

TA 2016(2) 18 Art. - Een race tegen de klok: over de consequenties van niet-tijdige omzetting van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen

Publicatie	Tijdschrift Aanbestedingsrecht
Aflevering	13 afl. 2
Publicatiedatum	31 maart 2016
Auteurs	Hebly, J.M.Meesters, J.W.A.

Een race tegen de klok: over de consequenties van niet-tijdige omzetting van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen

Op 18 april 2016 moeten de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen in de lidstaten zijn geïmplementeerd. De wijzigingen in de Aanbestedingswet 2012 die in verband daarmee noodzakelijk zijn, doorlopen op het moment van afronding van deze bijdrage het wetgevingstraject. Het is echter onzeker of de Aanbestedingswet 2016 voor het einde van de omzettingstermijn van de richtlijnen in werking zal treden. Aangezien de nieuwe richtlijnen een aantal inhoudelijke wijzigingen aanbrengen in het aanbestedingsrechtelijke kader, rijst de vraag in hoeverre aanbestedende diensten na 18 april 2016 reeds gebruik kunnen maken van de nieuwe regels of kunnen worden aangesproken tot toepassing van de nieuwe regels (en risico's lopen indien zij dat nalaten). Met name wanneer ondernemingen op grond van de nieuwe richtlijnen rechten kunnen doen gelden die zij op basis van de Aanbestedingswet 2012 niet hebben, is denkbaar dat zij aanbestedende diensten na het verstrijken van de omzettingstermijn aanspreken tot nakoming van de bepalingen uit de nieuwe richtlijnen. Een goed voorbeeld daarvan vormen de sociale en andere specifieke diensten ter vervanging van de huidige B-diensten waarvoor straks, in afwijking van de huidige regels, een (beperkte) aanbestedingsplicht zal gaan gelden. In deze bijdrage bespreken wij de gevolgen van niet-tijdige omzetting van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen.

1. Wetgevingstraject Aanbestedingswet 2016

De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU (Concessieovereenkomsten), 2014/24/EU (Overheidsopdrachten klassieke sectoren) en 2014/25/EU (Overheidsopdrachten nutssectoren) moeten uiterlijk op 18 april 2016 in de lidstaten zijn geïmplementeerd.¹ De Nederlandse wetgever heeft besloten hiertoe de Aanbestedingswet 2012 te wijzigen.

Het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 2016 is, na een openbare consultatieronde in het voorjaar van 2015,² op 29 oktober 2015 ingediend bij de Tweede Kamer.² Ten tijde van de afronding van deze bijdrage ligt het wetsvoorstel nog ter behandeling bij de Tweede Kamer.³ Nadat de Tweede Kamer daarover een besluit heeft genomen, zal ook de Eerste Kamer zich nog over het wetsvoorstel moeten buigen en daarmee moeten instemmen. Er moet redelijkerwijs van worden uitgegaan dat een en ander niet voor 18 april 2016 zal zijn afgerond en dat de lidstaat Nederland dus niet zal voldoen aan zijn verplichting tot tijdige omzetting van de aanbestedingsrichtlijnen in nationaal recht.⁴

2. Te late omzetting richtlijn; en dan?

Een Europese richtlijn is, ten aanzien van het te bereiken resultaat, verbindend voor elke lidstaat waarvoor zij is bestemd, waarbij aan de nationale instanties van de lidstaten de bevoegdheid wordt gelaten om vorm en middelen te kiezen (artikel 288 EU-Werkingsverdrag). Lidstaten zijn gehouden de verplichtingen die uit een richtlijn voortvloeien, om te zetten in nationaal recht. Een richtlijn is in beginsel niet rechtstreeks toepasselijk in een lidstaat; pas na omzetting in nationaal recht vloeien daaruit rechten en plichten voort voor burger en overheid.

Indien een lidstaat een richtlijn niet tijdig of incorrect omzet in nationaal recht, kan de betreffende richtlijn op verschillende manieren toch doorwerken in de nationale rechtsorde van die lidstaat. De instrumenten die hierbij door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) worden onderscheiden, zijn richtlijnconforme interpretatie, rechtstreekse werking en (indien beide hiervoor genoemde instrumenten geen soelaas bieden) aansprakelijkstelling van de betrokken lidstaat.⁵

2.1 Richtlijnconforme interpretatie

De nationale rechter heeft de verplichting om het nationale recht zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen van het doel van een niet, of niet juist, geïmplementeerde richtlijn uit te leggen.⁶ De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie geldt overigens voor al het nationale recht en niet enkel voor de nationale regels die zien op de omzetting van de betreffende richtlijn. De nationale rechter is verplicht om uitleggingsmethoden waarmee hij conflicten tussen bepalingen van nationaal recht kan vermijden, eveneens te gebruiken om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken. Hij dient binnen zijn bevoegdheid al het mogelijke te doen om de volle werking van de richtlijn te verzekeren.⁷ Daarbij doet niet ter zake of een particulier zich jegens een overheidsinstantie dan wel jegens een andere particulier op de richtlijn beroept. De verplichting tot richtlijnconforme uitleg geldt anders gezegd ook in horizontale verhoudingen,⁸ evenals in omgekeerde verticale verhoudingen waarbij een lidstaat aan een particulier een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht tegenwerpt.⁹

Richtlijnconforme interpretatie is niet in alle gevallen mogelijk, aangezien het aan een aantal beperkingen is gebonden die in het bijzonder verband houden met het rechtszekerheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel en het beginsel van non-retroactiviteit (verbod op terugwerkende kracht). Zo mag richtlijnconforme uitlegging er niet toe leiden dat iemand strafrechtelijk aansprakelijk is of dat die strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt verzwaard, zonder dat daartoe een nationale wet is vastgesteld.¹⁰ Verder mag richtlijnconforme interpretatie niet leiden tot een uitleg contra legem van het nationale recht.¹¹

