

BR 2023/29

## Didam-arrest, verkoop gemeentegrond, staking uitgifte, uitgifte door loting, gelijkheidsbeginsel

Rb. Gelderland 22-02-2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:795, m.nt. T.A. Terlien &amp; A.L. Snelders

Instantie	Rechtbank Gelderland
Datum	22 februari 2023
Magistraten	Mr. W. van der Boon
Zaaknummer	402961
Noot	T.A. Terlien & A.L. Snelders
JCDI	JCDI:ADS691403:1
Vakgebied(en)	Civiel recht algemeen (V) Aanbestedingsrecht / Selectie Aanbestedingsrecht / Aanbestedingsprocedure
Brondocumenten	ECLI:NL:RBGEL:2023:795, Uitspraak, Rechtbank Gelderland, 22-02-2023 ECLI:NL:RBGEL:2022:3065, Uitspraak, Rechtbank Gelderland, 22-06-2022
Wetingang	(Art. 3:14 BW)

### Essentie

*Didam-arrest, verkoop gemeentegrond, staking uitgifte, uitgifte door loting, gelijkheidsbeginsel*

### Samenvatting

*De gemeente Zevenaar ('Gemeente') heeft een uitgifteprocedure ingesteld voor de verkoop van 23 kavels, waarbij de rangvolgorde werd vastgesteld aan de hand van het moment van inschrijving. Op basis van hun positie op de lijst met belanghebbenden zouden alle eisers in beginsel een optie krijgen op een van de beschikbare kavels. De Gemeente heeft de uitgifteprocedure vervolgens gestaakt, omdat de uitgifteprocedure volgens haar niet aan de voorwaarden uit het Didam-arrest zou voldoen.<sup>[1]</sup> In de nieuwe tweede uitgifteprocedure werd geen rekening meer gehouden met een eerdere inschrijfdatum van geïnteresseerden en werd de rangvolgorde ook niet meer bepaald door de volgorde van inschrijving. De Gemeente heeft ervoor gekozen om de rangvolgorde in de tweede uitgifteprocedure vast te stellen aan de hand van een loting onder alle geïnteresseerden. Eisers zijn van mening dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de eerste uitgifteprocedure te staken, alsook dat loting als selectiemethode niet voldoet aan de criteria van het Didam-arrest. De Gemeente zou met een dergelijke methode in strijd handelen met art. 3:14 BW, omdat zij het verbod van willekeur en/of het zorgvuldigheidsbeginsel zou schenden door willekeurig te contracteren.*

### Partij(en)

Vonnis van 22 februari 2023 in de zaak van:

1. [eiser] en [eiser] ,  
woonachtig te [woonplaats] ,

2. [eiser] en [eiser],  
woonachtig te [woonplaats] ,

3. [eiser] ,  
woonachtig te [woonplaats] ,

4. [eiser] en [eiser],  
woonachtig te [woonplaats] ,

5. [eiser] en [eiser],  
woonachtig te [woonplaats] ,

6. [eiser] en [eiser],  
woonachtig te [woonplaats] ,

7. [eiser],  
woonachtig te [woonplaats] ,

8. [eiser],  
woonachtig te [woonplaats] ,

9. [eiser] en [eiser],  
woonachtig te [woonplaats] ,

10. [eiser],  
woonachtig te [woonplaats] ,

eisers,  
hierna samen te noemen: '[eisers]',  
tegen  
de publiekrechtelijke rechtspersoon  
[de gemeente] ,  
te [woonplaats] ,  
gedaagde,  
hierna te noemen: 'de gemeente',  
(...)

## **Uitspraak**

### 3. De feiten

3.1. De gemeente is eigenaar van 23 kavels in de wijk [naam wijk] in [woonplaats] . De gemeente is voornemens deze kavels te verkopen en heeft hiervoor in 2021 een uitgifteprocedure ingesteld (hierna: ' de 1e uitgifteprocedure'). [eisers] hebben zich ingeschreven voor de 1e uitgifteprocedure.

