

Factsheet aanbesteden en derde landen

Europese aanbestedingen

In de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) zijn de Europese aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd.¹ De regels uit deze richtlijnen zorgen voor een interne markt voor aanbestedingen in Europa. Dit betekent dat Nederlandse inschrijvers kunnen inschrijven op Europese aanbestedingen in andere lidstaten en vice versa. Er mag dus geen onderscheid worden gemaakt tussen inschrijvers uit de verschillende EU-lidstaten. Deze inschrijvers hebben een gelijke uitgangspositie.

Daarnaast moeten inschrijvers uit bepaalde niet-EU-landen ook worden toegelaten tot aanbestedingen. Dit gaat om inschrijvers uit landen die lid zijn van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (Government Procurement Agreement, GPA) van de WTO of waarmee de EU een handelsakkoord heeft afgesloten waarin afspraken zijn gemaakt over markttoegang voor aanbestedingen.

Het Nederlandse bedrijfsleven krijgt door deze afspraken toegang tot de markten van de andere EU-lidstaten, GPA-leden en landen waarmee de EU een handelsakkoord heeft.

Inschrijvers uit derde landen die geen partij zijn bij de GPA, denk hierbij bijvoorbeeld aan landen als China of Rusland, hoeven op basis van de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet te worden toegelaten tot aanbestedingsprocedures. Hierbij is het wel zo dat moet worden gekeken naar de herkomst van de inschrijver zelf. Een reeds binnen de interne markt gevestigde dochtermaatschappij van een moederbedrijf uit een derde land moet doorgaans als Europees beschouwd worden en kan niet op grond van de herkomst van het moederbedrijf uitgesloten worden.

Voor verdere toelichting over de mogelijkheden wordt verwezen naar de bijlage bij Kamerstuk 26 643, nr. 1007 en de Handvatten risicomitigatie bij inkoop en aanbesteding.²

Verordening Buitenlandse Subsidies (Foreign Subsidies Regulation, FSR)

Inleiding en doel FSR

- FSR biedt mogelijkheden om in te grijpen indien er sprake is van overheidssteun uit derde landen die de concurrentie op de interne markt verstoort. Op 12 januari 2023 is FSR deels in werking getreden. In de loop van 2023 zullen de laatste 2 delen van FSR in werking treden.
- Een onderdeel van de verordening ziet op aanbestedingen. Het verplicht bedrijven bij bepaalde aanbestedingen al hun financiële bijdragen uit derde landen te melden. Op basis van deze meldingen kan de Europese Commissie (hierna: de Commissie) een onderzoek starten naar mogelijk versturende buitenlandse subsidies en waar nodig ingrijpen. Vanaf 12 oktober geldt de meldplicht voor ondernemers bij aanbestedingen.
- Vanaf 12 juli 2023 treedt de 'ex-officio' bevoegdheid van de Europese Commissie in werking. Hiermee kan de Commissie na gunning van een opdracht een onderzoek instellen naar mogelijk versturende subsidies.

Meldplicht

Op grond van FSR zijn er verschillende situaties waarin een onderneming zijn financiële bijdragen afkomstig van buiten de EU moet melden:

¹ Richtlijn 2014/23 (voor concessies), Richtlijn 2014/24 (voor overheidsopdrachten) en Richtlijn 2014/25 (voor speciale-sectoropdrachten).

² <https://www.pianoo.nl/sites/default/files/media/documents/2022-06/nctv-handvatten-risicomitigatie-interactive-juni2019.pdf>

| | Aanbestedingen boven drempelwaarde | Aanbestedingen onder drempelwaarde | 'Ex-officio' |
|---------------------------------------|--|---|--|
| Meldplicht | <ol style="list-style-type: none"> 1. Als de geraamde contractwaarde meer dan 250 miljoen euro is;³ én 2. De onderneming gedurende drie jaar voor de inschrijving meer dan 4 miljoen euro aan (in)directe subsidies heeft ontvangen | <ol style="list-style-type: none"> 1. De Commissie verzoekt een onderneming toch om melding van financiële bijdragen te maken.⁴ 2. De onderneming in kwestie meldt alle financiële bijdragen van buiten de EU. | Geen: de Commissie heeft de bevoegdheid om achteraf een onderzoek in te stellen naar een marktverstoring als gevolg van een subsidie, ook als deze niet boven de meldingsdrempels uitkomt. |
| Consequentie voor aanbesteding | Gedurende een onderzoek door de Commissie mag een opdracht niet gegund worden door de aanbestedende dienst, tenzij de winnaar geen onderwerp van het onderzoek van de Commissie is. | Gedurende een onderzoek door de Commissie mag een opdracht niet gegund worden door de aanbestedende dienst, tenzij de winnaar geen onderwerp van het onderzoek van de Commissie is. | De Commissie kan maatregelen en boetes opleggen. Bij aanbestedingen kan de opdrachtverlening niet teruggedraaid worden op basis van de beslissing van de Commissie. |
| Non-conformiteit | Wanneer een bedrijf niet tijdig of foutieve informatie aanlevert, of niet meewerkt leidt dit tot uitsluiting van het bedrijf bij de betreffende aanbesteding. | | |

Onderzoek

De Commissie weegt tijdens het onderzoek de negatieve effecten van de subsidie af tegen de eventuele positieve effecten op de betreffende economische ontwikkeling op de EU interne markt, bijvoorbeeld op het gebied van innovatie of milieubescherming.

