



Besluit

Ons kenmerk : ACM/UIT/532388
Zaaknummer : ACM/19/036683
Datum : **16 juni 2020**

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 56 van de Mededingingswet.

Inhoudsopgave

1	Inleiding	3
2	Betrokken ondernemingen	3
	2.1 Schadenberg	4
	2.2 Van Venrooy	5
3	Verloop van de procedure	6
4	Feiten en omstandigheden	7
5	Juridische beoordeling	11
	5.1 Onderneming in de zin van de Mededingingswet	11
	5.2 Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen	12
	5.3 Streckingsbeperking	15
	5.4 Artikel 6, derde lid, Mw	19
6	Overtreders	19
	6.1 Juridisch kader	19
	6.2 Toepassing	20
7	Sanctie	22
	7.1 Juridisch kader	22
	7.2 Betrokken omzet	22
	7.3 Basisboete	23
	7.4 Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden	23
	7.5 Toetsing aan het wettelijke boetemaximum	24
	7.6 Conclusie	24
8	Besluit	25

1 Inleiding

1. De ACM legt in dit besluit boetes op aan twee ondernemingen, Schadenberg en Van Venrooy (hierna gezamenlijk: (betrokken) partijen/ondernemingen), omdat zij bij een aanbesteding hun inschrijfgedrag hebben afgestemd. Dat mag niet, omdat partijen bij een aanbesteding onafhankelijk van elkaar moeten inschrijven.
2. Zaender Horn hield in 2016 een onderhandse aanbesteding voor de renovatie van een dak. Zij nodigde vier aanbieders uit om een offerte in te dienen. Zaender Horn wilde concurrentie tussen de vier uitgenodigde partijen. Om vervolgens de opdracht te gunnen aan de partij die de laagste prijs aanbood.¹ Het liep echter anders dan Zaender Horn voor ogen had. Twee van de vier uitgenodigde ondernemingen, Schadenberg en Van Venrooy, deden namelijk niet zelfstandig mee aan de aanbesteding. In plaats van te concurreren, stemden zij hun inschrijving (inclusief de prijs) met elkaar af. De betrokken partijen misleidden daarmee Zaender Horn, die van de afstemming niets wist. De gedragingen tastten direct het concurrentieproces aan.
3. Het gedrag van partijen levert een overtreding op van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw). De ACM legt hiervoor een boete op van € 18.000,- aan de onderneming Schadenberg (bestaande uit Schadenberg Dakwerken B.V., Schadenberg Diensten B.V., HS Vastgoed B.V. (voorheen Schadenberg Holding B.V.) en Wijdehaven B.V.) en een boete van € 6.000,- aan de onderneming Van Venrooy (bestaande uit Van Venrooy West B.V., Van Venrooy Participaties B.V. en Stichting Administratiekantoor Van Venrooy B.V.).

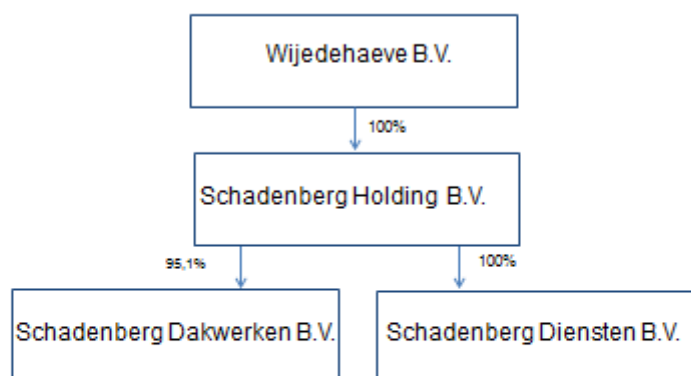
2 Betrokken ondernemingen

4. Het besluit richt zich tot de volgende ondernemingen.

¹ Zaender Horn gunt de opdracht op basis van de laagste prijs, mits de inschrijvers voldoen aan bepaalde minimum (kwaliteits-)eisen (zoals het kunnen voldoen aan de technische werkschrijving en het kunnen waarborgen van voldoende garanties).

2.1 Schadenberg

5. De onderneming Schadenberg bestond ten tijde van de overtreding uit meerdere rechtspersonen. In de onderstaande figuur is de ondernemingsstructuur weergegeven.



Schadenberg Dakwerken B.V.

6. Schadenberg Dakwerken B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Hem. Schadenberg Dakwerken B.V. is een Dakdekkers- en isolatiebedrijf dat zich bezighoudt met renovatie en onderhoud van daken. Schadenberg Holding B.V. is bestuurder van de vennootschap en heeft daarnaast 95,1% van de aandelen.²

Schadenberg Diensten B.V.

7. Schadenberg Diensten B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Hem. Schadenberg Diensten B.V. is een participatiemaatschappij en verleent diensten aan werkmaatschappijen van de vennootschap en aan derden.³ Schadenberg Holding B.V. is sinds medio 2008 enig aandeelhouder en bestuurder van Schadenberg Diensten B.V.⁴

Schadenberg Holding B.V.

8. Schadenberg Holding B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Hem. Schadenberg Holding B.V. beheert vermogenswaarden.⁵ Vanaf halverwege 2015 heeft Wijdehaeve B.V. 100% van de aandelen van Schadenberg Holding B.V.⁶

Wijdehaeve B.V.

9. Wijdehaeve B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Hem. Wijdehaeve B.V. is een beheermaatschappij.⁷

² Schadenberg Dakwerken B.V., KvK-nummer 36048766. [B] is de directeur en heeft 4,9% van de aandelen van Schadenberg Dakwerken B.V. zie dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 2-11; dossierstuk 38, ACM/UIT/515589, p. 4-5; dossierstuk 41 bijlage 1, ACM/IN/436533, p. 1; dossierstuk 41 bijlage 3, ACM/IN/436533.

³ Schadenberg Diensten B.V., KvK-nummer 37142177. Dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 12-16.

⁴ Dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 12-16.

⁵ Schadenberg Holding B.V. heeft haar statutaire naam sinds 28 januari 2020 gewijzigd in HS Vastgoed B.V. en haar vestigingsplaats gewijzigd naar Wijdenes, KvK-nummer 36051404. Dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 17-25.

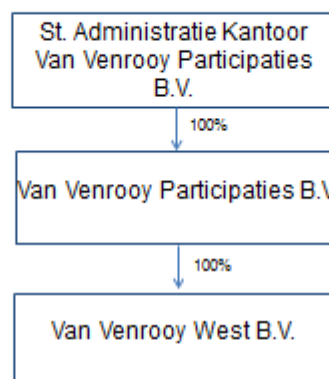
⁶ Dossierstuk 38, ACM/UIT/515589, 4-5; dossierstuk 41 bijlage 1, ACM/IN/436533, p. 3; dossierstuk 41 bijlage 3, ACM/IN/436533; dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 17-25.

⁷ Wijdehaeve B.V., KvK-nummer 51626136. Dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 26-32.

10. De gedragingen die centraal staan in dit besluit worden feitelijk verricht binnen de rechtspersoon Schadenberg Dakwerken B.V. en Schadenberg Diensten B.V. De natuurlijke personen die namens deze rechtspersonen handelingen verrichten zijn [A] (hierna: de heer [A] werkvoorbereider-calculator) en [B] (hierna: de heer [B] / directeur). De heer [A] is tijdens de aanbesteding Zaender Horn in 2016 werkzaam bij Schadenberg Dakwerken B.V. en is in dienst bij Schadenberg Diensten B.V. De heer [B] is directeur van Schadenberg Dakwerken B.V. en is in dienst bij Schadenberg Diensten B.V.⁸
11. Bovengenoemde vennootschappen worden in dit besluit tezamen aangeduid aan als 'Schadenberg'.

2.2 Van Venrooy

12. De onderneming Van Venrooy bestond ten tijde van de overtreding uit meerdere rechtspersonen. In de onderstaande figuur is de ondernemingsstructuur weergegeven.



Van Venrooy West B.V.

13. Van Venrooy West B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht en is statutair gevestigd te Hoogeveen. Uit het handelsregister volgt dat de vennootschap zich onder andere bezighoudt met het aannemen en uitvoeren van dakwerken. Van Venrooy Participaties B.V. is zowel bestuurder als enig aandeelhouder van Van Venrooy West B.V.⁹

⁸ Zie dossierstuk 36, ACM/UIT/515153, p. 5; dossierstuk 38, ACM/UIT/515589; dossierstuk 41 bijlage 1, ACM/IN/436533, p. 3.

⁹ Van Venrooy West B.V., KvK-nummer 04051236. Dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 33-42.

Van Venrooy Participaties B.V.

14. Van Venrooy Participaties B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht en statutair gevestigd te gemeente Hoogeveen. Uit het handelsregister volgt dat de vennootschap een financiële holding is.¹⁰ Stichting Administratiekantoor van Venrooy Participaties B.V. is bestuurder en enig aandeelhouder in Van Venrooy Participaties B.V.¹¹

Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V.

15. Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V. is een stichting naar Nederlands recht en is statutair gevestigd te gemeente Hoogeveen. Uit het handelsregister volgt dat de vennootschap een administratiekantoor is.¹²
16. De gedragingen die centraal staan in dit besluit worden feitelijk verricht binnen de rechtspersoon Van Venrooy West B.V. De natuurlijke personen die namens deze rechtspersoon handelingen verricht is [C] (hierna: de heer [C]). De heer [C] is één van de gevolmachtigden van Van Venrooy West B.V. en is bestuurder van Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V.¹³
17. Bovengenoemde vennootschappen worden in dit besluit tezamen aangeduid als 'Van Venrooy'.

