

# Rechtseconomische Analyse van Clustering in het Aanbestedingsrecht door de Overheid\*

*De balans tussen aanbestedingskosten en concurrentiebat*

*Martin van Elp, 271596*

## SAMENVATTING

IN DEZE SCRIPTIE WORDT RECHTSECONOMISCH ONDERZOCHT IN HOEVERRE CLUSTERING VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN BIJ AANBESTEDING EFFICIËNT IS EN WELKE ROL DE RECHTER, EN IN DE MARGE DE WETGEVER, ZOU KUNNEN SPELEN OM TOT MEER EFFICIENCY TE KOMEN. DE CONCLUSIE IS DAT ELKE AANBESTEDING IN BEGINSSEL UNIEK IS EN DE RECHTER DE OMSTANDIGHEDEN VAN HET GEVAL MOET BEOORDELEN. DUIDELIJK IS ECHTER OOK DAT ER ZEKER PUNTEN AAN TE DRAGEN ZIJN WAAROP DE RECHTER KAN BESLISSSEN MINDER MARGINAAL TE TOETSEN DAN BELEIDSVRIJHEID ZOU VOORSCHRIJVEN EN DE OVERHEID TE LATEN BEWIJZEN DAT CLUSTERING IN HET SPECIFIEKE GEVAL EFFICIËNT IS. HET ZOU AANBEVELENSWAARDIG ZIJN OM BEHARTIGING VAN ALGEMENE BELANGEN, ALS INNOVATIE EN VERDELING VAN EXPERTISE, MEER NADRUKKELIJK EEN DOELSTELLING VAN AANBESTEDINGSWETGEVING TE LATEN ZIJN. TOT SLOT WORDT OPGEMERKT DAT DE NIET-OPENBARE PROCEDURE DE MOGELIJKHEID BIEDT OM ENKELE NADELIGE EFFECTEN VAN KLEINERE OVERHEIDSOPDRACHTEN TE MITIGEREN.

## Inhoud

1 Inleiding.....	2
1.1 Leeswijzer.....	3
2 Nederlandse situatie en de economische aspecten van clustering.....	3
2.1 Europeesrechtelijk kader.....	4
2.1.1 De Europese integratiegedachte.....	4
2.1.2 De Aanbestedingsrichtlijn.....	6
2.2 Bestaande Nederlandse kader.....	7
2.2.1 Nederlands aanbestedingsrecht.....	7
2.2.2 MKB Nederland tegen gemeenten GVE.....	10
2.2.3 Proportionaliteit.....	12
2.3 Onderzoek en actualiteit.....	13
2.3.1 Positie MKB.....	14
2.3.2 Samenwerking door gemeenten: massa is kassa?.....	15
2.3.3 Cobouw.....	15

---

\* Op deze plaats gaat mijn dank uit naar mijn begeleider Louis Visscher welke mij zo goed op weg hielp en de Van Benthem & Keulen advocaten Caroline Lagendijk en Walter Engelhart welke zo vriendelijk waren mij uit te nodigen om geheel vrijblijvend met ze te spreken over mijn scriptie. In zijn algemeenheid dank aan mijn faculteit, en haar medewerkers, die getuige de tekst mij de mogelijkheid heeft gegeven een breed scala aan invalshoeken en achtergrond te kunnen geven en evenzo dank aan ieder ander die gedurende de tijd van schrijven de belangstelling had met mij van gedachten te wisselen over het onderwerp van mijn scriptie.

2.3.4 A Small Business Act.....	17
2.3.5 Aanbestedingswet 2007.....	17
2.3.5.1 Aanbestedingswet en bijbehorend Consultatiedocument.....	18
2.3.5.2 Reacties op Consultatiedocument.....	18
2.3.6 Aanbestedingswet 2009.....	22
2.4 Samenvatting: identificatie economische aspecten.....	22
3 Analyse van relevante prikkels bij clustering.....	24
3.1 Schaalvoordelen.....	25
3.2 Total cost of ownership.....	26
3.3 Procedure- en beoordelingskosten.....	26
3.4 Vraag- en beheerskosten.....	27
3.5 Bundelingskosten.....	28
3.6 Splitsingskosten.....	28
3.7 Aanbiedingskosten.....	29
3.8 Professionalisering inkoop.....	30
3.9 Concurrentie (onnodig) uitschakelen.....	31
3.10 Optimaal gebruik van productiecapaciteit.....	32
3.11 Innovatie en ondernemerschap.....	33
3.12 Verdeling van expertise.....	35
3.13 Zekerheid.....	37
3.14 Analyse van kosten welke van invloed zijn op clustering.....	37
4 Analyse van transactiekosten omtrent clustering.....	40
5 Conclusie.....	43
6 Literatuur.....	45
A Mathematische vorm verschillende kosten.....	46
B Afkortingen.....	47

## 1 Inleiding

Vorig jaar werd mijn aandacht getrokken door een artikel<sup>1</sup> van twee advocaten van Van Benthem & Keulen. Dit betrof een uitspraak over het aanbestedingsrecht en meer specifiek de vraag of enkele gemeenten 'onnodig geclusterd' zouden hebben. Als, inmiddels afgestudeerd, econoom was mijn interesse gelijk gewekt. Nu eens geen mededingingsbeperking aan de zijde van het bedrijfsleven, maar mededingsbeperking aan overheidszijde. Dat is interessant!

Nader lezen leert al snel dat er van het midden- en kleinbedrijf een zeer sterke wens uitgaat om overheidsopdrachten in behapbare porties voorgeschoteld te krijgen. Of dat toch tenminste de criteria zo opgesteld worden dat deze bedrijven überhaupt mogen inschrijven op een aanbesteding.

---

1 C.R.V. Lagendijk en P.J. Leefmans, 'Clustering overheidsopdrachten; mededingingsbeperkend of aanbestedingsefficiency?', 10 maart 2008. WWW <<http://tinyurl.com/vbkclust>>

Dit lijkt enige weerklank te krijgen bij het Ministerie van Economische Zaken en evenzo vanuit de Tweede Kamer. Zoals wel vaker kan gezegd worden dat het centrale bestuur het decentrale bestuur een tikkeltje wantrouwt. Misschien terecht, misschien niet.

Mijn hoofdvraag is in feite in hoeverre clustering efficiënt is, en welke rol de rechter zou kunnen opeisen ten aanzien van 'onnodig clusteren'. Voor de door mij gemaakte rechtseconomische analyse heb ik vrijelijk de stappen gevolgd zoals beschreven in het eerste hoofdstuk uit Kerkmeester en Holzhauser 1999. Waar ik een antwoord op heb proberen te formuleren is hoe in de rechtspraktijk omgegaan zou kunnen worden met 'onnodige clustering'. In die antwoorden kan vanzelfsprekend ook gelezen worden hoe in het voortraject voorkomen kan worden dat er sprake zou zijn van 'onnodige clustering'.

Een bespreking van de kosteneffectiviteit van eventuele maatregelen betreffende clustering blijft binnen het bestek van deze scriptie achterwege. In nader onderzoek zou besproken kunnen worden of zaken als innovativiteit wel direct via het aanbestedingsrecht geregeld moeten worden<sup>2</sup>, of dat bijvoorbeeld subsidies goedkoper zijn.

## 1.1 Leeswijzer

Een aantal termen verdienen enige toelichting. Wanneer in deze scriptie gesproken wordt van 'clustering' of 'clusteren' dan wordt bedoeld op het samenbundelen van opdrachten door een of meer overheden in het kader van één aanbesteding. Daarentegen, wanneer er wordt gesproken over 'combinatievorming' of 'combineren' dan wordt bedoeld op twee of meer ondernemers die gezamenlijk (niet afzonderlijk) op één aanbesteding inschrijven. Voorstelbaar is dat deze termen door elkaar gebruikt worden en zodoende elk op beide vormen van mededingsbeperking kan wijzen, maar in het kader van deze scriptie wordt dit strikte onderscheid gemaakt.

Deze scriptie is als volgt ingedeeld. Allereerst wordt een algeheel beeld geschetst van de relevante aanbestedingswetgeving voor de Nederlandse situatie. Daarna zal een rechtseconomische analyse van aanbesteden gegeven worden. Daaruit worden vervolgens handreikingen voor wetgeving of rechtspraak gegeven. Tot slot wordt onder de conclusie een resumé gegeven.

## 2 Nederlandse situatie en de economische aspecten van clustering

Nederland is van oudsher een land van 'koffierondjes'. Naast dat we graag polderen houden we iedereen ook graag aan het werk en het liefst tegen een mooie prijs. In de jaren '90 hebben we dat

---

2 In een discussiebijeenkomst georganiseerd door het IBR werd al 'opgemerkt dat het voorstel [voor de implementatiewetgeving van de nieuwe Aanbestedingswet betreffende clustering] een vorm van marktregulering inhoudt. De aanbestedingsregelgeving dient niet voor dit doel gebruikt te worden.' (M.A.B. Chao-Duivis, *Reactie van het Instituut voor Bouwrecht op het Consultatiedocument Voorstel voor de inhoud van de uitwerkingsregelgeving van het wetsvoorstel aanbestedingswet van 15 november 2007*, IBR 2008, p. 8. WWW <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=155933&type=PDF>>)

aan overheidszijde verplicht afgeleerd door de Europese Unie.<sup>3</sup> Zowel het mededingingsrecht<sup>4</sup> als het aanbestedingsrecht<sup>5</sup> deden hun intrede in Nederland. Inmiddels zou je kort door de bocht kunnen zeggen dat we tot de meer fanatieke voorvechters van de vrije markt behoren. Getuige de bouwfraude affaire, die tien jaar later zou volgen, had het bedrijfsleven beduidend meer moeite met het afleren van oude gewoonten.

In de volgende paragrafen zal ik een beeld schetsen van de huidige situatie in het Nederlandse aanbestedingsrecht. Hierbij zal de focus liggen op regels, of het ontbreken daarvan, ten aanzien van clustering. Er wordt derhalve niet beoogd een volledig beeld van het algehele aanbestedingsrecht te geven, maar wel zo volledig mogelijk ten aanzien van clustering. Zoals hiervoor geschetst is ons aanbestedingsrecht feitelijk ingegeven door Europa. Daarom zal hieronder eerst ingegaan worden op het Europeesrechtelijk kader. Daarna zal ingegaan worden op het bestaande Nederlandse kader, waaronder een casus voorgelegd aan de rechter, als afgeleide van het Europees recht. Veel gemeenten kiezen er overigens ook voor om onder de Europese aanbestedingsdrempels openbaar aan te besteden.<sup>6</sup> Daartoe zijn zij dus niet verplicht, maar de algemene beginselen van Europees, en dus ook Nederlands, recht blijven van toepassing. Afgerond zal worden met een korte bespreking van andere onderzoeken die relevante opmerkingen maken met betrekking tot clustering, de actualiteit en een bespreking van de ontwikkelingen omtrent een nieuwe Aanbestedingswet.

## **2.1 Europeesrechtelijk kader**

De huidige geldende richtlijn is nummer 2004/18/EG van het Europees Parlement en van de Raad van de Europese Unie<sup>7</sup> (hierna: Aanbestedingsrichtlijn). Deze Aanbestedingsrichtlijn ziet op de 'coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten', en geeft dus in andere woorden aanbestedingsregels. Er is ook een speciale richtlijn, nummer 2004/17/EG<sup>8</sup>, welke speciaal ziet op de diensten levering van water, energie en post en de transportsector. Deze speciale richtlijn zal verder buiten beschouwing blijven. Vanzelfsprekend is de Aanbestedingsrichtlijn de afgelopen jaren enkele keren geamendeerd en voor een up-to-date overzicht kan verwezen worden naar de website<sup>9</sup> van de Europese Unie. Allereerst zal een bespreking gegeven worden van de algemene richting van de Europese integratiegedachte, waarna er een specifiekere bespreking van de Aanbestedingsrichtlijn zal volgen.

### **2.1.1 De Europese integratiegedachte**

De Aanbestedingsrichtlijn is gevestigd in het kader van de Europese Unie. Het objectief waarmee de Europese integratie begon was de interdependentie<sup>10</sup>, onderlinge afhankelijkheid, van de lidstaten te vergroten. Dit zou de voorheen gebruikelijke oorlogen tussen de Europese landen voor de toekomst

---

3 Strikt genomen werd de rijksoverheid eigenlijk al in 1815 verplicht om aan te besteden 'om een doelmatig beheer van middelen en het bestrijden van corruptie van ambtenaren te bewerkstelligen', (A. Vietsch en N. Naderi, 'Aanbesteder moet criteria selectief gaan hanteren', *Cobouw* 25 april 2009). De Europese maatregelen hebben wel een meer verplichtend karakter.

4 Verordening (EEG) 4064/89 (*PbEG* 1989, L 395/1).

5 Richtlijn nr. 92/50/EEG (*PbEG* 1992, L 209/1).

6 Inkopen en aanbesteden 2006, p. 19.

7 Richtlijn nr. 2004/18/EG (*PbEG* 2004, L 134/114).

8 Richtlijn nr. 2004/17/EG (*PbEG* 2004, L 134/1).

9 Een samenvattend overzicht wordt gegeven op: WWW <<http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l22009.htm>>.

10 Barents en Brinkhorst 2006, p. 290.

moeten voorkomen. De doelstellingencatalogus van de Gemeenschap valt te vinden in artikel 2 van het EG-verdrag. Niet uitsluitend, maar in het bijzonder doen het streven naar een sociale markteconomie en de doelstellingen van economische en sociale samenhang en de solidariteit tussen de lidstaten hier ter zake. Die doelstellingen vestigen de noodzaak voor het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal<sup>11</sup> (hierna: vrij verkeer). Het streven naar een sociale markteconomie moet begrepen worden als dat het marktmechanisme het leidende beginsel is voor de organisatie van de economie. Het betekent tevens dat de overheid een actieve participerende rol heeft en er dus geen sprake is van een 'laissez-faire' economie met nihil overheidsinterventie.<sup>12</sup> De Unie beoogt volgens artikel 4 EG-verdrag een 'open markt' met vrije mededinging, maar dit ziet slechts op 'effectieve concurrentie'.<sup>13</sup> Dat betekent dat concurrentie wel een hoger doel, meer welvaart, moet nastreven: het is geen doel op zich.

Voor vrij verkeer is in de Europese visie een gemeenschappelijke markt waarop iedereen in beginsel gelijk is noodzakelijk. Deze 'totale versmelting van de nationale markten' wordt genoemd als het fundament van de EG (en daarmee van de EU).<sup>14</sup> Artikel 12 EG-verdrag<sup>15</sup>, het discriminatieverbod, is de basisbepaling ter garantie van het vrij verkeer. Technisch ziet dit artikel op de nationaliteit van natuurlijke personen, maar achter elke rechtspersoon gaat een natuurlijke persoon schuil. Praktische betekenis is de facto beperkt maar dat heeft enkel als reden dat er in veel gevallen *lex specialis* zijn welke eveneens voorzien in een gelijkwaardig verbod<sup>16</sup>. De kerngedachte is dat elke EU burger, waar dan ook vandaan, gelijk behandeld moet worden. Een nadere expressie hiervan is het beginsel van wederzijdse erkenning. Wat geaccepteerd wordt in de ene lidstaat qua voorschrift moet ook in de andere lidstaat als zodanig erkend worden. Als bijvoorbeeld een drank in de ene lidstaat een bepaalde naam mag dragen dan kan een andere lidstaat geen invoerbeperking, of iets dergelijks, op grond van bijvoorbeeld het alcoholpercentage opleggen.<sup>17</sup> Binnen het bestek van deze scriptie kan gezegd worden dat het discriminatieverbod en het beginsel van wederzijdse erkenning uitdrukken dat een buitenlandse inschrijver niet a priori op zijn nationaliteit en/of door lokale regelgeving, die als effect heeft in het bijzonder buitenlanders uit te sluiten, zomaar afgewezen mag worden.

Een allerlaatste punt dat ten aanzien van het bredere Europeesrechtelijk kader gemaakt moet worden is dat van het concept 'proportionaliteit'. In de rechtspraak was dit al een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, nog voordat het gecodificeerd werd in artikel 5 alinea 3 EG-verdrag<sup>18</sup>: 'Het optreden van de Gemeenschap gaat niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken.' Deze tekst maakt het mogelijk dat de Unie passende maatregelen neemt ter verwezenlijking van haar doelstellingen, maar verbiedt tevens niet-passende maatregelen en maatregelen ter verwezenlijking van anders dan haar doelstellingen.<sup>19</sup> In hoeverre in deze algemene formulering al de gedachte ingelezen kan worden dat specifiek een aanbesteding moet voldoen aan proportionaliteitseisen is moeilijk te zeggen. Wel kan gesteld worden dat aanbestedingsregels zo moeten worden opgesteld dat zij de doelstellingen van de Europese Unie passend nastreven.

---

11 Artikel 3 lid 1 onder c EG-verdrag.

12 Barents en Brinkhorst 2006, p. 294.

13 Barents en Brinkhorst 2006, pp. 387-389.

14 Barents en Brinkhorst 2006, pp. 297-299.

15 Deze korte bespreking van artikel 12 EG-verdrag is gebaseerd op: Barents en Brinkhorst 2006, pp. 329-331.

16 Naar Barents en Brinkhorst 2006, p. 300: artt. 25, 26, 28, 29, 31, 39, 43, 49, 56, 81, 82, 86, 87-88 en 90 EG-verdrag.

17 Barents en Brinkhorst 2006, p. 342.

18 Barents en Brinkhorst 2006, p. 165.

19 Barents en Brinkhorst 2006, p. 165.

## 2.1.2 De Aanbestedingsrichtlijn

De Aanbestedingsrichtlijn<sup>20</sup> is een expressie van de integratiegedachte op het terrein van aanbestedingen van overheidsopdrachten. Een overheidsopdracht is volgens artikel 1 lid 2 onder a van de Aanbestedingsrichtlijn:

"Overheidsopdrachten" zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel<sup>21</sup> die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.'

Bij plaatsing van deze opdrachten moeten volgens de preambule 'de beginselen van het [EG]-Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.' De Aanbestedingsrichtlijn is dus eigenlijk een uitdrukking van al reeds geldend Europees recht. De nadere doelstelling is een coördinatiemechanisme te bieden dat 'daadwerkelijke mededinging' bewerkstelligt. We kunnen er dus als lezer van deze richtlijn niet om heen dat er beoogd wordt de concurrentie ter verkrijging van overheidsopdrachten te versterken.

Voor het onderwerp van deze scriptie is de opmerking in alinea 9 van de preambule interessant:

'Gezien de verscheidenheid aan overheidsopdrachten voor werken, moet de aanbestedende dienst kunnen kiezen tussen gescheiden en gemeenschappelijke gunning van opdrachten voor de uitvoering en het ontwerp van werken. Met deze richtlijn wordt niet beoogd om een gemeenschappelijke of een gescheiden gunning voor te schrijven. Het besluit of een gescheiden of een gemeenschappelijke gunning van de opdracht plaatsvindt, dient te worden gebaseerd op kwalitatieve en economische criteria, die in de nationale wetgevingen bepaald kunnen worden.'

Regulering ten aanzien van clustering is dus volledig overgelaten aan de lidstaten zelf. En sterker, de Unie indiceert dus al dat er 'kwalitatieve en economische' redenen kunnen zijn om zulke opdrachten bij elkaar te houden.

Het gebruik van een aankoopcentrale is een ander punt dat wordt aangestipt door de Aanbestedingsrichtlijn. Dit betreft dan volgens artikel 1 lid 10 een aanbestedende dienst die 'voor aanbestedende diensten bestemde leveringen en/of diensten verwerft of overheidsopdrachten gunt of raamovereenkomsten sluit met betrekking tot voor aanbestedende diensten bestemde werken, leveringen of diensten.' De aanbestedende dienst waar de aankoopcentrale voor werkt wordt volgens artikel 11 geacht de Aanbestedingsrichtlijn nageleefd te hebben als de aankoopcentrale dat zelf ook gedaan heeft. Er is dus ondubbelzinnig geen direct verbod op clustering in de vorm van een aankoopcentrale. Wellicht dat clustering kan betekenen dat een aankoopcentrale de Aanbestedingsrichtlijn niet naleeft, maar het enkele gebruik van een aankoopcentrale is toegestaan. De preambule stelt zelfs in zoveel woorden dat deze mechanismen het mogelijk maken 'de mededinging te verbreden en overheidsbestellingen efficiënter te plaatsen.'

Alinea 32 van de preambule stelt dat '[o]m de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten te bevorderen, moeten bepalingen over onderaanneming worden opgenomen.'

---

20 Richtlijn nr. 2004/18/EG (*PbEG* 2004, L 134/114).

21 Een overeenkomst met wederzijdse verplichtingen.

Wanneer dan de Aanbestedingsrichtlijn zelf gelezen wordt, heeft dat binnen het bestek van gewone aanbestedingen weinig om het lijf. In artikel 25 wordt slechts de mogelijkheid geschapen dat een aannemer verplicht wordt aan te geven hoeveel deze aan onderaannemers gunt. Voor concessies, welke buiten het bestek van deze scriptie liggen, is getuige artikel 60 wel nader geregeld dat een aanbestedende dienst een minimumpercentage voor onderaanneming kan opleggen.

De Unie erkent zichtbaar dat een aanbestedingsprocedure een kostbare onderneming is. Zo stelt zij dat de aanbestedende dienst in bepaalde procedures het aantal gegadigden kan beperken zolang dit maar gebeurt op basis van objectieve criteria. In procedures waar nader gesproken of onderhandeld wordt kan op basis van dergelijke criteria stap voor stap het aantal gegadigden beperkt worden teneinde de hoog oplopende kosten behorende bij zulke procedures in toom te houden. Wel moet 'daadwerkelijke mededinging' gegarandeerd blijven.

Tot slot wordt het beginsel van transparantie nader uitgewerkt ten aanzien van bijvoorbeeld de opening van een aanbesteding, de beoordeling en gunning. Dit is in feite ter ondersteuning van het beginsel van gelijke behandeling van potentiële inschrijvers (non-discriminatie). Om te kunnen controleren of de aanbestedingsprocedure gelijk behandelt moet deze kenbaar, duidelijk en begrijpelijk zijn: transparant.<sup>22</sup>

## **2.2 Bestaande Nederlandse kader**

In dit onderdeel zal geschetst worden hoe het Nederlandse aanbestedingsrecht er uit ziet voor wat betreft clustering door de overheid. De Nederlandse regelgeving is een implementatie van het Europeesrechtelijk kader, dus enige vorm van overlap en gevoel van déjà vu is niet te voorkomen. Leidraad voor deze bespreking vormt het onderdeel Aanbestedingen op de website van het Ministerie van Economische Zaken.<sup>23</sup> Daarnaast zal een uitspraak van de rechtbank Utrecht besproken worden wat in feite de enige Nederlandse jurisprudentie is met betrekking tot clustering. Ook is onder dit onderdeel kort ruimte gemaakt om de term 'proportionaliteit' in het kader van clustering verder uit te werken.

