

Vergaderjaar 2019–2020

22 112

Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie

Nr. 2902

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN ECONOMISCHE ZAKEN EN KLIMAAT

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 21 augustus 2020

Hierbij zend ik u de kabinetsappreciatie over Commissievoorstel COM(2020) 253 – Witboek over buitenlandse subsidies op de interne markt.

Conform de met uw Kamer overeengekomen procedure voor reacties op Witboeken geldt in principe een voorhangprocedure van 30 dagen voor uw Kamer om te reageren op deze kabinetsappreciatie.

De deadline voor het indienen van reacties op de consultatie van de Europese Commissie valt echter kort na het reces, op 23 september. U wordt daarom verzocht voor 15 september op onderhavige brief te reageren.

Uw inbreng zal in overweging worden genomen bij het vaststellen van de definitieve reactie op deze consultatie die namens Nederland aan de Europese Commissie zal worden gestuurd.¹ Ik zal deze definitieve reactie ook aan uw Kamer toezenden.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,
M.C.G. Keijzer

¹ In deze conceptreactie wordt daarom gesproken over «Nederland».

Kabinetsappreciatie witboek buitenlandse subsidies op de interne markt

Inleiding

Op 17 juni jl. heeft de Europese Commissie een witboek gepresenteerd over het gelijktrekken van het speelveld op de interne markt in relatie tot overheidssubsidies uit derde landen. Met dit witboek schetst de Commissie de contouren van mogelijke instrumenten die de verstorende effecten van subsidies en andere vormen van overheidsondersteuning door derde landen op de interne markt moeten tegengaan. Deze brief geeft weer hoe Nederland aankijkt tegen de mogelijke instrumenten die in het witboek worden geschetst. Allereerst wordt het witboek samengevat, waarna de verschillende onderdelen nader worden toegelicht en geapprecieerd. Nederland verwelkomt het witboek en kijkt uit naar wetgevende voorstellen op dit terrein.

Samenvatting witboek

De Europese Commissie heeft geanalyseerd in hoeverre bestaande internationale en Europese instrumenten de verstorende effecten van overheidssubsidies en andere vormen van overheidsondersteuning uit derde landen op de interne markt kunnen bestrijden.

- Het EU-mededingingstoezicht, specifiek het concentratietoezicht en het verbod op misbruik van economische machtspositie, houdt geen rekening met het effect van overheidsondersteuning van een marktpartij door een derde land. Het EU-staatssteuntoezicht is beperkt tot overheidsondersteuning door de EU-lidstaten.
- Ten aanzien van bilaterale handelsakkoorden, handelspolitieke en handelsdefensieve instrumenten, waaronder Wereldhandelsorganisatie (WHO)regels zoals het SCM-Verdrag,² erkent de Commissie dat deze niet alle vormen van (financiële) overheidsondersteuning door derde landen kunnen aanpakken.³
- De Commissie geeft daarnaast aan dat de Europese FDI screeningsverordening is toegespitst op het effect van buitenlandse directe investeringen op de bescherming van de openbare veiligheid en de openbare orde. Het bestrijden van concurrentievervalsingen op de interne markt veroorzaakt door overheidsondersteuning uit derde landen valt niet binnen de scope van het FDI-screeningsmechanisme.
- Ook de Europese aanbestedingsregelgeving adresseert marktverstoring door overheidssteun uit derde landen niet. Aanbestedende diensten hoeven dergelijke staatsteun niet te onderzoeken en beschikken daarvoor vaak niet over de juiste informatie en expertise. Bestaande instrumenten bieden onvoldoende basis om inschrijvers op deze grond uit te sluiten. Ook het internationale aanbestedingsinstrument IPI⁴ biedt volgens de Europese Commissie geen soelaas, omdat dit zich richt op toegang voor Europese ondernemingen tot markten voor overheidsopdrachten buiten de EU (wederkerigheid) en niet tot doel heeft om verstoringen van het gelijk speelveld op de interne markt op te lossen.⁵

² Verdrag inzake subsidies en compenserende maatregelen.

³ Het handelsdefensieve instrumentarium is toegespitst op de invoer van goederen en niet op diensten, investeringen en het handelen van in de EU gevestigde dochterondernemingen van moedermaatschappijen uit derde landen.

⁴ Zie Kamerstuk 35 207, nr. 33 voor de kabinetspositie.