Richtlijnconforme interpretatie is naar zijn aard minder ingrijpend dan rechtstreekse werking. In het geval van richtlijnconforme interpretatie wordt een nationale regel uitgelegd in lijn met hetgeen de richtlijn verlangt, terwijl in het geval van rechtstreekse werking een met de richtlijn strijdige nationale regel geheel buiten toepassing moet blijven. Uit oudere rechtspraak van het HvJ EU is geen duidelijke voorkeursvolgorde af te leiden¹² en in de literatuur werd verschillend gedacht over de onderlinge verhouding tussen deze instrumenten. Sommige auteurs bepleitten dat richtlijnconforme interpretatie uit oogpunt van subsidiariteit de voorkeur had, terwijl anderen stelden dat rechtstreekse werking voorrang had, onder meer omdat bij richtlijnconforme interpretatie de taakverdeling tussen rechter en wetgever in het gedrang zou kunnen komen (de rechter die op de stoel van de wetgever gaat zitten).¹³ In het arrest Dominguez uit 2012 overweegt het HvJ EU voor het eerst expliciet dat richtlijnconforme interpretatie de voorkeur heeft en dat rechtstreekse werking pas aan de orde is "voor het geval een dergelijke uitlegging niet mogelijk mocht zijn."¹⁴

2.2 Rechtstreekse werking richtlijnen

2.2.1 Algemeen

In de rechtspraak van het HvJ EU is overwogen dat een particulier een richtlijnbeeping rechtstreeks kan inroepen jegens een overheidsorgaan, indien de bepaling inhoudelijk onvoorwaardelijk is, voldoende nauwkeurig is en de omzettingstermijn is verstreken (verticale rechtstreekse werking).¹⁵ Een bepaling is onvoorwaardelijk indien de aan de lidstaten opgelegde verplichting van geen enkele voorwaarde en haar uitvoering of werking van geen enkele handeling van gemeenschapsinstellingen of lidstaten afhankelijk is gesteld.¹⁶ Een bepaling is voldoende nauwkeurig wanneer de verplichting die zij oplegt in niet mis te verstane bewoordingen is gesteld.¹⁷

Indien een richtlijn aan lidstaten een zekere beoordelingsmarge laat bij de vaststelling van de uitvoeringsmaatregelen daarvan, hoeft dit niet af te doen aan het nauwkeurige en onvoorwaardelijke karakter van bepalingen uit die richtlijn. Wanneer de minimale bescherming die hoe dan ook moet worden geboden precies kan worden vastgesteld, kan ingevolge de rechtspraak van het HvJ EU wel degelijk een beroep worden gedaan op de betreffende richtlijnbeeping.¹⁸

In het arrest Fratelli Costanzo heeft het HvJ EU verduidelijkt dat, ingeval sprake is van een richtlijnbeeping waaraan rechtstreekse werking toekomt, de nationale rechter en alle overheidsinstanties, waaronder decentrale overheden, op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw eveneens gehouden zijn de betreffende bepaling toe te passen.¹⁹ Dit maakt

het voor de burger mogelijk om direct van een decentrale overheid te verlangen dat hij een richtlijn toepast (hij hoeft dan niet via de rechter de daarmee strijdige wettelijke regeling aan te vechten). Het begrip overheidsorgaan moet volgens het HvJ EU bovendien ruim en functioneel worden uitgelegd. Het betreft ieder orgaan, ongeacht zijn rechtsvorm, dat krachtens een handeling van de overheid onder toezicht van deze laatste met het verlenen van een dienst van openbaar belang is belast en daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels.²⁰

Andersom kunnen overheidsorganen ingevolge vaste rechtspraak van het HvJ EU een richtlijn niet tegenwerpen aan particulieren, aangezien een richtlijn als zodanig geen verplichtingen aan particulieren oplegt.²¹ Om dezelfde reden hebben richtlijnen geen horizontale werking en kunnen zij dus niet door de ene particulier tegen de andere particulier worden ingeroepen. Wel heeft het HvJ EU in zijn rechtspraak beide verboden gerelativeerd, onder meer voor de situatie waarin het succesvolle beroep van een particulier jegens een overheid op de richtlijn nadelige effecten voor een andere particulier tot gevolg heeft.²²

2.2.2 Rechtstreekse werking van aanbestedingsrichtlijnen in de praktijk

Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgen diverse voorbeelden van een rechtstreeks beroep op een aanbestedingsrichtlijn in verband met niet tijdige of gebrekkige omzetting in de betreffende lidstaten. Bekende zaken zijn Beentjes, Tögel en (recenter) Portgás.²³

Beentjes (zaaknr. 31/87)

In de kwestie Beentjes, een Nederlandse zaak waarin een prejudiciële vraag aan het HvJ EU werd gesteld, maakte Beentjes bezwaar tegen de beslissing van het Ministerie van Landbouw en Visserij om niet aan haar te gunnen, terwijl haar aanbidding de laagste was. Zij achtte de aanbestedingsvoorwaarden die aan haar werden tegengeworpen, in strijd met het bepaalde in de Richtlijn werken 71/305/EEG. Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag kwam onder meer aan de orde of aan de artikelen 20, 26 en 29 van de betrokken richtlijn rechtstreekse werking toekwam. Artikel 20 bepaalde dat de aanbestedende dienst de geschiktheid van de inschrijvers moest onderzoeken overeenkomstig de in de artikel 25 t/m 28 vermelde criteria betreffende economische, financiële en technische capaciteit. Artikel 29 bepaalde dat de aanbestedende dienst met betrekking tot de gunning kon uitgaan van de laagste prijs, dan wel (bij gunning op basis van de economisch meest voordelige inschrijving) van verschillende prijs- en kwaliteitsaspecten.²⁴ Ook bevatten de genoemde artikelen de vereisten inzake de bekendmaking van de criteria die de aanbestedende diensten hanteerden en van de referenties en bewijsmiddelen die zij verlangden.

