



Vlaams
Parlement

ingediend op **1763** (2018-2019) – Nr. 1
20 november 2018 (2018-2019)

Conceptnota voor nieuwe regelgeving

van Peter Van Rompuy, Robrecht Bothuyne, An Christiaens en Sonja Claes

betreffende mededinging bij aanbestedingen
door regionale en lokale overheden in Vlaanderen

Inleiding

De verschillende overheden in België, op alle niveaus, dragen tal van verantwoordelijkheden. Daarvoor doen ze in toenemende mate een beroep op externe partners.

De overheden besteden opdrachten uit waarop private spelers onder concrete voorwaarden kunnen intekenen. Vervolgens beslissen ze op basis van de opgelegde criteria en de ingediende dossiers welke speler de opdracht mag uitvoeren. Helaas is er tegelijk ook een tendens waarbij kan worden vastgesteld dat bij een aanbesteding vaak maar één dossier wordt ingediend, waardoor de overheid niet langer een keuze heeft.

Deze conceptnota behandelt enkele aspecten van het aanbestedingsproces, meer bepaald het voorkomen van 'bid rigging', waarbij vooraf afspraken tussen potentiële spelers worden gemaakt. Aansluitend worden enkele voorstellen gedaan om dat fenomeen in de toekomst onmogelijk te maken.

1. Cijfers en feiten

Een overheidsaanbesteding moet verschillende stappen doorlopen en aan verschillende aspecten voldoen, zeker zodra ze een bepaalde budgettaire drempel overschrijdt.

Deze conceptnota gaat niet dieper in op het proces van het uitschrijven van een opdracht, het toewijzen van de opdracht of het uitvoeren ervan. Ze behandelt wel de beweging die op de markt ontstaat zodra een opdracht werd uitgeschreven en voor bidders werd opengesteld.

Hieronder staat een toelichting bij enkele feiten over de overheidsaanbestedingen. Daarbij komt ook het dalende en relatief beperkte aantal voorstellen die uit de aanbestedingen voortkomen, aan bod. De feiten staven een bezorgdheid over het correcte verloop van die fase van het aanbestedingsproces.

In 2015 spendeerden alle EU-landen samen zo'n 1,9 biljoen euro (1.900.000.000.000 euro), een vijfde van hun GDP (gross domestic product of bruto binnenlands product).¹

In 2017 besteedden de Vlaamse en lokale overheden samen in totaal 6,251 miljard euro aan overheidsopdrachten.²

In 2006 kregen overheden bij 17 procent van hun aanbestedingen maar één voorstel binnen. In 2015 steeg dat aandeel tot 30 procent. De mediaan van het aantal voorstellen per aanbesteding viel terug van vijf naar drie.³



¹ The Economist (19 november 2016): "EU countries spent €1,9 trillion on procurement in 2015, around a fifth of their GDP", p. 26.

² Parlementaire vraag nr. 396 van 19 april 2018 van Peter Van Rompuy aan minister Liesbeth Homans. (*Schriftelijke vragen* VI.Parl. 2017-18, nr. 396)

³ The Economist (19 november 2016): "According to the Tenders Electronic Daily (TED) database, an archive of 4m purchases by European governments during the past decade, 17% of calls for tender in 2006 received only one bid. By 2015 that figure had risen to 30%. The median number of offers per tender fell from five to three.", p. 26.

Er is al gedurende verschillende decennia een trend bij overheden om steeds meer uit te besteden, in de hoop tot een grotere (kosten)efficiëntie te komen.

De meeste agentschappen voor wegen en verkeer kunnen hun operationele kosten met 20 procent verminderen, door onder meer een combinatie van moderne financiële en technische inzichten. Ook een betere aanbestedingsmethodologie kan helpen. Onder meer Denemarken en Zweden hebben daarvoor al stappen gezet, en hebben zo een vermindering van hun uitgaven gerealiseerd.⁴

Uit de bovenstaande gegevens blijkt dat overheden meer dan vroeger opmerkzaam moeten zijn voor opvallende prijsstijgingen op de markt. Dat is zeker het geval als er bij een aanbesteding maar één voorstel binnenkomt.

Voor de bovenstaande cijfers kunnen de volgende verklaringen worden gegeven:

- 1° in bepaalde sectoren is er minder concurrentie dan in andere sectoren. Volgens een artikel in *The Economist* is dat bijvoorbeeld het geval in de farmaceutische industrie en in de IT- en transportsector;
- 2° het is mogelijk dat de aanbestedende overheden, waarvan de lokale overheden de grootste groep vormen, proberen om een aanbieder uit de lokale context aan te trekken. Dat zorgt ervoor dat er soms maar een beperkt aantal potentiële bidders voorhanden is;
- 3° het is ook mogelijk dat in bepaalde sectoren spelers bij aanbestedingen afspraken met elkaar maken.

