

elijke kaders voor innovatiegericht inkopen *spanning Aanbestedingswet en*
staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen **juridische ruimte benutte**
elijke kaders voor innovatiegericht inkopen aanbestedingsmogelijkheden *De*

aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen wettelijk kader De aanbestedings-
staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen **De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatie**
gericht inkopen *spanning Aanbestedingswet en staatssteunkader* De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor
innovatiegericht inkopen **juridische ruimte benutten** De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiege
gericht inkopen aanbestedingsmogelijkheden *De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovat*
gericht inkopen wettelijk kader De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen **De aanbestedin**
en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen *spanning Aanbestedingswet en staatssteunkader*
aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen **juridische ruimte benutten** De aanbestedings- e
staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen aanbestedingsmogelijkheden *De aanbestedings- en*
staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen wettelijk kader De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke
kaders voor innovatiegericht inkopen **De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen** *spa*
ning Aanbestedingswet en staatssteunkader De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht ink
en **juridische ruimte benutten** De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen aan
bestedingsmogelijkheden *De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen*
wettelijk kader De aanbestedings- en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen **De aanbestedings- en staatssteun-**
rechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen *spanning Aanbestedingswet en staatssteunkader* De aanbestedin
en staatssteunrechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen **juridische ruimte benutten** De aanbestedings- en staatssteun-
rechtelijke kaders voor innovatiegericht inkopen aanbestedingsmogelijkheden *De aanbestedings- en staatssteun*

DE AANBESTEDINGS- EN STAATSSTEUNRECHTELIJKE KADERS VOOR INNOVATIEGERICHT INKOPEN



INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding	3
2. De relatie tussen staatssteun en overheidsopdrachten	4
3. Wat is een innovatieve oplossing	6
4. Situatieschets van aanbestedingsmogelijkheden van innovatieve oplossingen	8
5. Staatsteun bij het laten ontwikkelen en inkopen van innovatieve oplossingen	12
6. Conclusie en aanbevelingen	17



1. INLEIDING

Bij het inkopen of laten ontwikkelen van innovatie oplossingen is het voor aanbestedende diensten, toezichthouders en accountants niet altijd duidelijk welke aanbestedings- en staatsteunregels van toepassing zijn. Dit zorgt ervoor dat aanbestedende diensten liever het zekere voor het onzekere kiezen en niet de volledige juridische ruimte in de regelgeving benutten om innovatieve oplossingen uit de markt te halen.¹

Deze publicatie geeft een overzicht van de aanbesteding- en staatssteunrechtelijke kaders voor de verwerving van innovatieve oplossingen. De publicatie beoogt aanbestedende diensten, accountants en toezichthouders inzicht te bieden in de juridische ruimte bij het inkopen van en laten ontwikkelen van innovatieve oplossingen. Hierbij wordt ook een overzicht gegeven van het voor de aanbestedende dienst beschikbare aanbestedingsinstrumentarium om innovatieve oplossingen in te kopen en de relatie met de staatsteunregels. De publicatie sluit af met aanbevelingen aan aanbestedende diensten.

¹ Uitgangspunt bij deze publicatie is dat de aankopende overheid is te kwalificeren is als aanbestedende dienst in de zin van de Gewijzigde Aanbestedingswet 2012 en dat de aankopende overheid valt onder de werking van de staatsteunregels. Voor de volledigheid wordt erop gewezen dat niet alle aanbestedende diensten onder de werkingssfeer van de staatsteunregels vallen. Voor deze publicatie wordt uitgegaan van aanbestedende diensten in de zin van Richtlijn 2014/24/EU.



2. DE RELATIE TUSSEN STAATSSTEUN EN OVERHEIDSOPDRACHTEN

Het begrip staatssteun is een juridisch begrip en is als zodanig verwoord in artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Hierin wordt staatssteun omschreven als "alle steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, [], voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt".

Volgens de economische theorie achter de Europese interne markt is staatssteun onwenselijk. Deze theorie gaat er van uit dat vrije concurrentie tussen marktpartijen in de Europese interne markt tot het meest optimale resultaat leidt. Staatssteun verstoort vanuit dat perspectief concurrentie, in het bijzonder omdat staatssteun ook aan inefficiënte marktpartijen wordt verleend. Lidstaten zijn dan ook verplicht om staatssteun aan de Europese Commissie te melden. De Europese Commissie beoordeelt dan de staatssteun op rechtmatigheid.

De overheid kan via allerlei constructies marktpartijen steunen, bijvoorbeeld via klassieke subsidies, belastingvoordelen, leningen, garanties. Ook bij het verstrekken van een overheidsopdracht kan er sprake zijn van staatssteun. Wordt een overheidsopdracht conform de aanbestedingsrichtlijnen in concurrentie, transparant en niet-discriminerend aanbesteed, dan is er in beginsel geen sprake van

onrechtmatige staatssteun.² Van onrechtmatige staatssteun kan wel sprake zijn als de aanbestedende dienst criteria hanteert waardoor:

- een begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen, of
- een prijs wordt betaald die hoger ligt dan de marktprijs.

Juist op het laatste punt kan er spanning zitten tussen de Aanbestedingswet en het staatssteunkader. Zo kunnen aanbestedende diensten bij het laten ontwikkelen en vervolgens inkopen van innovatieve oplossingen in sommige gevallen gebruik maken van uitzonderingen op de Aanbestedingswet (i.e. de uitzondering voor onderzoek en ontwikkeling - artikel 2.24g Aw). In veel meer gevallen gebruik maken van flexibele aanbestedingsprocedures (bijvoorbeeld de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging - artikelen 2.32-2.37 Aw, mededingingsprocedure met onderhandeling - artikelen 2.30-2.31 Aw en innovatiepartnerschap - artikelen 2.31a-2.31b Aw). Bij deze uitzondering en flexibele aanbestedingsprocedures valt niet altijd aan te tonen dat de betaalde prijs overeenkomt met de marktprijs.

