

# 16 RECHTSBESCHERMING BIJ DE COMPETITIEVE VERDELING VAN SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN IN HET LICHT VAN HET UNIERECHT

*A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven*

## 1 INLEIDING

De verdeling van veel in deze bundel besproken schaarse publieke rechten binnen Nederland wordt in hoge mate of mede bepaald door het recht van de Europese Unie. Dat geldt op grond van diverse richtlijnen bijvoorbeeld voor de aanbesteding van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten,<sup>1</sup> voor de verlening van dienstenvergunningen en voor de verdeling van publieke rechten op het terrein van de telecommunicatie.<sup>2</sup> Verder is het primaire Unierecht – vooral artikel 56 VWEU (oud 49 EG), maar ook de Europese rechtsbeginselen, zoals het transparantiebeginsel<sup>3</sup> – van invloed op bijvoorbeeld de verdeling van kansspelvergunningen.<sup>4</sup>

Deze Europese invloed betreft niet alleen de verdeling van publieke rechten zelf, maar ook de rechtsbescherming door de nationale rechter in zaken waarin de rechtmatigheid van de verdeling ter beoordeling staat. In vaste jurisprudentie heeft het Hof van Justitie (hierna: Hof) uitgemaakt dat de nationale rechtsbescherming in alle zaken waarin de effectivering van het Unierecht aan de orde is, moet voldoen aan de Europese beginselen van effectieve rechtsbescherming, doeltreffendheid en gelijkwaardigheid. Daarnaast heeft de Uniewetgever voor het terrein van de aanbestedingen richtlijnen tot stand gebracht, waarin meer specifieke eisen aan de rechtsbescherming worden gesteld. Het gaat om de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG, en de Rechtsbeschermingsrichtlijn Nutssectoren 92/13/EG,

- 
- 1 Ingevolge de Aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG. Zie de bijdrage van Jansen in deze bundel.
  - 2 Zie de bijdrage van Van Eijk & Hins in deze bundel.
  - 3 Zie de bijdrage van Drahmman in deze bundel.
  - 4 Zie de bijdrage van Barkhuysen, Adriaanse & Van den Bogaert in deze bundel.

die beide onlangs zijn aangescherpt door de Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG.<sup>5</sup> Hierna worden deze richtlijnen aangeduid als rechtsbeschermingsrichtlijnen.

In deze bijdrage wordt de inrichting van de rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten in Nederland beoordeeld in het licht van het Unierecht. De Europese invloed wordt besproken in paragraaf 2, waarbij zowel aandacht wordt besteed aan de door het Hof ontwikkelde algemene beginselen, als aan (de rechtspraak van het Hof betreffende) de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden. Deze richtlijnen zijn alleen direct van toepassing op bepaalde aanbestedingen.<sup>6</sup> Zij beogen echter het verzekeren van een doeltreffende en snelle rechtsbescherming bij een belangrijke vorm van competitieve verdeling van schaarse publieke rechten en bieden daarmee een indicatie van de punten die Europa in algemene zin van belang zou kunnen achten voor de rechtsbescherming bij de andere vormen van competitieve verdeling van schaarse publieke rechten. Voor zover het Unierecht deze andere vormen voorschrijft (of zal voorschrijven), zou het Hof vergelijkbare eisen kunnen stellen aan de rechtsbescherming. Buiten de reikwijdte van het Unierecht kunnen de richtlijnen en de rechtspraak van het Hof dienst doen als gezaghebbende inspiratiebron. Gelet op het voorgaande is de bespreking van de richtlijnen wel beperkt tot die onderdelen die een algemene indruk bieden van de visie van Europa op de rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten en wordt niet ingegaan op alle aanbestedingsspecifieke onderdelen ervan.

De beoordeling van de Nederlandse rechtsbescherming in het licht van het Unierecht vindt plaats in paragraaf 3. Daarin staat de bestuursrechtspraak centraal aangezien schaarse publieke rechten worden verdeeld door bestuursorganen. De centrale vraag is of de Europese wensen betreffende de rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse rechten binnen het Nederlands stelsel van rechtsbescherming worden gerealiseerd of zonder al te ingrijpende maatregelen kunnen worden gerealiseerd. In paragraaf 4 wordt de bijdrage afgesloten met een conclusie.

---

5 Richtlijn 2007/66/EG van 11 december 2007, *Pb* L335/31. In Nederland is de richtlijn omgezet in de Wet Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden, *Stb.* 2010, 38.

6 Namelijk op de aanbesteding van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten boven bepaalde drempelwaarden. Verder is een aantal overheidsopdrachten, zoals concessieovereenkomsten voor diensten, diensten op basis van een alleenrecht, opdrachten met betrekking tot telecommunicatie of de omroep en geheime opdrachten, van de richtlijnen uitgezonderd.

## 2 EUROPA EN DE NATIONALE RECHTSBESCHERMING

### 2.1 Inleiding

Zoals hiervoor aangegeven, moet de nationale rechtsbescherming in alle Unierechtelijke zaken voldoen aan de beginselen van effectieve rechtsbescherming, doeltreffendheid en gelijkwaardigheid. Deze Europese beginselen vormen het algemene kader waaraan ook de rechtsbescherming bij de verdeling van alle schaarse publieke rechten moet voldoen. Aan de rechtsbescherming bij aanbestedingen worden meer specifieke eisen gesteld in de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Volgens deze richtlijnen – zoals zij luiden na doorvoering van de wijzigingen van richtlijn 2007/66/EG – moeten de lidstaten ervoor zorgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten ‘doeltreffend en zo snel mogelijk’ beroep kan worden ingesteld (art. 1 lid 1). Deze beroepsprocedures moeten op zijn minst toegankelijk zijn ‘voor een ieder die belang heeft of heeft gehad’ bij de gunning van een bepaalde opdracht en ‘die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad’ (art. 1 lid 3) en moeten voorzien in de nodige bevoegdheden om in kort geding voorlopige maatregelen te nemen, om onwettig genomen besluiten nietig te (doen) verklaren en om schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden (art. 2 lid 1).

De rechtsbeschermingsrichtlijnen staan niet los van de algemene Europese beginselen, maar kunnen worden beschouwd als een terreinspecifieke uitwerking van vooral de beginselen van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid. In de rechtspraak van het Hof spelen de algemene beginselen dan ook een rol ter aanvulling en interpretatie van de richtlijnen.<sup>7</sup> Daarom worden de beginselen in paragraaf 2.2 kort besproken.<sup>8</sup> Vanaf paragraaf 2.3 worden de Europese wensen die voortvloeien uit de algemene Europese beginselen en (de rechtspraak betreffende) de rechtsbeschermingsrichtlijnen voor vier onderwerpen (object van beroep, beroepsgerechtigden, fatale beroepstermijnen, stelsel van de rechtsbescherming en rechterlijke remedies) in kaart gebracht.

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-450/06 (Varec), *Jur.* 2008, p. I-581, AB 2008, 341, m.nt. Widdershoven, alsmede de in paragraaf 2.5 te bespreken rechtspraak van het Hof betreffende de toepassing van fatale beroepstermijnen.

<sup>8</sup> Zie uitvoerig J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing: Groningen 2007, p. 40-59.

## 2.2 Algemene Europese beginselen

De nationale rechtsbescherming in Unierechtelijke zaken moet eerst en vooral voldoen aan het *beginsel van effectieve rechtsbescherming*.<sup>9</sup> Dit beginsel is volgens het Hof een algemeen beginsel van Unierecht dat voortvloeit uit gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en is neergelegd in de artikelen 6 en 13 EVRM. Het beginsel ‘is bevestigd’ in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de EU (de Unierechtelijke pendant van artikel 6 en 13 EVRM).<sup>10</sup> Daarom stemt het Hof zeker na de eeuwwisseling de toepassing van het beginsel expliciet af op de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 6 EVRM, waarnaar ook veelvuldig wordt verwezen.<sup>11</sup> Op grond van het beginsel moeten particulieren binnen de nationale rechtsorde de rechten die zij kunnen ontleen aan het Unierecht, daadwerkelijk voor de rechter kunnen afdwingen. Daartoe stelt het beginsel eisen aan de toegang tot de rechter, aan de beschikbaarheid van rechterlijke remedies en aan de behoorlijkheid van rechtspraak (eerlijk proces, onpartijdigheid, redelijke termijn et cetera). In het vervolg wordt op de eisen betreffende de toegang tot de rechter en de rechterlijke remedies nader ingegaan. Aan de behoorlijkheidseisen wordt geen verdere aandacht besteed, omdat deze in de regel niet specifiek zijn voor de rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten.<sup>12</sup>

Voldoet de nationale rechtsbescherming aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dan laat het Hof redelijk veel ruimte voor nationale procesrechtelijke ‘eigenaardigheden’, zij het dat deze – met het oog op de bescherming in rechte van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht kunnen ontleen<sup>13</sup> – wel moeten voldoen aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Bij deze beginselen staat dus niet de rechtsbescherming als zodanig, maar de bescherming van de materiële Unierechten van particulieren centraal.<sup>14</sup>

9 Zie voor een recente beschouwing over het beginsel en de eisen die door Hof uit het beginsel zijn afgeleid, R.G.J.M. Widdershoven, ‘Johnston’, in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten & S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Bju: Den Haag 2010, p. 177-182.