Het HvJ EU overwoog ten aanzien van genoemde bepalingen dat voor de inachtneming van de daarin vermelde vereisten geen bijzondere uitvoeringsmaatregelen nodig waren en dat de verplichtingen die voor de lidstaten uit de bepalingen voortvloeiden, dan ook voldoende onvoorwaardelijk en nauwkeurig waren en dat daarop dus een rechtstreeks beroep kon worden gedaan.²⁵

Tögel (C-76/97)

In het arrest Tögel kwam onder meer de vraag aan de orde of de titels I tot en met VI van Richtlijn 92/50/EG (Richtlijn diensten, een van de voorlopers van Richtlijn 2004/18/EG) door particulieren voor de nationale rechter konden worden ingeroepen.²⁶ De achtergrond van deze vraag was dat de lidstaat Oostenrijk de richtlijn pas twee jaar na het verstrijken van de termijn voor implementatie had omgezet in nationaal recht²⁷ en dat bezwaarmaker Tögel zich in verband daarmee rechtstreeks op een aantal richtlijnbevestigingen beriep toen hij betoogde dat een openbare inschrijvingsprocedure had moeten worden doorlopen voor de gunning van een opdracht tot ambulancevervoer.

Het HvJ EU overwoog dat de bepalingen van titel I en titel II zonder meer onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig waren om voor een nationale rechter te worden ingeroepen. Titel I betrof de afbakening van de materiele en persoonlijke werkingsfeer van de Richtlijn diensten en titel II behelsde de verplichting om A-diensten conform de bepalingen in de titels III tot en met VI te plaatsen en om B-diensten overeenkomstig artikel 14 en artikel 16 te plaatsen. Het HvJ EU benadrukte dat de verplichting om overheidsopdrachten voor diensten te plaatsen

volgens nationale procedures die overeenstemden met de genoemde bepalingen, onvoorwaardelijk en nauwkeurig was.²⁸

Ten aanzien van de bepalingen in de titels III tot en met VI, betreffende de keuze van de procedure, de technische specificaties van de opdracht, de bekendmaking en de deelneming, kwalitatieve selectie en gunningscriteria, overwoog het HvJ EU dat deze eveneens onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig waren geformuleerd, "behoudens uit de bewoordingen ervan voortvloeiende uitzonderingen en nuances". Het HvJ EU concludeerde dat deze bepalingen door een particulier voor de nationale rechter konden worden ingeroepen, voor zover bij individueel onderzoek van de bewoordingen ervan zou blijken dat zij onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk en nauwkeurig waren (welk onderzoek aan de nationale rechter werd overgelaten).²⁹

Portgás (C-425/12)

Vermeldenswaardig is tevens het arrest Portgás, waarin de lidstaat Portugal, die zelf de (oude) Richtlijn nutssectoren 93/38/EG niet tijdig had omgezet in nationaal recht, aan concessiehouder Portgás tegenwierp dat zij de bepalingen van de Richtlijn nutssectoren niet in acht had genomen. Volgens Portugal was Portgás als exclusieve concessiehouder voor een openbare dienst aan te merken als aanbestedende dienst en derhalve onderworpen aan de verplichtingen die uit de Richtlijn nutssectoren voortvloeiden.

Het HvJ EU overwoog dat richtlijnbevestigingen als zodanig niet tegen particulieren kunnen worden ingeroepen. De enkele omstandigheid dat een particuliere onderneming exclusief concessiehouder is van een openbare dienst en daardoor wordt aangemerkt als aanbestedingsplichtige entiteit in de zin van de Richtlijn nutssectoren, kan dan ook niet met zich brengen dat de bepalingen van deze richtlijn rechtstreeks aan deze onderneming kunnen worden tegengeworpen. Anders ligt het indien Portgás voldoet aan de criteria van een overheidsorgaan (zie par. 2.2.1 hiervoor); in dat geval is zij immers zelfstandig gehouden richtlijnbevestigingen waaraan rechtstreekse werking toekomt, toe te passen.³⁰

Gesteld dat Portgás is aan te merken als overheidsorgaan waartegen een particulier zich kan beroepen op bepalingen van de Richtlijn nutssectoren, dan kan de lidstaat volgens het HvJ EU eveneens de bepalingen van die richtlijn aan Portgás tegenwerpen. De autoriteiten van de lidstaat moeten volgens het HvJ EU kunnen verzekeren dat alle overheidsorganen die het betreft, de bepalingen van de Richtlijn nutssectoren in acht nemen.³¹

Voor wat betreft de rechtstreekse werking van de ter discussie staande richtlijnbevestigingen³² overwoog het HvJ EU dat de betreffende bepalingen aan aanbestedende diensten die op het gebied van gastransport en -distributie actief zijn, op onvoorwaardelijke en nauwkeurige wijze de verplichting opleggen om opdrachten voor leveringen met een geraamde waarde boven € 400.000 exclusief btw in overeenstemming met de richtlijn te plaatsen en ervoor te zorgen dat geen discriminatie plaatsvindt. Deze bepalingen kunnen volgens het HvJ EU naar hun aard worden ingeroepen voor de nationale rechter.

2.3 Overheidsaansprakelijkheid wegens niet tijdige omzetting³³

Indien richtlijnconforme interpretatie en rechtstreekse werking van een richtlijn niet aan de orde zijn, dan kan een benadeelde onder omstandigheden de overheid aansprakelijk stellen voor de schade die hij als gevolg van de niet-tijdige omzetting van de richtlijn heeft geleden, bijvoorbeeld doordat hij de rechten die hem in de richtlijn worden toegekend niet heeft kunnen effectueren. De voorwaarden voor aansprakelijkheid van een (decentrale) overheid zijn ingevolge het arrest Francovich³⁴ van het HvJ EU: (i) de geschonden regel strekt ertoe rechten aan particulieren toe te kennen; (ii) de inhoud van die rechten moet op basis van de bepalingen van de richtlijn kunnen worden vastgesteld, en; (iii) er is een direct causaal verband tussen de schending en de schade. In latere rechtspraak van het HvJ EU is tevens als voorwaarde genoemd dat sprake moet zijn van een voldoende gekwalificeerde schending.³⁵ Het HvJ EU heeft verduidelijkt dat niet tijdige omzetting van een richtlijn als zodanig een voldoende gekwalificeerde schending van gemeenschapsrecht oplevert, die voor een benadeelde particulier een recht op schadevergoeding doet ontstaan onder de in het arrest Francovich vermelde voorwaarden.³⁶

3. Na 18 april 2016: (nog) geen nieuwe Aanbestedingswet, wel verplichtingen op grond van de nieuwe richtlijnen

Zoals hiervoor besproken, moet er redelijkerwijs van worden uitgegaan dat de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen niet tijdig zullen worden geïmplementeerd in Nederlands recht. Vanaf 19 april 2016 rijst dan ook de vraag in hoeverre aanbestedende diensten gehouden zijn om, hetzij door middel van richtlijnconforme interpretatie, hetzij door rechtstreekse werking, deze richtlijnbepalingen al toe te passen in de dagelijkse aanbestedingspraktijk. Dit is met name relevant ten aanzien van onderwerpen waar de nieuwe richtlijnen inhoudelijk afwijken van de huidige regeling in de Aanbestedingswet 2012. Wij illustreren aan de hand van enkele uitgewerkte voorbeelden het vraagstuk dat zich de komende periode kan voordoen.