⁵ In het geval het instrument wordt toegepast tegen een bepaald derde land, werkt het instrument wel door op aanbestedingen op de Europese markt voor overheidsopdrachten en draagt het IPI daarmee wel bij aan een gelijk speelveld op de interne markt.

De Commissie concludeert dat de bestaande instrumenten niet altijd genoeg aangrijpingspunten bieden om versturende effecten van overheidsondersteuning uit derde landen op de interne markt kunnen bestrijden. Om deze lacune te dichten, schetst de Commissie een drietal mogelijke instrumenten:

1. Module 1 ziet op verstoringen veroorzaakt door *subsidies van derde landen in alle marktsituaties*. Als de Commissie, of een daartoe aangewezen nationale autoriteit, vermoedt dat een partij uit een derde land actief op de interne markt voordeel geniet van een vorm van overheidssteun die op de interne markt verboden is, kan een onderzoek worden gestart op basis waarvan corrigerende maatregelen worden genomen.
2. Module 2 richt zich specifiek op verstoringen veroorzaakt door *subsidies bij overnames*. Bedrijven die overheidssteun genieten en een onderneming op de interne markt over willen nemen, moeten dat melden zodat onderzocht kan worden of er sprake is van oneigenlijke overheidssteun en maatregelen kunnen worden opgelegd.
3. Een aanbestedingsinstrument dat voorziet in een *meldplicht* voor ondernemingen die mogelijk overheidsondersteuning uit een derde land genieten wanneer zij op de interne markt *inschrijven op een aanbesteding*.

De Commissie roept verder de vraag op of er aanvullende regulering nodig is als het gaat om toegang tot EU-fondsen voor bedrijven die overheidsondersteuning uit derde landen ontvangen. Nederland staat positief tegenover nader onderzoek op dit vlak. Daarbij zou onderzoek moeten worden of het beperken van de toegang tot deze fondsen in de praktijk uitvoerbaar is en niet tot te hoge administratieve lasten zou leiden. Het kabinet vindt het van belang dat de verschillende belangen goed worden onderzocht, wanneer de Europese Commissie vervolgstappen zou willen zetten in dit kader.

De probleemanalyse van de Commissie komt sterk overeen met de kabinetsinzet voor het realiseren van een gelijk speelveld op de interne markt.⁶ Het Nederlandse voorstel voor een *level playing field instrument* is door Nederland als voorgestelde oplossingsrichting neergelegd. Dit witboek bouwt voort op het Nederlandse voorstel, dat in het witboek ook expliciet wordt genoemd. Net als Nederland stelt de Commissie een uitgebreider en strenger toezicht voor op de interne markt voor, omdat bedrijven die actief zijn op de interne markt en die door overheidssteun oneerlijk concurreren met EU-ondernemers, een toenemend probleem vormen.

1. Voorstellen voor overheidssteun uit derde landen, en specifiek bij overnames (module 1 en 2)

1.1. Module 1

Deze module zou inzetbaar zijn bij alle vormen van concurrentieverstoring door overheidsondersteuning vanuit een derde land waarbij de begunstigde partij gevestigd is in, of actief is op, de interne markt. De Commissie noemt twee mogelijkheden om de reikwijdte van module 1 te bepalen. De module zou in ieder geval van toepassing worden op ondernemingen uit derde landen die een dochteronderneming hebben gevestigd in de EU. De reikwijdte kan uitgebreid worden door module 1 ook van toepassing te laten zijn op ondernemingen uit derde landen die actief zijn op de interne markt van de EU doordat ze goederen of diensten exporteren naar de EU of investeringen verrichten in de EU.

⁶ Kamerstuk 21 501-30, nr. 470

Het huidige voorstel voorziet in een op elkaar afgestemde bevoegdheids-uitoefening door de Commissie en daartoe aangewezen nationale toezichthouders. Het samenwerkingsmodel tussen de Europese Commissie en nationale toezichthouders in het kader van het mededingingstoezicht (Verordening (EG) nr. 1/2003) wordt in dit kader als voorbeeld genoemd. De procedure bij Module 1 zou bestaan uit twee stappen. Op basis van beschikbare informatie, bijvoorbeeld via signalen van marktpartijen, kan de Europese Commissie of een nationale toezichthouder op eigen initiatief een voorlopig onderzoek starten (eerste stap). In dat geval wordt beoordeeld of sprake is van overheidsondersteuning uit derde landen en of deze overheidsondersteuning de concurrentieverhoudingen op de interne markt mogelijk verstoort, of dat het onderzoek kan worden stopgezet.