² Zie punt 89 e.v., Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107 lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, (2016)C 262/01. Hierna de Mededeling 2016.

Voorbeeld onderhandelingsprocedure zonder aankondiging

Een mooi voorbeeld van deze moeizame relatie tussen staatsteun en overheidsopdrachten, is de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Vanuit de Aanbestedingswet kan deze procedure onder strikte voorwaarden in uitzonderlijke gevallen worden toegepast.

Echter - deze procedure kent geen transparante, objectieve en non-discriminatoire criteria. Dit betekent dat vanuit het staatssteunkader lastig vast te stellen valt of de betaalde prijs de marktprijs is. De aanbestedende dienst zal via bijkomende wegen moeten aantonen dat de uitkomst overeenstemt met de marktprijs.³

Dit betekent dat zelfs indien een onderhandelingsprocedure toelaatbaar is onder het aanbestedingsrecht, dit nog niet per definitie inhoudt dat daarmee automatisch ook wordt voldaan aan de staatsteunregels. De aanbestedende dienst zal dan nog steeds moeten aantonen dat een marktprijs wordt betaald.

³ Zie punt 93, Mededeling 2016.

3. WAT IS EEN INNOVATIEVE OPLOSSING

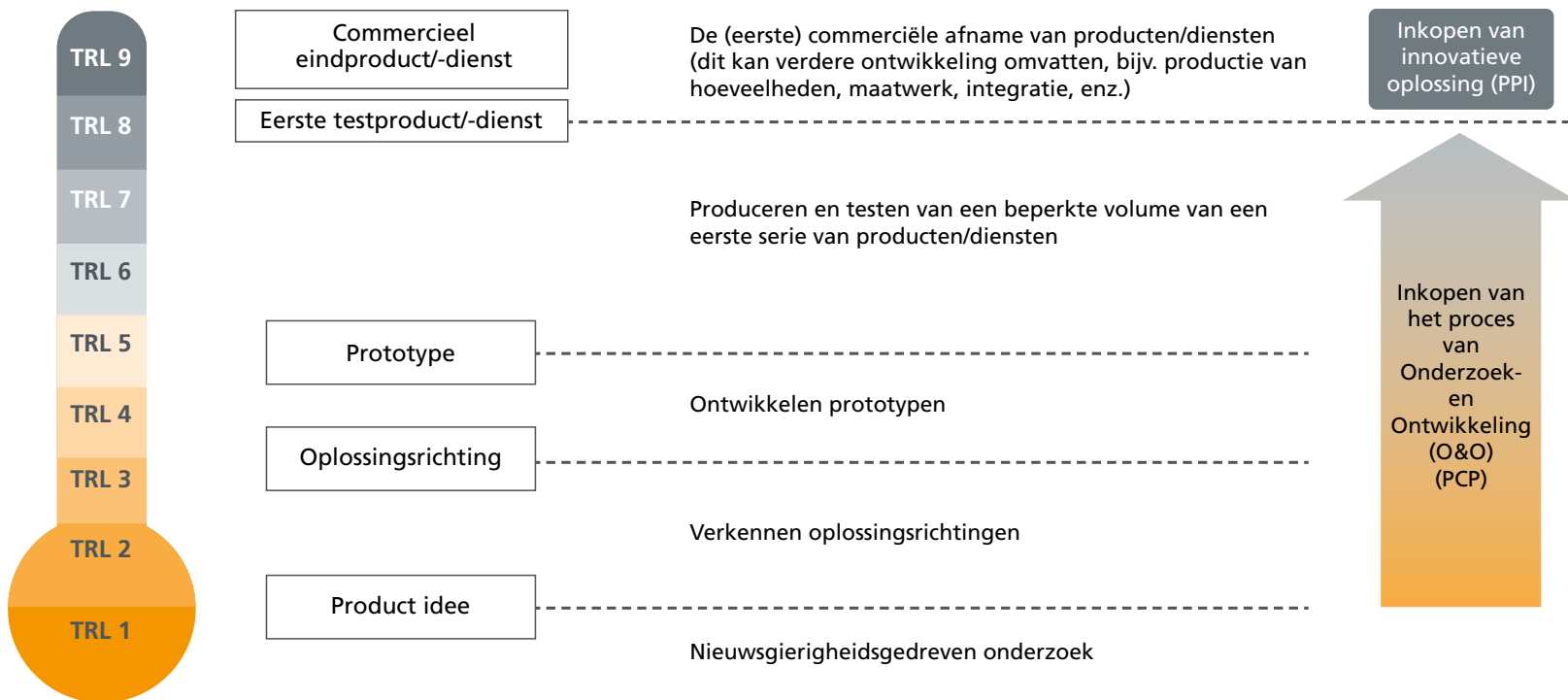
Het bevorderen van onderzoek, ontwikkeling en innovatie is een zeer belangrijke doelstelling van de Europese Unie, vastgelegd in artikel 179 van het Verdrag. Het belang van onderzoek en innovatie is bijvoorbeeld ook als zodanig vastgelegd in de aanbestedingsrichtlijnen.⁴ Hierbij speelt overigens dat de ontwikkelingen en duidingen vanuit aanbestedingsrecht en de staatssteunregels in ontwikkeling zijn vanuit Europees perspectief.

Aanbestedende diensten worden in het verlengde van de klimaattransitie en de transitie naar een circulaire economie steeds vaker geconfronteerd met een specifieke beleidsopdracht (bijvoorbeeld het reduceren van de CO₂-uitstoot bij de aanleg van infrastructuur of een hoger percentage hergebruik van huisafval). Ook dienen overheden hun publieke dienstverlening efficiënter uit te voeren. In deze gevallen kan een aanbestedende dienst constateren dat commercieel beschikbare oplossingen onvoldoende toereikend zijn om de opgedragen doelstellingen te bereiken. Er is dan behoefte aan een nieuwe oplossing. Soms moet deze nog ontwikkeld worden, andere keren is de oplossing al ontwikkeld, alleen nog niet op commerciële volumes beschikbaar. Afhankelijk van de ontwikkelingsfase van de gewenste oplossing, mag een aanbestedende dienst gebruik maken van uitzonderingen van of flexibele aanbestedingsprocedures onder de Aanbestedingswet (zie paragraaf 4 hieronder).

