

Het aanbestedingsrecht vanuit economisch perspectief

ERASMUS UNIVERSITY ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Department of economics

Naam: Marjolein Portman

Studentnummer: 311883

E-mail: marjolein_portman@hotmail.com

Begeleider: Jurjen Kamphorst

Inhoudsopgave

Inleiding

Hoofdstuk 1: Het aanbestedingsrecht

- 1.1. Aanbestedingsplichtige opdrachtgevers
- 1.2. Aanbestedingsplichtige opdrachten
- 1.3. Uitgezonderde overheidsopdrachten
- 1.4. Drempelwaarden
- 1.5. De Bruidschattheorie
- 1.6. Duurcontracten
- 1.7. Interne opdrachten
- 1.8. Aanbestedingsprocedures
- 1.9. Beoordelingscriteria
 - 1.9.1. Uitsluitingscriteria
 - 1.9.2. Geschiktheidseisen
 - 1.9.3. Selectiecriteria
 - 1.9.4. Gunningscriteria

Hoofdstuk 2: Aanbestedingsrecht en mededinging

- 2.1. Factoren die kartelvorming beïnvloeden
 - 2.1.1. Het aantal ondernemingen in de markt
 - 2.1.2. Toetreding
 - 2.1.3. Kopers-macht
 - 2.1.4. Symmetrie
 - 2.1.5. Vraag stabiliteit en herhaalde aankopen
 - 2.1.6. Transparantie
 - 2.1.7. Communicatie
 - 2.1.8. Duurcontracten
- 2.2. Voorkomen van samenspanning
- 2.3. Signalen die duiden op biedafspraken
- 2.4. Conclusie

Hoofdstuk 3: Efficiency

- 3.1. Belang van reputatie
- 3.2. Effect op innovaties
- 3.3. Strategisch biedgedrag
- 3.4. Transactiekosten

3.5. Bruidschattheorie

3.6. Conclusie

Conclusie

Bijlage 1

Bijlage 2

Literatuuroverzicht

Inleiding

Aanbestedingsopdrachten zijn goed voor ongeveer 25% van het GDP¹, een aanzienlijk bedrag dat door de belastingbetaler bijeen gebracht moet worden, aangezien de overheid de belangrijkste opdrachtgever is als het om aanbestedingsopdrachten gaat.

Door middel van het aanbestedingsrecht wordt geprobeerd zoveel mogelijk concurrentie te verkrijgen op de markt waarin de overheid als vrager optreedt, met als doel zo laag mogelijke prijzen.

Toch staat het gebruik maken van de in het aanbestedingsrecht ontwikkelde (en in sommige gevallen verplicht gestelde) procedures niet garant voor het verkrijgen van het beste product, dienst of werk.

Een bekend voorbeeld waarbij het aanbestedingsrecht eerder negatief heeft uitgediend ten opzichte van de prijzen dan op de bedoelde positieve manier, is de bouwfraude.

Ook in andere landen zijn talloze voorbeelden van aanbestedingsopdrachten waarbij op grote mate gebruik is gemaakt van bied- en prijsafspraken. Van een eerlijke concurrentie valt dan ook vaak niet meer te spreken.

Daarnaast is de vraag of het aanbestedingsrecht wel leidt tot de beste opdrachtnemer. Doordat deze bij elke overheidsopdracht kan veranderen, wordt er minder belang gehecht aan loyaliteit en het opbouwen van een relatie, hetgeen van invloed kan zijn op de kwaliteit van de te leveren diensten producten of werken en de wil om te innoveren.

In deze scriptie wil ik het aanbestedingsrecht vanuit een economisch oogpunt benaderen, door te kijken naar de mededinging en de efficiëntie van de procedures.

De onderzoeksvragen zijn dan ook:

- *Bevat het aanbestedingsrecht aspecten welke kartelafspraken faciliteren, en zo dus de mededinging beperken?*
- *Leidt de procedure van het aanbestedingsrecht ook daadwerkelijk tot het beste resultaat?*

¹ OECD, zie bijlage 1

Om deze vragen te beantwoorden zal ik allereerst het aanbestedingsrecht uiteenzetten. Daarnaast heb ik literatuuronderzoek gedaan, ik heb hiervoor gekeken naar artikelen die specifiek over het aanbestedingsrecht gaan, maar ook naar artikelen over de mededinging en artikelen met betrekking tot veilingen. Ook de richtlijnen van het OECD met betrekking tot de inrichting van aanbestedingsdocumenten hebben een waardevolle bijdrage geleverd.

Hoofdstuk 1

Het aanbestedingsrecht

Het aanbestedingsrecht is van toepassing wanneer overheidsinstellingen opdrachten willen geven voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten. Het aanbestedingsrecht kent verschillende bronnen; het is te vinden in internationale verdragen, het gemeenschapsrecht van de Europese Unie, in Nederlandse wet en regelgeving en in aanbestedingsreglementen. Daarnaast dienen de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht genomen te worden. In dit hoofdstuk wordt een uiteenzetting gegeven van de belangrijkste aspecten van het aanbestedingsrecht.

1.1. Aanbestedingsplichtige opdrachtgevers

De regels van het aanbestedingsrecht gelden voor “aanbestedende diensten”. Als aanbestedende diensten worden aangemerkt:

- De Staat
- Een provincie
- Een gemeente
- Een waterschap;
- Een publiekrechtelijke instelling
- Een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Bovengenoemde lijst wordt uitgebreid met opdrachten voor werken die voor meer dan 50% rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd zoals ziekenhuizen, sport en recreatie bouwwerken of school- en universiteitsgebouwen.

1.2. Aanbestedingsplichtige opdrachten

De definitie van overheidsopdrachten, welke wordt gehanteerd in het aanbestedingsrecht is als volgt:

“Schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en die betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten”²

² Artikel 1 lid 2 sub a Algemene Richtlijn

Uit deze definitie volgt dat onder aanbestedingsplichtige opdrachten worden verstaan:

- Uitvoering van diensten (bijvoorbeeld diensten van architecten of schoonmakers)
- Levering van producten (bijvoorbeeld computers of schoolboeken)
- Uitvoering van werken (bouwkundige of civieltechnische objecten)

1.3. Uitgezonderde overheidsopdrachten

Bepaalde overheidsopdrachten vallen niet onder het aanbestedingsrecht:

- "Overheidsopdrachten die in de hoofdzaak tot doel hebben de aanbestedende diensten in staat te stellen openbare telecommunicatienetten beschikbaar te stellen of te exploiteren of aan het publiek een of meer telecommunicatiediensten te verlenen."³
- " Overheidsopdrachten die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan of wanneer de bescherming van de wezenlijke belangen van het land zulks vereist." ⁴
- Overheidsopdrachten waarvoor andere regels gelden en die worden gegund krachtens een internationale overeenkomst.
- Overheidsopdrachten voor levering op het gebied van defensie.
- Opdrachten betreffende verwerving of huur van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken
- Opdrachten betreffende programmaterieel bestemd voor uitzending door radio-omroep-organisaties en overeenkomsten betreffende zendtijd.
- Opdrachten betreffende diensten van arbitrage en bemiddeling.
- Opdrachten betreffende financiële instrumenten.
- Opdrachten inzake arbeidsovereenkomsten.
- Opdrachten betreffende diensten voor onderzoek en ontwikkeling, mits de dienstverlening volledig door de aanbestedende dienst wordt beloond.

³ Artikel 12 Bao

⁴ Artikel 12 Bao

1.4. Drempelwaarden

Niet alle opdrachten van aanbestedende diensten zijn direct aanbestedingsplichtig. Zij worden dit pas indien zij bepaalde drempelwaarden overschrijden. De drempelwaarden voor overheidsopdrachten 2010-2011 zijn als volgt:

Centrale overheid:	
Werken	€4.845.000
Diensten	€125.000
Leveringen	€125.000

Decentrale overheid:	
Werken	€4.845.000
Diensten	€193.000
Leveringen	€193.000

Speciale sectoren:	
Werken	€4.845.000
Diensten	€387.000
Leveringen	€387.000

Voor de waarde wordt uitgegaan van de “geraamde waarde exclusief omzetbelasting”. Daarbij mogen aanbestedende diensten de opdrachten niet splitsen met het doel niet aan de aanbestedingsplicht te hoeven voldoen. Wel kan met betrekking tot werken worden gesplitst in tijd, hetgeen tot niet toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht kan leiden.

Bij de waarde dienen eventuele opties en verlengingen meegenomen te worden.