3 Verloop van de procedure

18. In oktober 2018 hebben toezichthouders van de ACM onaangekondigde bedrijfsbezoeken gebracht aan Schadenberg Dakwerken B.V.,¹⁴ Van Venrooy Oost B.V.¹⁵ en Van Venrooy B.V.¹⁶ in verband met mogelijke betrokkenheid bij overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mw door ondernemingen die zich bezighouden met renovatie en onderhoud van bitumineuze en kunststof daken in de provincies, Friesland, Groningen, Drenthe, Overijssel en Flevoland.¹⁷
19. Tijdens de bedrijfsbezoeken is bij de betrokken partijen inzage gevorderd in analoge en digitale gegevens en bescheiden en zijn hiervan digitale kopieën gemaakt.¹⁸ Bovendien heeft een aantal werknemers van Schadenberg Dakwerken B.V., Van Venrooy Oost B.V. en Van Venrooy B.V. mondelinge verklaringen afgelegd.¹⁹

¹⁰ Van Venrooy Participaties B.V., KvK-nummer 01167685. Dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 43-48.

¹¹ Dossierstuk 54, ACM/IN/438622 p. 43-48.; dossierstuk 40 bijlage 1, ACM/IN/436407; dossierstuk 40 bijlage 2, ACM/IN/436407.

¹² Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V., KvK-nummer 01169229. Dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 49-50.

¹³ Dossierstuk 54, ACM/IN/438622; dossierstuk 40 bijlage 1, ACM/IN/436407, p. 3; dossierstuk 37, ACM/UIT/515519, p. 4-6.

¹⁴ Dossierstuk 5, ACM/UIT/499514.

¹⁵ Dossierstuk 2, ACM/UIT/499511.

¹⁶ Dossierstuk 3, ACM/UIT/499512.

¹⁷ Dossierstuk 1, ACM/INT/377593, p. 4. Zie ook doelomschrijving van het onderzoek op dezelfde pagina.

¹⁸ Dossierstuk 2, ACM/UIT/499511, p. 5-9; dossierstuk 3, ACM/UIT/499512, p. 4-8; dossierstuk 5, ACM/UIT/499514, p. 4-8.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld dossierstuk 4, ACM/UIT/514338, p. 5-28; dossierstuk 2, ACM/UIT/499511, p. 5-8.

20. Tijdens de bedrijfsbezoeken is het onderzoeksdoel - naar aanleiding van het gevorderde materiaal - uitgebreid met de provincies Zuid-Holland en Noord-Holland.²⁰ Dit is tijdens het bedrijfsbezoek aan ieder bedrijf medegedeeld.²¹
21. In de periode na de bedrijfsbezoeken hebben de toezichthouders diverse onderzoekshandelingen verricht, waaronder het vorderen van mondelingen en schriftelijke inlichtingen bij de betrokken ondernemingen, Zaender Horn en het Dak informatie- en adviescentrum.²²
22. Op 18 september 2019 hebben toezichthouders van de ACM het onderzoeksdoel nader gespecificeerd en aan de betrokken ondernemingen medegedeeld.²³
23. Het onderzoek van de ACM heeft geleid tot een redelijk vermoeden dat Schadenberg en Van Venrooy artikel 6 Mw hebben overtreden bij de aanbesteding Zaender Horn in 2016.²⁴
24. Dit heeft geresulteerd in een rapport, in de zin van artikel 5:48, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: 'Awb') van de Directie Mededinging dat op 23 oktober 2019 is verzonden aan de betrokken ondernemingen.²⁵ Daarna is het rapport voor behandeling overgedragen aan de Directie Juridische Zaken. De Directie Juridische Zaken heeft vervolgens het bij het rapport behorende dossier ter inzage gelegd voor partijen.
25. Schadenberg en Van Venrooy hebben schriftelijke zienswijzen op het rapport ingediend bij de ACM.²⁶ Partijen hebben hun zienswijze mondeling toegelicht op de hoorzitting die plaatsvond op 6 februari 2020 ten kantore van de ACM. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat aan partijen is toegezonden.²⁷ Van Venrooy heeft zijn opmerkingen op het hoorzittingsverslag toegezonden. De ACM heeft deze toegevoegd aan het hoorzittingsverslag.²⁸

4 Feiten en omstandigheden

26. Dit besluit heeft betrekking op gedragingen van twee ondernemingen die actief zijn in de dakbedekkingsbranche, Schadenberg en Van Venrooy, die plaatsvinden tijdens een onderhandse aanbesteding van Zaender Horn in 2016.
27. Zaender Horn besluit in 2016 het dak van een door haar verhuurd bedrijfspand in Amsterdam te renoveren.²⁹

²⁰ Dossierstuk 6, ACM/INT/377282, p. 2-3.

²¹ Dossierstuk 2, ACM/UIT/499511, p. 12; dossierstuk 3, ACM/UIT/499512, p. 11; dossierstuk 5, ACM/UIT/499514, p. 11.

²³ Zie bijvoorbeeld dossierstuk 27, ACM/UIT/512520; dossierstuk 28, ACM/IN/435510; dossierstuk 30, ACM/UIT/512740; dossierstuk 31, ACM/UIT/512743; dossierstuk 32, ACM/UIT/513743; dossierstuk 35, ACM/UIT513951; dossierstuk 36, ACM/UIT/515153.

²³ Dossierstuk 45, ACM/UIT/519156, p. 2; dossierstuk 46, ACM/UIT/519135, p. 2.

²⁴ Dossierstuk 55, ACM/UIT/515629, p. 45.

²⁵ Dossierstuk 56, ACM/UIT/520593; dossierstuk 57, ACM/UIT/520594; dossierstuk 58, ACM/UIT/ 520595.

²⁶ Schriftelijke zienswijze Schadenberg, ACM/IN/454840; Schriftelijke zienswijze Van Venrooy, ACM/IN/457575.

²⁷ Hoorzittingsverslag 6 februari 2020, ACM/UIT/530393.

²⁸ ACM/IN/474388.

²⁹ Dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 5-6; dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 11.

28. Zaender Horn besluit om de opdracht voor de renovatie aan te besteden via een onderhandse aanbesteding.³⁰ Zij schakelt daarvoor het Dak informatie- en adviescentrum (hierna: 'DIAC')³¹ in. Het DIAC adviseert Zaender Horn omtrent de benodigde werkzaamheden, en stelt onder meer een technische werkomschrijving op ten behoeve van de aanbesteding.³² De technische werkomschrijving beschrijft wat de staat is van het dak en welke werkzaamheden (met welke materialen) uitgevoerd moeten worden.³³ Zaender Horn organiseert op die basis de onderhandse aanbesteding waarop de Aanbestedingswet niet van toepassing is. Daarom heeft zij ruimte om het offerteproces naar eigen inzicht in te richten.³⁴
29. In dit geval kiest Zaender Horn ervoor om vier partijen (Hoogendorp, Wildschut, Van Venrooy en Schadenberg) uit te nodigen die onderling gaan concurreren om de opdracht, met het oogmerk om vier zelfstandig bepaalde offertes te ontvangen.³⁵ Dit blijkt tevens uit het feit dat Zaender Horn partijen apart uitnodigt voor een schouw.³⁶ Partijen zijn op die manier niet op de hoogte van welke partijen Zaender Horn nog meer uitnodigt.³⁷
30. De criteria die Zaender Horn opstelt ten behoeve van de onderhandse aanbesteding worden opgenomen in de uitnodigingsbrief. Deze criteria maken duidelijk dat Zaender Horn de opdracht op basis van de laagste prijs zal gunnen, mits de inschrijvers voldoen aan bepaalde minimum (kwaliteits-)eisen (zoals het kunnen voldoen aan de technische werkomschrijving en het kunnen waarborgen van voldoende garanties).³⁸
31. Het concurrentiemoment wordt echter ondermijnd, omdat twee van de vier ondernemingen, te weten Van Venrooy en Schadenberg, voorafgaand aan hun inschrijving contact hebben. Van Venrooy ontvangt op 24 mei 2016 de volgende e-mail van Schadenberg:³⁹

*"Beste [C],
Als bijlage onze werkomschrijving voor het project aan de Basisweg te Amsterdam.
Wil je hier een soortgelijke offerte (conform diac rapport) in een Van Venrooy jasje mailen naar de opdrachtgever?
Werkzaamheden incl sloop en asbest + nieuw volledig verkleefd pakket € 157.450,00
Lichtkoepels (gepantserd) per stuk tegen de prijs van € 485,00*

³⁰ Dossierstuk 35, ACM/UIT/513951, p. 9; dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 10-11. Bij een onderhandse aanbestedingen maakt de opdrachtgever de aanbesteding niet algemeen bekend, maar worden meerdere bedrijven uitgenodigd om in te schrijven op de aanbesteding.

³¹ Het DIAC is een onafhankelijk adviesbureau voor alle soorten daken. Opdrachtgevers maken gebruik van het DIAC omdat ze zelf geen kennis hebben van daken. Een deel van de aanvragen van het DIAC zijn aanvragen voor dakadviezen waarbij een technische werkomschrijving wordt gemaakt waarin staat wat er met het dak moet gebeuren. Daarnaast biedt het DIAC ook aanbestedingsbegeleiding aan. Zie voor meer informatie, dossierstuk 35, ACM/UIT/513951, p. 5-7; dossierstuk 49, ACM/UIT/517723, p. 71.

³² Dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 10-17. Dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 6-7.

³³ Dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 10-17. Dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 6-7.

³⁴ Zienswijze Schadenberg, ACM/IN/454840, p. 3-4; hoorzittingsverslag 6 februari 2020, ACM/UIT/530393, p. 12-13.

³⁵ De ACM verstaat onder het begrip 'aanbesteding': de, al dan niet gelijktijdige, uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een offerte of prijs in te dienen voor een opdracht tot de uitvoering van een werk. Dossierstuk 35, p. ACM/UIT/513951, p. 11; dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 7; dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 60-61, p. 77-78; dossierstuk 29, ACM/IN/433587, p. 8-9.

