

Mogelijkheden tot samenwerken in aanbestedingen

Vanaf 1 januari 2015 zijn gemeenten verantwoordelijk voor jeugdzorg en alle Wmo-voorzieningen. De verwachting is dat gemeenten deze zorgdiensten overwegend door middel van aanbestedingen zullen inkopen. Zorgaanbieders zoeken daarbij naar samenwerkingsvormen. Het kartelverbod stelt echter grenzen aan samenwerken in aanbestedingen. In deze bijdrage wordt kort ingegaan op deze grenzen en de mogelijkheden tot samenwerken in aanbestedingen.

Het kartelverbod

Het kartelverbod verbiedt overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen die de concurrentie op de Nederlandse markt of een deel daarvan beperken. Afspraken die de concurrentie beperken, zijn bijvoorbeeld afspraken over prijzen en de verdeling van markten en/of klanten. Een afspraak is alleen verboden indien de concurrentie op de relevante markt merkbaar wordt beperkt. De relevante markt is de markt van de aanbesteding, zowel wat betreft het product (bijvoorbeeld huishoudelijke hulp) als het gebied (bijvoorbeeld gemeente). De beperking moet ook merkbaar zijn, dat wil zeggen de afspraak moet de concurrentie daadwerkelijk kunnen beperken. Daarvan is meestal geen sprake indien slechts een beperkt aantal ondernemingen bij de afspraak betrokken is en de ondernemingen klein zijn.

Bij bid-rigging (kartelafspraken in aanbestedingen) spannen ondernemingen samen door inschrijvingen op elkaar af te stemmen. Het gevolg daarvan is dat tussen die ondernemingen de onzekerheden van concurrentie worden weggenomen en de risico's van concurrentie welbewust worden vervangen door feitelijke samenwerking. Dit beperkt de concurrentie waardoor het doel van een aanbesteding niet wordt gerealiseerd.

Zo verdeelden taxibedrijven in de regio Rotterdam systematisch onderling de opdrachten voor groepsvervoer met als doel de onderlinge concurrentie uit te schakelen. Deze ondernemingen en hun feitelijk leidinggevendenden werden voor deze kartelafspraken fors door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) beboet.¹

Mogelijkheden tot samenwerken

Afspraken tussen ondernemingen die de concurrentie niet merkbaar beperken, zijn dus toegestaan. Verder zijn bepaalde samenwerkingsafspraken expliciet vrijgesteld van de toepassing van het kartelverbod. Die vrijstelling

is geregeld in de beleidsregels Combinatieovereenkomsten.² Een combinatieovereenkomst is een overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen waarin een gezamenlijke inschrijving en een gezamenlijke uitvoering van de opdracht wordt geregeld. Kenmerkend voor een combinatieovereenkomst is dat de ondernemingen ten opzichte van de opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk zijn. Dat geldt niet in geval van onderaanneming, waarbij de hoofdaannemer aansprakelijk is voor de uitvoering van de opdracht. Combinatieovereenkomsten en onderaannemingsovereenkomsten worden op dezelfde wijze beoordeeld en zijn in de volgende gevallen vrijgesteld van het kartelverbod.

In de eerste plaats mogen ondernemingen die geen concurrenten van elkaar zijn samenwerken. Dit betekent dat ondernemingen die in een aanbesteding complementaire diensten aanbieden een combinatie mogen vormen. In het geval een gemeente bijvoorbeeld begeleiding voor verschillende doelgroepen in één bestek wil inkopen, dan is samenwerken toegestaan tussen bijvoorbeeld een aanbieder van begeleiding van verstandelijk gehandicapten en een aanbieder van begeleiding van uitsluitend lichamelijk gehandicapten.

In de tweede plaats is samenwerken toegestaan indien geen van de ondernemingen afzonderlijk voldoet aan de geschiktheidseisen en dus geen van hen in staat is om de opdracht zelfstandig uit te voeren. Concurrenten mogen in dat geval dus samen inschrijven.

In de derde plaats is een samenwerking tussen concurrenten met een gezamenlijk marktaandeel lager dan 10% toegestaan. Twee kleine aanbidders van huishoudelijke hulp mogen dus samenwerken in een aanbesteding. Die samenwerking is echter niet toegestaan indien deze aanbidders een combinatie zouden vormen met de grootste aanbieder van huishoudelijke hulp in de betreffende regio.

In de vierde plaats is een samenwerking tussen ondernemingen binnen één concern toegestaan.

Het kartelverbod verbiedt immers afspraken tussen twee of meer zelfstandige ondernemingen. Ondernemingen binnen één concern behoren echter tot dezelfde economische entiteit.

Voorheen was ook een door de opdrachtgever afgedwongen samenwerking vrijgesteld van het kartelverbod. Dit is echter niet in lijn met de Europese mededingingsregels. Indien een gemeente aanbidders van dagbesteding voor ouderen dus vraagt om samen een aanbidding te doen waarbij deze aanbidders onderling de wijken verdelen, dan betekent dat niet dat deze ondernemingen automatisch zijn vrijgesteld van de toepassing van het kartelverbod.

Tot slot kan een samenwerking die op het eerste gezicht verboden is, toch zijn toegestaan. Dit is het geval als de voordelen voor cliënten opwegen tegen de nadelen. De samenwerking heeft dan positieve effecten (bijvoorbeeld een gevarieerder aanbod en meer persoonlijke aandacht) die zwaarder wegen dan de beperking van de concurrentie. In dat geval is voldaan aan de wettelijke uitzondering van het kartelverbod. De toets aan deze wettelijke uitzondering vereist een gedegen analyse van de markt en de effecten van de samenwerking.

Slot

Ongenuanceerde samenwerking in een aanbesteding is risicovol, maar er is vaak meer mogelijk dan wordt aangenomen. De ruimte die het mededingingsrecht biedt om samen te werken moet wel zorgvuldig worden benut. Gebeurt dat niet, dan riskeren ondernemingen een boete van ACM en zelfs uitsluiting van volgende aanbestedingen.

mw. mr. N.J. Linssen
Van Iersel Luchtman Advocaten

Noten

1. Besluiten d.d. 20 november 2012, zaaknummers 7130-7131.
2. Staatscourant 2013, nr. 9223.