



Besluit

Ons kenmerk : ACM/UIT/543957
Zaaknummers : ACM/20/041396 en ACM/20/041377
Datum : **9 november 2020**

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) op de bezwaren van Van Venrooy West B.V., Van Venrooy Participaties B.V., Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V. (samen: Van Venrooy) en Schadenberg Dakwerken B.V., Schadenberg Diensten B.V., Wijedehaeve B.V. en HS Vastgoed B.V. (samen: Schadenberg) tegen het sanctiebesluit van 16 juni 2020 (kenmerk ACM/UIT/531680) tot vaststelling van een overtreding van artikel 6 Mededingingswet.

Samenvatting

Bij besluit van 16 juni 2020 stelde de ACM vast dat de ondernemingen Schadenberg en Van Venrooy bij een aanbesteding hun inschrijfgedrag afstemden. Daarmee handelden zij in strijd met artikel 6 van de Mededingingswet. Partijen moeten bij een aanbesteding namelijk onafhankelijk van elkaar inschrijven. De ACM legde daarom boetes aan Schadenberg en Van Venrooy op van respectievelijk EUR 18.000 en EUR 6.000.

Schadenberg en Van Venrooy hebben onder meer bezwaar gemaakt tegen de manier waarop de ACM onderzoek deed, de vaststelling van de overtreding en de hoogte van de boete.

Ook na heroverweging vindt de ACM dat Schadenberg en Van Venrooy in strijd handelden met artikel 6 van de Mededingingswet. De ACM houdt het sanctiebesluit – onder aanvulling van de motivering – dan ook in stand.

Inhoudsopgave

1	Procedure	3
2	Bezwaargronden en beoordeling door de ACM	3
2.1	Het bewijs en het uitgevoerde onderzoek	3
2.1.1	Argumenten van partijen	3
2.1.2	Beoordeling door de ACM	4
2.2	De juridische en economische context	8
2.2.1	Argumenten van partijen	8
2.2.2	Beoordeling door de ACM	8
2.3	De kwalificatie als overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging	10
2.3.1	Argumenten van partijen	10
2.3.2	Beoordeling door de ACM	10
2.4	De strekking van de gedragingen	12
2.4.1	Argumenten van partijen	12
2.4.2	Beoordeling door de ACM	12
2.5	De marktafbakening, de bagatelvoorziening en de mate van beïnvloeding van de markt	14
2.5.1	Argumenten van partijen	14
2.5.2	Beoordeling door de ACM	14
2.6	De boetehoogte	16
2.6.1	Argumenten van partijen	16
2.6.2	Beoordeling door de ACM	17
3	Conclusie	19
4	Verzoeken vergoeding proceskosten	19
5	Besluit	20

1 Procedure

1. In het sanctiebesluit (het bestreden besluit) heeft de ACM boetes opgelegd aan Schadenberg en Van Venrooy wegens overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw). Zaender Horn hield in 2016 een onderhandse aanbesteding voor de renovatie van een dak. Schadenberg en Van Venrooy, twee van de vier uitgenodigde ondernemingen, stemden hun inschrijfgedrag met elkaar af. De gedragingen tastten direct het concurrentieproces aan.
2. Zowel Schadenberg als Van Venrooy maken bezwaar tegen het sanctiebesluit. Op 23 september 2020 vond een hoorzitting plaats op het kantoor van de ACM. Van de hoorzitting is een verslag¹ gemaakt dat op 15 oktober 2020² aan partijen is toegezonden. Zij zijn in de gelegenheid gesteld hierop te reageren.

2 Bezwaargronden en beoordeling door de ACM

3. Hierna volgt per onderwerp een samenvatting van de argumenten van Schadenberg en Van Venrooy en een beoordeling daarvan. De argumenten betreffen het bewijs voor de gedragingen en het daaraan ten grondslag liggende onderzoek (2.1), de juridische en economische context (2.2), de kwalificatie van de gedragingen als overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging (2.3), de kwalificatie van de gedragingen als strekkingsbeperking (2.4), de marktafbakening en de toepasselijkheid van artikel 7 van de Mw (2.5) en de hoogte van de opgelegde boetes (2.6).

2.1 Het bewijs en het uitgevoerde onderzoek

2.1.1 Argumenten van partijen

4. Schadenberg en Van Venrooy bestrijden de conclusies van de ACM over het feitelijk verloop van het contact tussen beide ondernemingen.³ De ACM trekt volgens hen onjuiste conclusies uit het bewijs. Er was volgens partijen geen sprake van een instructie van Schadenberg aan Van Venrooy. Als er al sprake was van een instructie, dan is deze niet opgevolgd. Er zitten zowel qua prijs, inhoud, als datum van indiening afwijkingen tussen de informatie in de e-mail van Schadenberg van 24 mei 2016 en de offerte die Van Venrooy indiende. Daarnaast blijkt uit de administratie van Van Venrooy dat die offerte en de daarin opgenomen prijzen zelfstandig tot stand zijn gekomen. De ACM deed hiernaar onvoldoende onderzoek, en liet na de heren [A] (Schadenberg) en [B] (Van Venrooy) te horen over een mogelijke alternatieve verklaring voor de betreffende e-mail. Het contact dat na de gunning tussen Van Venrooy en Schadenberg plaatshad, duidt volgens partijen evenmin op een instructie. Hieruit blijkt alleen dat Van Venrooy achteraf naar de stand van zaken van het offerteproces informeert.
5. Verder betoogt Van Venrooy dat de ACM onvoldoende onderzoek deed naar de rol van het Dak informatie- en adviescentrum (DIAC) bij het offerteproces. De ACM verbindt onjuiste conclusies aan de DIAC-rapportage die Zaender Horn meestuurde bij de offerteaanvraag. Daarnaast had de ACM meer onderzoek moeten doen naar de contacten tussen het DIAC en Schadenberg.

¹ Kenmerk ACM/UIT/542795.

² Kenmerk ACM/UIT/542888 (Schadenberg) en kenmerk ACM/UIT/542887 (Van Venrooy).

³ Bezwaargronden Van Venrooy, rn. 13 t/m 56; bezwaargronden Schadenberg, rn. 65 t/m 70.

Volgens Van Venrooy is het gelet op deze contacten de vraag of er wel reële concurrentie is geweest bij het offerteproces.⁴

2.1.2 Beoordeling door de ACM

6. De ACM bespreekt hierna eerst de bezwaren van partijen tegen de bewijsmiddelen op basis waarvan in het bestreden besluit is geconcludeerd dat sprake is geweest van afstemming tussen partijen. Daarna bespreekt de ACM de alternatieve verklaringen die partijen hebben aangevoerd ten aanzien van deze gedragingen.

Het bewijs voor de afstemming

7. Eén van de centrale bewijsmiddelen in het bestreden besluit betreft een e-mail van 24 mei 2016 van Schadenberg aan Van Venrooy.⁵ Deze e-mail bestaat uit de volgende onderdelen:

A.	<i>Beste [B],</i>
B.	<i>Als bijlage onze werkomschrijving voor het project aan de Basisweg te Amsterdam.</i>
C.	<i>Wil je hier een soortgelijke offerte (conform diac rapport) in een Van Venrooy jasje mailen naar de opdrachtgever?</i>
D.	<i>Werkzaamheden incl sloop en asbest + nieuw volledig verkleefd pakket €157.450,00 Lichtkoepels (gepantserd) per stuk tegen prijs van € 485,00</i>
E.	<i>Liefst niet vandaag, maar morgen doormailen, wij zetten de offerte straks door namelijk. De opdrachtgever is sowieso met vakantie dus dat maakt niet veel uit.</i>
F.	<i>Alvast bedankt voor de moeite! J Groet [C]</i>

8. [B] (de heer [B]) is [functie] bij Van Venrooy en is de geadresseerde van de e-mail (onderdeel A). De Basisweg te Amsterdam verwijst naar het adres van het gebouw van Zaender Horn waarvan het dak moet worden gerenoveerd (onderdeel B). Schadenberg vraagt Van Venrooy een offerte in te dienen bij Zaender Horn (onderdeel C). Schadenberg noemt prijzen voor de werkzaamheden en lichtkoepels (onderdeel D). De gewenste timing voor het indienen van de offerte staat ook in de e-mail (onderdeel E). [C] (de heer [C]) is een medewerker van Schadenberg die de e-mail opstelde en verzond (onderdeel F). In de bijlage bij deze e-mail bevindt zich een offerte van Schadenberg voor het renovatieproject van Zaender Horn, waarin (alleen) de prijsinformatie ontbreekt.
9. Uit de e-mail blijkt dat Schadenberg Van Venrooy verzoekt tegen een bepaalde prijs een offerte in te dienen bij Zaender Horn. De prijzen in onderdeel D zien duidelijk op prijzen die Van Venrooy bij de indiening van haar offerte zou moeten gebruiken. Dat volgt uit het feit dat het voorgaande onderdeel C en het volgende onderdeel E beide gaan over de indiening van een offerte door Van Venrooy, en uit de bijgevoegde offerte van Schadenberg voor het project Zaender Horn.
10. Schadenberg dient haar offerte op 24 mei 2016 in met een prijs voor de werkzaamheden van EUR 139.800 (ex btw). Die prijs is (zo'n tien procent) lager dan de prijs die Schadenberg Van Venrooy verzoekt te hanteren. De offerte die Van Venrooy indient op 31 mei 2016 bevat een prijs voor de werkzaamheden van EUR 157.460 (ex btw). Dit is – op een tientje na – de prijs waarmee Schadenberg Van Venrooy verzocht in te schrijven. Ook de prijs voor de lichtkoepels in de offerte is – op twee euro na – hetzelfde als de in de e-mail genoemde prijs.⁶

⁴ Hoorzittingsverslag, ACM/UIT/542795, p. 14.