³⁶ Bij een schouw krijgen dakbedekkingsbedrijven de kans om het dak te bezichtigen en een opname te doen van het dak, zodat ze hun offerteprijs kunnen bepalen. Zie dossierstuk 35, p. ACM/UIT/513951, p. 9.

³⁷ Dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 7.

³⁸ Dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 60-61, p. 77-78; dossierstuk 29, ACM/IN/433587, p. 8-9.

³⁹ Dossierstuk 52 bijlage 2, ACM/UIT/512581, p. 3. dossierstuk 53 bijlage 8, ACM/UIT/512584, p. 3.

*Liefst niet vandaag, maar morgen doormailen, wij zetten de offerte straks door
namelijk.*

*De opdrachtgever is sowieso op vakantie dus dat maakt niet veel uit.
Alvast bedankt voor de moeite! J*

Groet [A]"

32. Uit de e-mail blijkt dat de heer [A] (Schadenberg) aan de heer [C] (Van Venrooy) meedeelt dat hij van plan is om in te gaan op de uitnodiging van Zaender Horn (om in te schrijven op het project aan de Basisweg te Amsterdam). In de bijlage van deze e-mail stuurt Schadenberg haar offerte voor de dakrenovatie. Daarin wordt tot in detail uiteengezet hoe Schadenberg de werkzaamheden gaat uitvoeren en welke materialen zij hiervoor gaat gebruiken. De prijs waarvoor Schadenberg wil inschrijven is niet in de offerte opgenomen.⁴⁰
33. Schadenberg vraagt daarnaast of Van Venrooy: (i.) ook wil inschrijven, (ii.) een soortgelijke offerte conform de technische werkomschrijving wil indienen en (iii.) of hij de offerte niet dezelfde dag wil doormailen, maar (minstens) een dag later. De e-mail van Schadenberg bevat ook prijzen voor de werkzaamheden (inclusief sloop en asbestverwijdering) en de lichtkoepels.
34. Schadenberg dient haar eigen offerte (die zij ook aan Van Venrooy heeft gestuurd), conform de tekst in de e-mail in op 24 mei 2016. De ingediende offerte van Schadenberg bevat een prijs van € 139.800,-.⁴¹
35. Op 31 mei 2016 verstuurt Van Venrooy⁴² haar offerte naar Zaender Horn.⁴³ Deze offerte voldoet aan de technische werkomschrijving.⁴⁴ Daarnaast is de netto totaalprijs van de offerte van Van Venrooy € 157.460,-. Deze prijs wijkt € 10,- af van de prijs die Schadenberg communiceert in haar e-mail aan Van Venrooy op 24 mei 2016. De lichtkoepels biedt Van Venrooy voor twee euro meer aan dan in de e-mail van Schadenberg beschreven (€ 487,- in plaats van € 485,-).⁴⁵
36. Nadat alle offertes zijn ingediend, stuurt Zaender Horn de offertes door naar het DIAC, zodat het DIAC Zaender Horn kan adviseren bij de keuze voor een dakdekker.⁴⁶ Het DIAC maakt een offertevergelijking⁴⁷ en concludeert dat de offertes van Van Venrooy en Schadenberg voldoen aan de minimum (kwaliteits-) eisen. De offertes van Hoogendorp en Wildschut voldoen niet.⁴⁸ Het DIAC adviseert, gelet op de offertevergelijking, het werk te gunnen aan Schadenberg.⁴⁹

⁴⁰ Dossierstuk 52 bijlage 2, ACM/UIT/512581, p. 3-9; dossierstuk 53 bijlage 8, ACM/UIT/512584, p. 3-9.

⁴¹ Dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 56-69.

⁴² Zaender Horn heeft een paar dagen eerder een e-mail naar Van Venrooy gestuurd met de vraag waar de offerte blijft. Van Venrooy heeft daarop gereageerd dat hij de offerte begin volgende week zou proberen in te dienen. Zie bijlagen 2 en 3 van Schriftelijke Zienswijze Van Venrooy.

⁴³ Dossierstuk 52 bijlage 3, p. 5; dossierstuk 29, ACM/IN/433587, p. 4-14.

⁴⁴ DIAC stelt dat deze offerte aan de technische werkomschrijving voldoet. Dossierstuk 35, ACM/UIT/513951, p. 13. Dat de offertes gelijkenissen vertonen, maar verschillen vertonen in omvang, materialen en werkzaamheden, is daarbij gelegen in het feit dat zij beiden voldoen aan de minimum (kwaliteits-) eis.

⁴⁵ Dossierstuk 29, ACM/IN/433587, p. 4-14.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 6.

⁴⁷ Dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 4-5.

⁴⁸ In het rapport wordt uitgebreid beschreven waarom de offertes niet voldoen aan de eisen die Zaender Horn stelt. Zie dossierstuk 55, ACM/UIT/515629, p. 20.

⁴⁹ Dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 4-5.

Voorafgaand aan het advies voor Zaender Horn heeft het DIAC tevens contact met Schadenberg over het uit te brengen advies.⁵⁰

37. Op 16 juni 2016 bespreekt Zaender Horn de verschillende offertes samen met het DIAC.⁵¹ Na die bespreking valt Van Venrooy af, omdat zij de hoogste inschrijfprijs heeft van alle vier de dakdekkers.⁵² Zaender Horn wijst Van Venrooy af per e-mail: *“Na grondige bestudering hebben wij besloten van uw aanbieding geen gebruik te maken omdat deze niet concurrerend is.”*⁵³
38. Deze e-mail stuurt Van Venrooy direct door naar Schadenberg met de vraag of zij al iets heeft vernomen. Schadenberg geeft in reactie daarop aan dat zij een telefoontje heeft gehad van Zaender Horn waarin zij heeft vernomen nog grote kans te maken op gunning. Schadenberg sluit af met de mededeling dat zij Van Venrooy op de hoogte zal houden.⁵⁴
39. Hoewel de andere twee dakdekkers, Hoogendorp en Wildschut, niet voldoen aan de minimum kwaliteitseisen, besluit Zaender Horn op 16 juni 2016 ze nog niet af te wijzen. Zaender Horn vraagt of ze hun offerte in lijn willen brengen met de technische werkomschrijving van het DIAC.⁵⁵ Daarnaast vraagt Zaender Horn aan Hoogendorp of zij lid is van Dakmerk of op een andere wijze haar garantie kan waarborgen.⁵⁶ Hoogendorp kan geen garantiebepalingen overleggen en valt daarom af.⁵⁷
40. Wildschut vindt dat de technische werkomschrijving van het DIAC ondeugdelijk is en heeft daarom een offerte ingediend met een andere werkwijze. Wildschut overtuigt Zaender Horn van haar gelijk, en na overleg met het DIAC wordt de technische werkomschrijving op bepaalde elementen aangepast.⁵⁸
41. Na een aanpassing van de technische werkomschrijving⁵⁹ krijgen Schadenberg en Wildschut de mogelijkheid om hun offertes nog eenmaal aan te passen.⁶⁰ Wildschut maakt van deze mogelijkheid geen gebruik.⁶¹ Schadenberg dient wel een aangepaste offerte in.⁶²
42. Zaender Horn gunt op 9 augustus 2016 uiteindelijk de opdracht aan Schadenberg.⁶³ Wildschut valt af vanwege de te hoge prijs.⁶⁴ De nieuwe offerteprijs van Schadenberg bedraagt € 121.700,- exclusief BTW.⁶⁵

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld dossierstuk 53, bijlage 10, ACM/UIT/512584, p. 3; dossierstuk 53, bijlage 12, ACM/UIT/512584, p. 3-4; dossierstuk 53, bijlage 14, ACM/UIT/512584, p. 3-4; dossierstuk 53, bijlage 16, ACM/UIT/512584, p. 3-4; dossierstuk 53, bijlage 17, ACM/UIT/512584, p. 3-5.

⁵¹ Dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 6; dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 6.

⁵² Dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 9; dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 6.

⁵³ Dossierstuk 52 bijlage 3, ACM/UIT/512581, p. 4-5; dossierstuk 53 bijlage 20, ACM/UIT/512584, p. 4-5.

⁵⁴ Dossierstuk 52 bijlage 3, ACM/UIT/512581, p. 3-4; dossierstuk 53 bijlage 20, ACM/UIT/512584, p. 3-4.

⁵⁵ Dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 6, 70; dossierstuk 52 bijlage 3, ACM/UIT/512581, p. 3; dossierstuk 53 bijlage 20, ACM/UIT/512584, p. 3.

⁵⁶ Dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 70.

⁵⁷ Dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 9; dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 6.

⁵⁸ Dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 9; dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 6.

⁵⁹ Dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 9-31; dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 6; dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 9.

⁶⁰ Dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 6, 36; dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 9; dossierstuk 53 bijlage 22, ACM/UIT/512584, p. 6.

⁶¹ Dossierstuk 53 bijlage 22, ACM/UIT/512584, p. 4-6.

⁶² Dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 28-33.

⁶³ Dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 9; dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 33.

⁶⁴ Dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 9; dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 34.

Zienswijze

43. Schadenberg stelt in dit verband dat de ACM geen goed beeld heeft van hoe de aanbesteding Zaender Horn is verlopen, omdat de Aanbestedingswet niet van toepassing is. In een dergelijk geval heeft een opdrachtgever meer vrijheid bij het inrichten van de aanbesteding, aldus Schadenberg.⁶⁵
44. De ACM volgt het standpunt van Schadenberg niet. Schadenberg leidt ten onrechte uit het rapport af dat de ACM heeft gesteld dat de Aanbestedingswet van toepassing is. Feit is dat Zaender Horn het concurrentieproces zelf inricht. Zaender Horn wil vier concurrerende biedingen ontvangen en besluit de partijen één voor één af te laten vallen, vanwege een hoge inschrijfprijs of het niet voldoen aan de minimum (kwaliteits-)eisen. Zo gunde zij het werk uiteindelijk aan Schadenberg.

