

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 6442/ 522

Betreft zaak: WMO Friesland

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

1 INLEIDING

1.1 Het Onderzoek

1. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (de Directie Mededinging) heeft op 30 juli 2008 ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) door ondernemingen in Friesland die onder meer huishoudelijke hulp aanbieden, te weten:
 - Stichting Thuiszorg Zuidwest Friesland (hierna: TZWF) en
 - Stichting Thuiszorg de Friese Wouden (hierna: TFW).
2. Deze ondernemingen worden hierna gezamenlijk aangeduid als “de betrokken ondernemingen”.
3. Het onderzoek concentreerde zich op het inschrijven op aanbestedingen in Friesland met betrekking tot het vanaf 2007 leveren van huishoudelijke hulp.
4. De initiële aanleiding voor het onderzoek is gelegen in de zaak [vertrouwelijk]. Op 31 maart 2008 heeft in deze zaak een aantal bedrijfsbezoeken plaatsgevonden bij verschillende thuiszorgondernemingen, waaronder bij TZWF. Uit het meegenomen materiaal bij voornoemd bedrijfsbezoek zijn aanwijzingen naar voren gekomen over afstemming tussen TZWF en TFW voorafgaand aan de inschrijvingen op de aanbestedingen voor huishoudelijke hulp in Friesland. Naar aanleiding van deze aanwijzingen is nader onderzoek naar de gedragingen van TZWF en TFW ingesteld.

5. In verband met dat onderzoek in de onderhavige zaak, zaak 6442, zijn op 30 en 31 juli 2008 bij de betrokken ondernemingen bedrijfsbezoeken uitgevoerd.¹ Daarbij is inzage gevorderd in schriftelijke gegevens en bescheiden en zijn hiervan kopieën gemaakt. Verder zijn forensische images c.q. digitale kopieën gemaakt van digitale omgevingen conform de hiervoor geldende digitale werkwijze. Op 1 augustus 2008, 30 september 2008, 1 oktober 2008, 2 oktober 2008, alsmede op 21 januari 2009 en 2 februari 2009 zijn verklaringen afgenomen van werknemers en van leden van de Raad van Bestuur van de betrokken ondernemingen en van een ex-medewerker van één van de betrokken ondernemingen.
6. Van de bedrijfsbezoeken en van de verklaringen zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt, welke zijn opgenomen in het dossier.² Alle mondelinge verklaringen zijn ter bevestiging ondertekend door de personen die de betreffende verklaring hebben afgelegd.³ Daarnaast is aanvullende informatie van de betrokken ondernemingen verkregen naar aanleiding van schriftelijke vragen die de Directie Mededinging (hierna: DM) heeft gesteld.⁴
7. Tevens heeft DM schriftelijk informatie opgevraagd bij de aanbestedende diensten van de gemeenten in de regio's Zuidoost Friesland, Noordoost Friesland en Noordwest Friesland.⁵ Voorts heeft DM telefonische interviews gehouden met gemeenten en het aanbestedingsbureau dat de gemeenten in Zuidoost Friesland en Noordoost Friesland bij het aanbestedingsproces heeft begeleid.⁶
8. Op 12 juni 2009 zijn de naar aanleiding van het onderzoek vastgestelde feitelijke bevindingen aan de betrokken ondernemingen verzonden.⁷ Thuiszorg Zuidwest Friesland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om te reageren op dit feitencomplex.⁸ Deze reactie heeft geen wezenlijke wijzigingen tot gevolg gehad voor het feitencomplex zoals opgenomen in het rapport (zie hiervoor paragraaf 1.2 van dit besluit).

¹ Zie Verslagen van ambtshandelingen, dossierstukken 6442/2 en 6442/3.

² Dossierstukken 6442/2 en 6442/3 ten aanzien van bedrijfsbezoeken en 6442/4, 6442/5, 6442/6, 6442/49, 6442/50, 6442/51, 6442/110, 6442/214 en 6442/235 ten aanzien van de verklaringen.

³ Dossierstukken 6442/40, 6442/45, 6442/47, 6442/123, 6442/130, 6442/137, 6442/174, 6442/236 en 6442/271.

⁴ Dossierstukken 6442/53, 6442/59, 6442/60, 6442/61, 6442/63, 6442/106, 6442/129 en 6442/305.

⁵ Dossierstukken 6442/66, 6442/67, 6442/68, 6442/69, 6442/70, 6442/71, 6442/72, 6442/73, 6442/74, 6442/75, 6442/79, 6442/80, 6442/81, 6442/82, 6552/85, 6442/86, 6442/88, 6442/89, 6442/101, 6442/102, 6442/109, 6442/150, 6442/151, 6441/152, 6442/153, 6442/154, 6442/155, 6442/156, 6442/157, 6442/158, 6442/189, 6442/217, 6442/218, 6442/219, 6442/220, 6442/221, 6442/222, 6442/223, 6442/224, 6442/225, 6442/234, 6442/237, 6442/240, 6442/243, 6442/245, 6442/246, 6442/257, 6442/260, 6442/264, 6442/284, 6442/285, 6442/286, 6442/288, 6442/289, 6442/290, 6442/291, 6442/292 en 6442/304.

⁶ Telefonisch interview met gemeenten: Dossierstukken 6442/178, 6442/184, 6442/186, 6442/188, 6442/190, 6442/194, 6442/195, 6442/196, 6442/197, 6442/200, 6442/202, 6442/249, 6442/259 en telefonisch interview met aanbestedingsbureau: Dossierstukken 6442/277 en 6442/298.

⁷ Dossierstukken 6442/398 en 6442/399.

⁸ Dossierstuk 6442/404.

9. Op 19 juni 2009 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) de betrokken ondernemingen een aanvraag voor een toezeggingsbesluit, als bedoeld in artikel 49a, eerste lid, Mw ontvangen. Bij besluit van 9 juli 2009 is deze aanvraag afgewezen.⁹

1.2 Het Rapport

10. Na afloop van het onderzoek bestond een redelijk vermoeden dat door de betrokken ondernemingen artikel 6, eerste lid, Mw was overtreden. In opdracht van de Raad heeft de directeur van de Directie Mededinging van de NMa op 5 juli 2009 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (hierna: het rapport) opgemaakt.
11. In het rapport worden TZWF en TFW aangeduid als “de Deelnemende ondernemingen”. Hieronder wordt het rapport kort en zakelijk samengevat.
12. In randnummer 193 van het rapport wordt ten aanzien van de feiten en omstandigheden geconcludeerd dat de Deelnemende ondernemingen de prijzen hebben afgestemd die zij hebben gehanteerd in hun afzonderlijke offertes bij de aanbestedingen voor huishoudelijke hulp in de gemeenten in Zuidoost Friesland. Ten aanzien van de juridische beoordeling wordt in randnummer 206 van het rapport geconcludeerd dat sprake is van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging die ertoe strekt de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen. In het rapport wordt vervolgens geconcludeerd dat een vermoedelijke inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw kan worden vastgesteld voor de gemeenten behorende tot de regio Zuidoost Friesland.
13. Ten slotte wordt in randnummer 212 van het rapport geconcludeerd dat de Deelnemende ondernemingen vermoedelijk artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden door deel te nemen aan een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging door middel van de afstemming van de te hanteren prijzen bij de aanbestedingen voor huishoudelijke hulp in Friesland. In het rapport wordt vastgesteld de afstemming van prijzen als gemeenschappelijk doel het uitschakelen dan wel beperken van de onderlinge concurrentie had. Tevens staat vast dat de afstemming in ieder geval voor de gemeenten in de regio Zuidoost Friesland een vermoedelijke inbreuk van artikel 6, eerste lid Mw oplevert. De duur van vermoedelijke overtreding loopt van 17 augustus 2006 tot en met de datum van het opmaken van het rapport in onderhavige zaak.
14. De rechtspersonen waaraan volgens het rapport de vermoedelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw kan worden toegerekend, zijn: Stichting Thuiszorg Zuidwest Friesland, haar bestuurder Stichting Bestuursstichting Antonius ziekenhuis en Thuiszorg Zuidwest

⁹ Dossierstukken 6442/339 en 440.

Friesland¹⁰ en aan Stichting Thuiszorg de Friese Wouden, haar bestuurder de Stichting Kwadrantgroep en Stichting Zorgverlening De Friese Wouden, als economisch opvolger van Stichting Thuiszorg de Friese Wouden.¹¹

1.3 Procedure

15. Het rapport is op 9 juli 2009 aan de betrokken ondernemingen toegezonden.
16. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het rapport overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa.
17. Op 9 oktober 2009 zijn alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd ten kantore van de NMa. Tevens zijn deze stukken aan de betrokken ondernemingen toegezonden. Overeenkomstig artikel 60, eerste lid, Mw (oud) heeft de Raad de betrokken ondernemingen opgeroepen schriftelijk of mondeling hun zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen.
18. De betrokken ondernemingen hebben beiden een schriftelijke zienswijze ingediend en op 11 december 2009, ten kantore van de NMa, hun zienswijze mondeling naar voren gebracht. Stichting Bestuursstichting Antonius ziekenhuis en Thuiszorg Zuidwest Friesland heeft een separate schriftelijke zienswijze ingediend en daarbij medegedeeld af te zien van de mogelijkheid tot het geven van een mondelinge zienswijze.
19. Van de hoorzitting van 11 december 2009 is ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw een verslag opgemaakt. Het verslag van de hoorzitting is op 18 januari 2010 aan de betrokken ondernemingen toegezonden, waarbij zij in de gelegenheid zijn gesteld hierover opmerkingen te maken. De betrokken ondernemingen hebben hiervan gebruik gemaakt. Deze opmerkingen zijn aan het dossier toegevoegd.¹²
20. Op 23 februari 2010 is de voorbereiding van het besluit in onderhavige zaak opgeschort vanwege het overleg tussen de NMa en brancheverenigingen ActiZ en BTN (het zogenoemde "VVT-traject"). Doel van het overleg was om te komen tot een branchebrede regeling die zorg draagt voor een thuiszorgsector waarin geen ongeoorloofde beperkingen van de mededinging plaatsvinden en waarbij gedragingen uit het verleden waaraan mededingingsrechtelijke bezwaren zijn verbonden, worden afgewikkeld. Deze regeling is niet tot stand gekomen

¹⁰ Sinds 16 juli 2007 bestuursstichting van TZWF.

¹¹ Volgens het uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel heeft er op 11 augustus 2008 een juridische splitsing plaatsgevonden, waarbij deze nieuwe rechtspersoon is opgericht. De activiteiten op het gebied van HH, die voorheen door TFW werden uitgevoerd, zijn hierbij in de Stichting Zorgverlening De Friese Wouden ondergebracht.

¹² Dossierstukken 6442/501 (TFW) en 6442/502 (TZWF).

omdat de Algemene Ledenvergadering van ActiZ niet instemde met het tussen partijen gesloten akkoord. Daarop heeft de NMa bij brief van 26 mei 2010 aangegeven dat de voorbereiding van het besluit op bezwaar in onderhavige zaak met ingang van 28 mei 2010 werd voortgezet.

1.4 Opbouw van dit besluit

21. Hierna worden in hoofdstuk 2 de zienswijzen van TZWF en TFW omtrent de formele aspecten van de besluitvorming besproken en beoordeeld. In hoofdstuk 3 wordt de voor de betrokken ondernemingen relevante regelgeving: de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (hierna: WMO), beschreven en wordt de wijze waarop de aanbestedingen die de gemeenten in dit kader organiseerden, met name in de regio Zuidoost Friesland, zijn vormgegeven besproken. In hoofdstuk 4 worden de feiten en omstandigheden met betrekking tot de specifieke gedragingen in deze zaak vastgesteld, waarna de Raad zijn eindconclusie over de feiten geeft. Hoofdstuk 5 behandelt de juridische beoordeling, mede gelet op de door de betrokken ondernemingen op dit punt ingebrachte zienswijzen. Vervolgens geeft de Raad in hoofdstuk 6 zijn overwegingen omtrent het opleggen van een boete mede naar aanleiding van de op dat punt in de zienswijzen ingebrachte argumenten. Ten slotte volgt het dictum.

2 Zienswijzen en beoordeling formele aspecten procedure

22. TZWF stelt dat de rechten van verdediging zijn geschonden, aangezien al het bewijsmateriaal in onderhavige zaak is ontleend aan een "fishing expedition". Het onderzoek dat op 30 juli 2008 heeft plaatsgevonden was het resultaat van een eerdere ongeoorloofde "fishing expedition" bij TZWF op 2 en 3 april 2008, in een andere zaak. Dit bewijsmateriaal is daarom onwettig, dan wel onrechtmatig en kan niet als bewijs in de onderhavige zaak worden gebruikt.
23. Aan het begin van het bedrijfsbezoek in de zaak [vertrouwelijk]-waarin het handelen van TZWF onderzocht werd- heeft TZWF bezwaar gemaakt tegen de inval. Zij geeft aan daarbij tegen haar wil te hebben medegewerkt. De documenten die tijdens dit bedrijfsbezoek zijn meegenomen of gekopieerd, hebben naar mening van TZWF niets te maken met het toenmalige doel van het onderzoek. Onder de meegenomen documenten bevond zich onder andere een samenwerkingsovereenkomst met TFW, die aan het dossier van zaak [vertrouwelijk] is toegevoegd. Naar aanleiding van deze documenten zijn in het kader van een nieuwe zaak wéér twee bedrijfsbezoeken verricht bij TZWF.
24. De omschrijvingen van het doel van het onderzoek -zowel in onderhavige zaak als in de andere zaak waarin bedrijfsbezoeken bij TZWF zijn gebracht- geven naar mening van TZWF

weer dat DM haar kansen spreidde door andere partijen als mogelijke verdachten aan te merken.

25. De aanwijzingen die DM op het moment van de bedrijfsbezoeken van april 2008 had, zagen oorspronkelijk alleen [vertrouwelijk]. Het bedrijfsbezoek in die zaak had volgens TZWF dan ook beperkt moeten worden tot die mogelijke overtreding. Door dit niet te doen heeft DM buiten haar bevoegdheid gehandeld, dan wel het doel zodanig opgerekt dat het onevenredig is en een schending vormt van de rechten van de verdediging.
26. De documenten die DM in de context van het onderzoek in zaak [vertrouwelijk] heeft verkregen, zijn onrechtmatig verkregen en daarom onwettig.
27. De Raad weersprekt niet dat onderhavige zaak voortvloeit uit een ander onderzoek van DM naar een vermoedelijke overtreding waarbij TZWF was betrokken. In de zaak [vertrouwelijk] had de Raad aanwijzingen dat sommige thuiszorginstellingen, waaronder TZWF, het verbod van artikel 6 Mw hadden overtreden. Naar aanleiding hiervan heeft op 31 maart 2008 een bedrijfsbezoek bij TZWF plaatsgevonden. Het doel van het onderzoek was een onderzoek naar marktverdeling en naar het onderling afstemmen van gedragingen omtrent prijsvorming in de thuiszorg. Naar het oordeel van de Raad heeft DM zich, gelet op de omschrijving van het doel van het onderzoek, bij het toepassen van haar bevoegdheden gehouden aan het evenredigheids- en proportionaliteitsbeginsel. De documenten die zijn aangetroffen tijdens het bedrijfsbezoek in zaak [vertrouwelijk] zijn derhalve onrechtmatig noch onwettig in het bezit van DM gekomen. Op grond van deze documenten rees bij DM het vermoeden dat er in 2006 afstemming had plaatsgevonden tussen TZWF en TFW met betrekking tot de aanbesteding voor huishoudelijke hulp in Friesland.
28. De Raad merkt op dat het onderzoek in onderhavige zaak eveneens gericht is geweest op het afstemmen van gedragingen door thuiszorginstellingen, waaronder door TZWF, omtrent prijsvorming in de thuiszorg. Het doel van het onderzoek in onderhavige zaak komt daarmee overeen met het doel in de zaak [vertrouwelijk], zodat voor een uitbreiding van het onderzoeksdoel geen aanleiding bestond. Naar het oordeel van de Raad zijn er geen rechtsbeginselen die het toevoegen van de betreffende documenten aan het dossier in de zaak 6442 beletten. Er is derhalve geen sprake van schending van de rechten van de verdediging.
29. Volgens TFW heeft DM de gehoorde personen op onheuse wijze bejegend door hen impliciet van leugens te beschuldigen. Zo werd tijdens het verhoor van de heer [vertrouwelijk] (manager TFW) diverse malen bedreigd met een boete wegens niet-meewerken, terwijl de heer [vertrouwelijk] op dat moment de waarheid vertelde.