Om te bepalen in welke fase een innovatieve oplossing zich bevindt, hanteren veel innovatiemanagers de door NASA ontwikkelde technology readiness levels (TRL).⁵ Hoe lager het TRL-niveau, des te meer onderzoek en ontwikkeling er nog moet plaatsvinden. Hoe hoger het TRL-niveau, des te minder onderzoek en ontwikkeling er nog dient plaats te vinden (zie Afb.1 hieronder). Tot en met een TRL 8 is er sprake van onderzoek en ontwikkeling. Bij een TRL 9 is er sprake van bewezen technologie.

⁴ Zie onder meer overweging 47 van Richtlijn 2014/24/EU.

⁵ Zie voor meer achtergrond informatie www.eafip.eu/toolkit.



Afb.1 Overzicht TRL-schaal en relatie met PCP en PPI

4. SITUATIESCHETS VAN AANBESTEDINGSMOGELIJKHEDEN VAN INNOVATIEVE OPLOSSINGEN

Om innovatieve oplossingen te laten ontwikkelen en vervolgens leveren zijn er verschillende aanbestedingsstrategieën mogelijk. Deze strategieën zijn afhankelijk van een aantal kenmerken, zoals:

- de beschikbare innovatieve oplossingen op de markt;
- de ontwikkelingsfase waarin een innovatieve oplossing zich bevindt en het tijdspad waarbinnen de oplossing commercieel beschikbaar zou kunnen zijn;
- de bereidwilligheid van marktpartijen om in de ontwikkeling van de innovatieve oplossing zelf te investeren.

Voor een aanbestedende dienst zijn er verschillende instrumenten om deze kenmerken in kaart te brengen en vervolgens de meest geschikte aanbestedingsstrategie te kiezen.⁶ Denk bijvoorbeeld aan een behoeftanalyse, een marktverkenning met bijvoorbeeld een patentonderzoek en analyse van standaarden en richtlijnen, een marktconsultatie en het opstellen van een business case. Zie voor

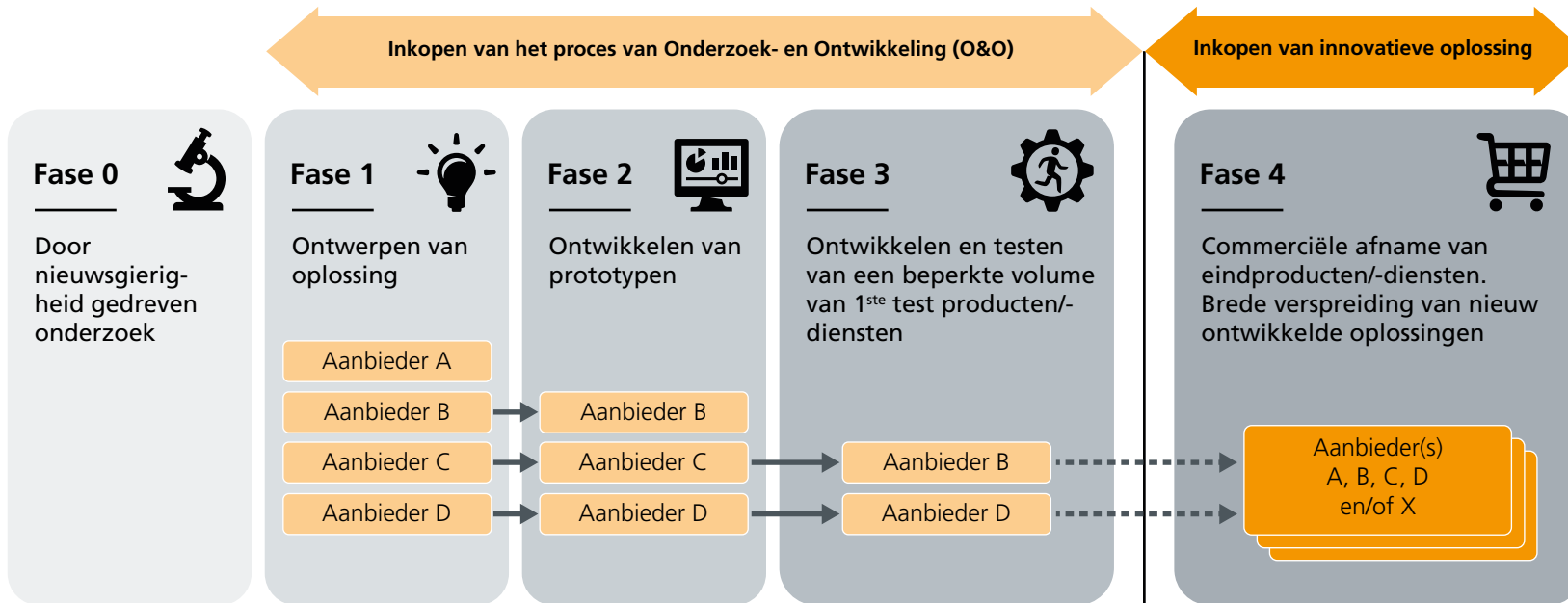
⁶ Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid om bijvoorbeeld door middel van een zogenaamde in het Verenigd Koninkrijk ontwikkelde “forward commitment procedure” de markt te stimuleren teneinde voor eigen rekening en risico technologische ontwikkelingen te doen, die dan op een gegeven moment door de aanbestedende dienst door middel van een reguliere aanbestedingsprocedure kunnen worden verworven. In tegenstelling tot de terminologie betreft het hier geen procedure, maar niet meer dan een verwachting die door de aanbestedende dienst wordt gecreëerd richting de markt. Een door MVO Nederland ontwikkelde variant is het zogenaamde Trust Agent Model, waarbij een onafhankelijke partij (de trust agent) via een marktconsultatie probeert vraag- en aanbodzijde aan elkaar te koppelen om een versnelling te realiseren in de die marktsegmenten waarbij het vertrouwen is geschaad. Deze methode is in Nederland bijvoorbeeld in het kader van innovatieve vloeronderhoud toegepast.

meer informatie over deze instrumenten de EAFIP Toolkit (zie www.eafip.eu/toolkit).

