

Veelgestelde vragen Rechtstreekse Werking

Over de rechtstreekse werking van Europese aanbestedingsrichtlijnen

FAQ



Europa decentraal

April 2016

Europa decentraal ontvangt diverse vragen over de mogelijke rechtstreekse werking van Europese richtlijnbe­palingen nu duidelijk is geworden dat implementatie van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen en concessierichtlijn 2014/23, 2014/24 en 2014/25 niet tijdig (dat wil zeggen voor 18 april 2016) zal gaan plaatsvinden. Mede hierom is ook door de koepelorganisaties VNG en Unie van Waterschappen (UvW), alsmede vanuit provincies, aan Europa decentraal gevraagd deze FAQ op te stellen.

1. Hebben de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn- en concessierichtlijnbe­palingen uit 2014/23, 2014/24 en 2014/25 rechtstreekse werking?

Ja, het is mogelijk dat bepalingen uit die nieuwe richtlijnen rechtstreekse werking hebben. Europese richtlijnen in het algemeen hebben - in tegenstelling tot Europese Verordeningen - geen [directe of rechtstreekse werking](#). Concrete Europese richtlijnbe­palingen kunnen echter onder bepaalde voorwaarden wel rechtstreekse werking hebben.

Grof gezegd komt het erop neer dat wanneer een burger of onderneming zich straks - na het verlopen van de omzettingstermijn van de nieuwe Europese richtlijnen in de nationale (Aanbestedings)wet, dus per 18 april 2016 - jegens een decentrale overheid kan beroepen op een bepaling in de nieuwe richtlijnen 2014/23 (concessies), 2014/24 (klassieke sectoren) en 2014/25 (speciale sectoren) die 'inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig' is, er sprake kan zijn van een rechtstreeks werkende bepaling.

Of een bepaling uit een richtlijn rechtstreeks werkt, wordt per geval door een nationale rechter en uiteindelijk het Hof van Justitie van de EU bepaald. Over de uitwerking van de criteria 'voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk' is ook meer informatie te vinden in de [factsheet](#) van Europa decentraal over rechtstreekse werking (2009) en in het bovengenoemde webdossier van Europa decentraal over rechtstreekse werking, onder meer onder het [tabblad jurisprudentie](#). Meer concreet over het vraagstuk van [rechtstreekse werking van aanbestedingsrichtlijnbe­palingen](#) kunt u ook het specifieke webdossier van Europa decentraal raadplegen.

2. Moeten decentrale overheden, nu de implementatie van de Europese richtlijnen in de herziene Aanbestedingswet 2012 niet per 18 april gereed zal zijn, de Europese richtlijnen direct toepassen vanuit een eigen verantwoordelijkheid voor de naleving van Europees recht?

Dit hangt af van de vraag of het concreet zal gaan om rechtstreeks werkende bepalingen in de richtlijnen 2014/23, 2014/24 en 2014/25 als bedoeld in het antwoord op vraag 1.

Decentrale overheden hebben namelijk wel een zelfstandige verantwoordelijkheid ten aanzien van de toepassing en naleving van rechtstreeks werkende richtlijnbe­palingen. Ook kunnen zij

[aansprakelijk](#) worden gesteld voor niet correcte naleving van Europese richtlijnen, zowel door bijvoorbeeld particulieren die zich bij de nationale rechter beroepen op rechtstreeks werkende bepalingen, als door het Rijk in het kader van de [Wet naleving Europese regelgeving door publieke entiteiten](#) (Wet NErpe uit 2012).

Decentrale overheden zouden door het Rijk in het kader van de Wet NErpe aansprakelijk gesteld kunnen worden, wanneer bijvoorbeeld lidstaat Nederland op de vingers zou worden getikt vanuit Europa wegens het niet nakomen van Europees recht. De terzake verantwoordelijke Minister in Nederland zou bovendien moeten besluiten de betreffende publieke entiteit die in het concrete geval in verzuim blijkt (bijv. een decentrale overheid die de betreffende Europeesrechtelijke bepalingen niet (correct) heeft toegepast) via een aanwijzing aansprakelijk te stellen ingevolge NErpe. Uit de Memorie van Toelichting van de wet NErpe blijkt overigens uitdrukkelijk dat het instrument van aanwijzing 'alleen in uitzonderlijke gevallen en als uiterste redmiddel (dient te) worden gebruikt'.

