Europees protectionisme:

International Procurement Instrument (IPI)

en

Foreign Subsidies Regulation (FSR)

Prof. Dr. Pieter Kuypers

AKD & Radboud Universiteit Nijmegen

Najaarsvergadering NVvA

17 November 2022

Agenda

1. Algemeen

2. International Procurement Instrument

- Toepassingsbereik
- Gevolgen
- Rechtsbescherming

3. Foreign Subsidies Regulation

- Toepassingsbereik
- Gevolgen
- Rechtsbescherming

4. Blik naar de toekomst

1. Algemeen

1. Algemeen (1)

- **Context: protectionisme en internationale handel**
  - Actievere handelspolitiek EU (artikel 207 VWEU)
  - Beperken van invloed China
  - Anti-dumpingregels niet effectief
  - Geen overkoepelende wetgeving, maar sectorieel

1. Algemeen (2)

Uitzonderingen toepassingsbereik:

- Financiële Verordening 2018/1046/EU
- Defensierichtlijn 2009/81/EU
- Aanbestedingen buiten de scope van de aanbestedingsrichtlijnen (wel SAS diensten)
- GATT/WTO regels niet van toepassing

Temporeel toepassingsbereik

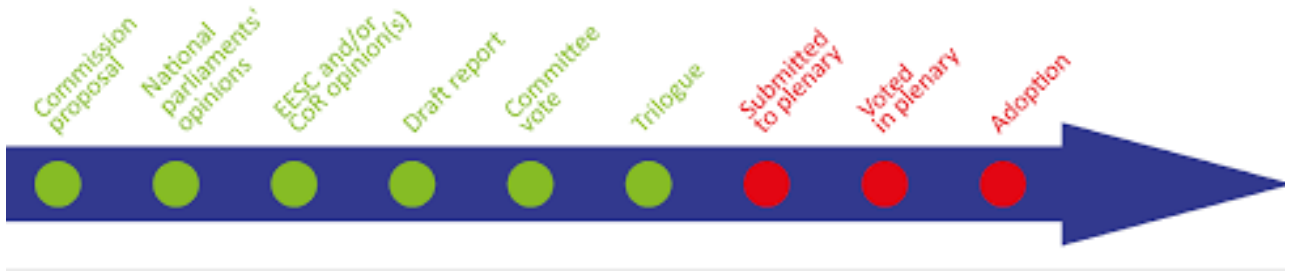
- IPI: aangekondigd op of na 29 augustus 2022
- FSR: 20 dagen na publicatie PbEG

2. International Procurement Instrument

2. International Procurement Instrument

Wat is het International Procurement Instrument?

- Voorstel 2012, gewijzigd 2016, inwerkingtreding 29 augustus 2022
- Doel: toegang tot aanbestedingen waarborgen (handelspolitiek) en ook tools voor reciprociteit scheppen
  → derde landen dwingen om bestaande verplichtingen beter na te komen / nieuwe verplichtingen aan te gaan
- Aanvullend op GPA, bilaterale handelsverdragen en aanbestedingsvoorschriften bij ontwikkelingssteun
  - Complementair (prikkel tot toetreding GPA, geen overlap)
  - Freeriders



2. Toepassingsbereik IPI (1)

Op wie van toepassing, wanneer en hoe lang?

- Aanbestedingen binnen scope Richtlijnen 2014/24/EU, 2014/23/EU en 2014/25/EU

- Drempelwaarden: 15 mln (werken en concessies), 5 mln (goederen en diensten)

Centraal criterium:

- ‘ernstige en herhaaldelijke’ belemmering toegang tot aanbestedingen in derde land

- Eigen initiatief EC of vanuit belanghebbende/lidstaat via online instrument

Toepassingsbereik IPI (2)

→ Procedure:

→ Standpunt derde land → commitments (bijv. toetreding GPA) óf maatregel (in belang van Unie)

- Toetsing evenredigheid + beschikbaarheid alternatieve toeleveringsbronnen
- Scoreaanpassingsmaatregel of gehele uitsluiting ondernemingen derde land

- Onderzoek: 9 + 5 maanden

- Maatregel: 5 jaar + verlenging, evaluatie 9 t/m 3 maanden voor afloop
  - Risico gunning tijdens onderzoek?