### **2.2.1 Nederlands aanbestedingsrecht**

Het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: Bao) is de Nederlandse implementatie van die hiervoor besproken Aanbestedingsrichtlijn. Net zoals dat de Aanbestedingsrichtlijn een zusje heeft voor speciale sectoren heeft het Bao dit ook in de vorm van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (hierna: Bass). Evenals bij de bespreking van het Europees recht zal een bespreking van de regelgeving betreffende speciale sectoren achterwege blijven.

Het Bao is van toepassing op overheden zijnde de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.<sup>24</sup> Deze zullen hierna aanbestedende dienst genoemd worden. Wanneer deze overheden een schriftelijke overeenkomst aangaan onder bezwarende titel met een

---

22 R.J.G.M. Widdershoven, M.J. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb: Derde evaluatie Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, pp. 86-89.

23 Website Ministerie van Economische Zaken, onderdeel Aanbestedingen.  
WWW <<http://www.ez.nl/Onderwerpen/Overig/Aanbestedingen>>

24 Artikel 1 sub r Bao.

aannemer, leverancier of dienstverlener wordt gesproken van een overheidsopdracht. Het Bao is van toepassing op overheidsopdrachten vermits de drempelbedragen<sup>25</sup> zoals besproken in paragraaf 3 Bao overschreden worden en er geen sprake is van een uitgezonderde opdracht (eveneens paragraaf 3 Bao).

Overheidsopdrachten die zodoende niet onder het Bao vallen blijven echter onderhevig aan de algemene beginselen van Europees recht, hier in het bijzonder het non-discriminatie-, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel. Non-discriminatie is een expressie van de Europese integratiegedachte en betekent dat ondernemers niet gediscrimineerd mogen worden, bijvoorbeeld niet naar nationaliteit. Transparantie ziet er op dat de burger inzicht moet kunnen hebben in hoe efficiënt het door haar gekozen bestuur omgaat met de algemene middelen. Ook schept transparantie de mogelijkheid om alle inschrijvers op een aanbesteding inzicht te geven in of een en ander eerlijk is verlopen. Proportionaliteit valt eigenlijk wel te vertalen als een redelijk- en billijkheidsafweging zoals we die kennen in het civiele recht en zal hiernain onderdeel 2.2.3 voor wat betreft het onderwerp van clustering nader besproken worden.

Er zijn verschillende aanbestedingsprocedures. De openbare en niet-openbare procedure kan vrijelijk gebruik van gemaakt worden en zijn de primaire procedures volgens artikel 28 lid 1 Bao. Wanneer er sprake is van zeer complexe opdrachten komt de concurrentiegericht dialogische dialoog in beeld, artikel 28 lid 2 juncto 29 Bao. Bij onregelmatigheden of te weinig/geen inschrijvingen komen er ook onderhandelingsprocedures ter beschikking van de aanbestedende dienst, artikel 28 lid 3 juncto 30 en 31 Bao. De primaire procedures zullen hier alleen nader verklaard worden.

Bij de openbare procedure doet de aanbestedende dienst een aankondiging volgens de regels waarna elke geïnteresseerde ondernemer kan inschrijven. Wanneer inschrijven weinig moeite kost, er niet veel werk in calculatie gestoken hoeft te worden, en de transactiekosten laag zijn, is dit een geëigende manier van aanbesteden. De niet-openbare procedure bouwt hier in principe op voort. In de niet-openbare procedure is er ook een aankondiging waarop gegadigden zich kunnen melden. De aanbestedende dienst maakt dan eerst een voorselectie van gegadigden op basis van uitsluitingsgronden en selectiecriteria. De aanbestedende dienst heeft binnen de niet-openbare procedure de mogelijkheid om het aantal inschrijvers die uitgenodigd worden om tot een daadwerkelijke offerte te komen te beperken, een voorselectie. Dit kan gedaan worden om de hiervoor genoemde transactiekosten te drukken, zowel voor de aanbestedende dienst (bijvoorbeeld beoordelingskosten) en voor de gegadigden (bijvoorbeeld calculatiekosten). Na de voorselectie kan eerst met de gekozen partijen geconsulteerd worden ten aanzien van bijvoorbeeld een conceptcontract. Met die input kan overgegaan worden tot het daadwerkelijk indienen van offertes.<sup>26</sup>

De bij de niet-openbare procedure genoemde uitsluitingsgronden zien op die van artikel 45 Bao. Een gegadigde kan uitgesloten worden op grond van een veroordeling voor bepaalde delicten uit het Wetboek van Strafrecht of op de gronden genoemd in lid 3 van dit artikel (bijvoorbeeld het verkeren in staat van faillissement). De selectiecriteria zien op het aantonen van financiële en economische draagkracht, artikel 44 juncto 48 Bao, en het aantonen van technische bekwaamheid, artikel 44 juncto 49 Bao. Selectie ten aanzien van financiële en economische draagkracht geschiedt veelal via

---

25 Dit betreft €5.150.000 voor werken, €133.000 voor diensten en leveringen betrokken door de centrale overheid, €206.000 voor diensten en leveringen betrokken door decentrale overheden en €412.000 betrokken door speciale sectorbedrijven (Verordening (EG) 1422/2007 (*PbEG* 2007, L 317/34)).

26 R. Meijer en J.P. Papenhuijzen, 'Inlichtingenproces tijdens de aanbesteding goed organiseren', *Cobouw* 29 september 2008, pp. 14-15.



omzeteisen. Hier in het bijzonder moet aangestipt worden dat de selectiecriteria proportioneel moeten zijn. In dat kader maakt het Bao de ruimte om aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten op te delen in zogeheten percelen, kleinere opdrachten dan het geheel. Daarmee zou tot meer proportionele selectiecriteria gekomen kunnen worden.

Daarnaast staat het kleinere bedrijven vrij om combinaties te vormen als zij niet zelf voldoen aan de gestelde criteria. Het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten is per 1 januari 2009 vervallen, maar artikel 6 lid 3 Mededingingswet moet desalniettemin zo uitgelegd worden dat samenwerkende ondernemers die een overheidsopdracht niet alleen zouden kunnen uitvoeren niet in conflict komen met het kartelverbod.<sup>27</sup> Een nadeel van het beoordelen van combinaties volgens deze interpretatie van artikel 6 lid 3 Mededingingswet is volgens Bouwend Nederland dat het ondernemers dan niet meer volledig vrij staat om samen te werken ten behoeve van 'meer spreiding van technische en financiële risico's, commerciële overwegingen en de aanwending van (rest)capaciteit'.<sup>28</sup> Het is dus niet gezegd dat een ondernemer die op papier zelfstandig op een opdracht kan inschrijven dat ook zal doen. Een gevolg van het vervallen van genoemd besluit zou dus tegen de verwachting<sup>29</sup> in wel eens tot minder concurrentie kunnen leiden.

Wel geldt nu in de praktijk dat aanbestedende diensten er voor kunnen kiezen zwaardere selectiecriteria te kiezen voor combinaties. Het is zeer summierlijk, maar eens werd door de Raad van Arbitrage voor de Bouw in een zaak tussen particulieren bepaald dat het stellen van hogere eisen aan combinaties niet onredelijk, en dus proportioneel, is.<sup>30</sup> In het Consultatiedocument behorende bij het oude wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet werd overigens wel gesuggereerd dat combinaties misschien niet langer aan dergelijke hogere criteria zouden mogen worden onderworpen.<sup>31</sup> Dit wetsvoorstel en bijbehorend Consultatiedocument worden hieronder nog nader besproken.

Een aanbestedende dienst kan tot slot uit twee gunningscriteria<sup>32</sup> kiezen: de laagste prijs of de economisch meest voordelige aanbieding. Het tweede criterium kijkt verder dan prijs alleen en maakt het mogelijk om een weging te geven aan bijvoorbeeld kwaliteit en innovatie. Dit laatste

---

27 Artikel 15 van de Mededingingswet biedt 'de mogelijkheid voor een bepaalde categorie afspraken bij algemene maatregel van bestuur een vrijstellingsbesluit vast te stellen.' Daarmee wordt dan een bepaalde categorie overeenkomsten uitgesloten van het verbod van artikel 6 lid 1 Mededingingswet. Omdat vaste criteria of vuistregels niet zouden volstaan, is besloten combinaties in het vervolg op basis van artikel 6 lid 3 Mededingingswet te beoordelen, welke eveneens de mogelijkheid biedt om het genoemde verbod te passeren. Het vrijstellen van combinaties die eigenlijk onder artikel 6 lid 1 vallen heeft in deze gevallen de ratio dat ze bijdragen aan de concurrentie doordat zij anders niet deel zouden kunnen nemen. (Beleidsregels met betrekking tot de uitoefening van de aan de raad als bedoeld in artikel 1, onder c, van de Mededingingswet toegekende bevoegdheden tot toepassing van artikel 6, eerste, derde en vierde lid, van deze wet ten aanzien van combinatieovereenkomsten. WWW <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=161685&type=PDF>>)

28 F. Heijbrock, 'Ministerie EZ zondigt tegen EU-regels', Cobouw 12 november 2008, p. 1.

29 F. Heijbrock, 'Strakkere voorwaarden combinaties', Cobouw 26 september 2008, p. 1.

30 Raad van Arbitrage voor de Bouw, zaaknr. 21.147, overwegingen 60-61.

WWW <<http://www.raadvanarbitrage.info/>> en dan zoeken op "21.147".

31 Consultatiedocument 2007, p. 25.

32 Gunningscriteria moeten strikt onderscheiden worden van de hiervoor al genoemde selectiecriteria. Immers, 'criteria die betrekking hebben op de geschiktheid van de ondernemer om de opdracht uit te voeren, mogen niet als gunningcriterium worden gebruikt. (...) Deze criteria strekken er immers niet toe om de economisch voordeligste aanbidding vast te stellen.' volgens het Hof van Justitie (HvJ EG 24 januari 2008, zaak C-532/06 (*Lianakis*)). Selectiecriteria en gunningscriteria hebben dus betrekking op verschillende objecten: selectiecriteria zien op de geschiktheid van de inschrijver om de opdracht uit te voeren, en gunningscriteria zijn er om objectief de meest voordelige offerte te kiezen.

criterium sluit dus meer aan bij economisch nutsdenken, maar hoe het ook zij: uiteindelijk wordt een offerte tot één cijfer gereduceerd. Het gunstigste cijfer geeft vervolgens de doorslag, of dat nou de laagste prijs of het hoogste nut is.

## 2.2.2 MKB Nederland tegen gemeenten GVE

Omdat aanbestedingsprocedures voorbereidende besluiten voor privaatrechtelijke rechtshandelingen zijn staat geen beroep open bij de bestuursrechter. Wanneer een gegadigde dus ontevreden is over de gang van zaken in een aanbestedingsprocedure dient deze een procedure bij de civiele rechter te beginnen.<sup>33</sup>

Eind 2007 werd door de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in een zaak geoordeeld aangespannen door uitzendbureau PA Online en de Stichting Aanbestedingen MKB (hierna: MKB Nederland) betreffende een aanbestedingsprocedure door 18 publiekrechtelijke rechtspersonen uit Midden-Nederland (hierna: gemeenten GVE).<sup>34</sup> Deze uitspraak trekt bijzondere aandacht omdat deze voorzover is na te gaan de enige is die ingaat op clustering door de overheid en de rechtmatigheid daarvan.

De gemeenten GVE wensen de inhuur van al hun tijdelijk personeel via een aanbestedingsprocedure in de markt te zetten. De inhuur van dit personeel is over 5 percelen van diverse grootte verdeeld. Er is gekozen voor het 'economisch meest voordelige aanbieder' gunningscriterium: er zal een weging gemaakt worden tussen prijs en kwaliteit. Een van de subdoelen van de aanbesteding betreft het streven het contracteren van zo min mogelijk opdrachtnemers, maar daarnaast tevens het streven per perceel 3 opdrachtnemers te hebben. Een van de selectiecriteria is, zoals gebruikelijk, een omzeteis welke 200% van de verwachte jaaromzet van een perceel betreft. Dit betreft dan in dit concrete geval respectievelijk 12, 2, 3, 4 en 1 miljoen Euro exclusief BTW, welke over de laatste twee jaren moet zijn gerealiseerd. Inschrijven op het laatste perceel betekent dus dat er de afgelopen twee jaar elk jaar 1 miljoen Euro (exclusief BTW) omzet gemaakt moet zijn.

PA Online heeft hier tegen bezwaar aangetekend op grond dat 'door de clustering van de opdracht door maar liefst 18 aanbestedende diensten sprake is van een beperking van de mededinging'. MKB Nederland heeft PA Online gevolgd met een gelijksoortige brief welke de belemmering van de mededinging herhaalt en aanhaalt dat door de clustering de omzeteisen disproportioneel zijn geworden.

De gemeenten GVE werpen de volgende punten tegen:

- a) zij de plicht hebben doelmatig met publieke middelen om te gaan,
- b) de tarieven lager liggen als de opdrachten worden geclusterd,
- c) het doelmatiger is om één aanbestedingsprocedure te houden,
- d) in de uitgeschreven aanbestedingsprocedure wel degelijk kansen voor het MKB zijn gecreëerd doordat zij:
  - met meerdere partijen willen contracteren (3 per perceel) en geen leveringsverplichting eisen,

---

<sup>33</sup> Artikel 8:3 Awb. Ook:

WWW <[http://www.ez.nl/Onderwerpen/Overig/Aanbestedingen/Regelgeving\\_Bao\\_en\\_Bass/Rechtsbescherming](http://www.ez.nl/Onderwerpen/Overig/Aanbestedingen/Regelgeving_Bao_en_Bass/Rechtsbescherming)>

<sup>34</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht, zaaknr. 240555, rolnr. KG ZA 07-1167, LJN: BB9889.

- hebben gekozen voor een omzeteis van 200% van de opdrachtwaarde, [daar waar landelijk waarschijnlijk 300% voor proportioneel zal worden gehouden] (...),
- bewust ruimte hebben gegeven aan het vormen van combinaties van leveranciers die samen aan de behoefte van de gemeenten GVE kunnen voldoen.'

Een persoonlijk vraagteken dat ik hier bij zou willen zetten is of de omzeteis dan niet de facto op 600% per inschrijving neerkomt omdat een perceel met twee andere inschrijvers gedeeld moet worden.<sup>35</sup> De omzet die op het perceel geleverd zal worden is dan slechts circa 1/3 van de totale omzet, terwijl de 200% omzeteis over de gehele omzet wordt berekend.

Voor de rechter vragen PA Online en MKB Nederland de huidige, geclusterde, aanbestedingsprocedure te ontbinden en in geval van nieuwe aanbesteding te verbieden dat deze opnieuw geclusterd wordt. Zij voeren zoals gezegd aan dat door de samenvoeging het midden- en kleinbedrijf uitgesloten wordt en zodoende de mededinging wordt beperkt. De gemeenten GVE voeren voor de rechter hier beknopt tegen aan dat hen een 'grote mate van vrijheid toekomt' bij een aanbesteding en dat 'de onderhavige clustering [...] aanzienlijke voordelen biedt'.

De rechtbank constateert dat naar geldend recht, Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), of naar toekomstend recht, nieuwe Aanbestedingswet 2007, er geen zwart-op-wit verbod op clustering is. Zelfs onder het toen al circulerende Consultatiedocument 2007 aangaande nadere implementatie van de nieuwe Aanbestedingswet werd clustering niet volledig uitgesloten. Volgens de rechter heeft de aanbestedende dienst in beginsel de beleidsvrijheid<sup>36</sup> om te clusteren. Dat betekent vervolgens dus dat de rechter slechts marginaal zal toetsen of de clustering van overheidsopdrachten in het specifieke geval onnodig of disproportioneel is. Of in andere woorden: de vraag is of de clustering apert onredelijk is.

Ten eerste is de rechtbank niet van mening dat er 'kunstmatig' is samengevoegd.<sup>37</sup> Gemeenten GVE werkten al zeventien jaar zo samen. Daarnaast vindt de rechter het aannemelijk dat zoals gesteld door gemeenten GVE er sprake is van clustering 'uit oogpunt van doelmatigheid, efficiency en kwaliteitsverbetering'. Eventuele uitsluiting van het midden- en kleinbedrijf acht de rechter niet aannemelijk. Dit is omdat er de mogelijkheid is gegeven om combinaties te vormen. Al met al constateert de rechter dat er geen aanleiding is de clustering van de onderhavige overheidsopdracht als onnodig of disproportioneel te kwalificeren. En dat betekent vanzelfsprekend dat de vorderingen van PA Online en MKB Nederland afgewezen worden.

---

35 Eén inschrijving/inschrijver kan ook een combinatie van bedrijven inhouden. Dat er gecombineerd wordt betekent niet dat er in totaal minder inschrijvingen per perceel wordt beoogd te contracteren. Dus de door mij genoemde 600% zou ook voor een gecombineerde inschrijving gelden, maar dan wel voor de gecombineerde omzet.

36 Wanneer een bestuursorgaan vaststelt dat aan de wettelijke voorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening is voldaan kan het zo zijn dat de wet ook voorschrijft welk besluit moet volgen (denk bijvoorbeeld aan bouwvergunningen). Vaak wordt echter door de wetgever aan het bestuursorgaan overgelaten of deze overgaat tot bevoegdheidsuitoefening en ook hoe deze dat doet. Het bestuursorgaan kan dus nadere voorwaarden stellen aan de beschikking die niet voorgeschreven worden door de wet. Deze vrijheid van of en hoe er toegepast wordt, wordt beleidsvrijheid genoemd. Wel schrijft artikel 3:4 Awb voor dat wanneer de overheid beleidsvrijheid heeft en dus belangen kan afwegen zij dit ook *moet* doen. Het eerste lid van 3:4 Awb eist enkel dat er afgewogen wordt; het tweede lid stelt dat het resultaat van deze belangenafweging proportioneel moet zijn. (Damen 2005, pp. 352-353/400-403)

37 Over samengevoegde opdrachten of het zijn van één logisch geheel volgen onder kop 2.2.3 ook nog enige woorden.

Mijn lezing is dat je als klager tegen een aanbestedende dienst die clustert een wel zeer overtuigend verhaal te berde moet brengen. De rechter in bovenstaande zaak stelt vast dat er sprake is van beleidsvrijheid, dus zodra de overheid summierlijk kan aantonen dat zij van mening is dat haar beslissing enig nut heeft, sta je al met lege handen. Het is dus in beginsel in Nederland zo dat de aanbestedende dienst zelf bepaalt wat 'proportioneel' is.<sup>38</sup> Daarmee bedoel ik te zeggen dat of een aanbesteding op proportionele wijze is aanbesteed in Nederland zeer subjectief bepaald wordt, omdat de rechter amper objectief toetst. In andere woorden: als de aanbestedende dienst zegt dat de gedane aanbesteding op proportionele wijze is gedaan, dan neemt de rechter dat in beginsel min of meer voor waar aan.

Wel moet opgemerkt worden dat op basis van het vonnis het moeilijk te zeggen is of de klagers zich wel voldoende gerealiseerd hebben dat zij tegen 'beleidsvrijheid' moesten ageren. Als de clusterende aanbestedende dienst beweert dat er sprake is van voordelen uit de clustering, wat je vanzelfsprekend altijd kunt beweren, dan moet de klager onomstotelijk aantonen dat het pertinent onmogelijk is voor een bepaalde groep ondernemers, hier het midden- en kleinbedrijf, om in te schrijven op een aanbesteding terwijl het evident onredelijk is dat zij dat niet kunnen. Dat is mijn lezing, maar ik denk dat elke lezer van het vonnis het met mij eens kan zijn dat de aanbestedende dienst er makkelijk af komt en de klager een pittige bewijslast toegeschoven krijgt.

### 2.2.3 Proportionaliteit

Of clustering door de overheid geoorloofd is in een specifiek geval, wordt volgens de uitspraak van de rechtbank Utrecht dus bepaald door of de clustering in dat specifieke geval proportioneel is. De proportionaliteitsvraag is de vraag of het handelen van de overheid redelijk is: heeft de overheid afdoende de voors en tegens afgewogen en is zij tot een redelijk besluit gekomen? In andere woorden: is het gekozen middel noodzakelijk en geschikt?<sup>39</sup> Proportionaliteit heeft in het geval van clustering meerdere vormen welke ik hier kort uiteen wil zetten om deze verschillende onderscheidende dimensies goed helder te hebben.

Om te beginnen is er de vraag of de omzeteisen, een van de selectiecriteria, redelijk zijn in verhouding tot de grootte van de opdracht. Is het noodzakelijk om van een ondernemer te vragen dat deze al twee- of meermaal de omzet draait die op de overheidsopdracht zal worden gedraaid? Sommigen beargumenteren dat omzeteisen überhaupt ongeschikt zijn; zij verwijzen naar het afdoende zijn van de Past Performance meting, waar in het bestek van deze scriptie niet verder op in zal worden gegaan.<sup>40</sup> Zelfs als dat terzijde gelaten wordt is het evident dat omzeteisen per definitie kleinere ondernemers raken omdat omzeteisen een ondergrens zijn en geen bovengrens. Alhoewel betwist, voor een omzeteis zouden gegronde redenen kunnen zijn, maar een omzeteis moet desalniettemin wel altijd redelijk zijn. Wanneer een omzeteis onnodig veel ondernemers uitsluit is deze per definitie disproportioneel.<sup>41</sup>

Nu aandacht voor de omvang van de opdracht. Hier wringt de schoen het duidelijkst als het gaat om

---

38 Verberne 2006.

39 Barents en Brinkhorst 2006, p. 165.

40 A. de Maesschalck, 'Omzeteisen bij aanbesteding vaak overbodig', Cobouw 6 oktober 2008, p. 8.

41 Deze zin moet tautologisch gelezen worden. Het is niet mogelijk een proportionele aanbesteding te doen als deze 'onnodig' veel ondernemers uitsluit. Hier kan kort gezegd worden dat een ondernemer onnodig wordt uitgesloten als de maatschappelijke baten van zijn inschrijving de maatschappelijke kosten van zijn inschrijving overschrijden. Dit wordt nader toegelicht in hoofdstuk 3.

clustering. Zoals gezegd, beoogt de Europese Unie optimale mededinging<sup>42</sup> en het is niet in te zien hoe ongebreideld grote opdrachten daar geschikt voor zijn. Grotere opdrachten zijn enkel nadelig voor kleinere ondernemers. Zelfs als een omzeteis achterwege blijft, sluit een grote opdracht van nature kleinere ondernemers uit, nooit grotere. Ook hier geldt de vraag naar proportionaliteit: is dat redelijk? Als dezelfde opdracht verdeeld in percelen even efficiënt aanbesteed kan worden is dat per definitie meer proportioneel. Als er geen toegevoegde waarde verbonden is aan de omvang van de opdracht<sup>43</sup> is het voor wat betreft dat punt disproportioneel die opdracht in die omvang in stand te laten omdat sommigen in dat geval uitgesloten worden van inschrijving. Bij gebrek aan een dergelijk voordeel zullen dus andere argumenten aangehaald moeten worden om te kunnen stellen dat clustering toch proportioneel is.