Zoals eerder beschreven heeft de aanbestedende dienst de keuze tussen pre-commercieel inkopen (PCP), een aanbesteding van een reeds ontwikkelde innovatieve oplossing met een validatiefase (PPI)⁷ of een innovatiepartnerschap (IP).⁸ De stapsgewijze aanpak van een en ander is in afbeelding 2 hieronder weergegeven, waarbij het innovatiepartnerschap zowel de PCP als de PPI omvat:

⁷ Zie definities voor PCP en PPI in EAFIP Toolkit Module 1 (www.eafip.eu/toolkit).

⁸ De aanbestedende dienst heeft voor de volledigheid ook de mogelijkheid om onder omstandigheden te testen of een bepaalde technologie al dan niet voor hem geschikt zou kunnen zijn. Het betreft hier een uitzonderingsprocedure, namelijk een procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking. Daarnaast kunnen ook prijsvragen worden toegepast en ook de overige procedures.



Afb.2 Overzicht Inkopen van het proces van Onderzoek & Ontwikkeling (PCP) en Inkopen van een innovatie oplossing (PPI)

(Bron: Europese Commissie)erzicht PCP en PPI (Bron: Europese Commissie)

De inkoop van commerciële volumes met een validatiefase vooraf (PPI)

Bij een PPI treedt de aanbestedende dienst op als eerste klant van innovatieve goederen of diensten die geen nieuwe onderzoek en ontwikkeling (O&O) meer vereisen, maar nog niet op een grootschalige commerciële basis beschikbaar zijn. Vanuit de optiek van deze publicatie, is er sprake van een PPI indien de overheid als eerste klant optreedt en de ondernemer er voor heeft gezorgd dat aan alle certificeringen etc. is voldaan. Met andere woorden, het risico dat de oplossing niet op de markt mag worden gebracht omdat er niet aan de vereiste certificeringen is voldaan, bestaat niet meer voor de aanbestedende dienst.

Pre-commerciële inkoop (PCP)

PCP is een specifieke benadering voor de inkoop van O&O-diensten buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet. Hierbij is sprake van een gefaseerde ontwikkeling van een innovatieve oplossing in concurrentie, het delen van risico's en voordelen onder marktomstandigheden, waarbij er een duidelijke scheiding is tussen de PCP en de inzet van commerciële volumes eindproducten (potentiële vervolgp-PPI).⁹ Belangrijk daarbij is dat PCP een inkoop van

⁹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Precommerciële inkoop: Aansturen van innovatie voor het waarborgen van duurzame hoogkwalitatieve overheidsdiensten in Europa. {SEC(2007) 1668, Brussel, 14.12.2007 COM(2007) 799 definitief.

O&O-diensten betreft en geen inkoop van producten/leveringen. Een levering, zoals een prototype kan wel onder de PCP vallen, zolang de financiële waarde van de producten lager is dan de waarde van de O&O-diensten.

Voor deze publicatie wordt ervan uitgegaan dat de PCP is afgerond op het moment dat de leverancier aan alle vereiste heeft voldaan en beschikt over alle vereiste certificaten om de oplossing op de markt te brengen, maar dit nog niet als zodanig heeft gedaan. Een voorbeeld van vereiste certificaten betreft de verplichte veiligheids certificering (voor het verkrijgen van het CE keurmerk) voor beschermende uitrusting voor brandweermannen.

In Nederland wordt vaak gebruik gemaakt van de SBIR-aanpak voor de inkoop van O&O-diensten.

Innovatiepartnerschap (IP)

Het innovatiepartnerschap is een aanbestedingsprocedure in de Aanbestedingswet, die zowel de ontwikkeling als de aanschaf in commerciële volumes van een innovatief product, werk of dienst betreft. De wet schrijft niet voor hoe de ontwikkelingsfase ingericht dient te worden. De aanbestedende dienst kan kiezen om bij een innovatiepartnerschap één of met meerdere ondernemingen te betrekken. Randvoorwaarde is wel dat een innovatiepartnerschap alleen dan is toegestaan indien er geen oplossingen op de markt aanwezig zijn.¹⁰ De aanbestedende dienst moet dit als zodanig

¹⁰ Voor langdurige R&D trajecten, creëert dat een bijzondere situatie voor de aanbestedende dienst; hij zal moeten blijven toetsen met de markt of er tijdens de R&D fase niet alsnog marktoplossingen beschikbaar zijn gekomen. Aanbevolen wordt om in dat geval het innovatiepartnerschap tussentijds te beëindigen. Zie overweging 49 van Richtlijn 2014/24/EU, waar tevens is aangegeven dat aanbestedende diensten geen gebruik mogen maken van innovatiepartnerschappen om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.

kunnen onderbouwen, waarbij onder de markt uiteraard niet alleen de markt in Nederland wordt begrepen, maar tenminste de Europese markt en in de meest voorkomende gevallen de internationale markt.