30. De *Raad* is van oordeel dat de heer [vertrouwelijk] op geen elke wijze onheus bejegend is. Bij dergelijke verhoren is het gebruikelijk dat de personen worden gewezen op hun zwijgrecht en, in het onderhavige geval, op hun plicht tot medewerken en de gevolgen indien geen medewerking zou worden verleend. Ook de heer [vertrouwelijk] is, in de aanwezigheid van zijn advocaat, gewezen op zijn zwijgrecht en de mogelijke gevolgen van niet-meewerken. Daarbij is door DM geenszins, ook niet impliciet, aangegeven dat de heer [vertrouwelijk] zou liegen. Voorts wenst de *Raad* op te merken dat de heer [vertrouwelijk] niet onder ontoelaatbare druk heeft gestaan tijdens zijn verhoor. Uit het verslag van het verhoor blijkt namelijk dat de heer [vertrouwelijk] om een schorsing heeft verzocht, welke is gehonoreerd. Tijdens deze schorsing is de heer [vertrouwelijk] in staat gesteld een weloverwogen afweging te maken omtrent zijn verklaringen. Na overleg met zijn advocaat heeft de heer [vertrouwelijk] vervolgens zijn verklaring afgelegd.
31. *TZWF* is van mening dat de *NMa* vooringenomen en in strijd met de onschuldpresumptie heeft gehandeld. Dit blijkt onder andere uit het persbericht van 10 januari 2008 en de speech van de heer Kalbfleisch op het Jaarcongres 'Ontwikkelingen Mededingingsrecht'. Door zijn uitlatingen heeft de *Raad* zich naar het oordeel van *TZWF* publiekelijk al zodanig vastgelegd, dat van een objectieve afweging van de stellingen van DM tegenover het verweer van de zorginstellingen al bij voorbaat geen sprake meer kan zijn. Hierdoor is niet voldaan aan de eis dat de *NMa* de zaak onpartijdig, dat wil zeggen objectief en zonder vooringenomenheid, zal behandelen. *TZWF* is van mening dat de onschuldpresumptie is geschonden.
32. Voorts is *TZWF* van mening dat het gebruik door DM van bepaalde passages uit verklaringen die de bevinding van een overtreding zouden ondersteunen en de manier waarop zij vragen formuleert, getuigen van vooringenomenheid. DM negeert de ondubbelzinnige en eensluidende verklaringen volledig.
33. *TFW* is van mening dat de *NMa* zich heeft laten verleiden tot tunnelvisie, gebaseerd op vooroordeel. Reeds voor de start had de *NMa* zich al het oordeel gevormd dat er prijsafspraken zouden zijn gemaakt. Hierdoor stond de *NMa* niet meer open voor de mogelijkheid dat haar vermoeden onjuist zou kunnen zijn.
34. De *Raad* wijst er op dat de Mededingingswet en de procedures die de *NMa* hanteert, erin voorzien dat niet vooringenomen wordt gehandeld. Nadat het rapport aan de betrokken ondernemingen is toegezonden, nemen de werkzaamheden in verband met de uitvoering van de artikelen 60, 61, en 62 Mw een aanvang. De ambtenaren die bij deze werkzaamheden zijn betrokken, zijn niet betrokken geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek. Hiermee is een waarborg tegen vooringenomenheid gegeven. Voorts wijst de *Raad* erop dat partijen door middel van het geven van hun zienswijzen in de gelegenheid zijn gesteld aan te geven op welke wijze de verklaringen van bestuurders

geïnterpreteerd moeten worden. In het onderhavige besluit wordt ingegaan op de door de betrokken ondernemingen ingebrachte mondelinge en schriftelijke zienswijzen.

35. Het feit dat via de media communicatie plaatsvindt over de bevindingen van de NMa naar aanleiding van het onderzoek, of dat op een congres een verwachting wordt uitgesproken ten aanzien van het toekomstige (handhavings-)beleid van de NMa, doet daaraan niet af.
36. Specifiek met betrekking tot de uitlatingen van de heer Kalbfleisch merkt de Raad nog het volgende op. In het NMa-jaarbericht 2007 werd ingegaan op lopende onderzoeken in de thuiszorgsector:

'In eerdere jaren heeft de NMa voornamelijk capaciteit ingezet om voorlichting (guidance) te geven aan de zorgsector. Bij bijeenkomsten van brancheverenigingen en congressen heeft de NMa uitleg gegeven over de toepassing van de Mededingingswet. De NMa heeft echter signalen over mogelijke overtredingen van de Mededingingswet door thuiszorginstellingen. Daarom heeft de NMa een aantal bedrijfsbezoeken gebracht. Tijdens deze bedrijfsbezoeken is op locatie gezocht naar bewijzen van mogelijke overtredingen. Dit onderzoek heeft eind 2007 geleid tot de eerste twee rapporten, die aan de betrokken partijen zijn gestuurd.'

37. In het persbericht van 10 januari 2008, dat de NMa naar aanleiding van de presentatie van de NMa-Agenda 2008 uitbracht, staat:

'De zorgsector baart mij zorgen. Omdat wij aanwijzingen hebben dat binnen de thuiszorg kartelafspraken worden gemaakt. Dat beperkt de consument in zijn vrijheid om te kiezen voor de zorg zoals hij die wenst, zowel in kwaliteit als prijs

Wij hebben aanwijzingen voor marktverdeling in de thuiszorg waardoor de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever – meer concurrentie – wordt gefrustreerd," aldus Kalbfleisch die deze woorden richt tot politiek en samenleving. "Als dit, na hoor- en wederhoor van betrokken partijen, inderdaad zo blijkt te zijn, dan is dat zeer schadelijk", zo waarschuwt de NMa-voorzitter. "Want niet alleen de diënt, maar ook de belastingbetaler die maar liefst 12,5 procent van zijn brutoloon afstaat aan onder meer AWBZ-zorg, is daar de dupe van." Partijen die zich realiseren dat zij deelnemen aan een kartel kunnen dit opbiechten bij het Clementiebureau van de NMa en in aanmerking komen voor een boetevrijstelling of boeteverlaging. Kalbfleisch: "Dat is wel afhankelijk van het soort materiaal wat wij binnenkrijgen, maar opbiechten kan lonen en het helpt ons om deze sector weer op het goede spoor te houden.'

38. Uit de hierboven weergegeven berichten blijkt naar het oordeel van de Raad dat de NMa niet bevooroordeeld was en er niet van uitging dat de overtreding waarover werd gesproken, reeds

vaststond. Niet alleen wordt gesproken over 'signalen', 'aanwijzingen' en 'mogelijke overtredingen', ook het woordgebruik ('*Als dit, na hoor- en wederhoor van betrokken partijen, inderdaad zo blijkt te zijn*') duidt erop dat nog niet op voorhand werd aangenomen dat er ook daadwerkelijk sprake is van een overtreding. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat de NMa in het persbericht van 10 januari 2008 de zorgsector op de mogelijkheid wijst van het clementieprogramma van de NMa.

39. Daar komt bij dat ten tijde van de vorengenoemde berichten het onderzoek in onderhavige zaak nog niet was gestart en de NMa nog geen vermoeden had van een mogelijke overtreding door de betrokken ondernemingen. Dit vermoeden rees pas ná de bedrijfsbezoeken op 2 en 3 april 2008. De berichten waarvan TZWF stelt dat die blijk geven van vooringenomenheid, kunnen derhalve geen betrekking hebben op de onderhavige zaak.
40. TZWF is van oordeel dat DM het dossier in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel heeft behandeld. Zo heeft DM vertrouwelijke documenten foutief toegezonden en is zij onzorgvuldig geweest in dossiervorming en in haar verwijzingen in het rapport. Voorts heeft TZWF onvolledige inzage gekregen in het rapport. TZWF heeft geen inzage verkregen in de bewijskaart en de startnotitie. Dit levert strijd met de rechten van verdediging van TZWF op. TZWF stelt dat, indien de NMa zou constateren dat sprake is van een overtreding en hiervoor een boete wordt opgelegd, deze boete dient te worden verminderd.
41. De Raad weerspreekt niet dat er enkele onvolkomenheden in het rapport staan. De Raad weerspreekt evenmin dat per abuis documenten foutief zijn toegezonden. Hierover heeft DM telefonisch contact gehad met (de vertegenwoordiger van) TZWF en daarbij afgesproken het betreffende document stuk toe te zenden. Daarbij is TZWF in de gelegenheid gesteld te reageren voor zover TZWF hierover nog vragen of opmerkingen zou hebben. Na toezending is van de zijde van TZWF geen reactie ontvangen. Deze omstandigheden zijn naar het oordeel van de Raad niet van dien aard dat het procesbelang van TZWF en/of TFW is geschaad of dat sprake is van schending van de rechten van de verdediging. De onvolkomenheden hebben alle betrekking op een onjuiste verwijzing in een voetnoot. Zo wordt in de bij randnummer 132 behorende voetnoot verwezen naar '*Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 644200003900665-644200003900668.*' Dit hadden de stempelnummers 64420000390066-64420000390067 moeten zijn. De onvolkomenheid betreft hier een klaarblijkelijke verschrijving. De betreffende gedeelten van de documenten zijn op juiste wijze in het rapport weergegeven en zijn in het dossier dat aan de betrokken ondernemingen ter beschikking is gesteld, opgenomen.
42. De Raad weerspreekt evenmin dat in het rapport zoals dat aan TZWF is toegezonden, in randnummer 156 een passage ontbreekt. In deze passage wordt een gedeelte van het verhoor van de heer [vertrouwelijk] in het kader van de vertrouwelijkheid weggelaten. Aangezien TZWF

niet in kennis is gesteld van deze passage en TFW deze passage niet alsnog als (ontlastend) bewijs heeft ingebracht, zal deze passage bij de beoordeling van de feiten en omstandigheden buiten beschouwing worden gelaten.

43. De Raad wijst erop dat TZWF op 2 november 2009 heeft verzocht om toezending van een kopie van de bewijskaart waarnaar wordt verwezen in de startnotitie inzake dossier [vertrouwelijk]. Dit verzoek is afgewezen omdat deze bewijskaart als een intern document en daarmee als vertrouwelijk is aangemerkt in dossier [vertrouwelijk] en om die reden niet aan dossier 6442 is toegevoegd. Het dossier 6442 bevat geen eigen startnotitie, nu dit dossier zijn oorsprong vindt in het onderzoek in dossier [vertrouwelijk]. De startnotitie inzake dossier [vertrouwelijk] is daarentegen wél aan dossier 6442 toegevoegd en is aan de betrokken ondernemingen toegezonden. De Raad is derhalve van mening dat van schending van de rechten van de verdediging geen sprake is. Terzijde merkt de Raad op dat een bewijskaart, gelet op het vertrouwelijke karakter hiervan, nimmer ter inzage wordt gelegd.
44. TZWF stelt dat zij geen volledige inzage heeft gekregen in de uitkomsten van de aanbestedingen. Derhalve is het voor TZWF moeilijk om de conclusies van DM te verifiëren en onderbouwd verweer te voeren.
45. Ten aanzien hiervan merkt de Raad allereerst op dat TZWF doelt op de offertes die andere thuiszorgaanbieders hebben ingediend. Gegevens uit een offerte die door andere aanbieders zijn ingediend, zijn in beginsel niet openbaar. Voorts geven deze gegevens inzage in het commerciële beleid van de betreffende aanbieder. Om deze redenen is deze informatie als vertrouwelijk beschouwd. Op grond van art 60 Mw (oud) juncto art 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wet openbaarheid van bestuur dient dan van terinzagelegging te worden afgezien.
46. Uit het bovenstaande volgt naar het oordeel van de Raad dat de bezwaren van de betrokken ondernemingen met betrekking tot de procedure dienen te worden afgewezen.

3 Feiten en Omstandigheden: WMO, Huishoudelijke Hulp en aanbestedingen in Friesland

47. De Raad gaat in dit hoofdstuk in op de voor TZWF en TFW relevante regelgeving inzake de aanspraak op huishoudelijke hulp en de wijze waarop in Friesland vorm is gegeven aan de aanbestedingen. Hierbij wordt mede ingegaan op het aanbestedingsbestek van de gemeenten in de regio Zuidoost Friesland, omdat de reikwijdte van de mogelijke overtreding naar het oordeel van de Raad in onderhavige zaak beperkt dient te worden tot de regio Zuidoost Friesland.

48. Huishoudelijke hulp maakt onderdeel uit van thuiszorg. Thuiszorg is een vorm van extramurale zorg waarbij de cliënt thuis woont en thuis de zorg ontvangt en omvat de volgende functies: persoonlijke verzorging en verpleging thuis en huishoudelijke hulp (hierna: HH). Voorbeelden van HH (voorheen huishoudelijke verzorging, HV of HHZ genoemd) zijn opruimen, schoonmaken, het verzorgen van planten, maaltijden klaarmaken, het huishouden regelen in verband met chronische ziekte of beperkingen en voor beperkte tijd jonge kinderen in een gezin verzorgen en opvangen in verband met de uitval van de primaire verzorger.¹³
49. HH wordt doorgaans nader onderverdeeld in verschillende categorieën, die een indicatie geven van de zorgzwaarte waarop de zorgvrager een beroep kan doen.¹⁴ Deze categorieën zijn:
- Huishoudelijke hulp (hierna: HH1); bijvoorbeeld ramen zemen, stofzuigen en afstoffen;
 - Huishoudelijke hulp met andere lichte ondersteuning in de huishouding (hierna: HH2); bijvoorbeeld boodschappen doen en eten koken;
 - Huishoudelijke hulp met ondersteuning binnen een ontregelde huishouding (hierna: HH3); bijvoorbeeld aan- en uitkleden en wassen van zorgvrager.
50. HH valt binnen het publieke stelsel van sociale zekerheid. Oorspronkelijk viel de aanspraak op persoonlijke verzorging, verpleging en huishoudelijke verzorging onder de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (hierna: AWBZ). De aanspraak op HH is vervolgens overgeheveld van de AWBZ naar de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (hierna: WMO). Op 1 januari 2007 is de WMO in werking getreden en sindsdien valt de aanspraak op HH onder de werkingssfeer van de WMO. Sinds 1 januari 2007 zijn de gemeenten in plaats van de zorgkantoren verantwoordelijk voor de inkoop van HH.
51. De wetgever had met de overheveling van de thuiszorg van de AWBZ naar de WMO mede als doel het introduceren van volledige marktwerking voor de thuiszorg, binnen de daaraan gestelde voorwaarden in het kader van de Wet Tarieven Gezondheidszorg.
52. De WMO biedt patiënten de mogelijkheid te kiezen uit het ontvangen van de voorziening in natura of het ontvangen van een persoonsgebonden budget (hierna: PGB). In het laatste geval kan een patiënt door middel van het aan hem ter beschikking gestelde budget zelf als

¹³ Onderzoeksrapport in opdracht van de NMa; "Concurrentie in de thuiszorg. Een analyse van de juridische en economische context", ECRI, november 2007 (hierna: ECRI-rapport) pagina 7. Zie dossierstuk 6442/302.

