

Aansprakelijkheid voor verboden mededingingsbeperkende afspraken in een aanbestedingsprocedure

1 Inleiding

Aanbestedende diensten kunnen, zo blijkt uit onderzoek, veel geld besparen wanneer zij tot openbare aanbesteding overgaan. Die besparing kan oplopen tot ongeveer 10 tot 30 procent.¹ Vrije mededinging doet namelijk wonderen voor de prijsaanbiedingen.² Maar die wonderen kunnen weer goeddeels teniet worden gedaan indien de meedingende ondernemers het op een akkoordje gooien ten nadele van de aanbestedende dienst. En dat komt voor.³ De meedingende ondernemers zouden bijvoorbeeld in een geheim vooroverleg kunnen afspreken wie welke aanbidding gaat doen, zodat zij daarmee het heft in eigen hand nemen en de uitkomst van de aanbestedingsprocedure 'orkestreren'. Zo zijn er meer voorbeelden: opzettelijke prijscollusie, marktverdelingsafspraken, maar ook afspraken die de kwaliteit of herkomst van het te leveren materiaal betreffen, of de voorwaarden waaronder de meedingende ondernemers bereid zijn te contracteren: het zijn allemaal afspraken die de mededinging bij een aanbesteding (kunnen) beperken. Maar ook kan worden gedacht aan op het eerste gezicht 'onschuldiger' vormen van aanbodregulering, zoals een vergoedingsstelsel onder meedingende ondernemers voor gemaakte calculatiekosten.⁴

Een van de doelstellingen van het overheidsaanbestedingsrecht is het bevorderen van optimale (tussenstaatse) concurrentie tussen aanbieders van diensten

* W.H. van Boom is als universitair hoofddocent verbonden aan de vakgroep privaatrecht en het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de KU Brabant; D.A.M. van Steensel is als juriste werkzaam bij Eiffel Consultancy, Arnhem.

1 Zie over besparingspercentages uitgebreid de discussienota *Europees aanbesteden: haal pegels uit die regels!*, uitgave Ministerie van Economische Zaken, 1 oktober 1999, p. 14-15. Zie ook *Kamerstukken II 1999/00*, 26.966, nr. 1, p. 5, en nr. 2, p. 7.

2 Dat dit wonder in de praktijk tenietgedaan kan worden door doorkruisende factoren – zie daarover bijvoorbeeld W.J. Slagter, *Aanbestedings- en mededingingsrecht in de bouw, stand van zaken*, BR 1997, p. 191 – doet aan de theoretische waarde van het wonder niet af.

3 'Het is denkbaar (...) dat niet alleen aanbestedende diensten soms bewust aanbestedingsregels niet naleven', aldus – met gevoel voor understatement – de discussienota *Europees aanbesteden: haal pegels uit die regels!*, (noot 1), p. 70. Zie ook E.H. Pijnacker Hordijk, *Geschillenbeslechting in aanbestedingszaken; een tussenstand*, BR 1999, p. 1005, die kartelvorming door aanbieders als een van de gevaren noemt die op de loer liggen in aanbestedingsaangelegenheden. Vergelijk Slagter, t.a.p. (noot 2), p. 192.

4 Daarover nader in paragraaf 2.

en goederen bij de plaatsing van opdrachten door de aanbestedende diensten.⁵ In Brusselse kringen en inmiddels ook in Haagse kringen is de gedachte gemeengoed dat mededingingsbeperking deze doelstelling frustreert en (mede) daarom spoedig in strijd is met het mededingingsrecht. Bestrijding van mededingingsbeperking krijgt – als onderdeel van aanbestedingsfraude in bredere zin – toenemende aandacht; in Europees verband wordt bijvoorbeeld inmiddels gedacht aan strafrechtelijke sanctionering van aanbodcollusie.⁶ De aandacht voor bestrijding van mededingingsbeperking is terecht; aangenomen wordt namelijk dat mededingingsafspraken bij aanbestedingen een prijsopdrijvend effect van ten minste 10 procent hebben.⁷ En hoewel de genoemde percentages geen nauwkeurige indicatie opleveren van de werkelijke effecten in een concreet geval, lijkt het zeer aannemelijk dat verboden mededingingsbeperkende overeenkomsten economische schade berokkenen aan de aanbesteder. En niet alleen de aanbesteder, maar ook de ‘onschuldige’ meedingende ondernemers kunnen deze schade lijden.

In onze bijdrage willen we een deelaspect van de sanctionering van mededingingsbeperking behandelen, namelijk de *civielrechtelijke* sanctionering. Eerst schetsen we in paragraaf 2 de mededingingsrechtelijke achtergrond, waarbij we (voor de niet-ingewijden) kort stilstaan bij de relevante Europese en Nederlandse regelgeving. Vervolgens besteden we in paragraaf 3 aandacht aan het bewijs van mededingingsbeperking. In paragraaf 4 gaan we in op de vraag welke civielrechtelijke remedies de aanbestedende dienst kan aanwenden tegen mededingingsbeperking. In paragraaf 5 besteden we vervolgens kort aandacht aan enkele bijzonderheden van de positie van de ‘onschuldige’ meedingende derde, waarna we in paragraaf 6 afsluiten met enkele aanbevelingen.

2 Schets van de mededingingsrechtelijke achtergrond

2.1 Mededinging en aanbesteding

Vandaag de dag worden mededingingsbeperkende afspraken in de regel als onwenselijk bestempeld, maar nog niet zo heel erg lang geleden werd daar anders over gedacht. Toen aanbestedingen door overheidslichamen nog niet waren onderworpen aan het keurslijf van de vergaande procedurevoorschriften van nu, was in veel gevallen – en dan hebben we het met name over aanbesteding van *bouwwerken* – sprake van een onevenwichtige verhouding tussen aanbesteder en

5 Zie daarover bijvoorbeeld G.W.A. van de Meent, *Overheidsaanbestedingen: De EG-rechtelijke context*, diss. Rotterdam 1995, p. 9 e.v.

6 Zie art. 2 voorstel-kaderbesluit Raad van de Europese Unie, 2000/C 253/02.

7 Zie Van de Meent, a.w. (noot 5), p. 249.

meedingende ondernemers tengevolge van het (sociaal-)economisch overwicht aan de zijde van de aanbestedder, die een van de voornaamste vragende partijen is op de betreffende markt, en het ontbreken van een juridisch tegenwicht in de vorm van aanbestedingsregels. Hierdoor bestond de kans op leuren door de aanbestedder.⁸ Daarom dienden afspraken tussen de meedingende ondernemers van oudsher als tegenwicht. Zo ontstonden in de bouwwereld verschillende prijsregulerende organisaties, die zich in 1963 verenigden in de Samenwerkende Prijsregulerende Organisaties (SPO). Door aanbodregulering kon misbruik van zowel aanbestedder als van meedingende ondernemers voorkomen worden, zo was de gedachte.⁹ Deze vorm van mededingingsbeperking was gedurende lange tijd een aanvaard verschijnsel in de Nederlandse bouwwereld.¹⁰ Zoals bekend kwam in 1992 een einde aan deze officiële aanbodregulering met de SPO-beschikking¹¹ van de Europese Commissie, waarin de Commissie oordeelde dat de SPO een inbreuk vormde op het Europees kartelverbod. In vervolg op de SPO-beschikking werd in 1994 het Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen ingevoerd. Sindsdien zijn in Nederland ook mededingingsbeperkende afspraken zonder communautaire dimensie bij een aanbesteding in hun algemeenheid verboden.

Toch blijken (bouw)ondernemers tot op de dag van vandaag een diepgewortelde behoefte te voelen aan aanbodregulering, met name daar waar geen stevig, alomvattend raamwerk van aanbestedingsregels bestaat dat leuren tegengaat.¹² Onlangs nog moest de Directeur-Generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (D-G NMa) zijn licht laten schijnen over een vorm van onverbloemde aanboden prijsregulering in de schilders- en bouwbranche; de betrokken regelingen bevatten afspraken over afgestemd gedrag van ondernemingen in situaties waarin opdrachtgevers voor een bouwproject via aanbesteding proberen de meest geschikte contractspartij te vinden. Dergelijke horizontale afspraken hebben (in)direct effect op de relatie tussen de meedingende ondernemers en de aanbestedder, want ze

8 Onder leuren verstaan we het door de aanbestedder achtereenvolgens benaderen van verschillende gegadigden met een verzoek om prijsopgave, waarbij de latere gegadigde wordt geïnformeerd over de prijsaanbieding van de eerdere met het doel aldus een lagere prijs te krijgen. Vergelijk M.A.M.C. van den Berg, *Een faire kans*, oratie Leiden 1991, p. 3, en E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, tweede druk Den Haag 1999, p. 455-456. Een aangrenzend probleem is dat van de bescherming van het ontwerp c.q. de bedrijfsgeheimen die in de aanbieding zijn verwerkt en die de aanbestedder gebruikt bij het uitlokken van andere aanbiedingen.