Er is nog een derde vraag met betrekking tot proportionaliteit die beantwoord moet worden. Zelfs als in beginsel 'economies of scale' ontbreken, zijn er andere kosten aan het hebben van meerdere, kleinere, opdrachten.<sup>44</sup> Meer opdrachten betekent aan de zijde van de aanbestedende dienst dat er meer procedures doorlopen moeten worden en dat er naar alle waarschijnlijkheid veel meer offertes beoordeeld moeten worden. Daar zijn kosten aan verbonden en de vraag is tot welk punt die kosten mogen oplopen totdat ze disproportioneel worden. Analooeg daaraan liggen aan de zijde van de gegadigde inschrijvers dezelfde toegenomen kosten: elke extra offerte heeft een ondernemer geld gekost. Als die kosten aan beide zijden uit de hand lopen door het aanbesteden in kleinere percelen, is de clustering mogelijk zeer wel proportioneel.

Op dat laatste punt splitsen de wegen voor twee casussen. In het geval waarin bewust losstaande opdrachten bij elkaar gevoegd worden, zal de aanbestedende dienst de lagere kosten van één of minder aanbestedingsprocedures wel moeten afzetten tegen de kosten van het bijeen brengen van deze losse opdrachten. Zeker wanneer meerdere aanbestedende diensten betrokken zijn, is het ondenkbaar dat er geen transactiekosten gemaakt worden om de samenbundeling tot stand te brengen. In alle redelijkheid kan gezegd worden dat de proportionaliteitstest dan zwaarder wordt: immers het clusteren zelf kost dan ook geld en dat mag niet ontsnappen aan de vergelijking. Het andere geval is dan een grote opdracht die zich wellicht voor opsplitsing leent, maar in beginsel een geheel vormt. In dat geval zou er van splitsingskosten gesproken kunnen worden: de aanbestedende dienst maakt kosten om van de grote opdracht meerdere kleinere te maken. In een dergelijk geval verlicht de proportionaliteitstest juist, immers bovenop de, vermoedelijk, hogere kosten van meerdere procedures komen ook nog eens splitsingskosten.

## **2.3 Onderzoek en actualiteit**

Zoals geschetst wordt de Nederlandse aanbestedingswetgeving ingekaderd door het Europese integratieproject. Naast dat dit project op Europese schaal invloeden ondervindt vanuit de maatschappij is er ook op het Nederlandse niveau enige beleidsvrijheid om invulling te geven aan lokale wensen. Onder de noemer "Onderzoek en actualiteit" zal hier een schets gegeven worden van wat er zoal op dit moment speelt omtrent aanbesteding, meer in het bijzonder clustering, en de positie van het midden- en kleinbedrijf (MKB) op de (interne) markt. Dit gebeurt in een aantal korte

---

42 Onder onderdeel 2.1.1 is te lezen dat de hier genoemde 'optimale mededinging' betekent dat concurrentie wel een hoger doel, meer welvaart, moet nastreven: het is geen doel op zich.

43 Een econoom zou zeggen dat 'economies of scale' ontbreken. Zie ook noot 81.

44 Inkopen en aanbesteden 2006, p. 17. Het beperken van die 'andere kosten' zou dan 'economies of scope' zijn. Zie ook noot 81.

getitelde paragrafen. Een bespreking van de nieuwe Aanbestedingswet en aanverwante documenten, zoals het Consultatiedocument betreffende nadere implementatie, volgt aan het eind van dit onderdeel.

### 2.3.1 Positie MKB

Prominent voorop staat MKB Nederland als het gaat om commentaar op clustering door de overheid bij aanbestedingen. MKB Nederland heeft zich niet alleen in de rechtszaal laten gelden<sup>45</sup> maar ook daarbuiten door bijvoorbeeld te lobbyen. In een reactie op het Consultatiedocument 2007 werd geschreven dat deelnemers aan een IBR discussiebijeenkomst 'zich niet aan de indruk [konden] onttrekken dat veel van de voorstellen ingegeven zijn door de politieke behoefte tegemoet te komen aan de wensen van het MKB.'<sup>46</sup> Het EIM heeft zodoende over de jaren verscheidene onderzoeken<sup>47</sup> gedaan naar de positie van het MKB voor het Ministerie van Economische Zaken en in 2004 zelfs Europabreed voor de Europese Commissie.

Het Europese onderzoek van 2004 classificeert het MKB als bedrijven met minder dan 250 werknemers. Deze groep zou in 2003 47% bijgedragen hebben in de waarde van aanbestedingen.<sup>48</sup> In dit onderzoek wordt er onder andere bij Nederland op aangedrongen om vaker aanbestedingen in kleinere percelen op te delen.<sup>49</sup> Omdat in Nederland doorgaans wordt uitgegaan van minder dan 100 werknemers was er behoefte aan meer specifiek Nederlands onderzoek.

Van der Zeijden en Braaksma (2005) schrijven dat er bij het midden- en kleinbedrijf kansen liggen voor aanbestedende diensten. Er zouden bijvoorbeeld voordelen liggen op het vlak van 'communicatie, dynamiek, innovativiteit e.d.'<sup>50</sup> Wanneer de Nederlandse definitie van MKB wordt aangehouden, behoren 99,3% van alle Nederlandse bedrijven tot deze groep. Deze bedrijven leveren 58% van de Nederlandse werkgelegenheid en zijn goed voor 51% van de omzet.<sup>51</sup> Dit onderzoek schrijft voor 2001 dat 63% van de winnende bedrijven bij een aanbesteding tot het MKB behoorden.<sup>52</sup> Enerzijds is dat geen slecht getal, maar het is wel beduidend lager dan de hiervoor genoemde 99,3%. Derhalve is volgens de auteurs sprake van achterblijvende participatie door het MKB en dat zou komen door drempels die door het MKB lastiger gevonden worden dan door het grootbedrijf.<sup>53</sup> De auteurs identificeren twee voor deze scriptie relevante drempels als belangrijkste: hoge selectiecriteria en te grote omvang van de overheidsopdrachten. Zij menen dat aanbestedende diensten nog te vaak onvoldoende rekening houden met het MKB.

---

45 Zie daarvoor de in paragraaf 2.2.2 besproken uitspraak MKB Nederland tegen gemeenten GVE.

46 M.A.B. Chao-Duivis, *Reactie van het Instituut voor Bouwrecht op het Consultatiedocument Voorstel voor de inhoud van de uitwerkingsregelgeving van het wetsvoorstel aanbestedingswet van 15 november 2007*, IBR 2008, p. 8. WWW <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=155933&type=PDF>>

47 Access of SMEs to public procurement contracts 2004; Van der Zeijden en Braaksma 2005; Van der Zeijden e.a. 2008.

48 Access of SMEs to public procurement contracts 2004, p. 106.

49 Access of SMEs to public procurement contracts 2004, p. 189.

50 Van der Zeijden en Braaksma 2005, p. 9.

51 Van der Zeijden en Braaksma 2005, p. 12.

52 Van der Zeijden en Braaksma 2005, p. 17.

53 Gezegd zou kunnen worden dat het MKB minder vertegenwoordigd is in de bij aanbestedingen meest relevante sectoren. Deze kritiek geven de auteurs niet op hun eigen stelling. Anderzijds beland je dan ook in een kip-en-ei-probleem, immers minder MKB bedrijven in voor aanbestedingen relevante sectoren kan ook het gevolg zijn van eventuele uitsluiting door bijvoorbeeld clustering. Als MKB bedrijven minder werk gegund krijgen in een bepaalde sector is de gevolgtrekking dat ze dan ook minder vertegenwoordigd zullen zijn niet onredelijk.

Het meest recente onderzoek uit 2008 gaat over het aandeel van het MKB in aanbestedingen voor het jaar 2006. Volgens de Nederlandse definitie van MKB heeft het MKB in 2006 44% van alle gunningen gewonnen welke een waarde van 15% van het totaal vertegenwoordigden.<sup>54</sup> Gegeven het feit dat grotere bedrijven vaker aan meerdere aanbestedingen deelnemen is het percentage MKB op het totaal aantal winnende bedrijven groter: 69%.<sup>55</sup> In reactie op dit percentage schreef de minister aan de Eerste Kamer 'dat de toegang voor het MKB tot Europees aanbestede opdrachten verder verbeterd kan worden.'<sup>56</sup>

### 2.3.2 Samenwerking door gemeenten: massa is kassa?

In het "Inkopen en Aanbesteden" onderzoek van SGBO wordt gesteld 'massa is kassa'. Een grotere massa zou de prijs-kwaliteitsverhouding verbeteren. Aardig is dat dit onderzoek twee richtingen voor 'massa' onderscheidt. Dat kan door samen te werken met andere gemeenten, maar ook door voor een langere duur een globaal contract aan te gaan: een raamovereenkomst.<sup>57</sup> Nadeel bij dat laatste is wel telkens dat de opdracht over de looptijd niet wezenlijk mag wijzigen.<sup>58</sup> Als dat wel het geval is moet een nieuwe aanbesteding doorlopen worden. De meeste gemeenten (91%) werken wel eens samen. Van de middelgrote het vaakst (98%), gevolgd door kleinere gemeenten (90%). De grootste gemeenten van Nederland, met een inwoneraantal boven 100.000, doen relatief minder aan samenwerken (71%). Volgens de onderzoekers kan dat verklaard worden doordat er voor die gemeenten geen sprake meer is van schaalvoordelen en omdat er intern al voldoende kennis aanwezig is.<sup>59</sup> We kunnen op basis van deze gegevens voorlopig stellen dat clusteren kennelijk vanaf een bepaalde hoeveelheid minder interessant wordt. Op een gegeven moment zijn de schaalvoordelen uitgeput en valt er niets meer uit meer 'massa' te halen.

### 2.3.3 Cobouw

In 'het veld' blijft clustering ook niet onbesproken. Zonder de pretentie te hebben volledig te zijn zal hier kort een overzicht volgen van wat er zoal over dit onderwerp is verschenen de laatste tijd in het vakblad van de bouwsector: Cobouw.

Om te beginnen viel te lezen dat het 'Meldpunt Aanbesteding van MKB Nederland in anderhalf jaar ruim 250 gegronde aanbestedingsklachten verzameld heeft. Onredelijke omzeteisen en onnodig stapelen van opdrachten zijn de meest gehoorde klachten.'<sup>60</sup> Nu kwalificeert MKB Nederland zelf of klachten gegrond zijn of niet, dus het is de vraag in hoeverre gegrond in hun ogen voldoet aan gegrond in maatschappelijk opzicht. Wel is duidelijk dat hoge omzeteisen, tot op zekere hoogte een gevolg van clustering, en stapelen van opdrachten, clustering in pure vorm, veel ergernis wekt.

De provincie Gelderland heeft tijdens de zomer van 2008 haar strooiwerkzaamheden opgedeeld in

---

<sup>54</sup> Van der Zeijden e.a. 2008, p. 27 en p. 31.

<sup>55</sup> Van der Zeijden e.a. 2008, p. 33. Dit is dus 6% meer dan in 2001, zie vorige paragraaf.

<sup>56</sup> Minister Van der Hoeven, *Onderzoek MKB en Aanbesteden* (Brief aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal), 18 juli 2008. WWW <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=159228&type=PDF>>

<sup>57</sup> Inkopen en aanbesteden 2006, p. 27.

<sup>58</sup> Artikel 32 lid 4 Bao. Ook relevant ten aanzien van wezenlijke wijziging van een opdracht: HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (*Presstext*). Het tegenovergestelde is ook waar, want een niet wezenlijk gewijzigde opdracht mag niet opnieuw aanbesteed worden: V.zr. Rb. Rotterdam 10 maart 2009, LJN BH5386.

<sup>59</sup> Inkopen en aanbesteden 2006, pp. 27-28.

<sup>60</sup> I. Koenen, 'MKB-meldpunt verzamelt 250 gegronde klachten', Cobouw 14 april 2009.



50 kleinere contracten, micropercelen<sup>61</sup>, om deze vervolgens aan te besteden. Door via de methode van de economisch meest voordelige inschrijving het maximaal aantal toe te kennen percelen per inschrijver te beperken kon het MKB volop meedoen. Zuid-Holland had enkele jaren geleden geprobeerd haar strooiwerkzaamheden in een keer aan te besteden maar kwam bijzonder duur uit. Deze voorbeelden tonen aan dat '[b]undelen niet altijd leidt tot betere prijzen' en dat '[e]r zelfs scherpere prijzen mogelijk zijn door optimale capaciteitsbenutting en beperkte overhead.'<sup>62</sup> In aansluiting daarop meent voorzitter Van der Kuil van MKB Infra zelfs dat 'nog nooit iemand heeft kunnen aantonen dat niet-functioneel clusteren kostenvoordelen voor de opdrachtgever geeft.'<sup>63</sup>

De toekomst van aanbesteden door Rijkswaterstaat lijkt tegenovergesteld aan de innovatie van micropercelen. Dit stuk rijksoverheid werkt continu aan verdere schaalvergroting waardoor '[k]leinere opdrachtnemers steeds minder kans maken.'<sup>64</sup> Volgens voorzitter van MKB Infra Van der Kuil kan ongebreidelde schaalvergroting, clustering, er toe leiden dat alleen een paar grootbedrijven in Nederland nog aan het werk komen. Als het zover komt, komt dat in feite op marktverdeling neer en daar zou de overheid dan zelf aan bijdragen door overmatig te clusteren. Clustering zou daarom verboden moeten worden volgens hem.<sup>65</sup> Voor dit standpunt komt bijval vanuit Brussel door de raad voor de interne markt. Deze meent dat waar mogelijk overgegaan kan worden tot het opknippen van overheidsopdrachten in percelen. Daarnaast moeten lidstaten bij opdrachten waarvan men denkt dat er schaalvoordelen te halen zijn, toch niet over gaan tot clustering. Dit om te voorkomen dat het MKB feitelijk wordt uitgeschakeld.<sup>66</sup>

Buur en Pries merken op dat als de overheid de intentie zou hebben om meer als private partij te werk te gaan dan in het verleden, het voeren van aanbestedingen eigenlijk vreemd is.<sup>67</sup> Private partijen besteden vrijwel nooit aan volgens hen, maar het is niet voor te stellen dat deze op winst gerichte partijen bereid zouden zijn te veel te betalen of met beduidend mindere kwaliteit genoeg te nemen. Redenen die zij noemen, en die een rol spelen in het licht van deze scriptie, zijn vraagkosten en aanbiedingskosten. Bij vraagkosten denken zij aan het zeer precies moeten specificeren van de vraag, maar ik zou daar ook het beoordelen van een veelvoud van offertes onder willen scharen: beoordelingskosten. De aanbiedingskosten zien op kosten aan de kant van de aanbidders en dat zijn dan voornamelijk maatschappelijke kosten omdat een aantal bedrijven 'voor niets' rekent. Ook menen de auteurs dat aanbesteden een vecht-model<sup>68</sup> behelst: al zouden bedrijven

---

61 'Micropercelen zijn (onrealistisch) kleine percelen die eventueel als aparte werkeenheid gezien kunnen worden. In de uiteindelijke gunning worden de micropercelen weer geclusterd tot de eigenlijke percelen, op een manier die wordt beïnvloed door de aanbiedingen uit de markt. Door grote opdrachten in (veel) kleine percelen (micropercelen) te verdelen, biedt u iedere marktpartij de mogelijkheid om een aanbidding te doen die precies past bij zijn capaciteit.' (*Aanbesteden in micropercelen* (factsheet), PIANOo 2008. WWW <<http://www.piano.nl/dsresource?objectid=16232&type=pdf>>)

62 I. Koenen, 'Kleinbedrijf voorgetrokken bij aanbesteding micropercelen', Cobouw 6 oktober 2008, p. 14.

63 F. Heijbrock, 'Grote zorgen over verbod combinaties', Cobouw 6 oktober, pp. 6-7. Niet-functioneel clusteren ziet puur op het creëren van een grotere massa. Functioneel clusteren gaat bijvoorbeeld om D&C, design and construct, contracten waar het ene onderdeel 'functioneel' samenhangt met het andere.

64 I. Koenen, 'Traditioneel contract bijna uitgestorven', Cobouw 20 oktober 2008, p. 2.

65 F. Heijbrock, "'Clusteren verbieden beter voor concurrentie'", Cobouw 17 november 2008, p. 7.

66 'Europese Unie voor knippen aanbesteding', Cobouw 4 december 2008, p. 7.

67 A. Buur en F. Pries, 'Dat "vrije" partijen nooit openbaar aanbesteden geeft te denken', Cobouw 1 december 2008, pp. 12-13.

68 De toepasselijke economische term zou 'cutt-throat competition' zijn. Dit betekent dan dat bedrijven hun winstmarge verspelen in de hevige concurrentieslag en zodoende bijvoorbeeld geen ruimte meer hebben om investeringen voor de lange termijn te doen, zoals het investeren in innovatie.



willen, ze hebben überhaupt geen ruimte in hun budget om te komen tot innovatie. Dit zijn nadelen van aanbesteden en zijn blijkens de praktijk voor private partijen kennelijk reden om weinig voor openbaar aanbesteden te kiezen.

### 2.3.4 A Small Business Act

De Small Business Act<sup>69</sup> (hierna: SBA) is een mededeling van de Europese Commissie met betrekking tot het te voeren MKB beleid in de Europese Unie. Kort gezegd zijn de Lissabon doelstellingen<sup>70</sup>, zoals onder andere innovatie, vertaald in bijvoorbeeld een sterkere prominentere positie voor het MKB. De doelstelling volgens de SBA zelf is als volgt:

'Daarom wordt met de "Small Business Act" beoogd de algehele beleidsaanpak ten aanzien van het ondernemerschap te verbeteren, het principe "denk eerst klein" in het hele beleid, van regelgeving tot dienstverlening, te verankeren en de groei van het mkb te bevorderen door de resterende knelpunten te helpen overwinnen.'

Het voert te ver om zeer uitgebreid in te gaan op deze gehele Small Business Act, maar de inhoud van basisbeginsel V geeft wel aanleiding voor uitwerking hier.

Basisbeginsel V schrijft: 'De beleidsinstrumenten van de overheid aanpassen aan de behoeften van het mkb: deelname van het mkb aan overheidsopdrachten vergemakkelijken en meer gebruikmaken van de mogelijkheden van staatssteun voor het mkb.' In het kader daarvan wil de Commissie 'een vrijwillige gedragscode voor aanbestedende diensten uitbrengen om verdere veranderingen in de inkoopcultuur teweeg te brengen. Zij zal richtsnoeren geven om de bureaucratie te beperken en te zorgen voor meer transparantie en informatie en een gelijk speelveld voor het mkb.' Kennelijk vindt de Commissie dat aanbestedende diensten op dit moment niet de juiste inkoopcultuur aan de dag leggen. Net als uit de rest van de SBA spreekt hieruit dat overheden te vaak te weinig oog hebben voor het MKB naar de mening van de Commissie. Het huidige speelveld wordt kennelijk niet altijd en overal als 'gelijk' beschouwd.

Daarnaast verzoekt de Commissie de lidstaten om 'hun aanbestedende diensten ertoe aan te sporen opdrachten zo mogelijk in percelen te splitsen en de mogelijkheden voor onderaanneming duidelijker aan te geven; hun aanbestedende diensten erop te wijzen dat zij extreme kwalificatie-eisen en financiële voorwaarden moeten vermijden'. De Commissie geeft hier dus nadrukkelijk aan dat als het kan aanbestedende diensten aangespoord moeten worden om hun opdrachten in percelen op te delen. Hoe 'extreme kwalificatie-eisen en financiële voorwaarden' precies gelezen moet worden is niet helder, maar daar lijkt mij in ieder geval onder te vallen dat die eisen in proportionele verhouding moeten staan tot de omvang van de overheidsopdracht. In hoeverre die eisen überhaupt proportioneel dienen te zijn, in aanmerking genomen dat het bijvoorbeeld om een langdurig of enorm project gaat, gaat de SBA niet op in.

### 2.3.5 Aanbestedingswet 2007

Vorig jaar juli heeft de Senaat de voorgestelde Aanbestedingswet 2007 afgewezen<sup>71</sup> en we werken

---

<sup>69</sup> Small Business Act 2008.

<sup>70</sup> De Lissabon doelstellingen refereren aan de bijeenkomst in Lissabon in 2000 waar de Europese leiders besloten tot een strategie die van Europa de meest competitieve, dynamische en op kennis gebaseerde economie ter wereld zou moeten maken. WWW <<http://ec.europa.eu/growthandjobs/faqs/background/>>

<sup>71</sup> NRC Handelsblad 9 juli 2008, "Senaat verwerpt aanbestedingswet".

dus eigenlijk nog steeds met het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten. Hier zal niet ingegaan worden op de argumenten van de Senaat, maar wel voorzover de Aanbestedingswet 2007 enige relevante inhoud heeft. Deze wet geeft uiteindelijk wel de richting aan waarin de regering, het ministerie van Economische Zaken en de Tweede Kamer denkt. Meer in het bijzonder zal ingegaan worden op de reacties op het bijbehorende Consultatiedocument betreffende uitwerkingsregelgeving van deze Aanbestedingswet 2007 (hierna: Consultatiedocument 2007). Ten tijde van het afronden van deze scriptie werd er een nieuw voorstel voor een Aanbestedingswet gepresenteerd. Deze zal kort onder onderdeel 2.3.6 besproken worden.