1.5. De bruidsschattheorie

Het aanbestedingsrecht is volledig van toepassing op opdrachten aan met de aanbestedende diensten verbonden ondernemingen met eigen rechtspersoonlijkheid (met uitzondering van de in 1.4. bedoelde ondernemingen). Dit kan tot problemen leiden in geval van privatisering, aangezien dit moeilijk is indien niet een goed gevulde orderportefeuille kan worden meegegeven. Om aan dit probleem tegemoet te komen is de bruidsschattheorie bedacht. Het meegeven van een bruidsschat is echter slechts aanvaardbaar indien:

- De bruidsschat betrekking heeft op werkzaamheden welke hetzelfde zijn als voorafgaand aan de privatisering;
- De omvang van de werkzaamheden is niet groter dan voorafgaand aan de verzelfstandiging;
- De duur van de opdrachtenstroom is niet langer dan noodzakelijk.

1.6. Duurcontracten

Met betrekking tot raamovereenkomsten heeft het aanbestedingsrecht een looptijdbeperking, deze beperking is echter niet van toepassing op de looptijd van onder de raamovereenkomst te sluiten overeenkomsten. Ook is er geen verbod op voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomsten van opdracht. Wel is vastgesteld dat wijzigingen in bepalingen van lopende overeenkomst worden gezien als een nieuwe overeenkomst, waarop het aanbestedingsrecht wederom van toepassing is.

1.7. Interne opdrachten

Indien een aanbestedende dienst een overeenkomst wil sluiten met een andere aanbestedende dienst, zijn de regels van het aanbestedingsrecht gewoon van toepassing. Het argument dat de aanbestedende diensten een economische eenheid vormen heeft dan ook geen werking. Dit is slechts anders indien het territoriale lichaam op de betrokken personen toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.⁵

1.8. Aanbestedingsprocedures

Het aanbestedingsrecht kent verschillende procedures om tot een uiteindelijke overeenkomst te komen:

- Openbare procedure
Procedure van een ronde. De aanbesteding wordt algemeen bekend gemaakt en iedere geïnteresseerde aanbieder kan deelnemen. De aanbesteder kan bepaalde criteria opstellen waar de aanbieder aan moet voldoen om in aanmerking te komen voor de opdracht, maar er mag niet onderhandeld worden.
- Niet- openbare procedure

⁵ Hof van justitie van de Europese Gemeenschap in de zaak Teckal

Oftewel aanbesteding met voorafgaande selectie. Bestaat uit twee ronden en wordt algemeen bekend gemaakt. In de eerste ronde kan iedere geïnteresseerde aanbieder deelnemen, uit deze aanbieders kiest de aanbesteder een aantal gegadigden, welke tot de tweede ronde worden toegelaten. Ook hier geldt dat er niet onderhandeld mag worden. Het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd dient groot genoeg te zijn om een daadwerkelijke mededing te waarborgen.

- Onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging
De onderhandelingsprocedure onderscheidt zich van de niet-openbare procedure door dat de aanbesteder met de aanbieders mag onderhandelen. Wel dienen ten minste drie gegadigden tot de onderhandelingsfase worden toegelaten.
- Concurrentiegericht dialogoog
“ Een procedure waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbestedende dienst een dialoog voert met de tot de procedure toegelaten ondernemers, teneinde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven”.⁶
- Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging
Een aanbesteding die niet algemeen bekend gemaakt hoeft te worden. De aanbesteder kiest zelf gegadigden waarmee hij overlegt en onderhandelt
- Prijsvraag voor ontwerpen
Eigenlijk geen aanbesteding, maar in het aanbestedingsrecht is bepaald dat aan de winnaar van de prijsvraag de bijbehorende opdracht gegund mag worden. Deze prijsvragen zelf zijn onder bepaalde voorwaarden wel onderworpen aan de regels van het aanbestedingsrecht

In de hoofdregel wordt gebruik gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure.

1.9. Beoordelingscriteria

Aan de hand van criteria wordt bepaald welke aanbieder de opdracht gegund wordt. Er wordt onderscheid gemaakt tussen uitsluitingsgronden (met betrekking tot de

⁶ Artikel 1 sub v. Bao

aanbieder), minimum eisen (met betrekking tot de aanbieder) en selectiecriteria. Oftewel de kwalitatieve selectiecriteria. Daarnaast zijn er gunningscriteria, welke zien op de inhoud van de opdracht. De wet bepaalt dus op welke gronden een inschrijver de opdracht kan verkrijgen. Per aanbieder worden de criteria met punten beoordeeld, de partij met het hoogst aantal punten wordt de opdracht gegund.

1.9.1. Uitsluitingscriteria

Het aanbestedingsrecht bepaalt wanneer een inschrijver uitgesloten moet worden. Hierbij worden dwingende (op grond waarvan een inschrijver moet worden uitgesloten) en facultatieve uitsluitingsgronden (op grond waarvan een inschrijver kan worden uitgesloten) onderscheiden. Daarnaast regelt de wet met welke bewijsmiddelen een inschrijver kan aantonen niet aan deze criteria te voldoen.

Dwingende uitsluitingsgronden

- Deelneming aan een criminele organisatie;
- Omkoping;
- Fraude;
- Witwassen van geld.

Facultatieve uitsluitingsgronden:

- In staat van faillissement verkeren
- Aanvraag van faillissement of surseance van betaling
- Begaan van delict in strijd met beroeps gedragsregels
- Ernstige fout hebben begaan bij uitoefening van beroep
- Niet hebben voldaan aan socialezekerheidsverplichtingen of belastingen
- Het geven van valse verklaringen.

1.9.2. Geschiktheidseisen

Geschiktheidseisen hebben betrekking op de financiële en economische draagkracht en de technische- en beroepsbekwaamheid. Op grond van deze eisen kan een inschrijver terzijde worden geschoven, of niet tot inschrijving worden uitgenodigd. De wet heeft hieromtrent slechts bepaald welke bewijsmiddelen gebruikt kunnen worden, en dat de eisen verband moeten houden en in verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht. De eisen moeten vooraf worden bekendgemaakt, en mogen ten tijde van de aanbestedingsprocedure niet meer worden gewijzigd. Het is

toegestaan een lijst bij te houden van ondernemingen die aan deze eisen voldoen, en vervolgens slechts deze ondernemingen opdrachten te gunnen.

1.9.3. Selectiecriteria

In geval er gebruik wordt gemaakt van een niet-openbare aanbestedingsprocedure, worden van de gegadigden een aantal deelnemers geselecteerd, welke daadwerkelijk mogen inschrijven. Ook dit proces is in de wet geregeld. De aanbestedende dienst dient gebruik te maken van objectieve en niet-discriminerende criteria, welke zij vooraf bekend maakt. Ook het minimum aantal dat zij wenst uit te nodigen dient bekend gemaakt te worden. Problematisch wordt het indien slechts één gegadigde aan alle vereisten voldoet, aangezien er dan geen sprake kan zijn van voldoende mededinging.

1.9.4. Gunningscriteria

Gunningscriteria hebben betrekking op de inhoud van de aanbieding (en dus niet op de inschrijver). De aanbesteder kan kiezen tussen twee typen; de inschrijving met de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving. De uiteindelijke bedoeling is het vinden van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. In geval de aanbesteder kiest voor de economisch meest voordelige inschrijving, hoeft dit dus niet de goedkoopste te zijn. De aanbesteder moet vooraf wel duidelijk aangeven welke criteria zij zal gebruiken, en deze dienen objectief te zijn.

Hoofdstuk 2

Aanbestedingsrecht en mededinging

Het aanbestedingsrecht richt zich voornamelijk tot de opdrachtgevers, het reguleert het gedrag aan de vraagzijde van de markt, en hoewel het doel is de concurrentie zo veel mogelijk te bevorderen, vormt de mededinging geen leidend beginsel van het aanbestedingsrecht.⁷

Toch is de mededinging erg belangrijk voor de aanbestedende markten. De markten welke gevoelig zijn voor bied-afspraken vertonen dezelfde kenmerken als de markten waarop het aanbestedingsrecht van toepassing is.⁸

Biedafspraken bij aanbestedingen beperken de mededinging aanzienlijk en leiden tot een prijs die ruim 36% te hoog kan zijn⁹. De verschillende vormen van afspraken zijn:¹⁰

- Biedonderdrukking of terugtrekking: ondernemingen spreken af niet mee te zullen bieden;
- Overbieding of schijnbieding: ondernemingen dienen bewust een te hoog bod in;
- Rotatiesystemen of marktverdelingen: afspraken wie wanneer welke opdracht mag winnen;
- Marktverdeling.