Wanneer de toezichthouder concludeert dat de concurrentieverhoudingen mogelijk worden verstoord door de overheidssteun, wordt een diepgaand onderzoek gestart (tweede stap). Indien de toezichthouder concludeert dat de overheidssteun inderdaad heeft geleid tot verstoring van de interne markt, kan de toezichthouder maatregelen opleggen aan de betreffende onderneming om deze verstoring op te heffen. Hierbij geldt dat de verstoring moet worden afgewogen tegen de mogelijke positieve bijdrage van de overheidssteun aan publieke belangen als het klimaatbeleid, publieke veiligheid, het creëren van banen en de digitale transformatie (de EU-belangentoets). Bij deze module is geen sprake van een notificatiemechanisme op basis waarvan een onderzoek wordt gestart. Daarbij gelden voor buitenlandse subsidies dezelfde *de minimis* bedragen als voor staatssteun binnen de EU.

Als eerste mogelijke maatregel om de onderzochte concurrentieverstoring op te heffen, noemt de Commissie het verplicht terugbetalen van de overheidssteun aan het derde land – waarbij terecht wordt opgemerkt dat dit zelden een kansrijke maatregel is, omdat vaak niet kan worden vastgesteld of een subsidie daadwerkelijk en in zijn geheel wordt terugbetaald. Als meer kansrijke maatregelen noemt de Commissie verschillende structurele (gedrags)maatregelen en herstelbetalingen, waarbij de uiteindelijk op te leggen maatregel afhangt van het type overheidssteun en het effect op de interne markt. Hierbij kan gedacht worden aan het verplicht afstoten van bedrijfsonderdelen, compenserende betalingen aan de EU of lidstaten en het verbieden van bepaalde (toekomstige) investeringen of marktgedragingen. Dit is in lijn met de door Nederland voorgestelde handhavingsopties in het kader van het *level playing field instrument*.

1.2. Module 2

De tweede module spitst zich toe op overheidssteun bij overnames van (of verwerving van significante invloed in) een in de EU gevestigde onderneming. Het gaat hier om overheidsfinanciering uit een derde land waarbij er ofwel een directe koppeling bestaat tussen de overheidsfinanciering en de voorgenomen overname, of de financiering wordt gebruikt om de positie van de begunstigde onderneming dusdanig te versterken dat deze een overname kan doen. Hierbij wordt in het witboek op dit moment voorzien in een exclusieve taak voor de Commissie. De Commissie presenteert enkele mogelijkheden om de reikwijdte van deze module te beperken. Zo kan worden gedacht aan een drempel die ziet op de omzet van de over te nemen onderneming (vergelijkbaar met het concentratietoezicht), of een drempel gekoppeld aan de omvang van de subsidie die wordt ingezet voor de overname.

FDI-screeningsverordening

De FDI-screeningsverordening faciliteert de samenwerking en informatiedeling voor het beoordelen van directe investeringen voor de risico's op veiligheid en openbare orde. De in het witboek voorgestelde instrumenten dienen een ander doel, namelijk het aanpakken van verstoringen van de mededinging die worden veroorzaakt door overheidssteun door een derde land. Zoals de Commissie in het witboek opmerkt, kan er een procedurele overlap ontstaan tussen beide instrumenten wanneer een overname gefaciliteerd wordt door een buitenlandse subsidie, en dit eveneens aanleiding geeft tot bezorgdheid over veiligheid en openbare orde. Dit kan leiden tot parallelle procedures die onafhankelijk van elkaar kunnen bestaan, omdat ze verschillende doelen nastreven.

Nederland ziet graag meer verduidelijking over de relatie tussen de instrumenten in het witboek en de FDI-screeningsverordening. Het is volgens Nederland van belang te benadrukken dat de Unie de essentiële staatsfuncties eerbiedigt, zoals de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Met name de nationale veiligheid blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat.

Anders dan bij de eerste module, is in het voorstel voor module 2 sprake van een ex-ante notificatieverplichting: investeringen en overnames op de interne markt zouden vooraf door de betreffende onderneming aan de toezichthouder gemeld moeten worden, zodat onderzocht kan worden of bij deze transacties sprake is van een verstoring concurrentievoordeel door overheidssteun. De Commissie geeft aan dat het een optie is om de notificatieverplichting te beperken tot overnames en investeringen van ondernemingen die overheidssteun uit derde landen genieten.

