



# De rol van de concurrentie

## Spelregels bij samenwerking bij een aanbesteding

De bouwsector heeft in het verleden te maken gehad met 'de bouwfraude'. Honderden bedrijven in de bouw zijn in de periode 2002 - 2006 door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) beboet vanwege verboden prijs- en marktverdelingsafspraken bij aanbestedingen.

Auteur: mr. Claudia Bruins

De kern van de bouwfraude betrof het maken van afspraken tussen bedrijven die in strijd waren met artikel 6 Mededingingswet (Mw) (ook: het 'kartelverbod'). Artikel 6 Mw bepaalt, kort gezegd, dat verboden zijn: afspraken tussen ondernemingen die de concurrentie beperken. Samenspanning tussen inschrijvers op een aanbesteding is een voorbeeld van zo'n verboden afspraak. Dit noemt men in de praktijk ook wel een aanbestedingsafpraak of *bid rigging*. *Bid rigging* is verboden omdat de concurrentie wordt belemmerd en opdrachtgevers dan vaak te veel betalen voor de opdracht.

Door de bouwfraude-ervaringen is in de sector meer bewustwording en aandacht ontstaan voor naleving van de concurrentieregels. Gebleken is echter dat de bouw toch gevoelig blijft voor verboden afspraken. De NMa is hier alert op en heeft meermaals aangegeven, en aangetoond, de sector nauwlettend te blijven volgen.

## Samenspanning door concurrerende partijen bij een inschrijving is verboden

Zo heeft de NMa in 2009 nog een aantal schildersbedrijven beboet. Deze zaak betrof een aanbestedingskartel waarbij een calculatiebureau de spil vormde. Dit bureau, dat bij grote opdrachten de metingen verricht om calculaties op te baseren, verdeelde ook de opdrachten. In deze zaak zijn niet alleen de individuele schildersbedrijven beboet die bij het kartel betrokken waren, maar is ook (voor het eerst in Nederland) een calculatiebureau beboet voor haar rol als 'kartelondersteuner'. De NMa achtte bewezen dat de ondernemingen in 2005 twee kartels hebben gevormd om voorafgaand aan twee onderhandse aanbestedingen door het ministerie van Defensie hun inschrijvingen af te stemmen. De schildersbedrijven hadden voorafgaand aan hun (individuele) inschrijving op twee aparte aanbestedingen het werk verdeeld, de inschrijfprijzen afgestemd en een rekenvergoeding afgesproken. De deelnemers aan beide kartels werden hierbij actief ondersteund door een calculatiebureau dat bij haar op kantoor een bestekbespreking organiseerde, hierbij zelf aanwezig was, documenten opstelde met weergaven van gemaakte afspraken en deze afspraken in banen heeft geleid. Het calculatiebureau had hiermee op actieve wijze bijgedragen aan de totstandkoming van de kartels.

Ook in 2010 kreeg een aantal Limburgse bouwbedrijven een boete van de NMa voor het maken van verboden prijsafspraken. De NMa legde bovendien aan drie leidinggevendende persoonlijke boetes op, variërend van 10.000 tot 250.000 euro. Zij hadden leiding gegeven aan overtreding van de Mededingingswet door hun bedrijf. De bouwbedrijven hebben gezamenlijk opdrachtgevers bewust misleid door middel van cover pricing. *Cover pricing* houdt in dat een bedrijf een hoge aanbieding doet met het doel de kansen van een ander bedrijf op het winnen van de opdracht te vergroten en tegelijkertijd zelf, met het oog op volgende aanbestedingen, uitdrukkelijk in beeld van de opdrachtgever te blijven. Het afstemmen van offertes tussen aanbieders is verboden en benadeelt bovendien de opdrachtgever. Omdat in het kader van de bouwfraude de NMa al eerder aan een van de betrokken bouwondernemingen een boete had opgelegd en dit bedrijf nu weer de wet had overtreden (recidive), is de boete voor dit bedrijf verhoogd.

Samenspanning door concurrerende partijen bij een inschrijving is dus verboden. Een aanbesteding is namelijk juist het moment waarop ondernemingen met elkaar kunnen en moeten concurreren.

Dit roept de vraag op of dan alle samenwerking tussen inschrijvers bij een aanbesteding ongeoorloofd is. Nee, dit is zeker niet het geval. De belangrijkste, in veel gevallen aanvaardbare, vorm van samenwerking is de (inschrijvings- en uitvoerings)combinatie. De 'Beleidsregels combinatieovereenkomsten' (september 2009) bepalen hierover het volgende. Een combinatie bij een opdracht is mogelijk wanneer de ondernemingen:

1. geen concurrenten zijn (bijvoorbeeld wanneer de bij een combinatie betrokken ondernemingen volledig complementaire specialismen bundelen, bijvoorbeeld het ontwerpen en het uitvoeren van dezelfde opdracht);
2. wél concurrenten zijn, maar de opdracht niet zelfstandig kunnen uitvoeren (hiervan is sprake als geen van de betrokken ondernemingen afzonderlijk voldoet aan de geschiktheidseisen én geen van de betrokken ondernemingen dus afzonderlijk in staat is de opdracht gegund te krijgen);
3. de concurrentie niet merkbaar beperken (hiervan is sprake als het marktaandeel van de deelnemende ondernemingen niet hoger is dan 10%);

4. tot combinaties worden gedwongen door de opdrachtgever;

5. tot hetzelfde concern behoren. Daarnaast zijn er natuurlijk de onderaannemingsafspraken. Dergelijke afspraken zijn normaliter geoorloofd. In het kader van onderaanneming wil echter nog wel eens van onderaannemers worden bedongen dat deze niet tevens hun diensten aanbieden aan een concurrerende inschrijver. De vraag of een dergelijke (exclusieve) afspraak met een onderaannemer mag, is afhankelijk van de vraag welk effect deze afspraak sorteert op de relevante (aanbestedings)markt. Ik zou bepleiten dat de beoordeling hiervan niet anders is dan wanneer er in combinatie zou worden ingeschreven (met die onderaannemer). Het komt in een dergelijk geval niet snel voor dat op de 'ad hoc'-markt die de individuele aanbesteding belichaamt, de concurrentie wordt uitgesloten. Let wel: de beoordeling is overigens anders bij 'permanente combinaties'. De NMa is hier vrij strikt in de leer. Permanente combinaties van concurrerende ondernemingen hebben tot doel de concurrentie te beperken en vallen meestal onder het kartelverbod.



Claudia Bruins is advocaat bij Deterink advocaten en notarissen.