#### *De 1e uitgifteprocedure*

3.2. De relevante voorwaarden van de 1e uitgifteprocedure luiden als volgt:

#### **Algemeen**

(...)

[woonplaats] kiest ervoor om de verkoop te verrichten via een inschrijfprocedure. In eerdere uitgifterondes is aan geïnteresseerde kopers medegedeeld dat de gemeente bij een volgende uitgifte van grond, wederom werkt met een lijst van inschrijvingen, waarbij de gemeente eerst in gesprek gaat met de inschrijver die zich als eerste als geïnteresseerde koper bij de gemeente heeft gemeld. Sommige geïnteresseerde kopers wachten al sinds 2019 op een kavel en staan daardoor al lange tijd op de lijst. Op deze wijze komen zij als eerste aan bod.

#### **Spelregels**

- De rangvolgorde wordt vastgesteld aan de hand van het moment van inschrijving. Geïnteresseerden die zich eerder hebben gemeld, houden hun inschrijfdatum als zij voor de sluitingsdatum hun interesse bekrachtigen

(...)

3.4. De 1e uitgifteprocedure heeft geresulteerd in een rangschikking van geïnteresseerde kopers. [eisers] zijn op 20 december 2021 op de hoogte gesteld van deze rangschikking. Op basis van hun positie op de lijst met belangstellenden zouden alle eisers in beginsel een optie krijgen op een van de beschikbare kavels.

3.5. De gemeente heeft middels twee raadsinformatiebrieven op 22 februari 2022 en 8 maart 2022 bekend gemaakt dat zij de 1e uitgifteprocedure zou staken en een nieuwe uitgifteprocedure zou vaststellen, omdat volgens haar de 1e uitgifteprocedure niet voldoet aan de voorwaarden uit het Didam-arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021.

#### *De 2e uitgifteprocedure*

3.6. In de nieuwe uitgifteprocedure, die de gemeente in februari 2022 heeft opgestart (hierna: ' de 2e uitgifteprocedure'), wordt geen rekening meer gehouden met een eerdere inschrijfdatum van geïnteresseerden en wordt de rangvolgorde ook niet meer bepaald door de volgorde van inschrijving. De gemeente heeft ervoor gekozen om in de 2e uitgifteprocedure de rangvolgorde vast te stellen aan de hand van een loting onder alle geïnteresseerden (hierna: de ' loting'). Daarover staat in de beschrijving van de 2e uitgifteprocedure het volgende vermeld:

#### **Algemeen**

*[de gemeente] is voornemens om 23 kavels uit te geven in de wijk [naam wijk] . Het gaat om 11 kavels voor vrijstaande woningen en 4 kavels voor 8 twee-onder-een kapwoningen in buurtschap [naam buurtschap 1] en 4 kavels voor vrijstaande woningen in buurtschap [naam buurtschap 2] . Naar verwachting zijn er meer gegadigden dan beschikbare kavels. Dit betekent waarschijnlijk dat de gemeente enkele gegadigden moet teleurstellen.*

Hieronder wordt beschreven hoe de [de gemeente] het proces omtrent de uitgifte van de kavels wil invullen. Dit zijn tevens de spelregels waar de gemeente en de gegadigden aan zijn gebonden.

Deze uitgiftecriteria horen bij de uitgifteprocedure die in februari 2022 is opgestart.

[woonplaats] kiest ervoor om de verkoop te verrichten via een algemene loting. Iedereen die voldoet aan de spelregels kan deelnemen aan de loting. De loting wordt voltrokken door een notaris.

(...)

## 5. De beoordeling

5.1. De vorderingen van [eisders] zijn gebaseerd op het standpunt dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de 1e uitgifteprocedure te staken, omdat zij ten onrechte heeft geoordeeld dat die procedure in strijd was met de voorwaarden die de Hoge Raad heeft geformuleerd in het Didam-arrest. Gelet daarop zal de rechtbank eerst beoordelen of de 1e uitgifteprocedure voldeed aan de criteria uit het Didam-arrest.