¹⁴ Onderzoeksrapport Research voor Beleid, "Aanbesteding Hulp bij het Huishouden", 2007, pagina 26. De beleidsvrijheid van gemeenten in het kader van de WMO brengt met zich dat een gemeente er bijvoorbeeld voor kan kiezen om de zorgzwaarte per categorie zodanig aan te passen, dat er slechts twee categorieën overblijven. De inhoud en zorgzwaarte van de categorieën kunnen derhalve per gemeente verschillen. Zie dossierstuk 6442/306.

inkoper en financier optreden. Dat betekent dat een cliënt zich voor het verlenen van HH kan wenden tot iedere aanbieder van HH.

Aanbieders van HH in de provincie Friesland in het jaar 2006

53. Voor het overzicht van aanbieders van HH die in 2006 actief waren in de provincie Friesland, verwijst de Raad naar de bij dit besluit bijgevoegde bijlage I die onderdeel uit maakt van het besluit. In bijlage I worden 30 aanbieders van thuiszorg vermeld met hun marktaandeelen in 2006.¹⁵ De drie (veruit) grootste aanbieders waren TFW [30-40%], Het Friese Land [20-30%] en TZWF [10-20%] die elk hun 'eigen' traditionele werkgebied hadden, respectievelijk Zuidoost Friesland, Noord Friesland en Zuidwest Friesland.
54. Hieronder worden per gemeente die behoort tot de regio Zuidoost Friesland de aanbieders van HH in het jaar 2006 weergegeven.
55. In de gemeente Ooststellingwerf werd in 2006 de HH geleverd door de volgende 10 thuiszorginstellingen: TFW, ZuidoostZorg, Dienstencentrale, Samenzorg, Et Bientwark, Talant, Thuiszorg Nederland, Zorggarant, Zorgbedrijf Nederland (uitgevoerd door Ina Koning) de HH uit in de gemeente Ooststellingwerf) en Icare.
56. De gemeente Ooststellingwerf behoort niet tot het traditionele werkgebied van Icare, Dienstencentrale, Thuiszorg Nederland en Zorgbedrijf Nederland aangezien deze 4 aanbieders van oudsher niet actief waren in deze gemeente.
57. In de gemeente Opsterland wordt in 2006 de HH aangeboden door de volgende 6 thuiszorginstellingen: ZuidoostZorg, TFW, Zorggarant, Talant, Samenzorg en Het Friese Land. De gemeente Opsterland behoort niet tot het traditionele werkgebied van Het Friese Land, aangezien deze aanbieder van oudsher niet actief was in deze gemeente.
58. In de gemeente Smalingerland wordt in 2006 de HH geleverd door de volgende 12 thuiszorginstellingen: Zuidoost Zorg, TFW, De Warrenhove, Zorggarant, Samenzorg, Talant, J.P. van den Bent, Skewiel Trynwalden, Interzorg, Dienstencentrale, TZ Groningen en Zuwe Zorg.¹⁶ De gemeente Smalingerland behoort niet tot het traditionele werkgebied van Dienstencentrale en TZ Groningen, aangezien deze 2 aanbieders waren van oudsher niet actief waren in deze gemeente.

¹⁵ In Friesland zijn naast de genoemde 30 aanbieders meer regionale aanbieders van thuiszorg. Deze zijn echter zo gering van omvang dat zij een te verwaarlozen marktaandeel hebben.

¹⁶ Zuwe Zorg heeft in 2006 10 uur thuiszorg geleverd en kan naar het oordeel van de Raad feitelijk niet als aanbieder worden beschouwd.

59. In de gemeente Tytjerksteradiel wordt in 2006 de HH geleverd door de volgende 10 thuiszorginstellingen: TFW, Zorgkompas, Skewiel Trynwalden, Zorggarant Noord NL, Noorderbreedte, Philadelphia, Samenzorg, Interzorg, Talant en Het Friese Land. De gemeente Tytsjerksteradiel behoort niet tot het traditionele werkgebied van Zorgkompas, Noorderbreedte en Het Friese Land, aangezien deze 3 aanbieders van oudsher niet actief waren in deze gemeente.
60. In de gemeente Weststellingwerf wordt in 2006 de HH geleverd door de volgende 8 thuiszorginstellingen: TFW, Dienstencentrale, Zorggarant, Samenzorg, Oude en Nieuwe Land, Talant, Lindestede en Sensire. De gemeente Weststellingwerf behoort niet tot het traditionele werkgebied van Dienstencentrale, Oude en Nieuwe Land en Sensire, aangezien deze 3 aanbieders van oudsher niet actief waren in deze gemeente.
61. In de regio's die grenzen aan Friesland (Groningen, Drenthe en de kop van Overijssel) zijn 5 thuiszorgaanbieders actief die een substantiële omvang hebben in hun traditionele werkgebied: Icare, Thuiszorg Groningen, de Diensten Centrale, Zorgbedrijf Nederland en Oude en Nieuwe Land.¹⁷ Daarnaast is Dr. Schoonmaakorganisatie actief, een groot gespecialiseerd schoonmaakbedrijf.

Tussenconclusie aanbieders

62. Ten tijde van de inschrijvingen op de aanbestedingen in de provincie Friesland waren er 30 aanbieders van thuiszorg actief, waarvan TFW en TZWF samen met Het Friese Land de grootste zijn. Gezamenlijk leverden deze drie spelers circa [80-90%] procent van de thuiszorg in Friesland. De overige 27 spelers zijn zeer klein; 21 van hen leverden minder dan 1 procent van de thuiszorg in Friesland.¹⁸ De groep van 30 aanbieders was verspreid over heel Friesland. In de gemeenten van de regio Zuidoost Friesland zijn in 2006 23 thuiszorginstellingen actief waarvan er 12 van oudsher actief waren in deze regio. In de nabije regio's gelegen naast de provincie Friesland waren er in 2006 5 grote aanbieders van thuiszorg: Icare, Thuiszorg Groningen, De Diensten Centrale, Zorgbedrijf Nederland en Oude en Nieuwe Land.

3.1 Aanbestedingen van Huishoudelijke Hulp in de provincie Friesland

63. Alle gemeenten in Friesland hebben besloten door middel van openbare aanbestedingen de WMO te organiseren.¹⁹ Dit biedt aan iedere aanbieder de mogelijkheid een offerte in te dienen en daarmee in aanmerking komen voor een overeenkomst die vereist is om HH in natura te

¹⁷ Thuiszorg Groningen en Icare beschikken over marktaandeelen variërend van 55 tot 85 procent in de aan Friesland grenzende gemeenten in Groningen en Drenthe.

¹⁸ Zie dossierstuk 6442/418 of bijlage I.

¹⁹ Dit geldt niet voor de gemeente Schiermonnikoog.

kunnen aanbieden in de Friese gemeenten.

64. Alle gemeenten in Friesland, met uitzondering van de gemeenten Leeuwarden en Boarnsterhim, hebben de aanbesteding voor HH in samenwerking met andere gemeenten georganiseerd. Voor de regio Noordoost Friesland zijn dit de gemeenten: Achtkarspelen, Dantumadeel, Dongeradeel, Kollumerland en Ameland. Voor de regio Zuidoost Friesland zijn dit de gemeenten: Tytsjerksteradiel, Smallingerland, Opsterland, Ooststellingwerf en Weststellingwerf. Voor de regio Zuidwest Friesland zijn dit de gemeenten: Lemsterland, Gaasterlân-Sleat, Nijefurd, Wymbritseradiel, Sneek, Bolsward, Wûnseradiel en Littenseradiel. Voor de regio Noordwest Friesland zijn dit de gemeenten: Harlingen, Franekeradeel, Menaldumadeel, Leeuwarderadeel, Het Bildt, Ferwerderadiel, Vlieland en Terschelling. De gemeenten Heerenveen en Skarsterlân hebben de aanbestedingen eveneens gezamenlijk georganiseerd. De gemeenten Leeuwarden en Boarnsterhim hebben zelfstandig hun aanbestedingen voor HH georganiseerd.
65. Aanbestedingen voor een contract om HH in natura te kunnen leveren, konden jaarlijks of één keer voor meerdere jaren plaatsvinden, afhankelijk van de voorkeur van de aanbestedende gemeente. Vervolgens kunnen in principe alleen die aanbieders HH in natura leveren met wie als gevolg van de uitkomsten van de aanbesteding door de gemeente een overeenkomst is gesloten. Andere zorgaanbieders kunnen uitsluitend HH leveren aan patiënten met een PGB en aan particulieren die de zorg uit eigen middelen betalen.
66. In de provincie Friesland zijn verschillende aanbestedingsvormen gehanteerd. De gemeenten in Zuidwest Friesland hebben, evenals de gemeenten Leeuwarden, Boarnsterhim en Heerenveen en Skarsterlân, aanbesteed volgens het zogenoemde 'Zeeuwse model'. Het Zeeuwse model houdt in dat in het aanbestedingsbestek minimumkwaliteitseisen worden gesteld en dat een vaste prijs wordt gehanteerd. Alle inschrijvers die aan de gestelde minimumkwaliteitseisen voldoen, krijgen een gunning en daarmee de mogelijkheid om HH in natura aan te bieden in de betreffende gemeenten.
67. Door de gemeenten in de regio's Noordoost Friesland, Zuidoost Friesland en Noordwest Friesland is een andere aanbestedingsvorm gehanteerd. Bij de aanbestedingen in deze regio's kunnen aanbieders concurreren op prijs en op aspecten van kwaliteit. In het aanbestedingsbestek is nadere invulling gegeven aan de eisen betreffende deze concurrentieparameters. De inschrijvers die het hoogste scoren op de in het aanbestedingsbestek genoemde eisen, krijgen een gunning aangeboden voor het leveren van HH in natura in de betreffende gemeenten. De gemeenten konden in het aanbestedingsbestek aangeven aan hoeveel aanbieders zij in beginsel een gunning zouden verlenen.

68. Ten aanzien van de in diverse regio's in Friesland door gemeenten gehouden gezamenlijke aanbestedingen in het kader van WMO, zijn de volgende data van belang:

Regio	Bekendmaking wijze van aanbesteden	deadline indiening offerte	Datum bekendmaking gunning
Zuidoost	23 augustus 2006	2 oktober 2006	31 oktober 2006
Zuidwest	26 juli 2006	25 september 2006	13 oktober 2006
Noordwest	19 augustus 2006	27 september 2006	16 oktober 2006

3.2 Aanbestedingen van Huishoudelijke Hulp in de regio Zuidoost Friesland

69. In het navolgende wordt specifiek ingegaan op de wijze van aanbesteden voor het in natura leveren van HH en op de inhoud van het aanbestedingsbestek voor de openbare aanbestedingen die in 2006 hebben plaatsgevonden voor de gemeenten in Zuidoost Friesland.
70. De vijf gemeenten in de regio Zuidoost Friesland -Ooststellingwerf, Opsterland, Smallingerland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf- hebben op 23 augustus 2006 een gezamenlijk aanbestedingsbestek uitgedaan voor de levering van HH1 en HH2 vanaf 1 januari 2007.²⁰ De vijf gemeenten hebben besloten HH3 geen onderdeel uit te laten maken van de aanbestedingsprocedure.

3.2.1 Het aanbestedingsbestek in de regio Zuidoost Friesland

71. In het aanbestedingsbestek wordt onder HH onderscheid gemaakt in HH1 en HH2 taken.²¹ Onder HH1 wordt het volgende begrepen: schoonmaken, verzorgen van textiel, onderhoud van kleding en schoeisel, zorg voor de voeding, bed opmaken en beperkte verzorging van huisdieren. Onder HH2 wordt in het aanbestedingsbestek het volgende begrepen: planning voor de huishoudelijke zorg, aandacht voor hygiëne in huis, advies en hulp bij het kopen van levensmiddelenvoorraad, noodzakelijke opvang van thuiswonende kinderen, instructie en voorlichting die direct verbonden is met hulp verlenende activiteiten, ondermeer stimulering bij het deels zelf uitvoeren van activiteiten door de cliënt.

²⁰ Conform het aanbestedingsbestek ten behoeve van de gemeenten Ooststellingwerf, Opsterland, Smallingerland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf, pagina 5. Zie dossierstukken 6442/79, 6442/80, 6442/82, 6442/86 en 6442/88.

²¹ HH1 en HH2 worden in het aanbestedingsbestek ook wel aangeduid met HV1 en HV2.

72. De gemeenten in Zuidoost Friesland waren voornemens met meerdere dienstverleners raamovereenkomsten af te sluiten. Een raamovereenkomst is de overeenkomst tussen de gemeente en een of meer opdrachtnemers met het doel voor een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen individuele dienstverleningsopdrachten vast te leggen. Het beoogde aantal te gunnen raamovereenkomsten is in beginsel beperkt tot drie of vijf aanbieders, afhankelijk van de keuze van de gemeenten. De aanbestedingsprocedure is door de gemeenten gezamenlijk georganiseerd en de uitvoering daarvan is overgedragen aan het bureau MAAZ BV (hierna: MAAZ). De voorwaarden om voor een raamovereenkomst in aanmerking te komen zijn in het aanbestedingsbestek neergelegd. In het aanbestedingsbestek is de benodigde informatie opgenomen omtrent de vorm van aanbesteding, de doelstelling van de aanbestedende gemeente(n), het selectieproces, de gunningcriteria en de contractsvorm en -duur die wordt gehanteerd na de aanbesteding. Het aanbestedingsbestek bood voor iedere aanbieder de mogelijkheid naar keuze bij een of meerdere gemeenten in te schrijven. Hieraan waren geen voorwaarden verbonden. De selectie en gunning heeft per gemeente plaatsgevonden. In het aanbestedingsbestek wordt de gemeente aangeduid met het begrip “perceel”.
73. Voorts is in het aanbestedingsbestek voor de gemeenten in de regio Zuidoost Friesland per gemeente het aantal geprognosticeerde uren voor HH1 en HH2 aangegeven.²² Dit aantal uren geeft de inschatting van de gemeente weer van het per jaar te leveren aantal uren zorg in natura van beide categorieën HH in die betreffende gemeente. De geprognosticeerde uren zijn gebaseerd op het aantal geleverde klokuren HH in 2005 conform gegevens van het Centraal Administratie Kantoor (hierna: CAK).²³

Gemeente	Aantal inwoners afgerond	Totaal aantal klokuren HH1 + HH2	Prognose HH1	Prognose HH2
Ooststellingwerf	26.000	94.170	51.793	42.377
Opsterland	29.500	85.100	34.100	51.000
Smallingerland	55.000	186.152	74.461	111.692
Tytsjerksteradiel	32.000	113.875	36.135	77.740
Weststellingwerf	25.500	97.931	44.069	53.862

²² Conform het aanbestedingsbestek ten behoeve van de gemeenten Ooststellingwerf, Opsterland, Smallingerland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf, pagina 5. Zie dossierstukken 6442/79, 6442/80, 6442/82, 6442/86 en 6442/88.

²³ Conform het aanbestedingsbestek ten behoeve van de gemeenten Ooststellingwerf, Opsterland, Smallingerland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf, pagina 5. Zie dossierstukken 6442/79, 6442/80, 6442/82, 6442/86 en 6442/88.

