

Onderzoek- en ontwikkelingsopdrachten

IOEA-Nieuwsbrief nr. 12

De richtlijn Diensten is niet van toepassing op opdrachten voor onderzoek en ontwikkeling (O&O) met uitzondering van die 'waarvan de resultaten in het geheel toekomen aan de aanbestedende dienst voor gebruik ervan in de uitoefening van zijn eigen werkzaamheden, voorzover de dienstverlening volledig beloond wordt door de aanbestedende dienst' (art 1a, onder ix, richtlijn Diensten).

Het is niet duidelijk wanneer deze uitzondering van toepassing is, met andere woorden wanneer O&O opdrachten wél Europees moeten worden aanbesteed. Deze nieuwsbrief gaat hier nader op in, waarbij ook de relatie met de steunproblematiek wordt besproken.

Toelichting

Artikel 1 bevat zowel de definitie van een 'overheidsopdracht voor dienstverlening' als de uitzonderingen daarop, waaronder O&O diensten. In hetzelfde artikel worden echter O&O opdrachten, *waarvan de resultaten uitsluitend aan de aanbestedende dienst ten goede komen en die geheel door deze worden betaald* weer van die algemene uitzondering uitgezonderd: dergelijke opdrachten dienen weer wél te worden aanbesteed. Ook in de vermelding van O&O opdrachten in bijlage IA¹ wordt (in een noot) weer dezelfde uitzondering gemaakt zodat per saldo de uitkomst hetzelfde is: alle O&O opdrachten zijn uitgezonderd van de richtlijn Diensten tenzij de resultaten in het geheel aan de aanbestedende dienst toekomen en het onderzoek volledig door deze wordt betaald.

Wat moet onder opdrachten voor onderzoek en ontwikkeling worden verstaan?

De overwegingen bij de richtlijn geven enige duidelijkheid over de gewenste bedoeling van de uitzondering. Enerzijds door de verwijzing naar artikel 130 F van het Verdrag, dat tot doelstelling heeft hoogwaardig onderzoek en technologische ontwikkeling bij ondernemingen binnen de interne markt te stimuleren (in het bijzonder door openstelling van nationale overheidsopdrachten), anderzijds door te stellen dat 'cofinanciering van onderzoekspro-

gramma's niet onder de richtlijnen moet vallen,' etc.

Volgens de CPC-code² gaat het hier bij O&O opdrachten om: 'speur- en ontwikkelingswerk op gebieden van natuur-, ingenieurs-, maatschappij-, medische- en geesteswetenschappen' (research and development/R&D in de Engelse tekst)³, verder wetenschappelijk onderzoek te noemen.

Indien er echter geen sprake is van wetenschappelijk onderzoek maar van relatief eenvoudig onderzoek (bijv. een inventarisatie naar openingstijden van winkels of naar naleving regelgeving) dan valt een dergelijke onderzoeksopdracht naar zijn aard niet onder de categorie O&O opdrachten. In vrijwel alle gevallen zal gewoon onderzoek onder de categorie markt- en opiniepeiling vallen, waarbij 'markt' breed uitgelegd kan worden óf onder bedrijfsadviesing (beide opgenomen in bijlage IA). Indien gewoon onderzoek, bij uitzondering, niet hieronder valt te brengen, dan zou het onder de categorie 'andere diensten' van bijlage IB⁴ kunnen worden gebracht. De aanbestedende dienst zal bij ieder onderzoek moeten nagaan of een bepaalde opdracht tot 'gewoon' of tot 'wetenschappelijk' onderzoek moet worden gerekend: beleidsonderzoek zal afhankelijk van de aard van het onderzoek in het ene geval als wetenschappelijk kunnen worden beschouwd, in een ander geval als gewoon onderzoek.

Het onderscheid tussen gewoon en wetenschappelijk onderzoek betekent overigens dat de hieronder te verduidelijken elementen uit de uitzonderingsbepaling alleen van belang zijn voor wetenschappelijk onderzoek, dus *niet* voor gewoon onderzoek. In het laatste geval gaat het om een overheidsopdracht voor onderzoek waarbij niet van belang is of medefinanciering plaats vindt of dat de resultaten ook aan anderen ten goede komen.

Wat betekent de uitzondering nu in de praktijk?

Op een aantal punten (eigen werkzaamheden, resultaten en betaling) is verduidelijking nodig. Een opdracht van een aanbestedende dienst voor wetenschappelijk onderzoek om nieuwe meetapparatuur te ontwikkelen in het kader van

uitvoering, toezicht en opsporing valt binnen het kader van zijn eigen werkzaamheden. Ook (strategisch)beleidsonderzoek zal veelal plaatsvinden in het kader van de eigen werkzaamheden: immers de resultaten uit het onderzoek komen uitsluitend aan de aanbestedende dienst ten goede ter vaststelling van zijn beleid. Pas als op basis van onderzoek beslissingen of maatregelen worden genomen door de aanbestedende dienst zullen er resultaten voor anderen uit voortkomen, meestal niet vanuit het onderzoek zelf.

Het feit dat een onderneming bij uitvoering van de opdracht in het kader van de eigen werkzaamheden van een aanbestedende dienst meestal kennis verwerft, die deze bij verdere werkzaamheden voor marktdoeleinden kan gebruiken, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat de resultaten, ondanks dit indirect 'medekennisgebruik van de resultaten' volledig aan de aanbestedende dienst ten goede komen.