*Waren de voorwaarden uit de 1e uitgifteprocedure in strijd met het Didam-arrest?*

5.2. Op grond van artikel 3:14 BW mag een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan de gemeente toekomt, niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat de gemeente bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen.<sup>[2]</sup> Dit geldt dus ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden zij een overeenkomst sluit tot verkoop van aan haar toebehorende onroerende zaken (in dit geval kavels).

5.3. Uit het Didam-arrest vloeit in deze zaak voort dat toen de gemeente het voornemen kreeg de 23 kavels in de wijk [naam wijk] in [woonplaats] te verkopen, zij op grond van het gelijkheidsbeginsel ruimte moest bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze kavels. Omdat redelijkerwijs kon worden verwacht dat er meer gegadigden zouden zijn dan kavels, moest de gemeente met inachtneming van de haar toekomende beleidsruimte criteria opstellen aan de hand waarvan de kopers werden geselecteerd. Die criteria moesten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat de gemeente in deze zaak, om gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moest verzekeren met betrekking tot:

- . de beschikbaarheid van de kavels;
- . de selectieprocedure;
- . het tijdschema; en
- . de toe te passen selectiecriteria.

Ook moest de gemeente tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over de hiervoor opgesomde aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis konden nemen.<sup>[3]</sup>

5.4. De rechtbank stelt voorop dat de regel uit de 1e uitgifteprocedure op grond waarvan bij het vaststellen van de rangorde rekening wordt gehouden met een inschrijftijd op basis van eerdere uitgifterondes (hierna: de 'spelregel') objectief en toetsbaar is en eveneens voldoet aan het transparantiebeginsel. De lijst met belangstellenden kan immers worden getoetst aan de hand van gegevens uit eerdere uitgifteprocedures. Naar het oordeel van de rechtbank is een keuze voor een dergelijke spelregel ook redelijk, omdat op die manier tegemoet kan worden gekomen aan de wensen en belangen van geïnteresseerden die al lang geleden kenbaar hadden gemaakt dat zij interesse hadden in een kavel en dat nog steeds hebben. Zowel de gemeente als die geïnteresseerden hebben daarbij belang gelet op de vermoedelijk langdurige binding met de gemeente en de regio.

5.5. Naar het oordeel van de rechtbank voldoet de spelregel zoals die is geformuleerd in de 1e uitgifteprocedure aan het gelijkheidsbeginsel. De tekst van de 1e uitgifteprocedure gaat immers ervan uit dat bij eerdere uitgifterondes aan toentertijd geïnteresseerde kopers is medegedeeld dat bij een volgende uitgifteronde wederom zou worden gewerkt met een lijst van belangstellenden. Via de eerdere uitgifteprocedures zouden (potentiële) gegadigden dus al kennis hebben kunnen nemen van de mogelijkheid om op de lijst van belangstellenden te komen voor een volgende uitgifteprocedure. Met een dergelijke werkwijze neemt de gemeente een passende mate van openbaarheid in acht en hebben potentiële gegadigden een gelijke kans om te kunnen wedijveren om het schaarse publieke recht.<sup>[4]</sup>

5.6. Op grond het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de voorwaarden van de 1e uitgifteprocedure niet in strijd zijn met de criteria uit het Didam-arrest. De gemeente stelt zich echter op het standpunt dat zij desondanks de 1e uitgifteprocedure moest staken, omdat zij zich niet heeft gehouden aan haar eigen voorwaarden.

*Heeft de gemeente zich gehouden aan de voorwaarden uit de 1e uitgifteprocedure?*

5.7. [eisers] hebben gesteld dat de gemeente bij eerdere uitgifteprocedures ook de regel heeft gehanteerd dat geïnteresseerden die zich voor die uitgifteprocedures hadden aangemeld, maar daarbij niet voor een kavel in aanmerking waren gekomen, hun inschrijftijd mochten meenemen naar toekomstige uitgifteprocedures.