Uit vele voorbeelden blijkt dat aanbestede opdrachten gevoelig zijn voor biedafspraken. Een bekend Nederlands voorbeeld is de bouwfraude, waarbij uiteindelijk bijna 800 deelnemende bedrijven zijn beboet voor totaal bijna 100 miljoen euro. Ook in andere landen zijn voorbeelden te vinden van biedafspraken welke de concurrentie ernstig hebben benadeeld.

2.1. Factoren die kartelvorming beïnvloeden

In dit eerste gedeelte wordt ingaan op de verschillende factoren die kartels faciliteren, en daarbij wordt gekeken of de aspecten van het aanbestedingsrecht daaraan bijdragen.

De factoren die behandeld zullen worden zijn:¹¹

⁷ Meulenbelt (2005)

⁸ OECD. "Designing tenders to reduce bid rigging"

⁹ OECD. Zie bijlage 2

¹⁰ NMA. "Bid-rigging. Herkennen en voorkomen van samenspanning bij inkooptrajecten"

- Het aantal ondernemingen in de markt
- Toetreding
- Kopers-macht
- Symmetrie
- Vraag stabiliteit en herhaalde aankopen
- Transparantie
- Communicatie
- Duurcontracten

2.1.1. Het aantal ondernemingen in de markt

Om tot prijs of biedafspraken te komen, dient er door de ondernemingen overlegd te worden. Hoe minder ondernemingen er in de markt aanwezig zijn, hoe makkelijker het is om een overeenstemming te bereiken. Daarnaast is het aandeel in de winst groter als maar een beperkt aantal ondernemingen deelnemen in de kartel.

Uit onderzoek blijkt dat de concurrentie gewaarborgd blijft (en het risico op prijsafspraken wordt beperkt) als er in ieder geval meer dan vier ondernemingen mee doen in de markt, en het beste is als er tussen de zes en acht ondernemingen met elkaar concurreren om de opdracht.¹² Nog meer concurrerende ondernemingen zullen niet leiden tot nog lagere prijzen, maar maken het in stand houden van kartels wel moeilijker.

De bouwfraude is echter een voorbeeld dat ook met een groot aantal spelers prijsafspraken gemaakt kunnen worden, dit was mogelijk door het grote aantal opdrachten dat te verdelen viel, het bleef lucratiever om aan de prijsafspraken deel te nemen dan om hiervan af te wijken.

Gunnings-, selectie- en uitsluitingscriteria

Aan de hand van gunnings-, selectie- en uitsluitingscriteria creëert de aanbestedende dienst haar markt. Omdat de aanbestedende dienst deze criteria na bekendmaking niet meer mag wijzigen, en er ook aan gehouden is bij de selectie van de uiteindelijke winnaar, worden deze vaak zeer gedetailleerd opgesteld, zelfs met in acht neming van de beginselen van gelijke behandeling en proportionaliteit wordt de groep van potentiële inschrijvers mogelijk verkleind. Om toch de concurrentie te waarborgen heeft het aanbestedingsrecht voor bijvoorbeeld de procedure van onderhandeling

¹¹ Motta (2004)

¹² Gupta (2002)

met voorafgaande aankondiging het minimaal aantal gegadigden op drie gesteld, hetgeen volgens de economische onderzoeken¹³ eigenlijk te weinig is om een goede concurrentie te waarborgen.

Daarnaast wordt bij de niet-openbare procedure gesteld dat het aantal inschrijvers dat daadwerkelijk wordt uitgenodigd kan worden beperkt tot 5, zolang het aantal uitgenodigde gegadigden maar genoeg is om te spreken van daadwerkelijke mededinging. Hiermee lijkt het aanbestedingsrecht aan te sluiten bij de economische theorieën. Echter voor de overige aanbestedingsprocedures zijn geen minimumeisen gesteld aan het aantal deelnemers. Hierop is slechts de regel van toepassing dat het aantal uit te nodigen gegadigden in elk geval moet volstaan om een daadwerkelijke mededinging mogelijk te maken.¹⁴ Als vuistregel wordt hierbij echter aangenomen dat er sprake is van onvoldoende concurrentie bij minder dan drie gegadigden, hetgeen wederom niet strookt met de economische theorieën.

Combinatievorming¹⁵

In het aanbestedingsrecht is het in sommige gevallen toegestaan dat twee ondernemingen samen een bod doen. In eerste instantie staan de regels dit slechts toe indien de ondernemingen los van elkaar geen bod zouden kunnen doen, omdat zij niet aan de gestelde criteria voldoen, hetgeen een positief effect heeft op het aantal deelnemers. Daarbij is in beginsel samenwerking tussen concurrenten niet toegestaan. Er wordt echter een uitzondering gemaakt door de beleidsregels voor eenmalige samenwerkingsverbanden en als er in deze overeenkomst geen concurrentiebepalende bepalingen zijn opgenomen (behalve bepalingen die inherent zijn aan de gezamenlijke inschrijving en uitvoering). Door deze

¹³ Gupta (2002) onderzoekt de snelwegconstructie in Florida, welke opdracht werd vergeven door middel van een gesloten bieding. Gupta concludeert dat het winnende bod afneemt als het aantal deelnemers toeneemt, tot dat er zes tot acht deelnemende ondernemingen zijn. Selten (1973) gebruikt het Cournot model om de relatie tussen het aantal concurrenten en de marktprijs te onderzoeken, en concludeert dat prijsafspraken het makkelijkst gemaakt worden als er vier of minder deelnemers zijn. Weiss (1989) onderzocht verschillende papers met betrekking tot deze relatie en kwam tot de conclusie dat hoe meer concurrenten er in een markt aanwezig zijn, des te lager de marktprijs uiteindelijk zal worden. Brannman, Klien en Weiss. (1987) onderzochten specifiek de biedmarkt, om zo de relatie tussen het aantal biedingen en de prijs in kaart te brengen. Zij keken hiervoor naar diepzeewaterboringen, obligaties en houtkapping. Bij zes onderzoeken ontdekten zij dat het winnende bod lager is naarmate er meer biedingen zijn, en de prijs ongeveer gelijk is aan de competitieve prijs als er zeven of acht ondernemingen deelnemen. Bij de andere twee onderzoeken zijn hiervoor vijf bieders nodig.

De in deze onderzoeken gebruikte voorbeelden komen overeen met aanbestedingsplichtige opdrachten, waardoor de onderzoeken een goede indicatie geven voor het aantal noodzakelijke deelnemers om een optimale concurrentie te waarborgen.

¹⁴ Artikel 44 lid 5 BAO

¹⁵ Albano, Spagnolo, Zanza (2008)

uitzondering kunnen het aantal deelnemers aan de aanbestedingsprocedure aanmerkelijk afnemen, en zo kartelafspraken vergemakkelijken.

Over het algemeen kan gesteld worden dat het toelaten van combinatievorming tussen kleine bedrijven het aantal deelnemers positief beïnvloed; doordat zij anders niet hadden meegedaan. Echter het toestaan van samenwerking tussen grote ondernemingen heeft een negatieve invloed op de concurrentie.¹³

2.1.2. Toetreding

Hoe eenvoudiger het is voor nieuwe ondernemingen om tot de markt toe te treden, des te moeilijker het is om kartelafspraken in stand te houden. Door met lagere prijzen op de markt te komen, zal de kartel van de bestaande deelnemers ophouden te bestaan.

Daarbij groeit het aantal ondernemingen in de markt door de toetreding, hetgeen een negatief effect heeft op het instant houden van de kartels.

Gunnings-, selectie- en uitsluitingscriteria

Door het stellen van geschiktheidseisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht wordt de mogelijkheid van toetreding beperkt. Voor een startende onderneming is het bijvoorbeeld onmogelijk om omzetcijfers te overleggen.

Toetreding tot de aanbestedende markt is derhalve lastig, doordat er aan vele criteria voldaan moet worden. Het aanbestedingsrecht biedt hiervoor wel een oplossing, de combinatievorming. Dit is in het algemeen toegestaan indien de ondernemingen los van elkaar niet in aanmerking komen voor de opdracht.

Transactiekosten

Om in aanmerking te komen voor een opdracht dienen zeer veel gegevens te worden verstrekt aan de aanbestedende dienst. De transactiekosten, gemoeid met invullen van alle aanbestedingsdocumenten werpen een extra drempel op voor ondernemingen bij de overweging mee te dingen naar een overheidsopdracht, en hebben derhalve een negatieve invloed op de mogelijkheden tot toetreding.¹⁶

2.1.3. Kopers-macht

Een grote koper kan deze macht gebruiken om kartels tegen te gaan, door bijvoorbeeld te dreigen naar een andere verkoper te gaan, of te dreigen zelf te gaan produceren.