74. Iedere inschrijver kon in haar offerte per categorie HH aangeven voor welk maximaal aantal te leveren klokuren zij in aanmerking wil komen. De maximale capaciteit voor alle percelen tezamen waarvoor een inschrijver een aanbieding doet, mag verhoudingsgewijs niet hoger zijn dan 100:30, gerelateerd aan het totale volume klokuren, conform de opgave van de inschrijver van haar referenties.
75. In het aanbestedingsbestek wordt de mogelijkheid geboden om als combinatie in te schrijven. Hieraan wordt de volgende voorwaarde verbonden: Inschrijvers kunnen als hoofdaannemer, of participierend als onderaannemer, of als lid van een combinatie, elk de ander daarbij uitsluitend niet meer dan één keer een inschrijving indienen voor exact hetzelfde perceel van een individuele gemeente.
76. De gemeenten gebruikten de opgegeven maximale klokuren om te beoordelen of zij kunnen volstaan met het maximaal beoogde aantal overeenkomsten. Indien bleek dat met het maximaal beoogde aantal overeenkomsten geen 100% dekking van het geprognosticeerde aantal uren werd gerealiseerd, zal de gemeente aanvullend en in aflopende volgorde van de rangorde met een of meer inschrijvers raamovereenkomsten aangaan, totdat het punt is bereikt dat ten minste 100% dekking van de geprognosticeerde behoefte is gewaarborgd.²⁴
77. Het 'maximaal beoogde aantal overeenkomsten' staat in het aanbestedingsbestek vermeld. De gemeenten Ooststellingwerf, Weststellingwerf en Smallingerland hebben het maximaal aantal te contracteren aanbieders op 3 vastgesteld. De gemeenten Opsterland en Tytsjerksteradiel hebben dit maximum vastgesteld op 5 aanbieders.²⁵ Door aan meerdere aanbieders een raamovereenkomst aan te bieden, werd aan de patiënten de mogelijkheid gegeven om uit meerdere aanbieders te kiezen. Er was zodoende niet alleen concurrentie om het verkrijgen van een raamovereenkomst (concurrentie om de markt), maar ook om de gunst van de patiënt (concurrentie op de markt).
78. In het aanbestedingsbestek is ook de duur van de raamovereenkomst en de mogelijkheid tot verlengen opgenomen. De gemeenten Ooststellingwerf, Opsterland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf bieden een raamovereenkomst aan met een looptijd van 2 jaar. Voor deze gemeenten bestaat de mogelijkheid om de raamovereenkomsten twee maal voor de duur van een jaar te verlengen. De gemeente Smallingerland biedt een raamovereenkomst aan voor de duur van een jaar met de mogelijkheid om deze drie maal voor de periode van een jaar te verlengen.²⁶

²⁴ Zie dossierstukken 6442/ 79, 6442/ 80, 6442/ 82, 6442/ 88 en 6442/ 102.

²⁵ Zie dossierstukken 6442/ 79, 6442/ 80, 6442/ 82, 6442/ 88 en 6442/ 102.

²⁶ Zie ook de Nota van Inlichtingen, antwoorden op vragen gesteld door belanghebbenden, antwoord 49, dossierstuk 6442/ 80.

3.2.2 De gunningscriteria

79. De gunningscriteria, zoals opgenomen in het gezamenlijke aanbestedingsbestek, om in de regio Zuidoost voor een raamovereenkomst in aanmerking te komen zijn:
1. Tarieven (50%)
 2. Borging en afstemming ketensamenwerking (20%)
 3. Kwaliteit van dienstverlening en borging praktijkvoering (15%)
 4. Mate van voldoen aan de wensen (10%)
 5. Maatregelen ter bevordering arbeidsdeelname van personen met achterstand tot de arbeidsmarkt (5%)

De mate waarin een criterium meeweegt bij de beoordeling staat tussen haakjes vermeld.

Tarieven (50%)

80. In Zuidoost Friesland wegen de tarieven waartegen wordt ingeschreven en (het geheel van) de kwalitatieve criteria even zwaar in de gunningscriteria. Beide tellen voor 50% mee bij de beoordeling van de ingediende offertes in de gunningsfase. De door de inschrijvers aangeboden tarieven worden één op één met elkaar vergeleken. Het laagst geboden tarief wordt op maximaal 50% gewaardeerd en naar mate het aangeboden tarief hoger wordt, wordt de waardering naar rato lager.²⁷ De waardering wordt vastgesteld door de laagste geoffreerde inschrijfprijs te delen door de geoffreerde inschrijfprijs en het quotiënt te delen door 2.
81. De gemeenten in de regio Zuidoost Friesland hebben ervoor gekozen twee categorieën HH te onderscheiden. De inschrijvers dienen twee tarieven in hun inschrijvingen te vermelden: een tarief voor HH1 en een tarief voor HH2. In de gemeenten in Zuidoost Friesland kunnen inschrijvers uitsluitend inschrijven voor een combinatie van HH1 en HH2.²⁸ Dit heeft tot gevolg dat inschrijvers die niet het gehele aanbod van HH kunnen leveren, zoals schoonmaakbedrijven, worden uitgesloten. Voor de totaalscore op het criterium “aangeboden tarieven” worden de afzonderlijke deelscores voor de individuele tarieven HH1 en HH2, zoals berekend in het vorige randnummer, met gelijk gewicht gemiddeld.
82. De gemeenten hebben voor beide categorieën HH een toegestaan maximum uurtarief vastgesteld. Voor HH1 bedraagt dit tarief in de gemeenten Ooststellingwerf, Opsterland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf EUR 15,20 exclusief BTW. In de gemeente

²⁷ Conform het aanbestedingsbestek ten behoeve van de gemeenten Ooststellingwerf, Opsterland, Smallingerland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf, pagina 16. Zie dossierstukken 6442/79, 6442/80, 6442/82, 6442/86 en 6442/88.

²⁸ Conform het aanbestedingsbestek ten behoeve van de gemeenten Ooststellingwerf, Opsterland, Smallingerland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf, pagina 5. Zie dossierstukken 6442/79, 6442/80, 6442/82, 6442/86 en 6442/88.

Smallingerland bedraagt het toegestane maximum uurtarief voor HH1 EUR 14,60 exclusief BTW. Voor HH2 bedraagt het toegestane maximum tarief voor alle gemeenten – Ooststellingwerf, Opsterland, Smallingerland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf – EUR 24,30 exclusief BTW.²⁹

83. Inschrijvingen met tarieven die hoger zijn dan het toegestane maximum uurtarief worden uitgesloten van gunning.³⁰ Voor het overige zijn de inschrijvers vrij de uurtarieven waarvoor zij inschrijven op de aanbestedingen voor HH zelf te bepalen.

Borging en afstemming ketensamenwerking (20%)

84. Met het gunningscriterium 'Borging en afstemming ketensamenwerking' wordt bedoeld de wijze waarop een thuiszorginstelling proactief deelneemt aan ketensamenwerking ter borging en afstemming van zorgbehoefte van zorgvragers.³¹ De inschrijver dient het protocol dat zij hanteert voor ketensamenwerking, de afspraken die zij maakt met andere spelers in de keten, de initiatieven die zij neemt ter bevordering van ketensamenwerking en de rol die zij zal vervullen in de ketensamenwerking in haar offerte op te nemen.³²
85. In het aanbestedingsbestek wordt ten aanzien van de beoordeling van dit criterium vermeld: *'De aanbestedende dienst beoordeelt de borging en afstemming van de ketensamenwerking aan de hand van de nadere uitwerking, met toelichting van hoe een inschrijver proactief deelneemt aan de ketensamenwerking ter borging en afstemming van hulp en zorg behoefte aan cliënten, conform Hoofdstuk 7, punt 6 van dit bestek.'*
86. Bij de beoordeling van de offertes op het criterium 'Borging en afstemming ketensamenwerking', kijken de gemeenten naar de concreetheid ervan. Een aanbieder diende een en ander vast te leggen in een protocol. Hoe concreter de inschrijver invulling geeft aan haar ideeën over ketensamenwerking, hoe hoger zij scoort op dit gunningscriterium.³³ Daarbij is van belang dat de offertes van de inschrijvers bij de beoordeling door de gemeenten met elkaar worden vergeleken.³⁴
87. De aanbestedende gemeenten hebben desgevraagd het volgende verklaard:

'7. Wat behoort er in een dergelijk protocol te staan?'

²⁹ Ibidem, pagina 17.

³⁰ Ibidem, pagina 17.

³¹ Ibidem, pagina 17.

³² Ibidem, pagina 28.

³³ Zie dossierstukken en 6442/ 109, 6442/ 153, 6442/ 243, 6442/ 257, 6442/ 287, 6442/ 289.

³⁴ Zie dossierstukken 6442/ 277 en 6442/ 298.

Denk hierbij aan de werkwijze van de inschrijvers, de doelstellingen met betrekking tot ketensamenwerking, hoe men de ketensamenwerking wil verwezenlijken, een beschrijven van de werkprocessen, hoe de communicatie met de diënt verloopt en hoe teruggekoppeld wordt naar de gemeente. (...)

20. Hoe concreet moeten deze initiatieven zijn?

Zo concreet mogelijk. Je houdt er rekening mee dat mensen van buiten onze gemeente minder concreet zullen zijn, maar daardoor kregen zij geen lagere score. Het bureau Maaz was overigens ook niet op de hoogte van de lokale situatie. Daardoor was haar beoordeling objectief, zonder dat lokale voorkeuren meegewogen konden worden.³⁵

88. MAAZ heeft aangegeven dat de gemeenten over een bepaalde beoordelingsruimte beschikten bij het beoordelen van de verschillende offertes. MAAZ heeft vervolgens verklaard:

‘dat ook partijen van buiten Friesland goed konden scoren, en dat in sommige gevallen ook hebben gedaan, op de criteria die samenhangen met ketensamenwerking.’ Echter, zij heeft ook aangegeven *“dat zorgaanbieders die al actief waren in een bepaalde regio mogelijk in staat waren een betere offerte te schrijven, omdat zij vanwege hun verwevenheid met de regio, veel concreter konden worden ten aanzien van de afspraken en initiatieven op het gebied van ketensamenwerking, dan zorgaanbieders die nog niet in de regio of in Friesland actief waren.”*³⁶

89. Thuiszorg Groningen antwoordde op de vraag voor welk criterium gold dat het voor haar moeilijk was om aan te voldoen in haar offerte voor Zuidoost Friesland: *‘Proactieve deelname aan het lokale netwerk van ketensamenwerking’*.³⁷

Kwaliteit van dienstverlening en borging praktijkvoering (15%)

90. De offertes dienden onder ‘Kwaliteit van dienstverlening en borging praktijkvoering’ informatie te bevatten over de wijze van intake van de zorgvrager, de inhoud en opzet van de uitvoeringsovereenkomst, het toezicht op de HH-werkzaamheden, dossiervorming en digitale communicatie.³⁸ Deze te beoordelen aspecten worden elk even zwaar gewogen.

Uitgangspunten voor toetsing en beoordeling zijn:

- Klantvriendelijkheid voor cliënten, hun partners en mantelzorgers;
- Beheersbaarheid van de processen;

³⁵ Zie dossierstukken 6442/194.

³⁶ Zie het verslag van het gesprek met MAAZ, prisma nummers 6442/277 en 6442/298.

³⁷ Zie het verslag van het telefonisch interview van 9 februari 2009, prisma nummer 6442/232.

³⁸ Conform het aanbestedingsbestek ten behoeve van de gemeenten Ooststellingwerf, Opsterland, Smallingerland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf, pagina 28. Zie dossierstukken 6442/79, 6442/80, 6442/82, 6442/86 en 6442/88.

- Het toezicht en controle die de gemeente moet uitoefenen.

Mate van voldoen aan de wensen; conform het programma van eisen (10%)

91. Het gunningscriterium 'Mate van voldoen aan de wensen; conform het programma van eisen' bestaat voor het overgrote gedeelte uit minimumeisen.³⁹ Slechts op drie van de circa 50 onderdelen -het binnen 3 werkdagen na ontvangst van de Individuele Dienstverleningsopdracht⁴⁰ contact opnemen met de betreffende zorgvrager, het bijhouden van een (bij voorkeur elektronisch) cliëntdossier en de optimale (telefonische) bereikbaarheid- kunnen onderscheidende punten worden gescoord.⁴¹

Maatregelen ter bevordering deelname aan de arbeidsmarkt (5%)

92. Onder het criterium 'Maatregelen ter bevordering deelname aan de arbeidsmarkt' dienen de inschrijvers aan te geven welk beleid zij hanteren en welke concrete maatregelen zij nemen met betrekking tot het bevorderen van arbeidsdeelname van personen met een achterstand op de arbeidsmarkt.⁴²

93. In het aanbestedingsbestek wordt inzake de beoordeling van dit criterium vermeld:

'De aanbestedende dienst beoordeelt de maatregelen ter bevordering van arbeidsdeelname van personen met achterstand tot de arbeidsmarkt aan de hand van hetgeen de inschrijver conform Hoofdstuk 7, punt 7 heeft aangeboden. De te beoordelen aspecten worden elk gelijk zwaar gewogen. Uitgangspunten voor toetsing en beoordeling zijn:

- *De bijdrage van het concrete onderneming- en personeelbeleid aan de doelstellingen van de gemeente.*
- *De concrete maatregelen die de inschrijver bij gunning zal treffen.'*

Beoordeling ingediende offertes

94. Alvorens de ingediende offertes aan de hand van de gunningscriteria te beoordelen, wordt geoordeeld of de inschrijvers geschikt worden bevonden, of dat zij op basis van bepaalde gronden dienen te worden uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding. Deze zogenoemde uitsluitingsgronden zijn voornamelijk van toepassing bij het ontbreken van bepaalde documenten en verklaringen. Daarnaast wordt in deze kwalificatiefase gekeken naar de financieel economische draagkracht en de bekwaamheid van de inschrijvers. Indien aan de

³⁹ Ibidem, pagina 16.

⁴⁰ Een Individuele Dienstverleningsopdracht is de opdracht die wordt verstrekt voor het ten uitvoer brengen van HH ten behoeve van een individuele zorgvrager. Zie de Nota van Inlichtingen, antwoorden op vragen gesteld door belanghebbenden, antwoord 6. Zie dossierstuk 6442/ 80.

⁴¹ Conform het aanbestedingsbestek ten behoeve van de gemeenten Ooststellingwerf, Opsterland, Smallingerland, Tytsjerksteradiel en Weststellingwerf, pagina 20-23. Zie dossierstukken 6442/ 79, 6442/ 80, 6442/ 82, 6442/ 86 en 6442/ 88.

⁴² Ibidem, pagina 28.

hieromtrent gestelde minimumeisen niet wordt voldaan, wordt de aanbieding verder niet inhoudelijk beoordeeld en komt de inschrijver niet voor gunning van een raamovereenkomst in aanmerking.⁴³

95. Vervolgens worden de inschrijvingen die voldoen aan de eisen van de kwalificatiefase door de gemeenten geëvalueerd en beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria.⁴⁴ Als gevolg van de beoordeling van de inschrijvingen in de gunningsfase ontstaat een rangorde.⁴⁵ Op basis van deze rangorde worden met de 'hoogst gewaardeerde inschrijvers' raamovereenkomsten voor de levering van huishoudelijke verzorging in natura afgesloten.⁴⁶
96. In het aanbestedingsbestek wordt inzake de rangorde nog opgemerkt dat gedurende de looptijd van de overeenkomst aan de hand van prestatie-indicatoren, zoals in het bijzonder het aantal en aard van klachten, de mate van klanttevredenheid en de deelneming in de ketensamenwerking, een geselecteerde dienstverlener hoger dan wel lager in rangorde kan komen te staan.

