karakter te hebben. Gesteld dat er meer dan één onderneming belangstelling heeft voor dat uitsluitend recht, lijkt de conclusie dat er sprake is van een schaars publiek recht onontkoombaar. Die conclusie trok de VNG overigens al in een publicatie in 2016.<sup>13</sup>

In het door mij genoemde voorbeeld van de afvalinzameling vindt de inbedding van het uitsluitend recht in de regel plaats in een gemeentelijke afvalstoffenverordening. Krachtens art. 10.24 lid 1 Wet milieubeheer (MB) moet een gemeente in zo'n verordening een inzameldienst aanwijzen die het

huishoudelijk afval inzamelt. Daarbij zijn twee mogelijkheden: ofwel bij verordening zélf wordt een partij aangewezen, ofwel een bevoegdheid wordt daartoe belegd bij het college van burgemeester en wethouders, dat dan krachtens de verordening bij afzonderlijke beschikking een concrete partij aanwijst.

Bij andere dienstverlening zien wij naast vestiging van een uitsluitend recht bij<sup>14</sup> of krachtens<sup>15</sup> een autonome verordening ook 'losse' besluiten tot vestiging van een uitsluitend recht, die als uitgangspunt hebben dat er een autonome bevoegdheid daartoe bestaat van het desbetreffende bestuursorgaan.<sup>16</sup>

Wanneer aanwijzing in de verordening zelf plaatsvindt, rijst de vraag of daartegen wel bezwaar en beroep openstaat, omdat art. 8:3 lid 1 Awb een besluit inhoudende een algemeen verbindende voorschrift daarvan uitsluit. Zo'n aanwijzing zou dan daarom – voorafgaand aan of tezamen met de beslissing tot gunning – slechts bij de burgerlijke rechter aangevochten kunnen worden. Deze kan algemeen verbindende voorschriften toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in ieder geval de materiële beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel.<sup>17</sup> Als hij een gemeentelijke afvalverordening daarmee in strijd acht, kan hij deze op dat punt onverbindend verklaren of bij toetsing van een op basis daarvan genomen gunningsbesluit de verordening op dat punt buiten toepassing laten als deze in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Dat dit genuanceerd ligt, blijkt uit het volgende. De Afdeling heeft – nota bene in een zaak waar het ging om verdeling van een schaars publiek recht, te weten een subsidie – al eens aangenomen dat in een verordening wel degelijk een appellabel Awb-besluit kan zijn verrat: *'De Subsidieregeling bevat, door de verwijzing naar overeenkomsten die met de stichting zijn gesloten, geen zelfstandige normen die zich voor herhaalde concrete toepassing lenen. De Subsidieregeling laat geen ruimte voor subsidiëring aan anderen dan de stichting en is zo concreet, dat het algemeen karakter hieraan wordt ontnomen.'*<sup>18</sup> Het is dus niet steeds een uitgemaakte zaak dat een verlening van een uitsluitend recht aan een specifieke partij in een verordening als onderdeel van een algemeen verbindend voorschrift moet worden gezien en om die reden niet vatbaar zou zijn voor bezwaar en beroep ingevolge de Awb.

Maar of in een verordening een Awb-besluit tot verlening van een uitsluitend recht aan een bepaalde ondernemer wordt gelezen, of als de verordening daartoe alleen een bevoegdheid creëert en de verlening zelf geschiedt bij besluit van het college, of als sprake is van een op zichzelf staande beschikking tot verlening, in geen van deze gevallen is een rechtsgang naar de bestuursrechter gegarandeerd. Het besluit tot verlening van een uitsluitend recht is door de lagere bestuursrechter namelijk ook wel geduid als een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling in de zin van art. 8:3 lid 2 Awb.<sup>19</sup> Die kwalificatie leidt tot de niet-ontvankelijkheid van de concurrerende onderneming in bestuursrechtelijk bezwaar en beroep. Ook in die situaties moet de concurrent dus mogelijk zijn stellingen over de ongeldigheid van het voorbereidende besluit bij de burgerlijke rechter naar voren brengen, die daarbij het bestuursrechtelijk besluit tot verlening van een uitsluitend recht moet toetsen. Zoals in het vorige hoofdstuk aangegeven, lijkt er dan geen twijfel mogelijk dat de burgerlijke rechter óók moet toetsen aan het gelijkheidsbeginsel en de daarop te baseren rechtsnorm dat gegadigden kunnen meedingen. Dat zal in kort geding niet anders liggen, behoudens uiteraard het gegeven dat de voorzieningenrechter in kort geding een voorziening kan weigeren op grond van een belangenafweging.

## Consequenties voor verlening uitsluitend recht

Gesteld dat een uitsluitend recht als bedoeld in de Aanbestedingswet inderdaad aangemerkt kan worden als een schaars publiek recht, waartoe zou een toetsing van een besluit tot verlening ervan dan leiden? Anders gezegd: waartoe verplichten de mededingings- en transparantienorm eigenlijk en in hoeverre kan een onderhandse verlening van een uitsluitend recht daarmee nog in overeenstemming worden geacht?