¹⁶ Pavel

Daarbij kan een grote koper, door zijn aankopen te bundelen, het aantrekkelijker maken voor de karteldeelnemers om af te wijken van de biedingsafspraken.

De koper kan echter ook haar macht misbruiken om de kartel juist in stand te houden. In dat geval spreekt men van corruptie. Door de inrichting van haar opdracht kan de aanbestedende dienst bijvoorbeeld haar eisen zo opstellen dat er toetredingsbarrières worden gecreëerd. Door opdrachten samen te voegen in een opdracht kunnen kartels zowel worden gestimuleerd, als minder aantrekkelijk gemaakt. Aan de ene kant geeft een ongebruikelijk grote opdracht redenen om van de prijsafspraken af te wijken¹⁷, waardoor de kartel wordt ontbonden, en is de volgende opdracht verder in de toekomst, waardoor afstraffing moeilijker wordt gemaakt. Van de andere kant is een erg grote opdracht juist aantrekkelijk om als onderwerp van prijsafspraken te gebruiken, aangezien daarbij veel winst gemaakt kan worden, neemt het de onzekerheid over toekomstige opdrachten weg (dit heeft immers een negatief effect op het in stand houden van kartels) waardoor het in stand houden van kartels makkelijker is.¹⁸ Deze effecten moeten door de aanbestedende dienst in acht genomen te worden bij het ontwerpen van de opdracht.

De koper kan daarnaast de rol spelen van toezichthouder op de kartel; hij heeft het overzicht over alle biedingen; en kan dit overzicht gebruiken om afwijkende ondernemingen te straffen.

Een andere vorm van machtsmisbruik door de aanbestedende dienst is favoritisme; hierbij krijgt een bepaalde onderneming een voorkeursbehandeling. Aanbestedende diensten hanteren soms zodanige gunningscriteria dat slechts een of enkele inschrijver(s) voor de gunning in aanmerking komen. Uit de rechtspraak valt echter af te leiden dat het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers hieraan niet in de weg staat, zelfs niet als alleen een onderneming die eigendom is van een aanbestedende dienst aan de gunningscriteria kan voldoen.¹⁹

2.1.4. Symmetrie

Ook de mate waarin ondernemingen op elkaar lijken draagt bij aan de mogelijkheden om tot een biedafpraak te komen. Vergelijkbare ondernemingen zullen eerder overeenstemming bereiken. En daarbij zorgt een gelijke omvang van ondernemingen voor minder prikkels om van de kartelafspraken af te wijken.

¹⁷ Motta (2004)

¹⁸ Lambert-Mogiliansky, Sonin (2006)

¹⁹ Bijvoorbeeld: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap in de zaak Concordia Bus Finland

Door het opstellen van criteria komen alleen bedrijven in aanmerking, die hieraan voldoen. Hiermee is per definitie voldaan aan de symmetrie, welke voordelig is voor kartelvorming.

Ook het toestaan van combinatievorming draagt bij aan de symmetrie tussen ondernemingen. Kleine bedrijven die immer alleen niet zouden deelnemen, “lijken” door de combinatievorming meer op de grote bedrijven (ze voldoen nu allen aan dezelfde criteria) hetgeen overeenstemming bereiken makkelijker maakt.

De combinatievorming van grote bedrijven kan echter tot zodanige efficiencyvoordelen leiden (schaalvoordelen, gedeelde vaste kosten, synergie) dat de symmetrie tussen bedrijven afneemt, doordat een deelnemer boven de anderen uitsteekt. In dat opzicht een positief effect op de bestrijding van kartels, helaas neemt het aantal deelnemers af. Deze effecten zullen tegen elkaar afgewogen moeten worden, om te bezien of er in een concreet geval sprake is van een kartel bevorderend of bestrijdend effect.²⁰

2.1.5. Vraag stabiliteit en herhaalde aankopen

Grote veranderingen in de vraag maken het lastig een kartelafspraken in stand te houden. Het wordt immers erg lucratief om af te wijken van de gemaakte afspraken zodra een flinke incidentele toename in de vraag wordt geobserveerd. Een constante vraag, welke niet aan al te hevige schommelingen onderworpen is, is dan ook een factor die helpt kartels in stand te houden.

Ook regelmatig en vergelijkbaar aankoopgedrag bevorderen de instandhouding van kartels aangezien het op tijd afstraffen mogelijk maakt.

Een abnormaal grote aankoop stimuleert afwijking, terwijl daarbij onregelmatige aankopen de afstraffing moeilijk maken.

Kenmerkend voor aanbestedende diensten en de levering van producten is dat deze herhaaldelijk voorkomen. Een blik op de aanbestedingskalender toont voorbeelden van opdrachten waarvan duidelijk is dat deze niet slechts eenmalig nodig zijn, maar bijvoorbeeld jaarlijks terug zullen keren. (bijvoorbeeld: aanschaf van kantoorartikelen, levering van werkkleding, levering van strooizout en de aanbesteding van het openbaar vervoer).²¹ Andere aanbestedingen zijn minder gelijkmatig verdeeld, te denken valt aan de bouw van een nieuw gemeentehuis, of de aanleg van een snelweg. Toch komen ook deze opdrachten van de overheid zelden

²⁰ Albano, Spagnolo, Zanza (2008)

²¹ www.aanbestedingskalender.nl

als een verassing, vaak valt al uit het beleid van de verschillende politieke partijen op te maken waar het geld naar toe zal gaan, hetgeen de vraag in ieder geval overzichtelijk maakt. Dit is echter inherent aan iedere overheidsaankoop, en dus niet een specifiek aspect van het aanbestedingsrecht dat kartelvorming faciliteert.

2.1.6. Transparantie

Om kartels in stand te houden is het van groot belang dat de deelnemers kunnen zien wanneer een van hen de afspraak breekt. In dat geval zullen ze namelijk de afwijkende deelnemer bestraffen.

De motiveringsplicht houdt in dat aanbesteders de volgende gegevens moeten publiceren:

- Het aantal ontvangen offertes;
- Betaalde prijs of prijzen;
- Waarde van de gegunde opdracht(en) of de hoogste en laagste inschrijving die bij de gunning in aanmerking genomen zijn;²²
- Naam van de begunstigde.²³

In beginsel zijn de aanbestedende diensten hier aan gehouden. Hierdoor is het voor de verliezers precies duidelijk wie er eventueel van hun kartelafspraken zijn afgeweken.

Er zijn mogelijkheden om deze prijzen niet te publiceren. Gronden hiervoor zijn als de openbaarmaking:

- De toepassing van het recht in de weg zou staan;
- Met het openbaar belang in strijd zou zijn;
- De rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden;
- Afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging.

Aangezien de transparantie in belangrijke mate bijdraagt aan het in stand houden van kartels door de mogelijkheid te bieden afwijkers te identificeren, zou de openbaarmaking van namen en prijzen eigenlijk te allen tijde niet verplicht dienen te zijn. De motiveringsplicht dient om de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing na te kunnen gaan, hiervoor zijn de namen in principe niet noodzakelijk.

²² Bijlage 4 A bij het Bao

²³ Artikel 42 Bao

2.1.7. Communicatie

Kartels kunnen zonder communicatie tussen de deelnemende partijen ontstaan, maar dit is erg lastig. De mogelijkheid tot communicatie bevordert het kartelvormen aanzienlijk.

Veel aanbestedende diensten maken gebruik van informatiebijeenkomsten om hun opdracht nader toe te lichten. Ook nodigen zij de potentiële deelnemers uit om bijvoorbeeld de bouwplaats te komen bekijken. Dit is het ideale moment voor de aanbieders om elkaar te ontmoeten en signalen te geven over hun prijs.²⁴

2.1.8. Duurcontracten

Onder het aanbestedingsrecht bestaat slechts een looptijdbeperking voor raamovereenkomsten, deze vindt echter geen toepassing op de opdrachten welke onder de raamovereenkomst komen te vallen. Deze kunnen zelfs voor onbepaalde tijd gesloten worden. Dit kan de concurrentie ernstig beperken, doordat de markt verstart, en bepaalde ondernemingen zijn uitgesloten van deelname. Dit lijkt niet het doel te zijn van het aanbestedingsrecht. Omdat in de wet zelf hiervoor geen oplossing is gegeven heeft de rechter uiteindelijk bepaald dat indien bepalingen in de opdrachten onder de raamovereenkomst gewijzigd worden, dit duidt op de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen. Dit moet worden gezien als een nieuwe overeenkomst, waarop het aanbestedingsrecht van toepassing is. Onder omstandigheden hoeft hier echter geen sprake van te zijn.²⁵ De rechter en het aanbestedingsrecht blijven onduidelijk, waardoor duurovereenkomsten problematisch voor de concurrentie kunnen blijven, en tegen het doel van het aanbestedingsrecht indruisen.