3.1 Sociale en andere specifieke diensten ter vervanging van A- en B-diensten

Het onderscheid dat in de huidige klassieke Richtlijn 2004/18/EG en de Richtlijn nutssectoren 2004/17/EG wordt gemaakt tussen zogeheten A- en B-diensten, gaat verdwijnen. Ter vervanging van de B-diensten, waarvoor onder de huidige aanbestedingsrichtlijnen in het geheel geen aanbestedingsverplichting geldt, wordt een nieuwe categorie 'sociale en andere specifieke diensten' geïntroduceerd, die wel (beperkt) aanbestedingsplichtig zijn. Wij bespreken hierna de nieuwe regeling aan de hand van de klassieke Richtlijn 2014/24/EU.³⁷

Op grond van de Aanbestedingswet 2012 en Richtlijn 2004/18/EG zijn aanbestedende diensten bij de gunning van een opdracht voor een B-dienst kort gezegd enkel gehouden de regels inzake de specificaties van de opdracht in acht te nemen en de gunning van de opdracht achteraf te publiceren.³⁸ Opdrachten voor B-diensten mogen onderhands worden gegund, tenzij zij in een concreet geval een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen.³⁹ Wel zijn aanbestedende diensten op grond van de Aanbestedingswet 2012 bij de keuze voor een procedure in concurrentie gehouden proportioneel te handelen. De Gids Proportionaliteit schrijft dan voor dat bij de voorgenomen opdracht wordt gekozen voor een gunningsprocedure die proportioneel is, onder meer gelet op het type opdracht, de omvang van de opdracht, het aantal potentiële inschrijvers en het karakter van de markt.⁴⁰ Dit duidt erop dat de Nederlandse wetgever de nagenoeg onbegrensde vrijheid voor aanbestedende diensten om opdrachten voor B-diensten onderhands te gunnen, in enige mate heeft willen inperken onder verwijzing naar het proportionaliteitsbeginsel.

De nieuwe klassieke richtlijn introduceert in de artikelen 74 t/m 76 een licht aanbestedingsregime voor sociale en andere specifieke diensten met een geraamde waarde boven € 750.000 exclusief btw. De categorieën waarvoor dit regime geldt, zijn opgesomd in bijlage XIV bij de richtlijn. Het betreft onder meer gezondheidszorg, maatschappelijke dienstverlening, opsporings- en beveiligingsdiensten, hotels en restaurants, postdiensten, gevangenisdiensten en reddingsdiensten. Boven de genoemde drempelwaarde moeten opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten worden opengesteld voor concurrentie, waarbij de aanbestedende diensten wel maximale vrijheid krijgen om de te doorlopen procedure naar eigen inzicht in te richten (rekening houdend met de bijzondere kenmerken van de betrokken diensten).

Na het verstrijken van de omzettingstermijn van de nieuwe richtlijn ontstaat de situatie dat conform nationaal recht geen aanbestedingsplicht bestaat voor B-diensten, terwijl de nieuwe richtlijn voor de (vergelijkbare) sociale en andere specifieke diensten wel een lichte aanbestedingsplicht behelst. Indien een aanbestedende dienst onder verwijzing naar de Aanbestedingswet 2012 overgaat tot onderhandse gunning van een B-dienst met een geraamde waarde van bijvoorbeeld € 1 miljoen, is dan ook denkbaar dat een benadeelde ondernemer zich onder verwijzing naar de nieuwe richtlijn op het standpunt stelt dat de aanbestedende dienst een dergelijke opdracht voor concurrentie moet openstellen.

Richtlijnconforme interpretatie van de Aanbestedingswet 2012 lijkt hier geen soelaas te bieden. De Aanbestedingswet 2012 bepaalt uitdrukkelijk dat op de gunning van B-diensten slechts de bepalingen inzake de vaststelling van de specificaties en de bekendmaking achteraf van de gunning van toepassing zijn. Ongeacht de wijze van uitlegging van de betreffende bepalingen, kan daarin geen aanbestedingsplicht worden gelezen (en de drempelwaarde van € 750.000 komt in de huidige aanbestedingsregels logischerwijs ook niet voor).

De vraag die zich vervolgens aandient, is of aan de artikel 74 t/m 76 uit de nieuwe richtlijn rechtstreekse werking toekomt en of ondernemingen die bepalingen dientengevolge aan een aanbestedende dienst kunnen tegenwerpen.

Artikel 74 van de nieuwe richtlijn bevat in onze optiek, ook zonder dat nationale uitvoeringsmaatregelen zijn getroffen, een voldoende nauwkeurig omschreven en onvoorwaardelijke verplichting voor aanbestedende diensten om voor opdrachten boven € 750.000 het bepaalde in de artikel 75 en 76 toe te passen: "De in bijlage XIV opgesomde overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten worden gegund in overeenstemming met dit hoofdstuk wanneer de waarde van de opdracht gelijk is aan of hoger dan de in artikel 4, onder d), vastgestelde drempel". Wij verwijzen naar de zaak *Portgás*, waarin het HvJ EU tot een vergelijkbare conclusie kwam (zie par. 2.2.2 hiervoor).