Deze normen verplichten tot een passende mate van openbaarheid, hetgeen heel kort vertaald kan worden als een aanbesteding-light. Het bestuur moet aan het begin van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen over de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdeelprocedure, het

aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het moet verder zorgen voor duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering van de verdeelregels, en de verdelingscriteria voor schaarse vergunningen gelijkelijk toepassen.

Mijn conclusie dat de geformuleerde rechtsnorm er uiteindelijk toe strekt openbaarheid te betrachten en een objectief en transparant traject te doorlopen, kan worden gebaseerd op basis van nationaal recht: zij geldt dus ook als er géén partijen uit andere lidstaten zijn die potentieel belangstelling hebben voor de opdracht en die zich – dan – op het verdragsrechtelijke transparantiebeginsel hadden kunnen beroepen.

Een ander aspect dat een rol speelt is dat schaarse rechten niet voor onbepaalde tijd kunnen worden verleend. Hierover stelt Widdershoven in zijn al eerder aangehaalde conclusie: *'Deze eis vloeit voort uit het materiële gelijkheidsbeginsel en voorkomt dat de "uitverkoren" vergunninghouder onevenredig wordt bevoordeeld. Bij schaarse vergunningen voor een economische activiteit zijn afwijkingen van deze eis niet goed denkbaar.'*<sup>20</sup> Een aanwijzing in of krachtens een afvalstoffenverordening van een partij zou dus steeds in tijd beperkt moeten zijn.

Gelden er mogelijk uitzonderingen op de verplichting tot het bieden van reële mededingingskansen? Ook daar biedt de conclusie van Widdershoven inzicht:

*'In louter nationale zaken kan de verwezenlijking van de verplichting om mededingingsruimte te garanderen worden beperkt door of afstuiten op het formeel-wettelijk kader van de schaarse vergunning zelf of door dat van andere vergunningen die voor de realisering van de te vergunnen activiteit nodig zijn. Bij locatiegebonden activiteiten kunnen beperkingen bijvoorbeeld voortvloeien uit de ruimtelijke wetgeving.'*

Dergelijke beperkingen lijken mij voor wat betreft de dienstverlening als afvalstoffeninzameling, groen onderhoud et cetera niet aan de orde.

Widdershoven vervolgt:

*'Verder zijn beperkingen van de verplichting mogelijk voor zover zij in voldoende mate kunnen worden gerechtvaardigd door een algemeen belang (...). Ten slotte kan op de verplichting een uitzondering worden gemaakt als bij voorbaat vaststaat dat slechts één aanvraag aan de verdelingscriteria voldoet (uniciteit).'*

Een gemeente zal in de regel wel een 'goed verhaal' hebben waarom zij de betreffende dienst graag van een buurgemeente wil betrekken, in de zin dat zij daarin voordelen ziet, bijvoorbeeld dat zij daarmee van een inkoopprobleem af is. Maar dat is nog niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als een voldoende rechtvaardiging vanuit een algemeen belang. Deze rechtvaardigingsgrond lijkt een nationaalrechtelijke afgeleide van de Unierechtelijke grond, waarop verdragsvrijheden beperkt kunnen worden. Dat is in die context alleen mogelijk als dat in voldoende mate wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, een criterium dat door het Hof van Justitie streng pleegt te worden toegepast.<sup>21</sup> Er lijkt daarom ook niet direct reden om de uitzondering op de nationaalrechtelijke transparantie- en mededingingsnorm nu plotseling extensief uit te leggen. Verdedigbaar zou echter kunnen zijn dat bijvoorbeeld de wens om bepaald werk door een sociale werkplaats te laten verrichten als een voldoende reden van algemeen belang kan worden beschouwd. Die wens kan echter ook op andere manieren worden vervuld. Daarbij kan worden gedacht aan quasi-inbesteding aan een dergelijke instelling of door in een reguliere aanbesteding de opdracht voor te behouden aan sociale werkplaatsen.<sup>22</sup>

Als het verwachte voordeel gelegen is in mogelijk gunstige tarieven die de buurgemeente kan rekenen, geldt dat mijns inziens niet als een reden om geen transparantie toe te hoeven passen; niets zou de buurgemeente dan immers hoeven te beletten aan een transparante procedure als een reguliere aanbestedingsprocedure deel te nemen en als haar tarieven werkelijk zo gunstig zouden zijn, dan zou dat daarin wel moeten blijken.