(...)

5.10. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat er - anders dan in de tekst van de 1e uitgifteprocedure staat - geen eerdere uitgifteprocedures zijn geweest waarin de gemeente de regel heeft gehanteerd dat geïnteresseerden die zich voor die uitgifteprocedures hadden aangemeld, hun inschrijftijd mochten meenemen naar toekomstige uitgifteprocedures. [eisers] hebben simpelweg een plek op de lijst gekregen doordat zij - los van een eerdere uitgifteprocedure - contact hebben opgenomen met de gemeente met het verzoek om op de lijst van belangstellenden te worden geplaatst. Naar het oordeel van de rechtbank betekent dit dat de lijst van belangstellenden op grond waarvan [eisers] in de 1e uitgifteprocedure zijn geselecteerd om een optie te kunnen nemen op een van de kavels, niet is samengesteld aan de hand van objectieve en toetsbare criteria. Ook is de wijze waarop (potentiële) gegadigden op de lijst van belangstellenden konden komen niet in de periode voordat de 1e uitgifteprocedure werd gestart op zodanige wijze bekend gemaakt dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis konden nemen. Hoewel de 1e uitgifteprocedure op papier voldeed aan de criteria uit het Didam-arrest, week de gemeente in de praktijk daarvan af en was de uiteindelijk toegepaste selectiemethode naar het oordeel van de rechtbank wel degelijk in strijd met de criteria uit het Didam-arrest.

5.11. De rechtbank is van oordeel dat de gemeente met de hiervoor genoemde handelwijzen in strijd heeft gehandeld met artikel 3:14 BW en dat zij de 1e uitgifteprocedure niet op rechtmatige wijze heeft uitgevoerd. Omdat de gemeente juist onrechtmatig zou handelen als zij de 1e uitgifteprocedure voort zou zetten en de kavels aan [eisers] zou gunnen zonder daarbij de criteria uit het Didam-arrest in acht te nemen, mocht de gemeente de 1e uitgifteprocedure afbreken. Gelet op het voorgaande worden de eerste twee verklaringen voor recht die zijn weergegeven in randnummer 4.1 afgewezen en treft de primaire vordering onder randnummer 4.2 hetzelfde lot. De rechtbank zal - onder meer voor de derde verklaring voor recht - nog wel moeten beoordelen of de 2e uitgifteprocedure onrechtmatig is.

5.12. In de 2e uitgifteprocedure is bepaald dat de rangvolgorde zal worden vastgesteld aan de hand van een loting onder geïnteresseerden. [eisers] voeren aan dat die selectiemethode niet voldoet aan de criteria van het Didam-arrest, althans dat de gemeente met een dergelijke methode in strijd zou handelen met artikel 3:14 BW, omdat zij het verbod van willekeur en/of het zorgvuldigheidsbeginsel zou schenden door willekeurig te contracteren.

5.13. De gemeente heeft aangevoerd dat zij er in alle redelijkheid voor heeft kunnen kiezen om bij de 2e uitgifteprocedure te selecteren door middel van loting. Volgens de gemeente is in het leerstuk van de schaarse publiekrechtelijke vergunningen (waarbij de Hoge Raad in het Didam-arrest aansluiting heeft gezocht), loting juist één van de in aanmerking komende verdelingsprocedures.

5.14. De gemeente heeft gesteld en [eisers] hebben niet betwist dat de gemeente vanaf 2008 bouw kavels in [naam wijk] heeft uitgegeven en dat in die uitgifteprocedures werd geselecteerd op basis van loting. Diezelfde methode heeft de gemeente nu weer gekozen. De rechtbank is van oordeel dat die selectiemethode niet in strijd is met de criteria van het Didam-arrest of dat de gemeente daarmee in strijd handelt met artikel 3:14 BW. Daarvoor is het volgende redengevend.