10 Zaak C-432/05 (Unibet), *Jur.* 2007, p. I-2271, *AB* 2007, 301, m.nt. de Waele & Schutgens.

11 Bijvoorbeeld zaak C-276/01 (Steffensen), *Jur.* 2001, p. I-3735 (eerlijk proces); gevoegde zaken C-341-342/06 P (Chronopost en UFEX), *Jur.* 2008, p. I-4777 (onpartijdigheid), zaak C-450/06 (Varec), *Jur.* 2008, p. I-581 (eerlijk proces); zaak C-385/07 P (DSD), *AB* 2010, 119 (redelijke termijn).

12 Met uitzondering van zaak C-450/06 (Varec), *Jur.* 2008, p. I-581, waarin het Hof aangeeft hoe de nationale rechter in een aanbestedingsprocedure het recht van een partij op toegang tot alle informatie (op grond van het vereiste van een eerlijk proces van artikel 6 EVRM) in evenwicht moet brengen met het recht van anderen op de bescherming van vertrouwelijke gegevens en zakengeheimen en privacy (artikel 8 EVRM). Deze uitspraak wordt al uitvoerig behandeld in de bijdrage van Van Rijn van Alkemade.

13 Zaak C-268/06 (Impact), *Jur.* 2008, p. I-2483; zaak C-63/08 (Pontin), *AB* 2010, 1; gevoegde zaken C-317-320/08 (Alassini), *AB* 2010, 157, m.nt. Widdershoven.

14 Deze beginselen worden door het Hof bovendien ook buiten het terrein van de rechtsbescherming toegepast, waarbij vooral het doeltreffendheidsbeginsel de rechten van particulieren juist kan beperken ten gunste van

Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel mogen de nationale procesregels die gelden voor vorderingen gebaseerd op het Unierecht niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen. De procesregels voor nationale vorderingen waarmee de regels voor Unierechtelijke vorderingen moeten worden vergeleken, moeten volgens het Hof ‘vergelijkbaar zijn voor wat hun voorwerp, oorzaak en voornaamste kenmerken betreft’, waarbij bovendien rekening moet worden gehouden met ‘de rol van deze regels in de gehele procedure, het verloop van die procedure en de bijzondere kenmerken van de voorschriften’.<sup>15</sup> Als er in een lidstaat verschillende procesregels bestaan voor soortgelijke nationale vorderingen, dan is de lidstaat niet verplicht zijn meest gunstige nationale regeling toe te passen op de Unierechtelijke vordering.

Op grond van het *beginsel van doeltreffendheid* mogen de nationale regels van procesrecht in Unierechtelijke zaken de uitoefening van de door het Unierecht niet uiterst moeilijk of vrijwel onmogelijk maken. Bij de toepassing van het beginsel past het Hof doorgaans een milde procedurele rule-of-reasonstoets toe, waarbij wordt beoordeeld of een onderdeel van nationaal procesrecht dat de doorwerking van het Unierecht belemmert, in voldoende mate wordt gerechtvaardigd door de aan het nationaal systeem van rechtsbescherming ten grondslag liggen rechtsbeginselen, zoals de rechten van verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van een goed verloop van de procedure (goede procesorde).<sup>16</sup> In andere zaken wordt het beginsel op een meer directe wijze getoetst en stelt het Hof – veelal met een beperkte motivering – dat regels van nationaal procesrecht in strijd zijn met het beginsel, omdat zij de effectuering van het Unierecht uiterst moeilijk of vrijwel onmogelijk maken.<sup>17</sup>

### 2.3 *Object van beroep*

Op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming dienen particulieren toegang te hebben tot de rechter ten einde de hen door het Unierecht toegekende rechten in rechte kunnen afdwingen. Daartoe moeten handelingen die de Unierechten van een particulier kunnen schenden binnen de nationale rechtsorde bij een rechter kunnen worden aangevochten. Welke rechter dat is en hoe het beroep precies is georganiseerd, is in beginsel een kwestie van nationaal recht, zolang dergelijke schendingen maar op een of andere wijze

---

de effectuering van het Unierecht. Zie bijvoorbeeld zaak 68/88 (Griekse maïs), *Jur.* 1989, p. 2965, waarin het doeltreffendheidsbeginsel de basis vormt voor een doelgebonden handhavingsplicht in Unierechtelijke zaken, en zaak C-5/89 (BUG-Alutechnik), *Jur.* 1990, p. I-3437, waarin het beginsel de beschermende werking van het nationale vertrouwensbeginsel aanzienlijk beperkt.

15 Zaak C-63/08 (Pontin), *AB* 2010, 1.

16 Vergelijk gevoegde zaken C-222/05-C225/05 (Van der Weerd), *AB* 2007, 228, *AB-Klassiek* 2009, 42, m.nt. Widdershoven, en zaak C-2/08 (Olimpiclub), *AB* 2009, 235.

17 Deze directe toetsing ziet men bijvoorbeeld in zaak C-268/06 (Impact), *Jur.* 2008, p. I-2483, en gevoegde zaken C-317-320/08 (Alassini), *AB* 2010, 157. Zie paragraaf 2.5.

in rechte op effectieve wijze aan de orde kunnen worden gesteld. Zo acht het Hof het in de zaak *Unibet* niet noodzakelijk dat binnen de nationale rechtsorde een zelfstandig beroep openstaat tegen algemeen verbindende voorschriften of wetten in formele zin die mogelijk onverenigbaar zijn met het Unierecht, mits binnen de nationale rechtsorde effectieve rechtsmiddelen bestaan, waarin deze onverenigbaarheid incidenteel (bij exceptie) aan de orde kan worden gesteld. Als effectieve rechtsmiddelen merkt het Hof in die zaak aan een schadevergoedingsactie en het beroep tegen een op grond van het algemeen verbindend voorschrift genomen besluit. In de zaak *Borelli* houdt het Hof minder afstand tot het nationale procesrecht en schrijft het op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming voor, dat een handeling die naar nationaal procesrecht niet appellabel is, toch bij de rechter moet kunnen worden aangevochten, omdat zij onderdeel uitmaakt van een communautaire procedure.<sup>18</sup>

Volgens de rechtsbeschermingsrichtlijnen moet tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kunnen worden ingesteld bij de rechter (art. 1 lid 1). Vanwege deze eis laat het Hof de lidstaten minder ruimte bij het bepalen van de handelingen waartegen binnen de nationale rechtsorde beroep moet openstaan. Volgens de zaak *Stadt Halle* moet het beroep in algemene zin openstaan tegen elke wilsuiking van de aanbestedende dienst die rechtsgevolgen kan hebben.<sup>19</sup> Deze wilsuikingen liggen vaak al vóór het moment van het gunningsbesluit. Zo moeten de volgende beslissingen appellabel zijn:

- a. Alle besluiten die worden genomen buiten een formele gunningsprocedure om en vóór een formele aanbesteding, zoals het besluit om de Europese aanbestedingsprocedure niet in te leiden (*Stadt Halle*).<sup>20</sup>
- b. De uitsluiting van een particulier uit de aanbestedingsprocedure (*Hackermüller*).<sup>21</sup>
- c. Discriminerende specificaties in het aanbestedingsbestek (*Grossman*).<sup>22</sup>

In de laatstgenoemde zaak had Grossman niet deelgenomen aan de aanbesteding van het personenvervoer door vliegtuigen, omdat het aanbestedingsbestek toegesneden zou zijn op zijn concurrent Lauda Air. Het Hof stelt dat Grossman beroep moet kunnen instellen tegen de vaststelling door de aanbestedende dienst van de discriminerende specificaties (een algemeen verbindend voorschrift), zonder dat het einde van de aanbestedingsprocedure hoeft te worden afgewacht. In casu had Grossman echter geen beroep ingesteld tegen de omstreden specificaties, maar pas tegen het uiteindelijke gunningsbesluit. Volgens het Hof

---

18 Zaak C-97/91 (*Borelli*), *Jur.* 1991, p. I-6313.

19 Zaak C-26/03 (*Stadt Halle*), *Jur.* 2005, p. I-1.

20 Zaak C-26/03 (*Stadt Halle*), *Jur.* 2005, p. I-1.

21 Zaak C-249/01 (*Hackermüller*), *Jur.* 2003, p. I-6319.

22 Zaak C-230/02 (*Grossman*), *Jur.* 2004, p. I-1829.

hoeft Grossman in de beroepsprocedure tegen dit besluit geen toegang tot de rechter te worden verleend, nu hij niet heeft deelgenomen aan de aanbesteding en evenmin beroep heeft ingesteld tegen de specificaties. Bij dit oordeel speelt de doelstelling van snelheid van de rechtsbeschermingsrichtlijnen – en het voorkomen van vertragingen zonder objectieve redenen – een doorslaggevende rol.