Ook de verplichtingen conform artikel 75 van de nieuwe richtlijn, om een voorgenomen opdracht vooraf aan te kondigen en na gunning het resultaat van de aanbesteding bekend te maken door middel van een aankondiging van de gegunde opdracht, zijn naar ons oordeel voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk om deze rechtstreeks toe te passen in de lidstaten. Het daarmee strijdige artikel 1.9 lid 3 van de Aanbestedingswet 2012 dient in zoverre buiten toepassing te blijven voor sociale en andere specifieke diensten met een geraamde waarde boven € 750.000 exclusief btw.

Artikel 76 van de nieuwe richtlijn behelst in de eerste plaats een (onvoorwaardelijke) instructie aan de lidstaten om nationale regels vast te stellen voor de gunning van sociale en andere specifieke diensten, zodat aanbestedende diensten de beginselen van transparantie en gelijke behandeling naleven. Ten aanzien van de vormgeving van die procedureregels worden de lidstaten vrijgelaten, mits die regels aanbestedende diensten de mogelijkheid geven rekening te houden met de specifieke kenmerken van de diensten die het betreft. Artikel 76 laat aan de lidstaten dan ook een zekere beoordelingsmarge bij de vaststelling van de benodigde uitvoeringsmaatregelen. Het bevat echter ook nauwkeurig te bepalen en onvoorwaardelijke verplichtingen waaraan die uitvoeringsmaatregelen ten minste moeten voldoen (naleving beginselen transparantie en gelijke behandeling en rekening kunnen houden met specifieke kenmerken betrokken diensten). In het licht van de rechtspraak van het HvJ EU lijkt het dan ook mogelijk om een rechtstreeks beroep te doen op deze verplichtingen voor de aanbestedende dienst (zie par. 2.2.1 hiervoor). Opmerking verdient daarbij dat aanbestedende diensten op grond van de algemene beginselen en uitgangspunten in hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012 zonder meer gehouden zijn om bij een Europese aanbesteding de aanbestedingsrechtelijke beginselen in acht te nemen (afdeling 1.2.2). Een richtlijnconforme uitleg van deze afdeling brengt met zich dat de hierin opgenomen beginselen eveneens van toepassing zijn op de gunning van een sociale of andere specifieke dienst met een geraamde waarde boven de Europese drempelwaarde.

Een andere vraag die zich in de praktijk kan voordoen, is of een dienst die onder de Aanbestedingswet 2012 moet worden gekwalificeerd als B-dienst, maar niet is opgenomen in Bijlage XIV bij de nieuwe richtlijn en derhalve onder de volle werking van de (nieuwe) aanbestedingsregels komt te vallen, nog conform het regime van B-diensten (onderhands) mag worden gegund zolang de nieuwe richtlijn niet is geïmplementeerd. Gelet op de duidelijke en onvoorwaardelijke formulering van artikel 74 van de nieuwe richtlijn, het bepaalde in artikel 4 van de nieuwe richtlijn inzake de toepasselijkheid van de richtlijn op opdrachten boven de drempelwaarden en de afwezigheid van enige beleidsvrijheid ter zake voor de lidstaten (zie ook hier de gelijkenis met *Portgás*), kan er in onze optiek geen twijfel over bestaan dat diensten die niet zijn vermeld in bijlage XIV integraal moeten worden aanbesteed ingeval zij een waarde vertegenwoordigen boven de 'reguliere' drempelwaarde (op dit moment € 209.000 exclusief btw/€ 135.000 exclusief btw voor de centrale overheid). Aangenomen moet dan ook worden dat de rechtstreekse werking van de relevante richtlijnbeperkingen verhindert dat deze diensten na ommekomst van 18 april 2016 nog mogen worden gegund conform het regime voor B-diensten.

Wij concluderen dat aanbestedende diensten er rekening mee moeten houden dat na het verstrijken van de omzettingstermijn rechtstreekse werking zal toekomen aan de bepalingen in de nieuwe richtlijn(en) betreffende de gunning van sociale en andere specifieke diensten op basis van een transparante en kansgelijke procedure. Dit betekent concreet dat aanbestedende diensten (in ieder geval voor zover zij zijn aan te merken als 'overheidsorganen' waartegen de richtlijnbeperkingen kunnen worden ingeroepen, zie par. 2.2.1 hiervoor) gehouden zijn sociale en andere specifieke diensten met een geraamde waarde boven € 750.000 vooraf bekend te

maken en (bij gebleken interesse) in concurrentie te gunnen, met gebruikmaking van een procedure die in overeenstemming is met de aanbestedingsrechtelijke beginselen, alsmede dat zij (huidige) B-diensten die niet worden genoemd in bijlage XIV bij de nieuwe richtlijn, na 18 april 2016 onder de volle werking van het aanbestedingsrecht moeten laten vallen.

3.2 Wezenlijke wijzigingen

Een ander onderwerp waarbij niet tijdige implementatie van de nieuwe richtlijnen relevant kan zijn, is de wezenlijke wijziging. Op grond van het arrest Presetext van het HvJ EU mogen wijzigingen die zich tijdens de uitvoering van de opdracht voordoen geen wezenlijk karakter hebben, anders gezegd geen blijk geven van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst.⁴¹ Is dit wel het geval, dan is sprake van een verkapte nieuwe opdracht, waarvoor opnieuw een aanbestedingsplicht geldt. In Presetext heeft het HvJ EU verschillende typen wijzigingen benoemd die een wezenlijk karakter hebben en dientengevolge noodzaken tot het uitschrijven van een nieuwe aanbesteding.

In artikel 72 van de nieuwe klassieke Richtlijn 2014/24/EU⁴² heeft de Europese wetgever dit arrest van het HvJ EU gecodificeerd en tevens enkele andere gevallen omschreven waarin volgens hem geen sprake is van een wezenlijke wijziging. Zo is onder meer bepaald dat een wijziging geen wezenlijk karakter heeft ingeval deze betrekking heeft op een bedrag dat onder de drempelwaarde ligt en niet groter is dan 10% van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor leveringen/diensten of 15% van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor werken. Ook wanneer de opdrachtnemer in een faillissementssituatie wordt vervangen door een rechtsoptvolger onder algemene of gedeeltelijke titel is geen sprake van een wezenlijke wijziging, mits de opvolgend opdrachtnemer voldoet aan de oorspronkelijke selectiecriteria en mits de opdracht hierdoor niet op andere punten wezenlijk wordt gewijzigd.