De keuze tussen PCP, PPI en IP op basis van Technology Readiness Levels (TRL)

De keuze tussen PCP, PPI en IP is afhankelijk van de ontwikkelingsfase van de technologie (Technology Readiness Level), zoals hiervoor uitgewerkt. Tussen TRL 2 en TRL 8 kun je beter kiezen voor een PCP of een IP. PPI is een optie vanaf TRL 9. Bij een PCP die op TRL 8 begint, zal de aanbestedende dienst moeilijker kunnen motiveren dat er sprake is van een O&O-diensten opdracht, om de doodeenvoudige reden dat bij TRL 8 de financiële waarde van de producten normaliter hoger zal zijn dan de waarde van de O&O-diensten en in dat geval eerder een gebruikelijke aanbestedingsprocedure voor de hand ligt.

De inkoop van een prototype voor test doeleinden

De Aanbestedingswet voorziet in de mogelijkheid om O&O-leveringen, namelijk prototypen op TRL 7, in te kopen door middel van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Dit geldt voor leveringen die uitsluitend voor onderzoek, proefnemings, studie of ontwikkeling worden vervaardigd en niet met het doel om *'de commerciële haalbaarheid van het product vast te stellen of de kosten van onderzoek en ontwikkeling te delgen'*.¹¹ Op deze uitzondering kunnen zich bijvoorbeeld publieke instellingen beroepen, die bepaalde prototypen of specialistische leveringen

¹¹ Artikel 32(3)(a) Richtlijn 2014/24/EU. Art.2.33(a) Aw: 'De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging toepassen: a. voor de levering van producten die uitsluitend voor onderzoek, proefnemings, studie of ontwikkeling worden vervaardigd en waarvan de productie niet in grote hoeveelheden plaatsvindt met het doel de commerciële haalbaarheid van het product vast te stellen of de kosten van onderzoek en ontwikkeling te delgen'.

(zoals chemicaliën voor lab-onderzoek; of een nieuwe type asfalt) inkopen om daarmee verdere onderzoek en ontwikkeling of testen zelf te verrichten.

De inkoop van een unieke innovatieve technologische oplossing

Tenslotte bestaat de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om een unieke innovatieve oplossing in te kopen door gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, in de navolgende gevallen:¹²

- i) de aanbesteding heeft als doel het vervaardigen of inkopen van een uniek kunstwerk of het leveren van een artistieke prestatie;
- ii) de mededinging ontbreekt om technische redenen;
- iii) uitsluitende rechten, met inbegrip van intellectuele-eigendomsrechten, moeten worden beschermd.

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging is een bijzondere procedure die uitsluitend mag worden toegepast onder strikte voorwaarden. In essentie komt het erop neer dat een aanbestedende dienst slechts gebruik mag maken van deze procedure wanneer er objectief gezien geen concurrerende alternatieven bestaan op de markt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een product unieke functionaliteiten/prestaties heeft ten opzichte van concurrerende producten op de markt of alternatieve oplossingen. Vanuit Europees aanbestedingsrechtelijk perspectief rust er een zware bewijslast op de aanbestedende dienst om aan te tonen dat een oplossing daadwerkelijk uniek is, alsook dat de unieke oplossing daadwerkelijk nodig is.

¹² Art.2.32 Aw.

5. STAATSTEUN BIJ HET LATEN ONTWIKKELEN EN INKOPEN VAN INNOVATIEVE OPLOSSINGEN

In het geval van onderzoek, ontwikkeling en innovatie (O&O&I), erkent de EU de noodzaak om financiële middelen ter beschikking te stellen aan marktpartijen. Dit kan alleen als er sprake is van marktfalen. Bijvoorbeeld als marktpartijen niet uit zichzelf de maatschappelijk gewenste innovatieve oplossingen onderzoeken en ontwikkelen, of wanneer private investeerders onvoldoende informatie ter beschikking hebben over de innovatieve bedrijven, waardoor zij geen bereidheid tot investeren hebben. In dergelijke gevallen kan publieke financiering voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie wenselijk zijn. De EU laat ook staatssteun toe wanneer het om een belangrijk gezamenlijk Europees belang gaat of om de ontwikkeling van bepaalde economische activiteiten, waarbij de daaruit voortvloeiende verstoring van de mededinging en het handelsverkeer tussen de EU lidstaten niet strijdig is met het gezamenlijke belang (art.107 (3)(b) en (c) Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie).¹³

In de Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (2014/C 198/01) (hierna: Kaderregeling 2014) heeft de Europese Commissie criteria vastgelegd op basis waarvan wordt beoordeeld onder welke voorwaarden een bepaalde vorm van staatssteun toegestaan is. In dezelfde Kaderregeling 2014, heeft de Europese Commissie ook criteria uitgewerkt voor inkoopinstrumenten in relatie tot onderzoek- en ontwikkelingsdiensten.

¹³ Eureka European Network onder art.107(3)(c)- een samenwerking van 17 EU landen die innovatieve bedrijven steunen; European Spallation Source linear proton accelerator in Zweden onder art.107(3)(b)- een samenwerking tussen 17 EU landen en de EU.

De Kaderregeling 2014 verduidelijkt onder welke voorwaarden een publieke opdracht voor O&O-diensten geen verlening van staatssteun inhoudt en dus niet ter goedkeuring aan de Europese Commissie voorgelegd hoeft te worden.