3.3 De uitkomsten van de aanbestedingen in Zuidoost Friesland

97. In deze paragraaf wordt ingegaan op uitkomsten van de aanbestedingsprocedure voor de regio Zuidoost Friesland.
98. Op 31 oktober 2006 wordt de gunning voor de regio Zuidoost Friesland bekendgemaakt. Hieronder worden de door TZWF en TFW geoffreerde tarieven, en de waardering hiervan door de gemeenten, weergegeven.

Zuidoost Friesland	tarief HH1 TZWF	tarief HH1 TFW	tarief HH2 TZWF	tarief HH2 TFW	Waardering tarief HH1 en HH2 TZWF	Waardering tarief HH1 en HH2 TFW
Ooststellingwerf	[vertrouwelijk]	14,50	[vertrouwelijk]	22,50	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]
Opsterland	[vertrouwelijk]	14,50	[vertrouwelijk]	22,50	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]
Smallingerland	[vertrouwelijk]	14,50	[vertrouwelijk]	22,50	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]

⁴³ Ibidem, pagina 13-15.

⁴⁴ Ibidem, pagina 4.

⁴⁵ De betrokken ondernemingen hanteren voor het begrip "rangorde" ook de term "ranking".

⁴⁶ Ibidem, pagina 7.

Tytsjerksteradiel	[vertrouwelijk]	14,50	[vertrouwelijk]	22,5 0	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]
Weststellingwerf	[vertrouwelijk]	14,50	[vertrouwelijk]	22,5 0	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]

99. De gemeenten Ooststellingwerf, Weststellingwerf en Smallingerland hebben conform het aanbestedingsbestek met 3 zorgaanbieders een raamovereenkomst gesloten. De gemeenten Opsterland en Tytsjerksteradiel hebben eveneens conform het aanbestedingsbestek een raamovereenkomst gesloten met 5 zorgaanbieders.⁴⁷ De uitkomsten van de aanbestedingen voor HH in de gemeenten in Zuidoost Friesland worden in het hier onderstaande overzicht weergegeven. Daarbij wordt ook de positie van TZWF ten opzichte van de gegunde aanbieders vermeld en worden de behaalde totaalscores weergegeven:

Gemeente in Zuidoost Friesland	Raamovereenkomst gegund aan: (inclusief plaats in de rangorde en behaalde totaalscore)
Ooststellingwerf	1. ZuidoostZorg [vertrouwelijk] 2. TFW [vertrouwelijk] 3. De Diensten Centrale [vertrouwelijk] 9. TZWF [vertrouwelijk]
Opsterland	1. ZuidoostZorg [vertrouwelijk] 2. TFW [vertrouwelijk] 3. De Diensten Centrale [vertrouwelijk] 4. Zorgkompas [vertrouwelijk] 5. Icare [vertrouwelijk] 9. TZWF [vertrouwelijk]
Smallingerland	1. ZuidoostZorg [vertrouwelijk] 2. TFW [vertrouwelijk] 3. Icare [vertrouwelijk] 8. TZWF [vertrouwelijk]
Tytsjerksteradiel	1. TFW [vertrouwelijk] 2. Zorgkompas [vertrouwelijk]

⁴⁷ Zie dossierstukken 6442/79, 6442/80, 6442/82, 6442/88 en 6442/102.

	3. Icare [vertrouwelijk] 4. Skewiel Trynwâlden [vertrouwelijk] 5. Zorggarant Noord Nederland [vertrouwelijk] 8.TZWF [vertrouwelijk]
Weststellingwerf	1. TFW [vertrouwelijk] 2. De Diensten Centrale [vertrouwelijk] 3. Noorderboog [vertrouwelijk] 9.TZWF [vertrouwelijk]

3.4 Conclusie feiten en omstandigheden: WMO, Huishoudelijke Hulp en aanbestedingen in Friesland

100. De inwerkingtreding van de WMO heeft tot gevolg gehad dat het aanbieden van HH vanaf 1 januari 2007 de verantwoordelijkheid is van gemeenten en niet langer van de zorgkantoren. Patiënten hebben drie keuzemogelijkheden bij de aanspraak op HH: zorg in natura door een door de gemeente gecontracteerde aanbieder, het financieren van zorg met een persoonsgebonden budget of het financieren van zorg met eigen financiële middelen. De gemeenten hebben de zorgplicht om voldoende zorg in te kopen, waarvoor verschillende aanbestedingsvormen worden gehanteerd. Bijna alle gemeenten in Friesland, waaronder de vijf gemeenten in de regio Zuidoost Friesland, hebben gekozen om door middel van openbare aanbestedingen de benodigde zorg in te kopen. De vijf gemeenten in de regio Zuidoost Friesland hebben hun aanbestedingen in één procedure onder gebracht en hun voorwaarden en gunningscriteria in één aanbestedingsbestek neergelegd. De selectie en gunning heeft per gemeente plaatsgevonden. Aan de gegunden werd een raamovereenkomst aangeboden, die eventueel kan worden verlengd.
- Met de WMO doet ook volledige marktwerking zijn intrede op het gebied van verlenen van HH. De wijze van aanbesteden in de regio Zuidoost Friesland heeft tot gevolg dat aanbieders van HH allereerst met elkaar moesten concurreren om toegang tot de markt. De aanbieders aan wie een raamovereenkomst was gegund, dienden vervolgens op de markt te concurreren om de individuele patiënt.
- Uit de uitkomst van de aanbestedingsprocedure blijkt dat TFW bij alle vijf de gemeenten in de regio Zuidoost Friesland tot de gegunden behoorde en dat TZWF geen enkele gunning heeft verkregen. De betrokken ondernemingen hebben bij de vijf gemeenten in de regio Zuidoost

Friesland met dezelfde tarieven voor zowel HH1 als voor HH2 ingeschreven, hetgeen heeft geresulteerd in dezelfde waardering van de inschrijfprijzen.

4 Feiten en omstandigheden inzake de gedragingen van de betrokken ondernemingen

4.1 Inleiding

101. Hieronder worden de feiten en omstandigheden met betrekking tot de specifieke gedragingen in deze zaak vermeld die de Raad op basis van het rapport, het dossier en de zienswijzen van de betrokken ondernemingen vaststelt en die de basis vormen voor de juridische beoordeling van de feiten in dit besluit.

De betrokken ondernemingen

102. TZWF houdt zich voornamelijk bezig met het leveren van thuiszorg (persoonlijke verzorging en verpleging en huishoudelijke hulp) in Friesland. Het oorspronkelijke werkgebied van TZWF is de regio Zuidwest Friesland. TZWF was oorspronkelijk een zelfstandige stichting. Vanaf 16 juli 2007 is Stichting Bestuursstichting Antonius ziekenhuis en Thuiszorg Zuidwest Friesland bestuurder van TZWF.
103. Ook TFW biedt voornamelijk thuiszorg (persoonlijke verzorging en verpleging en huishoudelijke hulp) aan in Friesland. Het oorspronkelijke werkgebied van TFW is de regio Zuidoost Friesland.
104. TFW maakt deel uit van Stichting Kwadrantgroep, waaronder tevens Stichting Zorgkwadrant Fryslân Oost en Stichting Palet vallen, die zowel intramurale en extramurale verzorging en verpleging als huishoudelijke hulp aanbieden in Friesland. De oorspronkelijke werkgebieden van deze werkmaatschappijen zijn gelegen in Noordoost Friesland, Noordwest Friesland en het midden van Friesland. Stichting Kwadrantgroep is enig statutair bestuurder van TFW.
105. De in dit hoofdstuk weergegeven (delen van) e-mailwisselingen, verslagen en overige documenten bevatten namen van medewerkers van de betrokken ondernemingen. Hieronder wordt van de betrokken personen de thuiszorginstelling waartoe zij behoren en hun functie weergegeven.

TZWF:

Persoonsnaam	Functieaanduiding
[vertrouwelijk]	Rayonmanager van TZWF in Jbure en lid van de Werkgroep Aanbesteden
[vertrouwelijk]	interim-manager P&O van TZWF en voorzitter van de Werkgroep Aanbesteden
[vertrouwelijk]	bestuurder van TZWF
[vertrouwelijk]	TZWF (functie onbekend)
[vertrouwelijk]	manager bedrijfsvoering van TZWF en lid van de Werkgroep Aanbesteden

TFW:

Persoonsnaam	Functieaanduiding
[vertrouwelijk]	bestuurder van TFW en lid van de Raad van Bestuur van de Kwadrantgroep
[vertrouwelijk]	manager cure van TFW en lid van de Werkgroep Aanbesteden
[vertrouwelijk]	controller van TFW en lid van de Werkgroep Aanbesteden
[vertrouwelijk]	TFW (functie onbekend)

4.2 Voorgeschiedenis

106. In de regio Friesland leidde de invoering van de WMO tot aanbestedingsprocedures van HH (HH1 en HH2). In deze paragraaf wordt beschreven in welke context de samenwerking tussen de betrokken ondernemingen is ontstaan. Hierbij zal worden ingegaan op het voornemen van de betrokken ondernemingen tot het oprichten van een gezamenlijke onderneming op het gebied van HH en de werkgroep Aanbesteden die in dit verband is opgericht.
107. De wens van TFW tot samenwerking blijkt uit het *'Strategisch kader Thuiszorg De Friese Wouden 2003-2005'* van 19 november 2002. In dit document wordt het volgende gezegd:

*'Over de vormgeving van de samenwerking doen we geen uitspraken, behalve dan dat de samenwerking dient te worden verankerd in niet vrijblijvende overeenkomsten. Primair kiest TFW voor samenwerking, als dat niet lukt voelen wij ons vrij een andere insteek te kiezen, zoals concurrentie. De traditionele begrenzing van het werkgebied (de zeven gemeenten in Friesland-Oost) is voor ons niet langer heilig en gelet op de modernisering van de AWBZ ook niet meer logisch. Alleen 'heilig' zijn de grenzen tussen de vier regio's waarin de thuiszorg van TFW is ingedeeld.'*⁴⁸

108. In het verslag van de vergadering van de Raad van Bestuur van TFW d.d. 22 maart 2005 blijkt ook dat samenwerking geprefereerd wordt boven concurrentie:

*'Zorggarant en Samenzorg hebben de kans via Noorderbreedte in het werkgebied van TFW te opereren. Dat is weliswaar niet aangenaam, maar het is beter 'samen aan tafel te blijven zitten', dan de concurrentie aan te gaan.'*⁴⁹

109. Ook TZWF heeft meerdere malen aangegeven dat zij bij voorkeur niet concurreert. In een beleidsplan van oktober 2003 getiteld 'Zeker van Zorg strategisch meerjaren beleidsplan 2004-2006' staat hierover het volgende:

*'Met behulp van de drie genoemde speerpunten zal Thuiszorg Zuidwest Friesland zich de komende drie jaar positioneren als een creatieve ondernemende organisatie met diensten en/of bemiddeling op het bredere terrein van zorg, wonen en welzijn voor verschillende diëntengroepen uit de gehele levenslijn. Daarbij verkiezen wij samenspel boven concurrentie.'*⁵⁰

112. Op 8 februari 2006 is door TZWF een 'Perspectief op samenwerking' gegeven:

'Thuiszorg Zuidwest Friesland kiest bij voorkeur niet voor concurrentie. Concurrentie, met als doel schaalvergroting, levert naar verwachting pas op langere termijn (mogelijk) voordelen op. Het is een vorm die (nog) niet past bij de huidige organisatiefase waarin de omslag naar "ondernemen" nog maar kort aan de gang is. Voor concurrentie wordt alleen gekozen wanneer mogelijke partners niet voor samenwerking met Thuiszorg Zuidwest Friesland kiezen en daarmee de huidige marktpositie van Thuiszorg Zuidwest Friesland bedreigen. Doel is dan behoud van het eigen marktaandeel dan wel het vergroten daarvan, voor zover mogelijk en

⁴⁸ Zie dossierstuk 6442/2, stempelnummer 6442000020136, p. 4-5.

⁴⁹ Zie dossierstuk 6442/282, stempelnummers 64420002820326-64420002820327.

⁵⁰ Zie dossierstuk 6442/300, stempelnummers 06274143431151-06274143431168.

wenselijk.⁵¹

113. In de loop van het jaar 2006 komt een mogelijke samenwerking tussen TZWF en TFW in beeld. In juni 2006 wordt de kaderbrief 2007 *'Klaar voor de Toekomst, speerpunten 2007 van TZWF'* gepresenteerd:

*'(...) thuiszorg Zuidwest Friesland wil ook in de toekomst met een kwalitatief en kwantitatief concurrerend aanbod huishoudelijke zorg aanbieden in Zuidwest-Friesland. Zij wil dit doen met behoud van kwaliteit, maar tegen een lagere kostprijs. Om dit te realiseren wordt er een cluster Huishoudelijke Service opgezet als een aparte eenheid. Het cluster wordt samen met collega thuiszorg aanbieder De Friese Wouden in 2006 en 2007 ingericht.'*⁵²

114. Naar aanleiding van de komende aanbestedingen heeft TFW een aantal werkgroepen in het leven geroepen. Dit zijn o.a. de werkgroep Aanbesteden en de regiegroep WMO. In een interne notitie van TFW van juni 2006, genaamd *'Doel, taken en verantwoordelijkheden van de TFW-regiegroep WMO'* wordt ingegaan op de redenen voor oprichten van de regiegroep WMO en op het doel, de taken en de samenstelling van de regiegroep WMO.

'Doel

Het doel van de regiegroep is om alle noodzakelijke acties in het kader van de Wmo binnen TFW in samenhang in gang te zetten, zodat door alle betrokkenen binnen TFW uiterst effectief en efficiënt gehandeld wordt en de voorbereidingen tijdig kunnen worden afgerond. De verwachting is dat door een gebundelde aanpak de kans op positieve resultaten m.b.t. de aanbestedingen HVZ aanzienlijk toeneemt.

Taken regiegroep

- *Het volgen van relevante ontwikkelingen op het terrein van de WMO en het vertalen van deze ontwikkelingen in beleidsvoorstellen (met specifieke aandacht voor personeelsbeleid en -planning) en concrete stappen die passen binnen de strategische kaders van TFW/ de Kwadrantgroep;*
- *Het voeren van de regie op de voorbereidingen binnen TFW/ de Kwadrantgroep op de WMO, zoals de in het kader van de WMO te leveren producten, mogelijke samenwerking met een schoonmaakbedrijf, innovaties, prijsbeleid en accountmanagement. Het strategisch beleid van de Kwadrantgroep zoals geformuleerd in het Kaderdocument geldt daarbij als kader;*
- *Het voorbereiden van de aanbestedingen die mogelijk al dit jaar gaan plaatsvinden: het verwerven van de benodigde deskundigheid en organiseren van expertise om succesvol te*

⁵¹ Zie dossierstuk 6442/300, stempelnummer o6274143430843-06274143430846.

⁵² Zie dossierstuk 6442/2, stempelnummer 64420000080304, p. 3.