### **2.3.5.1 Aanbestedingswet en bijbehorend Consultatiedocument**

Artikel 13 van het wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet stelt in lid 1: 'Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf neemt het beginsel van proportionaliteit in acht.' Nu ziet dit nadrukkelijk op selectiecriteria getuige het tweede lid van dit artikel, maar overige onderwerpen betreffende proportionaliteit zijn niet uitgesloten. Het wetsvoorstel creëerde ook ruimte voor nadere regelgeving zowel binnen en buiten het kader van de Aanbestedingsrichtlijn. Onder andere om zodoende buiten het bestek van de Aanbestedingsrichtlijn in Nederland toch rekening te houden met beginselen van gemeenschapsrecht zoals het gelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel.<sup>72</sup>

Punt 2.3.3 in het Consultatiedocument is redelijk helder in haar doelstelling: 'Het voornemen is een bepaling op te nemen, waardoor onnodig clusteren wordt tegengegaan.'<sup>73</sup> De regering denkt aan twee verschillende middelen zijnde:

- het aanbestedende diensten te verplichten om opdrachten op te delen in percelen waar dat mogelijk is en er geen nadelige economische gevolgen zijn;<sup>74</sup>
- het aanbestedende diensten te verplichten op verzoek te motiveren waarom een opdracht niet in meerdere opdrachten of percelen is verdeeld.<sup>75</sup>

Het heeft er derhalve alle schijn van dat het de minister menens is voor wat betreft het beperken van clustering. Zeker als eerstgenoemd dwingend middel doorgang zou vinden. Opvallend aan het eerste middel is ook dat er evident geen ruimte gecreëerd wordt voor eventuele niet-economische baten van clustering.

Punt 2.5.3 uit hetzelfde Consultatiedocument wil ik hier kort noemen: 'Het voornemen is te bepalen dat aan een combinatie geen hogere geschiktheidseisen gesteld mogen worden dan aan een enkele inschrijver.'<sup>76</sup> Dat bevestigt zoals eerder genoemd dat naar huidig recht hogere eisen gesteld kunnen worden aan combinaties. Anders zou een expliciete bepaling in de tegengestelde richting niet nodig zijn. Clustering betekent dus dat MKB-ers vaker in combinatie moeten inschrijven en daarbij ontmoeten zij dus naar huidig recht hogere eisen dan als zij een enkele inschrijver geweest zouden zijn.

### **2.3.5.2 Reacties op Consultatiedocument**

Het bestaan van een consultatiedocument ziet er op dat er vanuit 'het veld' gereageerd kan worden

---

<sup>72</sup> *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 501 nr. 3, p. 39 e.v. (MvT).

<sup>73</sup> Consultatiedocument 2007, p. 11.

<sup>74</sup> Consultatiedocument 2007, p. 11.

<sup>75</sup> Consultatiedocument 2007, p. 12.

<sup>76</sup> Consultatiedocument 2007, p. 25.

op de voorgestelde regelgeving.<sup>77</sup> Zoals aangegeven, stelt de minister bijvoorbeeld twee verschillende middelen voor om clustering te voorkomen, en daar kan dan op gereageerd worden door de betrokken partijen. Hier zal ingegaan worden op de reacties op voornoemde voorstellen betreffende clustering, en voorzover relevant combinatievorming. Ook zal de bagatel regeling ter sprake komen omdat daar interessant op is gereageerd.

### **Logisch samenhangend geheel**

Bouwend Nederland is van mening dat argumenten als efficiencyverbetering en kostenreductie alleen opgaan als er bij een geclusterde opdracht nog steeds sprake is van een logisch samenhangend geheel. Voorzover er toch tot clustering wordt overgegaan stelt Bouwend Nederland voor om de geschiktheidseisen af te stemmen op het MKB door de omzeteis te baseren op het grootste repeterende deel en niet op de totale omvang van de opdracht. De ONRI stelt zich op hetzelfde standpunt dat wanneer clusteren leidt tot 'hoog opgeschroefde omzeteisen' dit onwenselijk is.

Aansluitend op dit onderwerp menen VNO-NCW/MKB Nederland en MKB Infra dat er nooit sprake mag zijn van het stapelen 'van dezelfde soort projecten (veel van hetzelfde) gespreid over een groter gebied.' Zij stellen dat clusteren een 'middel tot doelmatigheid'<sup>78</sup> moet zijn en 'geen doel op zichzelf.' Als er ongebreideld gestapeld wordt dan wordt het moeilijker voor MKB bedrijven om in te schrijven op overheidsaanbestedingen. Beiden zouden willen dat overheden vooraf hun clustering moeten motiveren om zo te bereiken dat het komen tot clustering een 'bewuste keus' is.<sup>79</sup> De VHG gaat verder en ziet clusteren tussen verschillende juridische entiteiten, zoals het geval was in de zaak besproken in onderdeel 2.2.2, als ongewenst. Het ontgaat mij hoe men dit per definitie ongewenst kan noemen omdat bijvoorbeeld bij infrastructurele projecten eigenlijk snel op zijn minst een paar bestuurslagen betrokken zijn.

Het NEVI werpt hier in tegen dat het komen tot clustering 'zoveel extra inspanningen' vraagt dat naar hun ervaring onnodig clusteren niet voorkomt. De Speciale Sectorbedrijven zijn dezelfde mening toegedaan en menen dat de grondbeginselen van het aanbestedingsrecht (transparantie, objectiviteit en niet-discriminerend) al voldoende waarborg zijn tegen onnodig clusteren. Verplicht opknippen van opdrachten zal zelfs tot extra (administratieve) kosten leiden volgens het NEVI en de Unie van Waterschappen, zowel aan overheidszijde als voor het bedrijfsleven.

De NVvA en het IBR waarschuwen dat de voorstellen in het Consultatiedocument zelfs haaks zouden kunnen staan op de ook door het MKB geuite wens samenhangende projecten te integreren. Design & Construct en DBFM<sup>80</sup>-contracten lijken hiervan het meest slachtoffer te worden. En dat

---

77 Ten behoeve van de leesbaarheid is er voor gekozen niet per opmerking voetnoten op te nemen. Uit de tekst blijkt welke partij welke opmerking gemaakt heeft en de corresponderende brieven zijn allen te vinden via:

WWW <[http://www.ez.nl/Onderwerpen/Huidige\\_economie/Aanbestedingen?informatietype=brief](http://www.ez.nl/Onderwerpen/Huidige_economie/Aanbestedingen?informatietype=brief)>. Daar waar afkortingen gebruikt zijn kan in Appendix B gevonden worden op welke organisatie deze afkorting betrekking heeft.

78 Doelmatigheid is in de lezing van MKB Infra het zo laag mogelijk maken van de 'total cost of ownership'. Intuïtief verbetert stapelen van gelijksoortig werk niet de doelmatigheid in dat opzicht. Er kan waarschijnlijk hoogstens sprake zijn van lagere organisatorische kosten (aanbestedings- en coördinatiekosten bijvoorbeeld).

79 Voorgaande quotes in deze paragraaf zijn afkomstig uit de brief van MKB Infra. De ONRI is een zelfde mening toegedaan wat betreft het vooraf motiveren waarom er niet opgedeeld is.

80 Deze afkorting staat voor "Design, Build, Finance and Maintain". Dit houdt in dat de inschrijver inschrijft op het totaal van alle bezigheden die betrekking hebben op het project zoals bij de aanleg van wegen. Deze complexe vorm van een overheidsopdracht sluit aan op het elders genoemde verlagen van de 'total cost of ownership'. Bij wegenbouw wordt niet alleen gekeken naar hoe zo goedkoop mogelijk gebouwd kan worden, maar worden de kosten voor later bijbehorend onderhoud ook ingecalculeerd.

zou dan weer nadelig zijn voor eventuele innovatie, wat een van de achterliggende gedachten is van deze contractvormen. Ook ziet het NVvA weinig in het verplicht opdelen in percelen omdat dit 'zich naar verwachting niet of nauwelijks [leent] voor een rechterlijke beoordeling'. Iets soortgelijks wordt door de VNG opgetekend die eveneens meent dat optie 1 moeilijk handhaafbaar is. Optie 2 leidt volgens de VNG niet concreet tot iets, maar enkel tot meer juridische procedures.

### **Economies of scale and economies of scope<sup>81</sup>**

MKB Infra gaat in op deze twee economische concepten. Economies of scale leidt er volgens MKB Infra toe dat er minder transactiekosten<sup>82</sup> gemaakt worden in het aanbestedingsproces. Daarnaast zijn er misschien schaalvoordelen waardoor inschrijvers een lagere prijs willen bieden. Bij economies of scope identificeert MKB Infra enkele problemen die eigenlijk allen neerkomen op dat grotere opdrachten haast per definitie complexer zijn en zelfs los daarvan vaak om meer beheerskosten vragen. Mijn vraagteken daarbij is dan wel in hoeverre stapeling van gelijksoortig werk tot meer complexiteit kan leiden. Het lijkt mij dat juist de projecten die theoretisch het meest profijt zouden kunnen hebben van clustering ook gelijk de meer complexe projecten worden omdat de lange termijn doelmatigheid van een project nagegaan moet worden, en niet of de specifieke fase in een project doelmatig is. Stapeling van gelijksoortig werk voldoet ook niet aan definitie van economies of scope.

De Unie van Waterschappen is 'mordicus tegen optie 1' en er is ook geen draagvlak voor optie 2. De aversie tegen optie 1 komt voort uit de mening dat zij als aanbestedende dienst clusteren 'om enerzijds schaalvoordelen te behalen' en anderzijds om het aanbestedingsproces, ook qua expertise, goedkoper te laten verlopen.<sup>83</sup> In andere woorden menen zij dus dat een (semi-)verbod onomstotelijk tot een verlies van economies of scale en scope zal leiden.

### **Beleidsvrijheid**

Overheden hebben zich uiteraard ook geroerd. Het IPO is het eens met de rechter in onderdeel 2.2.2. Als aanbestedende dienst ben je een professionele inkoper<sup>84</sup> en dan streef je dus 'the best value for money' na. Daarom moet het besluit om te clusteren primair bij de aanbestedende dienst zelf liggen. In de ogen van het IPO is er 'geen aanleiding voor extra regelgeving op dit gebied.' Wat betreft de NFU zullen in ieder geval de bij hun aangesloten aanbestedende diensten altijd opdelen in percelen 'indien dat een beter inkoopresultaat zal opleveren.' In lijn hiermee ligt het commentaar van de NVvA dat de voorstellen in het Consultatiedocument strijdig lijken 'met de inkoop- en contractsvrijheid van aanbestedende diensten.' In dat licht zetten het NVvA en de NFU ook

---

81 Economies of scale ziet op een situatie waarin de gemiddelde kosten per eenheid product dalen als de totale vraag toeneemt. In het geval van aanbestedingen kan bijvoorbeeld gezegd worden dat als de overheidsopdracht groter is de kosten van de aanbesteding over meer eenheden product gespreid kan worden en dus de gemiddelde kosten dalen. Economies of scope ziet op de situatie waarin het goedkoper is om verschillende producten binnen één bedrijf te maken dan ze afzonderlijk in gespecialiseerde bedrijven te maken. Bij aanbestedingen moet dan bijvoorbeeld gedacht worden aan de zogeheten logisch samenhangende opdrachten waarbij er kostenvoordelen gehaald kunnen worden als één partij de hele opdracht op zich neemt, zie ook noot 80. (Pepall 2005, p. 665)

82 Het begrip transactiekosten wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk 4. Voor nu definiëren we dit begrip als 'alle kosten die betrekking hebben op het voeren van onderhandelingen en op (het afdwingen van) naleving van de hieruit resulterende afspraken.' (Kerkmeester en Holzhauer 1999, pp. 13-15)

83 Het GIP hanteert eenzelfde formulering van dit punt.

84 De Regieraad Bouw, het NEVI, het IBR, de VNG, de G4, de Unie van Waterschappen, de NFU en de Speciale Sectorbedrijven redeneren allen dat de voorgestelde regelgeving niet past als men er van uit gaat dat aanbestedende diensten optreden als professionele inkopers.

vraagtekens bij waar de regeling voor aankoopcentrales nog voor staat met deze voorgestelde anti-clustering maatregelen. Deze aankoopcentrales zijn Europeesrechtelijk mogelijk gemaakt vanuit efficiency overwegingen, maar hier lijkt getuige het Consultatiedocument geen oog voor geweest te zijn.

De VSNU vindt daarnaast dat de eerste voorgestelde optie alleen ruimte laat voor economische argumenten en daarmee 'andere – op zichzelf legitieme – redenen' uitsluit. Dat zou een subjectief standpunt inhouden en zou tot veel juridische procedures leiden. Hiernaast wijzen bijvoorbeeld de VNG en de G4 op een zekere conflictsituatie omdat optie 1 tot verplicht opknippen ingeval van clustering leidt en er juist vanuit Europa ook een verbod geldt op ongeoorloofd splitsen. Wat betreft deze overheden is het het een of het ander.

Wat ook weergalmt in veel van de negatieve reacties, het meest expliciet in de reactie van het IBR, is dat de voorgestelde regels tegen clustering als betuttelend worden ervaren. De reactie vanuit het IBR schrijft dat het aanbestedingsrecht niet ingezet mag worden om andere politieke doelstellingen te bereiken.

### **Vertrouwen en zekerheid**

Het hebben van een vertrouwensband met de opdrachtnemer kan een zekere waarde aan toegekend worden en het aanbestedingsrecht veroorzaakt zodoende meer onzekerheid over of de winnende inschrijver wel kan leveren wat er verwacht wordt. Bij artistiek werk<sup>85</sup> en wetenschappelijk onderzoek<sup>86</sup> speelt dit zeer aanmerkelijk omdat eigenlijk bij het opstellen van de vraag al bekend is wie het meest geschikt is om de opdracht aan te nemen. Aanbesteden is dan van geen enkele toegevoegde waarde. In het verlengde van zulke sectoren ligt het voor elke aanbestedende dienst voor de hand om in de hand te houden wie interesse tonen in een overheidsopdracht. Een opdracht clusteren teneinde vooraf een beter beeld te hebben van potentiële inschrijvers klinkt niet irrationeel.

### **Bagatel**

Een heel contingent<sup>87</sup> aan vertegenwoordigers van verschillende (MKB) bedrijven gaat in op de voorgestelde bagatel<sup>88</sup> van € 50.000,-. Allen zijn van mening dat deze te laag(!) is. Naar hun mening zouden de administratieve lasten te hoog oplopen en zouden de voordelen van aanbesteden teniet worden gedaan. Tot een ton of iets meer, verschillende opinies, heeft het MKB zelf liever onderhandse gunning zonder aanbesteding. OSB schrijft: 'Veel kleine en middelgrote bedrijven zullen [door de bagatel] afzien van het meedingen naar opdrachten.' Kortom, het MKB heeft liever niet dat aan te besteden opdrachten te klein worden want dan kost het inschrijven hen te veel.

---

85 VSCD maakt dit punt duidelijk door te stellen dat artistieke opdrachten vaak maar op één specifieke productie betrekking kunnen hebben. Als er al meerdere partijen in aanmerking komen dan nog zijn er maar een aantal, van tevoren al bekend, die de gewenste artistieke overwegingen kennen die ten grondslag liggen aan de opdracht van de aanbestedende dienst. Zoals VSCD het zegt: 'Voor artistieke opdrachten en aankopen is Europees aanbesteden onzinnig.'

86 Prof. Mr. R. de Lange (EUR) noemde mij als voorbeeld hiervan het samenstellen van staatscommissies voor grondwetsherziening. Bij dergelijke commissies is van tevoren wel bekend wie daarin zitting zouden moeten nemen, en een aanbestedingsprocedure voegt daar niks aan toe.

87 VSCD, FOSAG, MKB Infra, NFU, OSB, VBKO, VHG en VNO-NCW/MKB Nederland gezamenlijk.

88 Een bagatel is volgens het woordenboek een 'kleinigheid' wat in het recht dan zoveel betekent als dat de regeling waarin de bagatel is opgenomen niet van toepassing is op die kleinigheid.

### **2.3.6 Aanbestedingswet 2009**

Eind april kwam het ministerie met een nieuw wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet. Gegeven het moment van schrijven, de achtergrond van deze scriptie en de mate van vordering was het niet opportuun om nog uitgebreid in te gaan op dit nieuwe voorstel. Slechts een paar korte opmerkingen derhalve.

Het heeft er alle schijn van dat het ministerie in de wetstekst niet eens zo zeer is afgeweken van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 2007. Opvallender in het kader van deze scriptie is dat zij in het bijbehorende Consultatiedocument 2009 onder kop 3, pagina 7, haar regulering ten aanzien van clustering onder een algemeen proportionaliteitsbeginsel brengt. De nadrukkelijke wens om clustering tegen te gaan die te lezen viel in het voorgaande Consultatiedocument 2007 lijkt bekoeld.

Dit heeft twee gevolgen. Ten eerste zullen aanbestedende diensten, zoals het ministerie zelf al stelt in het Consultatiedocument 2009, meer ondersteund moeten worden in hoe zij dit proportionaliteitsbeginsel moeten invullen. Daarbij wordt gedacht aan zogeheten 'best practices'. Ten tweede, en dat noemt het ministerie niet, wordt de rechter meer in het duister gelaten wat wel en niet toelaatbaar is. Des te vager de wetstekst en de onderliggende stukken, een algemeen proportionaliteitsbeginsel is zonder jurisprudentie bepaald geen "hard-and-fast rule", des te meer de rechter geneigd zal zijn marginaal te toetsen. Als het ministerie echt beoogt disproportionele clustering een halt toe te roepen moet afgevraagd worden of dit laatste wetsvoorstel met bijbehorend consultatiedocument daar aan gaat bijdragen.

## ***2.4 Samenvatting: identificatie economische aspecten***

In aanloop naar het volgende hoofdstuk zal in deze samenvatting de nadruk liggen op het identificeren van de economische aspecten van clustering door de overheid in het aanbestedingsrecht. Maar allereerst zal nogmaals kort aangegeven worden waarom er in beginsel aanbestedingsrecht is.

Het aanbestedingsrecht zoals wij dat nu in Nederland kennen is ingegeven door de Europese Unie. Om de integratie van de losse economieën in Europa tot stand te brengen wordt onder andere gemeend dat overheden niet mogen discrimineren tussen ondernemers, in het bijzonder niet tussen lokale en buitenlandse ondernemers. Clustering wordt in beginsel niet verboden door de Aanbestedingsrichtlijn omdat er 'kwalitatieve en economische' redenen kunnen zijn om overheidsopdrachten bij elkaar te houden. De Nederlandse regelgeving is in feite een vertaling van de Aanbestedingsrichtlijn. De Aanbestedingsrichtlijn laat alle ruimte aan nationale overheden om het domein van clustering te reguleren zolang de algemene beginselen van non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit geen geweld aangedaan wordt. Tot op heden doen alleen die beginselen ter zake in Nederland, maar vanuit de regering blijkt de wens om clustering van overheidsopdrachten meer te reguleren en in feite moeilijker te maken, teneinde het MKB meer te laten deelnemen.

Een aanbesteding begint doorgaans met een aankondiging waar iedereen op kan inschrijven. Afhankelijk van de specifieke procedure is er gelijk een winnaar bekend, of volgt nog een vervoltraject waar een beperkter aantal inschrijvers aan kan deelnemen. Een aanbestedende dienst kan uit twee gunningscriteria kiezen: de laagste prijs of de economisch meest voordelige aanbidding. Bij de laagste prijs geeft alleen het bedrag op de offerte de doorslag wie de winnende

inschrijver wordt. Bij de economisch meest voordelige aanbidding wordt vaak met een puntensysteem gewerkt. Dat houdt zoveel in dat bepaalde andere aspecten van de aanbidding, maatstaven voor kwaliteit, ook meegewogen worden en de laagste prijs niet altijd de doorslag geeft.

Dat wetende kan overgegaan worden tot identificatie van de economische aspecten van clustering van overheidsopdrachten.

Er wordt gesproken van 'economies of scale' en 'economies of scope' als voordeel van clustering waarmee bedoeld wordt dat grotere projecten *schaalvoordelen* zouden bieden: 'massa is kassa'. Dat kan door pure massa of andere interne synergievoordelen. Die 'economies' zouden lagere tarieven opleveren en dus tot een doelmatigere besteding van de publieke middelen leiden. Het voeren van minder aanbestedingsprocedures op zich zou al goedkoper zijn omdat aanbestedingsprocedures behoorlijke kosten met zich meebrengen. Naast zulke *procedurekosten* zijn er vermoedelijk ook hogere *beoordelingskosten* wanneer er in kleinere opdrachten wordt aanbesteed omdat er dan veel meer offertes binnen zullen komen. Dat komt enerzijds omdat er nu eenmaal meer opdrachten zijn, maar ook omdat er naar alle waarschijnlijkheid meer gegadigden zijn omdat bijvoorbeeld de omzeteisen dan lager worden waardoor meer partijen in aanmerking komen. Een ander voordeel dat genoemd wordt van geclusterde opdrachten is dat deze *professioneler inkopen* met een hogere expertise mogelijk maakt en dat zou uiteindelijk goedkoper moeten zijn. Daarnaast kan een voordeel van clustering zijn dat de '*total cost of ownership*' lager gehouden kan worden doordat meer of zelfs alle toekomstige kosten geïntegreerd kunnen worden<sup>89</sup> in de aanbesteding.

Aan de kant van ondernemers geldt een zelfde soort redenering wat betreft het nadeel van meer aanbestedingsprocedures. Elke extra offerte kost geld en meer kleinere aanbestedingen leidt tot meer offertes die vanzelfsprekend voor een groot deel niets opleveren: hogere *aanbiedingskosten*. Die ratio werd duidelijk ge-uit door de wens van ondernemers om de bagatel waar onder onderhands gegund mag worden niet te laag te stellen. Er moet wel beschouwd worden of grotere opdrachten niet te veel *concurrentie uitschakelen* en of er door kleiner aanbesteden misschien een *optimaler gebruik van de aanwezige productiecapaciteit* mogelijk is.

Een voordeel van minder clusteren zou zijn dat meer geïnteresseerden kunnen voldoen aan de selectiecriteria, waar zij bij clustering anders te klein voor waren. Dat betekent meer concurrentie en *meer concurrentie leidt tot lagere prijzen*<sup>90</sup>.