Artikel 8 van de Wet NErpe bepaalt uitdrukkelijk dat voor toepassing van deze wet een wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen gaat gelden met ingang van de dag waarop aan de wijzigingsrichtlijn uitvoering moet zijn gegeven, tenzij bij ministerieel besluit een ander tijdstip wordt vastgesteld. Uit het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet blijkt niet dat er een ministerieel besluit is genomen tot het vaststellen van een ander tijdstip dan 18 april 2016 (namelijk zijnde de dag waarop aan de wijzigingsrichtlijn uitvoering moet zijn gegeven) voor wat betreft de toepassing van NErpe.

In het wets[voorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012](#), 29 oktober 2015, Kamerstuk 34329, nr. 1 wordt wel in artikel IV een wijziging van de wet NErpe aangekondigd. In artikel 8 van NErpe worden de nieuwe aanbestedingsrichtlijnnummers 2014/24 en 2014/25 verwerkt en wordt de nieuwe concessierichtlijn 2014/23 toegevoegd.

Dit betekent dat decentrale overheden ingevolge artikel 8 van de wet NErpe dus vanaf 18 april wel verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor correcte naleving van de aanbestedingsrichtlijnen.

3. Is er een overzicht beschikbaar van welke bepalingen wel en niet rechtstreeks toegepast moeten worden door aanbestedende diensten?

Nee, helaas is een dergelijk overzicht niet beschikbaar. Een dergelijk overzicht is lastig samen te stellen, mede omdat het laatste woord over rechtstreekse werking uiteindelijk aan de rechter is. Bovendien moet de rechter ook eerst door een particulier worden verzocht om zich daarover uit te laten.

Decentrale overheden kunnen wel zelf trachten een inschatting te maken van bepalingen

waarop particulieren zich mogelijk zouden kunnen beroepen. Dit kunnen zij doen aan de hand van de concretere invulling van bovengenoemde criteria van 'inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk en nauwkeurig'. Gezien hun zelfstandige verantwoordelijkheid en eventuele aansprakelijkheid voor toepassing van rechtstreeks werkende bepalingen hebben decentrale overheden hierbij vanzelfsprekend ook veel vragen. Het verdient daarom aanbeveling bij twijfel altijd contact op te nemen met het Ministerie van Economische Zaken.

4. Klopt het dat de Minister van EZ in elk geval heeft aangegeven dat het nieuwe aanbestedingsregime voor sociale en andere specifieke diensten (vervallen van het huidige II-B diensten regime) per 18 april rechtstreeks moet worden toegepast?

Ja, dat klopt. Het ministerie van Economische Zaken heeft naar aanleiding van Tweede Kamervragen gedurende het Kamerdebat begin maart over het aannemen van het wetsvoorstel [antwoorden](#) gegeven op vragen over de rechtstreekse werking van in elk geval de bepalingen in de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen over de sociale en andere specifieke diensten (het vervallen van (de juridische positie van) IIB-diensten). Het ministerie van EZ heeft op 14 maart via berichtgeving op de website van PIANOo aangegeven dat het definitief niet haalbaar is om de gewijzigde Aanbestedingswet 2012 voor 18 april 2016 aan te nemen en dat de beoogde inwerkingtreding nu is voorzien voor 1 juli 2016. Ook geeft EZ aan dat verdere communicatie over rechtstreekse werking van bovengenoemde bepalingen en knelpunten die overheden hierbij ondervinden verder verlopen via [PIANOo](#).