Vervolgens moet door de toezichthouder worden aangetoond dat de overname of investering inderdaad tot stand is gekomen met overheidsfinanciering, en dat deze financiering de interne markt heeft verstoord. Bij subsidies die direct en aanwijsbaar een overname of investering faciliteren wordt op voorhand verondersteld dat deze verstoringen zijn. Dit zijn subsidies die direct gekoppeld zijn aan de overnametransactie. Bij subsidies die niet direct, maar wel *de facto* de overname faciliteren zal de marktverstoring apart moeten worden vastgesteld.

De Commissie schetst voor deze subsidies een aantal factoren die daarbij van belang zijn, zoals de omvang van de subsidie, de situatie van de begunstigde onderneming, de situatie op de interne markt (deelmarkten) en de omvang van aanwezigheid van de begunstigde onderneming op de interne markt. De Commissie noemt ook de openheid van de markt van het land van herkomst van de begunstigde onderneming als potentiële factor.

Evenals bij de eerste module, is bij module twee sprake van een getrappt onderzoek. Via een voorlopige beoordeling bekijkt de Commissie of er voldoende bewijs is dat de overnemende partij profiteert van overheidsfinanciering die de overname faciliteert. Als dit het geval is, kan een diepgaand onderzoek worden ingesteld. Wanneer hieruit blijkt dat de overname of investering inderdaad gefaciliteerd is door overheidsfinanciering en deze de interne markt verstoort, kunnen twee maatregelen worden opgelegd: het opleggen van toezeggingen van de overnemende partij om zo het verstoringseffect van de subsidie te mitigeren, en in het uiterste geval het blokkeren van de overname of investering. Evenals bij module 1, kan besloten worden om geen maatregelen op te leggen

wanneer de verstoring niet opweegt tegen de positieve impact op EU-beleidsdoelen.

1.3. Combinatie module 1 en 2

De Commissie spreekt in het witboek haar voorkeur uit voor een combinatie van modules 1 en 2, in plaats van twee losstaande modules waarbinnen maatregelen kunnen opgelegd worden overheidssteun uit derde landen de concurrentie op de interne markt verstoort. Bij dit gecombineerde instrument zou de focus liggen op het detecteren van overnames die de interne markt verstoren: voor overnames die boven de drempels van module 2 uitkomen geldt een ex-ante notificatieplicht en deze worden door de Commissie onderzocht, terwijl overnames met een lage transactiewaarde en overige vormen van concurrentievervalsing door subsidies uit derde landen achteraf onderzocht kunnen worden door de Commissie en de aangewezen toezichthouders van de lidstaten.

1.4. Appreciatie module 1 en 2

Het kabinet is zeer positief over het initiatief van de Europese Commissie om een instrument te ontwikkelen waarmee verstoringen veroorzaakt door subsidies van derde landen beter aangepakt kunnen worden, en kijkt uit naar een concreet wetgevingsvoorstel. In dat kader heeft het kabinet een aantal suggesties en vragen die in de verdere uitwerking aan de orde zouden moeten komen.

De voorgestelde module 1 vertoont veel parallellen met het Nederlandse kabinetsvoorstel voor een *level playing field instrument*, waarbij het kabinet de Commissie verzocht om de voorgestelde oplossingsrichting onderdeel te laten uitmaken van toekomstige voorstellen op dit terrein. Nederland staat dan ook zeer positief tegenover de voorgestelde module 1, maar heeft nog wel enkele vragen en aandachtspunten bij de vormgeving en het toepassingsbereik.

Zo zou Nederland graag zien dat in een definitief wetgevingsvoorstel nadrukkelijker aandacht wordt besteed aan het feit dat overheidssteun niet altijd de vorm van subsidies hoeft aan te nemen of via indirecte kanalen bij ondernemingen terecht kan komen. Het gelijke speelveld kan bijvoorbeeld ook worden verstoord door goedkopere of exclusieve toegang tot bepaalde grondstoffen of data. Daarnaast kan de concurrentie op de interne markt verstoord worden door bedrijven uit derde landen die een ongereguleerde machtspositie hebben op hun thuismarkt en daardoor overwinsten kunnen maken. Nederland is voorstander van een breed toepassingsbereik waarbij instrumenten ook van toepassing zijn op ondernemingen uit derde landen die geen dochteronderneming in de EU hebben, maar wel actief zijn op de interne markt van de EU, bijvoorbeeld doordat ze goederen of diensten exporteren naar de EU.