In tegenstelling tot de Mededeling 2016 (zie voetnoot 6 hierboven), gaat de Kaderregeling 2014 er van uit dat alleen opdrachtverlening via een openbare of niet-openbare procedure tot de aanneming leidt dat er geen sprake is van ongeoorloofde staatssteun. Wordt een O&O-dienst of een innovatieve oplossing ingekocht met een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure, dan neemt de Europese Commissie aan dat er geen sprake is van verlening van staatssteun.¹⁴

O&O-diensten, waarbij de aanbestedende dienst niet alle resultaten geheel voor eigen gebruik behoudt en de O&O-dienstverlening ook niet volledig betaalt, vallen buiten het bereik van de Aanbestedingswet. De Kaderregeling 2014 geeft een aantal voorwaarden waaronder eveneens kan worden aangenomen dat er geen onrechtmatige staatssteun wordt verleend. Bijvoorbeeld door de aanpak te volgen die in de Mededeling uit 2007 door de

¹⁴ Zie para.32-33 Kaderregeling 2014. In de redenatie van de Europese Commissie, lijkt zich een verandering voor te doen wat betreft de te volgen procedure. Nam de EC oorspronkelijk aan dat alleen de openbare procedure tot de conclusie zou leiden dat er geen staatssteun was verleend, is deze positie in 2014 met de Kaderregeling verruimd tot zowel de openbare procedure als de niet-openbare procedure. In 2016 lijkt de positie van de EC weer gewijzigd doordat zij (in algemene zin) ook aanneemt dat een concurrerende procedure (waarbij ze niet uitlegt wat dit inhoudt) afdoende argumentatie vormt. Voor het onderhavige artikel wordt uitgegaan van de positie van de EC als ingenomen in de Kaderregeling uit 2014 inzake het gebruik van zowel de openbare procedure als de niet-openbare procedure.

Commissie werd aanbevolen.¹⁵

Voorwaarden staatssteunkader (Kaderregeling 2014)

2.3 Overheidsopdrachten voor onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten. Paragraaf 2.3 Kaderregeling, punt 31-33.

Punt 31. Inkopende overheden kunnen onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten inkopen bij ondernemingen, via zowel inkoopprocedures voor exclusieve ontwikkeling als precommerciële inkoopprocedures.¹⁶

Punt 32. Zolang voor overheidsopdrachten een openbare aanbestedingsprocedure plaatsvindt in overeenstemming met de toepasselijke richtlijnen¹⁷, zal het oordeel van de Commissie doorgaans zijn dat geen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag wordt verleend aan

de ondernemingen die de betrokken onderzoeksdiensten leveren¹⁸.

Punt 33. In alle overige gevallen, met inbegrip van precommerciële inkoop, zal de Commissie oordelen dat geen staatssteun wordt verleend aan ondernemingen wanneer de prijs die voor de betrokken diensten wordt betaald, de marktwaarde van de voordelen die de inkopende overheid ontvangt en de risico's die de deelnemende dienstverrichter neemt, volledig weergeeft, met name wanneer elk van de volgende voorwaarden is vervuld:

- a. de selectieprocedure is openbaar, transparant en niet-discriminerend en is gebaseerd op objectieve selectie- en gunningscriteria die vóór de biedprocedures zijn vastgesteld;
- b. de voorgenomen contractuele regelingen met een beschrijving van alle rechten en verplichtingen van de partijen — ook wat betreft de intellectuele-eigendomsrechten —, worden vóór de biedprocedure beschikbaar gesteld aan alle geïnteresseerde bidders;
- c. de inkoop levert geen van de deelnemende dienstverrichters een voorkeursbehandeling op bij de levering van commerciële volumes van de eindproducten of einddiensten aan een inkopende overheid in de betrokken lidstaat¹⁹, en

¹⁵ Zie Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Region, "Pre-commercial procurement: driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe", COM(2007) 799 final, 14.12.2007.

¹⁶ Zie de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: „Precommerciële inkoop: aansturen van innovatie voor het waarborgen van duurzame hoogkwalitatieve overheidsdiensten in Europa”, COM(2007) 799 final van 14.12.2007 en het bijbehorende werkdocument van de diensten van de Commissie.

¹⁷ Zie artikel 27 van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PB L 94 van 28.3.2014, blz. 65) en artikel 45 van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energie voorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PB L 94 van 28.3.2014, blz. 243). Evenzo zal de Commissie, in het geval van een niet-openbare procedure in de zin van, onderscheidenlijk, artikel 28 van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 46 van Richtlijn 2014/25/EU, ook oordelen dat geen staatssteun wordt verleend aan ondernemingen, tenzij belangstellende dienstverrichters zonder geldige reden wordt belet een offerte in te dienen.

¹⁸ Dit zal ook het geval zijn wanneer inkopende overheden innoverende oplossingen inkopen die voortvloeien uit een vroegere O&O-inkoop, of producten en diensten niet zijnde O&O inkopen die moeten worden geleverd op een prestatieniveau dat product-, proces- of organisatie-innovatie vereist.

¹⁹ Onverlet procedures die zowel de ontwikkeling als de aansluitende inkoop van unieke of gespecialiseerde producten of diensten behelzen.

- d. een van de volgende voorwaarden is vervuld:
- alle resultaten die geen intellectuele-eigendomsrechten opleveren, kunnen breed worden verspreid, bijvoorbeeld via publicaties, onderwijs of bijdragen aan normalisatie-instanties, zodat andere ondernemingen deze kunnen reproduceren, en alle intellectuele-eigendomsrechten worden volledig toegekend aan de inkopende overheid, of
 - een dienstverrichter aan wie de resultaten die intellectuele-eigendomsrechten opleveren, worden toegekend, is verplicht om de inkopende overheid onbeperkte kosteloze toegang te geven tot die resultaten, en om derden op marktvoorwaarden toegang te geven, bijvoorbeeld via niet-exclusieve licenties.

Wanneer de voorwaarden van punt 33 niet vervuld zijn, kunnen lidstaten gebruikmaken van een individuele beoordeling van de voorwaarden van het contract tussen de inkopende overheid en de onderneming, onverminderd de algemene verplichting om O&O&I-steun overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag aan te melden.