Er is op 21 maart 2016 een [Vierde Nota van Wijzigingen](#) (NvW) vastgesteld bij het wetsvoorstel wijziging Aanbestedingswet 2012 die de door EZ geboden oplossing beschrijft om voor deze sociale en andere specifieke diensten per 18 april 2016 toch het nieuwe Europese richtlijnregime toe te passen. Concreet betekent dit volgens de NvW 'dat een aanbestedende dienst vanaf 18 april 2016 een procedure voor sociale en andere specifieke diensten volgens artikel 2.38 van het wetsvoorstel kan of moet volgen. Dat is het geval indien het een overheidsopdracht betreft waarop onder de huidige Aanbestedingswet de procedure voor B-diensten van toepassing is of kan zijn en onder het wetsvoorstel de procedure voor sociale en andere specifieke diensten'.

5. Zijn er vanuit het Rijk of bijvoorbeeld de rechterlijke macht inmiddels ook al uitspraken gedaan over andere onderdelen die rechtstreekse werking zouden kunnen hebben?

Decentrale overheden vragen zich reeds enige tijd af of niet ook aan bepaalde bepalingen in de nieuwe Europese richtlijnen aangaande bijvoorbeeld het nieuwe concessieregime, wezenlijke wijzigingen, uitsluiting- en gunningscriteria, technische bekwaamheid, het nieuwe Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), rechtsbescherming en de nieuwe aanbestedingsprocedures rechtstreekse werking zou kunnen toekomen. Immers, ook dergelijke bepalingen zouden inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk en nauwkeurig kunnen zijn en dus door particulieren jegens hen ingeroepen kunnen worden.

Zoals in vraag 3 beantwoord, bestaat er geen handzaam overzicht van welke bepalingen wel en niet rechtstreeks werken. Naar het zich laat aanzien zal en kan dit overzicht ook niet worden vastgesteld van rijkswege maar zal wel via PIANOo informatie worden verschaft.

In de [Kamerbrief](#) van minister Kamp van EZ van 21 maart 2016 werd over rechtstreekse werking al het volgende opgemerkt: 'Conform jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie komen alleen bepalingen van richtlijnen voor rechtstreekse werking in aanmerking die voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn en die rechten toekennen aan burgers en/of ondernemers. De aanbestedingsrichtlijnen bevatten voornamelijk bepalingen die aanbestedende diensten keuze bieden, zoals het gebruiken van de procedure van het innovatiepartnerschap. Dergelijke bepalingen geven geen rechten aan burgers en/of ondernemers en zijn dus niet rechtstreeks toepasbaar. Dit is anders bij het aanbestedingsregime voor de 2B-diensten.'

Bovenstaande berichtgeving lijkt zich vooral te beperken tot de conclusie dat rechtstreekse werking zou toekomen aan het 'sociale en andere specifieke diensten'-onderdeel van de nieuwe richtlijnen. Hoewel EZ geen verdere uitspraken lijkt te doen over mogelijke andere onderdelen van de aanbestedings- en concessierichtlijnen die in aanmerking zouden komen voor rechtstreekse werking, is inmiddels wel duidelijk dat vanaf begin april via PIANOo meer concrete informatie over (mogelijk ook andere) rechtstreeks werkende bepalingen naar buiten gebracht zal worden. De koepelorganisaties VNG en UvW hebben het Rijk ook gevraagd om informatie te verschaffen over de concrete gevolgen nu de omzetting per 18 april 2016 niet wordt gehaald.

Decentrale overheden kunnen daarnaast op de hoogte blijven van relevante ontwikkelingen of bijvoorbeeld gerechtelijke uitspraken over rechtstreekse werking via kennisname van het webdossier en het [jurisprudentieoverzicht](#) van Europa decentraal van uitspraken van onder meer het Hof van Justitie EU betreffende mogelijke rechtstreekse werking van [\(aanbestedings\)](#) richtlijnbevestigingen.

6. Hoe verhoudt de aansprakelijkheid voor correcte naleving van Europese regels door decentrale overheden op grond van de wet NERpe zich met de te late implementatie van de Europese aanbestedingsregels in de gewijzigde Aanbestedingswet?