Financiële ondersteuning buiten de interne markt is moeilijk detecteerbaar. Ook kan het in de praktijk bijzonder lastig zijn voor een toezichthouder om aan te tonen dat overheidsfinanciering in een specifiek geval een verstoring veroorzaakt op de interne markt heeft. Nederland wijst in dat kader op de door het kabinet voorgestelde *level playing field instrument*, waar wordt ingegaan op een andere indicatie dat een onderneming de concurrentie op de interne markt verstoort met behulp van overheidssteun of overwinsten uit een ongereguleerde machtspositie in eigen land: marktgedrag dat niet of slechts in beperkte mate overeenkomt met het gedrag van vergelijkbare ondernemingen die actief zijn op de Europese interne markt. In dat kader zou het volgens Nederland voor de hand liggen om het toekomstige instrument te baseren op een interne markt rechts-

grondslag, bijvoorbeeld artikel 114 VWEU, terwijl de Commissie een grondslag voorstelt gebaseerd op de gemeenschappelijke handelspolitiek.

Daarnaast heeft Nederland vragen over de eventuele rol van nationale autoriteiten bij onderzoek naar overheidssteun uit derde landen. Nationale toezichthouders hebben over het algemeen beperkte expertise op dit terrein. Ook kan bij decentralisatie politieke druk vanuit nationale overheden alsook derde landen ontstaan waardoor het gelijk speelveld binnen de interne markt verstoord wordt. Nederland is in dit stadium dan ook voorstander van een exclusieve rol voor de Europese Commissie als toezichthouder, zoals ze dat nu is binnen het staatssteuntoezicht. Hierbij moet wel sprake zijn van een systeem waarin voldoende «*checks and balances*» bestaan en waarbij de administratieve lasten zoveel mogelijk beperkt worden.

Bij module 1 en 2 geldt bovendien dat onduidelijk is in welke mate de toezichthouder aan moet tonen of overheidsfinanciering marktverstorend werkt op de interne markt. Daarnaast zou er bij een toekomstig wetsvoorstel aandacht moeten zijn voor de doorlooptijden van onderzoek onder de module(s). Dit is in belangrijke mate bepalend voor de effectiviteit van een uiteindelijk instrument.

Wanneer na onderzoek geconcludeerd wordt dat een partij van buiten de interne markt voordeel geniet van een vorm van overheidssteun die op de interne marktverboden is, kunnen maatregelen worden opgelegd. Wat Nederland betreft moet zeker zijn dat maatregelen die kunnen worden opgelegd niet alleen effectief zijn om een vastgestelde verstoring van de concurrentie te herstellen, maar ook een zeker afschrikwekkend effect hebben zoals in het mededingingstoezicht. In dit kader wijst Nederland er op dat in het witboek niet wordt ingegaan op mogelijke maatregelen bij herhaalde schending van eerder opgelegde maatregelen of toezeggingen. Nederland zou graag meer duidelijkheid krijgen over de scope en reikwijdte van de maatregelen. Daarnaast steunt Nederland het uitvoeren van een EU-belangentoets onder module 1 en 2, met een exclusieve bevoegdheid voor de Commissie om de toets uit te voeren. Daarbij dient in ogenschouw te worden gehouden dat het juist ook voor innovatie en duurzame technologieën van belang is dat er sprake is van een gelijk speelveld op de interne markt.

Tot slot heeft Nederland enkele specifieke vragen en aandachtspunten bij module 2. In het voorlopige voorstel voor deze module is sprake van relatief hoge omzetzempels. Dit beperkt de administratieve druk op de Commissie maar betekent dat investeringen en overnames in bijvoorbeeld innovatieve start- en scale-ups slechts in zeer beperkte mate onder deze module zouden vallen. Ook is het de vraag of de notificatieverplichting niet resulteert in te hoge administratieve lasten bij zowel marktpartijen als de toezichthouder. Het is voor Nederland derhalve de vraag of de omzetzempels en notificatieplicht bijdragen aan de effectiviteit van een dergelijk instrument. De Commissie zou dan op eigen initiatief onderzoeken kunnen starten naar individuele investeringen en overnames.