In meer algemene zin kan uit het voorgaande worden afgeleid dat tegen allerlei wilsuitingen in de aanbestedingsprocedure beroep moet openstaan, maar ook dat een betrokkene van de beroepsmogelijkheden gebruik moet maken. Doet hij dat niet dan mag dat repercussies hebben voor zijn beroepsrecht in een latere fase. Aldus wordt een ruime toegang tot de rechter verzoend met het belang van snelheid.

#### 2.4 Beroepsgerechtigden

Op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming moet een ieder aan wie het Unierecht rechten toekent, toegang hebben tot de rechter ten einde deze rechten te kunnen effectueren.<sup>23</sup> In de rechtsbeschermingsrichtlijnen wordt deze algemene eis in die zin nader gespecificeerd dat de beroepsprocedure moet openstaan ‘voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door de beweerde schending van de richtlijn is of dreigt te worden geschaad’.<sup>24</sup> Een particulier die heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure voldoet uiteraard aan dit criterium en moet beroep kunnen instellen tegen het gunningsbesluit. Normaliter is deelname aan de procedure een goede indicator om te bepalen of de betrokken partij inderdaad belang heeft bij de gunning van de opdracht.<sup>25</sup> Onder omstandigheden voldoet dit criterium echter niet, vooral wanneer beroep wordt aangetekend tegen andere besluiten dan het gunningsbesluit.

- a. Discriminerende specificaties (*Grossman*):<sup>26</sup> de particulier die geen offerte heeft ingediend omdat hij aan die specificaties niet kan voldoen heeft het recht op beroep tegen die specificaties. Hij stelt daarmee beroep in tegen een besluit dat deelname aan de procedure voor hem zinloos maakt, maar kenmerkend is dat hij wel degelijk aan de procedure zou willen deelnemen.
- b. Besluiten buiten de formele gunningsprocedure om of om geen formele procedure in te leiden (*Stadt Halle*):<sup>27</sup> beroep moet kunnen worden ingesteld door een ieder die

<sup>23</sup> Jans e.a. 2007, p. 288-291.

<sup>24</sup> Artikel 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zie ook zaak C-26/03 (*Stadt Halle*), *Jur.* 2005, p. I-1, en zaak C-249/01 (*Hackermüller*), *Jur.* 2003, p. 6319.

<sup>25</sup> Zaak C-230/02 (*Grossman*) *Jur.* 2004, p. I-1829, punt 27. In die zin ook E. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2009, vierde druk, p. 595.

<sup>26</sup> Zaak C-230/02 (*Grossman*) *Jur.* 2004, p. I-1829.

<sup>27</sup> Zaak C-26/03 (*Stadt Halle*), *Jur.* 2005, p. I-1.

belang heeft (gehad) bij de gunning en die door de beweerde schending dreigt te worden gelaedeerd. De formele hoedanigheid van inschrijver of gegadigde is daarbij niet vereist. Dat is niet meer dan logisch nu bij de beslissing geen formele procedure op te starten, of bij de beslissing een opdracht te gunnen zonder dat een formele procedure gevolgd is, het criterium van deelname aan die procedure nutteloos is.

## 2.5 *Fatale beroepstermijnen*

Volgens vaste rechtspraak van het Hof mogen de lidstaten over het algemeen en ook in aanbestedingsrechtelijke zaken voor het beroep tegen besluiten fatale termijnen vaststellen en toepassen, mits de lengte ervan redelijk is en het beginsel van gelijkwaardigheid wordt gerespecteerd.<sup>28</sup> De toepassing van fatale termijnen heeft tot gevolg dat een besluit dat mogelijk in strijd is met het Unierecht, onaantastbaar wordt en in de verdere procedure in beginsel niet meer ter discussie kan worden gesteld. Het Hof acht dit echter niet in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel, omdat dergelijke termijnen – in het licht van de procedurele *rule-of-reasons-toets* (zie par. 2.2) – gerechtvaardigd worden door het rechtszekerheidsbeginsel, een beginsel dat zowel de overheid als andere partijen beschermt. Vanwege dit uitgangspunt kunnen in aanbestedingsrechtelijke zaken de volgende fatale termijnen in beginsel door de Unierechtelijke beugel:

- a. Een termijn van zes weken die ingaat op de datum van kennisgeving van de handeling (een aanbestedingsclausule) of op de datum waarop de belanghebbende daarvan kennis heeft kunnen nemen (*Santex*).<sup>29</sup> In casu was de toepassing van de op zich redelijke termijn overigens toch in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel, omdat de aanbestedende dienst door zijn gedrag onzekerheid had gecreëerd met betrekking tot de juiste interpretatie van de omstreden beslissing.
- b. Een termijn van twee weken, waarbinnen ook nog alle gronden moeten worden aangevoerd (*Universale Bau*).<sup>30</sup> Het betrof in casu het beroep tegen de uitsluiting van het bedrijf om een offerte uit te brengen. Deze zaak maakt duidelijk dat beroepstermijnen in aanbestedingszaken relatief kort kunnen zijn, opdat beslissingen vanaf het moment dat zij aan de betrokkene bekend worden gemaakt, zo snel mogelijk worden aangevochten (en gecorrigeerd).
- c. Ten slotte blijkt uit de zaak *Uniplex* dat de toepassing van een fatale termijn wel voor de burger voorspelbaar moet zijn.<sup>31</sup> In deze aanbestedingszaak moest het Hof oordelen

28 Jans e.a. 2007, p. 294-296.

29 Zaak C-327/00 (*Santex*), *Jur.* 2003, p. I-1091.

30 Zaak C-470/99 (*Universale Bau*), *Jur.* 2002, p. I-11617.

31 HvJ EU 28 januari 2010, zaak C-406/08 (*Uniplex*), *NTER* 2010/6, p. 195-199, met uitvoerig commentaar Steyger. Opmerkelijk is dat het EHRM 5 juli 2001, App. 41671/98, deze termijn niet in strijd achtte met artikel 6 EVRM, omdat zij volgens EHRM een proportionele maatregel met een legitiem doel was.



over de Engelse vervaltermijn op grond waarvan een actie ‘onverwijld en in elk geval binnen drie maanden vanaf het tijdstip waarop de gronden hiervoor zijn opgekomen’ moet worden ingesteld. Het Hof achtte deze termijn in strijd met het beginsel van doeltreffendheid, omdat de rechter een binnen de driemaandentermijn ingestelde actie toch kon afwijzen als hij van oordeel was dat de actie niet onverwijld was ingesteld. Aldus bestaat bij particulieren onduidelijkheid over de tijd die zij hebben om de rechterlijke procedure voor te bereiden.

## 2.6 *Het stelsel van rechtsbescherming en de rechterlijke remedies*

Op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming dient de nationale rechter te beschikken over effectieve remedies om schendingen van Unierecht te kunnen redresseren. In de rechtsbeschermingsrichtlijnen wordt deze algemene eis nader gespecificeerd. Voor de rechter moet de mogelijkheid bestaan om een voorlopige maatregel te treffen, om onwettige besluiten nietig te (doen) verklaren en om schadevergoeding toe te kennen (art. 2 lid 1).