Het onderzoek kan leiden tot drie mogelijke uitkomsten. De Commissie concludeert dat:

1. de buitenlandse subsidie niet verstoring is voor de Europese interne markt. Dit betekent dat de opdracht gegund mag worden aan deze ondernemer;
2. de buitenlandse subsidie verstoring is voor de Europese interne markt, maar dat dit door middel van (herstel)maatregelen is op te lossen. Een voorbeeld van een herstelmaatregel is een fictieve prijsopslag op de offerte van de inschrijver bij de beoordeling;
3. de buitenlandse subsidie verstoring is voor de Europese interne markt en dat er geen (herstel)maatregelen mogelijk zijn. Dit betekent dat de aanbestedende dienst de opdracht niet mag gunnen aan deze ondernemer.

Internationaal Aanbestedingsinstrument (International Procurement Instrument, IPI)

Inleiding en doel IPI

- IPI is een handelsinstrument dat tot doel heeft om wederkerigheid op de markt voor overheidsopdrachten af te dwingen, zodat EU-bedrijven betere toegang krijgen tot aanbestedingen in derde landen. Hiermee draagt het instrument bij aan een gelijk spelveld ten opzichte van derde landen. Op 29 augustus 2022 is IPI in werking getreden.
- De verordening geeft de Europese Commissie de bevoegdheid onderzoeken in te stellen naar toegangsbeperkende maatregelen in derde landen, denk bijvoorbeeld aan criteria voor toegang tot de markt waaraan een bedrijf buiten het betreffende land moeilijker aan kan voldoen. Vervolgens zal de Europese Commissie consultaties voeren met het land om de beperkingen te adresseren. Indien dialoog niet tot een oplossing leidt, is het onder voorwaarden mogelijk dat de EU maatregelen oplegt om het derde land alsnog hiertoe te bewegen. Deze maatregelen worden door aanbestedende diensten toegepast.

³ Wanneer de opdracht is opgedeeld in percelen of losse contracten, moet de geraamde waarde voor deze percelen of losse contracten gelijk zijn aan of hoger zijn dan 125 miljoen euro.

⁴ De Commissie zal deze bevoegdheid gebruiken als zij het vermoeden heeft dat er in de drie jaar voorafgaand aan de aanbesteding sprake is geweest van een financiële bijdrage die mogelijk de interne markt verstoort.

Reikwijdte IPI

IPI kan worden toegepast op Europese aanbestedingsprocedures boven bepaalde drempelwaarden:

| Soort opdracht | Drempelwaarde (exclusief BTW) |
|------------------------|--------------------------------------|
| Concessies en werken | € 15.000.000,- |
| Leveringen en diensten | € 5.000.000,- |

Maatregelen

De Europese Commissie heeft een periode van 9 maanden, met een eventuele verlenging van 5 maanden voor haar onderzoek en consultaties. Als dit niet tot de gewenste uitkomst leidt, heeft de Commissie de bevoegdheid om een IPI-maatregel te treffen, na goedkeuring door lidstaten. De Commissie kan kiezen voor:

- een fictieve scoreopslag van maximaal 50% opgelegd door aanbestedende diensten op inschrijvingen die op kwaliteit worden gegund;
- wanneer enkel op prijs wordt gegund, wordt deze fictieve opslag verdubbeld om een vergelijkbaar effect te bewerkstelligen;
- uitsluiting van offertes van partijen bij aanbestedingen.

Contractuele voorwaarden

Na het gunnen van de opdracht is de aanbestedende dienst verplicht een aantal contractuele voorwaarden op te nemen wanneer er een IPI-maatregel van toepassing is. De volgende verplichtingen moeten worden opgenomen in het contract:

- De winnende inschrijver mag niet meer dan 50% van de totale waarde van de opdracht uitbesteden aan ondernemers uit een derde land waar een maatregel tegen geldt.
- Indien er sprake is van een levering, dan moet de winnende inschrijver waarborgen dat niet meer dan 50% van de totale waarde van de opdracht bestaat uit goederen of diensten die van oorsprong zijn uit een derde land waartegen een maatregel geldt.

Bij niet-naleving van deze verplichtingen zorgt een boeteclausule ervoor dat een evenredige boete tussen de 10% en 30% van de totale waarde van de opdracht wordt opgelegd aan de ondernemer.