Zolang de nieuwe richtlijn niet is geïmplementeerd in de Aanbestedingswet, moet het leerstuk van de wezenlijke wijziging in beginsel worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare jurisprudentie (de Aanbestedingswet 2012 bevat geen bepalingen op dit punt, behoudens de bepaling inzake aanvullende werken en diensten, zie hierna). De rechtspraak is tot op heden strikter dan hetgeen de nieuwe richtlijn toelaat, bijvoorbeeld waar het gaat om de mogelijkheid om de opdrachtnemer te vervangen. Zo overwoog het HvJ EU in Presetext dat de vervanging van een opdrachtnemer in het algemeen is aan te merken als een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de opdracht⁴³ (waarmee hij overigens ruimte liet voor een uitzondering op dit uitgangspunt in bijzondere gevallen) en oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Limburg in 2013 dat een doorstarter niet de positie van een failliete opdrachtnemer mocht overnemen, onder meer omdat hij zelf niet had deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure en de voorzieningenrechter een contractsover-neming mede om die reden niet in overeenstemming achtte met de aanbestedingsrechtelijke beginselen.⁴⁴

Bij het ontbreken van een (andersluidende) regeling in de Aanbestedingswet 2012 kan het leerstuk van de wezenlijke wijziging, dat in feite is gegrond op de algemene verplichting tot aanbesteding van een opdracht indien de geraamde waarde daarvan boven de Europese drempelwaarde ligt en op de aanbestedingsrechtelijke beginselen, bij uitstek worden uitgelegd op de wijze zoals de nieuwe richtlijn voorschrijft. Door middel van richtlijnconforme interpretatie kan de ruimte die de nieuwe richtlijn biedt om wijzigingen door te voeren in een lopende opdracht, in onze optiek dan ook optimaal worden benut.

Tot slot merken wij op dat de reeds bestaande regeling voor onderhandse gunning van aanvullende werken en diensten (artikel 31 lid 4 sub a Richtlijn 2004/18/EG en artikel 2.35 Aanbestedingswet 2012) tevens is opgenomen in artikel 72 lid 1 sub b van de nieuwe richtlijn, zij het met enkele inhoudelijke aanpassingen. Deze bepaling is nauwkeurig geformuleerd, laat de lidstaten geen beoordelingsmarge bij implementatie en dient dus één op één te worden overgenomen in nationaal recht. Gelet daarop moet ervan worden uitgegaan dat deze bepaling na 18 april 2016 rechtstreeks toepasselijk zal zijn in de nationale rechtsorde. Aangezien artikel 2.35 Aanbestedingswet 2012 inhoudelijk niet volledig strookt met de tekst van artikel 72 lid 1 sub b van de nieuwe richtlijn, zal artikel 2.35 in zoverre buiten toepassing moeten blijven.⁴⁵

3.3 Enkele andere voorbeelden

De twee hiervoor uitgewerkte voorbeelden maken duidelijk dat richtlijnconforme interpretatie en rechtstreekse werking in de praktijk zomaar aan de orde kunnen zijn indien de Nederlandse wetgever er niet in slaagt de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen tijdig om te zetten in de Aanbestedingswet 2016. Ten aanzien van verschillende andere richtlijnbevestigingen kan dit eveneens gaan spelen. Te denken valt aan:

- de nieuwe verplichting op grond van de Concessierichtlijn 2014/23/EU om dienstenconcessies met een geraamde waarde boven de Europese drempelwaarde vooraf aan te kondigen en open te stellen voor concurrentie. Aannemelijk is dat bepalingen uit deze richtlijn (deels) rechtstreekse werking zullen krijgen, vergelijkbaar met de rechtstreekse werking die in onze optiek toekomt aan de nieuw geïntroduceerde aanbestedingsplicht voor sociale en andere specifieke diensten (zie par. 3.1 hiervoor);
- de toepassing van nieuwe aanbestedingsprocedures, zoals het innovatiepartnerschap en de mededingingsprocedure met onderhandeling. De bepalingen betreffende deze nieuwe procedures (artikel 29 en 31 van de nieuwe richtlijn) lijken voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk te zijn geformuleerd om rechtstreeks te kunnen worden toegepast. Aanbestedende diensten kunnen bepalingen uit de nieuwe richtlijn echter niet tegenwerpen aan een particulier voor zover die verplichtingen oplegt aan de particulier (verbod van omgekeerde verticale werking); in beginsel ziet het leerstuk van de rechtstreekse werking immers op de rechten die particulieren aan een niet-tijdig geïmplementeerde richtlijn kunnen onttelen;
- diensten waarop een specifieke uitsluiting van toepassing is (artikel 10 Richtlijn 2014/24/EU), die in de Aanbestedingswet 2012 onder het B-regime vallen (artikel 2.38 Aanbestedingswet 2012). Evenals bij de sociale en andere specifieke diensten (zie par. 3.1 hiervoor) menen wij dat rechtstreekse werking kan toekomen aan deze bepalingen, zodat voor bijvoorbeeld de rechtskundige diensten omschreven in artikel 1, onder d, van Richtlijn 2014/24/EU na 18 april 2016 niet langer de procedure voor B-diensten zal gelden. Ook hier geldt evenwel de kanttekening hiervoor gemaakt ten aanzien van de toepassing van nieuwe aanbestedingsprocedures;
- de mogelijkheid om in de specificaties van de opdracht onder voorwaarden expliciet te verwijzen naar keurmerken (artikel 43 Richtlijn 2014/24/EU), terwijl artikel 2.76 lid 5 Aanbestedingswet dit verbiedt (tenzij het voorwerp van de opdracht een verwijzing naar keurmerken rechtvaardigt). Aanbestedende diensten zouden met een beroep op richtlijnconforme interpretatie van de genoemde 'tenzij'-bepaling wellicht reeds gebruik kunnen maken van deze mogelijkheid;
- de maximale uitsluitingsperiode voor inschrijvers op wie een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, die conform artikel 57 lid 7 van Richtlijn 2014/24/EU drie jaar bedraagt (tegen maximaal vier jaar op grond van artikel 2.87 lid 2 Aanbestedingswet 2012). Door middel van richtlijnconforme uitleg van artikel 2.87 lid 2 Aanbestedingswet, dan wel door rechtstreekse werking toe te kennen aan artikel 57 lid 7 van de nieuwe richtlijn, zal bewerkstelligd moeten worden dat de terugkijkperiode wordt beperkt tot drie jaar na de gebeurtenis die reden is voor uitsluiting;
- het nieuw geïntroduceerde verbod in artikel 57 lid 6 van Richtlijn 2014/24/EU om een ondernemer op wie een dwingende of facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, maar die bewijst dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure. Ondernemingen dienen zich op deze bepaling te kunnen beroepen, hetzij door richtlijnconforme uitleg van artikel 2.88 sub b Aanbestedingswet 2012 (dat een bevoegdheid voor de aanbesteder behelst om af te zien van uitsluiting indien de inschrijver voldoende maatregelen heeft genomen om het geschonden vertrouwen te herstellen), hetzij door rechtstreekse werking. De betreffende richtlijnbevestiging lijkt in ieder geval voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk te zijn geformuleerd om rechtstreeks te kunnen worden toegepast.