Voor de verhouding tussen de twee laatstgenoemde acties is de zaak *Alcatel* van belang.<sup>32</sup> In die zaak heeft het Hof bepaald dat tegen het besluit waarbij een overheidsopdracht wordt gegund beroep tot nietigverklaring moet kunnen worden ingesteld voordat de aanbestedende dienst en de uitverkoren particulier een overeenkomst mogen sluiten. Deze mogelijkheid moet bestaan ‘los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen’. Dit *Alcatel*-beroepsrecht is door richtlijn 2007/66/EG in de rechtsbeschermingsrichtlijnen gecodificeerd. Volgens deze codificatie geldt voor het sluiten van de overeenkomst een standstill-periode van 10 dagen (bij verzending per fax of e-mail) of 15 dagen (bij andere wijzen van versturing).<sup>33</sup> Zolang niet is geoordeeld over het beroep tegen het gunningsbesluit of over een verzoek om een voorlopige maatregel mag de overeenkomst niet worden gesloten. Verder schrijven de richtlijnen voor dat bij bepaalde ernstige schendingen van het aanbestedingsrecht – onder meer bij onderhandse aanbestedingen of in het geval de hiervoor genoemde standstill-periode niet in acht is genomen – de mogelijkheid moet bestaan om gedurende een bepaalde termijn een vordering tot onverbindendverklaring van de overeenkomst in te dienen.

Uit het voorgaande kan in meer algemene zin worden afgeleid dat Europa een voorkeur heeft voor ‘remedies’ die de onrechtmatige verdeling van de publieke rechten redresseren (door nietigverklaring van het besluit of onverbindendverklaring van de overeenkomst) boven een vervangende schadevergoeding.

<sup>32</sup> Zaak C-81/98 (*Alcatel*), *Jur.* 1999, p. I-7671.

<sup>33</sup> In artikel 4 van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden is gekozen voor een termijn van 15 dagen.

Volgens de richtlijnen kunnen de lidstaten verlangen dat de betrokkene, voordat hij beroep bij de rechter kan instellen, eerst ‘beroep instelt bij de aanbestedende dienst’ (art. 1 lid 5). In dat geval moet de instelling van dit beroep – in de Awb-terminologie gaat het om bezwaar – resulteren in de onmiddellijke opschorting van de mogelijkheid om de overeenkomst te sluiten. Voor de verhouding tussen de hoofdzaak en de voorlopige voorzieningsprocedure is de infractiezaak *Commissie tegen Spanje* van belang.<sup>34</sup> In deze zaak stelt het Hof dat het Spaanse stelsel van voorlopige rechtsbescherming, waarin voor de vaststelling van een voorlopige maatregel tegen een besluit van een aanbestedende dienst doorgaans als voorwaarde geldt dat vooraf beroep ten gronde is ingesteld, niet geschikt is om doeltreffend het hoofd te bieden aan eventuele inbreuken van de aanbestedende diensten. Dit oordeel – dat ingegeven is door de angst dat de mogelijkheid om snel een voorlopige voorziening te treffen zou kunnen worden beperkt door de verplichting om eerst beroep ten gronde in te stellen – lijkt te impliceren dat in een voorlopige voorzieningsprocedure in aanbestedingszaken geen connexiteitsvereiste mag worden gesteld.

Ten slotte kan ook het doeltreffendheidsbeginsel eisen aan het stelsel van rechtsbescherming stellen. In dit verband kan worden gewezen op de zaak *Impact*,<sup>35</sup> die overigens niet betrekking heeft op de verdeling van schaarse publieke rechten maar waarnaar in Nederlandse rechtspraak betreffende deze verdeling nu en dan wel wordt verwezen.<sup>36</sup> In deze zaak stelt het Hof dat het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat een gespecialiseerde rechterlijke instantie die kennisneemt van vorderingen die op de schending van een richtlijn zijn gebaseerd, ook moet kennisnemen van vorderingen wegens schending van die richtlijn die volgens het nationale recht buiten haar bevoegdheid vallen, indien de verplichting voor de verzoeker om tegelijkertijd bij de gewone rechter een andere vordering in te stellen die op de richtlijn is gebaseerd, procedurele ongemakken zou meebrengen op het punt van de kosten, procesduur en vertegenwoordigingsregels. Deze uitspraak is gedaan in een nogal specifieke situatie, maar maakt duidelijk dat het Hof er niet heel erg van geporteerd is dat een particulier voor de volledige effectuering van een bepaald Unierecht procedures moeten volgen bij twee rechterlijke instanties (althans wanneer dat ‘procedurele ongemakken’ zou meebrengen).

## 2.7 *Bevindingen*

Uit de voorgaande paragrafen kan een aantal algemene Europese wensen voor de nationale rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten worden

<sup>34</sup> Zaak C-214/00 (*Commissie tegen Spanje*), *Jur.* 2003, p. I-4677.

<sup>35</sup> Zaak C-268/06 (*Impact*), *Jur.* 2008, p. I-2483.

<sup>36</sup> Vزر. CBB 28 oktober 2008, *JB* 2009, 25 (zie par. 3.3); Rechtbank Assen 17 december 2008, *JAAN* 2008, 152.

gedestilleerd. In de eerste plaats moet het nationale recht een ruime toegang tot de rechter verzekeren, zowel wat betreft de aan te vechten handelingen in het verdelingsproces (par. 2.3), als wat betreft de kring van beroepsgerechtigden (par. 2.4).

In de tweede plaats moet de snelheid van de procedure worden verzekerd. Daartoe mag van de betrokkenen worden geëist dat zij van de openstaande beroepsmogelijkheden tegen de diverse handelingen daadwerkelijk gebruik maken (par. 2.3) en mag het beroepsrecht van betrokkenen worden gebonden aan relatief korte fatale beroepstermijnen (par. 2.5).

In de derde plaats moet het nationale procesrecht voorzien in effectieve rechterlijke remedies om een voorlopige maatregel te treffen, om onwettige besluiten nietig te (doen) verklaren en om schadevergoeding toe te kennen. Daarbij bestaat in Europa een voorkeur voor remedies die de onrechtmatige verdeling van de publieke rechten redresseren boven een plaatsvervangende schadevergoeding (par. 2.6). Ten slotte lijkt het Hof er niet erg van geporteerd dat particulieren voor de volledige effectuering van een bepaald Unierecht procedures moeten volgen bij twee rechterlijke instanties (par. 2.6).

### 3 RECHTSBESCHERMING BIJ DE COMPETITIEVE VERDELING VAN SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN IN NEDERLAND

#### 3.1 Inleiding

In het vervolg wordt onderzocht of de hiervoor genoemde Europese wensen binnen het Nederlands stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid worden gerealiseerd of door niet ingrijpende aanpassingen kunnen worden gerealiseerd. Tot de competitieve verdelingssystemen worden in deze bijdrage, behalve de aanbesteding, ook gerekend de veiling en de vergelijkende toets, al dan niet in combinatie met een financieel bod (beauty contest, tenderprocedure).<sup>37 38</sup> Uiteraard zijn wij er ons van bewust dat de Europese wensen in belangrijke mate zijn ontleend aan (de rechtspraak van het Hof betreffende) de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden en daarmee niet direct van toepassing zijn op de andere vormen van competitieve verdeling dan aanbesteding. Zoals opgemerkt in paragraaf 1 bieden de richtlijnen en de rechtspraak echter een goed inzicht in de punten die Europa

37 In lijn met F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht* (Oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 9 e.v.; A. Drahmman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel', in: *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie, Jonge VAR-reeks 8*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 182-183.

38 De bijdrage heeft derhalve betrekking op de competitieve verdeling door middel van een of andere vorm van vergelijkende toets en niet op de competitieve verdeling door middel van de procedure van wie het eerst komt, het eerst maalt. Zie voor de competitieve verdeling door middel van de laatstgenoemde procedure, de bijdrage van Van Ommeren in deze bundel.

in algemene zin van belang zou kunnen achten voor een snelle en effectieve rechtsbescherming bij andere vormen van competitieve verdeling van schaarse publieke rechten. Voor zover het Unierecht deze andere vormen voorschrijft zou het Hof in de toekomst vergelijkbare eisen aan de rechtsbescherming kunnen stellen. Daarbuiten kunnen de richtlijnen en rechtspraak dienst doen als gezaghebbende inspiratiebron.

In het vervolg ligt de nadruk op de bestuursrechtspraak. Deze nadruk doet vanuit de optiek van het aanbestedingsrecht wellicht wat vreemd aan, nu de rechtsbescherming bij aanbestedingen in Nederland – met uitzondering van die op het terrein van het openbaar vervoer – een privaatrechtelijke aangelegenheid is. Buiten dat terrein behoort de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten echter tot de bevoegdheid van de bestuursrechter, wat ook logisch is omdat deze verdeling in handen is van bestuursorganen. Overigens zal de hierna volgende analyse niet uitmonden in een pleidooi om het hele aanbestedingsrecht onder de bevoegdheid van de bestuursrechter te brengen. Een dergelijk pleidooi vereist een veel preciezere bestudering van het (nationale en Europese) aanbestedingsrecht, waarbij ook de Wet Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen moet worden betrokken. Een dergelijke studie gaat het kader van deze bijdrage verregaand te buiten.