5.15. Uit de voorwaarden van de 2e uitgifteprocedure blijkt dat de loting toegankelijk is voor geïnteresseerden en dat een notaris de loting voltrekt, de inschrijvers rangnummers toekent en de rangordelijst opstelt. De methode is naar het oordeel van de rechtbank dan ook voldoende objectief en toetsbaar en elke geïnteresseerde heeft evenveel kans om te worden ingeloot, waardoor aan het gelijkheidsbeginsel is voldaan. [eisers] hebben aangevoerd dat bij loting sprake is van een overtreding van het verbod op willekeur, maar daarmee miskennen zij dat een loting weliswaar een willekeurige uitkomst heeft, maar dat de gemeente daarmee niet willekeurig van haar bevoegdheden gebruik maakt. Ook is naar het oordeel van de rechtbank niet gebleken dat de gemeente in strijd heeft gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel. Voordat de keuze is gemaakt om de 1e uitgifteprocedure te staken en een nieuwe 2e uitgifteprocedure te starten met een andere selectiemethode, heeft de gemeente naar het oordeel van de rechtbank juist zorgvuldig alle nodige kennis vergaard omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen en heeft zij pas daarna een besluit genomen.

5.16. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de 2e uitgifteprocedure voldoet aan de criteria van het Didam-arrest en dat deze niet onrechtmatig is, althans dat de gemeente niet onrechtmatig handelt als zij deze voortzet. De derde verklaring voor recht wijst de rechtbank daarom af en datzelfde geldt voor de meer subsidiaire vordering in randnummer 4.2.

(...)

## **6. De beslissing**

De rechtbank

6.1. wijst de vorderingen van [eisers] af,

6.2. veroordeelt [eisers] hoofdelijk in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot dit vonnis vastgesteld op € 1.872,00,

6.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

## **Noot**

**Auteur:** T.A. Terlien & A.L. Snelders<sup>[5]</sup>



## Inleiding

### 1.

In deze procedure bij de Rb. Gelderland had de Gemeente een uitgifteprocedure georganiseerd voor de verkoop van 23 kavels op grond waarvan bij het vaststellen van de rangorde rekening wordt gehouden met de inschrijftijd bij eerdere uitgifterondes. Tijdens de zitting is gebleken dat de lijst met belangstellenden - anders dan bekendgemaakt - niet was samengesteld uit kandidaten van eerdere uitgifteprocedures. De lijst bestond daarentegen uit geïnteresseerden die zich op informele wijze (telefonisch) rechtstreeks tot de Gemeente hadden gewend en door een medewerker van de Gemeente op een sinds 2019 handmatig bijgehouden lijst van belangstellenden waren geplaatst. Dit heeft ertoe geleid dat de Gemeente zich genoodzaakt zag om deze (eerste) uitgifteprocedure in te trekken.

### 2.

De rechtbank komt dan ook tot het oordeel dat de eerste uitgifteprocedure op papier weliswaar aan de criteria van het *Didam*-arrest voldeed, maar dat de Gemeente hier in de praktijk vanaf week. De uiteindelijk toegepaste selectiemethode was dan ook wel degelijk in strijd met de criteria van het *Didam*-arrest. De Gemeente zou onrechtmatig handelen wanneer zij de eerste uitgifteprocedure voort zou zetten zonder daarbij de criteria van het *Didam*-arrest in acht te nemen, en dus mocht de Gemeente de uitgifteprocedure afbreken, aldus de rechtbank.