Conclusie

45. Zaender Horn organiseert een onderhandse aanbesteding voor de renovatie van een dak. Voor deze onderhandse aanbesteding nodigt zij vier partijen uit met als doel dat de partijen een concurrerende aanbidding doen die zij zelfstandig vaststellen. Schadenberg en Van Venrooy ondermijnen dit proces doordat zij voorafgaande aan de inschrijving contact hebben over hun inschrijfgedrag, waaronder de inschrijfprijs. Dit heeft tot gevolg dat Van Venrooy voor een hoge prijs inschrijft. Door de hoge prijs besluit Zaender Horn dat Van Venrooy meteen afvalt. Van Venrooy krijgt vanwege de te hoge prijs, in tegenstelling tot de andere partijen, niet meer de mogelijkheid om haar offerte aan te passen. Hoogendorp valt uiteindelijk af omdat zij onvoldoende garantie kan waarborgen. Wildschut valt uiteindelijk af vanwege de te hoge prijs, zodat Schadenberg de aanbesteding wint.

5 Juridische beoordeling

46. In dit hoofdstuk beoordeelt de ACM de feiten en omstandigheden zoals vastgesteld in hoofdstuk 4 in het licht van artikel 6 Mw. De ACM bespreekt daartoe alle vereisten die in dit artikel zijn gesteld.

5.1 Onderneming in de zin van de Mededingingswet

47. De ACM stelt vast dat de dakbedekkingsbedrijven Van Venrooy en Schadenberg, economische activiteiten verrichten en derhalve ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, aanhef en onder f, Mw.

⁶⁵ Dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 28-33, 34-35, 40.

⁶⁶ Schriftelijke zienswijze Schadenberg, ACM/IN/454840, p. 3-4.

5.2 Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

48. Artikel 6, eerste lid, Mw ziet zowel op overeenkomsten tussen ondernemingen als op onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.⁶⁷
49. Er is sprake van een overeenkomst – in de zin van artikel 1, aanhef en onder e, Mw – wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.⁶⁸ Deze overeenkomst is vormvrij en hoeft niet schriftelijk te zijn vastgelegd.⁶⁹
50. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging betreft een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de mededinging welbewust vervangt door feitelijke samenwerking.⁷⁰ In geval van een onderling afgestemde feitelijke gedraging wordt vermoed dat ondernemingen, wanneer zij na de coördinatie op de betrokken markt actief blijven, bij de vaststelling van hun marktgedrag met de coördinatie rekening hebben gehouden.⁷¹
51. De overeenkomst en de onderling afgestemde gedraging zijn samenspanningsvormen van dezelfde aard, die slechts verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren.⁷²
52. Bij beide samenspanningsvormen kunnen ondernemingen de grondgedachte van de mededingingsvoorschriften schenden, het zelfstandigheidsvereiste. Het zelfstandigheidsvereiste houdt in dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de (gemeenschappelijke) markt zal voeren. Doet de ondernemer dit niet dan is hij (mogelijk) in overtreding van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw.

Toepassing

53. Tijdens de aanbesteding Zaender Horn schrijven Schadenberg en Van Venrooy niet zelfstandig in.
54. Zoals vastgesteld in hoofdstuk 4 van dit besluit, stuurt Schadenberg op 24 mei 2016 een e-mail naar Van Venrooy. In deze e-mail laat Schadenberg weten dat zij in zal schrijven en instrueert zij Van Venrooy ook in te schrijven op de aanbesteding met een offerte (die voldoet aan de technische werkschrijving). Schadenberg noemt in deze e-mail de prijzen die Van Venrooy in de offerte moet opnemen. Het betreffen de prijzen voor de werkzaamheden (inclusief sloop en asbestverwijdering) en de lichtkoepels. Van Venrooy ontvangt de e-mail van Schadenberg en distantieert zich hier niet van.

⁶⁷ Gerecht EG van 17 december 1991, T-7/89, (*Hercules Chemicals / Commissie*), r.o. 264; Gerecht EG van 20 maart 2002, T-9/99, ECLI:EU:T:2002:70 (*HFB / Commissie*) r.o.186.

⁶⁸ Gerecht EU van 20 maart 2002, T-9/99, ECLI:EU:T:2002:70 (*HFB / Commissie*), r.o. 199; Gerecht van 16 juni 2011, T-240/07, ECLI:EU:T:2011:284 (*Heineken*), r.o. 44; Gerecht EU van 21 mei 2014, T-519/09, ECLI:EU:T:2014:263 (*Toshiba*), r.o. 34.

⁶⁹ Gerecht EU van 26 oktober 2000, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242 (*Bayer AG*), r.o. 68.

⁷⁰ Hof van Justitie EG van 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 26.

⁷¹ College van Beroep voor het bedrijfsleven van 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*WMO Friesland*), r.o. 6.2.1; Hof van Justitie EG van 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 44-62; Hof van Justitie EG van 8 juli 1999, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356 (*Commissie/Anic Partecipazioni*), r.o. 121-126; Hof van Justitie EG van 8 juli 1999, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358 (*Hüls*), r.o. 158-167.

⁷² Hof van Justitie EG 8 juli 1999, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356 (*Commissie/Anic Partecipazioni*), r.o. 131.

55. Van Venrooy volgt de instructie op en schrijft - ongeveer een week later - in op de aanbesteding. Haar offerte voldoet aan de minimumkwaliteitseis (de technische werkschrijving). Het prijsniveau in de offerte van Van Venrooy is nagenoeg gelijk aan het door Schadenberg genoemde prijsniveau in de e-mail van 24 mei 2016. Op deze basis kan worden vermoed dat Van Venrooy bij de bepaling van haar marktgedrag rekening heeft gehouden met de informatie die zij ontvangt van Schadenberg.⁷³ Daarbij is relevant dat Van Venrooy op het moment dat zij de instructie van Schadenberg ontvangt, nog niet zelfstandig haar offerte heeft bepaald.⁷⁴ Gelet hierop neemt de ACM aan dat Van Venrooy in haar daaropvolgende marktgedrag (het indienen van de offerte) rekening houdt met de informatie en instructie die Schadenberg stuurt in de e-mail van 24 mei 2016.
56. Uit deze handelingen blijkt dat Schadenberg en Van Venrooy hun inschrijfgedrag, waaronder de inschrijfprijzen op het project van Zaender Horn, afstemmen. Zowel Schadenberg als Van Venrooy geven geen alternatieve verklaring voor het gedrag.⁷⁵ Schadenberg en Van Venrooy verklaren niet wat de e-mail van 24 mei 2016 zou behelzen, anders dan een onderlinge afstemming, of waarom Van Venrooy voor nagenoeg dezelfde prijzen inschrijft als in de e-mail van 24 mei 2016.
57. Partijen hebben met hun gedragingen de gemeenschappelijke wil te kennen gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen en daarmee bewust de normale en gebruikelijke risico's van onderlinge concurrentie beperkt. Er is contact geweest tussen concurrenten, strekkende tot wederzijdse onthulling van voorgenomen marktgedrag en beïnvloeding van elkaars marktgedrag. Tussen partijen is daarom sprake van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging.

Zienswijze

58. Met hun zienswijzen betwisten Schadenberg en Van Venrooy dat er sprake is van een overeenkomst en/of een onderling afgestemd feitelijke gedraging. Schadenberg en Van Venrooy stellen zich op het standpunt dat de e-mail van 24 mei 2016 geen instructie bevat. Dit zou blijken uit het feit dat de e-mail geen duidelijke instructie bevat op het gebied van de inschrijfprijs en dat de e-mail niet is uitgevoerd.⁷⁶
59. De stelling van Schadenberg en Van Venrooy treft geen doel omdat het in de eerste plaats voor de vraag of sprake is van een onderling afgestemde gedraging of overeenkomst niet doorslaggevend is of de e-mail van 24 mei 2016 moet worden gezien als een *instructie*. De door Schadenberg gestuurde e-mail betrof namelijk informatie op basis waarvan de onderlinge concurrentie tussen Schadenberg en Van Venrooy in potentie is verminderd. Het gaat erom of het contact Schadenberg en Van Venrooy de mogelijkheid heeft geboden om rekening te houden met de informatie die is uitgewisseld. Zonder tegenbewijs kan de ACM – volgens vaste jurisprudentie – ervan uitgaan dat hiervan sprake is. Partijen hebben de mogelijkheid om dit vermoeden te weerleggen door bijvoorbeeld aan te tonen dat de informatie niet is ontvangen. Ook kan een onderneming het vermoeden van zijn deelname aan een onderling afgestemde

⁷³ College van Beroep voor het bedrijfsleven van 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*WMO Friesland*), r.o. 6.2.1.

⁷⁴ College van Beroep voor het bedrijfsleven van 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*WMO Friesland*), r.o. 6.2.1.

⁷⁵ Hoorzittingsverslag 6 februari 2020, ACM/UIT/530393, p. 18-20, 25, 26-28.