De Kaderregeling 2014 lijkt enkel van toepassing op de inkoop van O&O-diensten. In de Kaderregeling staan geen expliciete voorwaarden voor een gecombineerde aanpak van een O&O-dienst met de daaropvolgende inkoop zoals dit met het *innovatiepartnerschap* mogelijk is. Niettemin verduidelijkt de Kaderregeling 2014, in de voetnoot bij artikel 33 lid c, dat aan deze voorwaarde moet worden voldaan bij procedures die zowel de inkoop van O&O-diensten, als de inkoop van de ontwikkelde oplossing omvatten bij *'unieke of gespecialiseerde producten of diensten'*. De Kaderregeling legt vervolgens niet uit wat hieronder kan worden verstaan. Echter, aangenomen zou kunnen worden dat bij innovatiepartnerschappen de marktprijs wordt betaald, wanneer de aanbestedende dienst de enige mogelijke afnemer van de ontwikkelde innovatieve oplossing is en alle geschikte aanbieders kunnen inschrijven bij het innovatiepartnerschap.²⁰ Het is onduidelijk of aan de eerste voorwaarde ('enige mogelijke afnemer') wordt voldaan bij een *gezamenlijke* aanbesteding door alle aanbestedende diensten die mogelijke afnemers zijn van de innovatieve oplossing (i.e. alle brandweerinstanties). Wanneer de aanbestedende dienst hierover twijfelt, is het raadzaam om de voorziene aanbesteding aan de Europese Commissie vooraf ter goedkeuring te melden. Hierbij dient er rekening te worden gehouden met een langere doorlooptijd van het project.

Een innovatiepartnerschap (in het bijzonder met een enkele marktpartij) kan daarmee in uitzonderlijke gevallen worden beschouwd als staatssteunvrij. De bewijslast dat er geen sprake is van onrechtmatige staatsteun ligt vervolgens wel bij de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst zal bij vragen

²⁰ B. von Wendland (2015), 'New rules for state aid for research, development and innovation: not a revolution but a silent reform' EStAL 1, p.47

van de Europese Commissie moeten aantonen dat er geen sprake is van (onrechtmatige) staatssteun. Een goed gedocumenteerde marktverkenning en –consultatie, waaruit blijkt dat er geen concurrentie bestaat, kan hiervoor de basis vormen. Een marktverkenning en -consultatie die uitsluitend gericht was op nationale marktpartijen, zal daarbij naar verwachting echter onvoldoende zijn.

Wat als de aanbestedende dienst het resultaat van de PCP wenst te behouden?

Zoals hierboven aangegeven, kan een aanbestedende dienst na afronding van een PCP, besluiten een aanbesteding te starten om de ontwikkelde innovatieve oplossingen rechtmatig in te kopen. Hierbij zal de aanbestedende dienst ook passende aanbiedingen van marktpartijen moeten accepteren die niet in de PCP zijn betrokken.

In de praktijk kan het voorkomen dat de aanbestedende dienst het resultaat uit de PCP (bijvoorbeeld het prototype) wenst te behouden. Hoewel een dergelijke aanpak niet inherent is aan een PCP, is dit onder voorwaarden mogelijk. Zo dient de leverancier hiermee van tevoren hebben ingestemd. Bovendien, dient de waarde van het resultaat van de O&O-dienst (bijvoorbeeld het prototype) kleiner te zijn dan de O&O-dienst zelf.

De basis hiervoor zijn de voorwaarden voor gemengde opdrachten uit artikel 3 lid 4 uit Richtlijn 2014/24/EU. Een gemengde opdracht waarbij de verschillende onderdelen objectief gezien deelbaar zijn (en dus apart ingekocht zouden kunnen worden), valt buiten de Aanbestedingswet wanneer het deel dat buiten de toepassing van de richtlijn valt een hogere waarde heeft dan het deel dat eronder valt. Dezelfde regel wordt door de Europese Commissie gehanteerd bij Horizon 2020 PCP-projecten: een contract kwalificeert als O&O-dienst

wanneer de waarde van de O&O-dienst meer dan 50% is van de totale waarde.²¹

Een overweging om het resultaat van de O&O-dienst af te nemen kan zijn het verder ‘in-house’ testen en/of doorontwikkelen van het prototype²². Het spreekt echter voor zich dat een prototype niet geschikt en bedoeld is om ook in een normale bedrijfsomgeving te gebruiken. Op een prototype worden ook geen garanties en zekerheden door de leverancier verleend. Dit resultaat is immers uitsluitend bedoeld geweest te functioneren binnen het kader van de PCP en niet meer dan dat.

De relatie tussen aanbestedingsprocedures en het risico op onrechtmatige staatssteun

Zoals eerder uiteengezet, omschrijft de Kaderregeling 2014 de criteria op grond waarvan het risico’ op onrechtmatige staatssteun bij het laten ontwikkelen en inkopen van innovatieve oplossingen kan worden uitgesloten. Op het moment van schrijven van deze publicatie zijn er ook geen staatssteunzaken op dit gebied gepubliceerd. Ook zijn er nog geen voorbeelden van prenotificaties bij de Europese Commissie op grond waarvan tot een verdere duiding kan worden geconcludeerd.

²¹ In gelijke zin, Bos & Corvers, Pre-commercial Public Procurement A missing link in the European Innovation Cycle Public Needs as a driver for innovation, Tijdschrift Aanbestedingsrecht 5, 2006, zij het dat hierbij werd gerefereerd aan de Richtlijnen uit 2004

²² Uitgaande dat de aanbestedende dienst deze rechten heeft verworven. In een dergelijk geval gaat de aanbestedende dienst er klaarblijkelijk van uit hij buiten de O&O-dienstverlener om over voldoende kennis en kunde beschikt om het innovatieve eindresultaat door te ontwikkelen. Onduidelijk is wat het belang van de O&O-dienstverlener is om hier mee in te stemmen. Oplossing is dat de aanbestedende dienst in een dergelijk geval geen PCP volgt maar een gebruikelijke openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure.

Desondanks is het mogelijk om een risico-inschatting op onrechtmatige staatsteun te geven in relatie met specifieke cases. De risico-inschatting is gebaseerd op de bovenstaande analyse. Echter ontbreekt hierbij nog jurisprudentie of volledige aanwijzingen van de Europese Commissie. De beschreven instrumenten bij deze cases zijn beredeneerd vanuit de Aanbestedingswet allemaal toepasbaar bij opdrachten boven de aanbestedingsdrempel.

