

Collusieverbod nodigt uit tot duurzaam aanbesteden?

Recent heeft de Europese commissie een mededeling gelanceerd die gaat over het tegengaan van collusie bij aanbestedingen. Bij die mededeling zit een aardige lijst met tips voor inkopers om collusie tegen te gaan. Daarover zo direct meer. Eerst even iets over collusie zelf. Want wat is dat? Van collusie is sprake als marktpartijen onwettige afspraken maken met het doel de concurrentie bij aanbestedingen te verstoren, zoals bij kartelvorming. Denk aan marktpartijen die de inhoud van hun inschrijvingen op elkaar afstemmen of wanneer marktpartijen onderling afspraken maken, de markt wordt verdeeld naar regio of wanneer roulatieschema's worden gehanteerd in een poging om daarmee om beurt opdrachten in de wacht te slepen. Het doel van al deze praktijken zou volgens de commissie zijn dat een bepaalde inschrijver in staat wordt gesteld de opdracht te krijgen terwijl ten onrechte de indruk wordt gewekt dat de procedure concurrerend is.

De commissie vindt het belangrijk dat collusie wordt tegengegaan. In de mededeling valt te lezen dat door collusie de kosten die overheidsinkopers betalen in vergelijking met wat zij onder normale marktomstandigheden zouden betalen, wel 60 % hoger is. Het probleem bij collusie is dat dit in veel gevallen onopgemerkt blijft en pas wordt ontdekt lang nadat de overeenkomst volledig is uitgevoerd.

Aanbestedende diensten beschikken volgens de commissie over een ruime beoordelingsmarge wanneer zij een inschrijver willen uitsluiten op grond van collusie. Daarbij gelden wel bepaalde grenzen. Zo moet de verdachte inschrijver de kans krijgen om aan te tonen dat zijn inschrijving toch onafhankelijk is, de transparantie niet in gevaar is gebracht en de mededinging bij de gunningsprocedure niet is verstoord. Verder geldt het beginsel van proportionaliteit. Niet iedere vorm van collusie rechtvaardigt onmiddellijke uitsluiting bij een volgende aanbesteding. Bijvoorbeeld niet als de betreffende ondernemer effectieve "zelfreinigende" maatregelen heeft genomen. Uiteraard moet een aanbestedende dienst zijn beslissing van een duidelijke motivering voorzien.

Interessant is de bijlage die bij de mededeling van de commissie is gevoegd. Het is een lijst van maar liefst zes pagina's met tips voor inkopers om collusie tussen inschrijvers te ontmoedigen, om mogelijke collusie bij de evaluatie van inschrijvingen te kunnen opsporen, en te kunnen reageren op een vermoeden van collusie. De tips variëren van bijna schoolmeesterachtige aanwijzingen om te kijken naar teksten, handschriften en bedragen die in de onderscheiden inschrijvingen op elkaar lijken tot concrete voorbeelden waarachter collusie schuil zou kunnen gaan. Bijvoorbeeld gevallen waarin de inschrijving van een bepaalde leverancier voor een bepaalde opdracht veel hoger is dan de inschrijving van diezelfde leverancier voor een andere soortgelijke opdracht. Of de geselecteerde inschrijver die werk uitbesteedt aan niet-geselecteerde inschrijvers voor dezelfde opdracht. Bijzondere aandacht genieten volgens deze bijlage ook inschrijvingen van een consortium van ondernemers die op eigen kracht hadden kunnen inschrijven of van wie dat verwacht had mogen worden.

De centrale gedachte is steeds hoe meer deelnemers, des te kleiner de kans op collusie. Daarbij wordt gewaarschuwd voor het volgen van betrekkelijk stabiele aankooppatronen, met vaak herhaalde gunningsprocedures, vergelijkbare hoeveelheden en standaardspecificaties voor producten of diensten zonder grote wijzigingen ten opzichte van vorige procedures. Deze 'herkenbaarheid' zou de kans vergroten dat marktpartijen inschrijvingen op elkaar afstemmen.

Wat opvalt is dat heel veel van deze tips niet meer dan normale instructies zijn: Stel duidelijke, redelijke, volledige en gemakkelijk te begrijpen technische specificaties en selectiecriteria vast. Vermijd onnodige, overgecompliceerde, irrelevante of discriminerende voorwaarden. Gebruik gunningscriteria die op kwaliteit zijn gebaseerd en niet overwegend op prijs. Tot slot de tip die het meest opvalt: *“Zoek waar mogelijk naar innovatieve oplossingen voor uw behoeften. Deelnemers aan een collusieve regeling, die gewoonlijk afhankelijk zijn van stabiele en voorspelbare overheidsaankopen, kunnen vaak niet instaan voor de levering van innovatieve diensten of leveringen, in tegenstelling tot nieuwe marktdeelnemers die de markt betreden om deze leemte op te vullen.”*

Zo kunnen we afsluiten met de conclusie dat de oplossing om collusie tegen te gaan, ligt in innovatief en - wat mij betreft dan ook duurzaam - aanbesteden. Dat scheelt misschien zelfs het toepassen van zes pagina's aan tips. Ofschoon die tips zeker de moeite waard zijn.

Edwin van Dijk, advocaat bij Construct Advocaten.