Daarnaast betekent het voorstel tot het meenemen van de openheid van de markt van het land van herkomst van de begunstigde onderneming in de beoordeling dat dit instrument gezien kan worden als handelsdefensief. Het zou volgens Nederland logischer zijn om eventuele kunstmatige voordelen op de thuismarkt die tot overwinsten leiden mee te nemen in de beoordeling, zoals in het kabinetsvoorstel voor een *level playing field instrument*.

De Commissie geeft in het witboek aan een voorkeur te hebben voor een combinatie van module 1 en 2 waarbij de daartoe aangewezen nationale autoriteiten een onderzoek kunnen starten (decentraal model). Nederland ziet de geschetste module 2 primair als een nadere uitwerking van module 1. Afhankelijk van de precieze uitwerking van module 1 kunnen onder deze module namelijk ook marktverstoringen onderzocht worden die ontstaan door overheidsfinanciering bij overnames of verwerving van significante invloed in een in de EU gevestigde onderneming.

2. Voorstel voor een aanbestedingsinstrument

Op basis van de eerder beschreven analyse constateert de Europese Commissie dat een aanvullend aanbestedingsinstrument nodig is. Daartoe doet de Europese Commissie een voorstel waarbij bedrijven (ongeacht hun herkomst) die inschrijven op een aanbesteding in bepaalde gevallen een notificatie moeten doen, als zij overheidssteun uit derde landen ontvangen hebben. Dat moet ook als niet zichzelf, maar leden van een consortium waarin zij participeren, onderaannemers of leveranciers ontvangers van dergelijke overheidssteun waren. Een notificatie moet de informatie bevatten die nodig is om te beoordelen of de ondernemer profiteert van overheidssteun uit derde landen die de aanbestedingsprocedure verstoort. Andere belanghebbenden kunnen gemotiveerd melden dat een notificatie ten onrechte ontbreekt.

De aanbestedende dienst stuurt de ontvangen notificaties en meldingen door naar de bevoegde autoriteit en publiceert deze. De Europese Commissie stelt voor dat de bevoegde autoriteit voor dit instrument dezelfde is als voor module 1, dat wil zeggen een nationale bevoegde autoriteit of de Europese Commissie. Indien de bevoegde autoriteit besluit een onderzoek te openen, bestaat dat uit twee fasen:

1. Voorlopige evaluatie: de bevoegde autoriteit onderzoekt of een diepgaand onderzoek gerechtvaardigd is. Hierdoor wordt vertraging van de aanbestedingsprocedure zo veel mogelijk voorkomen.
2. Diepgaand onderzoek: tijdens het diepgaande onderzoek naar de betreffende inschrijver kan de aanbestedende dienst de beoordeling van de inschrijvingen gewoon doorzetten. Als op basis daarvan de winnaar een andere partij is dan degene die onderzocht wordt, kan de opdracht gegund worden. Als de inschrijver die wordt onderzocht, wel als winnaar uit de bus lijkt te komen, moet de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure aanhouden, totdat onderzoek is afgerond.

Als de toezichthouder op basis van het onderzoek oordeelt dat inderdaad sprake is van marktverstoring door overheidssteun uit derde landen, besluit de aanbestedende dienst of de overheidssteun de aanbesteding verstoort. Als dat het geval is, wordt de inschrijver uitgesloten. De aanbestedende dienst kan bovendien besluiten de inschrijver gedurende maximaal 3 jaar uit te sluiten van toekomstige aanbestedingsprocedures.

2.1. Appreciatie voorstel aanbestedingsinstrument

Nederland deelt de analyse van de Europese Commissie van marktverstoring door overheidssteun uit derde landen bij aanbestedingen. Dergelijke steun kan ertoe leiden dat inschrijvers aanbiedingen kunnen doen waarmee zij andere partijen oneerlijk beconcurreren. Het oneerlijke element kan tot uiting komen in de prijs, maar ook in de marktpositie van de ontvanger van de buitenlandse staatssteun. Als deze zijn kennis, ervaring of omvang heeft kunnen verwerven door overheidssteun die in strijd is met EU-kaders, levert dat immers oneerlijke concurrentie op, ook al rekent de inschrijver marktconforme prijzen.