Een andere rechtvaardiging voor onderhandse gunning in mijn voorbeeld zou kunnen zijn dat de desbetreffende gemeente de enige is die voor het uitsluitend recht in aanmerking komt. Het is verdedigbaar dat deze uniciteit in de context van het transparantiebeginsel een wat ruimere strekking heeft dan de artistieke of technische uniciteit uit het aanbestedingsrecht.<sup>23</sup> In het laatste geval is daarvan sprake als een bepaalde dienst aantoonbaar alleen kan

worden verricht door een bepaalde ondernemer. In het gegeven voorbeeld valt echter niet in te zien, ook niet op basis van een ruimere uitleg, op welke objectieve basis kan worden verdedigd dat enkel de buurgemeente voor het uitsluitend recht in aanmerking komt.

## Conclusie

Het bestuursorgaan dat een uitsluitend recht in de zin van art. 1 Aanbw uit geeft aan een entiteit, verleent een schaars publiek recht. Bij de gunning daarvan heeft zij de nationale rechtsnorm te volgen die er op basis van het gelijkheidsbeginsel toe strekt dat potentiële gegadigden gelijkelijk kunnen meedingen. Dat betekent dat – behoudens uitzonderingsgevallen – onderhandse verlening ervan niet is toegestaan.

Een partij die voorziet door zo'n ondershands verleend uitsluitend recht buitenspel te worden gezet, zal moeten beslissen naar welke rechter hij gaat. Gelet op de uiteenlopende jurisprudentie op dit punt, zal het vooralsnog verstandig zijn tegelijkertijd de bestuursrechter (bezwaar in combinatie met een verzoek om een voorlopige voorziening) én de civiele rechter (kort geding) te benaderen.

*Dit artikel is afgesloten op 3 december 2020.*

Mr. J.C. (Jan Coen) Binnerts

Advocaat bij Pot Jonker advocaten.

---

1) HR 18 november 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BU4900](#) (*Westland*); Rb. Amsterdam 30 september 2015, [ECLI:NL:RBAMS:2015:6459](#) (*AEB*); Hof Arnhem Leeuwarden 3 september 2013, [ECLI:NL:GHARL:2013:6675](#) (*Fryslan Milieu*), Rb. Noord-Nederland 19 juni 2015, [ECLI:NL:RBNNE:2015:2947](#).

2) V.zr. Rb. Gelderland 29 juli 2015 [ECLI:NL:RBGEL:2015:5490](#) (*AVR*).

3) Hof Den Haag 15 december 2009, [ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928](#), HR 18 november 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BU4900](#).

4) Rb. Den Haag, sector bestuursrecht, 29 februari 2012, [ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5722](#); anders A-G bij het arrest *AVR/Westland*, [ECLI:NL:PHR:2011:BU4900](#), al. 2.22.

5) AbRS 2 november 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:2927](#).

6) Vgl. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99P (*Succhi di Frutta*).

7) [ECLI:NL:RVS:2016:1421](#).

8) AbRS 11 juli 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:2310](#).

9) AbRS 20 april 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:1013](#).

10) Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:991](#).

11) P. Heijnsbroek, 'Gronduitgifte en gebiedsontwikkeling', «JAAN» 2020/27.

12) Zie bijvoorbeeld E.W.J. de Groot & S. Elbertsen, 'Aanbestedingsplichtige opdracht?', *Bouwrecht* 2020/20.

13) VNG Factsheet 'Het nieuwe normenstelsel voor schaarse besluiten: keuzes voor gemeenten', juli 2016.

- 14) Zie bijvoorbeeld de Verordening Uitsluitend recht Drechtwerk 2018, van de gemeente Sliedrecht.
- 15) Zie bijvoorbeeld Verordening gunning opdrachten door toekenning van een uitsluitend recht, van de gemeente Heemstede 2013.
- 16) Zie bijvoorbeeld het besluit van Gedeputeerde Staten van Utrecht van 10 april 2018, nr. 81CC3669, tot vaststelling van Besluit alleenrecht voor de uitvoering van werkzaamheden op het gebied van de recreatieve routes en paden.
- 17) HR 16 mei 1986, [ECLI:NL:HR:1986:AC9354](#) (*Landbouwwliegersarrest*).
- 18) ABRvS 27 februari 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:595](#), m.nt. Van den Brink.
- 19) Rb. Den Haag, sector bestuursrecht, 29 februari 2012, [ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5722](#); anders A-G bij het arrest *AVR/Westland*, [ECLI:NL:PHR:2011:BU4900](#), al. 2.22.
- 20) Zie A-G Widdershoven, onder 'Conclusie'.
- 21) In het algemeen eist het HvJ EU dat de beperking objectief gerechtvaardigd is, niet discriminerend, geschikt voor het beoogde doel en dat deze niet verder gaat dan noodzakelijk.
- 22) Zie bijvoorbeeld art. 2:82 Aw.
- 23) Zie A-G Widdershoven, 6.17, onder verwijzing naar CBB 3 juni 2009, [ECLI:NL:CBB:2009:BI6466](#) (*Swiss Leisure Group*).