⁷⁶ Schriftelijke zienswijze Schadenberg, ACM/IN/454840, p. 15-17; schriftelijke zienswijze Van Venrooy, ACM/IN/456585, p. 5-6, 21-23, 24-25.

feitelijke gedraging weerleggen door aan te tonen dat zij zich heeft gedistantieerd van die gedraging. Daar is in dit geval geen sprake van. Uit de feiten blijkt juist dat Van Venrooy bewust heeft rekening gehouden met de uitgewisselde informatie. Dit wordt tevens geïllustreerd door het feit dat Van Venrooy, nadat zij het bericht van Zaender Horn ontving te zijn afgevallen in de onderhandse aanbesteding, contact opneemt met Schadenberg over de stand van zaken in de aanbesteding.⁷⁷

60. Overigens acht de ACM de instructie van Schadenberg ten aanzien van de inschrijfprijs duidelijk. Uit de e-mail blijkt dat het gaat om de prijzen waartegen Van Venrooy dient in te schrijven bij de aanbesteding Zaender Horn. Dat het om andere prijzen in het kader van de aanbesteding Zaender Horn zou gaan, zoals Van Venrooy stelt,⁷⁸ is niet aannemelijk.
61. Daarnaast blijkt, gelet op de feitelijke gang van zaken bij de aanbesteding Zaender Horn, dat Van Venrooy de instructie ook uitvoert.
62. Ten aanzien van de stelling van Van Venrooy dat er geen sprake is uitvoering van de instructie, omdat de calculatieafdeling van Van Venrooy de inschrijfprijs zelfstandig zou hebben bepaald (de e-mail zou door de heer [C] ter kennisneming aangenomen zijn en nooit intern zijn gecommuniceerd) stelt de ACM het volgende vast.⁷⁹ Zoals blijkt uit de vastgestelde feiten, is het niet aannemelijk dat de calculatieafdeling haar prijs zelfstandig heeft bepaald.⁸⁰ Feit is dat als direct gevolg van de e-mail van 24 mei 2016 Van Venrooy inschrijft op de aanbesteding van Zaender Horn - zonder dat zij vraagt aan Schadenberg wat de bedoeling is van deze e-mail en zonder dat zij zich distantieert - tegen hetzelfde prijsniveau als in de e-mail voorgesteld. Dat de prijzen een aantal euro verschillen, doet daar niet aan af.
63. Ook de stelling van Van Venrooy dat de instructie niet is uitgevoerd, omdat zij anders dan in de e-mail van 24 mei 2016 niet op 25 maar op 31 mei 2016 inschrijft, slaagt niet.⁸¹ Uit de e-mail van Schadenberg blijkt namelijk dat het de bedoeling van de betrokken ondernemingen was om niet tegelijkertijd in te schrijven, zodat Zaender Horn in veronderstelling bleef dat zij vier concurrentiële offertes zou ontvangen.

Conclusie

64. Gelet op het voorgaande stemmen Schadenberg en Van Venrooy hun marktgedrag af bij de aanbesteding Zaender Horn en is sprake van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging.

⁷⁷ Dossierstuk 52 bijlage 3, ACM/UIT/512581, p. 3-4; dossierstuk 53 bijlage 20, ACM/UIT/512584, p. 3-4.

⁷⁸ Het zou namelijk kunnen gaan om andere prijzen in het kader van de aanbesteding Zaender Horn (i) de begrotingsprijzen van Zaender Horn (ii) de prijzen van Schadenberg of (iii) prijzen die Van Venrooy zou moeten hanteren of (iv) andersoortige prijzen. Zie ook hoorzittingsverslag 6 februari 2020, ACM/UIT/530393, p. 17.

⁷⁹ Schriftelijke zienswijze Van Venrooy, ACM/IN/456585, p. 5-6.

⁸⁰ Uit de verklaring van [C] blijkt overigens dat voorafgaand aan de calculatie een advies wordt gemaakt dat aan de calculatieafdeling wordt gestuurd. Gelet hierop is het normaal dat er contact is tussen degene die contact heeft met de klant en de calculatieafdeling. Zie dossierstuk 31, ACM/UIT/512743, p. 10.

⁸¹ Schriftelijke zienswijze Van Venrooy, ACM/IN/456585, p. 9.

5.3 Strekkingsbeperking

65. Van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw is sprake indien de afstemming tussen partijen ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.⁸²
66. Bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen worden geacht naar hun aard schadelijk te zijn voor een goede werking van de normale mededinging.⁸³ Bij die vormen van coördinatie is sprake van een strekkingsbeperking. Uit vaste rechtspraak volgt dat strekkingsbeperkingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht.⁸⁴
67. Volgens vaste rechtspraak moet bij de beoordeling of er sprake is van een strekkingsbeperking, worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen van de coördinatie en de economische en juridische context waarbinnen deze coördinatie heeft plaatsgevonden. Bij de beoordeling van die context moet met name rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markten.⁸⁵
68. De analyse van de economische en juridische context waarbinnen de coördinatie heeft plaatsgevonden kan worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om te kunnen vaststellen dat de strekking van het gedrag mededingingsbeperkend is.⁸⁶ Wanneer sprake is van een strekkingsbeding, hoeven de gevolgen niet te worden onderzocht en is de merkbaarheid van de afstemming gegeven.⁸⁷ Uit vaste rechtspraak blijkt dat een vorm van coördinatie alleen niet onder het kartelverbod valt wanneer zij de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt.⁸⁸ De vraag of en in welke mate een mededingingsbeperkend gevolg daadwerkelijk intreedt, kan slechts relevant zijn voor de vaststelling van de hoogte van de boete.⁸⁹
69. De gedragingen die het onderwerp vormen van dit besluit vinden plaats in het kader van een aanbesteding. Zoals aangegeven in hoofdstuk 4 is het doel van een aanbesteding om verschillende aanbieders zelfstandig hun inschrijving te laten bepalen en onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht.
70. In dat kader is het zelfstandigheidsvereiste van belang. Zoals in paragraaf 5.2 vermeld, houdt het zelfstandigheidsvereiste in dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de markt zal voeren. Het contact tussen ondernemingen mag niet tot doel hebben dat het

⁸² Zie College van Beroep voor het bedrijfsleven 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:151 (*Taxi's*), r.o. 9.3.6.

⁸³ Zie College van Beroep voor het bedrijfsleven 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:151 (*Taxi's*), r.o. 9.3.6. met verwijzing naar Europese rechtspraak: Hof van Justitie EU van 11 september 2014 C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires*), r.o. 49 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook Hof van Justitie EU van 20 januari 2016, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26 (*Toshiba*), r.o. 26.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld Hof van Justitie EU 30 januari 2020, C 307/18, ECLI:EU:C:2020:52 (*Generics*) r.o. 64; Hof van Justitie EU van 16 juli 2015, C-172/14, ECLI:EU:C:2015:484 (*ING Pensii*), r.o. 31.

⁸⁵ Hof van Justitie EU van 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires*), r.o. 53, 78.

⁸⁶ Hof van Justitie EU van 20 januari 2016, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26 (*Toshiba*), r.o. 29.

⁸⁷ Hof van Justitie EU van 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires*), r.o. 52; Gerecht EU van 24 september 2019, T-105/17, ECLI:EU:T:2019:675 (*HSBC*), r.o. 56-57.

⁸⁸ College van Beroep voor het bedrijfsleven van 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:151 (*Taxi's*), r.o. 5.3.3; Hof van Justitie EU van 13 december 2012, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*), r.o. 16 e.v.; Hof van Justitie EG van 9 juli 1969, 5/69, ECLI:EU:C:1969:35 (*Völk v. Vervaecke*), r.o. 7.

⁸⁹ Hof van Justitie EG van 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 31.

marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent wordt beïnvloed. Ook het informeren van een concurrent van aangenomen of voorgenomen marktgedrag kan een overtreding zijn van artikel 6, eerste lid, Mw, indien daarmee de onzekerheid omtrent het zelfstandige marktgedrag van ondernemingen wordt verkleind.⁹⁰

71. Ook binnen de context van een aanbesteding dienen aanbidders steeds zelfstandig hun marktgedrag te bepalen. Een opdrachtgever (zoals Zaender Horn) heeft dan ook – gelet op de door hem nagestreefde concurrentie en daaruit voortvloeiende keuzemogelijkheid tussen ingediende offertes – de gerechtvaardigde verwachting dat inschrijvende ondernemingen zelfstandig opereren. Dit betekent – volgens vaste jurisprudentie – dat het zelfstandigheidsvereiste er in een aanbestedingscontext aan in de weg staat dat partijen elkaar op de hoogte stellen van het feit dat ze gaan inschrijven,⁹¹ tegen welke prijs zij gaan inschrijven, of dat zij anderszins informatie geven over de offerte waarmee zij gaan inschrijven.⁹²
72. Op het moment dat genodigde partijen bij een aanbesteding hun gedrag niet zelfstandig bepalen en afspraken maken over de inschrijvingen, tast dit het beoogde concurrentieproces in de kern aan. Het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie in de context van aanbestedingen wordt dan ook geacht naar zijn aard schadelijk te zijn voor de mededinging en derhalve ertoe strekt de mededinging te beperken. De ervaring leert immers dat dit over het algemeen het geval is.⁹³
73. Dit laat onverlet dat het aan de ACM is om te bewijzen dat ook in de specifieke context van het geval sprake is van een strekkingsbeperking.⁹⁴ De ACM gaat daarom hieronder in op de context van de gedragingen in het kader van de aanbesteding Zaender Horn.

Toepassing

74. Zoals hierboven in paragraaf 5.2 vastgesteld stellen betrokken partijen hun inschrijfgedrag niet zelfstandig vast, maar stemmen zij hun marktgedrag af. Ook in de context van de aanbesteding Zaender Horn beïnvloedt deze afstemming de mededinging in potentie in die mate nadelig dat zij wordt geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben.
75. Opdrachtgever Zaender Horn nodigt voor de aanbesteding vier partijen uit om een offerte in te dienen.⁹⁵ Het doel daarvan is om de verschillende aanbidders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. In dat geval is het de bedoeling dat de vier partijen concurrentiedwang van elkaar ondervinden en zelfstandig de afweging maken of zij willen inschrijven, en zo ja, op

⁹⁰ College van Beroep voor het bedrijfsleven van 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 (*Taxi's*), r.o. 9.3.1; Hof van Justitie EG van 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 33.