### 3.

Eisers voeren vervolgens aan dat de tweede selectieprocedure, door middel van loting, niet zou voldoen aan de criteria van het *Didam*-arrest, althans dat de Gemeente in strijd met art. 3:14 BW zou handelen omdat zij het verbod van willekeur en/of het zorgvuldigheidsbeginsel zou schenden door willekeurig te contracteren. Uit de voorwaarden van de tweede uitgifteprocedure blijkt echter dat de loting toegankelijk is voor geïnteresseerden en dat een notaris de loting voltrekt, de rangnummers toekent en de rangordelijst opstelt. Deze methode is volgens de rechtbank dan ook voldoende objectief en toetsbaar. Elke geïnteresseerde heeft evenveel kans om ingeloot te worden, waardoor aan het gelijkheidsbeginsel is voldaan. Een loting heeft weliswaar een willekeurige uitkomst, maar de Gemeente heeft daarmee niet willekeurig van haar bevoegdheden gebruikgemaakt. De rechtbank komt aldus tot het oordeel dat de tweede uitgifteprocedure voldoet aan de criteria van het *Didam*-arrest, en daarmee niet onrechtmatig is.

### 4.

Het geschil tussen partijen raakt één van de vele vragen die naar aanleiding van het *Didam*-arrest zijn gerezen, te weten: “aan welke vereisten dient een selectieprocedure te voldoen?” [6] Duidelijk is - kort gezegd - dat potentiële gegadigden moeten kunnen meedingen naar hetgeen de privaatrechtelijk handelende overheid te vergeven heeft, dat selectie dient plaats te vinden op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria en dat een passende mate van openbaarheid moet worden toegepast. Hoe de selectieprocedure er precies uit moet zien, is daarentegen minder duidelijk.

### 5.

Aan overheden komt in beginsel een grote mate van vrijheid toe bij de inrichting van een procedure waarmee wordt voldaan aan de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte op basis van het *Didam*-arrest.[7]

Voor de vraag hoe een selectieprocedure in te richten teneinde mededingingsruimte te bieden, kan allereerst worden gekeken naar de procedures die worden toegepast bij het verdelen van schaarse publieke rechten. Daarnaast kan aansluiting worden gezocht bij de selectieprocedures die in het Aanbestedingsrecht worden gebruikt bij de gunning van overheidsopdrachten. Hierbij is het interessant om ook oog te hebben voor de ratio achter de verplichting tot het moeten bieden van mededingingsruimte bij de verdeling van schaarse publieke rechten (en in het verlengde daarvan sinds het *Didam*-arrest bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten) enerzijds, en het moeten bieden van mededingingsruimte binnen het domein van de overheidsinkoop anderzijds.<sup>[8]</sup>

## 6.

Zo zijn de wortels van het moeten bieden van mededingingsruimte bij overheidsinkoop boven de Europese aanbestedingsdrempels Europees(rechtelijk) van aard. De ratio hierachter is het verbeteren van de interne economische markt.<sup>[9]</sup> Om dit te bewerkstelligen geldt gedetailleerde Europese wet- en regelgeving, die in Nederland is geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012. Nationale overheden moeten deze wet- en regelgeving bij het in de markt plaatsen van overheidsopdrachten in acht nemen. Hoewel in het Aanbestedingsrecht in beginsel geldt dat een aanbestedende dienst de bevoegdheid heeft om zelf te bepalen aan de hand van welke procedure en met behulp van welk verdelingscriterium hij de winnende inschrijving kiest,<sup>[10]</sup> wordt deze keuzevrijheid begrensd als het gaat om een aanbesteding boven de Europese drempelwaarden.<sup>[11]</sup> Uit overwegingen 90 en 92 van Richtlijn 2014/24/EU volgt namelijk dat:  
*“90. (...) Uitdrukkelijk moet worden bepaald dat bij het vaststellen van de economisch meest voordelige inschrijving de beste prijs-kwaliteitsverhouding bepalend is; deze moet altijd een prijs- of kostenelement bevatten.(...)”*

*“92. Met het oog op het beoordelen van de beste prijs-kwaliteitsverhouding moet de aanbestedende dienst bepalen welke economische en kwalitatieve criteria in verband met het voorwerp van het contract hij zal aanleggen. Deze criteria moeten dus een vergelijkende beoordeling van het prestatieniveau van iedere inschrijving mogelijk maken met betrekking tot het voorwerp van de opdracht, zoals omschreven in de technische specificaties.(...)”*