Die laatste hypothese wordt onderbouwd door cijfers uit een studie van John Connor (Purdue University). Het aantal kartels in Europa steeg van acht per jaar in de jaren 90, naar 29 per jaar in de jaren 2000. Zo'n 60 procent van de kartels die tussen 2000 en 2016 werden ontdekt, bevonden zich in West-Europa.

Een studie van PricewaterhouseCoopers (PwC) gaf aan dat een verminderde concurrentie leidt tot een stijging van de kosten met 2 procent tot 15 procent, afhankelijk van de sector. In haar jaarverslag van 2016 berekende de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) de terugverdieneffecten van haar beslissingen op 505 miljoen euro in de periode 2014-2016.

Tot slot geeft een andere studie aan dat "contracten voortkomend uit overheidsaanbestedingen uiterst gevoelig zijn voor het ontstaan van kartelafspraken vermits bij de openbare aanbestedingen, in tegenstelling tot andere markten, de prijsevolutie geen impact heeft op de aanbestedende hoeveelheden (vastgelegd door de aanbestedende overheden)".⁵

2. Parlementaire initiatieven in verband met overheidsopdrachten

Vraag om uitleg van 21 maart 2017 over de strijd tegen 'bid rigging' van Peter Van Rompuy aan minister Geert Bourgeois (Vragen om uitleg VI.Parl. 2016-17, nr. 1460)

"De Vlaamse overheid werkt niet structureel samen met de Belgische Mededingingsautoriteit, maar er is een systeem van controles op de naleving van de wetgeving bij het gunnen van overheidsopdrachten."

⁴ McKinsey (februari 2015), 'Succeeding the Public Sector Transformation'.

⁵ Onder meer Heimler, A. (2012) 'Cartels in Public Procurement', *Journal of competition Law & economics*.

De Inspectie van Financiën⁶ en Audit Vlaanderen spelen daarin een rol. Zo voert Audit Vlaanderen controles uit, zowel bij de gunning als bij de uitvoering van een opdracht.⁷ Ook het Rekenhof voert occasioneel controles uit.

"Het is in eerste instantie een verantwoordelijkheid van elke desbetreffende entiteit van de Vlaamse overheid (...) om elke prijsofferte die binnenkomt, aan een prijsonderzoek te onderwerpen. Dat gebeurt ook altijd. (...) Een van de opdrachten daarbij is om te vergelijken, waar het kan, met historische gegevens."

"Voor zover mij bekend is, zijn er vanuit de Vlaamse administratie nog geen klachten over samenspanning bij overheidsopdrachten bezorgd aan de Belgische Mededingingsautoriteit."

Er wordt vaak verwezen naar maatregelen voor het integer omgaan met overheidsopdrachten vanuit de administratie. Toch worden er onvoldoende concrete acties ondernomen voor het opsporen, opvolgen en doorsturen van mogelijk misbruik bij de kandidaat-uitvoerders. Allicht ook om die reden is er tot nu toe geen enkele klacht vanuit Vlaanderen aan de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) gericht. Een andere belangrijke reden heeft betrekking op het risico voor de opdrachtgevers dat ze de aanbestedingsprocedure weer van nul zullen moeten beginnen, wat een belangrijke drempel vormt om klacht in te dienen.

"Het Departement Mobiliteit en Openbare Werken omschrijft in een omzendbrief naar zijn entiteiten onder welke omstandigheden de bedongen prijzen ter controle moeten worden voorgelegd aan een gespecialiseerde cel Prijsadvies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning van het Departement MOW, zowel in het kader van de gunningen als bij wijzigingen aan de opdrachten en schadevergoedingseisen."

"We zullen nog bijkomend initiatief nemen met de mededingingsautoriteit, precies om overleg te plegen voor de toepassing van de gids die ze nu hebben gepubliceerd."⁸

Schriftelijke vraag van 27 maart 2017 over overheidsopdrachten – controle op de marktwerking, van Peter Van Rompuy aan minister Geert Bourgeois (Schriftelijke vragen VI.Parl. 2016-17, nr. 247)

Wat gebeurt er in het kader van de preventie van 'bid rigging'?