2.2. Voorkoming van samenspanning

Reeds bij het opstellen van de aanbestedingsdocumenten kan de aanbestedende dienst al rekening houden met mogelijke biedafspraken. Door de documenten op een bepaalde manier in te richten, kan getracht worden dit te voorkomen. De OECD heeft een richtlijn opgesteld voor het indelen van de aanbestedingsdocumenten om biedafspraken tegen te gaan. Door de volgende punten in het oog te houden, wordt kartelvorming moeilijker.

²⁴ NMA. "Bid-rigging. Herkennen en voorkomen van samenspanning bij inkooptrajecten"

²⁵ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap in de zaak Presstext

- Stel niet zodanig veel criteria op dat het aantal potentiële bidders alleen al daarom omlaag gaat.
- Door hoge eisen te stellen aan de omzet worden kleine ondernemingen uitgesloten van deelname.
- Maak het niet onmogelijk voor buitenlandse ondernemingen om mee te dingen.
- De bidders dienen pas gekozen te worden tijdens het proces en niet van te voren, indien zij immers van te voren al uitgekozen zijn is kartelvorming makkelijk. Door onduidelijkheid te geven over het aantal uit te nodigen ondernemingen wordt kartelvorming lastiger.
- Houd de voorbereidingskosten voor ondernemingen zo laag mogelijk.
- Deel grote opdrachten op in onderdelen, zodat ook kleine ondernemingen een kans maken. (Dit is juridisch mogelijk zolang het opdelen van de opdracht er niet toe leidt dat de aanbestedingsplicht wordt omzeilt.)
- In het geval dat te weinig bidders zich aanmelden, is het beter om uit dit kleine aantal een zo lucratief mogelijk aanbod te halen, dan een nieuwe aanbesteding te starten; aangezien dit aangeeft dat de competitie schaars is, en kartelvorming vergemakkelijkt.
- Maak gebruik van elektronisch bieden om communicatie tussen bidders te voorkomen.
- Geef zo min mogelijk competitie gevoelige informatie prijs.
- Wees voorzichtig met het gebruik van consultants, deze kennen de biedende partijen. Het beste is het biedproces binnenshuis te organiseren.
- Door de deelnemers een model K verklaring te laten invullen verklaren zij dat de inschrijving niet is beïnvloed door een onrechtmatige mededingingsafspraken gemaakt met concurrenten.
- Wees voorzichtig met combinatievorming.
- Geef de huidige opdrachtnemer geen voorkeursbehandeling.
- In geval van identieke biedingen is het verstandig dit verder te onderzoeken, en er niet voor te kiezen het contract te delen.
- Houd de biedingen zoveel mogelijk geheim.

Door deze punten in aanmerking te nemen zullen de aspecten uit het aanbestedingsrecht die normaal gesproken kartelvorming faciliteren, zoveel mogelijk ontweken worden, waardoor een eerlijke mededinging meer kans maakt.

Daarbij dient een mechanisme aanwezig te zijn om ook daadwerkelijk wat te doen ingeval vermoed wordt dat er kartelafspraken gemaakt zijn. Overige ondernemingen moeten bijvoorbeeld kunnen klagen. Daarnaast moeten de werknemers van de aanbestedende dienst getraind zijn om kartelafspraken te signaleren.²⁶

2.3. Signalen die duiden op bied-afspraken

Verschillende signalen kunnen er op duiden dat er geen sprake is van eerlijke mededinging, maar dat de deelnemende partijen afspraken hebben gemaakt over hun biedgedrag. Hier volgt een overzicht van de verschillende signalen;

- Bepaalde ondernemingen winnen nooit
- Er schrijven minder ondernemingen in dan normaal
- Ondernemingen waarvan wel te verwachten valt dat ze inschrijven, schrijven zich niet in
- De winnaar geeft onderdelen van het contract in onderaanbesteding aan concurrenten
- Er is een patroon van winnaars
- De prijs is veel hoger dan bij vergelijkbare aanbestedingen
- Er is een groot verschil tussen de winnaar en andere bidders
- Concurrenten wisselen publiekelijk prijsinformatie met elkaar uit
- Lokale bidders schrijven lokaal hoger (minder competitief) in dan elders
- Aanbidders hanteren dezelfde prijzen en voorwaarden (en wijzigen deze tegelijk)
- Inschrijvingen hebben dezelfde lay-out, inclusief dezelfde spellingsfouten
- Concurrenten doen een gezamenlijk bod terwijl ze ook zelf in staat zouden zijn de opdracht uit te voeren
- Aanbidders hebben contact met elkaar

Indien deze signalen zich voordoen zijn de ondernemingen niet direct strafbaar, wel is er kans dat de aanbidders afspraken met elkaar hebben gemaakt. Verder onderzoek is dan wenselijk.²⁷

²⁶ OECD. "Designing tenders to reduce bid rigging"

²⁷ NMA. "Bid-rigging. Herkennen en voorkomen van samenspanning bij inkooptrajecten"

2.4. Conclusie

Verskillende factoren die van invloed zijn op kartelvorming worden door het aanbestedingsrecht gevoed. De NMA en de OECD zijn hiervan op de hoogte, en proberen dan ook om de aanbestedende diensten te helpen hun aanbestedingen zodanig in te richten dat kartelvorming moeilijker wordt. De signalen voor kartelvorming zijn duidelijk. Van belang is dat de aanbestedende diensten hier dan ook extra op letten.

Hoofdstuk 3

Efficiency

Op basis van een puntensysteem volgt er uit de inschrijvingen een winnaar, per opgesteld criteria vallen er punten te verdienen, en de partij met het hoogst aantal punten heeft uiteindelijk het beste aanbod, en aan deze zal dan ook de opdracht gegund worden.

De vereisten van transparantie en gelijke behandeling dient de aanbesteder zich strikt aan de vooraf opgestelde criteria en de daarbij behorende puntenverdeling te houden. Achteraf moet immers na te gaan zijn of de winnaar op een eerlijke manier de opdracht heeft gekregen. Hiervoor is ook het motiveringsbeginsel van belang, dit zorgt er voor dat achteraf precies is na te gaan waarom deelnemers de punten hebben ontvangen. Indien blijkt dat de punten niet eerlijk zijn verdeeld, kan de rechter hierover oordelen.

De op te stellen criteria zijn echter beperkt tot gunnings- en eventueel selectiecriteria. Deze zien op de economische draagkracht en de technische en beroepsbekwaamheid. Het belang van reputatie, of een opgebouwde band kunnen zo niet in aanmerking genomen worden. Ook kunnen inschrijvers strategisch of manipulatief biedgedrag vertonen, om zoveel mogelijk punten te scoren.

Daar komt nog bij dat de aanbesteding voor zowel de aanbestedende dienst als de inschrijvers een kostbare procedure is.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de effecten van het aanbestedingsrecht op de efficiëntie door achtereenvolgens te kijken naar het belang van reputatie (en hoe dit toch meegewogen kan worden), het effect van aanbestedingen op de innovaties, de transactiekosten welke gemoeid zijn met het aanbesteden, het effect van strategisch biedgedrag, en de in het aanbestedingsrecht ingebouwde bruidschattheorie.

3.1. Belang van reputatie

De winnaar van de opdracht heeft het economisch meest voordelige bod gedaan, of het bod met de laagste prijs. Dit leidt tot over-opportunistisch gedrag van de deelnemende ondernemingen, door een zo laag mogelijk bod in te dienen, ook al zijn ze eigenlijk niet in staat het bod tegen deze prijs ook daadwerkelijk uit te voeren. Doordat het moeilijk aan te tonen is dat latere aanvullingen op de prijs te wijten zijn aan over opportuniteit van de opdrachtnemer, of door externe factoren, en een rechtszaak om dit uit te zoeken niet altijd wordt gestart omdat dit leidt tot nog

hogere kosten en meer vertraging, ontstaat er een moral hazard probleem bij de uitvoering van het project als het de ondernemingen uiteindelijk niet lukt om de opdracht voor de afgesproken prijs af te maken. In de private markten wordt dit probleem opgelost door groot belang te hechten aan reputatie, dit valt echter niet af te leiden uit de karakteristieken die volgen uit de opgestelde criteria, maar alleen uit het gedrag van de deelnemende ondernemingen in het verleden. Verschillende economen zien als een oplossing om reputatie onderdeel van het aanbestedingsrecht te maken het uitsluiten van ondernemingen die zich niet aan de afspraken houden van volgende aanbestedingsprocedures.²⁸ Dit heeft verschillende nadelen, waardoor een mechanisme om ondernemingen te belonen indien zij zich wel aan de afspraken houden mogelijk beter werkt. In dat geval hebben ondernemingen een doel om zich loyaal op te stellen. Dit valt te vergelijken met het no-claim systeem dat verzekeringen gebruiken. Door loyale ondernemingen te belonen in de toekomst, hangen hun toekomstige inkomsten af van het gedrag in het verleden, waardoor ook daadwerkelijk de meest efficiënte inschrijver gekozen kan worden. Dit systeem levert wel problemen op voor nieuwe toetreders op de markt. Zij hebben nog geen goede reputatie, en op deze manier is het ook onmogelijk om deze te verkrijgen.²⁹

Reputatie is vooral van belang bij complexe projecten zoals het ontwerp en de bouw van bijvoorbeeld een gebouw of brug, aangezien uit de praktijk blijkt dat deze nogal wat bijkomende kosten hebben, welke niet in het bod naar voren komen. Voor eenvoudige projecten, zoals bijvoorbeeld de levering van bureaustoelen of strooizout is een vaste prijs beter te handhaven, waardoor aan reputatie een minder grote waarde wordt gehecht.