9 Zie voor een kort overzicht Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 456 e.v.

10 Zie het overzicht bij E. van Damme, *Aanbesteding en Veilingsmechanismen: Economische theorie en Toepassingen*, Onderzoeksreeks Directie Marktwerking Ministerie Economische Zaken 1997, p. 86 e.v.

11 Beschikking van de Europese Commissie van 5 februari 1992, 92/204/EEG, PbL 92/1, BR 1992, p. 476 e.v. Zie over een en ander bijvoorbeeld Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 449-452.

12 Zie M.A.M.C. van den Berg, *Verticale aanbestedingsregeling: een wenkend alternatief?*, BR 1993, p. 3 e.v.

kunnen leiden tot een verhoging van de prijzen of een beperking van het aanbod. De D-G oordeelde deze kartels deswege ontoelaatbaar. Opmerkelijk genoeg kwalificeerde hij in zijn beschikking 'leuren' gewoonweg als de quintessens van volledige mededinging.¹³ Het kan verkeren...

2.2 *Het Europese mededingingsrecht*

Artikel 81 EG verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen¹⁴ die tot doel of gevolg hebben dat de mededinging tussen deelnemers aan aanbestedingen onderling wordt beperkt en die daadwerkelijk of potentieel de tussenstaatse handel merkbaar beïnvloeden.¹⁵ Dergelijke afspraken zijn - behoudens groepsvrijstelling of individuele ontheffing - van rechtswege *nietig*.¹⁶ Bij toepassing van artikel 81 EG op mededingingsbeperking bij aanbestedingen kan onderzoek nodig zijn naar de relevante markt waar de mededingingsbeperking zich voordoet en naar het potentiële effect van de overeenkomst op die markt. Pas dan is namelijk de conclusie mogelijk dat *beperking* het gevolg was.¹⁷ Betreft het bijvoorbeeld prijscollusie bij een Europese aanbesteding, dan kunnen wij ons voorstellen dat niet alleen spoedig vaststaat dat de overeenkomst er blijkens de inhoud ertoe *strekt* de mededinging te beperken, maar ook dat spoedig aan het merkbaarheidsvereiste is voldaan, omdat de te vergeven

-
- 13 Besluit D-G Nma 19 februari 2001, zaak nr. 381 (Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf; het besluit is te raadplegen op www.nma-org.nl), overweging nr. 155.
- 14 Hetzelfde geldt overigens voor besluiten van ondernemingsverenigingen. In het navolgende beperken wij ons tot overeenkomsten, waaronder we voor het gemak in beginsel ook de onderling afgestemde feitelijke gedragingen verstaan. Bedacht dient overigens te worden dat het begrip 'overeenkomst' in art. 81 EG/6 Mw. ruimer is dan de obligatoire afspraak bedoeld in art. 6:213 BW, het omvat namelijk elke consensus omtrent (toekomstig) marktgedrag. Zie *Kamerstukken II*, 1995/96, 24.707, nr. 3, p. 57 en verder, en W. van Gerven c.s., *Kartelrecht II*, tweede druk Deventer 1997, p. 127 en verder. Dus ook niet-afdwingbare 'gentlemen's agreements' vallen er onder.
- 15 Zie over deze bestanddelen bijvoorbeeld Van Gerven c.s., a.w. (noot 14), nr. 132 en volgende, M.R. Mok, *Kartelrecht I*, vierde druk Deventer 1998, p. 122 e.v. Vergelijk ook het overzicht bij F.J. Leeftang, *De toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse rechter 1998 en 1999*, Deventer 2000, p. 23 e.v., p. 31 e.v., p. 85 e.v.
- 16 Art. 81, lid 2, EG. Zie over de reikwijdte van de nietigheidssanctie HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, Jur. 1966, 391 (Société Technique Minière), 25 November 1971, zaak 22/71, Jur. 1971, 949 (Beguelin) en 14 December 1983, zaak 319/82, Jur. 1983, 4173 (Ciments et Betons de l'Est/Kempen), alsmede bijvoorbeeld H. Schneider, *Zivilrecht und praktische Wirksamkeit der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag*, diss. Keulen 2000, p. 41 e.v. Vergelijk voor Nederland met name Hof Den Bosch 19 april 1994, NJ 1995, 102 en G.W. van der Klis, S.A.C.M. Lavrijssen, *Gedane zaken nemen geen keer: de beperkte werking van de nietigheid*, M&M 1998, p. 79 e.v. Vergelijk ook Rb. Utrecht 22 juli 1998, besproken bij Leeftang, a.w. (noot 15), p. 100.
- 17 Vergelijk Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, vijfde druk Deventer 1995, p. 493-496, alsmede HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, Jur. 1966, 391 (Société Technique Minière). Zie over de mogelijke onderverdelingen in dit verband I.W. VerLoren van Themaat, *De toepassing van het Europese kartelrecht door de Nederlandse rechter 1987-1995: 'te ingewikkeld'?*, SEW 1996, p. 159-161. Vergelijk ook (voor art. 6 Mw.) de nuanceringen aangebracht door C.T. Dekker, *Mededingingsafspraken, machtsposities en procedures: NMA-besluiten in 2000*, M&M 2001, p. 51-52.

opdracht in dat geval reeds een min of meer aanzienlijke omvang heeft (door de drempelwaarden in de verschillende aanbestedingsrichtlijnen), op grond waarvan de Europese wetgever heeft gemeend dat voor die opdrachten een tussenstaats aanbod bestaat.¹⁸ Maar het omgekeerde geldt niet: prijscollusie bij openbare aanbesteding onder de drempelwaarden is niet per definitie een *niet*-merkbare beperking van de tussenstaatse handel. Ook mededingingsbeperking bij kleine overheidsopdrachten kan derhalve worden gesanctioneerd door artikel 81 EG. Steeds zal dus naar de concrete omstandigheden en de economische kaders moeten worden gekeken om te kunnen vaststellen of de betreffende afspraak per saldo een (potentieel) negatief effect op de (tussenstaatse) mededinging heeft.

2.3 *Het Nederlandse mededingingsrecht*

Het uitgangspunt van de WEM 1956 was dat mededingingsafspraken in beginsel waren toegestaan, tenzij sprake was van aanwijsbaar misbruik van economische macht. In dat geval kon de afspraak door de rijksoverheid onverbindend worden verklaard.¹⁹ Het nationale kartelbeleid had zodoende lange tijd het karakter van uitwassenbestrijding, en dat spoorde steeds minder goed met het Europese verbodsstelsel.²⁰ In de jaren negentig is het spoor dan ook verlegd met de (partiële) invoering van een verbod van marktverdeling, prijsbinding en mededingingsregelingen op het terrein van aanbestedingen.²¹ In 1998 tenslotte trad de nieuwe Mededingingswet (Mw) in werking. De Mededingingswet is geheel gebaseerd op het model van het Europese kartelrecht.²² Artikel 6, lid 1 Mw bevat derhalve een verbodsbepaling geschoeid op de leest van artikel 81 EG, inclusief de nietigheidssanctie.²³

18 Bovendien merkt de aanbesteder zelf heel concreet de gevolgen van de prijscollusie; in die zin kan worden gezegd dat de mededinging direct wordt verstoord.

19 Zie nader de historische beschouwingen bij Mok, a.w. (noot 15), p. 28 e.v. Vergelijk over het (rechts)karakter van de na-oorlogse aanpak van kartels in Europa David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford 1998, p. 173 e.v.

20 Aldus M.R. Mok, *Het voorstel-Mededingingswet*, TVvS 1996, p. 157. Zie ook M.R. Mok, *Kartelrecht I*, derde druk Zwolle 1995, p. 39 e.v., over de transitie van het misbruiksstelsel naar het verbodsstelsel onder de WEM na onder meer de wijziging van 1994.

21 Besluit marktverdelingsregelingen, Stb. 1994, 56; Besluit horizontale prijsbinding, Stb. 1993, 80; Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen, Stb. 1994, 55.

22 Zie over de parallellen en verschillen tussen art. 81 EG en art. 6 Mw en de doorwerking van art. 81 EG in art. 6 Mw bijvoorbeeld P.J. Slot, *De Europeesrechtelijke achtergronden van de Mededingingswet*, in: P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak (red.), *De Nederlandse Mededingingswet in perspectief*, Deventer 2000, p.17 e.v.

23 Overigens volgt de nietigheidssanctie ook al uit art. 3:40 BW, zodat de nietigheidssanctie in art. 6 lid 2 Mw in zoverre striktgenomen overbodig is. Om een vergelijkbare reden is in Duitsland in de nieuwe § 1 GWB (inwerkingtreding 1998) de nietigheidssanctie geschrapt, nu nietigheid reeds uit het algemene § 134 BGB voortvloeit. Zie Ch. Hootz, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar*, vijfde druk, eerste deel Keulen 1999, § 1, rdnr. 186.