⁵ Dossierstuk 52, ACM/UIT/512581, bijlage 2, p. 3; dossierstuk 53, ACM/UIT/512584, bijlage 8, p. 3.

⁶ Zie ook rn. 35 van het bestreden besluit en de aldaar aangehaalde bewijsmiddelen.

11. De e-mail kan in dit licht niet anders worden geïnterpreteerd dan dat Schadenberg ervoor wilde zorgen dat Van Venrooy een offerte met een hogere prijs dan Schadenberg indient. Van Venrooy ging hierin mee en heeft op geen enkele manier aan Schadenberg te kennen gegeven dit niet te doen.
 12. Dat Van Venrooy niet op de e-mail van Schadenberg antwoordde, zoals Schadenberg stelt, doet aan het voorgaande niet af. Uit de feiten blijkt immers dat Van Venrooy opvolging gaf aan de instructie door met hetzelfde prijsniveau in te schrijven. In dit kader is relevant dat Van Venrooy direct na ontvangst van het bericht dat de opdracht niet aan haar zou worden gegund, contact opnam met Schadenberg over de aanbesteding. Van Venrooy stuurde zo'n drie kwartier na ontvangst van dit bericht een e-mail aan Schadenberg om naar de stand van zaken te informeren.⁷ Dit bevestigt dat Schadenberg en Van Venrooy nauw contact met elkaar hadden over de aanbesteding.
 13. Van Venrooy wijst erop dat zij op een ander moment inschreef dan in de e-mail werd verzocht: niet de volgende dag, maar pas een week later. Dat feit doet echter niet af aan de conclusies van de ACM. Uit de e-mail van de heer [C] blijkt met betrekking tot het inschrijfmoment dat hij vooral wenst te voorkomen dat beide offertes op dezelfde dag werden ingediend (zie onderdeel E van de e-mail). Belangrijkst zijn hoe dan ook de in de e-mail genoemde prijzen en het gedrag van Venrooy dat op deze e-mail volgde.
 14. De stelling van Schadenberg dat afstemming niet waarschijnlijk zou zijn omdat Van Venrooy zich met de geoffreerde prijzen uit de markt prijsde, leidt evenmin tot een andere conclusie. Vast staat immers dat Van Venrooy na ontvangst van de e-mail van de heer [C] inschreef met een prijs die vrijwel gelijk is aan de in die e-mail genoemde prijs. Dat deze prijs – met de kennis van nu – wellicht aan de hoge kant was, maakt dit niet anders.
 15. Ten overvloede: voor de kwalificatie van de gedragingen als onderling afgestemde feitelijke gedraging of overeenkomst is niet doorslaggevend of de e-mail kan worden aangemerkt als een instructie.⁸ De e-mail van Schadenberg bevat informatie op basis waarvan de onderlinge concurrentie tussen Schadenberg en Van Venrooy in potentie is verminderd. Het gaat erom of het contact tussen Schadenberg en Van Venrooy de mogelijkheid bood rekening te houden met de uitgewisselde informatie. Desalniettemin blijkt uit de feiten duidelijk dat de e-mail een instructie van Schadenberg aan Van Venrooy betreft ten aanzien van de inschrijfprijs.⁹ De heer [C] geeft in deze e-mail te kennen tegen welke prijzen Van Venrooy dient in te schrijven bij de aanbesteding Zaender Horn.
- De alternatieve verklaringen van partijen*
16. Partijen voeren verscheidene alternatieve verklaringen aan waaruit zou blijken dat van onderlinge afstemming geen sprake is. Die alternatieve verklaringen zijn niet aannemelijk, zoals hierna wordt toegelicht. Daarbij gaat de ACM eerst in op het beoordelingskader. Vervolgens bespreekt de ACM de stelling van Van Venrooy dat zij haar offerte zelfstandig zou hebben gecalculeerd. Daarna gaat de ACM in op de andere alternatieve verklaringen die partijen in hun bezwaren hebben aangevoerd.

⁷ Dossierstuk 52, bijlage 3, ACM/UIT/512581, p. 3-4.

⁸ Zie randnummer 59 van het bestreden besluit.

⁹ Deze mening wordt ook gedeeld door de opsteller van de e-mail. Zie de verklaring van de heer [C], dossierstuk 36, ACM/UIT/515153, p. 15.

17. Zoals blijkt uit randnummers 7 e.v. van dit besluit, stuurde Schadenberg met de e-mail van 24 mei 2016 een instructie aan Van Venrooy met daarin prijsinformatie voor de aanbesteding Zaender Horn. Deze informatie kon het marktgedrag van Van Venrooy beïnvloeden en de onderlinge concurrentie tussen Schadenberg en Van Venrooy verminderen. Van Venrooy is op de markt actief gebleven door in te schrijven op de aanbesteding Zaender Horn. Dan mag worden aangenomen dat Van Venrooy bij de bepaling van haar marktgedrag rekening hield met de informatie die zij met haar concurrent uitwisselde,¹⁰ tenzij zij dat bewijsvermoeden kan weerleggen. Dit kan bijvoorbeeld door aan te tonen dat zij zich publiekelijk distancieerde van de gedraging of dat zij die gedraging bij de autoriteiten aangaf.
18. De feiten en omstandigheden die Van Venrooy aanvoert, waaruit volgens haar blijkt dat zij haar offerte onafhankelijk calculeerde en vaststelde, zijn onvoldoende om het hiervoor bedoelde bewijsvermoeden te weerleggen. De stukken die Van Venrooy heeft overgelegd – waaronder de uitgedraaide overzichten uit haar offertecalculatieprogramma¹¹ – sluiten geenszins uit dat Van Venrooy bij het maken van die calculatie rekening hield met de informatie uit de e-mail van Schadenberg. Dat het beperkte verschil in lichtkoepelprijzen tussen de e-mail van Schadenberg (€ 485,-) en de offerte van Van Venrooy (€ 487,-) een reflectie zou vormen van de op dat moment geldende marktprijzen, is niet aannemelijk. Hoogendorp heeft een prijs geoffreerd van € 450,- per lichtkoepel, terwijl Schadenberg inschreef met een prijs van € 410,- per lichtkoepel.¹² Dit laat zien dat het verschil tussen de geoffreerde prijzen groter is dan Van Venrooy doet voorkomen, en aanzienlijk groter is dan het verschil tussen de in de e-mail van [C] genoemde prijs en de prijs waarmee Van Venrooy inschreef.
19. Van Venrooy stelt dat zij later inschreef dan in de e-mail van [C] werd verzocht, omdat zij wachtte op informatie van haar asbestsaneerder. Dat Van Venrooy daadwerkelijk prijsinformatie heeft opgevraagd bij een asbestsaneerder, en welke asbestsaneerder dit dan zou zijn, blijkt echter niet uit de stukken die Van Venrooy heeft aangeleverd. Zelfs als zij informatie bij een asbestsaneerder zou hebben opgevraagd, verandert dit de conclusies van de ACM echter niet. Ook in die situatie kan immers geenszins worden uitgesloten dat Van Venrooy bij het maken van haar calculatie rekening hield met de informatie uit de e-mail van Schadenberg.
20. Partijen stellen ook dat er (significante) inhoudelijke verschillen zouden zijn tussen de offertes van Schadenberg en Van Venrooy, wat erop zou duiden dat van afstemming geen sprake was. Dat er bepaalde inhoudelijke verschillen zijn tussen de beide offertes¹³ leidt echter niet tot de conclusie dat er geen afstemming zou hebben plaatsgevonden. Uit de e-mail van de heer [C] blijkt dat voor de afstemming vooral van belang was dat de offertes aan de werkomschrijving van het DIAC zouden voldoen. Anders dan bijvoorbeeld het geval was bij de offerte van Wildschut,¹⁴ wordt in de offerte van Van Venrooy niet van die omschrijving afgeweken. Hierbij wijst de ACM ook erop dat de e-mail van de heer [C] niet rept van een identieke offerte, maar van een “soortgelijke offerte (...) in een Van Venrooy jasje”. Ook dit wijst erop dat binnen de kaders van de afstemming ruimte bestond voor inhoudelijke verschillen tussen de beide offertes.
21. Van Venrooy voert met betrekking tot haar offertecalculatie nog aan dat de ACM in het bestreden besluit ten onrechte opmerkt dat er bij Van Venrooy normaal intern contact is tussen de klantcontactpersoon en de calculatieafdeling vanwege het opstellen van een intern advies ten

¹⁰ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 51 en GvEA 14 maart 2013, zaak T-587/08, ECLI:EU:T:2013:129 (*Fresh Del Monte*), r.o. 565.