Zie hierover ook de eerdere antwoorden op vragen 2 en 3. Het Ministerie van EZ is in Nederland het verantwoordelijke Ministerie om te zorgen voor (tijdige) implementatie van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen. Daarnaast zijn decentrale overheden zelf verantwoordelijk, en kunnen zij eventueel in rechte zelfstandig aansprakelijk gesteld worden, voor correcte toepassing van in ieder geval rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht.

7. Zijn de overgangsbepalingen in de herziene Aanbestedingswet en die in de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen en concessierichtlijn hetzelfde?

Nee, de overgangsbepalingen zijn niet hetzelfde. In het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet is een artikel opgenomen met een overgangsbepaling voor aanbestedingen die al zijn opgestart vóór inwerkingtreding van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012, welke vermoedelijk dus per 1 juli 2016 zal plaatsvinden. Deze bepaling staat in artikel 4.33 van het wetsvoorstel. Deze bepaling geeft aan dat indien een aanbestedende dienst voor (vermoedelijk) 1 juli 2016 onder de huidige Aanbestedingswet 2012 een aankondiging van aanbesteding heeft gedaan of een aanbestedingsprocedure zonder aankondiging is gestart en in het kader daarvan een of meer ondernemers heeft verzocht een inschrijving in te dienen dan wel heeft benaderd, op die aanbesteding het recht van toepassing is uit de huidige Aanbestedingswet. De overgangsbepaling geeft dus een regeling voor aanbestedingen die al zijn opgestart onder de huidige Aanbestedingswet en beoogt niet het vraagstuk van de rechtstreekse werking te reguleren.

Naast de overgangsbepaling in het wetsvoorstel voor gewijzigde Aanbestedingswet kennen ook de nieuwe Europese richtlijnen een overgangsbepaling. Deze staan in respectievelijk de artikelen 52 (richtlijn 2014/23), 90 (richtlijn 2014/24) en 106 (richtlijn 2014/25) ev. Deze bepalingen zien op het uiterlijk in werking treden van die richtlijnen in de lidstaten op 18 april 2016 en trekken per 18 april 2016 de huidige aanbestedingsrichtlijnen 2004/18 en 2004/17 in.

8. Wat is de verhouding tussen deze overgangsbepalingen en het vraagstuk van rechtstreekse werking?

Niet zozeer de overgangsbepaling uit het Aanbestedingswetsvoorstel, maar de zelfstandige verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van decentrale overheden voor toepassing van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen maakt dat decentrale overheden rekening moeten houden met rechtstreekse werking.

Doordat de huidige aanbestedingsrichtlijnen per 18 april ingetrokken worden, gelden Europeesrechtelijk gezien vanaf 18 april de nieuwe richtlijnen. Burgers en ondernemers kunnen zich dan ook op bepalingen in de nieuwe Aanbestedingsrichtlijnen en concessierichtlijn die rechtstreekse werking hebben beroepen.

EZ geeft aan dat, omdat de nieuwe richtlijnen per 18 april niet in de Nederlandse rechtsorde zijn geïmplementeerd via de gewijzigde Aanbestedingswet, nationaalrechtelijk gezien aanbestedende diensten tussen 18 april 2016 en vermoedelijk 1 juli 2016 bij aanbestedingen waar geen rechtstreeks werkende bepalingen aan de orde zijn, nog de Aanbestedingswet 2012 dienen te blijven toepassen. Daar waar volgens EZ aanbestedende diensten mogelijk wel met rechtstreeks werkende bepalingen geconfronteerd kunnen worden, zal komende tijd

via PIANOo nadere informatie beschikbaar gesteld worden. Ook worden aanbestedende diensten die vragen hebben of denken in de knel te komen uitgenodigd hierover contact op te nemen met PIANOo. Samen met het ministerie kan dan met de aanbestedende dienst worden gezocht naar een praktische oplossing.