Net als op communautair niveau bestaat er ook op nationaal niveau de mogelijkheid van de verlening van individuele ontheffingen en van groepsvrijstellingen.²⁴ Een belangrijke vrijstelling in verband met aanbestedingen is het besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten (Bvc).²⁵ Het Bvc – dat geen communautair equivalent kent – staat combinatieovereenkomsten bij inschrijving op aanbestedingen toe, tenzij het aantal deelnemers onevenredig groot is en aldus restconcurrentie wordt belemmerd. De voorwaarden voor de vrijstelling – die van rechtswege geldt en waarvoor dus geen aanvraag of iets dergelijks nodig is – zijn overigens in zeer algemene en vage bewoordingen geformuleerd. Per geval zal bekeken moeten worden of de betreffende combinatie al dan niet onder de vrijstelling valt, hetgeen bij (rechterlijke) toetsing achteraf nog wel eens tot verrassingen zou kunnen leiden. Blijkt de combinatie niet toegelaten te zijn, en is de combinatie strijdig met artikel 6 Mw, dan is niet alleen de (eventuele) combinatieovereenkomst nietig, maar zal vervolgens de vraag onder ogen moeten worden gezien welke gevolgen dit heeft voor de (al dan niet reeds voltooide) aanbestedingsprocedure.²⁶

2.4 Van kartel-nietigheid naar kartel-aansprakelijkheid

Mededingingsbeperking komt in verschillende maten en soorten voor. Vanuit mededingingsrechtelijke optiek zijn de precieze bedoeling en gezindheid van partijen bij de mededingingsbeperking minder relevant; of partijen *opzettelijk* wilden benadelen c.q. bevoordelen, is niet terzake. Of zij hun afspraak nu openlijk – bijvoorbeeld bij wijze van aanbodregulering – uitvoerden of juist verborgen wilden houden, voor de civielrechtelijke nietigheid van hun afspraak is het in beginsel niet relevant.²⁷ Doorslaggevend is namelijk dat hun afspraak de strekking danwel het gevolg heeft de mededinging negatief te beïnvloeden; daarmee is de nietigheid van de afspraak in de regel gegeven.²⁸ In deze bijdrage staat evenwel niet zozeer deze nietigheid van de afspraak centraal, maar juist de gevolgen in de rechtsverhouding tussen de colluderende partijen enerzijds en de aanbesteder of benadeelde meedingende derde anderzijds. En voor die verhouding liggen de zaken in bepaalde opzichten gecompliceerder; soms zal in die verhouding de intentie van de colluderende partijen wel relevant zijn. Maar voordat aandacht kan worden besteed aan de beweegredenen van partijen, moeten *feiten* op tafel komen. En daarin schuilt ook een groot probleem. Zo kan het vergaren van bewijs

24 Zie art. 17 en 15 Mw.

25 Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, Stb. 1997, 592.

26 Zie daarover bijvoorbeeld Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 467 e.v.

27 Vergelijk HvJ EG 25 maart 1996, zaak C-137/95, Jur. 1996, I-1611 (SPO), overweging 55, waar het Hof overweegt dat uit onachtzaamheid gepleegde inbreuken vanuit oogpunt van de mededinging niet minder ernstig zijn dan opzettelijk gepleegde inbreuken.

28 Zie nader over deze nietigheid bijvoorbeeld Van der Klis en Lavrijssen, t.a.p. (noot 16).

feitelijk worden beïnvloed door de intenties van partijen. Immers: wat in het geniep geschiedt, ziet een buitenstaander niet. Daar gaan wij in de volgende paragraaf nader op in.

3 Bewijs van mededingingsbeperking

3.1 Vermoedens en aanwijzingen

Dat de aanbestedende dienst *vermoedt* dat sprake is van mededingingsbeperking, biedt weinig perspectief voor civielrechtelijke sanctionering. Er moet bewijs komen, en aangezien degene die de collusie stelt, haar ook moet bewijzen, zal de aanbesteder met (begin van) bewijs op de proppen moeten komen. Het lastige is natuurlijk dat, als er al documenten bestaan die bewijs van de mededingingsbeperking zouden kunnen opleveren, deze in handen zijn van de samenspannende ondernemers. Meedingende ondernemers zijn niet zonder meer verplicht om hun administratie te overleggen ten behoeve van onderzoek door de aanbestedende dienst naar mogelijke collusie.²⁹ Daar is vanuit aanbestedingsperspectief misschien ook wel iets voor te zeggen omdat de aanbestedende dienst op haar beurt in omgekeerde gevallen evenmin verplicht is om volledig open kaart te spelen: de aanbestedingsrichtlijnen verplichten weliswaar tot het prijsgeven van bepaalde – summiere – informatie,³⁰ maar de WOB is bijvoorbeeld niet van toepassing op overheidsdocumenten inzake aanbestedingszaken.³¹

Het bewijsprobleem vormt dus een obstakel bij sanctionering van mededingingsbeperking, maar daarmee is niet gezegd dat de aanbestedende dienst het hoofd in de schoot moet leggen. De positie van de aanbesteder kan verbeteren indien er *aanwijzingen* zijn die in de richting van mededingingsbeperking wijzen. Die aanwijzingen kunnen uiteraard gelegen zijn in concrete mededelingen, getuigenissen

29 De exhibitieplicht van art. 843a Rv is daarop niet van toepassing, nu die correspondentie geen betrekking heeft op een rechtsbetrekking waarbij de aanbesteder als partij betrokken is. Vergelijk HR 18 februari 2000, RvdW 2000, 61. Zie ook I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg 2001, p. 17 e.v.

30 Zie nader Verbintenissenrecht II (Van Boom), aant. 41.9.3.

31 Zie Afd. bestuursrechtspraak RvS 5 mei 1997, JB 1997, 169 nt. H. Koning, Rb. Zwolle 8 oktober 1997, BR 1999, p. 70, NTER 1998, p. 1 nt. M.J.J.M. Essers, Pres. Rb. Utrecht 19 december 1997, KG 1998, 86, en nader E.J. Daalder, *Openbare aanbesteding: bedrijfsgegevens en transparantie; inherente tegenstellingen, die met elkaar moeten worden verenigd*, in: H.D. van Romburgh (red.), *Jaarboek 1998 Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht*, Alphen aan den Rijn 1998, p. 96 e.v. Vergelijk ook nog A.C.M. Braams, *Ervaringen met rechtsbescherming in civiele aanbestedingszaken: de visie van de centrale overheid*, in: D. Waterman (red.), *Wat nu? Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht* (lustrumbundel ter gelegenheid van het vijfjarig bestaan van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht), Alphen a.d. Rijn 2000, p. 37 en N.J.M. Donders, *Over motiveren, informeren, het UAR/UAR-EG en de WOB*, BR 2000, 733 e.v. Zie over deze materie voorts de bijdrage van Orobio de Castro aan dit boek.

of klachten van (werknemers of vertegenwoordigers van) de meedingende ondernemers, maar ook in de uiterlijke schijn van de biedingen. Het kan bijvoorbeeld verdacht zijn dat van vijf prijsbiedingen er vier ongebruikelijk hoog zijn, dat alle prijsbiedingen elkaar zeer dicht naderen en bovendien de begroting van de aanbesteder met meer dan 150% overstijgen,³² of dat op ongebruikelijke wijze van dezelfde formuleringen gebruik wordt gemaakt in de biedingen. In een civiele procedure kunnen deze aanwijzingen c.q. gestelde feiten niet alleen aanleiding geven tot getuigenverhoor,³³ maar ze kunnen de rechter er ook toe brengen om bij comparitie van de gedaagde ondernemer(s) de overlegging van bepaalde documenten te vorderen.³⁴ Dit instrument biedt echter geen onbegrensde mogelijkheden; een colluderende ondernemer die ontkent en dus ook ontkent dat er documenten zijn die in de richting van collusie wijzen, zal stellen geen documenten te kunnen overleggen. De civiele rechter kan in dat geval niet veel meer doen dan de aanbesteder een bewijsopdracht geven. Wel is denkbaar dat de aanwijzingen aanleiding geven tot het vermoeden van collusie, zodat de gedaagde ondernemer met het bewijs van het tegendeel wordt belast.³⁵ Wij denken dat de civiele rechter hiertoe slechts bij hoge uitzondering zal overgaan; het enkele feit dat de omstandigheden waaronder biedingen zijn gedaan ‘verdacht’ zijn te noemen, lijkt ons onvoldoende.

Overigens kan hier nog worden gemeld dat verboden combinatieovereenkomsten een aparte categorie vormen. Als nu na gunning aan een combinatie komt vast te staan dat de combinatie toch niet aan de voorwaarden van het vrijstellingsbesluit voldeed, of de combinatie in strijd wordt geoordeeld met artikel 81 EG, dan is er uiteraard geen bewijsprobleem ten aanzien van het bestaan van de combinatieovereenkomst. De overeenkomst is immers ‘open en bloot’ aan de aanbesteder gepresenteerd.³⁶ Het bewijs van het bestaan van de afspraak behoeft dus geen problemen op te leveren.