3.2. Effect op innovaties

Het aanbestedingsrecht heeft op twee manieren invloed op het aantal investeringen dat ondernemingen doen.

Allereerst is het hebben van zeer lage kosten van belang om de uiteindelijke winnaar te worden, de prijs is immers voor een belangrijk gedeelte opgebouwd uit de kosten, en de prijs is ook een belangrijk criteria bij het gunnen van de opdracht. Om de prijs zo laag mogelijk te houden hebben ondernemingen de neiging om vooral te investeren in kostenverlaging en minder in R&D, waardoor vervolgens mogelijk niet met de beste technologie gewerkt zal worden. Dit kan worden opgelost door het

²⁸ Kim (1998)

²⁹ Doni (2006)

stellen van technische vereisten in de aanbestedingsdocumenten. Hiervoor is uiteraard wel vereist dat een onderneming de innovatie reeds heeft gedaan, zodat de aanbestedende dienst de technische vereisten kán stellen.

Een tweede probleem met investeringen is gerelateerd aan het zogenaamde “hold-up problem”, dit doet zich voor indien de samenwerking tussen partijen het efficiëntst is als een van de twee een investering doet, maar deze zich hiervan weerhoudt omdat de investering de andere partij te veel macht geeft, hetgeen tot minder winst voor de investerende partij kan leiden. Bij aanbestedingsopdrachten weten ondernemingen dat zij de opdracht slechts voor een bepaalde tijd uitvoeren. Noodzakelijke investeringen zullen zij niet doen, omdat zij onzeker zijn of deze investeringen wel terugverdiend zullen worden. In dat geval zal deze onderneming in de volgende periode een hoger bod indienen, om zo de innovatie te kunnen bekostigen. Indien slechts de huidige opdrachtnemer op de hoogte is van de noodzakelijke innovaties, zal een andere onderneming de aanbesteding winnen. Er is dan sprake van een “winner’s curse”: Het winnen is een signaal dat de inschatting van de winnaar te optimistisch was. De winnaar weet dan dat de vorige opdrachtnemer een hoog bod heeft gedaan, waardoor er waarschijnlijk flinke innovaties noodzakelijk zijn. Dit probleem deed zich bijvoorbeeld voor bij de Franse waterdistributie.³⁰ Om dit probleem te voorkomen is het van belang dat de huidige opdrachtnemer niet over meer informatie beschikt dan de nieuwe deelnemers aan de aanbesteding.

In de aanbesteding van het Nederlandse openbaar vervoer is dit bijvoorbeeld opgelost door voor iedere nieuwe opdracht te vereisen dat er met nieuwe bussen wordt gereden, dit gaat mogelijk weer wat te ver.

3.3. Strategisch biedgedrag

Doordat van te voren precies bekend is welke gunningscriteria de aanbestedende dienst gaat gebruiken, en welke waardering daaraan gehecht wordt, komt het regelmatig voor dat de inschrijvers hier gebruik van maken door hun inschrijving zo in te richten dat een maximaal aantal punten gescoord wordt. Dit kan door voor bepaalde onderdelen €0,- te bieden. Hierop worden dan de maximale punten gescoord. Hierdoor komt het streven naar de kwalitatief beste bieding een beetje op de achtergrond. Daarbij wordt vaak gebruik gemaakt van vaste kwaliteitsstandaarden, zodat kwaliteit op zich niet naar voren komt in de

³⁰ Aubert, Bontems, Salanie (2006)

procedure.³¹ Strategisch bieden is geoorloofd, maar draagt niet bij aan het vinden van de beste kandidaat voor de opdracht.³²

Een andere vorm van strategisch biedgedrag komt voor bij complexere contracten. Kenmerkend voor deze contracten is dat onderdelen vaak later aangepast dienen te worden, omdat het bestek er niet duidelijk over is geweest, of een verkeerde insteek heeft gehad. Indien deze aanpassing te wijten is aan een fout van de aanbestedende dienst, hoeft de winnaar van de opdracht niet voor de kosten op te draaien, maar zullen deze betaald dienen te worden door de aanbestedende dienst. De inschrijvers kunnen op deze ex-post kosten anticiperen, aangezien zij vaak meer kennis over het project en de risico's hebben dan de aanbestedende dienst.³³ Wanneer de aanbestedende dienst bijvoorbeeld een onderdeel is vergeten op te nemen in het bestek kunnen de inschrijvers een lager bod doen, wetende dat bijkomende kosten later door de aanbestedende dienst vergoed zullen worden. Het geboden bedrag is in dat geval niet reëel, waardoor mogelijk niet de meest efficiënte inschrijver wint. Er zijn verschillende mogelijkheden om strategisch biedgedrag te voorkomen. Allereerst kan een bod, dat strategisch is ingediend om deze reden worden geweigerd. Maar dit gaat in tegen het doel, om het laagste bod te kiezen, waardoor het afwijzen van het winnende bod betekent dat een hoger bod gekozen moet worden. Daarnaast kan getracht worden een optimale score verdeling vast te stellen. Door aan onderdelen waar vaak €0,- als prijs wordt ingevuld een laag puntentotaal toe te rekenen, wordt strategisch bieden onaantrekkelijker. Een nadeel is dat hiervoor veel kennis over de kostenstructuur nodig is, terwijl ook inefficiënte bedrijven bij deze puntenverdeling geholpen zijn, met het risico dat zij zelfs winnen. Ook zullen deelnemende ondernemingen dan wel weer een ander onderdeel vinden waar zij laag op in kunnen zetten. Een clause waarin staat dat een prijs opnieuw vastgesteld moet worden als deze tussen de 10% en 25% van de vooraf vastgestelde marktprijs afwijkt kan ook helpen. Er zijn echter wel experts nodig om deze prijzen in te schatten, en ook zij kunnen er naast zitten. Een laatste oplossing om strategisch biedgedrag tegen te gaan is het geheim houden van de puntenverdeling, strategisch bieden wordt dan erg risicovol, en de kans dat ondernemingen zich er van weerhouden is groot. Helaas staat de Europese regelgeving gehele geheimhouding niet toe, het is slechts mogelijk om een spreiding aan te geven (bijvoorbeeld: voor dit

³¹ Renes (2011)

³² Pijnacker Hordijk, van der Bend, van Nouhuys (2009)

³³ Yvrande-Billon (2006)

onderdeel kunnen tussen twee en zeven punten gescoord worden.)³⁴ Hiermee wordt strategisch bieden in ieder geval lastiger, maar helemaal voorkomen lijkt nog niet mogelijk.

Het bovenstaande in ogenschouw nemende is voor complexe projecten een onderhandelingsprocedure te prefereren boven de aanbestedingsprocedure.³⁵

3.4. Transactie kosten

Het aanbestedingsproces brengt aanzienlijke kosten met zich mee, zowel voor de aanbestedende diensten als voor de inschrijvers. De vraag is of deze transactiekosten, indien meegenomen in de totale kosten er toe leiden dat het aanbestedingsproces uiteindelijk niet leidt tot juist hogere kosten dan indien een normale onderhandelingsprocedure wordt gevolgd.

Transactiekosten voor aanbestedende diensten

De kosten voor de aanbestedende dienst bestaan bijvoorbeeld uit het in het leven roepen van een orgaan dat zich bezig houdt met de aanbestedingen, het opstellen van de aanbestedingsdocumenten, het inhuren van experts om het bestek zo volledig mogelijk te maken (ter voorkoming van de anticipatie op gebreken door de inschrijvingen, zoals beschreven in 3.3.) en kosten van juridische hulp bij het opstellen van contracten.