Voor de volledigheid wordt er nog op gewezen dat indien er bij het laten ontwikkelen van een de innovatieve oplossing slechts een gering bedrag is gemoeid dat kleiner is dan de de-minimissteun, het risico op onrechtmatige staatsteun kleiner is.²³

²³ Artikel 2 lid 2, Verordening (EU) Nr. 1407/2013 VAN DE COMMISSIE van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun.

CASE	GEEN OF KLEIN RISICO OP ONRECHTMATIGE STAATSSTEUN	AANMERKELIJK RISICO OP ONRECHTMATIGE STAATSSTEUN
U wil een gecombineerde opdracht vergeven van zowel de O&O-diensten als van de innovatieve uitkomst bedoeld voor gebruik in de normale bedrijfsuitoefening	Openbare of niet-openbare procedure	Innovatiepartnerschap
U wil een gecombineerde opdracht vergeven van zowel de O&O-diensten als van de innovatieve uitkomst, zijnde het prototype. (Het prototype wordt ingekocht voor verder 'in-house' testen en/of doorontwikkelen. Het prototype is niet geschikt en niet bedoeld voor gebruik in een normale bedrijfsomgeving.)	Openbare of niet-openbare procedure PCP met afname van het resultaat (waarde kleiner dan 50%)	
U wil een O&O-dienst afnemen voor de ontwikkeling van een innovatieve oplossingen op TRL kleiner dan 8, waarbij u het intellectueel eigendom met de opdrachtnemer deelt	Openbare of niet-openbare procedure PCP	Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging Mededingingsprocedure met onderhandeling
U wil een O&O-dienst afnemen voor de ontwikkeling van een innovatieve oplossing die op TRL 8 zit	Openbare of niet-openbare procedure	Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging Mededingingsprocedure met onderhandeling
U wil een proefafname doen om vast te stellen of dit type van oplossingen passend is voor uw organisatie	Openbare of niet-openbare procedure	Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging Mededingingsprocedure met onderhandeling
U wil een opdracht verstrekken waarvan u verwacht - op basis van gedegen marktonderzoek - dat slecht een specifieke ondernemer deze kan uitvoeren vanwege uitsluitende rechten zonder dat er redelijke alternatieven of substituten bestaat	Openbare of niet-openbare procedure	Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging Mededingingsprocedure met onderhandeling

6. CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN

Zoals uiteengezet is de relatie tussen de Aanbestedingswet en de staatsteunregels complex. Het principe dat een aanbestedende dienst geen hogere prijs dan een marktconforme prijs voor een innovatieve oplossing mag betalen, ligt voor de hand. In de praktijk is dit niet gemakkelijk. De door de Europese Commissie gegeven aanwijzingen en duidingen in de verschillende mededelingen zijn daarbij nuttig, maar missen op essentiële onderdelen voldoende diepgang.

Op basis van een inhoudelijke analyse is een risico-inschatting gemaakt wanneer er sprake kan zijn van een risico op ongeoorloofde staatsteun. Een verdere duiding zal in de nabije toekomst zeker (moeten) plaatsvinden, op grond van nieuwe communicaties vanuit de zijde van de Europese Commissie of doordat er bij het Hof van Justitie “best practices” worden ontwikkeld. Het is waardevol als de Europese Commissie ook instrumenten aanreikt om er voor te zorgen dat aanbestedende diensten worden geholpen om problemen te voorkomen.

Een denkrichting om dit risico te reduceren kan zijn dat de Europese Commissie een model voorschrijft voor het uitvoeren van een marktconsultatie bij het laten ontwikkelen en inkopen van innovatieve oplossingen. In dit model deelt de aanbestedende dienst de uitkomsten van haar marktverkenning en de keuze voor haar inkoopinstrument. De markt krijgt vervolgens enkele weken de tijd om hierop te reageren. Deelt de markt deze conclusie, dan wordt verondersteld dat er geen sprake is van onrechtmatige staatsteun.

Dit is des te belangrijker wanneer een keuze wordt gemaakt voor een procedure met een aanmerkelijk risico op ongeoorloofde staatsteun. Op basis van de uitkomsten van de marktconsultatie kan een aanbestedende dienst de keuze grondig onderbouwen. Om vertrouwen en de relatie met de markt op te bouwen en te behouden, is het van essentieel belang dat marktpartijen niet worden opgezadeld met de gevolgen van een risicovolle keuze van een aanbestedende dienst. Onrechtmatige staatsteun kan uiteindelijk teruggevorderd worden op de deelnemende marktpartijen. De aanbeveling richting aanbestedende diensten is daarom ook om bij een aanmerkelijk risico van ongeoorloofde staatsteun, een prenotificatie aan de Europese Commissie te overwegen.²⁴

²⁴ Steun inzake onderzoek, ontwikkeling en innovatie zal in hoofdzaak worden verantwoord op grond van artikel 107, lid 3, onder b) en c), van het Verdrag. Volgens die bepalingen kan de Commissie als verenigbaar met de interne markt beschouwen steunmaatregelen om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. Zie onder meer punt 5, Kaderregeling betreffende staatsteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (2014/C 198/01).

COLOFON

Dit is een uitgave van PIANOo, Expertisecentrum Aanbesteden. Deze publicatie maakt deel uit van het programma Innovatiegericht Inkopen, dat overheden uitdaagt betere oplossingen te laten ontwikkelen en in te kopen bij innovatieve ondernemingen. PIANOo voert dit programma uit in opdracht van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat.

Teksten

Mr. Stephan Corvers en Dr. Ramona Apostol in opdracht van PIANOo.

Eindredactie

PIANOo, Expertisecentrum Aanbesteden: Rolf Zeldenrust

Ontwerp en productie

Xerox / Osage

PIANOo, Expertisecentrum Aanbesteden

Rijksdienst voor Ondernemend Nederland

info@pianoo.nl | www.pianoo.nl