⁹¹ Gerecht EG van 21 februari 1995, T-29/92, ECLI:EU:T:1995:34 (*SPO / Commissie*), r.o. 116.

⁹² College van Beroep voor het bedrijfsleven van 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*); Rechtbank Rotterdam 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4738 (*Limburgse bouw*).

⁹³ College van Beroep voor het bedrijfsleven van 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*); College van Beroep voor het bedrijfsleven 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*WMO Friesland*); Rechtbank Rotterdam 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4738 (*Limburgse bouw*); Zie ook de zaken van andere toezichthouders: Gerecht EU 16 juni 2011, T-208/08 en 7-209/09 ECLI:EU:T:2011:287 (*Internationale verhuisdiensten*); Competition Appeals Tribunal 11 maart 2011, 2011 CAT 3 (*Kier Group e.a./OFT*).

⁹⁴ Hof van Justitie EU 2 april 2020, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265 (*Budapest Bank*), r.o. 76, zie Concl. A-G M. Bobek, EU:C:2019:678, C 228/18, punten 41-49, in het bijzonder punt 48; Hof van Justitie EU 30 januari 2020, C 307/18, ECLI:EU:C:2020:52 (*Generics*), r.o. 62-65.

⁹⁵ Zaender Horn heeft gedurende het offerteproces geen andere spelers willen uitnodigen.

welke wijze zij dit willen doen. Het concurrentiespeelveld is (in beginsel) dan ook beperkt tot deze vier partijen.⁹⁶

76. Schadenberg en Van Venrooy bepalen hun marktgedrag echter niet zelfstandig, maar stemmen hun gedrag onderling af. De e-mail die Schadenberg op 24 mei 2016 stuurt bevat concurrentiegevoelige informatie en een duidelijke instructie voor Van Venrooy om haar offerte op een manier op te stellen die Schadenberg in staat stelt om haar gedrag daarop af te stemmen. Uit het dossier blijkt niet dat Van Venrooy op deze mail reageert. Wel handelt Van Venrooy overeenkomstig de instructies van Schadenberg en schrijft vervolgens ook in met een inschrijfprijs die nagenoeg overeenkomt met het verzoek van Schadenberg.
77. Hiermee maken partijen niet zelfstandig de afweging of zij inschrijven.⁹⁷ Daarnaast vindt afstemming plaats op het gebied van de bij deze aanbesteding belangrijkste concurrentieparameter, de prijs. Zaender Horn besluit dan ook na het ontvangen van de offertes dat Van Venrooy meteen afvalt vanwege de hoge inschrijfprijs. Van Venrooy krijgt geen kans om een nieuwe offerte in te dienen.
78. Inherent aan afstemming van inschrijfgedrag, waaronder afstemming op het gebied van de prijs, is dat het aantal concurrerende inschrijvingen wordt beperkt. De heimelijke afstemming tast het concurrentieproces direct aan en daarmee wordt de opdrachtgever misleid. De mate van concurrentie die Zaender Horn voor ogen heeft, wordt namelijk niet behaald. Zaender Horn denkt vier concurrerende biedingen te ontvangen, maar ontvangt één niet-concurrerend bod.
79. Daarmee zijn de risico's die eigen zijn aan het concurrentieproces bij aanbestedingen door Schadenberg en Van Venrooy (deels) weggenomen. De concurrentie tussen Schadenberg en Van Venrooy is immers vervangen door een feitelijke afstemming van marktgedrag. Beide zijn op de hoogte van het feit dat zij gaan inschrijven en wisten in ieder geval tegen welk prijsniveau Van Venrooy zou gaan inschrijven. Schadenberg kon haar inschrijfprijs bepalen in de veronderstelling dat Van Venrooy een hogere prijs zou opnemen in haar offerte. Daardoor wist Schadenberg dat zij één concurrent minder had.⁹⁸
80. Nu er één niet concurrerend bod ligt en de risico's voor partijen (deels) zijn weggenomen heeft de afstemming in potentie een prijsopdrijvend effect.⁹⁹
81. Gelet op het voorgaande is er sprake van een afstemming die zowel kenmerken heeft van een marktverdeling als een prijsafsprake.¹⁰⁰ Dergelijke afstemming heeft in de bovengenoemde context een mededingingsbeperkende strekking.¹⁰¹ Nu twee van de vier inschrijvers hun gedrag tijdens de aanbesteding Zaender Horn afstemmen, staat ten slotte vast dat zij niet een dermate zwakke positie innemen dat de afstemming in slechts zeer geringe mate invloed heeft op de mededinging. De concurrentie is dan ook potentieel in meer dan geringe mate aangetast. De

⁹⁶ College van Beroep voor het bedrijfsleven 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 5.3.4, 5.3.6.

⁹⁷ Gerecht EG van 21 februari 1995, T-29/92, ECLI:EU:T:1995:34 (*SPO / Commissie*), r.o. 116.

⁹⁸ College van Beroep voor het bedrijfsleven 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 5.3.4, 5.3.6.

⁹⁹ Dit prijsopdrijvend effect kan worden veroorzaakt doordat Schadenberg bij haar prijsstelling minder onzekerheid heeft gelet op de bekende prijs van Van Venrooy, waardoor zij hoger zal inschrijven dan in het geval zij deze zekerheid niet had gehad. Ook Van Venrooy had bij het ontbreken van de zekerheid mogelijk lager ingeschreven. Nu één concurrerend bod ontbreekt terwijl Zaender Horn daar niet van op de hoogte is, is de kans om een andere partij uit te nodigen die in concurrentie een prijs had vastgesteld ook weggenomen.

¹⁰⁰ College van Beroep voor het bedrijfsleven 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 7.3.3.

¹⁰¹ Hof van Justitie EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*), r.o. 37.

ACM stelt bovendien vast dat de bagatelbepaling, zoals neergelegd in artikel 7 Mw, niet van toepassing is.¹⁰²

Zienswijze

82. Schadenberg en Van Venrooy stellen dat de ACM onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de juridische en economische context waarbinnen de gedragingen hebben plaatsgevonden. De ACM volgt deze stelling van partijen niet. Zij zal hieronder per argument van partijen uiteenzetten waarom dit niet het geval is.
83. De ACM beperkt de markt volgens partijen ten onrechte tot de vier geselecteerde partijen, mede gelet op het feit dat van te voren niet duidelijk is hoeveel partijen zijn uitgenodigd en daadwerkelijk inschrijven.¹⁰³
84. De ACM volgt dit standpunt van partijen niet. Zaender Horn kiest er namelijk voor vier partijen uit te nodigen en wil van deze vier partijen ook echt een inschrijving ontvangen.¹⁰⁴ Dat partijen op voorhand niet of niet volledig op de hoogte waren van het aantal en de identiteit van alle ondernemingen die voor de aanbesteding waren uitgenodigd, is geen aanleiding om uit te gaan van een ruimere markt.¹⁰⁵ Bij een aanbesteding maken partijen van te voren een inschatting van het concurrentieveld. Partijen waren er in ieder geval van op de hoogte dat zij beiden gingen inschrijven. Zoals Zaender Horn en het DIAC aangeven is het bij dit soort onderhandse aanbestedingen gebruikelijk dat drie à vier partijen worden uitgenodigd.¹⁰⁶ Dit zullen partijen meenemen in die inschatting. De ACM kan er dan ook van uitgaan dat het concurrentieproces zich beperkt tot de vier uitgenodigde partijen bij de aanbesteding Zaender Horn.
85. Schadenberg stelt daarnaast dat de ACM de concurrentieparameters niet goed in kaart heeft gebracht, omdat de offerteprijzen die zijn uitgewisseld in het kader van de aanbesteding van beperkte waarde zijn voor de concurrentie. De opdrachtgever Zaender Horn geeft partijen namelijk de mogelijkheid op meerdere momenten in het proces de prijzen aan te passen.¹⁰⁷ De ACM volgt deze redenering van Schadenberg niet. Zaender Horn besluit, nadat de vier partijen hebben ingeschreven, Van Venrooy af te laten vallen gelet op de hoge inschrijfprijs. Hieruit blijkt dat de op dat moment afgestemde inschrijfprijs invloed heeft gehad op het concurrentieproces. Hoe het proces verder is verlopen en op welke wijze Zaender Horn nieuwe concurrentiemomenten heeft gecreëerd doet hieraan niet af.
86. Ten slotte stelt Van Venrooy dat de ACM ten onrechte niet heeft gekeken naar het contact tussen het DIAC en Schadenberg. Dat contact is volgens Van Venrooy

¹⁰² De gezamenlijke omzet van betrokken partijen overschrijdt de bagateldrempel uit artikel 7, eerste lid Mw, niet. Betrokken partijen beschikken over een gezamenlijk marktaandeel dat ruim boven de 10% ligt (artikel 7, tweede lid, Mw). De markt is immers beperkt tot de individuele aanbesteding en twee van de vier inschrijvende partijen zijn betrokken bij de overtreding die in dit besluit centraal staat. Zie in dit kader de uitspraak van College van Beroep voor het bedrijfsleven 12 oktober 2017, ECU:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 6.3.1-6.3.2.

¹⁰³ Schriftelijke zienswijze Schadenberg, ACM/IN/454840, p. 20; Schriftelijke zienswijze Van Venrooy, ACM/IN/457575, p. 27.

¹⁰⁴ Zaender Horn wilde graag meerdere offertes ontvangen en noemt tegenover de genodigden bewust niet de namen van de andere aanbieders, zie dossierstuk 42, ACM/UIT/516859, p. 6.