*kunnen aanbesteden. De voorbereidingen moeten resulteren in concrete resultaten, zoals een kant en klare hypothetische aanbesteding (inclusief 'bidbook' etc.); (...)*⁵³

115. Over de mogelijke deelname van TZWF aan deze werkgroepen hebben de betrokken ondernemingen overleg. Uit een notitie van de heer [vertrouwelijk] aan de heer [vertrouwelijk] (beiden van TFW) van 28 juli 2006 met de titel 'WMO als uitdaging' blijkt:

*'De regiegroep is geïnformeerd over de samenwerking met Thuiszorg Zuidwest Friesland. Men wil graag iemand toevoegen aan de WMO-regiegroep.'*⁵⁴

116. Het voornemen om een vertegenwoordiger van TZWF te laten deelnemen aan de bijeenkomsten van de regiegroep WMO van TFW wordt bevestigd in een document van 31 juli 2006 genaamd 'Thuiszorg De Friese Wouden - Accountreport 2006'. Hierin wordt tevens aangegeven dat de inschrijvingen op de aanbestedingen gezamenlijk zullen worden ingevuld:

*'Wijze van samenwerking en organisatie/ inrichting heeft een duidelijke link met de besturingsfilosofie. Binnen Kwadrantgroep moet de RvC zich hier binnenkort over uitspreken, dit zelfde zal ook gelden voor de RvC TZWF. (...) [vertrouwelijk] [vertrouwelijk]; toevoeging NMa] en [vertrouwelijk] maken een voorstel i.s.m. externe deskundigheid van [vertrouwelijk] en/of [vertrouwelijk]. Filosofie rondom planning verschilt tussen TZWF en TFW. Hierover volgt nader overleg. (...) Aanbestedingen worden gezamenlijk ingevuld. TZWF zoekt aansluiting bij regiegroep WMO TFW.'*⁵⁵

117. De heer [vertrouwelijk] (TZWF) heeft over de werkgroep Aanbesteden het volgende verklaard tegenover de NMa:

*'Julie weten dat wij, [vertrouwelijk] (TFW; toevoeging NMa) en ik, hebben gesproken over het mogelijk samen in een bedrijf organiseren van de huishoudelijke zorg. Dat betekende dat het belangrijk is om te gaan kijken wat kan je misschien in aanbestedingstermen betekenen. En dan is het goed om enigszins te snappen, want dat is de fase waar we het over hebben, om te snappen wat er precies, wordt gevraagd in de aanbestedingsdocumenten aan de organisaties. Dat is de reden geweest om die werkgroep in het leven te roepen. (...) geen strategische redenen.'*⁵⁶

⁵³ Zie dossierstuk 6442/2, stempelnummers 64420000020341-64420000020342.

⁵⁴ Zie dossierstuk 6442/2, stempelnummers 64420000020350-64420000020351.

⁵⁵ Zie dossierstuk 6442/38, stempelnummers 64420000380255-64420000380256.

⁵⁶ Zie de ondertekende verklaringen van de heer [vertrouwelijk] d.d. 1 oktober 2008, dossierstuk 6442/123.

118. Tijdens zijn verhoor van 1 oktober 2008 heeft de heer [vertrouwelijk] (TZWF) daaraan toegevoegd dat:

*'De werkgroep Aanbesteden is opgeheven toen de eerste aanbesteding klaar was en is ingediend in september. Na eind september zijn er volgens mij geen werkgroep bijeenkomsten geweest.'*⁵⁷

119. De heer [vertrouwelijk] (TZWF) bericht op 26 juli 2006 aan de heer [vertrouwelijk] (TZWF) en mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF):

*'Gisteren is in het MT afgesproken dat we samen met TFW (hangt er nog een beetje van af of de bestuurders er uit komen, [vertrouwelijk] (TFW; toevoeging NMa) en [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk], TZWF; toevoeging NMa) hopen op 31 juli knopen door te hakken...) de aanbestedingen te doen.'*⁵⁸

120. Over de uitkomst van de besprekingen tussen de betrokken ondernemingen deelt de heer [vertrouwelijk] (TZWF) op 28 juli 2006 in een interne mail mee dat er een bidteam is samengesteld dat de offerte voor de aanbestedingen in de regio Zuidwest Friesland gaat schrijven.

*'De WMO-aanbesteding voor de huishoudelijke zorg in de 8 samenwerkende gemeenten van Zuidwest-Friesland is los (...) Samen met De Friese Wouden is nu een bidteam geformeerd dat de offerte zal schrijven op de aanbesteding. 25 september moet alles bij de gemeente liggen. Met De Friese Wouden wordt gezocht naar de juiste vorm om een gezamenlijk huishoudelijk bedrijf op te zetten. Het tijdpad is onderdeel van de discussie daaromtrent. Inhoudelijk zijn er nog wel wat verschillen, doelstelling komt goed met elkaar overeen.'*⁵⁹

121. Op 10 augustus 2006 is er een eerste gezamenlijke bijeenkomst van werknemers van de betrokken ondernemingen over de integrale samenwerking tussen beide organisaties op het gebied van HH. Tijdens dit overleg wordt gesproken over de verschillende commissies en werkgroepen waarin de betrokken ondernemingen elkaar zullen treffen.

'Regiegroep wordt uitgebreid met [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa] en [vertrouwelijk]. (...)

Besloten wordt om een projectgroep "Aanbestedingen" in te stellen met als kandidaten: [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en (later op afroep) [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]

⁵⁷ Zie de ondertekende verklaringen van de heer [vertrouwelijk] d.d. 1 oktober 2008, dossierstuk 6442/ 123.

⁵⁸ Zie dossierstuk 6442/ 39, stempelnummers 64420000390252-64420000390253.

⁵⁹ Zie dossierstuk 6442/ 8, stempelnummer 6442000008072, p. 1-2.

[[vertrouwelijk]; toevoeging NMa]. [vertrouwelijk] ondersteunt deze groep. Eerste taak: inventariseren van vragen n.a.v. offerte. Bovendien zullen verschillen tussen offertes Zuidwest en Leeuwarden in kaart worden gebracht.⁶⁰

122. Op 21 augustus 2006 komt de regiegroep WMO bijeen, waarbij de betrokken ondernemingen aanwezig zijn. Tijdens deze bijeenkomst wordt overlegd over de komende samenwerking tussen TZWF en TFW. In het verslag regiegroep WMO van 21 augustus 2006 wordt vermeld:

' (...) Door Thuiszorg ZWF is aangekaart dat het van belang is goede afspraken te maken over de aard en reikwijdte van de samenwerking tussen partijen. Ook gaat het om duidelijkheid over de feitelijke partners in dit traject van gezamenlijke aanbesteding. Een en ander moet resulteren in heldere afspraken m.b.t. de taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden van alle bij dit traject betrokken partijen. (...)'

123. In een e-mail van mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) aan mevrouw [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] (beide TZWF) geeft zij op 6 september 2006 het volgende aan:

'Ik heb [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]TFW; toevoeging NMa] geïnformeerd over ons standpunt m.b.t. de regiegroep. Hij moest hier even over nadenken maar snapt onze lijn. Hij weet dus dat we morgen niet komen. Daarnaast kijkt hij of de 2 al volgende geplande vergaderingen voor de regiegroep, besteed kunnen worden aan de aanbestedingsgroep.⁶¹

124. Uit het verslag van de bijeenkomst van de regiegroep WMO van 7 september 2006 blijkt dat de betrokken ondernemingen de taak van de werkgroep Aanbesteden hebben besproken:

'Thuiszorg Zuidwest Friesland (TZWF) heeft besloten niet verder deel te nemen aan deze regiegroep. Bij TZWF intern is ook een regiegroep WMO en op dit moment wordt geen meerwaarde gezien in participatie in deze regiegroep. (...) Zaken die afstemming en coördinatie behoeven in relatie tot de aanbestedingen kunnen naar de mening van TZWF ook in de werkgroep Aanbesteden plaatsvinden. Ten behoeve van de opzet van het HHZ-bedrijf wordt samengewerkt in de projectgroep dienaangaande. De aanwezigen betreuren deze keuze, omdat juist in de regiegroep de meer strategische afwegingen in relatie tot de samenwerking plaatsvinden. (...) TFW richt zich naast Friesland, zoals als eerder besloten, tevens op alle gemeenten in de kop van Overijssel, Drenthe en Groningen die grenzen aan Friesland.

⁶⁰ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390343-64420000390344.

⁶¹ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummer 64420000390197-64420000390198.

*Afstemming van informatie zal plaatsvinden op directieniveau.*⁶²

125. In het verslag van de bijeenkomst van de regiegroep WMO van 7 september 2006 staat voorts vermeld:

'5. voortgang werkgroep Aanbesteden

In de werkgroep Aanbesteden wordt samengewerkt door TZWF en TFW.

Taak van de werkgroep is zorgdragen voor het gehele proces van aanbesteden hetgeen inhoudt:

- *Opvragen en bestuderen van bestekken*
- *Opstellen vragen n.a.v. bestekken*

*Inhoudelijk voorbereiden aanbestedingen: strategisch en tactisch.'*⁶³

126. De heer [vertrouwelijk] (TZWF) en de heer [vertrouwelijk] (TFW) hebben op 7 september 2006 een gesprek gehad over de werkgroep Aanbesteden. In vervolg op dit gesprek zendt de heer [vertrouwelijk] (TZWF) op 8 september 2006 aan de heer [vertrouwelijk] (TFW) een e-mail:

'(..)De werkgroep aanbesteding heeft als opdracht alle aanbestedingen te beoordelen, vragen bij de gemeente in te dienen, offertes uit te brengen en de contract besprekingen te voeren wanneer de gunningen zijn gegeven. Het betreft alle aanbestedingen die straks door het nieuw te vormen bedrijf HHZ zullen worden uitgevoerd. De voorzitter van de werkgroep is wat mij betreft [vertrouwelijk] of [vertrouwelijk].

Laatstgenoemde is een zeer gestructureerde harde werker die wat mij betreft alle vertrouwen heeft. de voorzitter heeft ook daadwerkelijk de leiding in de werkgroep. Naast [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk]; toevoeging NMa) en [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk]; toevoeging NMa) maken [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] deel uit van deze werkgroep.(..)

*Thuiszorg Zuidwest Friesland neemt niet deel aan de Regiegroep. De formele communicatie voltrekt zich in de aanbestedingsprocedure tussen de contactpersonen van gemeenten en thuiszorginstellingen. Zodra er contracten met gemeenten zijn afgesloten wordt de communicatie met de gemeenten (accountmanagement) opgepakt vanuit het HHZ-bedrijf. (..)*⁶⁴

127. In reactie hierop mailt de heer [vertrouwelijk] (TFW) terug:

'Hoi [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk]; toevoeging NMa)

⁶² Zie dossierstuk 6442/2, stempelnummer 6442000020255.

⁶³ Zie dossierstuk 6442/2, stempelnummers 6442000020255-6442000020258.

⁶⁴ Zie dossierstuk 6442/283, stempelnummer 64420002830029.

Perfect verslag. Ben het eens. Heb het met [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk]; toevoeging NMa) besproken.

Groet [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk]; toevoeging NMa)'

128. In zijn e-mail van 8 september 2006 verwijst de heer [vertrouwelijk] (TZWF) naar onduidelijkheid die heerst bij de deelnemers:

'Nadat wij gisteren met elkaar gesproken hebben, nam ik nog wat zaken door met de betrokkenen bij Thuiszorg Zuidwest Friesland. Het lijkt er op dat men elkaar toch af en toe wat onhandig voor de voeten loopt.(...) Ik denk dat wij samen daar een knoop over moeten doorhakken, als 'stuurgroep'.'

129. Na de bijeenkomst van de regiegroep WMO op 21 augustus 2006 heeft TZWF voorlopig niet meer deelgenomen aan de regiegroep. TZWF gaat vervolgens deelnemen aan de werkgroep Aanbesteden.

130. Over de Taakopdracht aan de werkgroep Aanbesteden heeft de heer [vertrouwelijk] (TFW) in zijn verklaring van 1 augustus 2008 desgevraagd aangeven:

'(..) dat de werkgroep Aanbesteden was opgericht voor een goede procesmatige voorbereiding op de aanbestedingen en om een cultuuromslag te bewerkstelligen. Het was vooral een procesmatige en redelijk autonome groep.' Op de vraag onder wiens verantwoordelijkheid de werkgroep Aanbesteden viel heeft de heer [vertrouwelijk] (TFW) aangegeven "dat de werkgroep Aanbesteden onder hem viel, maar dat er wel was gedelegeerd". Of de werkgroep Aanbesteden tot taak had de offertes te schrijven antwoordt de heer [vertrouwelijk] (TFW) ontkennend. "Het was een proceswerkgroep ten behoeve van synchronisering en dergelijke."⁶⁵

131. Over de verhouding die de heer [vertrouwelijk] (TFW) had ten opzichte van de werkgroep Aanbesteden heeft hij voorts verklaard:

'Ik bepaal waar wordt aanbesteed, tegen welke prijzen en welke marges en of het bidbook weggaat of niet. En dat doe ik altijd op het laatste moment. Er moet maar een persoon de verantwoordelijkheid nemen voor de aanbesteding. (..) Natuurlijk wordt op de financiële afdeling en kostprijsberekening gemaakt. Dan ga ik kijken wat ik ervoor over heb om in die markt te komen. Dat betreft ook een psychologische analyse van de klant. Hierbij wordt een omgevingsanalyse gemaakt, waarbij ook naar de tevredenheidscijfers van zijn diënt wordt gekeken. Als patiënten aangeven van TFW zorg te willen dan is kwaliteit een dominante factor. Dat is intuïtie. Dat bekijk ik per (cluster) gemeente(n).'

⁶⁵ Zie de ondertekende verklaring van de heer [vertrouwelijk] van 1 augustus 2008, dossierstuk 6442/45.

132. In zijn verklaring heeft de heer [vertrouwelijk] (TFW) hieraan het volgende toegevoegd:

'Allereerst gewoon mijn intuïtie. Kennis van het dossier. Kennis van het dossier aanbesteden. Hoe je aanbesteedt. Niet het inhoudelijke dossier, de adviezen die je krijgt, maar vanuit mijn historie dat ik mijn vorige werkring aanbestedingen deed. Als bekabelaar. Dus intuïtie. Goed de markt kennen en een goede kostprijsberekening. de kostprijsberekening: die wordt volgens een bepaalde methodiek kostprijsberekeningen gemaakt door de financiële afdeling. Dit wordt dan vervolgens getoetst door de heer [vertrouwelijk]. De enige die hierover adviseert is de heer [vertrouwelijk]. Het is dus zijn intuïtie, marktkennis, prijs.⁶⁶

133. De heer [vertrouwelijk] (TZWF) heeft over de werkgroep Aanbesteden en de wijze waarop de tarieven waartegen wordt ingeschreven tot stand zijn gekomen, verklaard:

'De werkgroep Aanbesteden is opgeheven toen de eerste aanbesteding klaar was en is ingediend is in september. Na eind september zijn er volgens mij geen werkgroep bijeenkomsten geweest.'

(..)

NMa: Bent u autonoom in het vaststellen van deze tarieven? Zegt u: ik heb vastgesteld welk tarief het is?

[vertrouwelijk]: ik doe het natuurlijk op basis van informatie, mede op basis van informatie...

NMa: Maar die zitten lekker met elkaar om de tafel om de tarieven uit te wisselen.

[vertrouwelijk]: nu insinueert u inderdaad dat daar van alles en nog wat gebeurd is. Ik kan daar niet van zeggen of dat ook daadwerkelijk gebeurd is. Ik heb mijn eigen bedrijfsvoering en met mevrouw [vertrouwelijk] natuurlijk gesproken over wat de prijs

NMa: stel dat dat zo is, dat ze om de tafel zitten en prijzen uitwisselen.

[vertrouwelijk]; maar u gaat nu uit van de veronderstelling waar ik niets meekan.

NMa: u heeft met de manager bedrijfsvoering om de tafel gezeten. Dat is toch de heer [vertrouwelijk], toch?