## 7.

Uit overweging 93 van Richtlijn 2012/24/EU volgt verder dat - gelet op de talrijke mogelijkheden om de prijs-kwaliteitsverhouding te beoordelen aan de hand van essentiële criteria - loting als enig middel voor de gunning van de opdracht moet worden vermeden.<sup>[12]</sup>

## 8.

In het verlengde van deze overwegingen uit de Richtlijn 2014/24/EU zijn aanbestedende diensten op grond van art. 2.114 en art. 2.115 Aanbestedingswet 2012 verplicht om een vergelijkende toets uit te voeren. Gunning enkel op basis van de uitkomst van een loting is derhalve niet toegestaan; loting als onderdeel van een meeromvattende vergelijkende toets wel.

## 9.

Hoewel de toepasselijke aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving loting als methode om tot gunning van de opdracht te komen aldus niet verbiedt, dient wel eerst een vergelijking op prijs- en kwaliteitscriteria te hebben plaatsgevonden.<sup>[13]</sup> De Rb. Den Haag overwoog in dit verband in het verleden al dat het in de markt zetten van een opdracht via een aanbesteding met zich meebrengt dat:



*“(…) er criteria moeten zijn waarop inschrijvers zich kunnen onderscheiden, dan wel dat er in ieder geval één criterium is waarop dit mogelijk is. Een van de wezenlijke doelen van een aanbesteding is immers mededinging, het stimuleren van concurrentie tussen aanbieders. Voorts dient een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.4 Aw, welke artikel ook bij een vrijwillige aanbesteding van toepassing is, zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen, hetgeen volgens de wetgeschiedenis betekent dat de aanbestedende dienst de beste kwaliteit voor de beste prijs inkoopt (EK 2011-2012, 32440, C, p.10). Ook dat brengt met zich mee dat inschrijvers op enigerlei wijze met elkaar moeten kunnen worden vergeleken om te kunnen vaststellen wat de beste optie is.” [14]*

## 10.

De juridische grondslag van de verplichting tot het moeten bieden van mededingingsruimte bij verdeling van schaarse publieke rechten (en privaatrechtelijk handelen van de overheid) ligt daarentegen in het gelijkheidsbeginsel zelf als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>[15]</sup> De ratio hierachter is allereerst het voorkomen van favoritisme en willekeur, alsook (o.a.) belangenverstrengeling en/of vriendjespolitiek. In aanvulling op deze ratio is het echter denkbaar dat overheden - met de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte - tevens worden verplicht om bij de verdeling van schaarse publieke rechten maximale waarde voor de samenleving te realiseren.<sup>[16]</sup>

## 11.

Voor de verdeling van schaarse publieke rechten worden veelal de volgende procedures onderscheiden: de veiling (waarbij wordt beslist op basis van het financiële bod), de loting (op basis van het lotnummer) en de vergelijkende toets (op basis van een criterium niet zijnde het moment van binnenkomst, het financiële bod of lotnummer).<sup>[17]</sup> Indien uitsluitend uit zou worden gegaan van de hierboven genoemde eerste ratio (voorkomen van favoritisme en willekeur), dan is het voorstelbaar dat alle mogelijke verdelingsprocedures (waaronder loting) daartoe uitkomst kunnen bieden. Als met de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte daarentegen tevens wordt beoogd zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te behalen, ligt een vergelijkende toets op prijs- en kwaliteitscriteria - ook bij de verdeling van schaarse publieke rechten of privaatrechtelijk handelen van de overheid - veel meer voor de hand. Of de rechtbank hiervoor in onderhavige uitspraak ook oog heeft gehad, volgt niet uit de uitspraak.