¹⁰⁵ Uit WhatsApp contact blijkt overigens dat Schadenberg en Van Venrooy op de hoogte waren van het feit dat Wildschut ook uitgenodigd was. Zie dossierstuk 52 bijlage 1, ACM/UIT/512581, p. 3; dossierstuk 53 bijlage 4 en 6, ACM/UIT/512584, p. 3.

¹⁰⁶ Dossierstuk 35, ACM/UIT/513951, p. 11; dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 7.

¹⁰⁷ Schriftelijke zienswijze Schadenberg, ACM/IN/454840, p. 19.

mededingingsbeperkend en heeft erin geresulteerd dat Van Venrooy, Wildschut en Hogendorp geen eerlijke kans hebben op gunning van de opdracht.¹⁰⁸

Wat hier ook van zij, feit is dat het contact tussen het DIAC en Schadenberg plaatsvindt nadat Schadenberg en Van Venrooy hun marktgedrag afstemmen en het concurrentiemoment is verstreken.¹⁰⁹ Het contact tussen het DIAC en Schadenberg heeft dan ook geen invloed op de beslissing van Zaender Horn om het werk niet te gunnen aan Van Venrooy gelet op de hoge prijs. Gelet hierop, acht de ACM het contact niet relevant voor de beoordeling van de gedragingen die centraal staan in dit besluit. Bovendien neemt niet het DIAC, maar Zaender Horn de beslissingen omtrent de gunning van de opdracht.

Conclusie

87. Gelet op het voorgaande is sprake van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging die de strekking heeft de mededinging te beperken.

5.4 Artikel 6, derde lid, Mw

88. In artikel 6, derde lid, Mw is een wettelijke uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw opgenomen. De onderneming die zich op het derde lid beroept, moet bewijzen dat aan de voorwaarden zoals omschreven in dat lid is voldaan.
89. Partijen hebben zich niet beroepen op het derde lid van artikel 6 Mw, althans niet onderbouwd dat zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw. De ACM ziet overigens geen aanleiding voor toepassing van artikel 6, derde lid, Mw.

6 Overtreders

6.1 Juridisch kader

90. De ACM kan een overtreder van artikel 6 Mw beboeten.¹¹⁰ Op grond van artikel 5:1, eerste lid, Awb is degene die de overtreding pleegt overtreder. Daarbij is van belang tot wie het wettelijke voorschrift zich richt.¹¹¹ Artikel 6 Mw richt zich tot ondernemingen.
91. Het begrip 'onderneming' is niet per se hetzelfde begrip als het begrip 'rechtspersoon' dat in het civiele recht wordt gehanteerd. Een onderneming kan ook uit een samenstel van verschillende rechtspersonen bestaan. Het begrip 'onderneming' omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. De onderneming die de overtreding begaat is dus niet noodzakelijkerwijs dezelfde entiteit als de specifieke rechtspersoon binnen een groep waarvan de daar werkzame personen daadwerkelijk aan de kartelgedragingen deelnemen.
92. Uit vaste rechtspraak volgt dat gedrag van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend, wanneer de dochtermaatschappij - hoewel zij

¹⁰⁸ Schriftelijke zienswijze Van Venrooy, ACM/IN/457575, p. 27, 29.

¹⁰⁹ Zie hoofdstuk 4.

¹¹⁰ Zie artikel 56, eerste lid, Mw.

¹¹¹ Memorie van Toelichting bij de vierde tranche Awb, *Kamerstukken II 2003/04 29 702*, nr. 3, p. 77 e.v.

een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft - niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt. Dit gelet op met name economische, organisatorische en juridische banden tussen moeder en dochter, waarbij de dochter de door de moeder verstrekte instructies volgt.¹¹² In dat geval heeft de moedermaatschappij beslissende invloed. Moeder- en dochtermaatschappij vormen in die situatie één economische eenheid en zijn daarom aan te merken als één onderneming in de zin van de Mededingingswet.

93. In het geval waarin een moedermaatschappij 100% van het kapitaal van haar indrukmakende dochtermaatschappij in handen heeft, wordt aangenomen dat deze moedermaatschappij beslissende invloed kan uitoefenen op het gedrag van deze dochter. Er bestaat dan een weerlegbaar vermoeden dat die moeder beslissende invloed uitoefent op het marktgedrag van haar dochter.¹¹³ Dit vermoeden kan de moedermaatschappij weerleggen door te bewijzen dat de dochtermaatschappij zich autonoom op de markt gedraagt.¹¹⁴
94. Het vermoeden van beslissende invloed is ook van toepassing op tussenliggende en uiteindelijke moedermaatschappijen. Dat is het geval indien een houdstermaatschappij alle aandelen van de tussenliggende vennootschap bezit die op haar beurt weer het volledige kapitaal van de inbreukmakende dochtermaatschappij in handen heeft. De houdstermaatschappij heeft beslissende invloed op de tussenliggende vennootschap en daardoor indirect op de dochtermaatschappij.¹¹⁵ De drie ondernemingen behoren dan tot dezelfde economische eenheid en kunnen aansprakelijk worden gesteld voor de inbreuk.¹¹⁶
95. Artikel 6 Mw richt zich tot ondernemingen, maar alleen juridische entiteiten kunnen aansprakelijk worden gesteld voor een inbreuk.¹¹⁷ De ACM moet daarom vaststellen welke juridische entiteiten de onderneming in de zin van de Mw die de overtreding heeft begaan exploiteren.

6.2 Toepassing

96. De ACM rekent de overtredingen toe aan de volgende juridische entiteiten. De ACM gaat uit van de situatie ten tijde van de overtreding.

Toerekening Schadenberg

97. Uit het bewijsmateriaal zoals beschreven in hoofdstuk 4 blijkt dat de inbreukmakende gedragingen plaatsvinden binnen Schadenberg Dakwerken B.V. en Schadenberg Diensten B.V. Deze rechtstreeks bij de gedragingen betrokken rechtspersonen zijn dan ook direct aansprakelijk voor de overtreding.
98. Schadenberg Holding B.V. (thans HS Vastgoed B.V.),¹¹⁸ is ten tijde van de overtreding voor 95,1% aandeelhouder van Schadenberg Dakwerken B.V en 100% aandeelhouder van

¹¹² Hof van Justitie EG 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel*), r.o. 58.

¹¹³ Hof van Justitie EG 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel*), r.o. 60.

¹¹⁴ Hof van Justitie EG 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel*), r.o. 61.

¹¹⁵ Hof van Justitie EU 20 januari 2011, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21 (*General Quimica SA/ Commissie*), r.o. 86-88. Zie ook Gerecht EU 6 maart 2012, ECLI:EU:T:2012:103, T-65/06 (*FLSmidth & Co. A Se*), r.o. 22-23.

¹¹⁶ Hof van Justitie EU 19 juli 2012, C-628/10 P en C-14/11 P, ECLI:EU:C:2012:479 (*Alliance*), r.o.100-106.

¹¹⁷ Artikel 5:1, derde lid, Awb.

¹¹⁸ Schadenberg Holding B.V. heeft haar statutaire naam sinds 28 januari 2020 gewijzigd in HS Vastgoed B.V.en haar vestigingsplaats gewijzigd naar Wijdenes, KvK-nummer 36051404.

Schadenberg Diensten B.V.¹¹⁹ De ACM neemt daarom conform de Europese jurisprudentie aan dat Schadenberg Holding B.V. beslissende invloed uitoefent op het marktgedrag van Schadenberg Dakwerken B.V. en Schadenberg Diensten B.V.¹²⁰

99. Wijdehaeve B.V. is ten tijde van de overtreding 100% aandeelhouder van Schadenberg Holding B.V. (thans HS Vastgoed B.V.).¹²¹ De ACM neemt daarom aan dat Wijdehaeve B.V. beslissende invloed uitoefent op het marktgedrag van Schadenberg Holding B.V. (thans HS Vastgoed B.V.).
100. Gelet op het voorgaande zijn de vier vennootschappen ten tijde van de overtreding onderdeel van één en dezelfde economische eenheid. De ACM rekent daarom de overtreding van Schadenberg toe aan Schadenberg Dakwerken B.V., Schadenberg Diensten B.V., HS Vastgoed B.V. (voorheen Schadenberg Holding B.V.) en Wijdehaeve B.V. Deze rechtspersonen zijn overtreder in de zin van artikel 5:1, eerste lid, Awb.

Toerekening Van Venrooy

101. Uit het bewijsmateriaal zoals beschreven in hoofdstuk 4 blijkt dat de inbreukmakende gedragingen plaatsvinden binnen Van Venrooy West B.V. Deze rechtstreeks bij de gedragingen betrokken rechtspersoon is dan ook direct aansprakelijk voor de overtreding.
102. Van Venrooy Participaties B.V. is ten tijde van de overtreding voor 100% aandeelhouder van Van Venrooy West B.V.¹²² De ACM neemt daarom conform de Europese jurisprudentie aan dat Van Venrooy Participaties B.V. beslissende invloed uitoefent op het marktgedrag van Van Venrooy West B.V.¹²³
103. Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V. is ten tijde van de overtreding 100% aandeelhouder van Van Venrooy Participaties B.V.¹²⁴ De ACM neemt daarom conform de Europese jurisprudentie aan dat Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V. beslissende invloed uitoefent op het marktgedrag van Van Venrooy Participaties B.V.
104. Gelet op het voorgaande zijn de drie vennootschappen onderdeel van één en dezelfde economische eenheid. De ACM rekent daarom de overtreding van Van Venrooy toe aan Van Venrooy West B.V., Van Venrooy Participaties B.V. en Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V. Deze rechtspersonen zijn overtreder in de zin van artikel 5:1, eerste lid, Awb.