Geclusterde opdrachten zijn per definitie groter dan hun losse onderdelen en dat betekent dat vuistregels voor het stellen van omzeteisen, een selectie criterium, tot hogere omzeteisen leidt. Dit kan tot disproportionele eisen leiden in de zin dat *onnodig veel ondernemers worden uitgesloten van deelname*. Ook wordt beargumenteerd dat grotere opdrachten snel complex worden. Daar kunnen twee gevolgen aan gekoppeld worden. Zo zal een complexere overheidsopdracht meer inspanning vergen bij het formuleren van de gevraagde dienst of goederen en dat zal de *vraagkosten* doen stijgen. Daarnaast worden complexere projecten geacht meer *beheerskosten* te vereisen.

Aan het tot stand brengen van een geclusterde opdracht zijn ook kosten verbonden. Wanneer losse opdrachten, zelfs als deze een 'logisch samenhangend geheel' vormen, tot een opdracht gebundeld worden zal er sprake zijn van extra inspanningen en dus van een vorm van transactiekosten: *bundelingskosten*. In het bijzonder wanneer verschillende afdelingen of verschillende overheden betrokken zijn. Het overleg om van genoemde losse opdrachten tot één geheel te komen mag niet

---

89 Zie noot 80.

90 Pepall 2005, pp. 20-30.

genegeerd worden. In die zin is het ook logisch dat grotere gemeenten gemiddeld genomen minder samenwerken in aanbestedingen: zij hebben van zichzelf al massa en dus minder behoefte om de kosten die bij samenwerking komen kijken voor lief te nemen. Daar tegenover staan grote opdrachten die ten behoeve van het MKB gesplitst zouden kunnen worden om hen ook een kans te gunnen. Dan treden er *splitsingskosten* op, bijvoorbeeld administratief, die er niet geweest zouden zijn als de opdracht één geheel was gelaten.

Een belangrijk argument achter de SBA is dat het MKB voor innovativiteit en ondernemerschap zorgt welke het grootbedrijf kennelijk alleen in een andere vorm te bieden heeft. Aan *innovatie en ondernemerschap* kan een zekere waarde gehecht worden, zowel voor de directe opdrachtgever als maatschappelijk. Innovatieve oplossingen kunnen de kwaliteit van het geleverde werk verbeteren en/of een lagere kosten opleveren. Daarnaast zouden er voordelen liggen op het vlak van communicatie en dynamiek. Helaas is het volgens mij van die punten moeilijk te zeggen hoe die uitgedrukt zouden kunnen worden in de aanbestedingsprocedure. Het MKB meer de kans geven om mee te doen betekent niet meteen dat ze op die punten ook daadwerkelijk effectief kunnen gaan concurreren. Denkbaar is ook dat er een zekere waardevorming is als het MKB ervaring opdoet in het uitvoeren van bepaalde overheidsopdrachten.<sup>91</sup> Voor toekomstige projecten hebben dan *meer partijen de benodigde expertise in huis*. Zelfs als er initieel meer kosten zijn, kan er op de lange termijn toch winst behaald worden doordat een betere verdeling van ervaring meer concurrentie kan genereren. Daarvan mag dan verwacht worden dat dat lagere inschrijvingen (en misschien meer innovatie) oplevert.

Tot slot werd aangestipt dat als er geclusterd wordt de aanbestedende dienst een beter beeld heeft van potentiële inschrijvers. Een betere wetenschap daarvan vergroot de *zekerheid* over of een overheidsopdracht ook naar tevredenheid voltooid zal worden. Hiervoor nog niet genoemd, maar gerelateerd aan het punt van zekerheid is dat lokale partijen weinig meer gegund kan worden. Iedereen die wil en kan, ongeacht waar je vandaan komt, kan inschrijven op een aanbesteding. Goed te bewijzen is het niet, maar het zou kunnen dat overheden door middel van clustering daar ook meer vat op proberen te krijgen.

### 3 Analyse van relevante prikkels bij clustering

Per gesignaleerde economische prikkel zal nu kort besproken worden hoe deze het gedrag van de overheid ten aanzien van het clusteren van overheidsopdrachten beïnvloedt. Daarnaast zal waar toepasselijk ook besproken worden hoe potentiële inschrijvers reageren op het meer of minder clusteren door de overheid. Ook zal daar waar toepasselijk aangegeven worden wat in de praktijk een indicator is dat een overheidsopdracht te groot is. Tot slot zal een samengevat beeld geschetst worden.

Vooraf moet toegelicht worden dat in dit hoofdstuk voor een schematische weergave van het kostenverloop gekozen is. Deze schematische weergave doet, vanzelfsprekend, geen recht aan de geraffineerde details van een individueel project of kostencategorie. Waar die details niet aan af doen, zijn de algemene inzichten die per categorie en bij het geaggregeerde beeld geformuleerd zullen worden. In andere woorden: afnemend dalende kosten zijn afnemend dalende kosten en de mate waarin afnemend gedaald wordt, verandert de door mij geschetste inzichten niet. Dit geldt ook

---

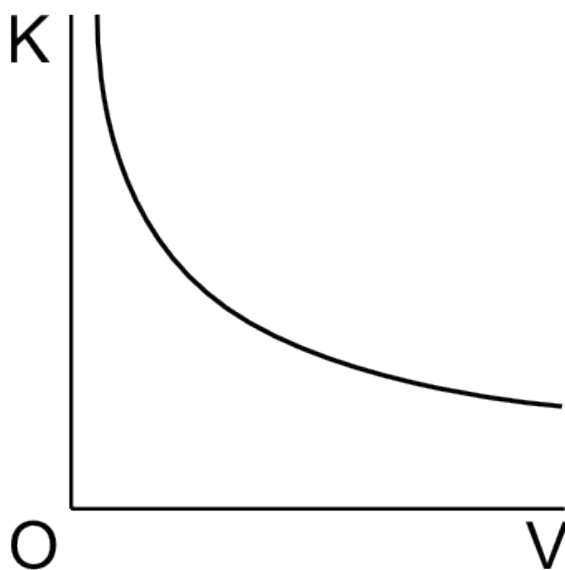
<sup>91</sup> Deze suggestie werd mij gedaan door mr. C.R.V. Lagendijk en mr. W.J.W. Engelhart tijdens een lunchbespreking ten kantore van Van Benthem & Keulen advocaten te Utrecht.



nadrukkelijk voor het samengevatte beeld dat in tabel 3.1 getoond zal worden. Voor die geaggregeerde beelden geldt dat de aandacht uit moet gaan naar de optima, de minima op de weergegeven lijn. Ik bestrijd niet dat als kosten net iets anders dalen of stijgen de figuren er anders uit zouden zien, maar dergelijke details doen nogmaals niet af aan de geformuleerde algemene inzichten.

### 3.1 Schaalvoordelen

Dit is een voor de hand liggende categorie en zal de meeste mensen als bekend in de oren klinken. 'Massa is kassa' uit het SGB0 rapport Inkopen en aanbesteden passeerde al en iedereen heeft wel eens met de term 'kwantumkorting' te maken gehad. Er spelen hier een aantal effecten, zo lijken aanbieders gewillig om korting te geven als zij in een keer meer afzet kunnen leveren. De extra zekerheid die dit biedt komt deels ten goede aan de koper. Daarnaast kan het ook zo zijn dat een grotere schaal synergievoordelen biedt doordat vaste kosten per eenheid goed of dienst lager worden. Zo kan er zowel aan de kant van de overheid als aan de kant van de aanbieder bijvoorbeeld wellicht efficiënter met personeel omgesprongen worden doordat er minder losse projecten zijn. Het schuiven met werknemers binnen een enkel project is voorstelbaar makkelijker dan als er meerdere projecten en eventueel meerdere opdrachtnemers zijn.



*Figuur 3.1: Afnemend dalende kosten*

Figuur 3.1 geeft een versimpelde weergave van de invloed van schaalvoordelen<sup>92</sup>. Een hoger volume per overheidsopdracht  $V$  leidt tot lagere kosten  $K$ . Meer precies geeft de afnemend dalende lijn een idee van de gemiddelde totale kosten<sup>93</sup>, *ceteris paribus*<sup>94</sup>. De prikkel die de overheid ondervindt van het bestaan van schaalvoordelen is positief. De lagere kosten per eenheid overheidsopdracht zetten

<sup>92</sup> Inkopen en Aanbesteden 2006; Pepall 2005, p. 665.

<sup>93</sup> Hier worden gemiddelde totale kosten weergegeven omdat grotere opdrachten duurder zijn in absolute termen, maar dat heeft niet onze interesse. Waar het hier om gaat is wat de laagste kosten per eenheid overheidsopdracht oplevert en dat is weer te geven met de gemiddelde totale kosten.

<sup>94</sup> “*Ceteris paribus*” is Latijn en betekent dat alle overige omstandigheden gelijk blijven. Dat betekent dus dat er in economische zin gefocust wordt op een enkele variabele en andere denkbare wijzigingen voor het moment buiten beschouwing blijven.

de overheid voor wat betreft schaalvoordelen aan tot het vormen van grotere opdrachten en beletten eveneens het opsplitsen van opdrachten.

### **3.2 Total cost of ownership**

Total cost of ownership<sup>95</sup> ziet op de totale kosten over de gehele levensduur van het betrokken goed of dienst. Dit is een punt dat relevant is voor de hiervoor zogenoemde 'logisch samenhangende' overheidsopdrachten. Een voorbeeld dat duidelijk tot de verbeelding spreekt is de aanleg en het onderhoud van een weg. Als de aannemer ook het toekomstige onderhoud voor diens rekening zal nemen zal deze dat meenemen in de bouw van de weg. Het is denkbaar dat de weg in eerste instantie bij aanleg duurder is, maar door deze investering op de lange termijn goedkoper is in het onderhoud. Een belangrijke aantekening is dus dat het total cost of ownership argument niet van toepassing is op stapeling van gelijksoortig werk.

Figuur 3.1 geeft een versimpelde weergave van de invloed van total cost of ownership. Een hoger volume per overheidsopdracht V leidt tot lagere kosten K, op voorwaarde dat verschillende soorten werk die wel logisch samenhangen geclusterd worden. Meer precies geeft de afnemend dalende lijn een idee van de gemiddelde totale kosten, ceteris paribus. De prikkel die de overheid ondervindt van het bestaan van total cost of ownership is positief. De lagere kosten per eenheid overheidsopdracht zetten de overheid voor wat betreft total cost of ownership aan tot het samenvoegen van inhoudelijk verschillende, maar wel logisch samenhangende, opdrachten en beletten eveneens het opsplitsen van dit soort opdrachten.

### **3.3 Procedure- en beoordelingskosten**

De categorie procedure- en beoordelingskosten<sup>96</sup> ziet op de kosten van het voeren van een aanbestedingsprocedure door de overheid. Tot op zekere hoogte zitten er vaste kosten aan een aanbestedingsprocedure, zo moet er bijvoorbeeld per procedure bekend gemaakt worden dat er een aanbesteding is<sup>97</sup>. Dat betekent dat vermindering van procedures vaste kosten uitspaart. Ook is het zo dat als er meer procedures zijn er meer offertes beoordeeld moeten worden. Dat is enerzijds omdat inschrijvers nu voor dezelfde hoeveelheid werk op meerdere overheidsopdrachten zullen moeten inschrijven. Daar tegenover staat dat elke aanbesteding wel kleiner van omvang is en zodoende waarschijnlijk goedkoper is qua beoordeling. Betwistbaar is of deze effecten elkaar opheffen.

Echter daarnaast is nog een ander effect van kleinere opdrachten. Zoals geschetst, wordt een deel van de potentiële inschrijvers uitgeschakeld doordat selectiecriteria als omzeteisen hen beletten in te schrijven. Deze beletsels nemen af naarmate de opdrachten kleiner worden en dat betekent dat meer inschrijvingen zullen volgen, welke dus bij de beoordeling extra werk opleveren. Hiervan kan ondubbelzinnig gezegd worden dat de extra inschrijvers door lagere selectiecriteria de beoordelingskosten opdrijven. Een remedie hiertegen zou dan weer het gebruik van de niet-openbare procedure zijn. In die procedure is immers de mogelijkheid opgenomen om te komen tot een

---

95 Pepall 2005 p. 665, Reactie op Consultatiedocument 2007 van Bouwend Nederland, WWW <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=155869&type=PDF>>.

96 Soudry 2003.

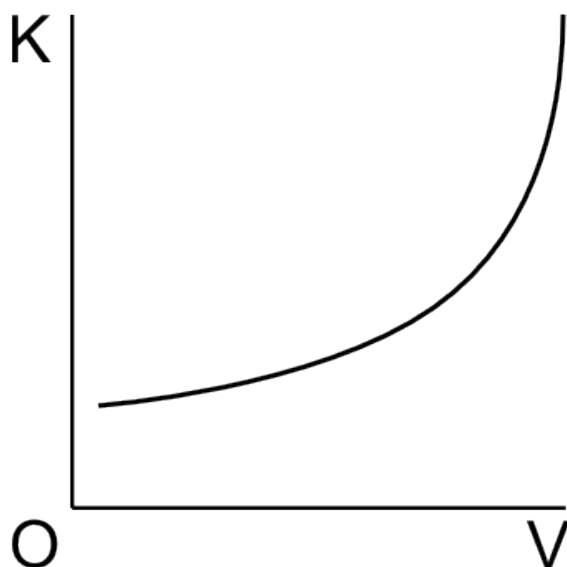
97 De specifieke zaken die bekend gemaakt moeten worden, afhankelijk van de (fase van de) procedure, zijn te vinden in bijlage 4 van het Bao.

voorselectie waardoor het aantal daadwerkelijk te beoordelen offertes beperkt blijft. De niet-openbare procedure geeft dus de mogelijkheid om de hogere beoordelingskosten door meer offertes bij kleinere overheidsopdrachten te mitigeren.

Figuur 3.1 geeft een versimpelde weergave van de invloed van procedure- en beoordelingskosten. Een hoger volume per overheidsopdracht  $V$  leidt tot lagere kosten  $K$ . Meer precies geeft de afnemend dalende lijn een idee van de gemiddelde totale kosten, ceteris paribus. De prikkel die de overheid ondervindt van procedure- en beoordelingskosten is positief. De lagere kosten per eenheid overheidsopdracht zetten de overheid door procedure- en beoordelingskosten aan tot clustering van opdrachten en beletten eveneens het opsplitsen van opdrachten.

### 3.4 Vraag- en beheerskosten<sup>98</sup>

De categorie vraag- en beheerskosten betreft de kosten van het opstellen van de precieze vraag<sup>99</sup> en de kosten die beheersing van het project vervolgens vereisen. Bij een grotere opdracht in één keer is het voorstelbaar dat het opstellen van de precieze vraag lastiger wordt. Intuïtief zou gelden dat in kleinere opdrachten aanbesteden doorgaans een minder precies beeld vereist. Zo kan er over de tijd aanbesteed worden en wordt langzaam maar zeker duidelijker wat zoal gewenst is, en dat voordeel verdwijnt bij een geclusterde aanbesteding want die moet in één keer goed. Zodoende moet in het voortraject meer onderzoek gedaan worden. De complexiteit door deze grotere vraag in één keer doet ook de beheerskosten toenemen, er wordt beargumenteerd dat een groter project meer beheersing vergt en dus in dat opzicht duurder wordt naarmate de omvang toeneemt.



*Figuur 3.2: Oplopend stijgende kosten*

Figuur 3.2 geeft een versimpelde weergave van de invloed van vraag- en beheerskosten. Een hoger volume per overheidsopdracht  $V$  leidt tot hogere kosten  $K$ . Meer precies geeft de toenemend

<sup>98</sup> Janssen 2004, p. 66; Kerkmeester en Holzhauer 1999, p. 46; zie ook noot 67 en bijbehorende tekst.

<sup>99</sup> Een aanbestedende dienst moet bij een zogeheten “Beauty Contest” duidelijk en precies specificeren wat zij geleverd wil zien (Janssen 2004, p. 66). Kerkmeester wijst er in het kader van zogeheten transactiekosten op dat een gedetailleerder contract meer transactiekosten vereist (Kerkmeester en Holzhauer 1999, p. 46). Het ligt in de rede dat een grote geclusterde opdracht meer dan een losse kleine opdracht om een goede gedetailleerde omschrijving vraagt, en dus meer vraagkosten vergt.

stijgende lijn een idee van de gemiddelde totale kosten, *ceteris paribus*. De prikkel die de overheid ondervindt van vraag- en beheerskosten is negatief. De hogere kosten per eenheid overheidsopdracht zetten de overheid door vraag- en beheerskosten aan tot het kleiner houden van opdrachten en zouden in voorkomende gevallen zelfs kunnen aanzetten tot het opsplitsen van opdrachten.

**Indicator:** *a priori* is het lastig te stellen dat een opdracht te veel vraag- en beheerskosten vergt. Wel zou gezocht kunnen worden naar de verhouding tussen bijvoorbeeld vraag- en beoordelingskosten. Wanneer die verhouding in een individueel geval sterk afwijkt naar hogere vraagkosten dan gebruikelijk ligt daar misschien reden om in twijfel te trekken of de opdracht misschien niet te groot is geworden. Dat zou wel om nader onderzoek vragen.

### 3.5 Bundelingskosten

Bundelingskosten<sup>100</sup> betreffen de kosten die gemaakt worden om clustering van losse overheidsopdrachten tot stand te brengen. Binnen een overheidsdienst zal extra energie in coördinatie gestoken moeten worden als losse opdrachten gezamenlijk aanbesteed gaan worden. Wanneer het clusteren verder gaat en grotere proporties aanneemt zullen uiteindelijk meerdere overheidsdiensten en zelfs meerdere overheidsorganen bij de clustering betrokken zijn (zoals het geval was in de uitspraak MKB Nederland tegen gemeenten GVE, paragraaf 2.2.2). Coördinatie en overleg tussen al deze entiteiten kan niet anders van voorgesteld worden dan dat deze toenemen in omvang: des te groter en meer losse opdrachten het betreft, des te kostbaarder de coördinatie om tot één aanbesteding te komen.

Figuur 3.2 geeft een versimpelde weergave van de invloed van bundelingskosten. Een hoger volume per overheidsopdracht  $V$  leidt tot hogere kosten  $K$ . Meer precies geeft de toenemend stijgende lijn een idee van de gemiddelde totale kosten, *ceteris paribus*. De prikkel die de overheid ondervindt van bundelingskosten is negatief. Des te meer er geclusterd wordt des te groter de te verwachten kosten per eenheid overheidsopdracht. Bundelingskosten geven daarom de overheid een zekere remming om tot clustering over te gaan van losse opdrachten.

**Indicator:** bij bundelingskosten ben ik van mening dat de aanbestedende diensten een bijzonder belang moeten kunnen aantonen als er over de grens van de eigen huishouding wordt geclusterd. Zodra meerdere overheden (gemeenten en/of provincies) moeten gaan samenwerken klinkt het plausibel dat de overlegkosten snel oplopen. Daar moeten aantoonbare voordelen tegenover staan anders is clustering in mijn ogen niet gewenst.

### 3.6 Splitsingskosten<sup>101</sup>

Splitsingskosten zijn de tegenhanger van bundelingskosten en treden op wanneer een van nature grote overheidsopdracht opgedeeld wordt in meerdere kleinere aanbestedingen. Het komt er dan op neer dat het maken van deze kleinere opdrachten kosten vergt die er niet zouden zijn geweest als de 'geclusterde' overheidsopdracht haar natuurlijke grootte zou hebben behouden.

Figuur 3.1 geeft een versimpelde weergave van de invloed van splitsingskosten. Een hoger volume

---

<sup>100</sup> Inkopen en aanbesteden 2006; Reactie op Consultatiedocument 2007 van VHG, WWW <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=155943&type=PDF>>; Reactie op Consultatiedocument 2007 van NEVI, WWW <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=155878&type=PDF>>.

<sup>101</sup> Inkopen en aanbesteden 2006; tegenhanger van bundelingskosten onder 3.5.

per overheidsopdracht V leidt tot lagere kosten K. Meer precies geeft de toenemend stijgende lijn een idee van de gemiddelde totale kosten, ceteris paribus. In andere woorden betekent het dat als opdrachten van zichzelf groot zijn<sup>102</sup> het goedkoper is om ze zo groot te laten dan om ze te gaan opsplitsen. Gebeurt dat opsplitsen toch dan nemen de kosten per eenheid overheidsopdracht toe. De overheid krijgt dus de prikkel om van nature grote opdrachten in hun omvang te laten als alleen naar splitsingskosten gekeken wordt.

### **3.7 Aanbiedingskosten<sup>103</sup>**

Aanbiedingskosten worden niet gedragen door de overheid, maar zijn de kosten die inschrijvers maken om een inschrijving te kunnen doen. Dan gaat het dus in feite om alle kosten die gemaakt worden om een offerte te kunnen inzenden. Met deze kosten houdt de aanbestedende echter geen rekening. Om die reden bieden ze ook geen prikkel tot meer of minder clustering.

Aan de kant van bedrijven speelt echter wel een effect van meer of minder clustering. Zoals geschetst, wordt verwacht dat als er kleinere opdrachten op de markt komen er meer bedrijven mee kunnen doen aan een aanbesteding. Dat zal dus vanuit maatschappelijk perspectief betekenen dat er meer offertes gemaakt worden en dat dus meer bedrijven aanbiedingskosten zullen maken.<sup>104</sup> Daarnaast vereist elke opdeling een gelijke opdeling in offertes, en alhoewel die per stuk minder zullen kosten is het zeer voorstelbaar dat meer offertes voor dezelfde hoeveelheid werk in totaliteit meer zullen kosten door het bestaan van vaste kosten per offerte. Een ander effect dat zou kunnen spelen is dat er een zekere prestige verbonden is aan het winnen van een overheidsopdracht. Ondanks dat dat eigenlijk geen maatschappelijke waarde heeft zal dat toch tot extra inschrijvingen aanzetten.<sup>105</sup> En des te kleiner de opdrachten des te meer bedrijven zich daar toe zullen kunnen laten verleiden.

Wel mag hier opgemerkt worden dat in de reacties op het Consultatiedocument wat betreft de bagatel regeling al duidelijk gelezen kan worden dat leveranciers van de overheid oog hebben voor deze maatschappelijke kosten (zie onderdeel 2.3.5.2 onder bagatel). Zij stellen dat de bagatel niet te laag gesteld mag worden omdat de kosten aan hun zijde dan niet meer opwegen tegen de baten. Een te lage bagatel zou dus zelfs tot uitval van aanbidders kunnen leiden.