¹¹ Aanvullend bezwaarschrift Van Venrooy, bijlage 2, ACM/IN/533678.

¹² Boeterapport, dossierstuk 55, ACM/UIT/515629, rn. 57. Wildschut heeft geen aparte prijs per lichtkoepel genoemd.

¹³ Zie in dit kader ook rn. 80 van het boeterapport.

¹⁴ Zie rn. 40 van het bestreden besluit.

behoefte van de calculatie.¹⁵ Dat soort contact zou volgens Van Venrooy niet nodig zijn, als er – zoals in dit geval – een DIAC-rapportage beschikbaar is. De ACM wijst erop dat uit het gebruik van het woord ‘overigens’ in de door Van Venrooy bedoelde besluitpassage blijkt dat dit een overweging ten overvloede is. Deze overweging is dus niet dragend voor de motivering van de ACM dat er sprake is geweest van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen Schadenberg en Van Venrooy. Ook als niet een intern advies, maar de DIAC-rapportage is gebruikt als basis voor de offertecalculatie, kan Van Venrooy bij het calculeren rekening hebben gehouden met de van Schadenberg ontvangen informatie.

22. Gelet op het voorgaande is het niet aannemelijk dat Van Venrooy haar offerte onafhankelijk van de door Schadenberg verstrekte informatie vaststelde.
23. Voorts volgt de ACM Schadenberg niet in haar stelling dat de ACM naliet de heren [A] en [B] een alternatieve verklaring te vragen voor de e-mail van de heer [C]. De ACM stelt op basis van hun verklaringen vast dat de heren [A]¹⁶ en [B]¹⁷ beiden verhoord zijn over deze e-mail, waarbij zij meermaals te kennen hebben gegeven hier geen herinneringen aan te hebben. Een alternatieve verklaring gaven zij dus niet.
24. Schadenberg suggereert in haar bezwaar nog dat niet de heer [C], maar een onbevoegde de betreffende e-mail van 24 mei 2016 zou kunnen hebben verzonden. Schadenberg heeft deze alternatieve verklaring echter niet nader onderbouwd. De ACM trof de betreffende e-mail aan in de verzendmap van de heer [C], die was opgeslagen in de digitale omgeving van Schadenberg.¹⁸ De heer [C] ontkende tijdens zijn verhoor ook nimmer dat hij de betreffende e-mail heeft verzonden.¹⁹ Op basis hiervan mocht de ACM vaststellen dat de heer [C], en dus niet een onbevoegde, de e-mail verzond.
25. Tot slot volgt de ACM Van Venrooy niet in haar betoog dat de ACM meer onderzoek had moeten doen naar de rol van het DIAC bij het offerteproces. Anders dan Van Venrooy doet voorkomen, trad Zaender Horn namelijk zelfstandig op in dit proces. Uit de verklaring van de heren [D] en [E] van Zaender Horn blijkt dat zij een kritische houding aanhielden ten opzichte van het DIAC en dat Zaender Horn de uiteindelijke beslissingen nam.²⁰ Ook uit de verklaring van de heer [F] van het DIAC blijkt dat de rol van het DIAC (slechts) adviserend was.²¹ Het is daarom niet aannemelijk dat het DIAC van doorslaggevende invloed was op (de uitkomst van) het offerteproces. Dit betekent dat de contacten tussen het DIAC en Schadenberg niet relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of het contact tussen Schadenberg en Van Venrooy de concurrentie verstoorde.
26. De door Schadenberg en Van Venrooy aangevoerde argumenten ten aanzien van het bewijs voor de afstemming slagen niet.

¹⁵ Bestreden besluit, p. 14, voetnoot 80.

¹⁶ Verklaring van de heer [A], dossierstuk 30, ACM/UIT/512740, p. 13-16.

¹⁷ Verklaring van de heer [B], dossierstuk 31, ACM/UIT/512743, p. 9-12.

¹⁸ Zie dossierstuk 53, ACM/UIT/512584, bijlage 8.

¹⁹ Verklaring van de heer [C], dossierstuk 36, ACM/UIT/515153, p. 13-14.

²⁰ Zie de verklaring van de heren [D] en [E], dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 3 (“Wij hebben voor het maken van het bestek niet genoeg ervaring, maar wij stelden daarover vragen aan [F] die ons begeleidde. (...) Wij hielden dus een vinger aan de pols, want een opdrachtgever heeft een eigen verantwoordelijkheid.”). Uit de verklaring blijkt ook dat Zaender Horn zelf besliste over het aantal en de identiteit van de uit te nodigen partijen (p. 4), de selectiecriteria en de gunning (p. 5).

²¹ Zie de verklaring van de heer [F], dossierstuk 35, ACM/UIT/513951, p. 4 (“Ik kon helpen bij die keuze, maar de keuze was altijd aan hen. (...) De opdrachtgever is de aanvrager van de offerte.”) en p. 7 (“Vraag ACM: Wat was de taakverdeling tussen Zaender Horn en het DIAC? Antwoord de heer [F]: (...) De directie van Zaender Horn was de baas, ik was in dienst van hen. Dus alles wat ik deed, overlegde ik met hen. Voordat een beslissing werd genomen, had ik dat met hen overlegd. Zij namen de uiteindelijke beslissing. Ik was puur adviserend bezig. Ik moest alles vertellen wat ik had gedaan, ik had niet een vrije rol waarin ik zomaar een beslissing kon nemen.”)

2.2 De juridische en economische context

2.2.1 Argumenten van partijen

27. Schadenberg en Van Venrooy komen ook op tegen de conclusies van de ACM over de juridische en economische context waarin de gestelde gedragingen plaatsvonden. De ACM plaatste de gedragingen volgens hen in een onjuist kader. De offerte-uitvraag van Zaender Horn kan volgens Schadenberg niet worden aangemerkt als een aanbesteding, en van concurrentie was op het moment van de gedragingen (nog) geen sprake. Het betrof namelijk een vrijblijvend offerteproces. Schadenberg wist niet dat zij met anderen in competitie was.²²
28. Daarnaast trekt de ACM in het bestreden besluit onjuiste conclusies over de wijze van en de voorwaarden voor opdrachtverstrekking door Zaender Horn, aldus partijen. De gunning zou niet plaatsvinden op basis van de laagste prijs, zoals de ACM in het bestreden besluit concludeert.²³ Juist andere elementen speelden een grote rol, zoals kwaliteit. Ook de wijze van gunning (Zaender Horn liet partijen één voor één afvallen) correspondeert niet met gunning op basis van de laagste prijs. Anders dan de ACM in het bestreden besluit stelt, waren de gunningsvoorwaarden niet op voorhand bij partijen bekend. De ACM onderzocht verder niet of Zaender Horn de wens had om nadere partijen uit te nodigen voor een offerte en met welk doel Zaender Horn de verschillende offertes uitvroeg.²⁴

2.2.2 Beoordeling door de ACM

29. Schadenberg stelt – kort samengevat – dat de ACM het offerteproces voor de dakrenovatie van Zaender Horn ten onrechte als een aanbesteding aanduidde en de gedragingen ten onrechte in een aanbestedingscontext plaatste. De ACM volgt Schadenberg hierin niet.
30. Zoals blijkt uit het bestreden besluit verstaat de ACM onder een 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.²⁵ Dat dit de juiste maatstaf is om te bepalen of ten behoeve van de juridische en economische contextanalyse gesproken kan worden van een aanbesteding, is bevestigd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in zijn uitspraak in de *Slopers*-zaak.²⁶ Deze definitie is meeromvattend dan het begrip ‘aanbesteding’ (of: overheidsopdracht) uit de Aanbestedingswet.
31. Uit de in het bestreden besluit aangehaalde bewijsmiddelen²⁷ blijkt dat de offerte-uitvraag van Zaender Horn kwalificeert als een (onderhandse) aanbesteding in de hiervoor bedoelde zin. Zaender Horn wenste van de vier door haar benaderde ondernemingen een offerte te ontvangen voor de voorgenomen dakrenovatie.²⁸ Op deze manier wenste Zaender Horn tussen de vier ondernemingen concurrentie te bewerkstelligen. Dat het offerte- en gunningsproces van Zaender Horn in vergelijking met procedures die conform het aanbestedingsrecht worden uitgevoerd een minder strakke vormgeving kende – en zowel aan de inschrijvers als de opdrachtgever een

²² Bezwaargronden Schadenberg, rn. 8 t/m 38.

²³ Bestreden besluit, rn. 2 en 30.

²⁴ Bezwaargronden Schadenberg, rn. 43 t/m 64; bezwaargronden Van Venrooy, rn. 5 t/m 12.

²⁵ Bestreden besluit, p. 8, voetnoot 35.