4. Tot slot

Het verstrijken van de omzettingstermijn van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen is een bepalend moment voor de rechtspositie van aanbesteders en inschrijvers. Vanaf 19 april 2016 dienen overheidsorganen zelfstandig de rechtstreeks werkende bepalingen van de richtlijnen toe te passen. Zij kunnen dus niet eenvoudigweg de implementatie van de richtlijnen door de

Nederlandse wetgever afwachten, maar hebben ter zake een eigen verantwoordelijkheid.⁴⁶ Inschrijvers dienen zich te realiseren dat waar de nieuwe richtlijnen aan hen rechten toekennen die zij onder de Aanbestedingswet 2012 niet of althans in mindere mate genieten, zij over verschillende instrumenten beschikken om te bewerkstelligen dat de nieuwe regels vooruitlopend op implementatie in de Aanbestedingswet 2016 al worden toegepast, dan wel dat zij worden gecompenseerd ingeval zij schade lijden ten gevolge van de te late omzetting. Ook na omzetting behouden deze instrumenten relevantie, voor zover de implementatie niet in overeenstemming is met het in de richtlijnen bepaalde. Voor wat het overgangsrecht betreft zal de Aanbestedingswet 2016 ingevolge artikel 4.33 van die wet niet gelden voor aanbestedingen die voor het tijdstip van inwerkingtreding al zijn aangekondigd of, indien geen aankondiging is vereist, waarvoor al ondernemingen zijn uitgenodigd een inschrijving in te dienen. Wij menen dat in het licht van het Europese rechtszekerheidsbeginsel en het verbod op terugwerkende kracht een dergelijke overgangsregeling ook zal gelden bij rechtstreekse werking van de richtlijn.

Over de auteurs

prof. mr. J.M. Hebly en mr. J.W.A. Meesters

Jan-Michiel Hebly en Janet Meesters zijn beiden advocaat bij Houthoff Buruma. Eerstgenoemde is tevens hoogleraar Bouw- en Aanbestedingsrecht aan de Universiteit Leiden.

Voetnoten

- 1 Zie art. 51 lid 1 Richtlijn 2014/23/EU, art. 90 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU en art. 106 lid 1 Richtlijn 2014/25/EU.
- 2 www.internetconsultatie.nl/implementatiewetaanbestedingsrichtlijnen.
- 2 Kamerstukken II, 2015-2016, 34 329, nr. 2.
De laatste stand van zaken is dat naar aanleiding van de aanbidding van een tweede
- 3 nota van wijziging begin maart 2016 nog een plenair debat in de Tweede Kamer zal plaatsvinden.
- 4 Dit signaleerden M.J.J.M. Essers en C.G. van Blaaderen ook al in TA 2015 (5) 76, 'Het concept wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet'.
- 5 In het arrest Dominguez geeft het HvJ EU een helder overzicht van deze instrumenten, HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10.
- 6 HvJ EG 10 april 1984, zaaknr. 14/84 (Von Colson en Kamann); HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing).
- 7 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/01, pt. 116-119 (Pfeiffer).
- 8 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/01, pt. 107-119 (Pfeiffer).
- 9 HvJ EG 8 oktober 1987, zaaknr. 80/86 (Kolpinghuis); HvJ EU 15 september 2011, C-53/10, pt. 34 (Mücksch).
- 10 HvJ EG 8 oktober 1987, zaaknr. 80/86, pt. 13 (Kolpinghuis); HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02 (Berlusconi e.a.).
- 11 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, pt. 47 (Pupino).
- 12 HvJ EG 10 april 1984, zaaknr. 14/84 (Von Colson en Kamann); HvJ EG 15 mei 1986, zaaknr. 222/84 (Johnston).
J.M. Prinssen, Doorwerking van Europees recht, Deventer: Kluwer, 2004, p. 201; J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, derde druk, p. 57-58; R.J.G.M Widdershoven, 'De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde Europese rechtsorde', in: H.R.B.M. Kummeling (red.), De samengestelde Besselink. Brugge bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht, 2012, p. 207-226.
- 14 HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, pt. 31-32 (Dominguez); zie ook de noot van Widdershoven bij het arrest in AB 2012/48.
- 15