2. Gevolgen van de IPI

- Scoreaanpassingsmaatregel max. 50% evaluatiescore of indien prijs/kosten enige gunningscriterium zijn 100%
- Uitsluiting inschrijving
- Weinig mogelijkheden invloed (de)centrale overheden op totstandkoming IPI-maatregel
  - Aanbestedende diensten tijdig op de hoogte?
- Wél totale verantwoordelijkheid toepassing IPI-maatregel op bepaalde inschrijvers
  - Oorsprong vaststellen? Artikel 3 IIO: beslissende invloed

  → Hoe ver reiken uitzonderingen op toepassing IPI-maatregel?
- Verplichting opnemen anti-omzeilingsbepalingen in aanbestedingsstukken indien IPI-maatregel van toepassing is
  - Max. 50% ovk voldaan door IPI-gesanctioneerd land → hoe gaan we dit handhaven?

2. IPI en rechtsbescherming

Mogelijkheden tot rechtsbescherming

- Beroep tot nietigverklaring 263 VWEU
  - Strenge eisen ontvankelijkheid ondernemingen (rechtstreeks & individueel)
  - Alleen ex post
  - Aanbestedende dienst ook belanghebbende?
- Getroffen ondernemers kunnen nationaal beroep instellen tegen bijv. vermeende onterechte niet-uitsluiting of niet laag genoege rangschikking concurrent-ondernemer ivm IPI-maatregel

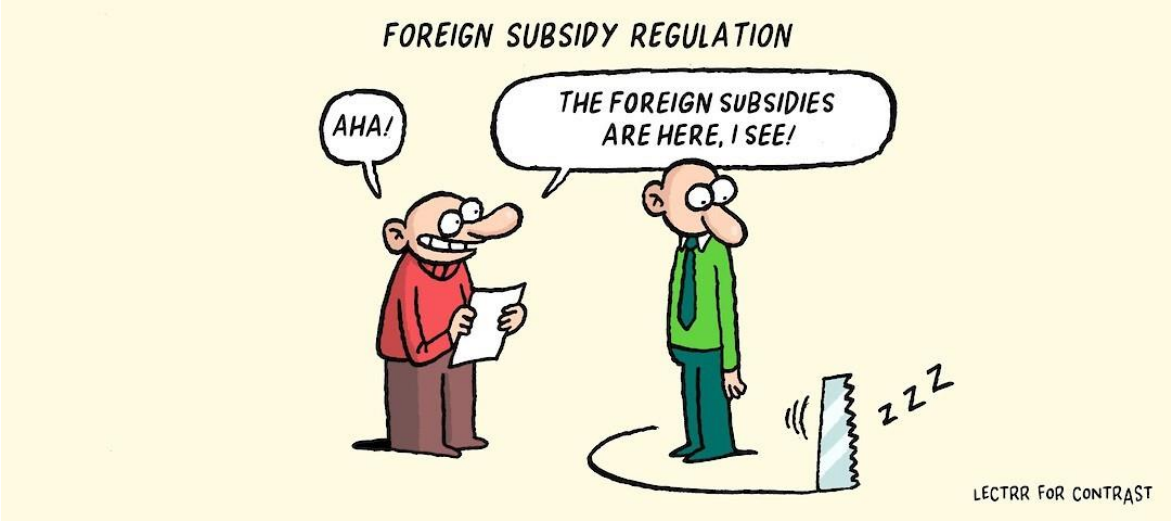
- Uitsluiting IPI-inschrijvers risicovol, stuit op ‘belang van de Unie’

2. Foreign Subsidies Regulation

3. Foreign Subsidies Regulation

Wat is de Foreign Subsidies Regulation?