²⁶ CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 5.3.4: “Dat de procedures waarmee de vier projecten in zaak 7249 in de markt werden gezet mogelijkwerijs niet in alle gevallen vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt als een aanbestedingsprocedure kunnen worden gekwalificeerd, neemt niet weg dat bij ieder van die projecten sprake was van een opdrachtgever die een beperkt aantal gegadigden had geselecteerd om een offerte of prijs in te dienen voor een opdracht tot uitvoering van een werk. ACM en de rechtbank hebben de gedragingen van de ondernemingen terecht binnen die (aanbestedings)context beoordeeld.”

²⁷ Zie met name rn. 27 t/m 30 van het bestreden besluit en de aldaar aangehaalde bronnen.

²⁸ Dit blijkt bijvoorbeeld uit het gespreksverslag van de heren [D] & [E], dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 4.

grotere mate van vrijheid verschaft om op bepaalde aspecten af te kijken – maakt dit niet anders. Doorslaggevend is dat de concurrentiestelling als gevolg van de door Zaender Horn gekozen aanpak werd beperkt tot de vier ondernemingen die zijn uitgenodigd om een offerte in te dienen.

32. Uit de uitspraak van het CBb in de *Slopers*-zaak blijkt ook dat bij een offerteproces niet per definitie van één vast moment van offerteaanvraag of gunning sprake hoeft te zijn om dat proces als een aanbesteding te kunnen aanmerken. Ook bij de aanbesteding van één van de projecten die in de betreffende zaak centraal stonden – Botersloot 175 te Rotterdam – was geen sprake van één (gelijktijdige) offerteaanvraag. De opdrachtgever wilde bij die aanbesteding verifiëren of de door de eerste onderneming ingediende budgetraming een juiste afspiegeling vormde van de marktprijs, en benaderde daarop een tweede onderneming om een offerte in te dienen.²⁹ Dit offerteproces is door de ACM als een onderhandse aanbesteding aangemerkt. Deze conclusie is door het CBb in voornoemde uitspraak bevestigd.³⁰
33. Dat Schadenberg niet zou hebben geweten dat zij met anderen in competitie was, is niet aannemelijk. Uit de verklaring van de heer [F] van het DIAC blijkt dat het bij dit soort projecten gebruikelijk is om drie of vier partijen uit te nodigen om een offerte in te dienen.³¹ Daarnaast blijkt uit de e-mail van de heer [C] van 24 mei 2016 dat Schadenberg vóórdat zij haar offerte indiende er ten minste van op de hoogte was dat ook Van Venrooy was gevraagd om een offerte in te dienen.³²
34. Ten aanzien van de door Zaender Horn gehanteerde gunningsvoorwaarden overweegt de ACM het volgende.
35. Partijen wijzen er terecht op dat het bestreden besluit en het boeterapport van elkaar verschillen met betrekking tot (de weging van) de door Zaender Horn gehanteerde gunningscriteria. Waar het boeterapport meldt dat de prijs, de overige inhoud van de offerte (zoals materiaalkeuze en de manier van uitvoering) en de garantie belangrijke concurrentieparameters zijn,³³ oordeelt de ACM in het bestreden besluit dat gunning plaatsvindt op basis van laagste prijs, mits de inschrijvers voldoen aan bepaalde minimum(kwaliteits)eisen.³⁴
36. De ACM stelt voorop dat de offerteaanvraag van Zaender Horn geen melding maakt van (gewogen) gunningscriteria, zoals dit bij bepaalde procedures op grond van de Aanbestedingswet gebruikelijk is. Desalniettemin blijkt uit de brief duidelijk op welke wijze en aan de hand van welke kenmerken offertes zullen worden beoordeeld. Zaender Horn verzoekt de uitgenodigde ondernemingen een prijsaanbieding te doen. Daarbij dienen zij een werkomschrijving aan te leveren conform de DIAC-rapportage, hoewel het is toegestaan om hier – onderbouwd – van af te kijken. Daarnaast stelt Zaender Horn een aantal betrouwbaarheidseisen aan de inschrijvers, zoals verzekeringsinformatie en garantiebepalingen.³⁵
37. Dat deze drie parameters (prijs, werkomschrijving en garantie) voor Zaender Horn het meest belangrijk waren, blijkt ook uit de verklaringen van de heren [D] en [E] (Zaender Horn)³⁶ en [F]

²⁹ Besluit van de NMa van 10 december 2012, kenmerk 7249/282 (*Rotterdamse Sloopbedrijven*), rn. 36-37

³⁰ CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o.5.1.8 en 5.3.4.

³¹ Verklaring van de heer [F], dossierstuk 35, ACM/UIT/513951, p. 8.

³² Dossierstuk 52, ACM/UIT/512581, bijlage 2.

³³ Boeterapport, dossierstuk 55, ACM/UIT/515629, rn. 71.

³⁴ Bestreden besluit, rn. 30.

³⁵ Dossierstuk 28, ACM/IN/435510, p. 59-60.

³⁶ Verklaring van de heren [D] & [E] (Zaender Horn), dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 6.

(DIAC)³⁷ en wordt bevestigd door het feitelijke verloop van het offerteproces. Zo vallen eerst Van Venrooy en Hoogendorp af, respectievelijk vanwege de prijs en het ontbreken van een Dakmerkgarantie. Vervolgens wordt de inhoud van de werkomschrijving van het DIAC aangepast om daarin (elementen van) het plan van Wildschut te verwerken. Ten slotte maakt Zaender Horn haar uiteindelijke keuze tussen Schadenberg en Wildschut wederom op basis van prijs.³⁸ Hieruit blijkt dat de prijs, de werkomschrijving en de garantie tijdens het gunningsproces een leidende rol speelden.

38. De ACM volgt Schadenberg daarom niet in haar betoog dat zij niet bekend zou zijn geweest met de gunningsvoorwaarden. Deze bleken duidelijk uit de uitnodigingsbrief van Zaender Horn. Partijen waren er dus mee bekend dat prijs een belangrijke concurrentieparameter zou zijn bij deze aanbesteding. Hierbij merkt de ACM op dat dit ook overeenstemt met de gebruikelijke gang van zaken bij onderhandse aanbestedingen voor dakdekwerkzaamheden.³⁹
39. De ACM volgt Schadenberg ook niet in haar betoog dat de ACM nader had moeten onderzoeken of Zaender Horn een wens had om meer partijen uit te nodigen. Uit de verklaring van de heren [D] en [E] blijkt dat Zaender Horn vier offertes wilde ontvangen: van drie partijen, plus de aan hen reeds bekende onderneming Hoogendorp.⁴⁰ Dat het gebruikelijk is om voor dit soort opdrachten drie tot vier partijen uit te nodigen, blijkt uit de verklaring van de heer [F].⁴¹ Uit randnummers 30 tot en met 32 van dit besluit blijkt waarom de gedragingen in het bestreden besluit terecht in een aanbestedingscontext zijn geplaatst. Hieruit blijkt ook dat het de intentie was van Zaender Horn om concurrentie tot stand te brengen tussen de vier uitgenodigde ondernemingen. Nader onderzoek was dus niet nodig.

2.3 De kwalificatie als overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging

2.3.1 Argumenten van partijen

40. Schadenberg en Van Venrooy stellen beide dat de ACM de gedragingen ten onrechte als een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging kwalificeert. Er was geen sprake van wederzijdse onthullingen van voorgenomen marktgedrag. Ook was er geen beïnvloeding van *elkaars* marktgedrag, omdat nergens uit blijkt dat Van Venrooy het marktgedrag van Schadenberg wilde beïnvloeden. De ACM is onvoldoende ingegaan op de uitgebreide en plausibele verklaring van Van Venrooy dat geen sprake is van afstemming, omdat zij een offerte calculeerde en indiende die qua prijs, inhoud en tijdstip van indiening afwijkt van de 'instructie'. Nu geen sprake was van een instructie en geen opvolging is gegeven aan de e-mail van Schadenberg, kan van een onderling afgestemde gedraging geen sprake zijn. Dat Van Venrooy contact opnam met Schadenberg na het afwijzingsbericht van Zaender Horn zou niet bevestigen dat met de uitgewisselde informatie rekening is gehouden.⁴²

2.3.2 Beoordeling door de ACM

41. Het standpunt van partijen dat de ACM de gedragingen ten onrechte als een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging kwalificeerde, treft geen doel.

³⁷ Verklaring van de heer [F], dossierstuk 35, ACM/UIT/513951, p. 9-10.

³⁸ Zie ook het boeterapport, dossierstuk 55, ACM/UIT/515629, m. 61-66.

³⁹ Verklaring van de heer [F], dossierstuk 35, ACM/UIT/513951, p. 5.

⁴⁰ Verklaring van de heren [D] en [E], dossierstuk 32, ACM/UIT/513743, p. 4.

⁴¹ Verklaring de heer [F], dossierstuk 35, ACM/UIT/513951, p. 5.

⁴² Bezwaargronden Schadenberg, m. 71 t/m 100; bezwaargronden Van Venrooy, m. 57-65

42. Zoals de ACM in paragraaf 2.1.2 overwoog, stemden Schadenberg en Van Venrooy hun inschrijfgedrag, waaronder de inschrijfprijzen, met elkaar af. Anders dan partijen stellen, blijkt uit de feiten duidelijk dat de e-mail van 24 mei 2016 een instructie van Schadenberg aan Van Venrooy betreft ten aanzien van de inschrijfprijs. De heer [C] geeft in deze e-mail te kennen tegen welke prijzen Van Venrooy dient in te schrijven bij de aanbesteding. Van Venrooy distantieerde zich niet van deze e-mail,⁴³ maar volgde deze instructie op. Zij schreef ongeveer een week later in met een offerte waarin het prijsniveau nagenoeg gelijk is aan het door Schadenberg genoemde prijsniveau in de e-mail van 24 mei 2016 (zie ook randnummer 7 e.v.).
43. Met hun gedragingen gaven Schadenberg en Van Venrooy de gemeenschappelijke wil te kennen zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.⁴⁴ Door het wegnemen van onzekerheid over de offerteprijzen vervingen Van Venrooy en Schadenberg welbewust de risico's van onderlinge concurrentie door een feitelijke samenwerking.⁴⁵ Daarmee is sprake van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging.⁴⁶
44. De enkele stelling van Van Venrooy dat zij de informatie die zij van Schadenberg ontving niet zou hebben gebruikt, is gelet op het gedrag van Van Venrooy na ontvangst van de e-mail van 24 mei 2016 niet aannemelijk. Uit de in bezwaar overgelegde stukken⁴⁷ blijkt tevens dat Van Venrooy haar offerte pas op 31 mei 2016 had afgerond. Dat betekent dat Van Venrooy op het moment dat zij de instructie van Schadenberg ontving, nog niet zelfstandig haar offerte had bepaald. Ook daarom mag de ACM aannemen dat Van Venrooy bij de bepaling van haar marktgedrag rekening hield met de informatie die zij van Schadenberg ontving.⁴⁸ Zoals de ACM reeds in randnummer 18 overwoog, tonen de door Van Venrooy overgelegde stukken geenszins aan dat zij bij het maken van de calculatie geen rekening hield of kon houden met de van Schadenberg afkomstige informatie. De door Van Venrooy ingediende offerte bewijst eerder het tegendeel.
45. De stelling van Schadenberg dat de eenzijdig verstuurd e-mail van [C] niet kwalificeert als contact "tussen" partijen, volgt de ACM gelet op het voorgaande niet. Ook de stelling dat nergens uit blijkt dat Van Venrooy het marktgedrag van Schadenberg wilde beïnvloeden, doet aan het voorgaande niet af. Zoals uit het bestreden besluit blijkt,⁴⁹ gaat het erom dat de door Schadenberg gestuurde e-mail informatie betrof op basis waarvan de onderlinge concurrentie tussen Schadenberg en Van Venrooy in potentie is verminderd. Uit de e-mail van Schadenberg kon Van Venrooy afleiden dat Schadenberg zou inschrijven voor een lager bedrag dan de door Schadenberg in de e-mail genoemde bedragen. Schadenberg wist dat zij van Van Venrooy geen concurrerende offerte hoefde te vrezen, omdat Van Venrooy zich niet van de ontvangen informatie distantieerde. Ook al is het contact tussen Van Venrooy en Schadenberg na het afwijzingsbericht van Zaender Horn geen directe bevestiging dat Van Venrooy rekening hield met

⁴³ Zie ook bezwaargronden Van Venrooy, rn. 60.

⁴⁴ CBb 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 (*Taxi's*), r.o. 9.3.1: "Voorts berust volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie het bestaan van een "overeenkomst" op de overeenstemmende wil van ten minste twee partijen, waarbij de vorm waarin deze wilsovereenstemming tot uitdrukking komt, op zich niet beslissend is (zie bijvoorbeeld het arrest van 22 oktober 2015, zaak C-194/14 P, AC-Treuhand AG, ECLI:EU:C:2015:717). Uit onder andere het arrest van 13 juli 2006, zaak C-74/04 P, Commissie/Volkswagen, ECLI:EU:C:2006:460, overweging 39, blijkt dat de wil van partijen zowel kan blijken uit de bepalingen van de betrokken overeenkomst als uit het gedrag van partijen."

⁴⁵ HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 26 en 32.

⁴⁶ Een precieze kwalificatie is niet nodig, zie bijvoorbeeld HvJ EG 23 november 2006, ECLI:EU:C:2006:734 (*Asnef-Equifax*), r.o. 32.

⁴⁷ Kenmerk ACM/IN/533678, aanvullend bezwaarschrift Van Venrooy, bijlage 2.

⁴⁸ CBb 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*WMO Friesland*), r.o. 6.2.1; HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 44-62; HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356 (*Commissie/Anic Partecipazioni*), r.o. 121-126; HvJ EG 8 juli 1999, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358 (*Hüls*), r.o. 158-167.

⁴⁹ Bestreden besluit, randnummer 59.

de e-mail van 24 mei 2016, het toont wel aan dat Schadenberg en Van Venrooy nauw contact met elkaar hadden over de aanbesteding (zie ook randnummer 12 hiervoor).⁵⁰

2.4 De strekking van de gedragingen

2.4.1 Argumenten van partijen

46. Schadenberg en Van Venrooy betogen dat de ACM ten onrechte concludeert dat sprake is van een gedraging met een mededingingsbeperkende strekking. De ACM miskent hiermee de (restrictieve) maatstaf die voor strekkingsbeperkingen geldt, uiteengezet in het arrest *Cartes Bancaires*.⁵¹ De conclusie dat sprake is van een 'strekkingbeperking' berust op aannames en afdoende onderzoek is niet gedaan.⁵²
47. Volgens Schadenberg beroept de ACM zich ten onrechte op het *Toshiba*-arrest.⁵³ De ACM baseert hierop dat het onderzoek naar de feitelijke en juridische context beperkt kan blijven tot hetgeen strikt noodzakelijk is om te kunnen vaststellen dat de strekking van het gedrag mededingingsbeperkend is. Die zaak ziet op marktverdelingsovereenkomsten, en daarvan is in deze zaak geen sprake. De ACM had in lijn met *Cartes Bancaires* moeten onderzoeken of de gedraging de mededinging in voldoende mate verstoort.⁵⁴
48. Schadenberg betoogt verder dat de ACM onjuiste conclusies trekt uit de uitspraken die zij noemt om haar oordeel te onderbouwen. Zo was de context in de eerdergenoemde *Slopers*-zaak anders. Het betrof namelijk overheidsaanbestedingen. In de zaak *Wmo Friesland*⁵⁵ was sprake van een aanbesteding volgens het aanbestedingsrecht. Daarnaast blijkt hieruit dat de ACM moet onderzoeken hoe de aanbesteding is ingericht. De argumenten om tot een strekkingsbeding te komen in *Limburgse Bouw*⁵⁶ zijn volgens Schadenberg hier niet van toepassing. Ook andere genoemde zaken ondersteunen de conclusies van de ACM niet, aldus Schadenberg.⁵⁷

2.4.2 Beoordeling door de ACM

49. In het bestreden besluit staat dat de coördinatie tussen Schadenberg en Van Venrooy in de context van deze zaak de strekking heeft de mededinging te beperken. Dat betekent dat de ACM de gevolgen van de coördinatie niet hoeft te onderzoeken en dat de merkbaarheid is gegeven.⁵⁸ Dit is ingegeven door het feit dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen "naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging".⁵⁹
50. Zowel Schadenberg als Van Venrooy benadrukken dat het begrip beperking van de mededinging 'naar strekking' restrictief moet worden uitgelegd. Dat klopt. Het vindt uitsluitend toepassing op bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen, die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de effecten ervan niet hoeven te worden onderzocht.

⁵⁰ Bezwaargronden Schadenberg, nr. 71 t/m 100; bezwaargronden Van Venrooy, nr. 57-65.

⁵¹ HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires*).

⁵² Bezwaargronden Schadenberg, nr. 101-103; Bezwaargronden Van Venrooy, nr. 66-73.

⁵³ HvJ EU 20 januari 2016, C-373/14, ECLI:EU:C:2016:26 (*Toshiba*).

⁵⁴ Bezwaargronden Schadenberg, nr. 101-107.

⁵⁵ CBb 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*Wmo Friesland*).

⁵⁶ Rb. Rotterdam 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4738 (*Limburgse bouw*).

⁵⁷ Bezwaargronden Schadenberg, nr. 108-109.

⁵⁸ CBb 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 (*Contractueel taxivervoer*), r.o. 5.3.1, HvJ EU 2 april 2020, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265 (*Budapest Bank*), r.o. 34.

⁵⁹ HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires*), r.o. 49 e.v., HvJ EU 20 januari 2016, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26 (*Toshiba*), r.o. 26 en HvJ EU 2 april 2020, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265 (*Budapest Bank*), r.o. 35.

51. De vaststelling van een 'mededingingsbeperking naar strekking' vergt een onderzoek naar de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook de economische en juridische context waarvan zij deel uitmaakt. Anders dan Schadenberg en Van Venrooy betogen, verrichtte de ACM in deze context voldoende onderzoek.
52. De e-mail van 24 mei 2016 kan – gelet op de bewoordingen en het doel – redelijkerwijs niet anders worden geïnterpreteerd dan dat Schadenberg ervoor wilde zorgen dat Van Venrooy een offerte met een hogere prijs dan Schadenberg indient (zie randnummer 7 e.v.). Van Venrooy ging hierin mee en gaf op geen enkele manier te kennen dit niet te doen. Zoals in randnummer 17 is vermeld, betekent dit dat de ACM ervan uit kan gaan dat Van Venrooy de (prijs)informatie uit de e-mail van Schadenberg gebruikte.
53. De uitwisseling van informatie tussen concurrenten kan in strijd zijn met de mededingingsregels wanneer zij de onzekerheid over de werking van de betrokken markt vermindert of wegneemt en als gevolg daarvan de mededinging tussen ondernemingen beperkt.⁶⁰ Meer bepaald moet een uitwisseling van informatie die de onzekerheid van de betrokkenen kan wegnemen over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun marktgedrag zullen aanpassen, worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken.⁶¹ Informatie-uitwisseling over toekomstig marktgedrag is naar haar aard schadelijk voor de goede werking van concurrentie, in het bijzonder wanneer het toekomstige prijsinformatie betreft.⁶²
54. De ervaring leert dat over het algemeen het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie – en zeker prijzen – in de context van aanbestedingen naar zijn aard schadelijk is voor de mededinging en derhalve ertoe strekt de mededinging te beperken. De ACM wijst op de inmiddels rijke jurisprudentie en beslissingspraktijk.⁶³ Anders dan door Schadenberg betoogd, zijn de genoemde jurisprudentie en beslissingen wel degelijk relevant om deze ervaring aan te tonen. Het begrip 'aanbesteding' dat de ACM conform de jurisprudentie van het CBb hanteert (zie randnummer 30), is breder dan Schadenberg doet voorkomen in haar betoog over de verschillen tussen de onderhavige zaak en de (feitelijkheden in de) door de ACM aangehaalde jurisprudentie.⁶⁴
55. De analyse van de economische en juridische context waarbinnen de coördinatie plaatsvond, kan worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om te kunnen vaststellen dat de strekking van het gedrag mededingingsbeperkend is.⁶⁵ Het argument van Schadenberg dat dit alleen zou gelden voor marktverdelingsovereenkomsten slaagt niet, omdat de jurisprudentie meeromvattend is.⁶⁶

⁶⁰ HvJ EU 2 oktober 2003, C-194/99 P, EU:C:2003:527 (*Thyssen Stahl*), r.o. 89; HvJ EU 4 juni 2009, C-8/08, EU:C:2009:343 (*T-Mobile Netherlands e.a.*), r.o. 35; HvJ EU 19 maart 2015, C-286/13, EU:C:2015:184 (*P Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe*), r.o. 121; en GvEA 24 september 2019, T-105/17, ECLI:EU:T:2019:675 (*HSBC*), r.o. 61.

⁶¹ GvEA 24 september 2019, zaak T-105/17, ECLI:EU:T:2019:675 (*HSBC*), r.o. 62.

⁶² Vergelijk Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, punten 66, 73 en 74.

⁶³ CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*); CBb 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:1 (*WMO Friesland*); Rechtbank Rotterdam 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4738 (*Limburgse Bouw*); GvEA 16 juni 2011, ECLI:EU:T:2011:287 (*Internationale verhuisdiensten*); en Competition Appeals Tribunal 11 maart 2011, 2011 CAT 3 (*Kier Group e.a./OFT*).

⁶⁴ Bezwaargronden Schadenberg, nr. 109.

⁶⁵ Vgl. A-G Drijber in zijn conclusie van 25 mei 2018, ECLI:NL:PHR:2018:521, punt 3.13: "[...] *Het onderzoek naar enerzijds tekst en doel en anderzijds de juridische en economische context zijn daarbij in zekere zin communicerende vaten. Als op basis van tekst en doel er niet of nauwelijks twijfel over kan bestaan dat een bepaling ertoe strekt de mededinging te beperken, dan valt er aan de context weinig meer te onderzoeken. [...]*" Vgl. A-G Wahl in zijn conclusie van 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:272 (*ING Pensii*), punten 64-65 en zijn conclusie van 27 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:1958 (*Groupement des cartes bancaires*), punten 44-45, 138-139

⁶⁶ In het bestreden besluit wijst de ACM weliswaar alleen op HvJ EU 20 januari 2016, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26

56. De context van het door Zaender Horn opgezette proces bevestigt dat het gedrag van partijen een mededingingsbeperkende strekking heeft. Het onderzoek naar deze context is solide geweest, zoals ook uit dit besluit blijkt (randnummer 27 e.v.). De door Zaender Horn ingerichte procedure kwalificeert als een aanbesteding. Zaender Horn maakte de procedure leidende tot opdrachtverlening niet algemeen bekend, maar nodigde meerdere bedrijven uit om 'in te schrijven' door offertes in te dienen. Schadenberg en Van Venrooy concurreerden niet daadwerkelijk voor de opdrachtverlening van Zaender Horn. Van een zelfstandige inschrijving is geen sprake. Dit terwijl de procedure die Zaender Horn opzette naar haar aard is bedoeld zelfstandig bepaalde offertes te ontvangen, waardoor een concurrentieproces ontstaat. Door de gedragingen van Schadenberg en Van Venrooy is de door Zaender Horn beoogde concurrentie in de kern aangetast. De concurrentie tussen deze twee ondernemingen is vervangen door coördinatie van het marktgedrag.
57. De concurrentie is in dit geval door Zaender Horn beperkt tot vier uitgenodigde ondernemingen (zie uitgebreid randnummer 31 e.v.). Twee van deze vier speelden vals. Schadenberg kon haar prijs bepalen zonder in onzekerheid te verkeren over de prijs die Van Venrooy zou offereën. De risico's van concurrentie zijn hiermee (deels) weggenomen. Dit betekent dat de afstemming in potentie een prijsopdrijvend effect heeft. Schadenberg kan een hogere prijs hanteren, wetende dat Van Venrooy een stuk hoger zit in haar prijsstelling én dat Zaender Horn onwetend is van deze niet-concurrerende prijsstelling. Van Venrooy kan dus niet al vóór het concurrentieproces worden vervangen door een andere onderneming. Toen de vier offertes eenmaal waren ingediend, bleek (inderdaad) dat Van Venrooy de hoogste prijs offereerde en daarmee als niet concurrerend afviel.
58. Gelet op de bewoordingen van de e-mail van 24 mei 2016 en de doelstellingen ervan, alsook op de (economische en juridische) context waarvan zij deel uitmaakt, is sprake van coördinatie tussen Schadenberg en Van Venrooy met de strekking de mededinging te beperken.

2.5 De marktafbakening, de bagatelvoorziening en de mate van beïnvloeding van de markt

2.5.1 Argumenten van partijen

59. Volgens Schadenberg liet de ACM ten onrechte na de markt af te bakenen. De korte schets die de ACM in het bestreden besluit gaf van enkele feitelijke omstandigheden is hiervoor onvoldoende. Schadenberg beroept zich op de bagatelbepaling van artikel 7 van de Mw, en stelt zich op het standpunt dat het gezamenlijk marktaandeel van partijen (aanzienlijk) kleiner is dan 10%. De ACM beperkt de markt ten onrechte tot de geselecteerde partijen. Er is in deze zaak – zoals reeds door Schadenberg betoogd – geen sprake van een aanbesteding zoals de ACM dit voor ogen staat. Er is ten onrechte aansluiting gezocht bij de *Slopers*-zaak. Ook voor de beantwoording van de vraag of de gedraging de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij wordt geacht een beperkende strekking te hebben, had de ACM de markt moeten afbakenen.⁶⁷

2.5.2 Beoordeling door de ACM

(*Toshiba*), r.o. 29, maar verder kan worden aangehaald HvJ EU 27 april 2017, C-469/15 P, ECLI:EU:C:2017:308 (*FSL*), r.o. 107, waar het ging om coördinatie omtrent prijzen.

⁶⁷ Bezwaargronden Schadenberg, ms. 110-113.

60. Het concurrentiespeelveld is (in beginsel) beperkt tot de vier partijen bij de aanbesteding, aldus het bestreden besluit. Schadenberg betoogt dat die marktafbakening onjuist is, en hoe dan ook hiertoe niet beperkt kan blijven. Omdat partijen maar een klein aandeel hebben van de markt van dakdekkerswerkzaamheden in Nederland, zou artikel 7, tweede lid, van de Mw van toepassing zijn.⁶⁸ Dit artikellid biedt een mogelijkheid om bepaalde vormen van afstemming uit te zonderen van de verbodsbepaling van artikel 6 van de Mw, indien wordt voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden:

“Onverminderd het eerste lid, geldt artikel 6, eerste lid, voorts niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in dat artikel voor zover daarbij ondernemingen of ondernemersverenigingen betrokken zijn die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op een of meer van de relevante markten, indien:

a. het gezamenlijke marktaandeel van de bij de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging van invloed is, groter is dan 10%, en

b. de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden.”

61. Schadenberg betwist dus dat artikel 6 van de Mw hier geldt. Dat betekent dat de ACM moet aantonen dat niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 7 van de Mw.⁶⁹
62. Vooropgesteld: marktafbakening is geen doel op zich en de eisen waaraan de afbakening van de relevante markt moet voldoen, verschillen naar gelang de omstandigheden van het concrete geval.⁷⁰ Anders dan Schadenberg lijkt te suggereren, kan de ACM bij de berekening van een marktaandeel kijken naar het aantal gegadigden bij een aanbesteding.⁷¹
63. De gedraging waarop het besluit zich concentreert, betreft contact tussen Schadenberg en Van Venrooy in het kader van een aanbesteding die leidde tot opdrachtverlening door Zaender Horn tot uitvoering van een werk. De opdrachtgever selecteerde, mede op advies van het DIAC,⁷² een beperkt aantal van vier gegadigden om een offerte in te dienen.⁷³ Dit is een gebruikelijk aantal voor dit soort opdrachten (zie ook randnummer 33).

⁶⁸ Doel van deze zogenoemde bagatelvoorziening is mededingingsafspraken van het kartelverbod vrij te stellen die vanwege omvang of aard vanuit een oogpunt van het mededingingsbeleid van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn.

⁶⁹ CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118 (*Boomkwekerijen*), r.o. 4.6.3: “Het College stelt voorop dat het aan ACM is te bewijzen dat sprake is van een overtreding van artikel 6 Mw. Dit brengt mee dat ACM moet stellen en bij betwisting moet bewijzen dat deze bepaling niet op grond van de toepasselijkheid van artikel 7 Mw niet geldt.”

⁷⁰ CBb 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 (*Taxivervoer regio Rotterdam*), r.o. 5.3.7. Zie ook HvJ EU 11 juli 2013, C-439/11 P, ECLI:EUC:2013:513 (*Ziegler SA*), r.o. 72.

⁷¹ CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 6.3.2: “[...] Zoals ook blijkt uit de *Bekendmaking Relevante Markt van de Europese Commissie*, punten 53 tot en met 55, vormt de afzet meestal het criterium om het marktaandeel te berekenen, maar zijn er ook andere aanwijzingen – waaronder het aantal gegadigden bij aanbestedingen – die kunnen worden gebruikt om tot een marktaandeel te komen. [...]”

⁷² Dossierstuk 35, p. 8 van het verslag van het verhoor van dhr. [F] (DIAC): “Ik heb tegen Zaender Horn gezegd dat meestal drie of vier partijen worden uitgenodigd. Doe je er meer, dan heb je meer keuze en dat is niet altijd gunstig. Uit ervaring zou ik het bij drie of vier houden, die keuze is ook gemaakt door Zaender Horn.”

⁷³ Dossierstuk 32, p. 4 van het verslag van het verhoor van dhr. [D] en dhr. [E] (Zaender Horn): “Naast Hoogendorp wilden we het bij drie partijen laten. Wij vonden dat genoeg om een goede keuze te kunnen maken.”

64. De mate van detail van de marktanalyse wordt door deze gedraging bepaald: contact tussen Schadenberg en Van Venrooy ten aanzien van inschrijfgedrag bij één specifieke procedure. Deze procedure is een aanbesteding (zie randnummer 30). De opdrachtgever maakte de procedure leidende tot opdrachtverlening niet algemeen bekend, maar nodigde meerdere bedrijven uit om 'in te schrijven' door offertes in te dienen. De concurrentie – en daarmee de markt – blijft dan in beginsel beperkt tot de vier ondernemingen die zijn uitgenodigd een offerte in te dienen.⁷⁴ Een belangrijke concurrentieparameter was de prijs (zie randnummer 37 e.v.) en in beginsel kunnen de deelnemende ondernemingen geacht worden vergelijkbare winkansen te hebben.⁷⁵
65. Uit de feiten blijkt ook dat het daadwerkelijk bij deze vier ondernemingen is gebleven: een aparte uitnodiging aan deze vier, een aparte (mogelijkheid tot) schouw voor deze vier en de uiteindelijke keuze uit deze vier na offertes ingediend door deze vier.
66. Hiermee is de concurrentiedwang geïdentificeerd waarmee de betrokken ondernemingen in dit geval worden geconfronteerd. De grenzen van de mededinging in deze context zijn daarmee afgebakend tot vier ondernemingen. Het marktaandeel van elk van deze ondernemingen bij deze procedure is daarmee ¼ oftewel 25%.⁷⁶ Deze afbakening is in dit geval en bij de hiervoor beschreven (onderhandse) aanbesteding geschikt, mede gelet op de omstandigheid dat deze is bedoeld om te beoordelen of de norm van artikel 7, tweede lid, Mw (10%) is overschreden.⁷⁷
67. Het gezamenlijk marktaandeel van Schadenberg en Van Venrooy is dus – ruimschoots – groter dan 10% bij de aanbesteding waarop hun gedraging van invloed is. Aan de (eerste) voorwaarde van de bagatelvoorziening van artikel 7, tweede lid, Mw is dus niet voldaan.
68. Anders dan Schadenberg lijkt te betogen, toont de ACM – mede gelet op de geschetste context in dit besluit – voldoende aan dat de coördinatie tussen Schadenberg en Van Venrooy in die mate de mededinging nadelig beïnvloedde dat niet wordt ontkomen aan het kartelverbod.⁷⁸ De ACM wijst op de e-mail van 24 mei 2016 en het doel daarvan (beperking van de concurrentie bij een enkele aanbesteding van Zaender Horn met een beperkt aantal deelnemers) en de aard van de betrokken dienst (uit te voeren dakdekkerswerkzaamheden op één locatie). De concurrentiedwang waarmee Schadenberg en Van Venrooy op deze markt – een enkele aanbesteding – worden geconfronteerd, is gelet hierop beperkt (zie ook randnummers 65 en 66). Hierbij moet worden bedacht dat beide dakdekkersbedrijven goed in staat zijn de werkzaamheden uit te voeren waarvoor Zaender Horn de aanbesteding hield, en gelet daarop bij deze aanbesteding geschikte kandidaten waren. De aanwezigheid van Schadenberg en Van Venrooy op de markt is dus van betekenende omvang. De coördinatie tussen deze twee ondernemingen kon de mededinging in meer dan geringe mate nadelig beïnvloeden.

2.6 De boetehoogte

2.6.1 Argumenten van partijen

69. Schadenberg betoogt dat de ACM bij het vaststellen van de hoogte van de boete onvoldoende rekening hield met de relevante omstandigheden die op grond van vaste jurisprudentie meespelen bij het bepalen van de evenredigheid van de boete. De ACM had hier nader

⁷⁴ Zie ook CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 5.3.6.

⁷⁵ Zie ook CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 6.3.2.

⁷⁶ Zie ook CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 6.3.2.

⁷⁷ Zie ook CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 6.3.2.

⁷⁸ Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie ontkomt een overeenkomst aan het kartelverbod wanneer zij de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt; onder meer HvJ EU 13 december 2012, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*), r.o. 16.

onderzoek naar moeten doen. Een onherroepelijke bestuurlijke boete heeft immers gevolgen voor Schadenberg in toekomstige aanbestedingsprocedures.⁷⁹

70. Volgens Van Venrooy is geen sprake van een prijs- of marktverdelingsafpraak. Ook is er geen prijsopdrijvend effect. Zaender Horn heeft goedkopere aanbiedingen gehad dan de oorspronkelijke offertes van Schadenberg en Van Venrooy, die zij gebruikte om Schadenberg te laten zakken in prijs. Van schade voor Zaender Horn kan dus niet worden gesproken. De onderhavige zaak vertoont hierdoor veel gelijkenissen met de eerdergenoemde zaak *Wmo Friesland*, waarin het CBb oordeelde dat een boetepercentage van 10% passend was.⁸⁰
71. Ook hield de ACM volgens Van Venrooy onvoldoende rekening met haar passieve rol bij de gedragingen. Zij ontving enkel een bericht van Schadenberg. Het enige dat Van Venrooy verweten kan worden, is dat zij hierop niet reageerde met de mededeling hieraan niet mee te werken. Wel heeft zij intern overduidelijk niets met de e-mail gedaan. Dat een passieve rol of een mindere bijdrage aan een kartelovertreiding een relevante factor is, blijkt volgens Van Venrooy uit verscheidene uitspraken. Daarom zou haar boete moeten worden gereduceerd.⁸¹

2.6.2 Beoordeling door de ACM

72. Op grond van artikel 5:46, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) moet een opgelegde boete evenredig 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. Ten tijde van de overtreding is de Boetebeleidsregel ACM 2014⁸² van toepassing op grond waarvan de ACM de boete vaststelt in verschillende stappen. Eerst bepaalt de ACM de betrokken omzet, dan stelt zij de basisboete vast tussen 0 en 50% van de betrokken omzet en daarna stelt de ACM het boetebedrag eventueel bij aan de hand van boeteverhogende en -verlagende omstandigheden. Ten slotte toetst de ACM aan het evenredigheidsbeginsel.⁸³
73. De ACM volgt niet het standpunt van Schadenberg dat de ACM bij het vaststellen van de hoogte van de boete onvoldoende rekening hield met de relevante omstandigheden. Uit het bestreden besluit (paragrafen 7.1 – 7.6) blijkt dat de ACM bij de bepaling van de boetes zorgvuldig te werk ging en rekening hield met alle daarvoor in de wet gestelde vereisten.⁸⁴ Nu Schadenberg niet heeft gespecificeerd welke omstandigheden de ACM in het bestreden besluit onvoldoende onderzocht, slaagt deze grond niet.⁸⁵ Voor zover Schadenberg stelt dat ook de draagkracht van de overtreder een in aanmerking te nemen omstandigheid is, overweegt de ACM dat zowel in de sanctiefase als in de bezwaarfase gesteld noch gebleken is dat Schadenberg over onvoldoende draagkracht zou beschikken om de boete te betalen.
74. Er is ook in bezwaar geen aanleiding om het percentage tot vaststelling van de basisboete te verlagen. De ACM overwoog in het bestreden besluit dat partijen met de heimelijke afstemming ervoor zorgden dat Van Venrooy bij de aanbesteding geen concurrerend bod deed. Zij hebben

⁷⁹ Bezwaargronden Schadenberg, ms. 121-123.

⁸⁰ Bezwaargronden Van Venrooy, ms. 76-81.

⁸¹ Bezwaargronden Van Venrooy, ms. 82-85.

⁸² 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, *Stcr.* 2014, 19776 (hierna: Boetebeleidsregel ACM 2014).

⁸³ Zie bestreden besluit, rn. 105 tot 106.

⁸⁴ Zie bestreden besluit, rn. 107 tot 121.

⁸⁵ Zie bestreden besluit, rn. 116 tot 121. Voor zover Schadenberg in haar bezwaargronden (rn. 114 en 115) stelt dat niet duidelijk is waarom de in het rapport genoemde eerdere overtreding van Schadenberg Holding B.V. relevant is voor deze zaak, wijst de ACM erop dat zij in het bestreden besluit geen aanleiding heeft gezien om recidive aan Schadenberg toe te rekenen. Deze eerdere overtreding heeft dan ook geen invloed gehad op de aan Schadenberg opgelegde boete.

met hun gedragingen buiten het zicht van de opdrachtgever het concurrentieproces in de kern aangetast. De afstemming tussen Schadenberg en Van Venrooy vertoont kenmerken van zowel prijsafspraken als marktverdelingsafspraken en kan tot een prijsopdrijvend effect leiden. Ook is meegewogen dat geen structureel gedrag is vastgesteld en dat sprake is van restconcurrentie.⁸⁶ Alle omstandigheden in aanmerking nemend acht de ACM een basisboete van 15% nog steeds passend.

75. Anders dan Van Venrooy stelt, vertoont deze zaak onvoldoende gelijkenissen met de zaak *Wmo Friesland*,⁸⁷ op grond waarvan een lager boetepercentage passend zou zijn. Allereerst was in die zaak een ander boeteregime van toepassing (NMa Boetecode 2007). Verder zag het CBb aanleiding om het boetepercentage te verlagen op grond van omstandigheden die hier niet aan de orde zijn. Ten eerste was sprake van een onderlinge afstemming van beperkte intensiteit. Er was geen sprake van een overeenkomst, en de betrokken ondernemingen hadden enkel gegevens uitgewisseld waaruit slechts indirect concurrentiegevoelige informatie kon worden afgeleid (r.o. 7.2.6). Daarnaast lag het zwaartepunt van de concurrentie op de markt bij concurrentieparameters waarop de overtreding geen of slechts een beperkte invloed heeft kunnen uitoefenen (r.o. 7.2.7). Verder werd de mogelijkheid tot prijsopdrijving als gevolg van de overtreding beperkt door de aanwezigheid van maximumprijzen (r.o. 7.2.8). Tot slot betrof het een markt in transitie en hadden de betrokken ondernemingen slechts een korte termijn voor een mentaliteitsomslag en aanpassingen in de bedrijfsvoering (r.o. 7.2.9). Geen van deze omstandigheden doet zich in deze zaak voor.
76. Deze zaak toont veeleer gelijkenissen met de eerdergenoemde *Slopers*-zaak, waarin sprake was van "prijslenen", hetgeen "een vorm van coördinatie tussen ondernemingen betreft die inhoudt dat voorafgaand aan de inschrijving op een aanbesteding informatie wordt uitgewisseld omtrent het voorgenomen inschrijfgedrag, in het bijzonder ten aanzien van de te hanteren inschrijfprijs en, [...], met als doel één van de betrokken ondernemingen in staat te stellen in te schrijven op de aanbesteding zonder dat die onderneming het risico loopt dat het project aan haar wordt gegund."⁸⁸ Zo een afspraak vertoont volgens het CBb kenmerken van zowel prijs- als van marktverdelingsafspraken.⁸⁹ Daarnaast heeft de afstemming tussen Schadenberg en Van Venrooy wel degelijk in potentie tot hogere prijzen kunnen leiden. Schadenberg wist immers dat Van Venrooy niet serieus naar de opdracht zou meedingen en kon daarmee rekening houden bij het vaststellen van haar prijs.⁹⁰ In de *Slopers*-zaak achtte het CBb een ernstfactor van 1 op 3⁹¹ passend. Een boetepercentage van 15% binnen een bandbreedte van 0 tot 50% is in dit geval dan ook niet onevenredig.
77. Er is evenmin aanleiding om de boete van Van Venrooy te verlagen wegens haar vermeende passieve rol.⁹² Zoals blijkt uit paragraaf 2.1 van dit besluit, nam Van Venrooy niet slechts een passieve rol in bij de gedragingen. Zij ontving de e-mail van 24 mei 2016 van Schadenberg en distantieerde zich niet hiervan. Zij volgde de daarin vervatte instructie op door ongeveer een week later in te schrijven met een offerte waarin het prijsniveau nagenoeg gelijk is aan het door

⁸⁶ Zie bestreden besluit, rn. 110 tot 115.

⁸⁷ CBb 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*Wmo Friesland*).

⁸⁸ CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopers*), r.o. 5.3.1.

⁸⁹ *Ibid.*, r.o. 7.3.3.

⁹⁰ *Ibid.*, r.o. 5.3.10: "Met name bij aanbestedingen met een beperkt aantal inschrijvers kan prijslenen de prijsgevende onderneming de vereiste mate van zekerheid geven om met een hogere prijs in te schrijven dan zij onder normale marktomstandigheden zou hebben gedaan."

⁹¹ Ook hier was de NMa Boetecode 2007 van toepassing. Indien een ernstfactor van 1 op 3 wordt omgerekend naar een basisboete tussen 0 tot 50%, komt dit neer op een boetepercentage van ca. 16,6%.

⁹² Bezwaargronden Van Venrooy, rn. 82-85.

Schadenberg in de e-mail genoemde prijsniveau. Daarnaast blijkt uit het e-mailcontact dat Van Venrooy nauw contact onderhield met Schadenberg over de aanbesteding.

3 Conclusie

78. Gelet op al het voorgaande treffen de door Schadenberg en Van Venrooy aangevoerde bezwaargronden geen doel. De ACM verklaart de bezwaargronden dan ook ongegrond.

4 Verzoeken vergoeding proceskosten

79. Schadenberg en Van Venrooy hebben verzocht een vergoeding toe te kennen voor de kosten die zij in bezwaar hebben gemaakt. De ACM stelt in deze beslissing vast dat er geen aanleiding is om het bestreden besluit te herroepen. Dit betekent dat in dit geval niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 7:15, tweede lid, van de Awb om in aanmerking te komen voor een vergoeding van de proceskosten in bezwaar. De ACM wijst de verzoeken van Schadenberg en Van Venrooy om vergoeding van die kosten dan ook af.

5 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- I verklaart de bezwaren van Van Venrooy West B.V., Van Venrooy Participaties B.V., Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V. en Schadenberg Dakwerken B.V., Schadenberg Diensten B.V., Wijedehaeve B.V. en HS Vastgoed B.V. ongegrond en handhaaft, onder aanvulling van de motivering als hierboven aangegeven, haar besluit van 16 juni 2020 met kenmerk ACM/UIT/531680;
- II wijst de verzoeken van Van Venrooy West B.V., Van Venrooy Participaties B.V., Stichting Administratiekantoor Van Venrooy Participaties B.V. en Schadenberg Dakwerken B.V., Schadenberg Diensten B.V., Wijedehaeve B.V. en HS Vastgoed B.V. om kostenvergoeding op grond van artikel 7:15 Algemene wet bestuursrecht af.

Den Haag, **9 november 2020**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. T.M. Snoep
bestuursvoorzitter

Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.