"Om praktijken als bid rigging te kunnen detecteren is een grondig onderzoek van de ingediende offertes cruciaal. De regelgeving overheidsopdrachten verplicht alle aanbestedende overheden om de ingediende offertes aan een prijsonderzoek te onderwerpen. Inschrijvers zijn verplicht om alle gevraagde inlichtingen te verstrekken om dit prijsonderzoek mogelijk te maken. De modeldocumenten die op <http://overheid.vlaanderen.be/overheidsopdrachten> ter beschikking worden gesteld, bepalen uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid alle verificaties van de boekhoudkundige stukken en alle onderzoeken ter plaatse kan uitvoeren, teneinde de juistheid na te gaan van de gegevens die de inschrijver in het raam van het prijsonderzoek heeft verstrekt. Het prijsonderzoek omvat niet alleen een nauwgezette controle van alle bedragen van elke offerte, maar ook een grondige onderlinge prijsvergelijking van alle offertes, een vergelijking met de bedragen van de raming en met de gangbare marktprijzen voor gelijkaardige prestaties.

⁶ De Inspectie van Financiën komt tussenbeide vanaf een bepaald bedrag.

⁷ Het gaat zowel om forensische als om detectieaudits.

⁸ Hier wordt verwezen naar de gids over 'bid rigging': 'Samenspanning bij overheidsopdrachten. Een gids voor inkopers bij overheden', die de BMA heeft gepubliceerd (http://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20170131_overheidsopdrachten.pdf).

Op basis van de bevindingen uit het vergelijkend prijsonderzoek en uit de ontvangen inlichtingen zal aan de betrokken inschrijvers gevraagd worden om de vermoedelijk abnormale prijzen te verantwoorden. Een dergelijke verantwoording dient concreet en cijfermatig onderbouwd te zijn, en gestaafd door de nodige documenten. De antwoorden op deze vragen worden in detail onderzocht. Indien abnormale prijzen worden vastgesteld waarvoor de inschrijver geen afdoende verantwoording kan verstrekken, wordt de offerte uit de gunningsprocedure geweerd.”

Schriftelijke vraag van 27 maart 2017 over het Departement Mobiliteit en Openbare Werken – cel Prijsadvies, van Peter Van Rompuy aan minister Ben Weyts (Schriftelijke vragen VI.Parl. 2016-17, nr. 1035)

Schriftelijke vraag van 8 mei 2017 over de Belgische Mededingingsautoriteit – impact opgelegde kartelboete voor Vlaamse overheid, van Peter Van Rompuy aan minister Geert Bourgeois (Schriftelijke vragen VI.Parl. 2016-17, nr. 284)

“Aangezien er bij de Vlaamse overheid dus geen indicaties zijn voor kartelvorming, dringen zich geen bijkomende specifieke maatregelen op.

Ik herinner eraan dat er hoe dan ook controleprocedures zijn die de aanbestedende diensten moeten toepassen, en dat langs het kennisnetwerk overheidsopdrachten van de Vlaamse overheid aandacht besteed wordt aan een goede samenwerking met de Belgische Mededingingsautoriteit (cf. mijn gecoördineerd antwoord op uw schriftelijke vraag nr. 247 van 27 maart 2017).”

3. Voorstellen

3.1 Verplicht melden van onregelmatigheden

De nieuwe regelgeving overheidsopdrachten⁹ verplicht entiteiten om bij het werven van een offerte uit de gunningsprocedure, ook de BMA te contacteren. Dat is een zeer positieve evolutie, die alvast een belangrijk stap kan betekenen in het onderzoeken van mogelijk verdachte offertes.

Artikel 83 tot en met 85 van afdeling 4, Gunning van de opdracht, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten¹⁰ bepaalt het volgende:

“Regelmatigheid van de offertes

Art. 83. De aanbestedende overheid onderzoekt de regelmatigheid van de offertes. Daartoe kan de Koning de bijkomende nadere regels bepalen.

Prijzen-of kostenonderzoek

Art. 84. De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.

⁹ <https://overheid.vlaanderen.be/Belgische-regelgeving>

¹⁰ https://overheid.vlaanderen.be/sites/default/files/documenten/overheidsopdrachten/regelgeving/20160617_wet_overheidsopdrachten.pdf

Niet-gunning van een opdracht

Art. 85. Het volgen van een procedure houdt geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.”