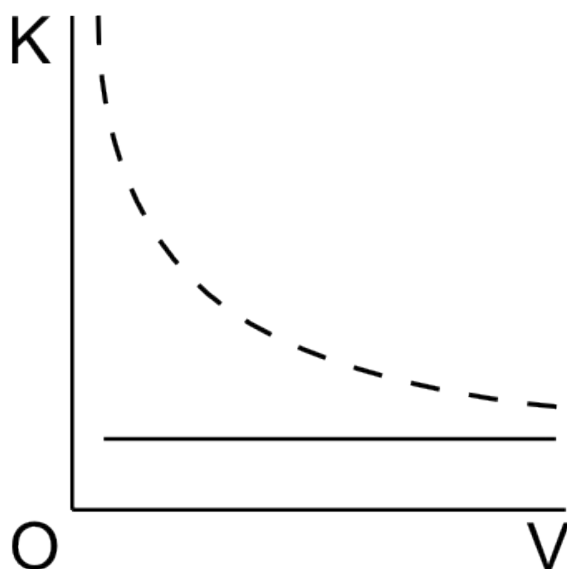
---

102 Gedacht kan worden aan de opdracht een gebouw in zijn geheel te verbouwen. De wens tot verbouwen is waarmee begonnen wordt en geldt voor het gehele gebouw en alle facetten. De verbouwing kan, zoals bijvoorbeeld bij de aanbesteding van het Nieuwe Rijksmuseum, ook opgedeeld worden in afzonderlijke opdrachten. Maar die opsplitsing in losse opdrachten moet dan wel gemaakt worden vanuit de initiële opdracht tot totale verbouwing. (*Opnieuw aanbesteding verbouwing van Het Nieuwe Rijksmuseum* (persbericht Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, 26 februari 2008), WWW <<http://www.minocw.nl/actueel/persberichten/12111/opnieuw-aanbesteding-verbouwing-van-het-nieuwe-rijksmuseum.html>>)

103 Soudry 2003; zie ook noot 67 en bijbehorende tekst.

104 Soudry 2003, pp. 13-16.

105 Soudry 2003, pp. 16-19.



*Figuur 3.3: Aanbiedingskosten*

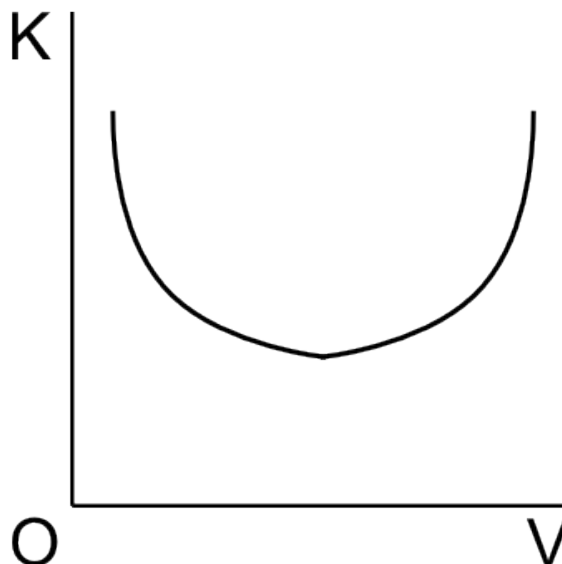
Figuur 3.3 geeft een versimpelde weergave van de invloed van aanbiedingskosten. Met de doorlopende lijn wordt aangegeven dat de overheid de gedefinieerde aanbiedingskosten niet draagt. Dat betekent dus ook dat het voor de overheid in dat opzicht niet uitmaakt of het volume  $V$  per overheidsopdracht nu hoog of laag is. Ik heb er overigens voor gekozen geen rekening te houden met uitval van aanbieders als de opdracht té klein zou worden. Dat zou kunnen gebeuren doordat het maken van een offerte door sommige potentiële inschrijvers niet meer als interessant beschouwd wordt. Mijn inschatting is dat dit effect marginaal is en voorzover het er is heeft het weinig relevantie voor wat betreft clustering welke het MKB uitschakelt. De onderbroken lijn geeft daarentegen de maatschappelijke kosten weer en deze lijn laat zien dat een kleiner volume  $V$  per overheidsopdracht leidt tot hogere kosten  $K$ . Meer precies geeft deze afnemend dalende onderbroken lijn een idee van de gemiddelde totale maatschappelijke kosten, ceteris paribus. Doordat kleinere opdrachten meer inschrijvers aantrekken lopen de gemiddelde totale kosten die de maatschappij als geheel maakt op. De overheid heeft wat betreft deze aanbiedingskosten echter geen prikkel om opdrachten meer of minder te clusteren. Een remedie hiertegen zou het opnemen van een bepaling zijn die verbiedt onder een bepaalde drempel aan te besteden.

### **3.8 Professionalisering inkoop**

Professioneler inkopen<sup>106</sup> is geïdentificeerd als een prikkel die er voor zorgt dat bij een grotere omvang het mogelijk wordt om op een wijze in te kopen waardoor de kostprijs omlaag zou gaan. Kleine opdrachten zouden zich minder voor 'professioneel inkopen' lenen. Het klinkt niet onredelijk om van een zekere 'kritische massa' om professioneel inkopen mogelijk te maken te spreken. In mijn ogen zou het aanvankelijk opbouwen van expertise in inkopen via aanbestedingen een grotere omvang van overheidsopdrachten kunnen verantwoorden. In andere woorden zouden de oplopende kosten zoals weergegeven in figuur 3.2 deels verholpen worden. Daarentegen zou je ook verwachten dat als de expertise toeneemt het makkelijker wordt voor een aanbestedende dienst, of aankoopcentrale, om juist in kleinere percelen aan te besteden omdat de vaste en/of variabele kosten per aanbesteding zouden moeten dalen door deze hogere professionaliteit. Of in andere woorden: de

<sup>106</sup> Zie noot 84 en bijbehorende tekst.

lijn in figuur 3.1 zou voor wat betreft procedure- en beoordelingskosten lager komen te liggen en zou wellicht minder steil kunnen zijn. Daarnaast ben ik van mening dat er ook een zekere optimum zou moeten zijn. Als een 'professionele inkoper' dusdanig clustert dat er maar een of enkele grote opdrachten overblijven valt te betwisten in hoeverre er nog opbouw van expertise is. Intuïtief lijkt mij daar een zekere frequentie, die hoger wordt bij opdeling in meerdere kleinere opdrachten, ook van belang.



*Figuur 3.4: Professionalisering inkoop*

Figuur 3.4 geeft een versimpelde weergave van de invloed van professioneel inkopen. Ik heb gekozen voor een min of meer parabolische functie als indicatie. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat de beide helften van de parabool niet in gelijke mate oplopen en evenmin naar dezelfde top neigen. De algemene intuïtie die uit dit figuur moet volgen, is dat bijzonder kleine opdrachten professioneel inkopen moeilijker maakt waardoor de gemiddelde totale kosten oplopen. Daarentegen neemt de aanbestedingsfrequentie bij maar een paar geclusterde overheidsopdrachten dusdanig af dat in mijn ogen professioneel inkopen ook minder voor de hand liggend wordt. En daardoor nemen de gemiddelde totale kosten weer toe. Vanzelfsprekend geldt ook hier weer de ceteris paribus aanname. Wat betreft professionalisering inkoop kan dus gezegd worden dat de overheid een prikkel heeft om gematigd te clusteren, maar niet tot in extremiteiten.

**Indicator:** alhoewel nader onderzoek zeker gewenst is, zou wel in zijn algemeenheid gezegd kunnen worden dat het wenselijk is dat een aanbestedende dienst recente ervaring, een redelijke tussenliggende termijn, heeft met de aanbesteding van een bepaald soort overheidsopdracht. Deze redelijke termijn kan dan variëren naar de aard van de opdracht. Het is niet wenselijk opdrachten zo dusdanig te clusteren dat er een te lange tijd tussen aanbesteding van een bepaald soort opdrachten komt te liggen voor de bewuste aanbestedende dienst.

### **3.9 Concurrentie (onnodig) uitschakelen**

Het meest in het oog springende punt ten aanzien van clustering is het welbekende argument dat het tot op zekere hoogte de mededinging uit zou schakelen.<sup>107</sup> Grotere opdrachten schakelen van nature

<sup>107</sup> Janssen 2004; Pepall 2005, pp. 20-30.

kleinere ondernemers uit, en als dat al niet van nature gebeurt zorgen selectiecriteria als omzeteisen daar wel voor. Omdat een inschrijver het bedrag krijgt waarvoor hij inschrijft, zal de winnende inschrijving gemiddeld genomen lager worden wanneer de inschrijvers verwachten meer concurrentie te treffen.<sup>108</sup> Om winst te maken op het project zal de inschrijver met een hogere prijs moeten inschrijven dan zijn inschatting van de kosten, maar als het verschil daartussen te groot wordt bestaat de kans dat een concurrent lager inschrijft. De kans daarop neemt toe naarmate er meer concurrenten voor de overheidsopdracht zijn.

Figuur 3.2 geeft een versimpelde weergave van de invloed van het (onnodig) uitschakelen van concurrentie. Een hoger volume per overheidsopdracht V leidt tot hogere kosten K. Meer precies geeft de toenemend stijgende lijn een idee van de gemiddelde totale kosten, ceteris paribus. Bij een hoger volume per overheidsopdracht wordt meer concurrentie uitgeschakeld en dus is er minder concurrentie wat leidt tot hogere kosten voor de overheid. Die hogere kosten ontstaan omdat er een kleinere kans is dat de goedkoopste aanbieder daadwerkelijk inschrijft en omdat de aanbidders die wel inschrijven dat ook weten, zullen zij een afweging maken tussen de kans dat ze de opdracht niet krijgen en de extra baten van een inschrijving boven hun inschatting. Des te minder inschrijvers, des te lucratiever om de winstmarge te verhogen. Dit gegeven geeft dus een negatieve prikkel aan de overheid. Des te meer er geclusterd wordt des te meer concurrentie wordt uitgeschakeld en dus des te groter de te verwachten kosten per eenheid overheidsopdracht.

**Indicator:** twee of minder inschrijvers op een aanbesteding geeft een sterk verhoogd risico op collusie<sup>109</sup> en is alleen daarom al een indicatie dat een overheidsopdracht te groot is. Daarnaast ondervindt een inschrijver in dat geval volgens de theorie normaal gesproken te weinig druk om overwinsten in te ruilen voor een grotere kans op het krijgen van het werk. Een aanbestedende dienst zal dus moeten uitleggen waarom het lage aantal inschrijvers toch een efficiënt resultaat geeft.<sup>110</sup>

### 3.10 Optimaal gebruik van productiecapaciteit

Een ander aspect dat speelt is het gebruik van de beschikbare productiecapaciteit.<sup>111</sup> Als een groot totaalproject in één keer op de markt wordt gezet, is het voorstelbaar dat de beschikbare productiecapaciteit niet matcht met deze vraag. Zeker als er sprake is van 'mega-projecten' kan de markt overvraagd worden en dat zal leiden tot hogere vraagprijzen. Kleinere opdrachten kunnen makkelijker over de tijd uitgesmeerd worden en in dat opzicht mag verwacht worden dat als er minder geclusterd wordt er een beter balans tussen vraag en aanbod gevonden kan worden op de markt. Dit risico sluit vooral aan op de opmerkingen in onderdeel 2.3.3. Hier werd onder andere aangestipt dat de projecten van Rijkswaterstaat steeds groter worden. Terzijde kan hier opgemerkt

---

<sup>108</sup> Janssen 2004, p. 35.

<sup>109</sup> Collusie is het door marktdeelnemers (stilzwijgend) op elkaar afstemmen van hun gedrag teneinde zowel gezamenlijk als afzonderlijk een hogere winst te behalen. Het hebben van twee of minder inschrijvers wijst op een grotere kans dat het risico, dat er sprake is van dit soort afgestemd gedrag, verwezenlijkt wordt. Janssen 2004, pp. 88-90/91-94.

<sup>110</sup> In de praktijk is de aanbestedende dienst ook wel eens ontevreden over het aantal inschrijvers, waarop soms besloten kan worden een nieuwe aanbesteding in percelen te openen. Een voorbeeld hiervan is de opdeling van de aanbesteding van de verbouwing van Het Nieuwe Rijksmuseum omdat er slechts één (tevens te hoge) inschrijving was. (*Opnieuw aanbesteding verbouwing van Het Nieuwe Rijksmuseum* (persbericht Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, 26 februari 2008), WWW <<http://www.minocw.nl/actueel/persberichten/12111/opnieuw-aanbesteding-verbouwing-van-het-nieuwe-rijksmuseum.html>>)

<sup>111</sup> Zie noten 61 en 62 en bijbehorende tekst.



worden dat de nu heersende uitvloeiselen van de kredietcrisis de rijksoverheid noopt tot grotere investeringen. Gezien het hier uiteengezette argument mag hierbij niet uit het oog verloren worden dat bepaalde deelmarkten niet overvraagd worden.<sup>112</sup>

Figuur 3.2 geeft een versimpelde weergave van de invloed van het meer of minder optimaal gebruik kunnen maken van de beschikbare productiecapaciteit. Een hoger volume per overheidsopdracht  $V$  leidt tot hogere kosten  $K$ . Meer precies geeft de toenemend stijgende lijn een idee van de gemiddelde totale kosten, ceteris paribus. Bij een hoger volume per overheidsopdracht is de kans groter dat de markt op dat moment overvraagd wordt, en dat heeft een prijsopdrijvend effect. Des te kleiner het volume per overheidsopdracht, des te groter de kans dat er een optimalere allocatie van de beschikbare productiecapaciteit plaats kan vinden. Deze optimalere allocatie zou vervolgens een prijsvoordeel voor de aanbestedende dienst moeten opleveren. Tot op zekere hoogte kunnen bedrijven ook zelf schaalvoordelen genereren wanneer zij meerdere kleinere aanbestedingen winnen. Schaalvoordelen hoeven niet per se aan de zijde van de overheid gegenereerd te worden. Theoretisch zou van die voordelen beargumenteerd kunnen worden dat een deel daarvan blijft hangen bij de winnende inschrijver. Dat effect laten wij hier achterwege en mag grotendeels verdisconteerd geacht worden in het vorige onderdeel, 3.9, het uitschakelen van concurrentie. Immers, des te groter de concurrentie, des te minder prijsvoordeel er bij een winnende inschrijver kan blijven. In ieder geval geeft het effect van clustering op het gebruik van de productiecapaciteit een negatieve prikkel aan de overheid. Des te meer er geclusterd wordt des te slechter de allocatie van productiecapaciteit en dus des te groter de te verwachten kosten per eenheid overheidsopdracht.

**Indicator:** op dit punt zal aansluiting gezocht moeten worden bij de voorgaande indicator betreffende concurrentie. Zeker wanneer er maar twee of minder inschrijvers zijn, lijkt het er op dat de markt overvraagd is. Andere inschrijvers hebben zelfs als ze niet door omzeteisen buiten gehouden worden toch geen interesse: hun orderportefeuille is blijkbaar te vol. Dat geeft een sterk signaal af dat de opdracht te groot is.

### **3.11 Innovatie en ondernemerschap**

Innovatie en ondernemerschap<sup>113</sup> zijn aansprekende woorden om in de mond te nemen, beiden roepen enkel positieve associaties op. Jaren geleden werd niet zonder reden met een Innovatieplatform begonnen. De Lissabon doelstellingen droegen kennis, en in het bijzonder innovatie op handen. De ambities zijn inmiddels een beetje bekoeld maar dat betekent niet dat het fenomeen er niet meer toe doet. Binnen aanbesteden heb ik de volgende voorstelling van innovatie en ondernemerschap.

Bijzonder kleine opdrachten bieden weinig ruimte voor ondernemerschap of innovatie omdat dan steeds meer specifiek een product of dienst gevraagd wordt en niet een groter geheel dat een bepaalde functie moet uitoefenen. Daarnaast zullen er bij kleinere opdrachten veel gegadigden zijn, wat betekent dat de kans om de aanbesteding te winnen aanzienlijk kleiner maakt. En dat gegeven zorgt er voor dat een inschrijver minder prikkeling ondervindt om een goede offerte in te dienen, of in andere woorden: een kleiner aantal inschrijvers (eventueel doordat er geclusterd is) kan er voor

---

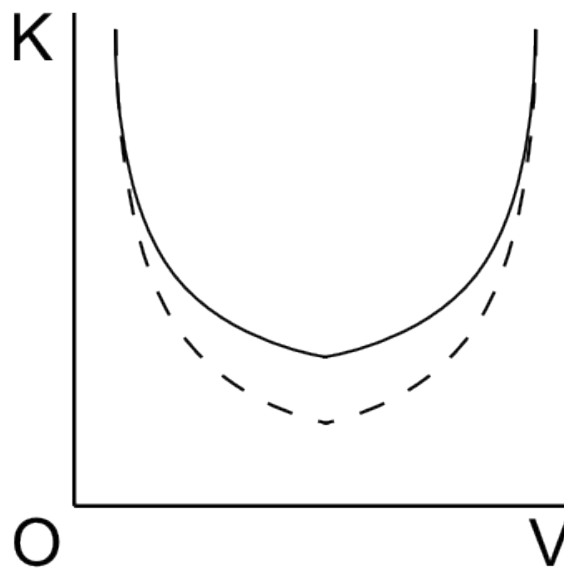
112 Zo benadrukt bijvoorbeeld het EIB dat de investeringen in infrastructuur door de overheid in 2009 toenemen(!). Op deze deelmarkt is dus juist meer vraag, in tegenstelling tot het algemene economische beeld.

WWW <<http://www.eib.nl/EIB%20raming%20april%202009.pdf>>

113 Small Business Act 2008; Janssen 2004, p. 14.

zorgen dat de uiteindelijke winnende inschrijving een beter resultaat oplevert.<sup>114</sup> Grote (geclusterde) opdrachten schakelen daarentegen zoals gesteld het midden- en kleinbedrijf uit. De ratio achter de SBA<sup>115</sup> is juist dat het MKB in veel gevallen meer of toch zeker andere innovatieve oplossingen te bieden heeft en daarnaast een meer ondernemende instelling heeft.<sup>116</sup>

Figuur 3.5 geeft een versimpelde weergave van de invloed van innovatie en ondernemerschap. Overigens moet in dit geval niet zozeer aan directe monetaire kosten gedacht worden alsook aan extra baten van een meer innovatieve oplossing. Vanzelfsprekend geldt ook hier weer de ceteris paribus aanname. Ik heb gekozen voor twee min of meer parabolische functies als indicatie. Voorstelbaar is overigens dat de beide helften van de parabolen niet in gelijke mate oplopen en evenmin naar dezelfde top neigen. De algemene intuïtie die uit dit figuur moet volgen is dat bijzonder kleine opdrachten weinig ruimte meer laten voor innovatieve baten. Hele grote opdrachten schakelen daarentegen het meer ondernemende MKB zo dusdanig uit dat er uiteindelijk steeds minder innovatieve baten zijn. Hiermee is overigens niet gezegd dat grote bedrijven niet innovatief kunnen zijn, de vraag is meer of het uitsluiten van het MKB het komen tot eventuele innovatie benadeelt. Met dit figuur geven wij daarop ja als antwoord. Het enkele uitschakelen van concurrenten die anders innovatief hadden kunnen zijn geeft immers ook een minder sterke prikkel aan het grootbedrijf om innovatief te zijn.



*Figuur 3.5: Innovatie en ondernemerschap*

Duidelijk is dat ik twee parabolen getekend heb. Hiermee wil ik aangeven dat er zogeheten positieve externaliteiten zijn aan innovatie. Als eenmaal een innovatie gedaan is kan daar een volgende keer

<sup>114</sup> Janssen 2004, p. 14.

<sup>115</sup> Small Business Act 2008.

<sup>116</sup> Het voert te ver om op de literatuur betreffende innovatie door het MKB in te gaan, maar voor Italië is bijvoorbeeld aangetoond dat grotere en oudere MKB bedrijven minder productief zijn en dat wordt gerelateerd aan innovatie (B.H. Hall, F. Lotti en J. Mairesse, 'Innovation and Productivity in SMEs: Empirical Evidence for Italy', *NBER Working Paper Series*, Vol. w14594, 2008. WWW <<http://ssrn.com/abstract=1320840>>). Daarnaast is een voor het MKB gemeenschappelijke factor dat bijvoorbeeld meer op niche markten wordt gefocust (K. Hoffman e.a., Small firms, R&D, technology and innovation in the UK: a literature review, *Technovation*, Volume 18, Issue 1, January 1998, pp. 39-55). Door de focus op niche markten komen innovaties tot stand waar het grootbedrijf geen of minder aandacht voor zou hebben.

ook van geprofitteerd worden. De maatschappelijke baten van innovatie overstijgen dus de baten die de aanbestedende dienst zelf realiseert. De doorlopende lijn geeft daarom dus de kostenontwikkeling voor de aanbestedende dienst en de onderbroken lijn de meer positieve kostenontwikkeling voor de maatschappij als geheel. Wat ik hier niet kan zeggen is of de particuliere beslissing die de overheid neemt dezelfde is als het maatschappelijke optimum. Mijn figuur geeft die indruk, maar dat is niet met zekerheid te zeggen. Daarnaast spelen de andere kosten en baten van clustering een rol, en in die afweging spelen de maatschappelijke baten in beginsel geen rol. Wat betreft innovatie kan uiteindelijk gezegd worden dat er aan de zijde van de overheid een gematigde prikkel is om te clusteren, maar niet tot in extremiteiten.

**Indicator:** innovativiteit en ondernemerschap zijn lastig te meten en het is dus moeilijk te zeggen waar je de harde grens zou moeten leggen. Daarom geldt hier eigenlijk ook weer dat twee of minder inschrijvers normaliter niet wenselijk is. Met een dergelijk laag aantal inschrijvers is concurreren op prijs, voorzover dat al nodig is, voldoende en wordt dus eigenlijk geen prikkel aan innovativiteit en ondernemerschap gegeven. Wanneer er in de openbare of niet- openbare procedure twee of minder gegadigden zijn zal de aanbestedende dienst moeten kunnen aantonen dat innovativiteit en ondernemerschap niet passen bij deze overheidsopdracht, of dat die elementen op andere wijze gewaarborgd worden.