- EU mondiaal belangrijkste verstrekker én ontvanger van FDI
  - Vult lacune in Europese wetgeving op
- Rechtstreekse werking, géén aanpassing Aanbestedingsrichtlijnen
- Staatssteunregels blijven ongewijzigd
  - Leerstuk van abnormaal lage inschrijvingen?
- Prognose: 45 FTE bij EC, ~50 meldingen + onderzoeken per jaar



3. Toepassingsbereik FSR

Onderzoeksinstrumenten en -termijnen:

- Monitoring van álle ontvangen buitenlandse subsidies van de inschrijver in de afgelopen 3 jaar
  - Ook aankopen bij overheden
- Notificatieplicht (aanbesteding drempel ≥ 250mln) → ook onder de minimis (subsidie ≤ 5mln)
  - Gesplitste subsidies, parallel staatssteun?
  - Herstel toegestaan?
- Ambtshalve notificatieverzoek EC (onder drempel)
- Ambtshalve onderzoek EC

→ Commitments → verbod tot gunning of herstelmaatregelen (terugbetaling buitenlande subsidie)

- Standstill: 60 dagen voorlopige beoordeling + verlenging 140 dagen diepgaand onderzoek + verlenging (geen maximumtermijn)
- Boetes bij onvoldoende medewerking (max 1% jaaromzet) of geen melding (max 10%)

3. FSR en rechtsbescherming

Rechtsbescherming

- Mede op verzoek van Nederland (!) geen rol nationale toezichthouders
- Beroep bij nationale rechter
- Bezwaar bij EC
- EU-rechtsbescherming tegen opgelegd dwangsommen/boetes

Issues

- Rechtsbescherming van gesanctioneerde partij → wachten met gunning?
- Rechtsbescherming van niet-geselecteerde partijen?
- Uitspraken van Gerecht en HvJ kunnen nog jaren duren

3. Gevolgen van de FSR

Vertraging

- Diepgaand onderzoek duurt mogelijk 200+ dagen
- Verbod tot gunning tijdens standstill, onderzoek in andere aanbesteding, of aan overtreder notificatieplicht
- Ook verbod tot gunning tijdens bezwaar/beroep?

Rechtsonzekerheid

- Onduidelijke invulling begrippen (bijv. terugkijktermijn)
- Centralistisch toezicht + invulling verantwoordelijkheden aanbestedende diensten

3. Blik naar de toekomst

3. Blik naar de toekomst: IPI

Rechtsonzekerheid IPI

- Ruime discretionaire bevoegdheid Commissie '*in belang van de Unie*', criterium willekeurig en niet objectiveerbaar

  → handelspolitiek 7 controle HvJEU?

- Afweging i.v.m. belangen EU; echter: geen wegingen belangen aanbestedende dienst
- Zijn aanbestedende diensten toegerust om handhaving volledig op zich te nemen? Aanvullende expertise/tooling?
- Binnen zes maanden Richtsnoeren

- Vrijstelling (national) mogelijk voor administratieve eenheden met minder dan 50.000 inwoners (!)

3. Blik naar de toekomst: FSR

FSR

- Versnippering aanbestedingsregels
- Verbod op nationale omzetting
- Wéér centrale rol EC, geen nationale toezichthouders
- Wachten op nadere invulling door Richtsnoeren

3. IPI in de aanbesteding

Voor aanbestedende dienst:

- Anticipeer op vertraging door onderzoek EC
- Recht voorbehouden om stukken te delen met EC
- Zo nodig bepalingen in overeenstemming brengen met IPI
  - Verplichting opnemen anti-omzeilingsbepaling
- Ruimte inbouwen voor uitoefenen handhavingsbevoegdheden

Voor inschrijvers

- Indien IPI van toepassing: inschrijving heroverwegen / anticiperen op vertraging
- 15% regel toepassen

3. FSR in de aanbesteding

Voor de aanbestedende dienst

- Gestanddoeningstermijn verlengen in geval van onderzoek
- Uitbreiding eigen verklaring inschrijvers
  - Geen buitenlandse subsidies
- Bepalingen in overeenstemming brengen met FSR

Voor inschrijvers

- Grip op eigen financiering en die van moederbedrijven
- Anticiperen op strengere geschiktheidseisen of vraag om commitments
- Indien FSR van toepassing: inschrijving heroverwegen

akd
benelux
lawyers