3.2 *De NMa als ‘fact finder’?*

Kan de Nederlandse Mededingingsautoriteit als ‘fact finder’ soelaas bieden? Dat klinkt aantrekkelijk: de aanbestedende dienst die mededingingsbeperking vermoedt,

32 Vergelijk bijvoorbeeld de casus die wordt geschetst in het besluit D-G NMa 22 December 2000, zaak nr. 1044 (inzake klacht aanbodcollusie bij aanbesteding Gemeente Werken Rotterdam).

33 Strikt genomen zijn dergelijke aanwijzingen niet noodzakelijk voor een (voorlopig) getuigenverhoor, maar om te weten wie men moet oproepen lijkt het in praktische zin wel nodig.

34 Vergelijk art. 19a Rv. Ook kunnen de aanwijzingen een verzwaarde stelplicht aan de zijde van de ontkennende gedaagde in het leven roepen; in algemene zin bestaat een dergelijke verzwaarde stelplicht echter niet. Zie nader Giesen, a.w. (noot 29), p. 39 e.v.

35 Giesen, a.w. (noot 29), p. 12-13, spreekt in dit verband overigens van omkering van bewijsvoeringslast.

36 Nota bene: de combinatieovereenkomst moet op schrift zijn gesteld (art. 1 Bvc).

dient een klacht in bij de NMa, die doet het onderzoek, verkrijgt met behulp van de aan de Mededingingswet ontleende dwangmiddelen³⁷ het nodige bewijsmateriaal en sanctioneert eventueel de ontdekte mededingingsbeperking.³⁸ Ook het Ministerie van Economische Zaken ziet hier been in:

‘De Mededingingswet biedt, zo dat nodig mocht blijken, voldoende middelen om dergelijke kartelvorming effectief aan te pakken.’³⁹

Immers:

‘Overtreding (van artikel 6 Mw, *auteurs*) kan door de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit worden bestraft met een bestuurlijke boete, terwijl tevens een last kan worden opgelegd om aan de overtreding een eind te maken. De directeur-generaal kan daartoe ambtshalve of naar aanleiding van een klacht een onderzoek instellen. Naast deze bestuursrechtelijke gevolgen is er het civielrechtelijke gevolg dat een overeenkomst of besluit in strijd met het verbod van mededingingsafspraken van rechtswege nietig is. Ook kunnen ondernemingen geconfronteerd worden met een eis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.’⁴⁰

Het is dus inderdaad mogelijk dat de aanbesteder een klacht indient bij de NMa,⁴¹ dat deze vervolgens een onderzoek instelt, bewijs verzamelt, een rapport opstelt, concludeert dat artikel 6 Mw is geschonden en eventueel sancties oplegt. De aanbesteder kan zijn voordeel doen met het aldus verzamelde bewijsmateriaal, want als belanghebbende heeft de aanbesteder op grond van artikel 60 lid 2 Mw recht op inzage van het door de NMa opgestelde rapport. Dat kan een sterke basis

37 Zie art. 5:15 Awb (het betreden van plaatsen, zonodig met de sterke arm), art. 5:16 Awb (inlichtingen), art. 5:17 Awb en art. 55 Mw (inzage in zakelijke bescheiden, zonodig met hulp van de sterke arm), art. 54 Mw (bedrijfruimten en voorwerpen verzegelen). Zie overigens ook art. 53 Mw (cautieplicht). Over een en ander uitgebreid D. Samkalden, *Handhaving Mededingingswet*, in: P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak, *De Nederlandse Mededingingswet in perspectief*, Deventer 2000, p. 209 e.v.

38 Zie bijvoorbeeld de boetes genoemd in art. 57 Mw en de mogelijkheid tot het opleggen van een last onder dwangsom (art. 56 en 58 Mw).

39 Deze enthousiaste inval is te lezen in *Europees aanbesteden: haal pegels uit die regels!*, a.w. (noot 1), p. 38.

40 Nota van Toelichting bij het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, Stb. 1997, 592, p. 4.

41 De aanbesteder geldt stellig als belanghebbende; zie over het begrip ‘belanghebbende’ in verband met klachten bijvoorbeeld P. Glazener e.a., *Kroniek mededingingsrecht; beschikkingspraktijk van de NMa in het tweede halfjaar 1999*, SEW 2000, p. 371, J.P.L. van Marissing, *De NMa in actie*, eerste druk Den Haag 2000, p. 106.

voor een civiele actie zijn.⁴² Via een 'omweg' krijgt de aanbesteder dan toch gedaan dat de ondernemers hun administratie overleggen ten behoeve van onderzoek (indirect) door de aanbestedende dienst naar mogelijke collusie.

De klachtprocedure voor de NMa biedt dus perspectief, maar toch speelt ze tot op heden geen prominente rol bij de opsporing (en voorkoming) van mededingingsbeperking in aanbestedingszaken. Dat kan meerdere redenen hebben; allereerst brengt de beleidsvrijheid van de NMa om onderzoek in te stellen naar aanleiding van klachten met zich dat de NMa in elk geval geen genoegen zal nemen met blote vermoedens van mededingingsbeperking. Er zullen concrete aanwijzingen moeten zijn – en dat dit een probleem kan opleveren zagen we al in paragraaf 3.1. Bovendien is het de NMa toegestaan de kosten van het in te stellen onderzoek af te wegen tegen de verwachten baten, mede gezien de schaarse personele middelen.⁴³ Of de NMa bestrijding van mededingingsbeperking in de toekomst tot speerpunt van haar toezichthoudende taken zal rekenen, hangt met name ook af van het aantal klachten dat van aanbestederszijde wordt ingediend. Wat dat betreft kan er het nodige worden verbeterd, want tot op heden zijn dergelijke klachten nauwelijks ingediend. Ook zal nadere bezinning moeten plaatsvinden op de verhouding tussen de klaagmogelijkheid bij de NMa en het civiele kort geding; zolang de NMa zich op het standpunt stelt dat van een benadeelde partij bij een spoedeisende kwestie kan worden gevergd dat deze een civiel kort geding aanspant tegen de partij die de Mw overtreedt,⁴⁴ heeft klagen in veel gevallen geen zin. Maar wat heeft men aan een civielrechtelijk kort geding als het juist de NMa is die de dwangmiddelen in handen heeft om de harde bewijzen van mededingingsbeperking boven water te krijgen? Nadere bezinning op de verhouding tussen de civiele rechter en de NMa lijkt ook in meer algemene zin nodig.⁴⁵ Zo meende de regering bij het concipiëren

42 Overigens kan bepaalde informatie (bijvoorbeeld bedrijfsgevoelige gegevens) uit het rapport worden gehouden. Over het spanningsveld dat dan ontstaat tussen transparantie en geheimhouding zie men P.J.M. Koning, N.U.N. van den Heuvel-Kien, *Formeel mededingingsrecht*, Den Haag 2000, p. 71-73. Informatie die in het rapport ontbreekt, maar die voor de civiele procedure wel van belang blijkt te zijn, kan door de civiele rechter bij de gedaagde ondernemer(s) worden 'opgevraagd'. Zie hiervoor paragraaf 3.1.

43 Zie over de beleidsvrijheid van de NMa in dit verband bijvoorbeeld Van Marissing, a.w. (noot 41), p. 105 e.v.

44 Zie bijvoorbeeld overweging 6.7 van het Besluit D-G NMa 10 september 1998, zaak nr. 1 (Telegraaf/NOS en HMG): 'Van partijen die stellen een (spoedeisend) belang te hebben bij beëindiging van een handelen dat indruist tegen de Mw, kan binnen redelijke grenzen worden gevergd dat zij gebruik maken van de civielrechtelijke instrumenten die hen daartoe ter beschikking staan.' Om het nog gecompliceerder te maken: in een andere zaak besliste Pres. Rb. Den Haag 10 juli 1998, M&M 1998, p. 98, dat de in art. 83 Mw neergelegde procedure voor dwangsom met last bij wijze van voorlopige maatregel exclusieve werking toekomt en dat dus het civiele kort geding in het geheel niet tot de mogelijkheden behoort.

45 Dat wordt ook overtuigend geïllustreerd door de tegenstrijdige oordelen van NMa en civiele rechter in de procedure Free Record Shop/Erasmus Muziekproducties; zie daarover Koning en Van den Heuvel-Kien, a.w. (noot 42), p. 119. Vergelijk voor (een begin van) afstemming het Duitse § 90 GWB, op grond waarvan het Bundeskartellamt als 'amicus curiae' bij civiele procedures optreedt.

van de Mededingingswet bijvoorbeeld dat de civiele rechter efficiëntere – althans snellere – rechtsbescherming zou kunnen bieden dan de NMa;⁴⁶ voor wat betreft de hiervoor geschetste bewijsvoeringsproblematiek lijkt ons dit niet juist.