## 12.

De eisen van transparantie en onpartijdigheid sluiten in ieder geval op zichzelf geen van de genoemde verdelingsprocedures op voorhand uit, mits de verdelende overheid: i. voorafgaande aan de verdeling aan alle potentiële gegadigden een passende mate van openbaarheid heeft geboden over de verdelingsprocedure en de criteria die bij de verdeling zullen worden toegepast, ii. de verdelingscriteria objectief, niet-discriminerend, duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn, en iii. de verdelingscriteria gedurende de procedure op alle aanvragen op gelijke wijze worden toegepast.<sup>[18]</sup> Een loting is als zodanig aldus een geoorloofd middel om een rangorde aan te brengen om, in vergelijkbare aanvragen, in aanmerking te komen voor schaarse publieke rechten (vergunningen/subsidies).<sup>[19]</sup> Als zelfstandige verdelingsprocedure wordt de loting daarentegen met name toegepast als elke aanvrager een gelijke kans in de loting kan worden toegekend op het verkrijgen van het schaarse recht. Loting als aanvullende verdelingswijze (lees: in aanvulling op een andere verdelingsprocedure) komt vaker voor.<sup>[20]</sup>

---

## Voetnoten

[1] Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

[2] Vgl. HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, rov. 3.3; HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582,

rov. 3.3 en HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, rov. 3.1.3.

[3] Vgl. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, rov. 3.1.4-3.1.5.

[4] Vgl. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, rov. 12 en CBb 21 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3751, rov. 4.6.

[5] Tjinta Terlien is advocaat Bouw & Aanbestedingsrecht bij Ploum. Anna-Luna Snelders is advocaat Bouw & Vastgoed bij Ploum.

[6] Zie o.a.: *Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen* d.d. 10 januari 2022 van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, vraag 3.

[7] Handreiking implementatie van het *Didam*-arrest in het gemeentelijke grond(uitgifte)beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling' d.d. 7 november 2022, p. 9.

[8] C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren, W.H. van Boom, *De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk Overheidshandelen*, NJB 2022/746.

[9] C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren, W.H. van Boom, *De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk Overheidshandelen*, NJB 2022/746, p. 2.

[10] Mits de beginselen van Aanbestedingsrecht hierbij in acht worden genomen.

[11] Zie Commissie van Aanbestedingsexperts 8 oktober 2015, advies 271, alinea 5.5.8.

[12] Uit verschillende adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts volgt dat overweging 93 echter slechts betrekking heeft op gevallen waarin de beloning voor bepaalde diensten of de prijs voor bepaalde leveringen in nationale wet- en regelgeving is vastgesteld en het dientengevolge de vraag is of de zinsnede over de loting in overweging 93 ook betekenis heeft voor andere gevallen. Met C.J. Wolswinkel (*JAAN* 2016/53) ben ik echter van mening dat overweging 93 (ook) in andere gevallen moet worden gezien als verplichting voor aanbestedende dienst om inschrijvingen op kwaliteit te vergelijken als vergelijking op prijs niet meer mogelijk is.

[13] Zie Commissie van Aanbestedingsexperts 6 juni 2019, advies 529, alinea 6.6.5.

[14] Vزر. Rechtbank Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10442, r.o. 4.2.

[15] C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren, W.H. van Boom, *De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk Overheidshandelen*, NJB 2022/746, p. 3.

[16] C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren, W.H. van Boom, *De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk Overheidshandelen* NJB 2022/746, p. 3.

[17] F.J. van Ommeren, W. den Ouden, C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: *BJu* 2011, p. 187-196

[18] C.J. Wolswinkel, *Schaarse vergunning. Bestuursorgaan moet reële mededingingsruimte bieden en passende mate van openbaarheid verzekeren voor alle gegadigden*, AB2016/46.

[19] Vزر. Rb Den Haag Den Haag 16 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14662, *JAAN* 2016/53 m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 5.4-5.8.

[20] F.J. van Ommeren, W. den Ouden, C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: *BJu* 2011, p. 188-189.