[vertrouwelijk]: Ja.

NMa: Dat is de financiële man van deze organisatie?

[vertrouwelijk]: Ja

NMa: Die ook deel uitmaakt van deze werkgroep?

[vertrouwelijk]: Ja

(..)

Nee, want ik heb op basis van de informatie van [vertrouwelijk] over wat voor ons haalbaar is om te doen, wat wij denken dat er straks gaat gebeuren als we dit of dat tarief zouden gaan doen, of we het kunnen gaan redden straks, een besluit genomen.

NMa: Het besluit is genomen op basis van economische overwegingen. ?

⁶⁶ Zie de ondertekende verklaring van de heer [vertrouwelijk] van 21 januari 2009 , dossierstuk 6442/236.

[vertrouwelijk]: *Het besluit is genomen op basis van economische overwegingen. Ik denk dat wij voor 14,50 euro, voor 22,50 euro dat dadelijk gaan redden. Voorlopig nog even niet, maar op termijn hopen we dat wel.*⁶⁷

134. De heer [vertrouwelijk] (TFW) heeft over de werkzaamheden van de werkgroep Aanbesteden verklaard:

*'In de werkgroep zijn alleen de procedurele kanten besproken. We waren ervan bewust inhoudelijk niet, omdat we ook in een samenwerkingstraject zaten, er was nog geen sprake van een organisatie. de wet was strikt en dat artikel kennen we. Wel is uitgezocht dat we geen dubbele vragen aan gemeenten stelden. De vragen aan de gemeente werden schriftelijk ingediend, daarin zaten geen dubbele vragen, die afstemming hadden we wel.'*⁶⁸

Tussenconclusie voorgeschiedenis

135. In anticipatie op de wijzigingen van de regelgeving hebben de betrokken ondernemingen zich beraden op de intrede vanaf 1 januari 2007 van concurrerende thuiszorgorganisaties in de werkgebieden waarin de betrokken ondernemingen van oudsher actief waren. De betrokken ondernemingen zien in samenwerking een mogelijkheid om de komende concurrentie het hoofd te kunnen bieden en zijn voornemens een gezamenlijke onderneming voor het leveren van HH op te richten. Als gevolg van de overgang naar de WMO gaan gemeenten door middel van openbare aanbestedingen de HH inkopen. In voorbereiding op de aanbestedingen van de gemeenten had TFW al de werkgroep Aanbesteden en de Regiegroep WMO opgericht. In verband met het voornemen tot het oprichten van een gezamenlijke onderneming en de komende aanbestedingen gaan de betrokken ondernemingen samenwerken. Na discussie op welke wijze de samenwerking tussen de betrokken ondernemingen het best vorm zou kunnen worden gegeven, hebben de besturen van de betrokken ondernemingen besloten dat TZWF kon deelnemen aan de werkgroep Aanbesteden. De werkgroep Aanbesteden heeft vervolgens een gezamenlijke opdracht gekregen van de besturen van de betrokken ondernemingen. Deze taak bevatte onder andere het beoordelen en bespreken van de in het aanbestedingsbestek opgenomen voorwaarden en gunningscriteria, het formuleren van vragen aan de gemeenten en het uitbrengen van offertes. Bij het formuleren van de vragen aan de gemeenten werd voorkomen dat er 'overlap' van vragen zou zijn. De inhoudelijke voorbereiding van de aanbestedingen was zowel 'strategisch als tactisch'. Aan de werkgroep Aanbesteden namen aan de zijde van TZWF in ieder geval deel mevrouw [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] en aan de zijde van TFW in ieder geval de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk]. Daarnaast hebben de betrokken

⁶⁷ Zie de ondertekende verklaringen van de heer [vertrouwelijk] d.d. 1 oktober 2008, dossierstuk 6442/ 123.

⁶⁸ Zie de ondertekende verklaring van de heer [vertrouwelijk] d.d. 1 augustus 2008, dossierstuk 6442/ 54.

ondernemingen besloten dat de afstemming van informatie op directieniveau zou plaats vinden.

4.3 Contacten tussen de betrokken thuiszorginstellingen over de aanbestedingen in Friesland

136. Uit hieronder weergegeven gedeelten van afgelegde verklaringen van directeuren en/of medewerkers van de betrokken ondernemingen en e-mailwisselingen en verslagen blijkt dat de betrokken ondernemingen regelmatig onderling contact hebben onderhouden over het te voeren inschrijf- en prijsbeleid bij de aanbestedingen in de regio Zuidoost Friesland.
137. Uit het verslag van de bijeenkomst van de regiegroep WMO van 7 september 2006 blijkt dat de betrokken ondernemingen op 30 augustus 2006 een directieoverleg hebben gehad:

*'Resultaten directie overleg van 30 augustus
TZWF en TFW zullen zich beide richten op gehele Friesland
TZWF richt zich naast Friesland ook op de Noordoostpolder (hele provincie Flevoland?) en de kop van Overijssel.'*⁶⁹

138. De heer [vertrouwelijk] (TFW) verklaart over het directieoverleg van 30 augustus 2006:

*'Ik vermoed dat dit een directieoverleg is geweest met TZWF. Ik ben daarbij wegens omstandigheden niet aanwezig geweest, maar ik heb wel telefonisch contact gehad. Ik heb autonoom besloten zelf aan te besteden in heel Friesland en buiten Friesland.'*⁷⁰

139. Op 31 augustus 2006 komt de werkgroep Aanbesteden bijeen tijdens een speciale bijeenkomst.

'Doel van deze bijeenkomst [vertrouwelijk] heeft t.b.v. deze bijeenkomst een agenda opgesteld. Centraal staat het afhandelen van vragen aan gemeenten, met de nadruk op de vraagstelling over het bestek van Zuidwest Friesland en het inhoudelijke voorbereiden van vragen naar aanleiding van het bestek van Zuidoost Friesland.'

Concrete afspraken

- *T-ZWF heeft besloten in eerste instantie samen te werken m.b.t. aanbestedingen in Friesland. De optie om in de kop van Overijssel en de Noordoostpolder aan te besteden wordt open gehouden.*

⁶⁹ Zie dossierstuk 6442/2, stempelnummer 64420000020255.

⁷⁰ Zie de ondertekende verklaring van de heer [vertrouwelijk] d.d. 1 augustus 2008, dossierstuk 6442/45.

- *TFW zal, zoals eerder aangegeven, in beginsel ook aanbesteden in de schil om Friesland heen, zoals Drenthe en Groningen.*

Vragen bestek Zuidoost Friesland -> Drachten

“bespreking van het bestek”.⁷¹

140. Uit de zienswijze van TFW blijkt dat TFW op 13 september 2006 op informele wijze een intern overleg heeft gehouden waarbij de inschrijfprijzen van TFW zijn besproken. TFW gaat uit van EUR 14,50 voor HH1 en EUR 22,50 voor HH2.
141. De betrokken ondernemingen bespreken inhoudelijk het te voeren inschrijf- en prijsbeleid. Dit blijkt uit de agenda van de werkgroep Aanbesteden voor de vergadering op 14 september 2006:

‘1. opdracht bestuurders aan werkgroep Aanbesteden

- *afspraken werkwijze werkgroep*
- *omvang aanbestedingen. TZWF: alleen Friesland; TFW ook buiten Friesland, TFW inmiddels besloten niet te offren in Noord Groningen, Stad Groningen Bellingwedde en Assen. Overige gemeenten buiten Friesland?(bijgevoegd: monitor aanbestedingsprocedure – [vertrouwelijk])*

3. bestekken met concurrentie op prijs: welke tarieven gaan we offrenen (Zuidoost Friesland en Noordwest Friesland). Bijgevoegd: highlights bestekken Friesland- [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk]; toevoeging NMa).

5. Stand van zaken diverse inschrijvingsprocedures

- *uitwisseling inhoud offerte – wie verantwoordelijk voor per organisatie.⁷²*

142. De betrokken ondernemingen hebben op 14 september 2006 niet alleen hun opdracht van de besturen besproken, maar ook het te voeren prijsbeleid. Dit blijkt naast de agenda tevens uit het verslag:

‘ (...)

De bestuurders van TZWF en TFW hebben een opdracht geformuleerd voor de werkgroep Aanbesteden en daarbij tevens een beslissing genomen over de samenstelling van de werkgroep.

⁷¹ Zie dossierstuk 6442/38, stempelnummer 64420000380357.

⁷² Zie dossierstuk 6442/38, stempelnummer 644200003800364-644200003800365.

Opdracht

De werkgroep is verantwoordelijk voor en heeft een regiefunctie met betrekking tot alle aanbestedingen die TZWF en TFW afzonderlijk of gezamenlijk afhandelen.

Dit impliceert het gehele aanbestedingstraject:

- *Opvragen en bestuderen bestekken*
- *Stellen van vragen en verwerken van antwoorden*
- *Het opstellen van de betreffende bid-books*
- *Contractbespreking bij gunning (dit aspect moet nog nader worden uitgewerkt)*

(...)

Samenstelling

De groep bestaat uit vaste contactpersonen van TZWF en TFW aangevuld met [vertrouwelijk], die tevens voorzitter is van de werkgroep. Zij zal ook zorgdragen voor rapportage over de voortgang en eventuele knelpunten aan de bestuurders

Overige activiteiten in relatie tot de WMO

De werkgroep beperkt zich nadrukkelijk tot het aanbestedingstraject. Eventuele andere activiteiten gericht op afstemming en coördinatie m.b.t. de WMO worden door TZWF en TFW in eigen beheer en onder eigen verantwoordelijkheid uitgevoerd.

3. Tarieven Zuidwest Friesland en Zuidoost Friesland

(...)

Vanuit TFW wordt voorgesteld om ook ingeval van vaste prijzen 'prijspolitiek' te bedrijven.

Gedacht wordt aan een bonusregeling die wordt aangeboden bij garantie van een bepaald volume. Wellicht dat het aanbieden van een bonus bij de overschrijding van een minimumvolume bij de positionering op de rankinglijst een rol kan spelen.

Een belangrijk argument om met variabele prijzen te werken is het gegeven dat in Friesland zowel het Zeeuwse model als het 'vrije tarieven' model wordt gehanteerd.

Als wethouders horen dat TFW in de ene gemeente tegen lagere tarieven hetzelfde biedt, kan dit tot negatieve beeldvorming leiden.

Door het aanbieden van een bonusregeling wordt dit dilemma opgelost.

TZWF aarzelt over de effectiviteit van deze werkwijze. De vraag is immers in hoeverre gemeenten garanties kunnen geven, vanwege het uitgangspunt van keuzevrijheid van de klant. Daar staat tegenover dat de klant uiteraard vrij is om te kiezen, maar in de praktijk zal slechts een klein deel daadwerkelijk 'shoppen'. Een goede positie op de ranglijst van gemeenten en een goede pers bij WMO-loketten (tussenpersonen) is dan dus van groot belang.

*Dit punt vraagt om nadere uitwerking door partijen samen.
Verder is informatie uitgewisseld over de tariefstelling voor Drenthe.*

5. stand van zaken aanbestedingen

Bij TFW coördineert [vertrouwelijk] de totstandkoming van de bid-books

Bij TZWF ligt de coördinatie in handen van [vertrouwelijk].

Beide organisaties schrijven zelfstandig in. De input wordt gedeeld.⁷³

143. De volgende dag (15 september 2006) zendt de heer [vertrouwelijk] (TZWF) aan mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) een e-mail waarin wordt ingegaan op de discussie over de tarieven waartegen zal worden ingeschreven. Deze e-mail wordt in afschrift gezonden aan mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) en aan de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] (beide TFW). Uit de e-mail blijkt ook van een afspraak van de heer [vertrouwelijk] (TZWF) met de heer [vertrouwelijk] (TFW) en mevrouw [vertrouwelijk] (TFW). In de e-mail wordt opgemerkt:

'Ik heb met [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa] en [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa] voor maandagmiddag 17.00 uur in Drachten een afspraak gemaakt. Het is dan de bedoeling om de financiële onderbouwing van de business case verder rond te maken.

Een aantal zaken moeten nog wat nader tegen het licht worden gehouden:

(...)

De tarieven waartegen we gaan inschrijven. Het idee is om onder eigen label door TZWF en TFW te gaan inschrijven. Daarbij is het wel de bedoeling om voor alle gemeenten zoveel mogelijk tegen dezelfde prijs te gaan aanbesteden. [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk], TFW; toevoeging NMa] stelt daarbij voor om vanuit de gemeenten die met een vaste prijs werken een korting op die prijs geven bij afname van een zeker volume. Voor het label TZWF heb ik voorgesteld om met tegen de vaste prijs die hier in Zuidwest is bepaald in te gaan schrijven in alle gemeenten. Uiteindelijk moeten we omdat we gaan samenwerken toch met de billen bloot en met de gemeenten afspraken maken over hoe we vanuit het samenwerkingsverband invulling gaan geven aan de contracten. (...)⁷⁴

144. Uit de reactie van mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) op het e-mailbericht blijkt dat de betrokken ondernemingen in vervolg op de vergadering van 14 september 2006 het prijsbeleid nog aan het bespreken zijn:

⁷³ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390065-64420000390068.

⁷⁴ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390089-64420000390091.

'Daarnaast blijft wat in mijn hoofd zingen wat jij zei over mededingingswet. Dat is toch een reëel risico. Het lijkt mij wijs als je dit punt meeneemt in de afspraak van maandag (is het gelukt om maandag af te spreken?) met [vertrouwelijk] [TFW; toevoeging NMa], [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk] TZWF; toevoeging NMa] en [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk] TFW; toevoeging NMa]. Waarschijnlijk betekent dat dat we toch verschillende prijzen moeten gaan offreren.'

145. Uit het verslag van de vergadering van de Raad van Commissarissen van TZWF van 18 september 2006 blijkt dat TZWF haar inschrijfprijzen voor de provincie Friesland heeft vastgesteld.

'(...)

5. stand van zaken aanbestedingen WMO

"De heer [vertrouwelijk] geeft als toelichting dat momenteel verkennende gesprekken plaatsvinden met Thuiszorg De Friese Wouden. Het besluit één HHZ-bedrijf op te zetten is nog niet definitief genomen. Een gezamenlijke werkgroep werkt aan de businesscase. Er zijn twee projectleiders; Mw. [vertrouwelijk] vanuit TZWF en Mw. [vertrouwelijk] vanuit TFW. Op 21 september a.s. wordt de businesscase besproken in MT. Aan de hand hiervan wordt besloten of TZWF inschrijft op de aanbestedingen in het kader van de WMO. Tevens is er een werkgroep aanbesteding. Besloten is om in geheel Friesland aan te besteden. De tarieven die gehanteerd worden zijn voor HH1 [vertrouwelijk] (nu €15,30) en voor HH2 [vertrouwelijk] (nu €24,60). Voor wat betreft het volume per gemeente is het uitgangspunt de productie van 2005. De verwachting is dat de huidige verdeling van 1/3 HH1 en 2/3 HH2 zal verschuiven naar meer HH1. Dit heeft directe gevolgen voor de inrichting van de organisatie. Begin November zal voor de meeste trajecten duidelijk zijn of TZWF bij de gecontracteerden behoort.

(...)'

146. In de notulen van een intern directieberaad van TFW op 18 september 2006 wordt het volgende met betrekking tot de inschrijvingen op de aanbestedingen vermeld.