Artikel 36, §5, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 betreffende overheidsopdrachten in de klassieke sectoren¹¹ geeft aan wanneer een offerte als onregelmatig kan worden beschouwd. Het geeft daarnaast ook aan welke stappen er moeten worden ondernomen als een offerte wordt geweerd ten gevolge van onregelmatigheden:

“Wanneer de offerte in het kader van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wordt geweerd op basis van een abnormale prijs dan wel kost, deelt de aanbestedende overheid dat onverwijld mee aan de Auditeur-generaal van de Belgische Mededingingsautoriteit. Deze mededeling bevat minstens de volgende inlichtingen: de identificatiegegevens van de betreffende inschrijvers, het voorwerp van de opdracht, alsook de abnormaal hoge of lage prijs dan wel kost.”

Dat is een stap in de goede richting, maar de gids van de BMA, alsook enkele studies geven daarnaast nog andere tips om marktconcentratie en mogelijke kartelvorming tegen te gaan.

3.2. De gids van BMA voldoende verspreiden

Alle aanbestedende entiteiten, de zogenaamde inkopers, moeten de gids ‘Samenspanning bij overheidsopdrachten. Een gids voor aanbestedende overheden’ leren kennen. De tips in de gids moeten wettelijk worden verankerd.

3.3. Opname van clausules

De opname van enkele clausules in documenten werkt sterk ontradend. Hieronder staan enkele tips:

- neem in uw documenten aan bidders op dat u alle verdachte gedragingen en aanwijzingen van ‘bid rigging’ meldt aan de BMA;
- verbied het uitwisselen van informatie tussen concurrenten;
- eis het onthullen van alle onderaannemingsovereenkomsten die akkoorden tussen concurrenten inhouden, met inbegrip van de overeenkomsten die na het toewijzen van de opdracht worden gesloten. Als niet-succesvolle bidders werk krijgen van de winnaar, kan de onderaanneming immers een middel zijn om hun medewerking aan de samenspanning te honoreren.

3.4. Opleiden van de inkopers

Inkopers kunnen het best regelmatig opleidingen organiseren voor hun medewerkers, waarin ze leren hoe ze samenspanning bij overheidsopdrachten kunnen vermijden. Ze kunnen daarvoor onder meer een beroep doen op de BMA of op (externe) juridische consultants.

Hieronder staan nog enkele tips:

- bekijk regelmatig het verloop van opdrachten en probeer verdachte patronen te achterhalen, vooral in sectoren die vatbaarder zijn voor samenspanning;
- vergelijk de lijsten van ondernemingen die belangstelling voor de opdracht hebben getoond met de lijsten van de ondernemingen die uiteindelijk een offerte

¹¹ https://overheid.vlaanderen.be/sites/default/files/Facilitair%20management/20180101_kb_plaat-sing_klassieke_sectoren.pdf

- hebben ingediend. Zo kunt u misschien biedonderdrukking of het gebruik van onderaanneming op het spoor komen;
- ondervraag leveranciers. Let daarbij vooral op leveranciers:
 - die weinig geloofwaardige offertes hebben ingediend¹²;
 - die interesse hebben getoond, maar niet langer bieden;
 - die de opdracht niet hebben gekregen.

Op die manier leert u bij over de markt en toont u bovendien uw belangstelling voor een gezonde concurrentie.

3.5. Klachtenmechanisme

Inkopers kunnen het best een klachtenmechanisme uitwerken, zodat bedrijven concurrentieproblemen kunnen melden. Zo kunnen ze bijvoorbeeld duidelijk aangeven bij welke personen of diensten – met een duidelijke vermelding van hun contactgegevens – bedrijven terecht kunnen met klachten. Het is daarbij ook belangrijk dat ze zorgen voor de vertrouwelijke behandeling van de ontvangen klachten.

Hieronder staan nog enkele tips:

- voer interne procedures in die de ambtenaren verplichten om:
 - alle regels en procedures na te leven;
 - verdachte gedragingen of andere aanwijzingen van samenspanning aan de hiërarchie en de BMA te melden;
- wijs ambtenaren op de juridische gevolgen als ze die verplichtingen niet nakomen.

3.6. Clementieregeling voor ondernemers

Tot nog toe worden (op Europees vlak) de meeste kartels ontdekt via de clementieregeling van de Commissie, die het voor bedrijven mogelijk maakt hun eigen deelname aan een kartel te melden in ruil voor een verlaging van de opgelegde geldboete.

Het instrument biedt personen die kennis hebben van het bestaan of de werking van een kartel of van andere soorten mededingingsinbreuken, ook een kans om een einde te helpen maken aan dergelijke praktijken.¹³

Vlaanderen moet een vergelijkbaar systeem uitwerken en dat ook voldoende bekendmaken bij alle ondernemers. Als ze zelf in een kartel zitten of een redelijk vermoeden hebben dat anderen inbreuken plegen op de mededinging, dan moeten ze kunnen rekenen op een duidelijk aanspreekpunt waar ze met hun informatie terecht kunnen.