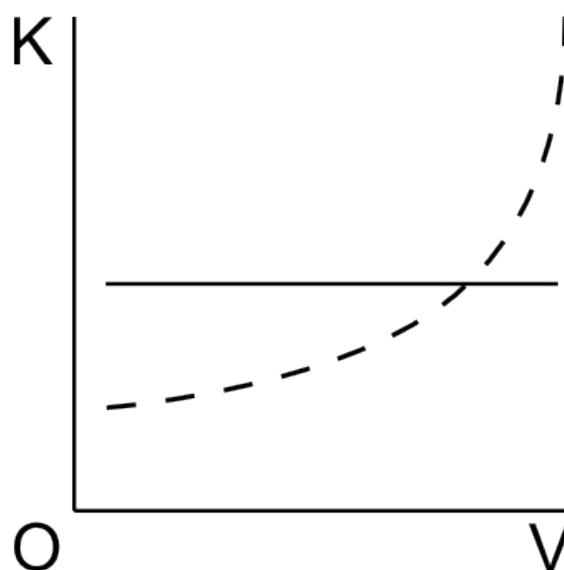
### **3.12 Verdeling van expertise<sup>117</sup>**

Als mogelijke baten van kleinere opdrachten heb ik ook een betere verdeling van expertise genoemd. Wanneer bedrijven kunnen inschrijven op meerdere kleinere overheidsopdrachten is de kans groter dat meer verschillende bedrijven deze opdrachten kunnen uitvoeren en zodoende expertise in dat veld opdoen. Dat maakt deze bedrijven vervolgens ook weer geschikter om in de toekomst aan andere aanbestedingen deel te nemen. Daarmee wordt dus in de toekomst bijvoorbeeld meer innovatie en concurrentie aangewakkerd omdat er op grond van expertise (een selectiecriteria) meer gegadigden zijn. Het punt is wel dat de aanbestedende dienst zelf binnen die ene specifieke aanbesteding weinig merkt van deze verdeling van expertise. Theoretisch zouden er wel baten kunnen zijn voor toekomstige aanbestedingen, maar in veel gevallen zullen deze marginaal zijn. De baten liggen grotendeels maatschappelijk en dus buiten het gebied waardoor de aanbestedende dienst geprikkeld wordt. Daarnaast is free-rider<sup>118</sup> gedrag ten aanzien van dit punt ook niet ondenkbaar. Als andere collega overheden wel meer gaan aanbesteden in kleinere opdrachten teneinde een betere verdeling van expertise te bereiken dan kan de aanbestedende dienst die dit niet doet daar toch van profiteren. Al met al zou wat betreft dit punt verwacht mogen worden dat overheden niet de optimale keuze zullen maken omdat zij momenteel zelf weinig tot niet profiteren van die optimale keuze.

---

117 Small Business Act 2008; zie ook noten 65 en 66 en bijbehorende tekst.

118 Er is sprake van 'free riding' als een entiteit, in dit geval een overheid, afziet van een actie die geld kost (doordat andere kosten mogelijk oplopen), maar wel kan profiteren van de baten die de actie zou hebben opgeleverd doordat andere entiteiten, overheden, wel die kosten nemen. (M.L. Katz & H.S. Rosen, *Microeconomics* 3<sup>rd</sup> edition, Boston, Massachusetts: Irwin/McGraw-Hill 1998, p. 221)



*Figuur 3.6: Verdeling van expertise*

Figuur 3.6 geeft een versimpelde weergave van de invloed van de verdeling van expertise. Duidelijk is dat de doorlopende lijn recht loopt. Hiermee geef ik enkel aan dat de kosten voor de overheid voor de individuele aanbesteding weinig anders worden van een andere verdeling van expertise. Er zou wat voor te zeggen zijn om deze licht te laten oplopen, maar daarmee gaat het wezenlijke punt dat er voor elke individuele aanbesteding weinig prikkeling is om expertise meer te verdelen deels verloren. De onderbroken lijn toont dat een hoger volume per overheidsopdracht  $V$  leidt tot hogere kosten  $K$ . Meer precies geeft die toenemend stijgende onderbroken lijn een idee van de gemiddelde maatschappelijke kosten, ceteris paribus. Bij een hoger volume per overheidsopdracht wordt minder expertise verdeeld wat er toe leidt dat er in de toekomst tegen hogere kosten geleverd zal worden door een beperktere groep gegadigden. Het effect op de concurrentie zoals aangestipt in onderdeel 2.3.3 voor wat betreft de steeds maar grotere overheidsopdrachten die Rijkswaterstaat aanbesteden speelt hier ook een rol. Zoals gezegd zorgen 'mega-projecten' er voor dat er steeds minder marktpelers overblijven en zou er sprake zijn van marktverdeling met medewerking van de overheid.<sup>119</sup> Als het inderdaad zo ver komt, stijgen de kosten voor toekomstige projecten aanzienlijk als er te weinig expertise verdeeld wordt. De conclusie is dat het maatschappelijk voordelig is om expertise te verdelen over meerdere verschillende aanbieders, maar dat de individuele aanbestedende dienst daar weinig of geen enkele natuurlijke prikkel toe heeft.

**Indicator:** om meer te kunnen zeggen over deze post zullen de aanbestedingen van een bepaalde aanbestedende dienst langer in de gaten gehouden moeten worden. Wanneer er consequent alleen bedrijven vanaf een bepaalde omvang in aanmerking komen voor opdrachten van deze aanbestedende dienst; wanneer het aantal van deze bedrijven laag is, absoluut (twee of minder in ieder geval) of relatief (bijvoorbeeld door vast te stellen dat hun totale marktaandeel veel lager is dan hun aandeel in de opdrachten van de desbetreffende aanbestedende dienst), dan is er een sterke

<sup>119</sup> De OESO stelt dat aanbestedingsregels collusie in de hand kunnen werken (*Public procurement : The role of Competition Authorities in Promoting Competition* (rapport van 8 januari 2008, DAF/COMP(2007)34), Parijs: OESO 2008, pp. 7-8, WWW <<http://www.oecd.org/competition/roundtables>>). Als zoals bij clustering aanbestedingen zo ingericht worden dat maar een beperkt aantal bedrijven kan deelnemen, wordt als vanzelf collusie in de hand gewerkt. Strikt genomen kan de NMa daar natuurlijk tegen op treden maar het is wel belangrijk lijkt mij dat de overheid zelf geen al te makkelijke aanleiding tot collusie geeft.

indicatie dat er onvoldoende expertise wordt verdeeld en dat overheidsopdrachten dus te groot worden aanbesteed.

### **3.13 Zekerheid<sup>120</sup>**

Een laatste punt dat ik hier wil aanstippen is dat van zekerheid. Dit uit zich voornamelijk in dat de overheid een beter idee heeft van wie zich zullen melden op een aanbesteding als deze een bepaalde grootte heeft, eventueel ontstaan door clustering. Des te kleiner de overheidsopdracht, des te meer onbestemd is wie uiteindelijk de aanbesteding zal winnen. Zelf als geabstraheerd wordt van denkbare extra risico's bij kleine aanbieders is het voorstelbaar dat de aanbestedende dienst er een zekere waarde aan ontleend ongeveer te weten wie zich zullen melden op een aanbesteding.

Wanneer de extra risico's wel in overweging genomen worden, moet bedacht worden dat bij een aanbesteding partijen vaak voor een langere periode een zekere relatie aan gaan.<sup>121</sup> Tijdens de looptijd zal er behoefte zijn om te controleren of alles nog naar tevredenheid verloopt. Deze kosten zouden voorzover mogelijk, gegeven andere kosten, geminimaliseerd moeten worden. Dat betekent dat de som van foutkosten en de kosten om fouten te voorkomen zo laag mogelijk moet worden. Dat betekent dus dat er de behoefte is om betrouwbare inschrijvingen te verkrijgen. Clustering van overheidsopdrachten om zodoende onbekende kleine inschrijvers buiten de deur te houden ligt dan al snel voor de hand.

Er zou dus gezegd kunnen worden dat de overheid wat betreft dit punt een maximin strategie toepast. Dat houdt in dat de overheid de minimale baten van het project zal willen maximaliseren.<sup>122</sup> Veronderstellende dat het risico op lagere baten, bijvoorbeeld doordat blijkt dat de kleine inschrijver het project toch niet kan realiseren, groter wordt bij kleinere inschrijvers zou het binnen een maximin strategie logisch zijn om kleine inschrijvers met clustering en hogere omzetsen te weren.

Figuur 3.1 geeft een versimpelde weergave van de invloed van zekerheid. Een hoger volume per overheidsopdracht V leidt tot lagere kosten K. Meer precies geeft de afnemend dalende lijn een idee van de gemiddelde totale kosten, ceteris paribus. Hier moeten deze kosten niet per se gelezen worden als keiharde munt, maar meer als de negatieve waarde van de onzekerheid die ontstaat door het aanbesteden van kleinere overheidsopdrachten. Dit betekent dat de overheid een prikkel op basis van zekerheid heeft om opdrachten groot te laten, of anders te clusteren opdat er meer zekerheid is omtrent de potentiële inschrijvers.

### **3.14 Analyse van kosten welke van invloed zijn op clustering**

Alle voorgaande kosten geven verschillende prikkels aan de overheid om opdrachten te bundelen, of juist te splitsen. Dit waren schematische weergaven van de werkelijkheid. Voor dit onderdeel zal getracht worden schematisch een indicatie te geven van verschillende situaties voor een overheidsopdracht. Wanneer bepaalde kosten zwaarder wegen, zouden de uitkomsten kunnen verschuiven, maar de getoonde verschillen tussen de verschillende situaties blijven in beginsel van toepassing. In andere woorden: een andere weging van de kosten doet niet af aan de algemene inzichten die ik hieronder zal formuleren.

---

120 Janssen 2004, p. 69; Reactie op Consultatiedocument 2007 van VSCD,

WWW <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=155944&type=PDF>>; Osborne 2004, p. 362.

121 De in deze alinea genoemde inzichten zijn gebaseerd op Janssen 2004, p. 69.

122 Osborne 2004, p. 362.

In tabel 3.1 kunnen vier verschillende figuren gevonden worden die de te onderscheiden situaties weerspiegelen. De tabel onderscheidt naar of een opdracht slechts de opeenstapeling van hetzelfde soort opdracht betreft, of dat de opdrachten logisch samenhangen. Op die laatste opdrachten is figuur 3.1 betreffende total cost of ownership wel van toepassing maar op die eerste opdrachten niet. Zodoende ontstaat een verschil. Daarnaast wordt onderscheiden of er sprake is van bundeling (door meerdere overheden), of van splitsing van een overheidsopdracht. Op bundeling zijn bundelingskosten zoals weergegeven in figuur 3.2 van toepassing. Op splitsing zijn splitsingskosten zoals weergegeven in figuur 3.1 van toepassing. Net als bij de losse figuren per kostencategorie worden de kosten voor de overheid met een doorlopende lijn getoond. De maatschappelijke kosten worden weergegeven met een onderbroken lijn.

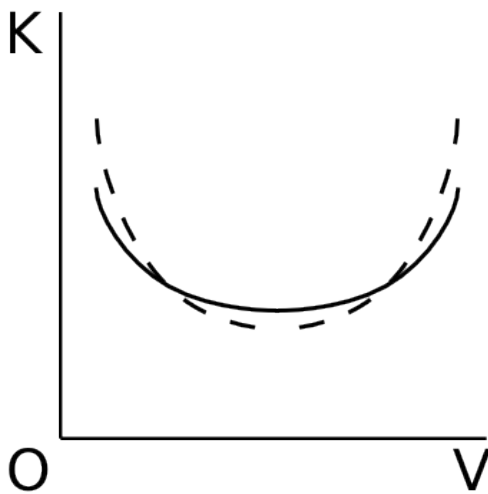
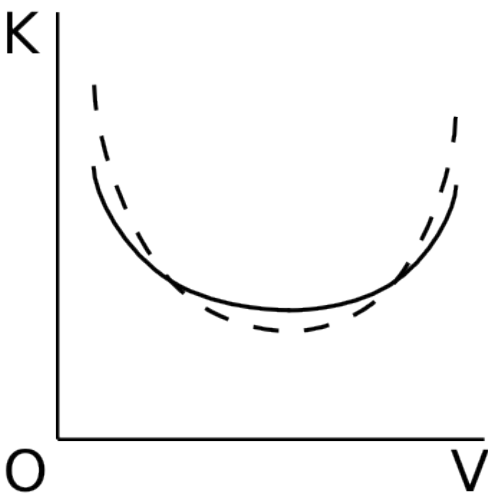
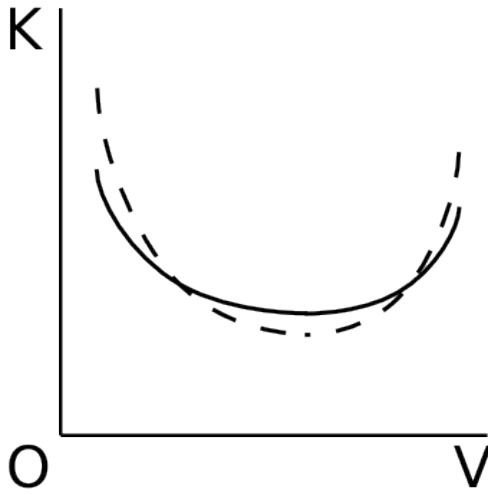
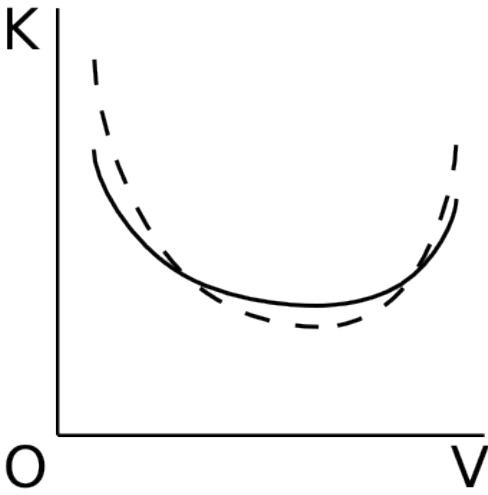
Allereerst wil ik ingaan op een verschil met Soudry 2003. In zijn artikel beschouwt Soudry alleen de maatschappelijke kosten die ontstaan doordat de overheid in haar beslissing niet meeneemt hoeveel aanbiedingskosten gemaakt worden. Zijn resultaat is dat een onbeperkt aantal inschrijvers zodoende een inefficiënt resultaat geeft. Doordat ik hier ook de baten van innovatie en verdeling van expertise in beschouwing heb genomen, varieert het maatschappelijke resultaat van dat van Soudry. Het is dus voorstelbaar dat de weging van kosten zo is dat het resultaat van Soudry van toepassing is op de door mij gekozen benadering maar niet per definitie. Daarnaast kan het grote samenstel van prikkels in verschillende richtingen er voor zorgen dat de overheid ondanks het niet beschouwen van de maatschappelijke kosten toch, bij benadering, de maatschappelijk meest efficiënte beslissing neemt.

Voor het maken van deze figuren heb ik een mathematische vorm<sup>123</sup> gegeven aan de verschillende kosten en deze bij elkaar opgeteld om uit die optelling de schematische vorm te kunnen opmaken die in tabel 3.1 te zien is. Uit die meer specifieke optelling volgt dat de situatie van figuur 3.7 het minst vraagt om clustering, daarna de situatie van figuur 3.8, gevolgd door de situatie van figuur 3.9, en dat in een situatie als in figuur 3.10 het best beargumenteerd kan worden waarom grote opdracht groot dient te blijven. In de figuren is dat te zien doordat het laagste punt, het minimum, van de lijnen steeds verder naar rechts komt te liggen. Zolang de kosten, bij benadering, het door mij schematisch weergegeven kostenverloop volgen, is dit resultaat dus onafhankelijk van de precieze weging van de kosten. Ongeacht de precieze weging van de kostencategorieën blijft het optimum naar rechts schuiven.

Intuïtief is deze verschuiving van het optimum naar rechts ook een logisch resultaat. Immers de baten van clustering zijn in die volgorde steeds groter. Clustering levert lagere kosten als er sprake is van logische samenhangende opdrachten. Daarnaast is het opsplitsen van grote opdrachten kostbaar en dus is het dan goedkoper om de opdracht groot te laten.

---

123 De mathematische vorm van de verschillende kosten zijn met een korte toelichting te vinden in Appendix A.

	Opeenstapeling	Logisch samenhangend
Bundeling	 <p><i>Figuur 3.7: Aggregatie: bundeling en opeenstapeling</i></p>	 <p><i>Figuur 3.8: Aggregatie: bundeling en logisch samenhangend</i></p>
Splitsing	 <p><i>Figuur 3.9: Aggregatie: splitsing en opeenstapeling</i></p>	 <p><i>Figuur 3.10: Aggregatie: splitsing en logisch samenhangend</i></p>

Tabel 3.1: Aggregatie figuren

Hoe verhoudt de optimale keuze van de overheid zich tot de maatschappelijk optimale keuze is de volgende vraag. Zoals al opgemerkt is dat erg afhankelijk van de gekozen weging per kostencategorie en de vorm van de kosten in de praktijk. Maar zelfs met mijn rudimentair gekozen weging en mathematische vorm blijkt dat de overheid in potentie opdrachten te groot maakt. Theoretisch zou de overheid ook haar opdrachten te klein kunnen maken als zij alleen haar eigen kosten overweegt. Dat gebeurt als de maatschappelijke kosten van aanbiedingskosten aanmerkelijk

groter zijn dan de maatschappelijke baten van innovatie en verdeling van expertise. Het is zonder nader onderzoek niet mogelijk om principieel een uitspraak te doen voor of tegen clustering. Het maatschappelijk optimum varieert van opdracht tot opdracht. Wel kunnen de figuren in tabel 3.1 in samenspel met de eerder al aangegeven indicatoren een duidelijkere denkrichting geven waarbinnen een geclusterde overheidsopdracht beoordeeld wordt.

Een beperking die momenteel rust op in hoeverre een aanbestedende dienst positieve maatschappelijke baten in overweging kan nemen, is het verbod van détournement de pouvoir zoals omschreven in artikel 3:3 Awb. Zoals nader uitgelegd in noot 36 is het bestuursorgaan verplicht ingeval van beleidsvrijheid een daadwerkelijke belangenafweging te maken. Echter, het bestuursorgaan mag zijn bevoegdheden niet gebruiken om andere algemene belangen te behartigen dan welke aan hem zijn opgedragen.<sup>124</sup> Het valt te betwisten in hoeverre een aanbestedende dienst zou mogen beargumenteren dat hij een opdracht bundelt of splitst op grond dat niet zozeer het particuliere belang van de dienst daarmee gebaat is maar het algemeen belang. Beperking van de aanbestedingskosten, innovatie en ondernemerschap en verdeling van expertise zoals door mij hierboven geschetst lijken geen specifiek doel te zijn van de aanbestedingswetgeving. Het is door mij dus niet te zeggen of er in de praktijk voor de rechter succesvol een beroep gedaan kan worden op positieve effecten voor het algemeen belang dat niet rechtstreeks door de overheid wordt behartigd voor wat betreft de aanbestedingswetgeving. Wellicht zou het in de rede liggen dergelijke gronden van algemeen belang expliciet te laten opnemen in een nieuwe Aanbestedingswet.

En zelfs als alle bovenstaande in overweging is genomen, is het gedrag van de overheid nog niet volledig belicht. De bestuurders binnen een overheid ondervinden vaak ook politieke druk en kunnen andere strategische keuzes maken met het oog op verkiezingen dan bovenstaande prikkelanalyse voorschrijft. Bestuurders zullen hun eigen belang en die van hun achterban zo goed mogelijk proberen te behartigen, en die belangen vallen niet per se samen met het algemeen belang.<sup>125</sup> Zeker waar de kostenposten die voor de overheid zelf en voor de maatschappij als geheel uiteenlopen, hoeft van politieke besluitvorming geen collectieve rationaliteit verwacht te worden.<sup>126</sup> Verscheidene overheden gaven in onderdeel 2.3.5.2 aan dat zij uit eigen belang voor het beste inkoopresultaat zullen gaan, maar in de praktijk is dat niet zo zeker.

## 4 Analyse van transactiekosten omtrent clustering

Transactiekosten betreffen alle kosten die zien op het tot stand brengen en in stand houden van de beoogde overeenkomst.<sup>127</sup> Deze zijn zo op het oog voor het overgrote deel al besproken onder 3.3, 3.4, 3.7 en 3.13. Voor het geaggregeerde beeld onder 3.14 had dat de voorkeur omdat ik alle economische prikkels om te komen tot clustering daar heb willen analyseren.

Toch is nog niet elk punt wat betreft transactiekosten besproken. Wat in het huidige aanbestedingsrecht amper tot niet gebeurt, is onderhandelen over de omvang van de opdracht. Afgezien van de al genoemde innovatie microparcels<sup>128</sup>, bepaalt de aanbestedende dienst de omvang van de overheidsopdracht en inschrijvers die door de gekozen omvang buiten de boot vallen komen niet meer aan tafel. En het is ook niet waarschijnlijk dat inschrijvers die wel ter tafel komen

---

<sup>124</sup> Damen 2005, pp. 403-404.

<sup>125</sup> Kerkmeester en Holzhauer 1999, p. 102.

<sup>126</sup> Kerkmeester en Holzhauer 1999, p. 106.

<sup>127</sup> Kerkmeester en Holzhauer 1999, pp. 13-15.

<sup>128</sup> Zie noot 61.



de omvang van een overheidsopdracht ter discussie zullen stellen.