- Zie o.a. HvJ EG 19 januari 1982, zaak 8/81 (Becker); HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90 (Francovich); HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/01 (Pfeiffer).
- 16 HvJ EG 3 april 1968, zaak 28/67 (Molkerei-Zentrale Westfalen); HvJ EG 23 februari 1994, C-236/92 (Regione Lombardia).
- HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84 (Marshall); HvJ EG 4 december 1986, zaak 71/85 (Federatie Nederlandse Vakbeweging); HvJ EG 23 februari 1994, C-236/92 (Regione Lombardia).
- 17
- 18 HvJ EG 3 oktober 2000, C-303/98 (Simap); HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/01 (Pfeiffer).
- 19 HvJ EG 22 juni 1989, zaaknr. 103/88, pt. 30-33 (Fratelli Costanzo).
- 20 O.a. HvJ EG 4 februari 2004, C-157/02 (Rieser Internationale Transporte); HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, pt. 39 (Dominguez) en daar aangehaalde rechtspraak.
- HvJ EG 26 februari 1986, zaaknr. 152/84 (Marshall); HvJ EG 8 oktober 1987, zaaknr. 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen); HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92 (Faccini Dori); HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10 (Dominguez).
- 21
- HvJ EG 7 januari 2004, C-201/02 (Wells). Zie voor een uitgebreide bespreking van alle uitzonderingen op/relativeringen van het verbod op omgekeerde verticale en horizontale werking R.J.G.M. Widdershoven, 'De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde Europese rechtsorde', in: H.R.B.M. Kummeling (red.), De samengestelde Besselink. Bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht, 2012, p. 207-226.
- 22
- Het HvJ EU heeft ten tijde van de afronding van deze bijdrage ook een prejudiciële vraag in behandeling van een verwijzende Portugese rechter over art. 48 lid 2 onder a), ii), tweede streepje van Richtlijn 2004/18/EG. Zie C-46/15 (Ambisig). Op 3 maart 2016 heeft A-G Wathelet in lijn met de hierna te behandelen uitspraken geconcludeerd dat dit artikel onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door particulieren te kunnen worden ingeroepen voor de nationale rechter.
- 23
- 24 HvJ EG 20 september 1988, zaaknr. 31/87, pt. 17-18 (Beentjes).
- 25 HvJ EG 20 september 1988, zaaknr. 31/87, pt. 43 (Beentjes).
- 26 HvJ EG 24 september 1998, C-76/97 (Tögel).
- 27 De omzetting vond plaats op 1 januari 1997, terwijl deze uiterlijk op 1 januari 1995 had moeten plaatsvinden; zie HvJ EG 24 september 1998, C-76/97, pt. 14 (Tögel).
- 28 HvJ EG 24 september 1998, C-76/97, pt. 44-45 (Tögel).
- 29 HvJ EG 24 september 1998, C-76/97, pt. 46-47 (Tögel).
- 30 HvJ EU 12 december 2013, C-425/12, pt. 21-31 (Portgás).
- HvJ EU 12 december 2013, C-425/12, pt. 32-38 (Portgás). Het HvJ EU noemde daarbij onder meer als argumenten dat het inconsequent zou zijn om te oordelen dat overheidsinstanties wel de richtlijn moeten toepassen, maar de autoriteiten van de lidstaat tegelijk de bevoegdheid te ontzeggen om te verzekeren dat zij daadwerkelijk de richtlijn in acht nemen, alsmede dat moest worden voorkomen dat een lidstaat die een richtlijn niet correct heeft geïmplementeerd daaruit voordeel kan halen, indien niet op initiatief van een overheidsinstantie de correcte nakoming kan worden verzekerd.
- 31
- 32 Het betrof de art. 4 lid 1, 14 lid 1 sub c-i en 15 van Richtlijn 93/38/EG.
- Aangezien op dit moment wordt verwacht dat de omzetting van de richtlijnen (slechts) enkele maanden is vertraagd ten opzichte van de uiterste datum voor omzetting, besteden wij hier beperkt aandacht aan de staatsaansprakelijkheid wegens niet tijdige omzetting. Zie bijvoorbeeld een uitgebreidere bespreking in R.J.G.M. Widdershoven, 'De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde Europese rechtsorde', in: H.R.B.M. Kummeling (red.), De samengestelde Besselink. Bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht, 2012, p. 207-226.
- 33
- 34 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90 (Francovich).

- 35 Zie o.a. HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, pt. 51 (Brasserie du Pêcheur en Factortame).
- 36 HvJ EG 8 oktober 1996, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94 (Dillenkofer e.a.).
- 37 In de nieuwe Richtlijn nutssectoren is een inhoudelijk vergelijkbare wijziging opgenomen, zie art. 91 e.v. Richtlijn 2014/25/EU. Zie voor de regeling in de nieuwe Concessierichtlijn art. 19 Richtlijn 2014/23/EU.
- 38 Art. 2.39 lid 2 Aanbestedingswet 2012, in lijn met art. 21 Richtlijn 2004/18/EG.
- 39 HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, pt. 29-31 (An Post).
- 40 Voorschrift 3.4A. Daarbij worden handvatten gegeven om te bepalen welke procedure gelet op de geraamde waarde van een opdracht het meest proportioneel is (zonder dat onderscheid wordt gemaakt tussen A- en B-diensten).
- 41 HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, pt. 34-37 (Presstext Nachrichtenagentur).
- 42 Evenals in art. 89 van de nieuwe Richtlijn nutssectoren 2014/25/EU en art. 43 van de nieuwe Concessierichtlijn 2014/23/EU.
- 43 HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, pt. 40 (Presstext Nachrichtenagentur).
- 44 Vزر. Rb. Roermond (Limburg) 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482.
- 45 Een beroep van een particulier op deze richtlijn bepaling kan indirect negatieve gevolgen hebben voor de zittende dienstverlener; het Wells-arrest (zie noot 24) verbiedt in een dergelijk geval (indirecte) horizontale werking echter niet.
- 46 Ingevolge artikel 3 van de wet Nerpe (Stb. 2012/245) kan de minister aanbestedende diensten die niet aan hun verplichtingen conform de aanbestedingsrichtlijnen voldoen, een aanwijzing geven op grond waarvan zij alsnog binnen de in de aanwijzing vermelde termijn moeten voldoen aan de verplichtingen die voor hen voortvloeien uit de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen; art. 8 wet Nerpe bevat een expliciete verwijzing naar de richtlijnen: "Een wijziging van de nutsrichtlijn of de aanbestedingsrichtlijn gaat voor de toepassing van deze wet gelden met ingang van de dag waarop aan de betrokken wijzigingsrichtlijn uitvoering moet zijn gegeven, (...)"