Wel merken wij op dat het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken behoorlijk overhoop kan worden gehaald door het antwoord van het Hof op de door de rechtbank Assen (civiele kamer) eind 2008 gestelde prejudiciële vragen.<sup>39</sup> In deze uitspraak werpt de rechtbank de vraag op of het niet in strijd is met de rechtsbeschermingsrichtlijn, dat in Nederland de rechtsbescherming in een zaak betreffende de aanbesteding van werken zou worden bemoeilijkt door een stelsel waarin zowel de bestuursrechter als de civiele rechter bevoegd zouden zijn ten aanzien van hetzelfde besluit ten gevolge waarvan tegenstrijdige beslissingen naast elkaar kunnen komen te staan. Bovendien wordt de mogelijke strijdigheid van artikel 8:3 Awb met de richtlijn prejudicieel aan de orde gesteld, omdat deze bepaling het beroep op de bestuursrechter uitsluit tegen besluiten tot het aangaan van een overeenkomst van aanneming. Gelet op deze vragen lijkt de rechtbank van oordeel dat de bestuursrechter in deze aanbestedingszaken bevoegd zou moeten zijn. Of het Hof deze opvatting zal volgen moet worden afgewacht. Mocht uit het antwoord van het Hof voortvloeien dat de bestuursrechter inderdaad in aanbestedingszaken bevoegd zou moeten zijn,<sup>40</sup> dan biedt de hierna volgende analyse enige zicht op de geschiktheid van het bestuursproces voor deze vorm van competitieve verdeling van schaarse rechten.

<sup>39</sup> Rechtbank Assen 17 december 2008, JAAN 2008, 152.

<sup>40</sup> Bij het ter perse gaan van deze bijdrage heeft het Hof bij uitspraak van 9 december 2010, zaak C-568/08, de vragen van de rechtbank Assen over de rechtsmachtverdeling in aanbestedingszaken niet-ontvankelijk verklaard omdat in de concrete zaak (betreffende de aanbesteding van werken) geen gevaar voor tegenstrijdige beslissingen wegens de inschakeling van de bestuursrechter bestaat, aangezien de procedures zich voor

### 3.2 Object van beroep

In het proces van competitieve verdeling van schaarse publieke rechten vinden diverse bestuurlijke handelingen plaats die bepalend zijn voor het uiteindelijke verdelingsbesluit en waartegen – gelet op de Europese wensen (par. 2.3) – zo snel mogelijk beroep moet kunnen worden ingesteld. In de Nederlandse literatuur worden in dit verband vijf beslis-momenten onderscheiden:<sup>41</sup> (i) plafond- en procedurebeslissing; (ii) reglementen; (iii) toelating/selectie; (iv) toekenning/gunning; (v) verlening. Daarnaast wordt bij de verdeling van sommige schaarse publieke rechten – gekoppeld aan de verleningsbeslissing (bij de verlening van sommige subsidies) of in plaats daarvan (bij aanbestedingen) – tussen het verdelende bestuursorgaan en de uitverkoren particulier ook nog een overeenkomst gesloten over de daadwerkelijke uitoefening van het toegekende recht (vi). De vraag is tegen welke van deze handelingen Awb-beroep openstaat, dan wel zou moeten openstaan. Voor de besluiten (iv) en (v) is deze vraag eenvoudig te beantwoorden. Dat zijn beschik-kingen in de zin van artikel 1:3, lid 2, Awb, waartegen op grond van artikel 8:1 Awb beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld.<sup>42</sup> Over de zelfstandige appellabiliteit van de andere beslis-momenten kan het volgende worden opgemerkt.

Ad i: *Plafond- en procedurebeslissingen*: in de literatuur worden deze beslissingen aange-merkt als (concretiserende) besluiten van algemene strekking, niet zijnde algemeen verbind-dend voorschriften, waartegen Awb-beroep openstaat.<sup>43</sup> Over het algemeen wordt deze lijn ook gevolgd in de rechtspraak. Voor procedurebeslissingen kan worden gewezen op uitspraken van het CBB,<sup>44</sup> waarin de beslissing om over te gaan tot de aanbesteding van concessies voor openbaar busvervoer, respectievelijk de beslissing om UMTS-vergunningen te veilen, als appellabele besluiten van algemene strekking worden aangemerkt. Deze uit-spraken passen goed bij de opvatting van het Hof in de zaak *Stadt Halle*. Voor plafondbe-slissingen ziet men de hiervoor genoemde lijn in de rechtspraak van de ABRvS over de

---

burgerlijke rechters hebben afgespeeld. De uitspraak noopt er derhalve niet toe dat de bestuursrechter in deze zaken bevoegd wordt verklaard.

41 Van Ommeren 2004, p. 23 e.v.

42 In het geval er maar één schaars publiek recht kan worden verleend impliceert de gunning of verlening hiervan aan een particulier tevens de weigering ervan aan anderen en worden deze besluiten voor de aan-wending van rechtsmiddelen opgevat als één (complementair) besluit. Vergelijk ABRvS 29 juni 2005, AB 2005, 365 (verlening marktkraamvergunning), Vzr. CBB 4 september 2009, LJN: BJ6972 (gunning ov-con-cessie) en CBB 21 maart 2007, LJN: BA1095 (toewijzing gebruik van kavel).

43 Van Ommeren 2004, p. 24-26; Drahmman 2010, p. 183.

44 Vergelijk CBB 4 december 1997, AB 1998, 52 (aanbesteding van ov-concessie), respectievelijk CBB 18 juli 2001, AB 2002, 261, JB 2001/236 (UMTS-veiling). Zie overigens ook President Rb. Rotterdam 25 juni 1998, AB 1998, 301, waarin de bekendmaking dat 33 frequenties zouden worden toegewezen aan commerciële omroepen, wordt aangemerkt als een niet appellabele beleidsregel.

vaststelling van een subsidieplafond.<sup>45</sup> Omdat deze beslissing strekt tot het bepalen van de werkingssfeer van reeds bestaande algemeen verbindende normen, wordt zij door de Afdeling aangemerkt als een (appellabel) besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift.

Het voorgaande ligt volgens de bestuursrechters echter anders als de plafondbeslissing niet wordt genomen bij afzonderlijk besluit, maar is opgenomen in (de weigeringsgronden van) een algemeen verbindend voorschrift. In dat geval deelt de vaststelling van het plafond in het karakter van het algemeen verbindend voorschrift en staat daartegen geen Awb-beroep open.<sup>46</sup> Wel kan de rechtmatigheid van het plafond door de bestuursrechter exceptief worden getoetst in het kader van een beroep tegen de uiteindelijke verdelingsbeslissing.<sup>47</sup> Hoewel deze rechtspraak dogmatisch verdedigbaar is, kan met Wolswinkel de vraag worden opgeworpen of het gelukkig en logisch is dat de directe appellabiliteit van een plafondbeslissing afhankelijk is van de toevallige juridische vormgeving ervan. Bovendien heeft deze rechtspraak tot gevolg, dat een dergelijke beslissing, indien opgenomen in een algemeen verbindend voorschrift, kan worden aangevochten bij de burgerlijke rechter.

Ad ii: *Reglementen*: reglementen zijn algemeen verbindende voorschriften, waartegen geen Awb-beroep openstaat (art. 8:2 Awb). Deze lijn – die Awb-technisch correct is, maar minder goed past bij de opvatting van het Hof in de zaak *Grossman* – ziet men in diverse uitspraken van het CBB, waarin het College moet oordelen over het rechtskarakter van regelingen die van toepassing zijn op de verdeling van telecommunicatiefrequenties. Volgens het College moeten deze worden opgevat als algemeen verbindende voorschriften, aangezien zij ‘zelfstandige normstellingen voor alle aanvragers’ bevatten, alsmede ‘algemene regels, die geschikt zijn voor herhaalde toepassing en externe werking hebben’.<sup>48</sup> De rechtmatigheid van de regelingen kan door de bestuursrechter wel exceptief worden getoetst in het kader van het beroep tegen verlening van een frequentie. Bovendien kunnen de regelingen worden aangevochten bij de burgerlijke rechter.

Ad iii: *Toelatings- en selectiebeslissing*: volgens het CBB is de mededeling dat een inschrijving van een particulier bij de aanbesteding van een concessie voor openbaar vervoer buiten beschouwing wordt gelaten, een besluit dat, voor zover het al moet worden aangemerkt als een beslissing ter zake van de voorbereiding van een besluit als bedoeld in artikel 6:3

<sup>45</sup> Zie ABRvS 3 januari 2007, AB 2007, 224, m.nt. Den Ouden, JB 2007/31, met noot Bok.