Vermeld zij nog dat de onderzoeksbevoegdheid van de NMa met betrekking tot overtreding van artikel 6 Mw beperkt is in die zin dat mededingingsbeperking waarbij (ook) buitenlandse ondernemingen betrokken zijn, moeilijker te onderzoeken is omdat de bijzondere dwangmiddelen deze ondernemingen niet regarderden.⁴⁷

4 Remedies voor de aanbesteder

4.1 Ingrijpen in de aanbestedingsprocedure

Een ondernemer die meent dat de aanbesteder bij de aanbestedingsprocedure steken heeft laten vallen, staat een aantal remedies ter beschikking. Daar is reeds het nodige over beslist in de rechtspraak en over geschreven in de literatuur.⁴⁸ Maar welke remedies komen de aanbestedende dienst toe indien hem blijkt of indien hij vermoedt dat meedingende ondernemers mededingingsbeperkende afspraken hebben gemaakt? Het beeld is diffuus. Allereerst kan, als tijdens de aanbestedingsprocedure aanwijzingen van mededingingsbeperking worden gevonden, aan de meedingende ondernemers natuurlijk tekst en uitleg worden gevraagd.⁴⁹ Mocht dat geen bevredigend antwoord opleveren, dan bestaat een (beperkt) aantal mogelijkheden. Zo kan een vermoeden van mededingingsbeperking rijzen als gevolg van abnormaal hoge of lage inschrijvingen. Deze kunnen op die grond terzijde worden gesteld.⁵⁰ Om onregelmatigheden in de lopende aanbestedingszaak aan te pakken, kan de aanbestedende dienst de aanbestedingstrein soms op een ander spoor brengen: bij onregelmatige inschrijvingen mag men immers overgaan tot het instellen van de onderhandelingsprocedure.⁵¹ Een inschrijving die in nauw verband staat met een verboden mededingingsafpraak, zal naar onze mening in

46 *Kamerstukken II 1995/96, 24.707, nr. 3, p. 41.*

47 *Zie Kamerstukken II 1995/96, 24.707, nr. 3, p. 10.*

48 *Zie daarover de bijdrage van Slagter aan dit boek, alsmede de bijdrage van Makkinga en Weijnen.*

49 *Indien de verdenking ook op andere ondernemers rust, zullen uit oogpunt van gelijke behandeling dezelfde vragen aan hen moeten worden gesteld.*

50 *Bij abnormaal lage aanbiedingen moet de aanbesteder om precisering verzoeken alvorens de inschrijving te weigeren; zie art. 30 lid 4 Richtlijn Werken, art. 27 Richtlijn Leveringen, art. 37 Richtlijn Diensten; vergelijk art. 54 voorstel consolidatierichtlijn (COM (2000) 582) en ook art. 63 UAR-EG 1991. Bij abnormaal hoge aanbiedingen kan sprake zijn van niet-passende inschrijvingen of van onregelmatige inschrijvingen; zie over deze categorieën Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 120 e.v.*

51 *Art. 7 Richtlijn Werken, art. 6 Richtlijn Leveringen resp. art. 11 Richtlijn Diensten. Vergelijk art. XV, lid 1 sub a, GPA, dat expliciet rept van onderling afgestemde offertes.*

dit verband als onregelmatig kunnen worden gediskwalificeerd.⁵² Voor wat betreft Europese aanbestedingen zou men zelfs kunnen stellen dat de aanbestedende overheid de *plicht* heeft, voortvloeiend uit het beginsel van gemeenschapstrouw, om dergelijke inschrijvingen terzijde te stellen.⁵³ Daarbij geldt uiteraard dat de aanbestedende dienst *aannemelijk* moet kunnen maken dat sprake is van collusie; een bloot vermoeden volstaat niet.⁵⁴

Overigens kan de aanbesteder een ondernemer die in het verleden al eens 'betrap't is op aanbodcollusie van verdere mededinging uitsluiten,⁵⁵ maar daarvoor is in de regel nodig dat de betreffende ondernemer voor dat feit is veroordeeld.⁵⁶ Dat zal niet vaak voorkomen, en het zet ook geen zoden aan de dijk voor zover het betreft verboden afspraken in de aanbestedingsprocedure die *thans* aan de orde is. Misschien dat dit instrument op de lange duur meer 'tanden' krijgt, wanneer het Bureau BIBOB werkelijkheid is geworden en de door dat bureau beheerde gegevensbestanden in toenemende mate dergelijke informatie bevatten.⁵⁷ Dat is evenwel toekomstmuziek.

Het kan ook gebeuren dat de mededingingsbeperking na de gunning wordt ontdekt. Mocht het contract nog niet zijn gesloten,⁵⁸ dan zou de aanbesteder kunnen

-
- 52 Wij menen dat de aanbesteder een dergelijke inschrijving als onregelmatig mag uitsluiten; zou dit namelijk anders zijn dan zou aanbestedingsrechtelijke sanctionering van mededingingsbeperking alleen kunnen plaatsvinden indien alle inschrijvers daarbij betrokken waren (pas dan komt namelijk de 'sanctie' van de onderhandelingsprocedure in zicht). Zie diepgaand over deze problematiek Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 120 e.v.; voorts melden zij op p. 471 dat het ontwerp-UAR hier met een expliciete bepaling in voorziet.
- 53 Vergelijk A.J. Braakman, *Naar een nieuwe Mededingingswet*, BR 1997, p. 202 en, ten aanzien van nietige combinaties, - voorzichtig - Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 468. Zie over gemeenschapstrouw in meer algemene zin ten aanzien van aanbestedingsrecht José M. Fernández Martín, *The EC public procurement rules*, Oxford 1996, p. 93 e.v., en p. 184 e.v. In de rechtspraak van het HvJ EG met betrekking tot aanbestedingen lijkt de plicht van de lidstaten om de fundamentele regels van het EG-verdrag na te leven tot een actiever houding van de lidstaten in aanbestedingszaken te nopen. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98, Jur. 1999, I-8291, en recentelijk HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98 (naleving non-discrimatiegebod vergt een passende mate van openbaarheid bij aanbestedingen, ook indien deze niet door een van de richtlijnen wordt geregeerd).
- 54 Zo parafraseren wij RvA 5 juni 1997, no. 19.551, aangehaald bij Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 470.
- 55 Art. 24 Richtlijn Werken, art. 20 Richtlijn Leveringen, art. 29 Richtlijn Diensten; daarover (en de beperkingen ervan) E. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, diss. VU 2001, p. 280 e.v. Vergelijk ook art 47 voorstel consolidatierichtlijn (COM (2000) 275).
- 56 Manunza, a.w. (noot 55), p. 283.
- 57 *Kamerstukken II* 1999/00, 26.883, nr. 1-2 (Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur). Zie daarover, in verband met aanbestedingen, E. Manunza, *Openbare aanbesteding en corruptie*, in: W.E.C.A. Valkenburg en A.A.G.J.M. de Weert (red.), *Corruptie*, Lelystad 1998, p. 77 e.v., met name p. 95 en volgende, en ook Manunza, a.w. (noot 55), p. 314 e.v.
- 58 Gunning is de einduitkomst van de aanbestedingsprocedure, en hoewel in de praktijk wordt aangenomen dat het moment van gunning samenvalt met het moment van contracteren, is in juridische zin sprake van gescheiden rechtshandelingen. De consequentie van de Alcatel-zaak (HvJ EG 28 oktober 1999, zaak 81/98, Jur EG 1999, p. I-7671, NJ 2000, 528) zal waarschijnlijk zijn dat deze twee handelingen voortaan ook in tijd uit elkaar gelegen zullen moeten zijn.

besluiten om niet te contracteren maar om opnieuw aan te besteden.⁵⁹ De aanbesteder die daartoe besluit, moet sterk in zijn (bewijs)schoenen staan, want degene aan wie gegund is zal de beslissing om niet te contracteren uiteraard willen aanvechten. Ook hier geldt dat een enkel vermoeden van mededingingsbeperking niet volstaat.

4.2 *Ongedaanmaking van de overeenkomst*

Voor welk anker kan de aanbesteder gaan liggen indien hij onder een reeds gesloten overeenkomst uit wil, zodat hij na heraanbesteding alsnog tegen een marktconforme prijs kan contracteren? Vooropgesteld moet worden dat nietigheid van de ondernemersafspraken op grond van het kartelverbod als zodanig geen gevolgen heeft voor de geldigheid van de overeenkomst van een hunner met de aanbesteder; een dergelijke 'afgeleide' nietigheid wordt niet gevorderd door het Europese kartelrecht, en ons nationale recht kent haar evenmin.⁶⁰ Dat biedt dus geen mogelijkheden. Maar wel kan worden gedacht aan vernietiging van de overeenkomst wegens bedrog. Kan de aanbesteder het bewijs voor opzet van de mededingingsbeperking leveren, dan zal hij de overeenkomst in de regel kunnen aantasten op grond van artikel 3:44 lid 3 BW. Dit is in zekere zin voordelig voor de aanbesteder, omdat met het bewijs van opzet in het algemeen ook het bewijs is geleverd voor een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad.⁶¹ Daarmee is een ferme grondslag gegeven voor een additionele vordering tot schadevergoeding.