¹¹⁹ Dossierstuk 38, ACM/UIT/515589; dossierstuk 41 bijlage 1, p.3; ACM/IN/436533; dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 12.

¹²⁰ Ten overvloede wijst de ACM op het feit dat Schadenberg Holding B.V. ten tijde van de overtreding bestuurder was van de vennootschappen Schadenberg Dakwerken B.V. en Schadenberg Diensten B.V. Zie dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 2 en 3.

¹²¹ Dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 17.

¹²² Dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 33.

¹²³ Ten overvloede wijst de ACM op het feit dat Van Venrooy Participaties B.V. bestuurder is van de vennootschap Van Venrooy West B.V. Dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 34.

¹²⁴ Ten overvloede wijst de ACM op het feit dat Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V. bestuurder is van de vennootschap Van Venrooy Participaties B.V. Zie dossierstuk 54, ACM/IN/438622, p. 43.

7 Sanctie

7.1 Juridisch kader

105. De ACM is op grond van artikel 56 Mw bevoegd een boete op te leggen voor overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mw. De maximale boete bedraagt op grond van artikel 57, eerste lid, Mw (oud) € 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming. Uit artikel 5:46, tweede lid, Awb volgt dat een opgelegde boete evenredig moet zijn gezien de ernst van de overtreding en de mate waarin de overtreding aan de overtreder te verwijten is. De ACM moet daarbij rekening houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.
106. De overtreding vindt plaats in mei 2016. Ten tijde van de overtreding is de Boetebeleidsregel ACM 2014¹²⁵ (hierna: de Boetebeleidsregel) van toepassing. Op grond van deze Boetebeleidsregel stelt de ACM de boete vast in verschillende stappen. Eerst bepaalt de ACM de betrokken omzet.¹²⁶ Vervolgens stelt de ACM een basisboete vast tussen 0 tot 50% van de betrokken omzet van de overtreder.¹²⁷ De ACM stelt het boetebedrag daarna eventueel bij aan de hand van boeteverhogende- en verlagende omstandigheden.¹²⁸ Ten slotte toetst de ACM aan het evenredigheidsbeginsel.

7.2 Betrokken omzet

107. De overtreding vindt plaats tijdens één aanbesteding. In dat geval gaat de ACM bij het vaststellen van de betrokken omzet uit van het bod waartegen de opdracht is verleend, of een evenredig deel daarvan.¹²⁹ In dit geval is het bod waartegen de opdracht is verleend € 121.700.
108. De opdracht is gegund aan Schadenberg. Dat betekent dat de ACM de betrokken omzet van Schadenberg vaststelt op: € 122.000.¹³⁰
109. De opdracht is niet gegund aan Van Venrooy. Bij het vaststellen van de betrokken omzet van Van Venrooy gaat de ACM daarom uit van een evenredig deel van het bod waartegen Schadenberg de opdracht heeft gekregen. Nu er naast Schadenberg nog drie partijen hebben ingeschreven op de aanbesteding, stelt de ACM de betrokken omzet van Van Venrooy vast op $\text{€ } 121.700/3 = \text{€ } 41.000$.¹³¹

¹²⁵ Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (hierna: Boetebeleidsregel ACM 2014).

¹²⁶ Artikel 1.1 en 2.3 Boetebeleidsregel ACM 2014.

¹²⁷ Artikel 2.2 Boetebeleidsregel ACM 2014. De duur van de overtreding komt tot uitdrukking in de betrokken omzet. In dit geval is er sprake van één aanbesteding, komt ook dit tot uitdrukking in de betrokken omzet.

¹²⁸ Artikel 2.8 Boetebeleidsregel ACM 2014.

¹²⁹ Artikel 2.3, derde lid, Boetebeleidsregel ACM 2014.

¹³⁰ De boetegrondslag wordt gelet op artikel 1.2, eerste lid, Boetebeleidsregel afgerond op een veelvoud € 1.000.

¹³¹ Zie Toelichting op de Boetebeleidsregel ACM 2014, artikel 2.3.

7.3 Basisboete

110. De ACM stelt een basisboete vast tussen 0 tot 50% van de betrokken omzet van de overtreder. Bij het vaststellen van deze basisboete houdt de ACM rekening met de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.¹³²
111. De ernst en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd, komen in het percentage tot uitdrukking doordat de ACM gewicht toekent diverse omstandigheden.¹³³
112. Zoals beschreven in hoofdstuk 5 organiseert Zaender Horn een aanbesteding met het oogmerk concurrerende biedingen te ontvangen. Daarbij beoogt Zaender Horn het werk te gunnen aan de partij die het tegen de laagste prijs wil uitvoeren. Met de heimelijke afstemming zorgen partijen ervoor dat Van Venrooy bij de aanbesteding – gelet op haar hoge inschrijfprijs – geen concurrerend bod doet. Daardoor is tussen Schadenberg en Van Venrooy geen sprake meer van werkelijke concurrentiedwang. Deze afstemming vertoont kenmerken van zowel prijsafspraken als marktverdelingsafspraken.¹³⁴
113. Partijen ondermijnen met hun horizontale afstemming het functioneren van de aanbesteding. Daarmee tasten zij het concurrentieproces - buiten het zicht van de opdrachtgever - in de kern aan. Ook kan de afstemming tot een prijsopdrijvend effect leiden. Daarbij neemt de ACM mee dat de gedragingen plaatsvonden tijdens één aanbesteding en er geen structureel gedrag is vastgesteld.¹³⁵
114. Nu de afstemming plaatsvindt tussen twee van de vier inschrijvers, is er sprake van restconcurrentie.¹³⁶ De uitkomst van de aanbesteding is immers niet enkel bepaald door de afstemming door Van Venrooy en Schadenberg.
115. Alle omstandigheden in aanmerking nemende acht de ACM een basisboete van 15% passend. Dit resulteert in de volgende basisboetes:
- Schadenberg: € 18.300,-
Van Venrooy: € 6.150,-

7.4 Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

116. Op grond van de artikelen 2.9 en 2.10 van de Boetebeleidsregel verhoogt of verlaagt de ACM de boete indien daar gelet op de omstandigheden aanleiding voor is.

¹³² Artikel 2.2 Boetebeleidsregel ACM 2014. De duur van de overtreding komt tot uitdrukking in de betrokken omzet. In dit geval is er sprake van één aanbesteding, komt ook dit tot uitdrukking in de betrokken omzet.

¹³³ Toelichting bij Boetebeleidsregel ACM 2014 onder 'Overtredingen met als basisboete een percentage van de betrokken omzet.

¹³⁴ College van Beroep voor het bedrijfsleven 12 oktober 2017, ECU:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 7.3.3.

¹³⁵ College van Beroep voor het bedrijfsleven 12 oktober 2017, ECU:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 7.3.3; College van Beroep voor het bedrijfsleven 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:141 (*Limburgse bouw*), r.o. 6.2.

¹³⁶ College van Beroep voor het bedrijfsleven 12 oktober 2017, ECU:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 7.3.4, College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:186 (*Meel*), r.o. 12.3.8; College van Beroep voor het bedrijfsleven 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:527 (*Zeescheepsafval*), r.o. 9.3.6-9.3.7.

Zienswijze

117. Van Venrooy stelt dat de ACM een boeteverlaging dient toe te passen gelet op haar passieve rol bij de afspraak en gelet op de omstandigheid dat zij door het contact tussen het DIAC en Schadenberg zou zijn benadeeld.¹³⁷
118. De ACM volgt het standpunt van Van Venrooy niet, nu uit de gedragingen zoals vastgesteld in hoofdstuk 4 en 5 volgt dat Van Venrooy geen passieve rol speelt bij de afspraak. Daarnaast heeft, zoals in paragraaf 5.3 besproken, het contact tussen DIAC en Schadenberg geen invloed op de afstemming die plaatsvindt tussen Schadenberg en Van Venrooy. Er is dan ook geen grond om de boete te verlagen.

Conclusie

119. De ACM ziet geen aanleiding om boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.

7.5 Toetsing aan het wettelijke boetemaximum

120. De ACM kan voor een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw maximaal een boete opleggen van € 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming. De ACM stelt vast dat het boetemaximum bij zowel Schadenberg als Van Venrooy niet wordt overschreden.

7.6 Conclusie

121. Gelet op het voorgaande acht de ACM de boetes passend en evenredig. Gelet op de Boetebeleidsregel wordt de boete afgerond op een veelvoud van € 500.¹³⁸ De ACM stelt de boetes daarom vast op:

Schadenberg: € 18.000,-
Van Venrooy: € 6.000,-

¹³⁷ Schriftelijke zienswijze Van Venrooy, ACM/IN/457575, p.31.

¹³⁸ Artikel 1.2, tweede lid, Boetebeleidsregel ACM 2014.

8 Besluit

- I. De Autoriteit Consument en Markt:
 - legt een boete van € 18.000 op aan, Schadenberg Dakwerken B.V., Schadenberg Diensten B.V., en Wijedehaeve B.V., allen statutair gevestigd te Hem, en HS Vastgoed B.V., statutair gevestigd te Wijdenes, voor een overtreding van artikel 6 Mw, waarbij alle rechtspersonen aansprakelijk zijn voor het geheel.
 - legt een boete van € 6.000 op aan, Van Venrooy West B.V., Van Venrooy Participaties B.V., en Stichting Administratiekantoor Van Venrooy B.V., allen statutair gevestigd te Hoogeveen, voor een overtreding van artikel 6 Mw, waarbij alle rechtspersonen aansprakelijk zijn voor het geheel.

- II. Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde (rechts-)personen afzonderlijk.

Den Haag, **16 juni 2020**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.

mr. T.M. Snoep
bestuursvoorzitter

Als u belanghebbende bent, kunt u schriftelijk bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.