<sup>46</sup> CBB 3 juni 2009, AB 2009, 374, m.nt. Wolswinkel; ABRvS 13 januari 2000, JB 2000/27; ABRvS 28 februari 2000, JB 2000/114, m.nt. Derks. Hetzelfde geldt voor een in een algemeen verbindend voorschrift opgenomen procedurebeslissing.

<sup>47</sup> CBB 3 juni 2009, AB 2009, 373, m.nt. Wolswinkel.

<sup>48</sup> CBB 29 maart 2004, *Mediaforum* 2004-6, nr. 26, m.nt. Hins (anders dan Vzr. Rb Rotterdam 13 mei 2003, LJN: AF8574, die deze regelingen had aangemerkt als besluiten van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift). Zie ook CBB 4 april 2007, JB 2007/115, alsmede CBB 5 december 2007, *Mediaforum* 2008-3, p. 155-156, m.nt. Hins.

Awb, de uitgesloten particulier los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in haar belang treft.<sup>49</sup> Het besluit heeft volgens het College als definitief rechtsgevolg dat de concessie niet meer rechtsgeldig aan de particulier kan worden verleend. Tegen de toelatingsbeslissing staat derhalve Awb-beroep open. Dit standpunt – dat in lijn is met de uitspraak van het Hof in de zaak *Hackermüller* – is evenzeer van toepassing op toelatings- en selectiebeslissingen bij andere vormen van competitieve verdeling van schaarse publieke rechten.<sup>50</sup>

Ad vi: *Overeenkomst*: de bestuursrechter is niet bevoegd om te oordelen over een overeenkomst (geen besluit in de zin van de Awb) of over het besluit tot het aangaan ervan (art. 8:3 Awb). Geschillen met betrekking tot (het aangaan van) een overeenkomst moeten worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter, waarbij deze rechter in aanbestedingszaken ook bevoegd moet zijn om de overeenkomst onverbindend te verklaren (zie par. 2.6).

Het voorafgaande roept twee vragen op. In de eerste plaats naar de wenselijkheid van de appellabiliteit van overheidshandelingen die thans niet (direct) bij de bestuursrechter kunnen worden aangevochten en in tweede plaats naar de wenselijkheid van concentratie van het Awb-beroep tegen al deze handelingen.

De eerste vraag moet volgens ons bevestigend worden beantwoord voor wat betreft procedure- en plafondbeslissingen (i), voor zover die nu niet appelabel zijn, en voor reglementen (ii). Voor de overeenkomst (vi) hebben wij op dit punt enige twijfel omdat het bestuursprocesrecht in elk geval op het punt van de rechterlijke remedies thans niet geschikt is voor geschillen met betrekking tot deze handeling. Voor procedure- en plafondbeslissingen en reglementen is dat wel het geval en heeft bevoegdverklaring van de bestuursrechter als voordeel dat tegen deze handelingen niet langer kan worden opgekomen bij de burgerlijke rechter. Hierdoor wordt voorkomen dat de verleningsprocedure kan worden doorkruist door een procedure bij de burgerlijke rechter en wordt bovendien het gevaar van tegenstrijdige rechtspraak tussen de bestuursrechter en burgerlijke rechter uitgesloten. Verder is van belang dat de bestaande mogelijkheid om in de beroepszaak tegen het uiteindelijke verleningsbesluit deze handelingen bij exceptie aan de orde te stellen als nadeel heeft dat deze handelingen pas zeer laat in de procedure bij de bestuursrechter ter discussie kunnen worden gesteld. Heeft het beroep op dit punt succes, dan moet de hele verdelingsprocedure over worden gedaan. Dit is niet in lijn met de opvatting van het Hof in vooral de zaak *Grossman*, dat met het oog op een snelle en doeltreffende rechtsbescherming tegen tussenbeslissingen juist zo snel mogelijk beroep moet (kunnen) worden ingesteld.

In het voorgaande is vastgesteld dat in het proces van de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten veel beslissingen naar huidig recht al appelabel zijn – namelijk (i), voor

49 CBB 27 augustus 2003, *JB* 2003/329.

50 Drahmman 2010, p. 184.

zover genomen bij apart besluit, (iii), (iv) en (v) – of appellabel zouden kunnen worden verklaard – namelijk (i), voor zover genomen bij algemeen verbindend voorschrift, en (ii) omdat daarmee wel erg veel rechtsbeschermingsmomenten bestaan, worden in de literatuur pleidooien gehouden om deze beroepen te concentreren. Volgens Van Ommeren zou om redenen van proceseconomie alleen afzonderlijk beroep moeten openstaan tegen de besluiten onder (i) en (v).<sup>51</sup> Drahmman gaat nog een stap verder en acht het wenselijk dat alle tussenbeslissingen en het verlengingsbesluit voor de mogelijkheid van beroep als één besluit worden aangemerkt.<sup>52</sup> Naar onze opvatting is een zekere concentratie van Awb-beroepen tegen de diverse besluiten inderdaad wenselijk, maar moeten de nadelen van concentratie ook in de beschouwing worden betrokken. Het belangrijkste nadeel is dat bij verregaande concentratie het gevaar aanwezig is dat het wel appellabele besluit na een langdurige procedure wordt vernietigd omdat ergens in de voorfase – bijvoorbeeld bij de keuze voor een bepaald verdelingsinstrument of bij de uitsluiting van een particulier – al iets mis is gegaan. Het mogelijk maken van beroep tegen tussenbeslissingen heeft als voordeel dat zij na afloop van de beroepstermijn definitief worden en zij in een eventueel beroep tegen een later besluit in beginsel niet meer ter discussie kunnen worden gesteld. Bovendien past te veel concentratie slecht bij de in paragraaf 2.3 vermelde rechtspraak van het Hof.

Gelet op het voorgaande gaat de verregaande concentratie die Drahman voorstelt ons te ver en hebben wij – mede gelet op zaak *Hackermüller* – ook twijfel over het voorstel van Van Ommeren om geen zelfstandig Awb-beroep open te stellen tegen de selectiebeslissing (iii). Ons inziens zou als regel gekozen moeten worden voor drie rechtsbeschermingsmomenten, namelijk tegen de besluiten (i) en (ii) gezamenlijk, tegen het besluit (iii) en tegen de besluiten (iv) en (v) gezamenlijk. Het zelfstandig beroep tegen het besluit onder (iii) valt natuurlijk weg als een dergelijk besluit in de procedure niet is voorzien. Om de lengte van de totale procedure in de hand te houden, zou wel kritisch moeten worden gekeken naar de lengte van de beroepstermijnen. Hierop komen we in paragraaf 3.4 terug.

### 3.3 *Beroepsgerechtigden*

Bij de competitieve verdeling van schaarse rechten moet de kring van beroepsgerechtigden volgens de Europese wens vrij ruim zijn (par. 2.4). In Nederland is voor de ontvankelijkheid van het beroep van een particulier bepalend of hij kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2, lid 1, Awb. Voor *procedure- en plafondbeslissingen* (i) levert deze eis doorgaans geen grote problemen op: particulieren, die behoren tot de categorie die een aanvraag voor de verlening van het schaarse publieke recht kan indienen,

<sup>51</sup> Van Ommeren 2004, p. 24-26.

<sup>52</sup> Drahmman 2010, p. 185.



worden in de regel als belanghebbende aangemerkt.<sup>53</sup> Bij *selectiebeslissingen* (ii) kwalificeert een particulier die van de verdelingsprocedure wordt uitgesloten ook als belanghebbende en kan hij tegen dit besluit derhalve beroep instellen.<sup>54</sup> Bij besluiten tot *toekenning/gunning* (iv), casu quo *verlening* (v) is de belanghebbendheid van concurrenten die hebben deelgenomen aan de verdelingsprocedure, maar niet zijn uitverkoren, onomstreden.<sup>55</sup> Bovendien kunnen particulieren die niet konden deelnemen aan het verdelingsproces, toch procesbelang hebben bij het uiteindelijke verdelingsbesluit. Dit ziet men in een uitspraak van het CBB, waarin het College in navolging van de rechtbank van oordeel is dat commerciële radio-omroepen VCR en Sky Radio procesbelang hebben bij de (wijziging van de) toewijzing van frequentieruimte aan de publieke zenders Radio 1 t/m 4.<sup>56</sup> In geval van vernietiging van het bestreden besluit ontstaat namelijk de kans dat ook het primaire besluit wordt herroepen en meer frequentieruimte vrijkomt voor commerciële radio-omroepen.