Ook kan worden gedacht aan een beroep op dwaling in de zin van artikel 6:228 BW. Wanneer het gaat om verborgen mededingingsbeperking zou de aanbesteder zich op het standpunt kunnen stellen dat hij heeft gecontracteerd onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken, veroorzaakt door het ongeoorloofde zwijgen van de wederpartij. Weliswaar is tijdens de parlementaire behandeling van artikel 6:228 BW opgemerkt dat een mededelingsplicht niet te snel mag worden aangenomen,⁶² maar indien de wederpartij door deelname op de hoogte is van de mededingingsbeperking, en hij weet danwel kan bevroeden dat zulks voor de

59 In dat opzicht zou de opschortende termijn die door de Alcatel-uitspraak in essentie wordt gevorderd, nog wel eens een voordeel voor de aanbesteder kunnen opleveren.

60 Zie bijvoorbeeld Schneider, a.w. (noot 16), p. 158 e.v., en Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 469. Schneider wijst overigens nog wel op de gemeenschapsrechtelijke verplichting voor de lidstaten om de praktische werking van het kartelverbod, ook tegenover derden, te waarborgen.

61 Zie Vermogensrecht, art. 44 (Hijma), aant. 31, en aant. 106.

62 Parl. Gesch. Boek 6, p. 909.

contracteerbeslissing van de aanbesteder een wezenlijke kwestie oplevert, dan zal hij naar maatschappelijke opvattingen de dwalende toch behoren in te lichten.⁶³ Als er opzettelijke benadelende afspraken zijn gemaakt, dan is een actie wegens bedrog of dwaling naar onze mening kansrijk. Dat ligt gecompliceerder bij subtieler vormen van mededingingsbeperking, zeker wanneer ze openlijk plaatsvinden. Bij openbare aanbodregulering zal bijvoorbeeld – afgezien van het gegeven dat een dergelijke regulering veelal wegens strijd met artikel 6 Mw nietig is – niet spoedig sprake zijn van dwaling of bedrog; de aanbesteder wordt geen rad voor ogen gedraaid en hij kan evenmin een onjuiste voorstelling van zaken hebben wanneer de aanbodregulering openlijk voor zijn ogen geschiedt.

Indien vernietiging mogelijk is, zal in beginsel ongedaanmaking van het gehele contract kunnen worden gevorderd.⁶⁴ Dat lijkt een fraaie basis voor heraanbesteding: het onder invloed van de mededingingsbeperking gesloten contract wordt ongedaangemaakt en de aanbesteder begint opnieuw. Die rigoureuze oplossing doet echter lang niet altijd recht aan alle betrokken belangen, vooral niet wanneer het contract al (gedeeltelijk) is uitgevoerd. In dat geval zal de aanbesteder namelijk hetgeen reeds aan hem is gepresteerd niet kunnen of willen restitueren, zodat ofwel het vernietigingsberoep in zoverre niet tot werkelijke ongedaanmaking leidt,⁶⁵ ofwel naar een minder ingrijpend alternatief wordt gezocht. Dat laatste is heel goed mogelijk met bijvoorbeeld artikel 3:53, lid 2, BW: indien de gevolgen van de overeenkomst bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt, kan de rechter op verzoek geheel of gedeeltelijk de werking ontzeggen aan een vernietiging en in plaats daarvan een schadevergoedingsplicht op te leggen aan degene die daardoor onbillijk wordt beoordeeld.⁶⁶

4.3 *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*

Wanneer ongedaanmaking van het contract geen reële optie is, treedt schadevergoeding nadrukkelijker op de voorgrond. En dan moeten we niet alleen denken aan

63 Indien de aanbesteder desgevraagd - maar in strijd met de werkelijkheid - zou worden medegedeeld dat geen ongeoorloofde ondernemersafspraken bestaan, bestaat ook grond voor vernietiging wegens dwaling: in de regel mag men afgaan op de juistheid van de door de inschrijvers gedane mededelingen. Zie HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 nt. LEHR (Baris/Riezenkamp).

64 Art. 3:53 BW juncto 6:203 BW.

65 Indien bijvoorbeeld de geleverde zaken verbruikt zijn, is nakoming van de verbintenis ex art. 6:203 BW voor de aanbesteder blijvend onmogelijk geworden en ontstaat - indien de tekortkoming hem toerekenbaar is - een recht op vervangende schadevergoeding (art. 6:74, 75 juncto art. 6:87 BW); deze schadevergoeding zal gerelateerd zijn aan de waarde van de geleverde zaken. De verbintenis tot betaling van vervangende schadevergoeding staat daarmee in wezen tegenover de verplichting van de wederpartij om de betaalde geldsom te restitueren, zodat uiteindelijk verrekening zal plaatsvinden (art. 6:127 BW). Per saldo blijven op deze wijze de gevolgen van het contract goeddeels in stand.

66 Een vergelijkbaar alternatieve restitutiewijze is neergelegd in art. 6:230 BW voor wat betreft de afwikkeling van een dwalingsgeval.

schadeplichtigheid van de colluderende contractant, maar ook die van andere betrokkenen. Bij de mededingingsbeperking zijn per definitie meer partijen dan alleen de contractuele wederpartij van de aanbestedende dienst betrokken, en hun aansprakelijkheid zal in de regel van buitencontractuele aard zijn. Wij concentreren ons daarom hierna op de onrechtmatige daad als rechtsgrond voor schadeplichtigheid van de betrokken meedingende ondernemers.⁶⁷

Voor een geslaagde actie uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) is vereist dat de aangesproken ondernemers toerekenbaar onrechtmatig hebben gehandeld jegens de aanbesteder, en dat deze daardoor daadwerkelijk in een vermogensbelang is geschaad. Nu is wel gesteld dat de overtreding van artikel 6 Mw (en hetzelfde zou dan gelden voor artikel 81 EG) op zichzelf niet onrechtmatig is jegens de benadeelde partij, omdat deze bepaling veeleer gericht is op bescherming van optimale mededinging in algemene zin en niet zozeer direct ziet op bescherming van concrete marktpartijen,⁶⁸ maar dat lijkt ons een onjuist uitgangspunt.⁶⁹ Er zijn met name uit de rechtspraak op artikel 81 EG voldoende aanknopingspunten te putten voor het standpunt dat individuele ondernemingen, instellingen en dus ook aanbestedende diensten rechtstreekse bescherming kunnen ontleen aan de kartelverboden.⁷⁰ Overtreding van artikel 6 Mw/artikel 81 EG geeft daarom ook recht op civielrechtelijke bescherming. Voor ons recht is het flexibele artikel 6:162 BW een van de civielrechtelijke vehikels voor deze bescherming.⁷¹

Binnen de 'normale' kaders van het onrechtmatigedaadsrecht (artikel 6:162 BW) kan schending van het kartelverbod tot aansprakelijkheid leiden tegenover

67 Daar wordt overigens anders over gedacht door diegenen die in de rechtsverhouding van meedingende ondernemers onderling (en ook in hun verhouding tot de aanbesteder) een contractuele verhouding menen te kunnen ontwaren. Zie bijvoorbeeld recentelijk W.G.Ph.E. Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, oratie UvA 2000, p. 17. Wij denken dat de door ons gevolgde delictuele denklijn niet anders kan of mag zijn indien de grondslag van de precontractuele redelijkheid en billijkheid of van contract (voor diegenen die in de aanbestedingsrechtsverhoudingen een contract ontwaren) zou worden gekozen. Wedekind, t.a.p., oordeelt blijkbaar anders; hij stelt ronduit - zij het zonder nadere onderbouwing - het primaat van een 'contractuele setting' voorop. Zie over deze discussie ook de beschouwingen van Slagter in dit boek.

68 Zie bijvoorbeeld M.M. Slotboom, *Ten dienste van de mededinging?*, SEW 1996, p. 295.

69 Zo ook reeds Samkalden, t.a.p. (noot 37), p. 204-205. Vergelijk ook uitgebreid Gleiss/Hirsch, *Kommentar zum EG-Kartellrecht*, Bd. 1, vierde druk Heidelberg 1993, rdnr. 1723 e.v., alwaar wordt gesproken van de 'Doppelnatur' van (thans) art. 81 EGen waar de conclusie luidt dat deze bepaling naar de voorwaarden van het Duitse aansprakelijkheidsrecht (§ 823 BGB) 'Schutzgesetz' is.