Gegeven die huidige praktijk lijkt het mij redelijk om te stellen dat de transactiekosten van het onderhandelen over de omvang van de opdracht een barrière opwerpen om te komen tot een efficiënte uitkomst. Immers, dit is helemaal geen punt van onderhandeling. Zoals gezegd kan de maatschappelijke meest optimale omvang van een opdracht samenvallen met het particuliere optimum van de overheid, maar dat is niet zeker. Daar komt nog eens bij dat er sprake is van informatie-asymmetrie: de (potentiële) inschrijver heeft meer informatie dan de aanbestedende dienst.<sup>129</sup> En dat geeft dus een zekere tegenstrijdigheid. De aanbidders hebben een beter beeld van wat de optimale omvang van een opdracht zou zijn. Zij zijn bijvoorbeeld beter geïnformeerd over schaalvoordelen, weten beter in hoeverre clustering een lagere total cost of ownership oplevert en hebben vanzelfsprekend betere informatie over de beschikbare productiecapaciteit. En toch, de overheid stelt met waarschijnlijk slechts een fractie van deze concrete informatie de omvang van de aan te besteden overheidsopdracht vast. Dat betekent dus ook dat de overheid waarschijnlijk te weinig informatie heeft om ook maar bij benadering het optimum te bepalen zoals ik dat schematisch in tabel 3.1 gedaan heb. Dit punt speelt het sterkst bij de openbare procedure omdat daar geen enkele dialoog is tussen aanbestedende dienst en inschrijvers. Daarentegen wordt dit punt deels teniet gedaan bij de concurrentiegerichtte dialoog, die er juist op gericht is informatie aan de markt te onttrekken. De niet-openbare procedure ligt daartussenin doordat er ruimte is voor overleg tussen partijen over het aan te besteden contract. Echter, de aanbestedende dienst beslist alleen over welke procedure hij gaat gebruiken zonder dat al bekend is welke extra informatie uit de markt gehaald kan worden. Daarnaast staat de concurrentiegerichtte dialoog alleen open voor 'bijzonder complexe overheidsopdrachten'<sup>130</sup> dus daar ligt ook weer een barrière.

In situaties waar hoge transactiekosten gelden, kunnen rechtsregels een bijdrage leveren om toch tot een efficiënte uitkomst te komen.<sup>131</sup> Allereerst kan gekeken worden naar regelend recht, de partijen wordt dan dus feitelijk een voorstel gedaan hoe er wel tot onderhandelingen gekomen kan worden. Zoals hierboven geschetst, zijn er nu al verschillende procedures, maar het lijkt lastig om tot regelend recht te komen dat onderhandelen over de omvang van een overheidsopdracht mogelijk maakt. Dwingend recht is dan het antwoord. Bij het opstellen van een dwingendrechtelijke rechtsregel wordt een 'hypothetische markt' gevormd zonder transactiekosten en het resultaat van die efficiënte markt wordt vervolgens aan partijen, in dit geval de aanbestedende dienst, opgelegd.<sup>132</sup> Maar, ook hier geldt dat moeilijk gezegd kan worden hoe een dwingendrechtelijke regel een antwoord op bijna alle situaties kan geven. De kritiek op de beide voorgestelde bepalingen uit het Consultatiedocument om clustering tegen te gaan, in het bijzonder de eerste, moet dan ook voornamelijk in dit licht begrepen worden. Opdelen in percelen is nu eenmaal niet altijd optimaal, en overheden worden überhaupt liever niet aangetast in hun beleidsvrijheid. Daarnaast geldt dat het bevoordelen van in beginsel benadeelde inschrijvers, het MKB, alleen te rechtvaardigen is als de welvaart daarmee verbeterd wordt.<sup>133</sup>

---

129 Janssen 2004, p. 9; Kerkmeester en Holzhauer, p. 14.

130 Art. 29 Bao.

131 Deze alinea vindt zijn basis in Kerkmeester 1999, pp. 30-32.

132 Verkeersregels zijn hiervan een voorbeeld: het zou optimaal zijn als alle verkeersdeelnemers met elkaar overleggen wat hun gedrag zou moeten zijn jegens elkaar, als zij elkaar tegen komen in het verkeer. Dat is in de praktijk door transactiekosten vanzelfsprekend niet werkbaar, dus zijn er verkeersregels waarbij de hypothetische uitkomst van dit overleg is opgelegd aan alle verkeersdeelnemers.

133 Janssen 2004, p. 108.

Wat wel kan, is bespreken welke punten aanleiding geven om over te gaan tot bundeling, of juist splitsing. Nu zou het normaliter niet zo ver moeten hoeven komen, maar de rechtseconomische theorie wat betreft bewijslastverdeling<sup>134</sup> geeft wel een ingang om hierover na te denken. In de hypothetische situatie dat elke aanbesteding voor wat betreft haar omvang voor de rechter zou komen: hoe zou dan de optimale bewijslastverdeling zijn? Zou de uitgesloten potentiële inschrijver nog steeds moeten bewijzen dat de overheidsopdracht disproportioneel groot is als er twee of minder daadwerkelijke inschrijvingen gedaan zijn? Of ligt het in een dergelijke situatie in de rede dat de aanbestedende dienst dan maar moet bewijzen dat dit toch de meest efficiënte uitkomst is? In feite wordt de vraag gesteld of gegeven de omstandigheden het waarschijnlijker is dat de opdracht te groot is of niet. In hoofdstuk 3 heb ik voorzover mogelijk indicatoren gegeven die er op wijzen dat mogelijk niet de meest optimale keuze qua omvang gemaakt is. In beginsel kan nog steeds het uitgangspunt van marginale toetsing zoals in MKB Nederland tegen gemeenten GVE, onderdeel 2.2.2, gehuldigd worden, maar die indicatoren tezamen met de grafieken van tabel 3.1 geven wel een handreiking om tot eventuele omkering van de bewijslast te komen.

De indicatoren die aanleiding voor de rechter in een clusteringzaak zouden moeten zijn om de bewijslast om te keren zijn zoals door mij geformuleerd de volgende:

**1. Wanneer de vraagkosten disproportioneel groter zijn ten opzichte van de beoordelingskosten.**

In dat geval heeft de aanbestedende dienst ogenschijnlijk veel energie gestoken in het samenstellen van de opdracht, hoge vraagkosten, en waarop vervolgens nog maar weinig partijen zullen reageren, lage beoordelingskosten. Er zullen dus bijzondere redenen gegeven moeten worden voor een verhouding die afwijkt van het gebruikelijke bij gelijkwaardige aanbestedingen.

**2. Wanneer er over de grens van de eigen huishouding wordt geclusterd.**

Zoals gezegd, zodra meerdere overheden moeten gaan samenwerken zullen de overlegkosten snel oplopen. Daar moeten aantoonbare voordelen tegenover staan anders is clustering in mijn ogen niet gewenst.

**3. Wanneer er slechts twee of minder inschrijvers op een aanbesteding zijn.**

Dit geeft een sterk verhoogd risico op collusie en is alleen daarom al een indicatie dat een overheidsopdracht te groot is. Ook zal de druk om te concurreren op prijs en/of innovatie normaliter te laag zijn. Weinig inschrijvers is ook een indicatie dat de productiecapaciteit niet goed benut wordt. Een aanbestedende dienst zal dus moeten uitleggen waarom het lage aantal inschrijvers toch een efficiënt resultaat geeft.

**4. Wanneer de aanbestedende dienst consequent binnen een select deel van de markt aanbesteedt.**

In dat geval is er een sterke indicatie dat te weinig partijen kunnen deelnemen en dat er de facto in de toekomst ook maar enkele partijen op basis van ervaringseisen in aanmerking komen. Dat is in mijn ogen onwenselijk, tenzij de aanbestedende dienst overtuigende tegenargumenten heeft.

Daarnaast zal de rechter tabel 3.1 als glijdende schaal moeten hanteren. Bundeling van opeenstapelend werk is het minst nodig. Bundeling van logisch samenhangende opdrachten is

---

<sup>134</sup> Deze alinea is gebaseerd op Kerkmeester en Holzhauer 1999, pp. 89-96.

minder bezwaarlijk. Eén grote opdracht die eigenlijk bestaat uit opeenstapeling van werk is waarschijnlijk nog minder verdacht als deze groot gelaten wordt. En tot slot geven de vier figuren in tabel 3.1 ook wel de intuïtie dat je heel goede argumenten moet hebben om vol te houden dat een logisch samenhangende opdracht toch gesplitst moet worden.

Samenvattend zijn er dus wel handvatten te geven aan de rechter die moet oordelen of er overmatig geclusterd is. Er geldt wel dat de individuele rechter telkens de omstandigheden van het geval zal moeten onderzoeken. Doordat zoveel factoren inwerken leent dit onderdeel van het aanbestedingsrecht zich niet voor zogeheten “hard-and-fast rules”. De enige regel die misschien hard gemaakt kan worden, is punt 3 hierboven door wettelijk vast te leggen dat een aanbesteding met twee of minder inschrijvers per definitie niet tot gunning kan komen. In hoeverre dat aanbestedende diensten zal beletten overmatig te clusteren is hier niet te zeggen.

## 5 Conclusie

Deze scriptie begon met de vraag in hoeverre clustering efficiënt is, en welke rol de rechter zou kunnen opheffen ten aanzien van 'onnodig clusteren'. Dit is een lastig te beantwoorden vraag gebleken. Het gebruikelijke mantra van rechters gaat ook voor dit onderwerp op: een en ander is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Toch, voorzover mogelijk, heb ik geprobeerd een denkkader voor dit onderwerp te schetsen en handreikingen te doen aan de beleidsbepaler en rechter die antwoord zoekt op de vraag of er sprake is van onnodig clusteren.

In hoofdstuk 2 heb ik het aanbestedingsrecht verkend en de economische aspecten van clustering geïdentificeerd. Het aanbestedingsrecht zoals wij dat nu in Nederland kennen is ingegeven door de Europese Unie. Dit om de integratie van de losse economieën in Europa tot stand te brengen. Clustering wordt in beginsel niet verboden door de Aanbestedingsrichtlijn omdat er 'kwalitatieve en economische' redenen kunnen zijn om overheidsopdrachten bij elkaar te houden. De Nederlandse regelgeving is in feite een vertaling van de Aanbestedingsrichtlijn. De Aanbestedingsrichtlijn laat alle ruimte aan nationale overheden om het domein van clustering te reguleren zolang de algemene beginselen van non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit geen geweld aangedaan wordt.

De economische aspecten die ik heb geïdentificeerd zijn: schaalvoordelen, procedure- en beoordelingskosten, 'total cost of ownership', vraag- en beheerskosten, bundelingskosten, splitsingskosten, aanbestedingskosten, professionalisering inkoop, concurrentie (onnodig) uitschakelen, optimaal gebruik van productiecapaciteit, innovatie en ondernemerschap, verdeling van expertise, en zekerheid. In hoofdstuk 3 zijn deze aspecten stuk voor stuk geanalyseerd. Een herhaling van die analyse hier voert te ver.

De algemene conclusie die getrokken kan worden is dat allereerst de omstandigheden van het geval van belang zijn. Elke aanbesteding is tot op zekere hoogte uniek. Wel is duidelijk dat bundeling van gelijksoortige opdrachten het meest kritisch bekeken moet worden, en dat het opsplitsen van logisch samenhangende opdrachten het minst opportuun is. Bundeling van logisch samenhangende opdrachten en splitsing van gestapeld werk liggen daartussenin. Gezegd kan dus worden dat de mate waarin clustering een proportioneel middel is, afhankelijk is van deze karakteristieken in het bijzonder, alsook van de andere genoemde economische aspecten. Een beperking die op overheden rust is in hoeverre de aanbestedingswetgeving ruimte biedt om maatschappelijke belangen te behartigen, immers het verbod van détournement de pouvoir werpt daar een zekere barrière op. Meer ruimte daar zou de noodzaak en geschiktheid van clustering in een ander daglicht stellen. Tot

slot stipte ik nog kort aan dat politieke belangen niet per se samenvallen met het 'belang' van het overheidsorgaan of het algemeen belang.

Micropercelen zijn een interessante ontwikkeling omdat ze veel van de hierboven geschetste vraagstukken op het terrein van optimalisering adequaat lijken te beantwoorden. Aanbesteden in micropercelen leidt op het oog automatisch tot de meest wenselijke omvang van opdrachten. In mijn ogen zou onderzocht moeten worden hoe zoveel mogelijk projecten op deze wijze aanbesteed kunnen worden en wat dat op zou leveren.<sup>135</sup> Theoretisch zou het aanbesteden in micropercelen in beginsel per definitie proportioneel zijn doordat zoveel mogelijk aanbieders kunnen deelnemen ongeacht grootte en uiteindelijk ook de optimale omvang van opdrachten, door clustering van deze micropercelen, bereikt wordt. Micropercelen geven daarentegen bijvoorbeeld nog geen adequaat antwoord op het onderwerp van aanbiedingskosten.

Wat betreft aanbiedingskosten, die van nature geen prikkel geven aan de overheid, wordt door mij voorgesteld om een drempel op te geven waaronder het verboden is om aan te besteden. Dit zou voorkomen dat overheidsopdrachten voor te veel partijen aantrekkelijk worden, waardoor maatschappelijk gezien te veel inschrijvers aanbiedingskosten gaan maken.

De indicatoren die aanleiding voor de rechter in een clusteringzaak zouden moeten zijn om de bewijslast bij de overheid neer te leggen zijn zoals nader beschreven in hoofdstuk 4:

1. Wanneer de vraagkosten disproportioneel groter zijn ten opzichte van de beoordelingskosten.
2. Wanneer er over de grens van de eigen huishouding wordt geclusterd.
3. Wanneer er slechts twee of minder inschrijvers op een aanbesteding zijn.
4. Wanneer de aanbestedende dienst consequent binnen een select deel van de markt aanbesteedt.

Naast die indicatoren geldt zoals gezegd de glijdende schaal: bundeling van gelijksoortige overheidsopdrachten geeft sneller aanleiding tot een indringender toets dan gevraagde splitsing van logisch samenhangend overheidsopdrachten. In dat laatste geval blijft een marginale toets door de rechter langer geëigend. Het hierboven genoemde punt 3 zou wettelijk hard gemaakt kunnen worden door gunning in geval van twee of minder inschrijvers te verbieden.

Om welwillende overheden meer ruimte te geven om belangen als innovativiteit en verdeling van expertise mee te nemen in haar aanbesteding, zouden dergelijke belangen meer expliciet opgenomen kunnen worden in wetgeving. Door deze algemene belangen niet nadrukkelijk als objectief van aanbesteden op te nemen worden deze algemene belangen snel verdrongen door koude financiële belangen die wel passen binnen de huidige wetgeving.

Tot slot volgde uit de bespreking van procedure- en beoordelingskosten dat de niet-openbare procedure de mogelijkheid biedt om de nadelen van extra inschrijvers door het kleiner laten of maken van overheidsopdrachten te mitigeren. Dit kan doordat in deze niet-openbare procedure, door het maken van een voorselectie, slechts nog een beperkt aantal offertes gemaakt en beoordeeld hoeven te worden.

---

<sup>135</sup> Een ingang voor dergelijk onderzoek zou bijvoorbeeld bestaand onderzoek zijn naar de veiling van concessies door middel van zogeheten 'package auctions' of 'combinatorial auctions'. (Janssen 2004, p. 49)

## 6 Literatuur

Access of SMEs to public procurement contracts 2004

*The access of SMEs to public procurement contracts* (Final report), Zoetermeer/Vienna: EIM Business & Policy Research and KMU FORSCHUNG AUSTRIA 2004.

WWW <<http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/craft/craft-studies/documents/public-procurement-finalreport.pdf>>

Barents en Brinkhorst 2006

R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht* 12e druk, Deventer: Kluwer 2006.

Consultatiedocument 2007

*Consultatiedocument: Voorstel voor de inhoud van de uitwerkingsregelgeving van het wetsvoorstel aanbestedingswet*, Ministerie van Economische Zaken, november 2007.

WWW <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=154247&type=PDF>>

Damen 2005

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht Deel 1* 2e druk, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

Inkopen en aanbesteden 2006

*Inkopen en aanbesteden: De stand van zaken bij de Nederlandse gemeenten* (rapport in het kader van het project Goed Besteed, november 2006, SGB0 5891/550), Den Haag: SGB0 2006.

WWW <<http://www.pianoo.nl/dsresource?objectid=7658&type=pdf>>

Janssen 2004

M.C.W. Janssen (editor), *Auctioning public assets : analysis and alternatives*, Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press 2004.

WWW <<http://www.netlibrary.com/urlapi.asp?action=summary&v=1&bookid=152253>>

Kerkmeester 1999

H. Kerkmeester, '2.1 Het Coase-theorema', in: *De economische structuur van het ondernemingsrecht* (deel 9 uit de reeks *Rechtseconomische Verkenningen*), Deventer: Gouda Quint 1999.

Kerkmeester en Holzhauer 1999

H. Kerkmeester en R.W. Holzhauer, *Rechtseconomische annotaties: elf standaardarresten rechtseconomisch becommentarieerd* (deel 8 uit de reeks *Rechtseconomische Verkenningen*), Deventer: Gouda Quint 1999.

Ministerie van Economische Zaken

Website Ministerie van Economische Zaken, onderdeel Aanbestedingen.

WWW <<http://www.ez.nl/Onderwerpen/Overig/Aanbestedingen>>

Osborne 2004

M.J. Osborne, *An introduction to Game Theory*, New York: Oxford University Press 2004.

Pepall 2005

Pepall e.a., *Industrial Organization : Contemporary Theory & Practice* 3rd Edition, Mason, Ohio: Thomson/South-Western 2005.

Small Business Act 2008

EU Commissiedocument nr. 394 van 2008, laatste definitieve versie. WWW <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:NL:PDF>>

Soudry 2003

O. Soudry, 'A Cost-Effective Policy in Competitive Bidding for Public Procurement', *German Working Papers in Law and Economics* 2003, Paper 7.

WWW <<http://www.bepress.com/gwp/default/vol2003/iss1/art7>>

Van der Zeijden en Braaksma 2005

P.Th. van der Zeijden en R.M. Braaksma, *Meer MKB-bedrijven in openbare aanbestedingen? MKB en aanbestedende instanties kunnen elkaar helpen*, Zoetermeer: EIM augustus 2005, ISBN: 90-371-0954-3.

Van der Zeijden e.a. 2008

P.Th. van der Zeijden, P. Gibcus en J.M.J. Telussa, *MKB en aanbesteden : Het aandeel van het Nederlandse MKB in gegunde Europese aanbestedingen van Nederlandse aanbestedende diensten in 2006*, Zoetermeer: EIM juni 2008.

Verberne 2006

G. Verberne e.a., *Aanbesteden in Europa: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aanbestedingsregelgeving in 14 EU-lidstaten (Rapport opgesteld in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken door Van Doorne Advocaten)* 2006.

WWW <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=145170&type=PDF>>

Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht, zaaknr. 240555, rolnr. KG ZA 07-1167, LJN: BB9889

## A Mathematische vorm verschillende kosten

Alhoewel de gekozen mathematische vormen voor de verschillende kosten niet rechtstreeks gebruikt zijn voor de schematische vorm van de figuren 3.7, 3.8, 3.9 en 3.10 geven ze voor sommige lezers wellicht een nadere indruk hoe ik tot mijn figuren ben gekomen. De gekozen getallen zijn dus indicatief, ze hadden anders gekozen kunnen zijn. Het gaat hier enkel om een idee van de vorm van de functie.

Voor schaalvoordelen, total cost of ownership, procedure- en beoordelingskosten, splitsingskosten, maatschappelijke aanbestedingskosten en zekerheid is gekozen voor de volgende vorm:

$$K=2+\frac{(11-V)^3}{125}$$

De bodem van deze functie ligt net boven kosten K van 2 en is gedefinieerd van V = 1 tot en met 10. De macht en deling geven vervolgens een bruikbare daling vanaf 10 naar 2 naar gelang het volume V toeneemt.

Voor vraag- en beheerskosten, bundelingskosten, concurrentie (onnodig) uitschakelen, optimaal gebruik van productiecapaciteit en verdeling van expertise is gekozen voor de volgende vorm:

$$K=2+\frac{V^3}{125}$$

De bodem van deze functie ligt net boven kosten K van 2 en is gedefinieerd van V = 1 tot en met 10.

De macht en deling geven vervolgens een bruikbare stijging van 2 naar 10 naar gelang het volume  $V$  toeneemt.

Voor professionalisering inkoop en innovatie is gekozen voor de volgende vorm:

$$K=3+\frac{(V-5.5)^2}{3}$$

De bodem van deze functie ligt net boven kosten  $K$  van 3 en is gedefinieerd van  $V = 1$  tot en met 10. De macht en deling geven vervolgens een parabolische functie die op het minimum komt bij 5,5 volume  $V$ . Voor dat punt daalt de functie vanaf 9,75 en na dat punt stijgt deze met volume  $V$  terug naar 9,75.

Tot slot is voor de maatschappelijke kosten bij innovatie gekozen voor de volgende vorm:

$$K=2+\frac{1,1 \times (V-5.5)^2}{3}$$

De bodem van deze functie ligt net boven kosten  $K$  van 2 en is gedefinieerd van  $V = 1$  tot en met 10. De macht en deling geven vervolgens een parabolische functie die op het minimum komt bij 5,5 volume  $V$ . Daarnaast ligt deze iets onder de voorgaande definitie van innovatie en het meest nadrukkelijk bij het minimum.

Al die functies bij elkaar optellen, naar gelang relevantie, geeft vervolgens bij benadering de figuren zoals weergegeven in tabel 3.1.

## B Afkortingen

Aanbestedingsrichtlijn	Richtlijn nr. 2004/18/EG ( <i>PbEG</i> 2004, L 134/114).
Bao	Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten
Bass	Besluit aanbestedingen speciale sectoren
D&C	Design & Construct
DBFM	Design, Build, Finance and Maintain, zie ook noot 80
EG	Europese Gemeenschap
EIB	Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid
EIM	Economisch Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf
EU	Europese Unie
EUR	Erasmus Universiteit Rotterdam
FOSAG	Ondernemersorganisatie schilders-, onderhouds-, metaalconserverings- en glasbranche
G4	samenwerkingsverband van de steden Rotterdam, Amsterdam, Den Haag en Utrecht
GIP	Gemeentelijk Inkoop Platform
IBR	Instituut voor Bouwrecht
IPO	Interprovinciaal Overleg

MKB	midden- en kleinbedrijf (NL: < 100 / EU: < 250 werknemers)
NEVI	Nederlandse Vereniging voor Inkoopmanagement
NFU	Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NVvA	Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
ONRI	Brancheorganisatie van advies-, management- en ingenieursbureaus
OSB	Ondernemersorganisatie Schoonmaak- & Bedrijfsdiensten
SBA	Small Business Act, zie ook noot Error: Reference source not found
SGBO	Voormalig onderzoeksbureau van de VNG. Tegenwoordig is het bureau onderdeel van de BMC Groep.
VBKO	Vereniging van Waterbouwers in Bagger-, Kust- en Oeverwerken
VHG	Vereniging van Hoveniers en Groenvoorzieners
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VNO-NCW	Grootste ondernemersorganisatie/-bond van Nederland
vrij verkeer	vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal
VSCD	Vereniging van Schouwburg- en Concertgebouwdirecties
VSNU	Vereniging van Universiteiten