Voor particulieren die niet hebben deelgenomen aan de verdelingsprocedure terwijl dat voor hen wel mogelijk was, geldt – volgens het Hof in de zaak *Grossman* – over het algemeen dat zij voor wat betreft het uiteindelijke verdelingsbesluit geen toegang hoeven te hebben tot de rechter. Deze lijn ziet men ook in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam,<sup>57</sup> waarin deze oordeelt dat Veronica geen voldoende rechtstreeks belang heeft bij de exceptieve toetsing van een reglement, omdat zij geen aanvraag heeft ingediend voor de zerobasefrequentie bij de verdeling waarvan de regeling is toegepast, en het evenmin volstrekt onmogelijk voor haar is geweest om een aanvraag in te dienen. In de zaak *Grossman* heeft het Hof echter ook uitgemaakt dat particulieren die niet hebben meegedaan aan de verdelingsprocedure onder bijzondere omstandigheden toch toegang moeten hebben tot de rechter. In die zaak waren deze omstandigheden dat Grossman geen offerte had uitgebracht omdat het bedrijf niet kon voldoen aan de discriminerende – want op concurrent Lauda Air toegesneden – specificaties in het aanbestedingsbestek. In de aanbestedingsrechtelijke literatuur worden deze omstandigheden wat ruimer omschreven en acht men toegang tot de rechter voor particulieren die niet hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure noodzakelijk, als zij aannemelijk maken dat het aanbestedingsrecht in de procedure zodanig is geschonden dat heraanbesteding onvermijdelijk moet

---

53 Vergelijk ABRvS 3 januari 2007, AB 2007, 224 (belanghebbende bij vaststelling subsidieplafond); CBB 4 december 1997, AB 1998, 52 (belanghebbende bij aanbesteding van ov-concessie) en CBB 18 juli 2001, AB 2002, 261, JB 2001/236 (belanghebbende bij UMTS-veiling).

54 CBB 27 augustus 2003, JB 2002, 329.

55 Vz. Rb. Rotterdam 13 mei 2002, LJN: AF8574; Vzr. CBB 28 oktober 2008, JB 2009/25.

56 CBB 3 maart 2006, *Mediaforum* 2006-5 nr. 17, m.nt. P.C. Knol. Zie in dezelfde lijn, CBB 22 maart 1995, *SEW* 1995, p. 540.

57 Vzr. Rb. Rotterdam 13 mei 2003, LJN: AF8574.

volgen.<sup>58</sup> Of in deze omstandigheden aan particulieren binnen Nederland effectieve rechtsbescherming wordt verleend, is – gelet op de zaak *Qbuzz* – de vraag.

In de zaak *Qbuzz* hadden Connexxion en Arriva niet deelgenomen aan de aanbesteding van een ov-concessie omdat de bestekvoorwaarden volgens hen een te groot financieel risico zouden opleveren. Zij kwamen vervolgens wel op tegen de aan *Qbuzz* verleende concessie, omdat dit besluit zou zijn genomen in strijd met het aanbestedingsrecht en het verbod van staatssteun. In zijn uitspraak van 28 oktober 2008, merkt de voorzieningenrechter van het CBB beide bedrijven niet aan als belanghebbende in de zin van artikel 1:2, lid 1, Awb,<sup>59</sup> omdat zij als gevolg van het niet inschrijven op de aanbesteding geen concurrent zijn van de geadresseerde van het concessiebesluit en de ‘op een vermoeden berustende stelling’, dat de aanbestedingsregels en het verbod van staatssteun zouden zijn geschonden, ‘te speculatief is om te kunnen gelden als een voldoende concreet en objectief bepaald belang’. De uitspraken van het Hof in de zaken *Hackermüller* en *Grossman* staan volgens de voorzieningenrechter niet in de weg aan de niet-ontvankelijkverklaring, aangezien ‘de weg naar rechterlijke toetsing op zich immers niet is afgesloten, zij het dat de civiele rechter, indien geadieerd, zal moeten beoordelen of de verzoeksters voldoende belang bij hun vordering hebben’. Bovendien stelt hij expliciet dat de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter in een geval als onderhavige – anders dan in de heel specifieke situatie in de zaak *Impact* (par. 2.5) – niet in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel.

Arriva en Connexxion volgen de door de voorzieningenrechter van het CBB aangewezen weg en stellen een vordering tot heraanbesteding in bij de civiele rechter. Volgens deze rechter vloeit uit de enkele omstandigheid dat Arriva en Connexxion niet hebben ingeschreven op de aanbesteding niet zonder meer ‘het ontbreken van een belang als door artikel 3:303 BW vereist, voort, met name omdat, nu er maar één inschrijver is (*Qbuzz* – auteurs), er alsdan geen sprake is van anderen (dan niet-inschrijvers) die kunnen klagen en om heraanbesteding kunnen vragen’.<sup>60</sup> Voor het aanwezig zijn van zodanig, rechtens te respecteren, belang is – volgens deze rechter – echter meer nodig dan de huidige bezwaren van Arriva en Connexxion tegen de inschrijving van *Qbuzz*. Er is geen sprake van een evident, flagrant geval van verboden staatssteun dat de vrije mededinging van de vervoerssector in de kern bedreigt, en ook voor het overige leveren de door hen aangevoerde

---

58 Vergelijk E. Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 595-596. Ter onderbouwing kan worden gewezen de eis van artikel 1, lid 3, van de rechtsbeschermingsrichtlijnen, dat de beroepsprocedure moet openstaan voor een ieder die belang heeft (gehad) bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door de beweerde schending van de richtlijn is of dreigt te worden geschaad.

59 V.zr. CBB 28 oktober 2008, *JB* 2009, 25.

60 V.zr. Rb. Rotterdam (sector civiel) 11 december 2008, LJN: BG6643.

bezwaren onvoldoende uitzonderlijke omstandigheden op. Daarom worden beide bedrijven uiteindelijk door de civiele rechter (ook) niet in hun vordering ontvangen.

Over deze uitspraken valt het nodige te zeggen. Pijnacker Hordijk e.a. richten hun pijlen vooral op de uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBB, omdat het in strijd zou zijn met de rechtsbeschermingsrichtlijnen dat deze rechter zich door de niet-ontvankelijkverklaring van het beroep van Arriva en Connexxion ‘bij voorbaat’ aan een ‘inhoudelijk onderzoek’ van hun stellingen ‘onttrekt’.<sup>61</sup> Daarbij lijken zij over het hoofd te zien dat deze rechter niet ontkent dat deze stellingen door een rechter moeten kunnen worden onderzocht, maar dat hij van oordeel is dat dit onderzoek binnen het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming niet door hem moet worden verricht (omdat beide bedrijven niet als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb kunnen worden aangemerkt), maar door de civiele rechter. De civiele rechter pakt deze handschoen formeel op in die zin dat de vordering van Arriva en Connexxion niet niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat beide bedrijven niet hebben deelgenomen aan de aanbesteding. Niettemin worden beide bedrijven uiteindelijk niet in hun vordering ontvangen, omdat de bezwaren van Arriva en Connexxion onvoldoende zwaarwegend zijn. Met Pijnacker Hordijk c.s. kan worden gesteld dat een afwijzing van de vordering eerder in de rede zou hebben gelegen, aangezien het eindoordeel gebaseerd is op een inhoudelijk toetsing van de bezwaren. Deze toetsing is echter zo marginaal dat kan worden betwijfeld of de civiele rechtsweg in casu wel effectief is.

Wie er ook ‘schuldig’ is – de voorzieningenrechter van het CBB die strak vasthoudt aan het belanghebbendebegrip van artikel 1:2 Awb of de civiele voorzieningenrechter die de vordering van Arriva en Connexxion na een zeer marginale toetsing ook niet-ontvankelijk verklaart – beide uitspraken tezamen leiden ons inziens wel tot een stelsel van rechtsbescherming dat op gespannen voet staat met de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Volgens deze richtlijn en een uitspraak als die in de zaak *Grossman* moeten ook particulieren die niet hebben meegedaan aan de procedure onder bijzondere omstandigheden toegang hebben tot de rechter, als zij hun stellingen aannemelijk kunnen maken. Volgens ons is het wenselijk dat deze rechter dezelfde is als de rechter die in algemene zin bevoegd is ten aanzien van de aanbesteding in kwestie, bij de aanbesteding van ov-concessies derhalve het CBB. Voor zover artikel 1:2 Awb aan die toegang in de weg staat, zou deze barrière door een wetwijziging moeten worden geslecht. Aldus wordt voorkomen dat twee rechterlijke colleges zich moeten buigen over en verdiepen in dezelfde aanbesteding en dat de betrokken particulieren van het kastje, het CBB, naar de zeer marginaal toetsende muur, de civiele rechter, worden gestuurd.