Instrumenten die marktverstoring in algemene zin aanpakken, werken uiteraard door in aanbestedingsprocedures die daarna plaatsvinden, maar hebben veelal een te lange doorlooptijd om geconstateerde marktverstoringen *tijdens* een aanbestedingsprocedure recht te zetten. De voorgestelde module 1 en dit aanbestedingsinstrument kunnen dan ook allebei bijdragen aan de aanpak van marktverstoring bij aanbestedingen.⁷ Hierbij geldt wel dat het inzetten van module 1 tegen ondernemingen waarvan het vermoeden bestaat dat het ontvangers zijn van marktverstoring overheidssteun uit derde landen, potentieel kan doorwerken op meerdere aanbestedingen (wanneer de betreffende onderneming op meerdere aanbestedingen inschrijft) en het aanbestedingsinstrument alleen werkt op een specifieke inschrijving van de onderneming. Een gecoördineerde aanpak tussen module 1 en het aanbestedingsinstrument op dit terrein zou dan ook wenselijk zijn, om te voorkomen dat meerdere individuele aanbestedende diensten te maken krijgen met de inzet van het aanbestedingsinstrument terwijl tegen de betreffende onderneming ook module 1 zou kunnen worden ingezet.

Het kabinet is positief over het initiatief van de Europese Commissie om een instrument te ontwikkelen dat gedurende een aanbestedingsprocedure ingezet kan worden en kijkt uit naar een concreet wetgevingsvoorstel. In dat kader ziet het kabinet een aantal aandachtspunten bij de voorgestelde procedure en criteria, de verhouding tot andere instrumenten en de juridische aspecten die in de verdere uitwerking aan de orde zouden moeten komen. Met betrekking tot de voorgestelde procedure en criteria is het voor het kabinet belangrijk dat de criteria op basis waarvan de bevoegde autoriteit besluit een (diepgaand) onderzoek in te stellen, worden uitgewerkt. Daarbij ziet het kabinet graag meer aandacht voor het risico dat de aanbestedingsprocedure vertraagd wordt terwijl de bevoegde autoriteit besluit geen diepgaand onderzoek in te stellen. Onderzocht kan worden of het beter is de twee stappen (te weten de preliminaire en diepgaande beoordeling) te combineren en de aanbestedende dienst van begin af aan de gelegenheid te geven door te gaan met de beoordeling, mits er niet gegund wordt aan de onderzochte partij. Verder gaat het voorstel er vanuit dat de inschrijver zelf informatie verschaft over subsidie die deze ontvangt. Nu wordt er bij aanbestedingen al gewerkt met eigenverklaringen, maar het kabinet wijst er op dat de in de notificatie te verstrekken informatie lastig controleerbaar is voor zowel belanghebbenden als aanbestedende diensten. Het is de vraag of de bevoegde autoriteiten hier wel voldoende inzicht in hebben. Tevens vraagt het kabinet zich af aan de hand van welke criteria de aanbestedende dienst – met het resultaat van het onderzoek door de autoriteit in de hand – beoordeelt of er daadwerkelijk sprake is geweest van marktverstoring binnen de aanbestedingsprocedure, en of de aanbestedende dienst dit redelijkerwijs kan beoordelen.

Het is belangrijk dat de Commissie verduidelijkt hoe het voorgestelde instrument zich verhoudt tot andere instrumenten, zoals de toetsing van abnormaal lage inschrijvingen (artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU) of een eventuele IPI-maatregel. Het kabinet vraagt zich af of de Europese Commissie mogelijkheden ziet tot integratie van het aanbestedingsinstrument en het instrument van toetsing van abnormaal lage inschrijvingen. Ook ziet het kabinet graag duidelijkheid over de mogelijke samenloop van dit aanbestedingsinstrument en het IPI in een lopende aanbesteding. Door naast IPI nog een aanbestedingsinstrument te introduceren dat gedurende een aanbestedingsprocedure kan worden

⁷ Module 2 werkt niet zozeer door op aanbestedingen, omdat dit de specifieke situatie van een overname of investering betreft.

ingezet, zullen de administratieve lasten voor aanbestedende diensten en het bedrijfsleven verder toenemen.

Tot slot merkt het kabinet in het kader van de juridische aspecten op dat onduidelijk is of met het voorgestelde instrument een nieuwe uitsluitingsgrond wordt geïntroduceerd en of deze facultatief van aard is. Indien de Commissie een nieuwe uitsluitingsgrond beoogt te introduceren, zal de aanbestedingsrichtlijn hierop aangepast moeten worden.