3.7. Klokkenluidersregeling voor ambtenaren

In een hoorzitting in de commissie Binnenlands Bestuur¹⁴ werd aangegeven dat de geheimhoudingsplicht van ambtenaren ondergeschikt is aan grondwettelijke, wettelijke of decretale bepalingen die tot spreken verplichten, bijvoorbeeld het getuigen voor een rechtbank.

¹² Zie de nieuwe regelgeving over openbare aanbesteding.

¹³ https://ec.europa.eu/belgium/news/170316_competition_nl

¹⁴ Hoorzitting in de Commissie voor Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering en Stedenbeleid van 6 december 2016 over het spreekrecht van ambtenaren en de klokkenluidersregeling (*Parl.St.* VI.Parl. 2016-17, nr. 1033/1).

Artikel II 2, §2, van het Vlaams Personeelsstatuut bepaalt het volgende:

“Het personeelslid dat in de uitoefening van zijn functie onregelmatigheden vaststelt, brengt een functionele chef hiervan onmiddellijk op de hoogte. Hij kan ook rechtstreeks Spreekbuis, het meldpunt voor welzijn en integriteit op het werk van de Vlaamse overheid, of Audit Vlaanderen op de hoogte brengen overeenkomstig artikel 34, §3, van het kaderdecreet Bestuurlijk Beleid van 18 juli 2003.”

Ambtenaren kunnen worden ondervraagd in het kader van een forensische audit. Dan geldt uiteraard de spreekplicht. De audit moet dan alle informatie van het betrokken personeelslid kunnen krijgen.

De ambtenaren moeten ten volle ondersteund worden om die plicht tot uitvoering te brengen. Ze kunnen sinds kort ook terecht bij Audit Vlaanderen, wat positief is.

Door het klokkenluidersprotocol, dat al sinds 2005 bestaat, worden ambtenaren die onregelmatigheden vaststellen en aanklagen, onder bescherming van de ombudsman geplaatst.

Het is niet voldoende dat er een regeling met de nodige beschermingsmaatregelen bestaat. Er moeten daarna ook vervolgacties komen, met schappelijke afhandelingstermijnen. Er kan op dat vlak nog veel worden geleerd van het Nederlandse ‘Huis van de Klokkenluiders’.¹⁵

Het systeem van de klokkenluiders moet onder ambtenaren voldoende bekendgemaakt worden, zodat het melden van onregelmatigheden hen niet afschrikt.

3.8. Decentralisering

Aangezien het lokale niveau een groot aandeel heeft in het totale aantal aanbestedingen vanuit de overheid, is het zinvol om de lokale overheden beter te scholen in het detecteren van mogelijk misbruik van de markt, en hen alle informatie en de nodige bevoegdheid te verstrekken zodat ze weten hoe ze een klacht kunnen indienen bij BMA.

Al te vaak gebeurt het dat aanbestedende overheden ervoor terugdeinzen om actie te ondernemen als ze vermoeden dat er sprake is van prijsafspraken. Ze vrezen immers dat ze de hele aanbestedingsprocedure van voren af aan zullen moeten doorlopen en zo maanden of zelfs jaren tijd zullen verliezen. Het is daarom van cruciaal belang dat ambtenaren ervan op de hoogte zijn dat de procedure niet hoeft te worden stilgelegd als er een klacht bij de BMA wordt ingediend. Een decentralisering van het recht om een klacht in te dienen zal drempelverlagend werken om actie te ondernemen in geval van gehinderde mededinging.

¹⁵ Zie punt 4, ‘Toelichting door Anja Mes, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Nederland’, in het verslag van de hoorzitting Vlaams Parlement in de Commissie voor Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering en Stedenbeleid van 6 december 2016 over het spreekrecht van ambtenaren en de klokkenluidersregeling, p. 12-14 (*Parl.St.* VI.Parl. 2016-17, nr. 1033/1).

3.9. Datamining

Datamining houdt in dat gegevens uit eerdere offertes en aanbestedingen worden verzameld met de bedoeling prijsevoluties van offertes en aanbestedingen in de toekomst te kunnen opvolgen en inschatten.

Technologie, zoals blockchain, kruising van databanken enzovoort, kan die gegevensverzameling ondersteunen. Onderzoek moet uitwijzen in hoeverre de overheden die technische mogelijkheden kunnen benutten.

Peter VAN ROMPUY
Robrecht BOTHUYNE
An CHRISTIAENS
Sonja CLAES