Opdrachten voor wetenschappelijk onderzoek, die erop zijn gericht producten of een technologie te ontwikkelen, die de aanbestedende dienst niet voor eigen nut gebruikt maar die de markt ten goede komen (en die de aanbestedende dienst geheel of gedeeltelijk financiert) behoeven niet te worden aanbesteed. In geval van dergelijk 'toegepast onderzoek' (d.w.z. onderzoek met potentiële markttoepassingen) moet de opdrachtverlening marktconform plaats vinden teneinde te vermijden dat deze als niet geoorloofde staatssteun kan worden aangemerkt⁵.

Indien de dienstverlener of een andere instelling, niet zijnde een aanbestedende dienst, bijdraagt in de financiering, behoeven opdrachten voor wetenschappelijk onderzoek vanwege deze medefinanciering niet te worden aanbesteed, zelfs als de resultaten volledig aan de aanbestedende dienst ten goede komen (hetgeen overigens weinig zal voorkomen).

Indien de resultaten van wetenschappelijk onderzoek niet alleen aan de aanbestedende dienst maar ook aan andere instellingen of bedrijven ten goede komen is, ook bij volledige bekostiging door de aanbestedende dienst, geen aanbesteding vereist: bijvoorbeeld bij een opdracht voor de ontwikkeling van

een nieuw medicijn of een nieuwe behandelingstechniek. De resultaten komen in dat geval deels ten goede aan de aanbestedende dienst (verbetering volksgezondheid) en deels aan de markt (industrie).

Wat wordt verstaan onder: 'in het geheel' en 'volledig'?

Over beide elementen kan alleen met stelligheid gezegd worden dat cofinanciering, een fictieve deelneming in de financiering of een symbolische verdeling van de resultaten van het project nooit tot doel mogen hebben om de toepassing van de richtlijn te ontgaan. Cofinanciering heeft betrekking op medefinanciering door onderzoeksinstellingen of het bedrijfsleven; financiering van een onderzoeksopdracht door twee aanbestedende diensten valt hier niet onder. Een minimumpercentage van cofinanciering valt niet te geven, aangezien dit afhankelijk is van allerlei andere factoren (ingewikkeldheid onderzoek, beschikbaarheid onderzoeksmiddelen, financiële draagkracht of organisatiegraad derden etc.). Van belang is dat een goede onderbouwing kan worden gegeven waarom en voor welk deel andere instellingen deelnemen in overheidsopdrachten voor wetenschappelijk onderzoek. Als die argumentatie adequaat is dan kan zelfs een vrij lage cofinanciering aanvaardbaar zijn.

Onderzoek in relatie tot steunverlening

Opdrachten voor wetenschappelijk of gewoon onderzoek die openbaar worden aanbesteed, leveren in beginsel geen steunmaatregelen op. Wordt er echter niet aanbesteed, bijv. omdat de betrokken opdracht onder het drempelbedrag of onder de uitzondering van wetenschappelijk onderzoek valt, dan dient rekening te worden gehouden met de mogelijkheid van overheidssteun.

Conclusie

- Opdrachten voor Onderzoek en Ontwikkeling uit bijlage IA zijn opdrachten op gebied van wetenschap en hoogwaardige technologie. Alleen opdrachten voor wetenschappelijk onderzoek waarvan de resultaten geheel aan de aanbestedende dienst ten goede komen én die **volledig** door deze worden betaald, moeten worden aanbesteed.
- Opdrachten voor niet-wetenschappelijk onderzoek vallen doorgaans onder bijlage IA (bijv. marktonderzoek,

bedrijfsadvisering) en moeten worden aanbesteed; in bijzondere gevallen onder de categorie andere diensten van bijlage IB⁶ (beperkt regiem).

- Medefinanciering bij wetenschappelijk onderzoek (door ondernemingen of onderzoeksinstellingen) mag nooit tot doel hebben de richtlijn te ontduiken.
- Bij (mede)financiering van een onderzoeksopdracht zonder aanbesteding dient rekening te worden gehouden met de mogelijkheid van steun.

¹ In bijlage IA vermelde diensten vallen onder het volledige regiem.

² Met behulp van de categorieën 851 en 852 uit bijlage IA

³ O&O en R&D zijn hierbij standaardbegrippen zonder dat van een koppeling tussen beide onderdelen sprake hoeft te zijn.

⁴ Opdrachten van bijlage IB behoeven niet te worden aanbesteed: na opdrachtverlening dient hiervan mededeling te worden gedaan aan Luxemburg (beperkt regiem, alleen art. 14 en 16).

⁵ Volgens de jurisprudentie rond art. 92-93 EG vindt het steunbegrip zijn grens in optreden dat als normaal economisch handelen kan worden aangemerkt. Er is in het algemeen geen sprake van steun indien betaald wordt voor een te verrichten prestatie, mits deze betaling niet disproportioneel hoog is (bijv. tegen marktprijs of tegen integrale kostenvergoeding)

⁶ T.a.v. opdrachten voor wetenschappelijk onderzoek en voor opdrachten van bijlage IB geldt voor de centrale overheid het drempelbedrag van 200.000 ecu en niet het drempelbedrag van 130.000 sdr. Voor onderzoek in het kader van markt- en opiniepeiling geldt voor de centrale overheid echter wel het laatste drempelbedrag (zie nieuwsbrief 9).

N.B. Aan deze interpretatie kunnen geen rechten worden ontleend. Naar aanleiding van een eventuele uitspraak van de rechter of van het Hof van Justitie kan deze interpretatie alsnog worden bijgesteld.

(Deze nieuwsbrief is, evenals voorgaande IOEA-nieuwsbrieven, terug te vinden op de EZ-internetsite (www.minez.nl) inzake de Richtlijnen voor overheidsaanschaffingen, rubriek Informatiebulletins)