70 Zie het betoog van Schneider, a.w. (noot 16), p. 159 e.v., met verwijzing naar relevante rechtspraak: HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73, Jur. 1974, 51, overweging 15-16 (BRT/Sabam), HvJ EG 30 April 1974, zaak 155/73, Jur. 1974, 409, overweging 18 (Sacchi), HvJ EG 17 januari 1980, zaak 792/79, Jur. 1980, 119, overweging 19 (Camera Care). Zie voor wat betreft rechtstreekse en onmiddellijke werking van de nietigheidssanctie van art. 81, lid 2, EG ook nog HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72, Jur. 1973, 77, overweging 24-27 (Brasserie de Haecht II) en ook HvJ EG 10 juli 1980, zaak 99/79, Jur. 1980, 2511, overweging 17 (Lancôme/Etos en Albert Heijn). Vergelijk Braakman, t.a.p. (noot 53), p. 197-198.

71 In die zin heeft het Nederlandse rechtsstelsel minder moeite met inpassing binnen het delictuele aansprakelijkheidsrecht dan bijvoorbeeld het Duitse (zie hiervoor noot 69) of het Engelse (zie daarover bijvoorbeeld D.G. Goyder, *EC Competition Law*, derde druk Oxford 1998, p. 515 e.v.).

diegenen wier vermogensbelangen door dat verbod worden beschermd (artikel 6:163 BW).⁷² Voor een concrete actie uit onrechtmatige daad is dus relevant welk beschermingsbereik toekomt aan het kartelverbod. Een ruim beschermingsbereik ligt voor de hand, aangezien het kartelverbod de belangen beoogt te beschermen van alle concurrenten wier keuze- en contracteermogelijkheden potentieel door het kartel worden beïnvloed.⁷³ Bij mededingingsbeperking zal daarom ook in beginsel sprake zijn van een toerekenbare onrechtmatige daad van elk van de betrokken ondernemers jegens de aanbesteder.⁷⁴

Op dit beginsel zijn uitzonderingen denkbaar. Wij denken bijvoorbeeld niet dat deelname door een combinatie aan de aanbesteding, die op het eerste gezicht geldig leek maar naar achteraf komt vast te staan toch niet binnen de vrijstellingsvereisten van het Bvc viel en die bovendien ex artikel 6 Mw nietig blijkt te zijn, per definitie een *toerekenbare* onrechtmatige daad jegens de aanbesteder oplevert. Afgezien van de vraag of een dergelijke deelname schade berokkent aan de aanbesteder, kunnen wij ons namelijk voorstellen dat indien zowel de combinatie als de aanbesteder in dwaling verkeerden omtrent de strijdigheid van de combinatie met artikel 6 Mw, het risico van een dergelijke dwaling bij de aanbesteder blijft rusten. Ook hier komt het aan op de omstandigheden van het geval: wederzijdse rechtsdwaling moet anders worden beoordeeld dan opzettelijke misleiding door de combinerende ondernemingen.⁷⁵

Naast overtreding van artikel 81 EG of artikel 6 Mw kan naar onze mening ook aanleiding voor aansprakelijkheid van de meedingende ondernemers worden gevonden in handelingen die ernstig strijden met de beginselen die ten grondslag liggen aan het aanbestedingsrecht.⁷⁶ Weliswaar gelden deze beginselen primair voor de aanbesteder, maar wij denken dat de omgekeerde denkrichting ook zinvol kan zijn. Waarom zou de door meedingende ondernemers in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid niet mede mogen worden ingekleurd aan de hand van de aanbestedingsbeginselen zoals dat van non-discriminatie, transparantie, en concurrentie?

72 Vergelijk M.B.W. Biesheuvel, M.R. Mok, H.G. Sevenster, *Van ordening naar marktwerking* (preadvies Vereniging Handelsrecht/Vereniging voor Mededingingsrecht), Den Haag 1996, p. 95.

73 Zie hierover bijvoorbeeld Schneider, a.w. (noot 16), p. 164 e.v. Vergelijk ook W.J. Slagter, *preadvies NJV 1963*, p. 42.

74 In voorkomende gevallen zal overigens ook sprake kunnen zijn van collusie in groepsverband, zodat art. 6:166 BW van toepassing is.

75 Ook komt het aan op de vraag of de nietige combinatie in strijd is met art. 81 EG. Voor dat geval sluiten wij niet uit dat, in afwijking van hetgeen wij in de hoofdtekst schrijven, de nietigheid wel voor rekening komt van de combinatie, omdat zij nu eenmaal een ontheffingsverzoek had kunnen doen.

76 Zie over beginselen van aanbestedingsrecht bijvoorbeeld W.H. van Boom, *De aanbestedende overheid. Beginselen van behoorlijke openbare aanbesteding*, BR 1999, p. 644 e.v.

De volgende stap bij een schadevergoedingsactie ex artikel 6:162 BW is natuurlijk het begroten van de schade die is geleden door de onrechtmatige daad. De omvang van de schadevergoeding is vooral afhankelijk van het stadium waarin de aanbesteding zich bevindt op het moment dat de mededingingsbeperking wordt ontdekt, en van de reactie die daarop van een redelijk handelend aanbesteder in de gegeven omstandigheden verwacht kan worden. Vindt de ontdekking in een vroeg stadium plaats, dan is denkbaar dat de meerkosten verbonden aan heraanbesteding (inclusief vertragingsschade) voor vergoeding in aanmerking komen. Was het de aanbesteder op het moment van ontdekking echter (nog) toegestaan om de colluderende ondernemers uit te sluiten,⁷⁷ maar heeft hij dit nagelaten, dan komen de meerkosten verbonden aan heraanbesteding niet voor vergoeding in aanmerking.⁷⁸

Vindt ontdekking pas plaats na uitvoering van het met de winnende inschrijver gesloten contract, dan zal de schade voor de aanbesteder in veel gevallen voornamelijk gelegen zijn in de hogere geldsom die hij heeft moeten betalen als gevolg van de collusie. Hoewel de voorkeur uitgaat naar een zo exact mogelijke begroting van deze schade, staat het de rechter vrij om een schatting te maken (artikel 6:97 BW). Bovendien kan, indien vaststaat dat de aanbesteder door de mededingingsbeperking schade heeft geleden, bij wijze van schadebegroting een veroordeling tot *winstafdracht* volgen (artikel 6:104 BW).⁷⁹ Dat zal in de eerste plaats de winst zijn die de aangesproken ondernemer met wie is gecontracteerd, zelf heeft gerealiseerd. Wij achten het echter ook mogelijk dat elk van de andere colluderende ondernemers tot afdracht van deze winst kan worden verplicht, omdat elk van hen hoofdelijk aansprakelijk is voor de door de collusie ontstane schade (artikel 6:102 BW) en het instrument van winstafdracht nu eenmaal de vorm heeft gekregen van een methode van schadeberekening (artikel 6:104 BW).

Met betrekking tot de omvang van deze winstafdracht is het soms mogelijk om bij wijze van schadebegroting uit te gaan van statistische gegevens. Als gezegd wijzen deze er op dat met aanbesteding een gemiddelde kostenbesparing van 10 tot 30% is gemoeid, en dat prijscollusie een prijsopdrijvend effect van 10 procent kan hebben.⁸⁰ Nu is niet gezegd dat de concrete wijze waarop de aanbidders hebben gecolludeerd in het concrete geval een dergelijke besparing teniet heeft gedaan

77 Zie daarover hiervoor paragraaf 4.1.

78 Als grondslag voor afwijzing van vergoeding daarvan kan zowel worden gedacht aan de schadebeperkingsplicht van de aanbesteder (art. 6:101 BW) als aan een begrenzing van het causaal verband (art. 6:98 BW).

79 Zie HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 nt. CJHB.

80 Zie noot 7.

c.q. een dergelijk prijsopdrijvend effect heeft gehad, maar bij prijscollusie kunnen dergelijke percentages naar onze mening wel degelijk uitkomst bieden.⁸¹

5 De positie van de meedingende derde

De aanbesteder is niet de enige die door mededingingsbeperking wordt geschaad. Meedingende derden kunnen gunning van het contract aan hun neus voorbij zien gaan en aldus schade lijden, of ernstig in hun *kansen* op gunning zijn beknot en het gevoel hebben dat zij de inspanningen (lees: kosten) van de aanbestedingsprocedure achterwege kunnen hadden laten omdat de uitkomst door de collusie eigenlijk al vast stond. Veel van hetgeen wij in de voorgaande paragrafen schreven over de positie van de aanbesteder, is *mutatis mutandis* van toepassing op deze derde. We noemen hier nog enkele complicaties.