Transactiekosten voor inschrijvers

Voor de inschrijvers bestaan de kosten uit het invullen van de inschrijving, en het onderzoek wat daarbij komt kijken om het zo volledig en gunstig mogelijk in te vullen en het voldoen aan de vereiste kwaliteiten.

Deze kosten leiden tot minder winst voor de inschrijvers, of indien het voor hen mogelijk is de kosten door te schuiven naar de overheid; hogere kosten voor de overheid. Ook leidt de wetenschap dat er niet altijd gewonnen zal worden er toe dat de kosten voor de niet gewonnen opdrachten worden meegenomen bij het indienen van een bod, waardoor de uiteindelijke prijs hoger uit zal vallen.

Ook na afloop van de aanbestedingsprocedure zijn er nog verschillende transactiekosten, bijvoorbeeld indien een contract aangepast dient te worden, of in

³⁴ Renes (2011)

³⁵ Bajari, McMillan, Tadelis (2008)

geval van ernstige onenigheid de kosten van een rechtszaak. Deze kosten zouden mogelijk lager zijn indien er over het contract onderhandeld was.

Voor de beoordeling van het effect van de transactiekosten is het van belang vanuit welk oogpunt wordt gekeken. Vanuit het oogpunt van de publieke sector, of vanuit het oogpunt van de totale welvaart. Problematisch hierbij is dat een reductie in de kosten voor de overheid hoogstwaarschijnlijk een kostenstijging voor de deelnemers meebrengt (bijvoorbeeld: minder uitgebreide aanbestedingsdocumenten vragen meer onderzoek van de deelnemers).³⁶

Effect op totale welvaart

Voor de totale welvaart is het zeer inefficiënt dat alle ondernemingen die deelnemen aan de aanbesteding dezelfde kosten moeten maken, terwijl slechts een van hen er uiteindelijk de opdracht mee kan winnen. De transactiekosten hebben dan ook een negatief effect op de totale welvaart. Voor maximalisering van de totale welvaart zou de focus moeten liggen op het reduceren van zowel de transactiekosten van de aanbestedende dienst, als van de deelnemende ondernemingen.

Door het bestaan van hoge transactiekosten zal de uiteindelijke prijs hoger zijn dan indien gebruik wordt gemaakt van een procedure waarbij minder transactiekosten gemaakt worden. De hogere prijs heeft van de ene kant een negatief effect op de totale welvaart, aangezien het gaat om overheidsopdrachten welke door de belastingbetalers worden betaald. Maar in de totale welvaart wordt ook de winst van ondernemingen meegenomen, waardoor hogere prijzen juist een positief effect zouden hebben op de totale welvaart, het effect van de prijs op de totale welvaart valt derhalve niet direct te zeggen.

Effect op kosten van de aanbesteder

Vanuit het opzicht van de publieke sector is het feit dat zeer veel ondernemingen dezelfde kosten maken minder van belang, aangezien zij streven naar de economisch meest voordelige inschrijving. Het reduceren van de kosten van de inschrijvers is voor de aanbesteder dan ook geen prioriteit, waarschijnlijk zal zij voornamelijk een kostenreductie voor zichzelf nastreven.

³⁶ Pavel

3.5. Bruidschattheorie

Om er voor te zorgen dat een voormalig overheidsbedrijf in geprivatiseerde vorm ook stand houdt, is de bruidschattheorie bedacht in het aanbestedingsrecht. Deze voorziening geeft overheidsinstellingen de mogelijkheid om net geprivatiseerde ondernemingen tijdelijk van opdrachten te blijven voorzien, waardoor zij dus een voorsprong hebben op de andere ondernemingen bij het aanbesteden van opdrachten. Door het beschermen van de voormalige overheidsonderneming worden mogelijk efficiëntere ondernemingen benadeeld. Gevolg hiervan is dat de opdracht niet door de beste mogelijke partij wordt uitgevoerd, hetgeen de welvaart geen goed doet. Vooral indien de geprivatiseerde onderneming een monopoliepositie had toen zij nog in handen van de overheid was, is er grote kans dat zij achterloopt op de ondernemingen in de private markt, omdat ze de noodzaak om te innoveren niet heeft gekend.³⁷ Pas indien de geprivatiseerde onderneming op eigen benen mee kan draaien in de private markt is zij efficiënt genoeg, indien ondersteuning nodig is, kan zij mogelijk beter direct van de markt verdwijnen.

3.6. Conclusie

Vooral voor zeer complexe projecten lijkt het aanbestedingsrecht niet altijd tot de meest efficiënte oplossing te komen, en is onderhandelen misschien een betere methode. Op deze manier wordt bespaard op transactiekosten, kunnen mogelijke gebreken in het bestek naar boven komen en van te voren meer afspraken gemaakt worden, zodat ook achteraf niet extra kosten berekend zullen worden. Ook strategisch biedgedrag zal geen rol spelen, immer opdrachten worden immers niet via biedingen en puntenverdelingen verleend, maar via onderhandelingen. Tenslotte zullen onderhandelingen het belang van reputatie beter erkennen.

Voor eenvoudigere inkoopopdrachten zullen de bovengenoemde efficiency problemen een minder groot probleem opleveren, waardoor voor deze opdrachten het aanbestedingsrecht wel een geschikte methode is om tot de economisch voordeligste oplossing te komen.³⁸

³⁷ Motta (2004)

³⁸ Bajari, McMillan, Tadelis (2008)

Conclusie

In deze scriptie is gekeken of het aanbestedingsrecht bijdraagt aan de factoren die kartelvorming beïnvloeden, en of het aanbestedingsrecht in het algemeen wel leidt tot het beste resultaat.

Kartelvorming

Een aantal aspecten van het aanbestedingsrecht hebben inderdaad een positief effect op het faciliteren van kartels. Zo zorgen de gunningscriteria, die gehanteerd worden om de winnaar te selecteren, voor minder deelnemende ondernemingen die ook nog eens meer op elkaar lijken, hetgeen het bereiken van een biedafpraak vereenvoudigt. Ook het transparantiebeginsel dat van groot belang is voor het aanbestedingsrecht draagt bij aan de kartelvorming. Het maakt het namelijk eenvoudiger om te zien wanneer een partij zich niet aan de afspraken houdt, waarvoor vervolgens gestraft kan worden. Verder zorgen de transactiekosten welke gemoeid gaan met het inschrijven voor een aanbestedingsopdracht voor toetredingsbarrières. Tenslotte kan de aanbestedende dienst haar kopersmacht misbruiken, en zo de kartels juist stimuleren of er voor zorgen dat haar favoriete onderneming de opdracht wint.

Combinatievorming heeft zowel een positief als een negatief effect op de kartelvorming. Aan de ene kant zorgt het toestaan van combinaties tussen kleine ondernemingen voor meer deelnemers, terwijl van de andere kant het toestaan van combinaties van grote ondernemingen (die ook zelf in staat zijn deel te nemen) voor minder deelnemers, maar ook meteen minder symmetrie en schaalvoordelen. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval of combinatievorming wenselijk is. Al met al faciliteert het aanbestedingsrecht kartelvorming op meerdere manieren. Gelukkig zijn het OECD en de NMA hiervan ook op de hoogte, en hebben zij richtlijnen opgesteld om kartelvorming zo veel mogelijk tegen te gaan. De aanbestedingsmarkt blijft echter gevoelig voor prijs- en biedafspraken omdat er nou eenmaal grote bedragen mee gemoeid gaan.

Efficiency

Met betrekking tot de efficiency van het aanbestedingsrecht heb ik gekeken naar het belang van reputatie, het effect op innovaties, strategisch biedgedrag, transactiekosten en de bruidschattheorie.

Het belang van reputatie is door het aanbestedingsrecht een beetje onderbelicht. Door het opstellen van criteria kan er gekeken worden of een onderneming op papier geschikt is voor de opdracht, maar of de daadwerkelijke uitvoering ook goed zal gaan valt toch voornamelijk op te maken uit gedragingen uit het verleden, hetgeen in een onderhandelings situatie beter naar voren komt (vooral ook omdat dan gemakkelijker steeds dezelfde partij gekozen kan worden; hetgeen de loyaliteit bevordert). Dit kan echter ook nadelige effecten hebben. Zo vermindert de competitie en kan de vaste opdrachtnemer van de overheid een soort monopoliepositie verkrijgen. Ook maakt het dat de aanbestedende dienst minder op de hoogte is van efficiëntere bedrijven, doordat ze niet verder kijkt dan de huidige opdrachtnemer. Dit alles leidt tot minder efficiëntie en hogere prijzen. Voor deze problemen biedt het aanbestedingsrecht wel degelijk een goede oplossing, het werkt echter nieuwe problemen in de hand.