---

61 Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 595.

Dat de rechtsweg bij de bestuursrechter moet openstaan, kan – zoals de voorzieningenrechter van het CBB terecht stelt – niet zonder meer worden afgeleid uit de zaak *Impact*, nu de situatie in die zaak te zeer verschilt van die in de kwestie *Qbuzz*. Niettemin achten wij het gelet op de gedachte achter de zaak *Impact* waarschijnlijk dat het Hof van Justitie, als het over een zaak als die van *Qbuzz* moet oordelen, niet gelukkig zal zijn met een nationaal stelsel van rechtsbescherming waarin tegen hetzelfde besluit door sommige particulieren (die wel hebben meegedaan aan de aanbestedingsprocedure) beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter en anderen (die niet hebben meegedaan) een vordering bij de burgerlijke rechter moeten instellen. Door thans in te grijpen op de wijze als hiervoor aangegeven, wordt een mogelijke terechtwijzing uit Luxemburg voorkomen.

#### 3.4 *Fatale beroepstermijnen*

Ter verzekering van de snelheid van de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten in een procedure met diverse beslismomenten mag volgens het Hof van particulieren worden gevraagd zij van de beschikbare beroepsmogelijkheden daadwerkelijk gebruik maken (par. 2.3) en kan hun beroepsrecht worden gebonden aan relatief korte fatale termijnen (par. 2.5). Op dit punt is het bestuursproces in beginsel heel geschikt, omdat daarin is voorzien is in fatale beroepstermijnen die strikt worden gehandhaafd.<sup>62</sup> Staat tegen een bepaalde handeling beroep open en maken belanghebbenden van deze mogelijkheid niet (tijdig) gebruik, dan wordt de handeling onaantastbaar.

Wel kan de vraag worden opgeworpen of de uniforme beroepstermijn van zes weken (art. 6:7 Awb) niet te lang is wanneer bij de verdeling van schaarse publieke rechten wordt gekozen voor diverse rechtsbeschermingsmomenten (zie par. 3.2). In dit verband is de zaak *Universale Bau* interessant, omdat het Hof daarin heeft uitgemaakt dat bij een besluit tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure een fatale beroepstermijn van twee weken, waarbinnen ook nog alle gronden moeten zijn aangevoerd, niet in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel.<sup>63</sup> Gelet op de mogelijkheid die het Hof in deze biedt, valt het volgens ons te overwegen een dergelijke korte beroepstermijn in te voeren bij in elk geval selectiebeslissingen (iii), maar wellicht ook bij het geconcentreerde beroep tegen de plafond- en procedurebeslissingen (i) en reglementen (ii). Zo'n korte fatale beroepstermijn wijkt weliswaar af van de uniforme Awb-termijn van zes weken, maar dat is volgens ons niet in strijd te zijn met het gelijkwaardigheidsbeginsel, omdat deze afwijking kan worden

<sup>62</sup> Vergelijk HR 26 juni 2009, *JAAN* 2009/87, voor de problemen die de civiele rechter heeft bij de toepassing van de zaak *Grossman*, omdat in het civiele recht geen strikte fatale vervalltermijnen gelden, die particulieren ertoe dwingen om de handelingen in het aanbestedingsproces zo snel mogelijk in rechte aan te vechten.

<sup>63</sup> Zaak C-470/99 (*Universale Bau*), *Jur.* 2002, p. I-11617.

gerechtvaardigd door het belang van snelle rechtsbescherming in een situatie van diverse rechtsbeschermingsmomenten.

### 3.5 *Het stelsel van rechtsbescherming en de rechterlijke remedies*

In het stelsel van rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten moet de nationale rechter gelet op de rechtspraak van het Hof beschikken over drie remedies, het nietigverklaren van besluiten, het treffen van een voorlopige maatregel en het toekennen van schadevergoeding (par. 2.6). Daarbij hebben remedies die de onrechtmatige verdeling van de publieke rechten redresseren de voorkeur boven een plaatsvervangende schadevergoeding.

Binnen het bestuursproces kan in hoge mate goed aan de wensen van het Hof worden voldaan. Het bestuursprocesrecht voorziet in de rechterlijke bevoegdheid tot vernietiging van besluiten als primaire uitspraakbevoegdheid (art. 8:72, lid 1, Awb) en tot het treffen van een voorlopige maatregel (art. 8:81 Awb). Wel staat de in artikel 8:81 Awb voorgeschreven connexiteitseis op gespannen voet met de opvatting van het Hof in zaak *Commissie tegen Spanje* (par. 2.6), dat voor de vaststelling van een voorlopige maatregel tegen een besluit van een aanbestedende dienst, niet de voorwaarde mag worden gesteld dat vooraf beroep ten gronde is ingesteld. Buiten het terrein van de aanbestedingen zien wij echter geen noodzaak om de connexiteitseis af te schaffen, omdat zij mede door de soepele toepassing ervan geen serieuze belemmering vormt voor de toegang tot de voorzieningenrechter.

Ook voor schadevergoeding biedt het bestuursprocesrecht met de rechterlijke bevoegdheid van artikel 8:73 Awb en de mogelijkheid van het uitlokken van een appellabel zelfstandig schadebesluit in beginsel voldoende mogelijkheden. De toe te kennen schadevergoeding kan aanvullend zijn in die zin dat de schade wordt vergoed die resteert nadat het bestreden verdelingsbesluit is vernietigd en een nieuw, wel rechtmatig, besluit is genomen. In het geval een verdelingsbesluit onrechtmatig is, maar de gevolgen ervan niet meer kunnen worden teruggedraaid, kan de bestuursrechter na vernietiging van het besluit met instandlating van de rechtsgevolgen (art. 8:72, lid 3, Awb), een vervangende vergoeding van de schade toekennen. De schadevergoedingsbevoegdheid van de bestuursrechter is wel beperkt tot de schade als gevolg van (appellabele en door de bestuursrechter vernietigde) besluiten en is bovendien niet exclusief. De burger kan een schadevordering ook aanhangig maken bij de burgerlijke rechter. Deze rechter is sowieso bevoegd met betrekking tot schade- of andere vorderingen (nakoming, onverbindendverklaring) in verband met een in een verdelingsprocedure gesloten overeenkomst. Voor deze handeling kent het bestuursprocesrecht thans geen effectieve remedies.

Ten slotte past nog een korte opmerking over de verplichte bezwaarprocedure (art. 7:1 Awb). Hoewel de Europese wetgever in het aanbestedingsrecht uitdrukkelijk ruimte laat voor deze procedure (par. 2.6), is het de vraag of zij moet gelden voor alle rechtsbeschermingsmomenten in het proces van verdeling van schaarse publieke rechten. Met het oog op de snelheid van de gehele procedure en omdat de waarde ervan niet groot lijkt, zou de bezwaarprocedure volgens ons in elk geval moeten worden uitgesloten bij beroepen tegen selectiebeslissingen (iii) en het geconcentreerde beroep tegen de plafond- en procedurebeslissingen (i) en reglementen (ii). Of de procedure wel moet worden gehandhaafd, voorafgaand aan het geconcentreerde beroep tegen de toekenning/gunning (iv) en verlening (v), hangt af van het te verdelen schaarse publieke recht.

#### 4 CONCLUSIE

Hiervoor stond de vraag centraal of de Europese wensen betreffende de rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten binnen het kader van het Nederlandse bestuursprocesrecht van de Awb worden gerealiseerd of door niet ingrijpende wijziging kunnen worden gerealiseerd. Voor een belangrijk deel is het oordeel positief. Dat geldt in elk geval voor de fatale beroepstermijnen (par. 3.4) en beschikbare rechterlijke remedies (par. 3.5). Voor het object van beroep is geconstateerd dat conform de Europese wensen diverse beslissingen binnen het verdelingsproces volgens de Awb al appellabel zijn, maar dat andere appellabel zouden moeten worden verklaard en dat het beroep rond drie momenten zou moeten worden geconcentreerd (par. 3.2). Wat betreft de beroepsge-rechtigden voldoet het bestuursprocesrecht in de regel aan de Europese wensen, maar moet wel een voorziening worden getroffen voor situaties à la *Qbuzz* (par. 3.3). Het bestuursprocesrecht schiet alleen zonder meer te kort voor acties in verband met overeenkomsten, die in sommige verdelingsprocedures zijn voorzien. Ook op dit punt kan de Awb uiteraard geschikt worden gemaakt, maar dat vereist een fundamentele herziening van het procesrecht en van de verhouding tussen burgerlijke en bestuursrechter.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Vergelijk F.J. van Ommeren, 'De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 727-733.