De meedingende derde die meent dat zijn kansen op gunning door mededingingsbeperking worden gefrustreerd, kan zich beklagen bij de aanbesteder. Er is weinig bekend over de manier waarop de aanbesteder op een dergelijke klacht moet reageren. Wel is duidelijk dat de aanbesteder in zijn hoedanigheid van overheidslichaam de klacht met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur moet afwikkelen,⁸² maar daarmee is niet gezegd dat de aanbesteder ook uitgebreid zelfstandig onderzoek moet instellen naar de feitelijke gegrondheid van de klacht. Uit hetgeen wij in paragraaf 3 schreven, mag duidelijk zijn geworden dat aanbesteders geen breed wapenarsenaal voor waarheidsvinding hebben. Dat noopt tot een zekere terughoudendheid van de aanbesteder: indien hij de meedingende derde te zeer tegemoetkomt zonder harde bewijzen, schendt hij tegenover de andere ondernemers de aanbestedingsbeginselen van gelijke behandeling, doorzichtigheid, fair play et cetera. Anderzijds loopt de aanbesteder, indien hij niets onderneemt naar aanleiding van de klacht, het risico dat hij later wordt veroordeeld tot heraanbesteding.⁸³ Wellicht dat de aanbesteder een procedurele uitweg kan vinden door de klacht van de derde als het ware door te geleiden aan de NMa (vergelijk paragraaf 3.2) en hangende deze procedure de aanbestedingspro-

81 Waarbij wij ons er overigens wel bewust van zijn dat een verloren gegane besparing bij de aanbesteder van 20% niet automatisch ook een winst van 20% bij de winnende inschrijver teweeg hoeft te brengen; het fraaie van abstracte schadeberekening is nu juist dat men van dat gegeven kan abstraheren.

82 Zie Verbintenissenrecht II (Van Boom), aant. 7, met verdere verwijzingen.

83 En, indien het mededingingsbeperking met een communautaire dimensie betreft, kan de aanbesteder bovendien verdragsschending worden verweten gelegen in het nalaten op te treden tegen schending van art. 81 EG.

cedure op te schorten.⁸⁴ In veel gevallen is dit laatste geen wenkend perspectief, maar het achterwege laten van de opschorting herbergt het risico dat de D-G NMa op een later tijdstip vaststelt dat inderdaad sprake was van collusie. En dan kan het voor de aanbesteder al te laat zijn om de aanbestedingstrein nog te stoppen. Indien de derde na contractsluiting wil optreden tegen de mededingingsbeperking, dan is in theorie voorstelbaar dat een benadeelde inschrijver een vordering instelt ex artikel 6:162 BW tot beëindiging van het contract tussen aanbesteder en de ondernemer aan wie is gegund.⁸⁵ Wij denken echter niet dat een dergelijke vordering spoedig zal worden toegewezen. Allereerst zal de civiele rechter de bij het concrete geval betrokken belangen in hun onderlinge samenhang moeten afwegen.⁸⁶ De uitkomst daarvan kan zijn dat het belang van de benadeelde inschrijver bij beëindiging van het contract niet opweegt tegen de belangen van aanbesteder en de ondernemer aan wie is gegund, bijvoorbeeld omdat reeds kostbare voorbereidingswerkzaamheden zijn uitgevoerd. In de tweede plaats is er de min of meer bestendige lijn in de rechtspraak dat een vordering tot nakoming of een gebodsactie alleen kan worden toegewezen indien de gedaagde in redelijkheid aan het vonnis kan voldoen.⁸⁷ Indien uitvoering van het contract al zo ver is gevorderd (danwel reeds is uitgevoerd) dat beëindiging ervan niet mogelijk is, dan zal de vordering om die reden worden afgewezen.

Een vordering tot *schadevergoeding* ligt in dergelijke gevallen meer voor de hand. De bescherming die het onrechtmatigedaadsrecht kan bieden aan de aanbesteder, staat tevens ter beschikking aan de meedingende derde.⁸⁸ Een bijzondere moeilijkheid ten aanzien van de meedingende derde is echter de vaststelling van de schade. Lijdt een inschrijver wel schade wanneer niet aan hem gegund wordt? Het is buitengewoon lastig aan te geven wat er gebeurd zou zijn indien er geen sprake was geweest van de verboden afspraken; er kan lang niet altijd met zekerheid gezegd worden dat dan aan *deze* derde zou zijn gegund. Vaststelling van schade en *conditio sine qua non*-verband in dit soort gevallen is altijd een kwestie van 'retrospectief koffiedik kijken', maar daarnaast lijkt de laatste tijd steeds meer belangstelling te bestaan voor het alternatief van de

84 De meedingende derde zou tijdens de aanbestedingsprocedure bovendien ook zelf een klacht bij de NMa kunnen indienen met betrekking tot de verdenking van collusie. Voor die klacht gelden alle 'caveats' die hiervoor in paragraaf 3.2 aan de orde kwamen. Ook een kort geding - of in voorkomende gevallen een spoed-arbitrage - tegen de colluderende ondernemer(s) behoort tot de mogelijkheden. Onder vigeur van het UAR(-EG) beoordeelt de RvA ook vorderingen tussen inschrijvers onderling. Zie M. A. van Wijngaarden, *Hoofdstukken Bouwrecht*, tweede druk Deventer 1999, deel 16, nr. 911, en deel 18, nr. 1003.

85 Vergelijk RvA 26 januari 1989, nos. 13.704 en 13.713, BR 1989 p. 552 nt. N.J.M. Donders.

86 Zie daarover vooral ook de bijdrage van Makkinga en Weijnen aan dit boek. Vergelijk K.I. de Jong, Remedies in the Netherlands, in: A. Tyrrell, B. Bedford (eds.), *Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies*, Londen 1997, p. 198.

87 Zie Verbintenissenrecht I, art. 74 (Broekema-Engelen), aant. 27, met verdere verwijzingen.

88 Zie daarover dus paragraaf 4.3.

‘verlies van een kans’-schade. De belangwekkende discussie om ook schade gelegen in de ‘verlies van een kans’ als volwaardig schadebegrip te erkennen, kunnen we binnen het bestek van deze bijdrage echter niet behandelen. Wij verwijzen daarom naar de bijdrage van Akkermans en Pijnacker Hordijk elders in dit boek.

6 Aanbevelingen en suggesties

Het laatste woord over aansprakelijkheid voor mededingingsbeperking bij aanbestedingen is nog niet geschreven, althans dat hopen wij. Want veel is onduidelijk, onderbelicht of gewoon niet goed geregeld. Met het oog op toekomstige discussie over dit onderwerp willen wij daarom de volgende aanbevelingen en suggesties doen.

Allereerst blijkt uit het voorgaande dat het voor aanbesteders moeilijk kan zijn om vermoedens van mededingingsbeperking om te zetten in concrete bewijzen. Wij denken dat een nadrukkelijker rol voor de NMa weggelegd zou kunnen zijn bij het opsporen en vaststellen van mededingingsbeperkingen bij aanbestedingen; aanbesteders kunnen meer profiteren van de bevoegdheden die de NMa ten dienste staan dan tot op heden gebeurt. Daarvoor is uiteraard nodig dat bij sterke vermoedens van mededingingsbeperkende afspraken door de aanbesteder een klacht wordt ingediend.

In de tweede plaats, en dat hangt samen met het vorige punt, verdient het aanbeveling om de positie van de aanbesteder bij het vermoeden van mededingingsbeperking een uitdrukkelijker regeling te geven dan nu het geval is. De thans gebruikelijke aanbestedingsreglementen bepalen niets over wat een aanbesteder *mag* of *moet* doen bij het vermoeden van mededingingsbeperking. Gedacht zou kunnen worden aan een uitdrukkelijke bevoegdheid tot het indienen van een klacht bij de NMa, en tot het desgewenst opschorten van de procedure totdat deze klacht is behandeld. In elk geval zou duidelijk moeten blijken welke handelswijze van de aanbesteder mag worden verwacht wanneer door een mededingende ondernemer *bij hem* een klacht wordt ingediend over een mededingingsbeperkende afspraak van andere ondernemers. Duidelijkheid over de bevoegdheden en verplichtingen van de aanbesteder tijdens de aanbestedingsprocedure schept bovendien een duidelijker kader voor eventuele aansprakelijkstellingen na afronding van de procedure en kan de aanbesteder betere bescherming bieden tegen het verwijt dat bepaalde ondernemers ten onrechte (of juist ten onrechte *niet*) uit de procedure zijn geweerd of geschrapt.

Tenslotte vragen wij ons af of niet toch in een aanbestedingsreglement een opsomming kan worden opgenomen van gevallen waarin een inschrijving in ieder geval als ‘onregelmatig’ terzijde kan of zelfs *moet* worden gesteld; bij deze

opsomming zou het geval van mededingingsbeperkende afspraken dan niet mogen ontbreken.⁸⁹

89 Vergelijk E.H. Pijnacker Hordijk, *Het UAR-EG 1991 gewijzigd*, BR 1995, p. 913-914.