De onzekerheid voor ondernemingen om nog een keer een opdracht te krijgen, ze moeten immers weer bieden, kan een negatief effect hebben op de wil om te innoveren, daarbij zijn de transactiekosten door de vereiste transparantie en het verbod om naderhand nog iets te wijzigen erg hoog, vooral bij complexe projecten die veel uitzoekwerk van zowel de aanbestedende dienst als de inschrijvers vragen. Doordat alle deelnemende ondernemingen deze kosten moeten maken, en slechts een onderneming uiteindelijk de opdracht gegund wordt, kan het prijsvoordeel mogelijk niet opwegen tegen de negatieve effecten van al deze transactiekosten op de totale welvaart.

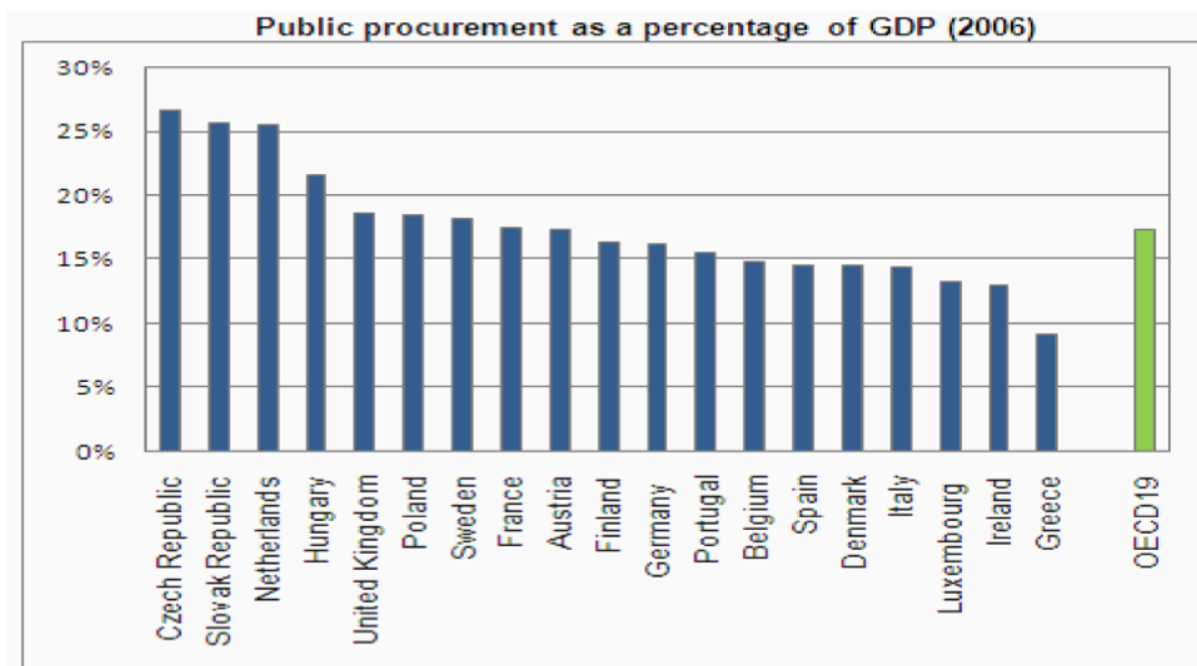
Een ander nadeel dat complexe contracten met zich meebrengen is de onvolledigheid. Een slimme aannemer anticipeert daarop, door een lager bod uit te brengen, en de onvoorziene kosten later alsnog te declareren. Hierdoor kan de prijs uiteindelijk aanzienlijk hoger uitvallen dan het gedane bod, waardoor het hele door het aanbestedingsrecht bedoelde effect te niet wordt gedaan.

Ten slotte heeft het aanbestedingsrecht nog de zogenaamde bruidsschattheorie, deze biedt de mogelijkheid om zojuist geprivatiseerde ondernemingen van opdrachten te blijven voorzien buiten het aanbestedingsrecht om. Hierdoor maken mogelijk efficiëntere bedrijven geen kans.

Wat efficiëntie betreft lijkt het voor complexe opdrachten vaak beter om gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure dan van de aanbestedingsprocedure. In sommige gevallen kan hiervoor gebruik gemaakt worden van de procedure van de concurrentiegerichte dialoog. Voor relatief eenvoudige inkoopopdrachten zal het

aanbestedingsrecht vaak inderdaad zorgen voor het vinden van de economisch meest voordelige winnaar, al blijft de aanbestedingsprocedure een kostbare methode.

Bijlage 1



Bijlage 2

Surveys of cartel overcharges

Reference	Number of Cartels	Mean Overcharge (percent)	Median Overcharge (percent)
Cohen and Scheffman (1989)	5-7	7.7-10.8	7.8-14.0
Werden (2003)	13	21	18
Posner (2001)	12	49	38
Levenstein and Suslow (2002)	22	43	44.5
Griffin (1989)	38	46	44
OECD (2003), excluding peaks	12	15.75	12.75
Weighted average	102-104	36.7	34.6

Literatuuroverzicht

Albano, Gian L., Spagnolo, Giancarlo, Zanza, Matteo. "Regulating joint bidding in public procurement." *Journal of Competition Law & Economics*, No 5, September 2008, 335-360

Aubert, Cecile., Bontems, Philippe., Salanie, Francois. "Optimal concessions of water services under common value." *Open publicatie van Universite Paris Dauphine*, 2006

Bajari, Patrick, McMillan, Robert, Tadelis, Steven. "Auctions Versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis." *The Journal of Law, Economics & Organization*, No. 2, Mei 2008, 372-399

Boehm, Frederic., Olaya, Juanita. "Corruption in public contracting auctions: The role of transparency in bidding processes." *Annale of Public and Cooperative Economics*, No.4, 2006, 431-452

Branmann, Lance J., Klien, Dauglas, Weiss, Leonard W. "The price effects of increased competition in Auction markets," *The Review of Economics and Statistics*, 69, 1, Februari 1987, 24-32

Davis, Douglas D., Wilson, Bart J. "Collusion in procurement auctions: an experimental examination." *Economic Inquiry*, No.2 April 2002, 213-230

Doni, Nicola. "The importance of reputation in awarding public contracts." *Annals of Public and Cooperative Economics*, No. 4, 2006, 401-429

Gupta, Srabana. "Competition and Collusion in a Government Procurement Auction Market." *AEJ*, No.1 maart 2002, 13-25

Kim, I. G. "A model of selective tendering: does bidding competition deter opportunism by contractors." *The quarterly review of economics and finance*, No.4, 1998, 907-925

Lambert-Mogiliansky, Ariane., Sonin, Konstantin. "Collusive Market Sharing and Corruption in Procurement." *Journal of Economics & Management Strategy*, No.4 winter 2006, 883-908

Meulenbelt, M.O. "Mededinging: een leidend principe in het aanbestedingsrecht?", *M&M*, No.2 2005, 45-54

NMA. "Bid-rigging. Herkennen en voorkomen van samenspanning bij inkooptrajecten", www.nma.nl

OECD. "Designing tenders to reduce bid rigging", www.oecd.org/competition

OECD. "Guidelines for fighting bid rigging in public procurement", www.oecd.org/competition

Pavel, Jan. "Efficiency of Public Tendering: Level of Transparency versus Private Transaction Costs." *mimeo*

Renes, Sander. "Balancing the Bids, Solutions for Unit Price Auctions." *The Tinbergen Institute Discussion Paper*, 2011-047

Selten, Reinhard. "A simple model of imperfect competition where four are few and six are many," *International journal of Game Theory*, No. 2 1979, 141-201

Yvrande-Billon, Anne. "The attribution process of delegation contracts in the French urban public transport sector: Why competitive tendering is a myth." *Annals of Public and Cooperative Economics*, No.4, 2006, 453-478

Boeken

Motta, Massimo. 2004. *Competition Policy*. Cambridge University Press.

Pijnacker Hordijk, E.H., van der Bend, G.W., van Nouhuys, J.F. 2009. *Aanbestedingsrecht*. Den Haag : Sdu Uitgevers bv

Weis, Leonard W. 1989. *Concentration and price*. Cambridge, Mass, and London: MIT Press

Websites

www.pianoo.nl

www.aanbestedingskalender.nl

Jurisprudentie en wetgeving

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap in de zaak Presstext

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap in de zaak Concordia Bus Finland

Hof van justitie van de Europese Gemeenschap in de zaak Teckal

Richtlijn voor opdrachten van werken, leveringen en diensten nr. 2004/18
(Algemene richtlijn)

Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao)