

## **Advies d.d. 31 maart 2014 in zaak 7400 “Geunenburg”**

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr J.P. Fokker (voorzitter), mr dr J.F. Appeldoorn, prof. dr J.A.H. Maks en mr E. Boerwinkel (tevens secretaris).

### *Opmerking vooraf*

Per 1 april 2013 is de Nederlandse Mededingingsautoriteit (“**NMa**”) opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt (“**ACM**”). Om die reden zal de Adviescommissie hierna voor zowel de toekomst als het verleden de NMa, en kortheidshalve ook de Raad van bestuur van de NMa en van de ACM, aanduiden als “ACM”.

### **I. Inleiding en procedure**

1. Bij besluit van 24 mei 2013 in zaak nummer 7400 (hierna: het Besluit) heeft de ACM vastgesteld dat Hofstede B.V. en Van Eijk Sloopwerken B.V. in februari 2007 het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet (**Mw**) hebben overtreden door voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van het sloopproject “Geunenburg” te Rotterdam hun inschrijfcijfers onderling af te stemmen. De ACM heeft de overtredingen door Hofstede B.V. toegerekend aan Hofstede B.V., J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., Jermido B.V. en Jermi B.V. (hierna, tenzij uit de context anders blijkt, gezamenlijk aan te duiden als “Hofstede”) en heeft de overtreding door Van Eijk Sloopwerken B.V. toegerekend aan Van Eijk Sloopwerken B.V., Start B.V. en C. van Eijk Holding B.V. (hierna, tenzij uit de context anders blijkt, gezamenlijk aangeduid als “Van Eijk”).
2. De ACM heeft aan Hofstede en Van Eijk boetes opgelegd van respectievelijk € 17.000,-- en € 69.000,--.
3. Tegen het Besluit is door Hofstede op 28 juni 2013 een pro-forma bezwaarschrift ingediend, dat zij op 1 oktober 2013 met gronden van bezwaar heeft aangevuld. Door Van Eijk is op 1 juli 2013 een pro-forma bezwaarschrift ingediend, dat zij op 26 september 2013 met gronden van bezwaar heeft aangevuld.
4. Bij brief van 11 december 2013 is aan Hofstede, van Eijk en de zaakbehandelaars bij de ACM meegedeeld dat op 14 februari 2014 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie). Bij e-mail van 10 januari 2014 heeft Van Eijk laten weten geen gebruik te willen maken van de gelegenheid om door de Adviescommissie te worden gehoord. Bij brief van 3 februari 2014 heeft de ACM een Zienswijze op het bezwaarschrift aan de Adviescommissie doen toekomen. Bij e-mail van 3 februari 2014 heeft Hofstede ten behoeve van de hoorzitting nog een stuk getiteld “Aanvullende opmerkingen” (hierna: de aanvullende opmerkingen) aan de Adviescommissie toegezonden. Op 14 april heeft de hoorzitting plaatsgevonden, waarbij Hofstede en vertegenwoordigers van de ACM door de subcommissie van de Adviescommissie zijn gehoord.
5. Het verslag van de hoorzitting werd op 24 maart 2014 aan bezwaarden en aan de ACM toegezonden.

### **II. Besluit**

6. Een kopie van het Besluit is aan dit advies gehecht.

### **III. Indeling en opbouw van dit advies**

7. De Adviescommissie heeft haar advisering in deze zaak als volgt ingedeeld. In hoofdstuk IV worden de formele bezwaren behandeld, in hoofdstuk V de bezwaren met betrekking tot het bewijs en het bestaan van de gestelde overtreding en in hoofdstuk VI het bezwaar met betrekking tot de boete. Hoofdstuk VII bevat de conclusie.
8. Met betrekking tot de inhoud van het advies maakt de Adviescommissie de volgende algemene opmerkingen. Hofstede heeft in haar bezwaarschrift verzocht al hetgeen door haar bij schriftelijke zienswijze is gesteld en aangevoerd als in bezwaar uitdrukkelijk herhaald en ingelast te beschouwen. De in de zienswijze aangevoerde argumenten zijn daarom meegenomen in dit advies. Van Eijk heeft in haar bezwaarschrift niet verwezen naar haar zienswijze, maar slechts hier en daar opgemerkt dat een en ander ook reeds bij zienswijze is aangevoerd. De argumenten uit de zienswijze van Van Eijk zijn daarom niet meegenomen in deze voorbereidingsnota, voorzover zij niet ook in het inhoudelijk bezwaarschrift zijn aangevoerd. Daar waar de bezwaren van Hofstede en Van Eijk overlappen is tussen hetgeen door hen is aangedragen geen uitdrukkelijk onderscheid gemaakt.

### **IV. Formele bezwaren**

#### De bedrijfsbezoeken hebben plaatsgevonden op ongeldige grondslag

9. Hofstede stelt zich op het standpunt dat de bedrijfsbezoeken die hebben geleid tot het rapport in deze zaak op ongeldige grondslag hebben plaatsgevonden. Zij stelt in dat verband dat het in de bedrijfsbezoekopdracht d.d. 16 maart 2010 genoemde bewijs er feitelijk nog niet was op het moment (23 april 2010) dat de bedrijfsbezoeken plaatsvonden. Het definitieve clementieverzoek van Bik Sloopwerken, dat de aanleiding vormde voor de bedrijfsbezoeken, is immers pas op 26 april 2010 ontvangen en de ondertekening van de clementietoezegging en de ontvangst daarvan door het clementiebureau hebben plaatsgevonden na de bedrijfsbezoeken.
10. Ook zijn er geen verrekenlijsten gevonden, hoewel dat volgens de bedrijfsbezoekopdracht het belangrijkste te verwachten bewijs was.
11. Uit het rapport en het dossier blijkt bovendien niet van het in het clementieverzoek genoemde omvangrijke kartel van ongeveer 70 ondernemingen in vier provincies, aldus Hofstede.
12. De ACM heeft in reactie op dit door Hofstede reeds bij Zienswijze aangevoerde argument in het Besluit onder meer overwogen dat zij, toen op 16 maart 2010 opdracht werd gegeven voor het uitvoeren van de bedrijfsbezoek, reeds beschikte over het volledige clementieverzoek. De ondernemingsverklaring is op 11 maart 2010 bij de ACM binnengekomen. De datum 26 april 2010 waaraan Hofstede refereert is de datum waarop dit stuk bij de Directie Mededinging van de ACM is geregistreerd in het dossier. Dat de clementietoezegging pas op 20 maart 2010 is ondertekend is niet relevant, want zegt niets over het moment van ontvangst van het clementieverzoek, aldus de ACM.

#### Beoordeling

13. De Adviescommissie stelt voorop dat voor het rechtmatig uitoefenen door de ACM van haar onderzoeksbevoegdheden niet vereist is dat het clementieverzoek waaraan een vermoeden van een overtreding wordt ontleend definitief en ondertekend is. Nu bovendien gebleken is

dat de ACM op het moment dat het onderzoek is gestart beschikte over het clementieverzoek van Bik kan het op de datum van indiening van het clementieverzoek gebaseerde bezwaar niet slagen.

14. Dat er tijdens het bedrijfsbezoek bij Hofstede tegen de verwachting van de ACM in geen verrekenlijsten zijn gevonden maakt naar het oordeel van de Adviescommissie nog niet dat het onderzoek op ongeldige grondslag heeft plaatsgevonden, daargelaten dat dit aspect een rol kan spelen in het kader van het bewijs van de overtreding.
15. Met betrekking tot het bezwaar dat in het Rapport en het dossier niet blijkt van het in het clementieverzoek genoemde omvangrijke kartel van ongeveer 70 ondernemingen in vier provincies geldt, dat er geen rechtsregel is die als eis stelt dat het bewijs van een inbreuk overeen stemt met voorafgaand aan het onderzoek, al dan niet in het kader van een clementieverzoek, door de ACM ontvangen informatie. De Adviescommissie is voorts met de ACM van oordeel dat de geconstateerde overtredingen de kaders van het destijds geformuleerde onderzoeksdoel niet te buiten gaan. Dit onderzoeksdoel luidde (onder meer) als volgt: *“Onderzoek naar overtreding(en) van artikel 6 Mededingingswet en/of artikel 101 VWEU, in de periode vanaf in ieder geval 1998 tot en met heden tenminste in de provincies Zuid-Holland, Zeeland en Utrecht door (a) een aantal ondernemingen dat zich bezig houdt met sloopwerkzaamheden, bestaande uit (i) het maken van afspraken over, dan wel onderling afstemmen van te hanteren inschrijfcijfers [...]”*.
16. Dat aan het Rapport geen redelijk vermoeden van een overtreding ten grondslag heeft gelegen is bovendien gesteld noch gebleken; evenmin is de in het Besluit geconstateerde overtreding meeromvattend dan de in het Rapport beschreven – vermoede – overtreding.

#### Veronachtzaming functiescheiding artikel 54a Mw

17. Van Eijk en Hofstede stellen zich beide op het standpunt dat de ACM heeft gehandeld in strijd met de in artikel 54a Mw neergelegde eis van functiescheiding door in het Besluit een feit – het “feit” dat Hofstede een met Geuneburg vergelijkbare aanbesteding heeft gewonnen, te weten het project Kanaalweg – toe te voegen aan het feitensubstraat zoals opgenomen in het Rapport in de zaak Geuneburg. De aan de functiescheiding ten grondslag liggende eisen van objectiviteit en onpartijdigheid sluiten uit dat de Juridische Dienst (JD) zelf onderzoek verricht. Bezwaarden verwijzen in dit verband naar de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: CBb) van 30 augustus 2011, LJN BR 6737. In dit geval heeft de JD kennelijk geconstateerd dat de feiten en omstandigheden die uit het Rapport blijken niet de conclusie rechtvaardigen dat een overtreding is begaan, waardoor zij geen sanctie kan opleggen. Door de eisen van objectiviteit en onbevooroordeeldheid uit het oog te verliezen heeft de (JD van de) ACM de schijn van vooringenomenheid op zich geladen en die smet geldt ook voor de waardering van het in de onderzoeksfase verzamelde materiaal, dat daardoor zijn waarde verliest. Daarom moet het Besluit worden herroepen en moet worden afgezien van een boete, aldus bezwaarden.
18. De ACM heeft in reactie op dit bezwaar aangevoerd dat, hoewel in het Besluit inderdaad wordt gerefereerd aan het besluit in de zaak Kanaalweg (zaak 7401), ook uit het dossier in de onderhavige zaak blijkt dat Hofstede de aanbesteding van het project Kanaalweg heeft gewonnen, en dat Van Eijk hiervan ook op de hoogte was. Dit blijkt uit het verslag van ambtshandelingen van 27 juni 2011<sup>1</sup>, waarin wordt gesproken over het project Kanaalweg en waarin duidelijk wordt dat Hofstede deze aanbesteding gewonnen heeft. Het was beter

---

<sup>1</sup> Verslag van een gesprek met de heren [vertrouwelijk], prismanr. 7400/170.

geweest indien in het Besluit was verwezen naar eerder genoemd verslag van ambtshandelingen, aldus de ACM.

### Beoordeling

19. De Adviescommissie is met de ACM van oordeel dat het Besluit in de onderhavige zaak gelet op het genoemde verslag van ambtshandelingen wel degelijk gebaseerd is op het Rapport en op het dossier dat daaraan ten grondslag ligt. Door het noemen van het besluit in zaak 7401 in het onderhavige Besluit zijn Hofstede en Van Eijk niet in hun belangen geschaad en dit kan in de gegeven omstandigheden evenmin als een veronachtzaming van de door artikel 54a Mw voorgeschreven functiescheiding worden aangemerkt. De Adviescommissie adviseert de ACM dan ook dit bezwaar ongegrond te verklaren.

### **V. Bezwaren ten aanzien van het bestaan van (een) overtreding(en)**

#### Juridische en economische context – afbakening van de relevante markt

20. Bezwaarden stellen zich beide op het standpunt dat de afbakening van de relevante markt door de ACM niet juist is en niet voldoende is gemotiveerd. Van Eijk heeft haar bezwaar op dit punt meer uitgebreid onderbouwd dan Hofstede. Aangezien de door Hofstede aangevoerde bezwaren ook alle zijn terug te vinden in het inhoudelijk bezwaarschrift van Van Eijk wordt in het navolgende geen onderscheid gemaakt naar argumenten per bezwaarde. Hetgeen door bezwaarden ter onderbouwing is aangevoerd laat zich als volgt samenvatten.
21. De onderhavige zaak verschilt van de zaken *Dakdekkers*, *Boomkwekers* en *Schilders*, waarin alle voor de betreffende aanbesteding uitgenodigde partijen bij de *bid rig* betrokken waren. Juist dat element maakte dat de marktafbakening beperkt kon blijven tot die éne aanbesteding, omdat het ertoe leidde dat alle concurrenten dezelfde, waarheidsgetrouwe perceptie hadden van de mededinging voor de betrokken aanbesteding. In dit geval was dat anders: niet alle spelers waren betrokken en ze waren niet op de hoogte van de precieze omvang en identiteit van het aantal genodigden.
22. Ook uit de jurisprudentie van het Gerecht van de Europese Unie (hierna: het Gerecht) volgt dat de marktafbakening in het geval van kartelvorming bij aanbestedingen niet noodzakelijkerwijs uit één aanbesteding bestaat. In dat kader wordt verwezen naar GvEA 16 juni 2011 in zaak T-208/08 *Gosselin Group NV / Commissie*, rov. 113. Voorts wordt verwezen naar het Besluit van de Europese Commissie d.d. 26 oktober inzake *Oracle/Peoplesoft* (COMP/M.3216), het Besluit van de RvB NMa d.d. 9 december 2010 inzake *Veolia-CDC-Transdev*, zaaknr. 6957, en naar het rapport van DotEcon Ltd. voor het Office of Fair Trading (OFT) getiteld "*Markets with bidding processes*".
23. Bij de analyse van concurrentie in biedmarkten moet zowel de precieze omvang van de relevante markt als de aard van de concurrentie in de markt worden geanalyseerd. Door de mogelijkheid van vraagsubsstitutie (de aanbesteder kan de uit te nodigen aanbieder die hij selecteert onderling uitwisselen) voelt een uitgenodigde aanbieder concurrentiedruk van elke partij die volgens hem redelijkerwijs geselecteerd zou kunnen worden, ongeacht of deze daadwerkelijk is uitgenodigd. Bovendien kunnen verschillende aanbestedingen door aanbodsstitutie onderdeel van dezelfde relevante markt zijn. De ACM haalt in het Besluit vraag- en aanbodsstitutie door elkaar en miskent de consequenties van vraag- en aanbodsstitutie voor de omvang van de relevante markt. Dat een marktafbakening in het kader van het concentratietoezicht vanwege haar prospectieve karakter niet bruikbaar is

voor de beoordeling van mogelijke overtredingen van artikel 6 Mw is in zijn algemeen niet houdbaar.

24. In het Besluit wordt bovendien miskend dat van sterke bidders een grotere concurrentiedruk uitgaat dan van zwakke bidders. De intensiteit van de mededinging wordt bepaald door de perceptie van de kracht van de (twee) sterkste (potentiële) bidders. Project Geunenburg was een onderhandse aanbesteding voor eenvoudige werkzaamheden en was onderdeel van grootschalige sloopwerken bestaande uit totaal elf sloopprojecten. Opdrachtgever Estrade werkte met een poule van ongeveer tien sloopondernemingen en nodigde steeds een wisselend deel van die poule uit om in te schrijven op een project. Mogelijk waren (sommige) ondernemingen uit de poule bekend met de samenstelling van de poule; bij project Geunenburg was onbekend welk aantal en type ondernemingen daarvoor waren uitgenodigd, omdat er daarvoor geen gezamenlijke aanwijzing is geweest.
25. Uitgaande van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de relevante markt tenminste wordt gevormd door de elf projecten in de wijk De Burgen en dat op die markt tenminste tien ondernemingen (potentieel) actief waren. Voorts moesten de genodigden voor een bieding op project Geunenburg rekening houden met een groot aantal potentiële bidders die bovendien sterk wisselden in geschiktheid voor het werk (sterkte-zwakke), hetgeen door de ACM ten onrechte niet is onderzocht. Het Besluit is daarmee onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd.

#### Beoordeling

26. De ACM heeft, onder verwijzing naar de uitspraken van de rechtbank Rotterdam in de zaken *Dakdekkers*<sup>2</sup>, *Boomkwekerijen*<sup>3</sup> en *Schilders*<sup>4</sup>, vastgesteld dat de relevante markt in deze zaak beperkt is tot de inschrijvende ondernemingen op de onderhavige aanbesteding.
27. De Adviescommissie stelt bij de beoordeling van dit bezwaar voorop dat de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak in de zaak *Boomkwekerijen* heeft overwogen dat de relevante markt op het moment van een aanbesteding door de overheid enkel bestaat uit die aanbesteding, met aan de aanbodzijde enkel de ondernemingen die meedingen naar de opdracht in kwestie. De rechtbank heeft in laatstgenoemde uitspraak echter ook overwogen dat de relevante markt aldus kan worden afgebakend indien uitsluitend de bij de afspraken tot marktverdeling betrokken ondernemingen op een bepaalde aanbesteding hebben ingeschreven. De genoemde uitspraak levert dus alleen voor dergelijke gevallen een precedent op. In de zaken *Dakdekkers* en *Schilders* heeft de rechtbank slechts, naar aanleiding van bezwaren die zagen op de merkbaarheid van de mededingingsbeperking, overwogen dat uit het feit dat de afspraken telkens tussen alle voor de aanbesteding in kwestie uitgenodigde ondernemingen zijn gemaakt volgt dat er per definitie sprake is van een merkbare mededingingsbeperking.
28. De ACM heeft in haar Zienswijze, naar aanleiding van het Advies van de Adviescommissie in de zaak *Slopersbedrijven Rotterdam* (zaak 7249, door de ACM aangeduid als “Slopers I”), betoogd dat de vraag naar het aantal inschrijvers dat bij een verboden afspraak betrokken is, slechts relevant is in het kader van de merkbaarheid en geen rol speelt bij het bepalen van de

---

<sup>2</sup> Rb Rotterdam 24 juli 2007, LJN BB0750 *Erdo B.V. / RvB NMa*.

<sup>3</sup> Rb Rotterdam 1 juli 2010, LJN BM9911, *Darthuizer Boomkwekerijen B.V. e.a. / RvB NMa*.

<sup>4</sup> Rb Rotterdam 6 mei 2010, LJN BM5246, *Rendon Eindhoven B.V. / RvB NMa*.

relevante markt. Zij citeert in dat verband de relevante rechtsoverweging uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake *Boomkwekerijen*<sup>5</sup>, waarin onder meer staat:

*“[...] Voorts verwijst de rechtbank naar haar uitspraak van 24 juli 2007 in de zaak Dakdekkers (reeds aangehaald), waarin sprake was van afspraken tussen alle ondernemingen die waren uitgenodigd voor de aanbesteding, zodat er per definitie sprake was van een merkbare mededingingsbeperking. Verder bestaat de relevante markt op het moment van een aanbesteding door de overheid op dat moment enkel uit die aanbesteding met aan de aanbodzijde enkel de ondernemingen die meedingen naar de opdracht in kwestie.[...]”*

29. Volgens de ACM ziet de eerste volzin van bovengenoemde rechtsoverweging op de “per definitie” merkbaarheid van een afspraak indien alle daarbij betrokken ondernemingen op een aanbesteding inschrijven en ziet (slechts) de slotzin op de relevante markt als zodanig.
30. De Adviescommissie kan deze redenering niet volgen, omdat de beoordeling van de merkbaarheid naar haar oordeel niet los kan worden gezien van de relevante markt. Bij het beoordelen van de merkbaarheid gaat het er immers om te bepalen of de verweten gedraging, gelet op de positie van de betrokken ondernemingen op de relevante markt, de concurrentie in mededingingsrechtelijk relevante mate beperkt<sup>6</sup>. Van belang is in dit verband ook dat de uitspraak van de rechtbank in *Boomkwekerijen* na de hiervoor geciteerde passage vervolgt met:  
*“[...] In het onderhavige geval zijn bij een groot aantal opdrachten van gemeenten afspraken gemaakt tussen alle uitgenodigde ondernemingen, zodat hier kan worden vastgesteld dat sprake is van een merkbare mededingingsbeperking op (een deel van) de Nederlandse markt. De afstemming tussen deze ondernemingen leidde er immers toe dat er vrijwel geen concurrentie om de desbetreffende opdrachten plaatsvond.[...]”*
31. De rechtbank lijkt haar oordeel omtrent de relevante markt dus wel degelijk te relateren aan het feit dat alle inschrijvers samenspannen, althans kan haar overweging dat de relevante markt op het moment van een aanbesteding door de overheid op dat moment enkel bestaat uit die aanbesteding met aan de aanbodzijde enkel de ondernemingen die meedingen naar de opdracht in kwestie, daar niet los van worden gezien.
32. In het onderhavige geval waren bij de verweten gedragingen niet alle inschrijvers betrokken; ten aanzien van drie van de vijf inschrijvers is niet gebleken van betrokkenheid bij enige afstemming.
33. De Adviescommissie acht, in het licht van het voorgaande, de afbakening van de relevante markt onvoldoende gemotiveerd en adviseert de ACM om de gehanteerde marktafbakening van een nadere onderbouwing te voorzien. Meer in het bijzonder zou daarbij dienen te worden uiteengezet of, en zo ja waarom, ook in het geval van aanbestedingen waarbij niet alle inschrijvers bij de verweten mededingingsbeperkende gedragingen betrokken waren, de relevante markt (slechts) de betreffende aanbesteding met aan de aanbodzijde uitsluitend de inschrijvers omvat. In dit verband is van belang dat uit het dossier niet is gebleken dat de inschrijvers op het project Geunenburg wisten welke overige ondernemingen waren uitgenodigd en evenmin dat zij (behalve Hofstede en Van Eijk van elkaar) wisten wie er gingen inschrijven. Niet gebleken is dat er een gezamenlijke aanwijzing heeft plaatsgevonden of dat de inschrijvers anderszins over informatie konden beschikken over wie hun (potentiële) concurrenten waren. Dit roept de vraag op waarom uitsluitend concurrentiedruk

---

<sup>5</sup> Rb Rotterdam 1 juli 2010, supra, rov.

<sup>6</sup> Zie o.m. CBb 7 december 2005, LJN AU8309, *Secon en G-Star / NMa*, rov. 6.5.

zou uitgaan van de ondernemingen die daadwerkelijk hebben ingeschreven en, indien moet worden geconcludeerd dat de inschrijvers ook concurrentiedruk ondervonden van (andere) potentiële inschrijvers (omdat zij rekening moesten houden met de mogelijkheid dat die ook zouden inschrijven), waarom die inschrijvers dan niet tot de relevante markt zouden behoren. Tijdens de hoorzitting is laatstgenoemde tegenstrijdigheid aan de orde gekomen en heeft de ACM meegedeeld hierop in het besluit op bezwaar nader te zullen ingaan.

34. Het is juist dat het Gerecht in *Gosselin/Commissie* heeft geoordeeld dat de relevante diensten de internationale verhuisdiensten in België waren. Verschil met de onderhavige zaak is wel dat het in die zaak weliswaar ging om manipulatie van aanbestedingen (onder andere door schaduwbestekken, een praktijk die gelijkenis vertoont met cover pricing/prijslenen), maar dat sprake was van een zo omvangrijk en langdurig kartel dat het vele aanbestedingen omvatte en is aangemerkt als één voortdurende jarenlange inbreuk. Bovendien is de marktafbakening door het Gerecht niet erg uitvoerig gemotiveerd. Niettemin wordt de ACM in overweging gegeven dit arrest bij haar motivering van het besluit op bezwaar te betrekken.
35. Hetzelfde geldt voor het rapport van DotEcon voor het OFT (uit 2007) waarnaar Van Eijk verwijst. Hierin staan met betrekking tot de marktafbakening in biedmarkten onder meer *“4.10 Simply equating the economic market with a specific instance of a bidding process may lead to excessively narrow markets and does not conform to the usual approach taken in market definition. We need to consider both demand-side and supply-side substitution possibilities in order to identify competitive constraints.”*<sup>7</sup>

#### Mededingingsbeperkende strekking

36. Zowel Hofstede als Van Eijk heeft zich op het standpunt gesteld dat geen sprake is van een gedraging die ertoe strekt de mededinging te beperken. Hun bezwaren op dit punt kunnen als volgt worden samengevat.
37. De stellingen in het Besluit inzake de mededingingsbeperkende strekking zijn volgens bezwaarders sterk theoretisch ingekleurd en miskennen de feitelijke economische context.
38. Hofstede heeft aangevoerd dat uit het dossier niet blijkt van afstemming van inschrijfgedrag en dat zij als lenende partij geen invloed had op de calculatie en offerte van Van Eijk. Omdat de door Hofstede van Van Eijk ontvangen e-mail dateert van één dag voor de inschrijving is het waarschijnlijk dat Van Eijk haar eigen prijs op dat moment al had gecalculeerd. Er is geen bewijs dat Van Eijk wist dat Hofstede met het aangereikte bedrag zou gaan inschrijven. Ook uit het feit dat tussen de inschrijfprijzen van Hofstede en Van Eijk een verschil van 17% zat blijkt dat geen sprake is geweest van afstemming; in geval van afstemming ligt het immers voor de hand dat Van Eijk een veel hogere prijs zou hebben geoffreerd dan zij in werkelijkheid heeft geoffreerd. Ook Van Eijk heeft aangevoerd dat in het Besluit ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, wordt gesteld dat sprake is geweest van uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie. Dat Van Eijk Hofstede een inschrijfprijs heeft gegeven wil nog niet zeggen dat zij enige relevante informatie heeft prijsgegeven, want de afgegeven prijs was evident niet-competitief (Hofstede wilde immers niet voor de opdracht in aanmerking komen) en het ging dus niet om concurrentiegevoelige informatie.
39. De strekking van het prijslenen is (slechts) het in beeld blijven bij opdrachtgevers, niet het beperken van de mededinging. Niet inschrijven leidt ertoe dat je de volgende keer niet meer

---

<sup>7</sup> Pagina 46 van genoemd rapport.

wordt uitgenodigd, zoals blijkt uit de ervaringen van Hofstede in gevallen waarin zij niet heeft ingeschreven en uit de verklaringen van diverse sloopondernemingen die zich in het dossier bevinden. Van Eijk heeft onder meer aangevoerd dat, nu het Besluit erkent dat het doel van het prijslenen, in beeld blijven bij de opdrachtgever, op zichzelf legitiem is maar dat de wijze waarop men dat doel tracht te bereiken ontoelaatbaar is, moet worden geconcludeerd dat prijslenen geen doelbeperking, maar een gevolgbeperking is.

40. Miskend wordt dat de essentie van een aanbesteding nu juist is dat men niet weet welke partijen er nog meer zijn uitgenodigd en of en hoe zij gaan inschrijven.
41. In het Besluit is niet onderbouwd op welke manier concurrenten door het prijslenen kunnen worden benadeeld en wordt niet uiteengezet waarom dit relevant zou zijn met het oog op beperking van de mededinging.
44. Het gestelde potentiële prijsopdrijvende effect vloeit niet uit ervaringsregels voort, althans is niet beoordeeld binnen de context van de relevante markt. De twee potentiële prijsverhogende oorzaken waar het Besluit vanuit gaat doen zich niet voor. Door prijslenen vermindert het aantal concurrerende inschrijvingen noch in kwalitatief, noch in kwantitatief opzicht. Bij dit werk waar zij Van Eijk om een prijs heeft gevraagd was Hofstede sowieso al niet geïnteresseerd om mee te dingen. Het project Geunenburg was voor Hofstede als gespecialiseerde toptienspeler veel te klein en onaantrekkelijk. Het vragen van een niet-winnende (zijnde iets anders dan een niet-concurrerende) prijs heeft dus ook geen mededingingseffect en daarmee geen mededingingsbeperkende strekking. De stelling dat Hofstede bij het ontbreken van een *cover price* mogelijk te hoog of juist veel te laag zou inschrijven is zeer hypothetisch en de juistheid daarvan is niet op basis van ervaringsregels aangetoond.
45. Dat de opdrachtgever wordt misleid en onvolledig geïnformeerd ondernemingen zal uitnodigen voor volgende aanbestedingen volgt niet uit ervaringsregels en is niet getoetst met inachtneming van de feitelijke context van de verweten gedraging. Die stelling gaat er kennelijk vanuit dat de relevante markt toch groter is dan een enkele aanbesteding.
46. Ook de stelling dat de opdrachtgever door het prijslenen gehinderd wordt in zijn mogelijkheden om een vervangende aanbieder te zoeken volgt niet uit ervaringsregels en is niet getoetst met inachtneming van de feitelijke context van de verweten gedraging. Het hoeft niet zo te zijn dat genodigden bij het ontbreken van een *cover price* normaliter de opdrachtgever spoedig informeren dat zij geen interesse hebben en bij de onderhavige aanbesteding was daarover niets geregeld. De stelling is in het onderhavige geval temeer hypothetisch nu het contact tussen Hofstede en Van Eijk slechts één dag voor de inschrijving plaatsvond.
47. De stelling dat *cover pricing* verdergaande transparantie in de hand kan werken is ook zeer hypothetisch en miskent dat de opdrachtgever de geboden prijzen regelmatig hoe dan ook bekend maakt.
48. Hofstede heeft voorafgaand aan het Besluit, in haar Zienswijze, ook nog aangevoerd dat niet is vast te stellen of aan het toesturen van de offerte door Van Eijk een prijsleenverzoek van haar ten grondslag heeft gelegen en dat zij niet kon weten of Van Eijk ook was uitgenodigd. Nu Hofstede evenwel in haar inhoudelijk bezwaarschrift erkent dat zij Van Eijk om een prijs heeft gevraagd wordt zij geacht dit onderdeel van haar bezwaar te hebben prijsgegeven.



## Beoordeling

49. Bij de beoordeling van deze bezwaren dient te worden vooropgesteld dat – volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ) – voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging (hierna: oafg) die ertoe strekt de mededinging te beperken bepalend is of de gedraging in kwestie naar zijn aard negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben, rekening houdende met de objectieve doelstellingen die zij nastreeft binnen de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren. Daarbij is de bedoeling van de betrokken ondernemingen geen noodzakelijk element om te bepalen of een gedraging mededingingsbeperkend is, hoewel daarmee bij de vaststelling van het mededingingsbeperkende karakter wel rekening kan worden gehouden.
50. De verweten gedraging, aangeduid als *cover pricing* of prijslenen, houdt in dat Hofstede en Van Eijk zouden hebben afgesproken dat Van Eijk als laagste zou inschrijven en dat Van Eijk daartoe aan Hofstede een begroting met een (niet winnende) inschrijfprijs heeft verstrekt.
51. In het Besluit wordt gesteld dat prijslenen het concurrentieproces in het kader van een aanbesteding negatief kan beïnvloeden, en dus de strekking heeft de mededinging te beperken, doordat
- het aantal daadwerkelijk concurrerende inschrijvers wordt beperkt,
  - het ertoe leidt dat de inschrijfprijzen, waarop de opdrachtgever haar keuze primair baseert, niet zelfstandig worden bepaald,
  - het ertoe leidt dat de opdrachtgever wordt misleid waardoor hij een verkeerd beeld van het aanbod krijgt,
  - het een prijsopdrijvend effect heeft doordat de betrokken ondernemingen minder concurrentiedruk ervaren, doordat de niet-geïnteresseerde onderneming niet het risico loopt de aanbesteding per ongeluk te winnen en doordat de opdrachtgever de kans wordt ontnomen alsnog andere ondernemingen uit te nodigen om te offrenen,
  - het kan doorwerken naar volgende aanbestedingen doordat het zicht op de concurrentiesituatie wordt beperkt en
  - het de transparantie tussen concurrenten op oneigenlijke wijze kan verhogen wanneer dezelfde ondernemingen in het kader van *cover pricing* meerdere malen inschrijfinformatie met elkaar delen. Dit maakt het voor hen eenvoudiger om tot verdergaande mededingingsbeperkende afspraken te komen, zoals klassieke *bid rigs*.
52. De Adviescommissie is van oordeel dat door het prijslenen, zoals toegepast door Hofstede en Van Eijk, het aantal daadwerkelijk concurrerende inschrijvingen bij een aanbesteding inderdaad kan worden beperkt. Door het prijslenen is er immers een inschrijver waarvan zeker is dat hij de opdracht niet zal verwerven (door zijn (te) hoge inschrijfprijs); zowel de lenende als de uitlenende inschrijver zijn hiervan op de hoogte en daardoor worden voor hen de risico's van de onderlinge concurrentie beperkt. Bezwaarden hebben hun stelling dat het aantal inschrijvers door het prijslenen niet wordt beperkt kennelijk gebaseerd op de veronderstelling dat de lenende onderneming toch al zou hebben besloten niet in te schrijven en dus ook niet zou hebben ingeschreven indien zij niet had geopteerd voor prijslenen. Of die aanname juist is, is zeer de vraag gelet op het in het Besluit geschetste risico van niet inschrijven (niet meer uitgenodigd worden om te offrenen bij volgende aanbestedingen, een risico dat door Hofstede zelf is aangemerkt als reden om een prijs te lenen). Dat – indien er geen prijs zou zijn geleend – de niet-geïnteresseerde onderneming inderdaad niet zou inschrijven is dus allermindst een gegeven. Daar komt bij dat, indien de niet-geïnteresseerde inschrijver – in de hoop de opdracht niet te hoeven uitvoeren – in plaats van geen offerte een (te) hoge offerte indient, eveneens het risico bestaat dat zij door de

opdrachtgever niet meer als serieuze aanbieder wordt gezien (en dus niet meer wordt uitgenodigd) of, indien zij om kosten te besparen geen (deugdelijke) calculatie maakt, het risico dat zij toch de laagst geprijsde offerte indient en “per ongeluk” de opdracht verwerft. Haar inschrijving kan dus – ongewild – toch concurrerend zijn. Hieruit volgt dat ook de stelling van Hofstede dat zelfs indien het aantal daadwerkelijk concurrerende inschrijvers wordt verminderd geen schade wordt toegebracht aan het concurrentieproces omdat het effect dan hetzelfde is als bij niet-inschrijving, een zelfstandige te hoge inschrijving of een ondeugdelijke inschrijving, niet opgaat.

53. Of dit gevolg van het prijslenen (een lager aantal daadwerkelijk concurrerende inschrijvers) in dit geval ook daadwerkelijk is opgetreden is naar het oordeel van de Adviescommissie niet relevant, nu vaststaat dat de praktijk van het prijslenen naar zijn aard geschikt is om – onder meer door het verminderen van het aantal daadwerkelijk concurrerende inschrijvers – de mededinging in de context van een aanbesteding te beperken. Het is die potentie tot beperking van de mededinging die doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of het prijslenen ertoe strekte de mededinging te beperken; of de in potentie aanwezige mededingingsbeperkende gevolgen zicht daadwerkelijk hebben voorgedaan is daarvoor niet relevant. In zoverre kan de verwijzing door Hofstede naar het advies in de *Limburgse bouwzaken* haar niet baten; daarin is immers door de Adviescommissie slechts geconcludeerd dat niet is komen vast te staan dat het door de ACM bedoelde gevolg zich in dat concrete geval heeft voorgedaan.
54. Het bezwaar inhoudende dat tussen Hofstede en Van Eijk geen afstemming van inschrijfprijzen zou hebben plaatsgevonden moet naar het oordeel van de Adviescommissie worden verworpen. Dat Van Eijk niet wist dat Hofstede met het haar aangereikte bedrag zou gaan inschrijven is volstrekt onaannemelijk gelet op het feit dat het prijslenen – ook volgens bezwaarden – inhield dat Hofstede op verzoek een niet-concurrerende prijs kreeg aangereikt omdat zij niet in de opdracht geïnteresseerd was. Waarom zouden partijen dit doen als die prijs vervolgens niet door Hofstede gebruikt zou worden als basis voor haar inschrijving? Hier komt bij dat naar het oordeel van de Adviescommissie voor het bestaan van afstemming niet vereist is dat Van Eijk volstrekt zeker wist dat Hofstede met de haar aangereikte prijs zou inschrijven; voldoende is dat Hofstede wist dat dit een prijs was die in ieder geval hoger was dan de inschrijfprijs van Van Eijk. Daarmee was al concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld, daargelaten wat Hofstede daar vervolgens mee deed. Omgekeerd geldt hetzelfde: alleen al de mededeling dat Hofstede niet geïnteresseerd was in de opdracht en wilde vermijden dat zij die zou verwerven levert reeds aan Van Eijk verstrekte concurrentiegevoelige informatie op. Of Hofstede daadwerkelijk invloed heeft gehad op de gecalculerde prijs van Van Eijk kan in het midden blijven; voldoende is dat Van Eijk als gevolg van het prijslenen bij het bepalen van haar (definitieve) prijs wist dat zij met Hofstede als concurrent geen rekening hoefde te houden. Dat Hofstede de e-mail van Van Eijk één dag voor de inschrijving heeft ontvangen wil niet zeggen dat Van Eijk haar definitieve prijs al had gecalculerd op het moment dat Hofstede haar om een prijs vroeg, nu niet gebleken (en door bezwaarden ook niet gesteld) is wanneer dat verzoek is gedaan. Het op het verschil tussen de inschrijfprijzen van Hofstede en Van Eijk gebaseerde argument kan de Adviescommissie niet volgen; zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom Van Eijk in geval van afstemming veel hoger zou hebben ingeschreven dan zij heeft gedaan, nu Hofstede niet noodzakelijkerwijs haar enige concurrent was.
55. In het Besluit wordt overigens ook gesteld dat het niet zelfstandig bepalen van de inschrijfprijzen door de betrokken ondernemingen ten nadele werkt van andere ondernemingen die hun prijs wel zelfstandig bepalen. Van Eijk heeft aangevoerd dat deze benadeling van concurrenten nergens uit blijkt en dat de relevantie daarvan voor de

beperking van de mededinging niet is onderbouwd. De Adviescommissie kan zich voorstellen dat de uitlenende onderneming (in dit geval van Eijk) een voordeel heeft ten opzichte van haar (niet bij het prijslenen betrokken) concurrent(en) doordat zij weet dat zij de lenende onderneming niet “onder haar prijs zal duiken” en dat die concurrenten in zoverre dus relatief gezien een nadeel ondervinden, maar ziet zonder nadere toelichting, die in het Besluit ontbreekt, niet in hoe de concurrentie juist door dit nadeel voor concurrenten wordt beperkt. De ACM wordt geadviseerd haar besluit op dit punt beter te motiveren.

56. Ten aanzien van de door bezwaarden betwiste stelling van de ACM dat de opdrachtgever door prijslenen wordt beperkt in het zoeken naar vervangende aannemers die wel een concurrerend bod willen uitbrengen, overweegt de Adviescommissie als volgt. Het argument van bezwaarden dat dit potentiële mededingingsbeperkende effect niet aanwezig is omdat de tot offrenen uitgenodigde ondernemingen niet gehouden zijn tijdig te melden dat zij geen echte interesse hebben, gaat kennelijk uit van de premisse dat de onderneming in kwestie een dergelijke (tijdige) mededeling ook niet onverplicht zou doen. Of die premisse juist is, kan de Adviescommissie bij gebrek aan uitvoerige(r) gegevens over de gebruiken in de branche niet goed beoordelen. De Adviescommissie adviseert de ACM om duidelijker en meer uitgebreid te motiveren waarom een opdrachtgever door prijslenen kan worden beperkt in het zoeken naar vervangende aannemers die wel een concurrerend bod willen uitbrengen.
57. De Adviescommissie is met de ACM van oordeel dat door het prijslenen de inschrijfprijzen door de bij het prijslenen betrokken ondernemingen niet zelfstandig worden bepaald, en dat dit een potentieel prijsopdrijvend effect heeft, zowel door de verminderde onzekerheid bij de uitlenende onderneming (die weet dat zij een concurrent minder heeft) als door de betere inschatting die de lenende onderneming kan maken van de prijs waarmee zij de opdracht niet zal winnen. Dat prijslenen prijsopdrijvend kan werken vindt ook steun in de in het Besluit (randnr. 87) aangehaalde verklaring van [vertrouwelijk], medewerker van Hofstede, inhoudende dat het feit dat je weet hoeveel en wie er inschrijven wel invloed heeft op de inschrijfprijs.
58. Dat prijslenen in de economische context waarbinnen de betrokken ondernemingen opereerden het zicht van een opdrachtgever op de (werkelijke) concurrentie kan belemmeren, waardoor hij toekomstige aanbestedingen niet volledig geïnformeerd vormgeeft, acht de Adviescommissie voldoende aannemelijk gelet op de eigen stelling van Hofstede in de gronden van bezwaar dat zij aan prijslenen deed om bij potentiële opdrachtgevers “in beeld te blijven” en om te voorkomen dat zij in de toekomst niet meer zou worden uitgenodigd. Overigens heeft Hofstede dit in haar Zienswijze ook benadrukt en daarbij een aantal andere aannemers geciteerd. Hieruit volgt reeds dat opdrachtgevers de keuze voor aannemers die worden uitgenodigd te offrenen voor een bepaald project wel degelijk - mede – bepalen op basis van de inschrijvingen in eerdere aanbestedingen en het beeld dat zij daardoor hebben van de aanwezige concurrentie. Door het prijslenen kan dat beeld worden vertekend. Dat alleen van belemmerd zicht kan worden gesproken indien men uitgaat van de fictie dat alle genodigden altijd voor de scherpst mogelijke prijs zullen inschrijven is de Adviescommissie niet met Hofstede eens. In een situatie zonder prijslenen krijgt een opdrachtgever door het al dan niet inschrijven van de door hem genodigde aannemers een getrouwer beeld van de concurrentie dan in een situatie met prijslenen, waar de risico’s van het inschrijven met een (naar verwachting) niet winnende prijs worden weggenomen en niet-geïnteresseerde aanbieders dus zonder risico kunnen inschrijven.
59. Met betrekking tot de stelling dat de transparantie tussen concurrenten op oneigenlijke wijze kan worden verhoogd wanneer dezelfde ondernemingen in het kader van *cover pricing*

meerdere malen inschrijfinformatie met elkaar delen overweegt de Adviescommissie als volgt. Indien het juist is, zoals Van Eijk stelt, dat de inschrijfprijzen na afloop van een aanbesteding veelal alsnog worden bekendgemaakt door de opdrachtgever, is het de vraag in hoeverre dit effect zich zal voordoen. De ACM wordt geadviseerd hier in het besluit op bezwaar nader op in te gaan. Overigens betwijfelt de Adviescommissie in ieder geval wel dat het vaak voorkomt dat na de aanbesteding (niet alleen de inschrijfprijs maar ook) de onderliggende begroting/calculatie door een opdrachtgever wordt bekendgemaakt. Deze doorgaans als zeer concurrentiegevoelig beschouwde informatie is in het onderhavige geval tussen de prijslenende ondernemingen wel uitgewisseld (althans heeft Van Eijk aan Hofstede een door haar opgestelde begroting ter beschikking gesteld).

60. De Adviescommissie volgt Van Eijk niet in haar redenering dat, nu het Besluit erkent dat het doel van het prijslenen, in beeld blijven bij de opdrachtgever, op zichzelf legitiem is maar dat de wijze waarop men dat doel tracht te bereiken ontoelaatbaar is, moet worden geconcludeerd dat prijslenen geen doelbeperking maar een gevolgbeperking is. Het gaat erom of het prijslenen als zodanig naar zijn aard geschikt is om de mededinging te beperken; zoals hiervoor reeds overwogen is het daarvoor niet vereist dat dit prijslenen ook met een (subjectieve) mededingingsbeperkende bedoeling geschiedt.
61. Dat men in geval van een aanbesteding niet weet welke partijen nog meer zijn uitgenodigd en of en hoe zij gaan inschrijven, zoals door bezwaarden is aangevoerd, kan naar het oordeel van de Adviescommissie niet zonder meer gezegd worden en zeker niet in geval van prijslenen, waar in ieder geval twee inschrijvers van elkanders deelname op de hoogte zijn. Voor de consequenties die kunnen worden verbonden aan het niet bekend zijn van (alle) overige genodigden en inschrijvers wordt verwezen naar hetgeen in dit advies is en nog zal worden overwogen onder “relevante markt” en “merkbaarheid”.

#### Merkbaarheid

62. Bezwaarden stellen zich op het standpunt dat geen sprake is van een merkbare beperking van de mededinging.
63. Hofstede heeft in dat verband aangevoerd dat het lenen van een prijs voor het werk Geunenburg niet of slechts in zeer geringe mate afbreuk heeft kunnen doen aan de mededinging, omdat de inschrijvingen op dit werk uitwijzen dat de door Van Eijk gecalculerde inschrijfprijs een echte prijs was, die niet was afgestemd maar waarmee zij het werk graag wilde binnenhalen. Dit vindt bevestiging in het feit dat Estrade het werk uiteindelijk heeft kunnen gunnen tegen een prijs die lager was dan de door haar geprognosticeerde prijs, aldus Hofstede.
64. Volgens Van Eijk kon de onderhavige gedraging niet tot een merkbare beperking van de mededinging leiden omdat zij bij de bieding op het project Geunenburg rekening hield met meer dan vijftien potentiële bidders, waaronder Hofstede. Op de relevante markt, gevormd door tenminste de elf projecten in de wijk De Burgen, waren ten minste ongeveer tien ondernemingen actief die alle daadwerkelijke concurrenten waren van Van Eijk.
65. Bezwaarden hebben voorts beide aangevoerd dat Hofstede bovendien evident een zwakke bidder was (omdat het project Geunenburg voor haar te klein was) en dat Van Eijk er dus rekening mee moest houden dat de opdrachtgever ook andere, duidelijk sterkere bidders zou uitnodigen.

## Beoordeling

66. Bij de beoordeling van de bezwaren met betrekking tot de merkbaarheid van de verweten gedragingen dient te worden vooropgesteld dat, in geval van een overeenkomst of oafg die ertoe strekt de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen, in beginsel kan worden aangenomen dat de markt in meer dan geringe mate wordt beïnvloed tenzij sprake is van een dermate zwakke positie van de betrokken ondernemingen op de relevante markt dat de mededinging niet in mededingingsrechtelijk relevante mate wordt beperkt.<sup>8</sup>
67. Uit de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) in de zaak *Dakdekkers*<sup>9</sup> en de reeds eerder genoemde uitspraken van de rechtbank Rotterdam in de zaken *Boomkwekerijen*, *Dakdekkers* en *Schilders* volgt dat een mededingingsbeperkende afspraak tussen alle deelnemers aan een bepaalde aanbesteding per definitie merkbaar is. Dit uitgangspunt geldt evenwel niet voor aanbestedingen als de onderhavige, waarbij niet alle inschrijvers samenspannen.
68. De ACM heeft bij het onderbouwen van de merkbaarheid in het bestreden Besluit de volgende uitgangspunten gehanteerd:
- a) De relevante markt is beperkt tot de onderhavige aanbesteding met aan de aanbodzijde uitsluitend de inschrijvers.
  - b) Elke inschrijver heeft een gelijke kans om de aanbesteding te winnen.
  - c) Een gering aantal inschrijvers impliceert, omdat ieder van hen een hoog percentage uitmaakt van het totaal van 100% van de inschrijvers, dat elk van deze inschrijvers geen zwakke positie heeft op de relevante markt.
69. Ten aanzien van de afbakening van de relevante markt wordt verwezen naar hetgeen eerder in dit Advies omtrent de relevante markt is overwogen. Vooralnog is de Adviescommissie er niet van overtuigd dat de gehanteerde marktdefinitie de juiste is.
70. Naar het oordeel van de Adviescommissie is geen van de hierboven onder b) en c) genoemde uitgangspunten solide of overtuigend. Dat iedere inschrijver een gelijke kans heeft om te winnen is een misvatting, omdat in het geval van het heterogene product dat gevraagd wordt bij een aanbesteding de éne onderneming beter toegerust kan zijn om dat product te leveren dan de andere. De onderneming die het best is toegerust kan het scherpst (zonder verlies) aanbieden en heeft dus een grotere kans om te winnen. Uit het voorgaande volgt reeds, dat het feit dat de betrokken ondernemingen in dit geval bijvoorbeeld 40% uitmaken van het totale aantal inschrijvers niet per definitie betekent dat zij geen zwakke positie hebben op de relevante markt. Slechts in het geval waarin alle inschrijvers samenspannen kan zonder nadere onderbouwing worden aangenomen dat de betrokken ondernemingen samen geen zwakke marktpositie hebben. Uit het feit dat in het geval van een aanbesteding de éne onderneming beter is toegerust het gevraagde heterogene product aan te bieden dan de andere volgt eveneens dat het vergroten van het aantal inschrijvers niet per definitie leidt tot een vergroting van de concurrentiedruk, en dat anderzijds het verminderen van het aantal inschrijvers niet per definitie leidt tot een lagere concurrentiedruk. Immers, een onderneming die minder geschikt is voor het gevraagde product, produceert met hogere kosten en zal met een hogere prijs offeren.

---

<sup>8</sup> Vgl. o.m. CBb 31 december 2007, *Mobiele operators*, ECLI:NL:CBB:2007:BC1396, rov. 9.5.4.

<sup>9</sup> CBb 8 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM1588 *Erdo B.V. / RvB NMa*.

71. Gelet op het voorgaande is de Adviescommissie van oordeel dat de motivering van de merkbaarheid in het bestreden Besluit onvoldoende dragend is, en wordt de ACM in overweging gegeven haar oordeel omtrent de merkbaarheid van de gedragingen van een nadere onderbouwing te voorzien, met inachtneming van de context en bijzonderheden van de onderhavige aanbesteding, waaronder hetgeen door bezwaarden is aangevoerd omtrent de (on)geschiktheid van de betrokken ondernemingen voor het uitvoeren van het project Geuneburg.

#### Bagatel

72. Volgens bezwaarden vallen de verweten gedragingen binnen het bereik van de bagatelbepaling van artikel 7 lid 2 Mw en is het kartelverbod daarop derhalve niet van toepassing.
73. Hofstede heeft in dit verband aangevoerd dat de relevante geografische markt heel Nederland omvat, op welke markt Hofstede en Van Eijk gezamenlijk een marktaandeel hebben van minder dan 10%. Ook uitgaande van een markt die slechts de provincies Noord-Holland, Zuid-Holland, Utrecht en Zeeland omvat (de markt die aan de verdenking van de ACM van kartelpraktijken onderhevig is), of van de ongeveer 70 sloopondernemingen in die provincies, hebben de betrokken ondernemingen een marktaandeel onder de bagatelgrens. Uitgaande van de markt van het werk Geuneburg en het feit dat volgens de verklaring van Estrade bij de circa elf vergelijkbare projecten in de wijk De Burgen standaard werd gewerkt met een poule van ongeveer tien bedrijven waaruit steeds een verschillend aantal bedrijven werd uitgenodigd, en van het feit dat Hofstede geen van die werken gegund heeft gekregen en Van Eijk slechts één, blijft hun belang ook ver beneden de 10%, aldus Hofstede.
74. Van Eijk heeft ter onderbouwing van haar beroep op de bagatelbepaling aangevoerd dat de relevante markt minstens de elf projecten in de wijk De Burgen omvat. Nu Van Eijk slechts één van die projecten heeft gewonnen en Hofstede niet één hadden zij marktaandelen van respectievelijk 9% en 0% en bleef hun gezamenlijk marktaandeel dus onder de bagatelgrens van 10%. Gelet op het lokale karakter is uitgesloten dat de verweten gedraging de handel tussen de lidstaten ongunstig kon beïnvloeden. Ten slotte benadrukt Van Eijk dat op grond van het *lex mitior*-beginsel de bagatelgrenzen ook gelden voor gedragingen die “ervoor” (bedoeld zal zijn: voor de wijziging van de bagatelbepaling in artikel 7 Mw, Adviescommissie) hebben plaatsgehad.

#### Beoordeling

75. De toepasselijkheid van de bagatelbepaling in het onderhavige geval hangt in de eerste plaats af van de afbakening van de relevante markt. Indien ervan zou worden uitgegaan dat de relevante markt heeft bestaan uit de aanbesteding in kwestie, met aan de aanbodzijde enkel de ondernemingen die meedongen naar de opdracht, is de Adviescommissie met de ACM van oordeel dat dit tot consequentie heeft dat – nu het aantal inschrijvers vijf bedroeg en de betrokken ondernemingen dus 40% van de inschrijvers uitmaakten - van een gezamenlijk marktaandeel van 10% of minder geen sprake is geweest. De in artikel 7, tweede lid, Mw neergelegde uitzondering, die vereist dat het gezamenlijke marktaandeel van Hofstede en Van Eijk op geen van de relevante markten groter is dan 10%, is alsdan derhalve niet van toepassing. Zoals hiervoor overwogen is het echter de vraag of de door de ACM gehanteerde (wijze van) marktafbakening juist is. Afhankelijk van hetgeen op dat punt in bezwaar wordt besloten zal mogelijk ook het oordeel ten aanzien van de toepasselijkheid van de bagateluitzondering van een nadere onderbouwing dienen te worden voorzien.

76. Dat het marktaandeel van de betrokken ondernemingen wordt bepaald door de vraag of zij een of meerdere aanbestedingen hebben gewonnen, zoals door Van Eijk is betoogd, kan naar het oordeel van de Adviescommissie in de onderhavige context niet juist zijn. Het gaat immers om het marktaandeel op het concurrentiemoment en niet daarna.

## **VI. Bezwaren tegen de boete**

77. In haar aanvullende opmerkingen heeft Hofstede bezwaar gemaakt tegen de hoogte van de opgelegde boete met het argument dat zij steeds volledige medewerking heeft verleend aan het onderzoek (voor zover dat mogelijk was nu zij niets wist van het door Bik in haar clementieverzoek gestelde landelijke kartel van slooondernemingen).
78. Voorts stelt zij dat zij door de rancuneuze poging van Bik om haar zo veel mogelijk te beschadigen, hetgeen door de publicatiewijze van de ACM ook zeer succesvol is gebleken, aanzienlijke reputatieschade heeft opgelopen, hetgeen haar ook nu nog opdrachten kost. Zij heeft daarover op de hoorzitting gezegd dat zij extra reputatieschade lijdt (met name bij de gemeente Rotterdam) doordat de zaken naar aanleiding van het clementieverzoek niet tegelijk zijn behandeld, waardoor er meer publiciteitsmomenten zijn geweest en nog zullen komen dan nodig was geweest.

### Beoordeling

79. Hofstede heeft in de ogen van de Adviescommissie niet aannemelijk gemaakt dat zij – met name gelet op haar wettelijke verplichtingen in dit opzicht – zodanig verdere medewerking heeft verleend aan het onderzoek dat dit een verlaging van de boete zou rechtvaardigen. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.
80. Ten aanzien van de reputatieschade die Hofstede zegt te hebben geleden is de Adviescommissie van oordeel dat – er vanuit gaande dat sprake zou zijn van een overtreding – eventuele reputatieschade die daarvan het gevolg is in beginsel voor rekening van de betrokken ondernemingen dient te komen en dat het publicatiebeleid van de ACM in deze niet dusdanig is geweest dat daarin aanleiding wordt gezien om van dit uitgangspunt af te wijken.

### Slotoverweging ten aanzien van de bezwaren

81. Voor zover in het bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting nog andere bezwaren dan de hiervoor besprokene zijn aangevoerd, ontberen deze bezwaren voldoende zelfstandige betekenis om in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen zelfstandig besproken te worden, dan wel acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

## **VII. Conclusie**

82. De Adviescommissie adviseert de ACM om duidelijker en meer uitgebreid te motiveren waarom een opdrachtgever door prijslenen kan worden beperkt in het zoeken naar vervangende aannemers die wel een concurrerend bod willen uitbrengen en waardoor de benadeling van concurrenten (door het handelen in strijd met het zelfstandigheidsvereiste) als zodanig de mededinging beperkt. Ook wordt geadviseerd de afbakening van de relevante markt en het oordeel omtrent de merkbaarheid van de mededingingsbeperking en de (niet) toepasselijkheid van de bagateluitzondering nader te onderbouwen.

83. Voor het overige adviseert de Adviescommissie de ACM om de door Hofstede en Van Eijk aangevoerde bezwaren te verwerpen.

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 7400

mr J.P. Fokker  
Voorzitter

mr E. Boerwinkel  
Secretaris