*'De 1^e aanbesteding is gereed. Het is een grote klus. Zuidwest en TFW gaan nu ieder voor zich, maar stemmen op bepaalde aspecten wel af. De prijspolitiek in Drenthe is een harde strijd, daar wordt fors op ingezet. In Friesland zelf wordt eveneens scherp gewerkt.'*⁷⁵

147. Uit een e-mail van de heer [vertrouwelijk] (TFW) aan de heer [vertrouwelijk] (TFW) en mevrouw [vertrouwelijk] (TFW) van 19 september 2006 blijkt dat de heer [vertrouwelijk]

⁷⁵ Zie dossierstuk 6442/38, stempelnummers 64420000380107-64420000380108.

(TFW) de inschrijfprijzen per bestek heeft besproken met de heer [vertrouwelijk] (TFW).

'Dag [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk]TFW; toevoeging NMa) en [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk], TFW; toevoeging NMa),

Bijgaand doe ik jullie toekomen het prijzenoverzicht per bestek zoals ik dat hedenochtend met [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk], TFW; toevoeging NMa) heb besproken.

[vertrouwelijk] is akkoord met deze prijzen en het feit dat West Groningen, Noord Drenthe en Leeuwarden nu zijn gedefinieerd als vechtmakten.

(..)

[vertrouwelijk] ([vertrouwelijk], TFW; toevoeging NMa)'

In het bij bovengenoemde e-mail gevoegde prijzenoverzicht worden de tarieven weergegeven waartegen TFW in de regio's Friesland, Drenthe en Groningen gaat inschrijven.⁷⁶

148. Het prijsbeleid komt op 28 september 2006 wederom ter sprake tijdens een vergadering van de werkgroep Aanbesteden. Uit het verslag van de vergadering blijkt dat de betrokken ondernemingen op dat moment inmiddels een besluit over het prijsbeleid hebben genomen:

'1. verslag van de bijeenkomst van 14 september 2006

naar aanleiding van het verslag wordt het volgende opgemerkt:

(..)

- TZWF zal overal een vaste prijs offreren. In de aanbestedingsbrieven zal dit uitgangspunt worden benoemd en toegelicht.*
- TFW zal het principe van variabele prijzen (prijspolitiek) alleen in Leeuwarden toepassen.*
- (...).'⁷⁷*

149. In haar verklaring gaat mevrouw [vertrouwelijk] verder in op hetgeen door de betrokken ondernemingen aan informatie is uitgewisseld. Zij stelt:

'Ik wist vanuit de werkgroep Aanbesteden dat De Friese Wouden in principe ook één prijs zou doen. (...) Wat ik wist, is dat beide organisaties de koers hadden voor elke organisatie hetzelfde tarief in heel Friesland. (...) In de werkgroep Aanbesteden is door Thuiszorg Zuidwest Friesland aangegeven dat in het hele gebied één prijs geoffreerd zou worden. In de werkgroep is door De Friese Wouden aangegeven dat zij van plan zijn ook één prijs te offreren in heel Friesland, hoewel ze daar ook wat aanvullende opmerkingen bij gemaakt hebben, over

⁷⁶ Zie zienswijze TFW, dossierstuk 6442/493, productie 4 en 5.

⁷⁷ Zie dossierstuk 6442/2, stempelnummer 6442000020300.

staffels. Er is niet uitgewisseld wat de hoogte is van het tarief. (...)

Het is ook helder dat in de werkgroep Aanbesteden is gezegd: ieder heeft zijn eigen prijs in heel Friesland, er is niet aangegeven, tarieven, concrete bedragen, maar het is mijn logica. Zij zouden één tarief doen in Friesland, Zuidwest ook één tarief in Friesland, er is niet uitgewisseld over die tarieven, maar de kans zit er natuurlijk wel in dat die tarieven gelijk zijn (...) onze eerste offerte was Zuidwest Friesland, dat was het Zeeuws Model, dat was een tarief. [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk]; toevoeging NMa) heeft bepaald, dat tarief doen wij in heel Friesland. Ik weet niet wat het tarief is van De Friese Wouden, wat zij hebben gehanteerd, het zou wel kunnen zijn dat dat hetzelfde tarief was, als wat Zuidwest in heel Friesland heeft gedaan. (...) die kans acht ik vrij groot. (...)

Je hoeft niet zo slim te zijn denk ik, om in te vullen wat het tarief zou zijn wat Thuiszorg Zuidwest Friesland overal zou hanteren. (...) Zuidwest Friesland was de eerste offerte die de deur is uitgegaan. (...) Dus op het moment dat Thuiszorg Zuidwest Friesland zegt: we gaan overal in Friesland hetzelfde bedrag hanteren, dan is het vrij voor de hand liggend dat dat het bedrag is wat in de offertes conform het Zeeuws Model van de gemeentes Zuidwest gegeven is.⁷⁸

150. Door mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) wordt aan de bestuurders van beide ondernemingen eind september 2006 medegedeeld dat in de werkgroep vergadering van 14 september 2006 een strategie is bepaald met betrekking tot het gecombineerd inschrijven. Die strategie heeft onder meer betrekking op de tarieven in de regio Zuidoost Friesland.⁷⁹ Die strategie luidt:

'men heeft er voor gekozen om onafhankelijk van elkaar in te schrijven, gelet op het belang van het binnenhalen van 2 contracten.'⁸⁰

151. TZWF dient haar offerte voor de aanbestedingen in de regio Zuidoost Friesland in op 29 september 2006. In haar offerte stelt TZWF dat zij bij de Benchmark 2004 en 2005 was uitgeroepen tot een van de beste thuiszorgorganisaties in Nederland (best practices). HH2 scoorde een 8,9 en HH1 scoorde een 8,5 bij de patiënten.

152. TFW dient op 2 oktober 2006 haar offerte in voor de aanbestedingen in de regio Zuidoost Friesland. In de aanbestedingsbrief stelt TFW:

'Kwaliteit van zorg heeft onze organisatie hoog in het vaandel staan. In januari van dit jaar

⁷⁸ Zie ondertekende verklaring van mevrouw [vertrouwelijk] d.d. 2 februari 2009, dossierstuk 6442/ 271.

⁷⁹ Dit blijkt niet uit de notitie van [vertrouwelijk] (TZWF) zelf, maar uit de agenda van de werkgroep Aanbesteden van 14 september 2006.

⁸⁰ Zie dossierstuk 6442/2, stempelnummers 64420000020307.

*behaalden wij als een van de eerste zorgaanbieders in het noorden van het land, het ISO 9001/HKZ-certificaat, waarmee de kwaliteit van de processen grondig is geborgd. Belangrijker nog is dat onze klanten aangeven zeer tevreden te zijn over de zorg en dienstverlening. In de laatste landelijke benchmark scoorden wij een rapportcijfer in de hoogste klasse en daar zijn wij trots op. Diezelfde hoge score werd behaald op de doelmatigheid van de organisatie. De organisatie is financieel kerngezond en de medewerkerstevredenheid scoort bovengemiddeld.*⁸¹

153. Op 13 oktober 2006 vindt opnieuw een bijeenkomst plaats van de Werkgroep Aanbesteden. Uit het verslag van de bijeenkomst van de werkgroep Aanbesteden van 13 oktober 2006 blijkt dat is gesproken over de rol van de werkgroep Aanbesteden en het aanpassen van de samenstelling van deze werkgroep. Het verslag vermeldt:

*'Het doel van dit overleg is momenteel bereikt. De inschrijvingen n.a.v. de aanbestedingen zijn de deur uit. Zodra er nieuwe aanbestedingen komen wordt de cyclus: bestuderen bestek – vragen stellen – opstellen bidboek weer opgepakt. (...) Nu komen de contractbesprekingen eraan en moet de samenstelling van deze werkgroep eigenlijk worden aangepast. Aangezien de mensen waar het om zou gaan allen deel uitmaken van de regiegroep WMO van TFW wordt besloten dat [vertrouwelijk]en [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]en [vertrouwelijk]; toevoeging NMa] zich bij de regiegroep zullen aansluiten.'*⁸²

154. Op 17 oktober 2006 wordt de uitkomst van de gunning in de regio Noordwest Friesland bekend gemaakt. Naar aanleiding hiervan neemt mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) per e-mail contact op met de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] (beide TFW) over de uitkomst van deze gunning.

'Hoi [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk] TFW; toevoeging NMa] en [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk] TFW; toevoeging NMa], drama's weer in Noordwest! Niet best in mijn ogen. Waar wij benieuwd naar zijn: wij zijn nr 10 in het overzicht van de gemeente. Op welke plaats staan jullie en is het niet zo dat we dezelfde prijs hadden geboden en daarmee op hetzelfde aantal punten qua prijs hadden moeten komen?

(..)

[vertrouwelijk]' (TZWF; toevoeging NMa)⁸³

155. In haar verklaring antwoordt mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) op de vraag: wie zijn "we" ? als volgt:

'Volgens mij refereert dat aan wat in de werkgroepen is aangegeven, van De Friese Wouden

⁸¹ Zie informatie van de gemeente Ooststellingwerf, dossierstuk 6442/86.

⁸² Zie dossierstuk 6442/2, stempelnummers 64420000020242-64420000020244.

⁸³ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390081-64420000390083.

doet één tarief in heel Friesland en Zuidwest doet één tarief in heel Friesland.”

(..)

Nou, blijkbaar De Friese Wouden, die één prijs hanteert in heel Friesland, en Zuidwest die een prijs hanteert in Friesland.

(..)

De partijen die hier bij betrokken zijn, want daar gaat het om, is Zuidwest en De Friese Wouden, dat is helder.⁸⁴

156. De heer [vertrouwelijk] (TZWF) reageert op de vraag van mevrouw [vertrouwelijk] en zendt een afschrift aan de heer [vertrouwelijk] (TFW).

‘Hallo [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk] TZWF; toevoeging NMa],

Ja, dat is flink balen, voor ons beide, maar zeker ook, vind ik zonder enig leedvermaak, voor onze collega's van Het Friese Land. Zij staan compleet buiten spel in hun eigen werkgebied. De aanbesteding Zuidoost-Friesland kan hetzelfde voor ons betekenen.

Wij staan op plaats 7. Vierhonderdste punt onder nummer 6 (de enige reguliere thuiszorgorganisatie daar). We hebben inderdaad, conform afspraak, dezelfde prijs geoffreerd. Dus vreemd dat die percentages verschillen. Hier kunnen/mogen we volgens mij echter geen vragen over stellen.

Wel heb ik nog gevraagd naar een onderbouwing op de score voor het onderwerp visie. In dit onderdeel spelen subjectieve zaken een rol.

Van harte hoop ik dat het in Leeuwarden beter gaat.

(..)

[vertrouwelijk] [[vertrouwelijk], TFW; toevoeging NMa]⁸⁵

157. De heer [vertrouwelijk] (TFW) reageert eveneens op de vraag van mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) en zendt hiervan een afschrift aan de heer [vertrouwelijk] (TFW).

‘Dag [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk] TZWF; toevoeging NMa],

Thuiszorg De Friese Wouden is geëindigd op plaats 7 in de ranking. We hebben inderdaad dezelfde prijzen geboden met het enige onderscheid dat [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk] TZWF; toevoeging NMa] een bedrag heeft vermeld aan door de gemeenten te vergoeden implementatiekosten. Dit verklaart waarschijnlijk het verschil.

⁸⁴ Zie ondertekende verklaring van mevrouw [vertrouwelijk] d.d. 2 februari 2009, dossierstuk 6442/271 p. 25-26/34.

⁸⁵ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390083-64420000390085.

Overigens: Het is natuurlijk zaak sportief ons verlies op te vatten. Bedrijfseconomisch gezien kan ik echter heel goed leven met het feit dat deze opdracht niet is gegund. Het is voor beide organisaties een nieuwe regio, waarvan we de urenverdeling naar stad en platteland niet kennen en dus geen enkel zicht hebben op de hoogte van het risico van onrendabele lijnen. In die zin wens ik de gegunde zorgaanbieders veel succes toe.

(..)

[vertrouwelijk] [[vertrouwelijk] TFW; toevoeging NMa]⁸⁶

158. Vervolgens stuurt mevrouw [vertrouwelijk] (TFW) haar reactie aan de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] (beide TFW) en de heer [vertrouwelijk] en mevrouw [vertrouwelijk] (beide TZWF).

'In vervolg op de mailwisseling over Noordwest. Er is toch wat merkwaardigs aan de hand. FW staat op 7, ZW op 10. We hebben dezelfde kostprijs geoffreerd, alleen heeft ZW de mogelijkheid van bijkomende kosten meegenomen. In het bestek staat: economisch meest voordelige aanbidding, verder niets. In bijlage 7 wordt de mogelijkheid gegeven om bijkomende kosten mee te nemen maar dat het aan de dienst is te overwegen om deze kosten mee te nemen of af te wijzen. Wij zijn er dus vanuit gegaan dat dit geen invloed heeft op de ranking bedrijfseconomisch voordeligste aanbidding. Bij de bijkomende kosten zelf hebben we aangegeven dat deze afhankelijk zijn van of/ hoe de gemeente haar systemen wil inrichten: als dat wijzigingen met zich mee brengt, dan zouden we in gesprek willen over bijkomende kosten.

Als we dezelfde wegging krijgen als FW op prijs, dan zouden wij op 6 komen gezien de totaalscore.

Dus...wel/ niet hier vragen over stellen? Graag advies

(..)

[vertrouwelijk]⁸⁷

159. Mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) geeft in haar verklaring van 2 maart 2009 aan:

'Ik vraag het omdat ik niet weet wat ze uiteindelijk in de offerte hebben gezet, maar ik wel weet dat zij in principe ook de positie hadden van binnen Friesland dezelfde prijs.⁸⁸

(..)

⁸⁶ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000380081-64420000380084.

⁸⁷ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390086-64420000390088.

⁸⁸ Zie ondertekende verklaring van mevrouw [vertrouwelijk] d.d. 2 februari 2009 6442/271 p. 19/34.

Wat ik wist. Is dat beide organisaties de koers hadden voor elk organisatie hetzelfde tarief in heel Friesland. En dat betekent dat De Friese Wouden een tarief heeft voor heel Friesland en dat Zuidwest een tarief heeft voor heel Friesland. En of dat qua hoogte dezelfde zijn, dat is dan twee.⁸⁹

160. Ten slotte reageert de heer [vertrouwelijk] (TFW) Op 17 oktober 2006 over de betreffende uitkomst:

'Hoi [vertrouwelijk],

Als de interpretatie klopt dan is het wel de moeite waard om nog een vraag te stellen over de prijzen, want op positie 6 hoor je bij de gegunden. Wel is naar onze mening grote voorzichtigheid geboden om te melden dat het bij ZW kennelijk bekend is wat de prijzen van TFW zijn.

Advies: Wellicht kan een open vraag naar alle prijzen de gewenste duidelijkheid geven.

Succes,

*mede namens [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa],
[vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa]⁹⁰*

161. Mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) rapporteert hierna aan het bestuur van TZWF:

'Zoals bekend hebben we er tot nu toe voor gekozen om de samenwerking niet op te nemen in de offertes. Ook in de contractbesprekingen wordt de samenwerking niet benoemd. Weliswaar is afgesproken dat indien hier vragen over gesteld worden, aangegeven wordt dat er verkennende gesprekken plaatsvinden.'⁹¹

162. In een memo van 18 oktober 2006 met als onderwerp 'opheffen werkgroep Aanbesteden' schrijft mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) aan de bestuurders van de betrokken ondernemingen het volgende:

'De inschrijvingen op de aanbestedingen HH zijn grotendeels afgerond. Er zullen nog een beperkt aantal inschrijvingen volgen, echter er is inmiddels een efficiënte werkwijze tot stand gekomen waarbij tevens de onderlinge afstemming soepel verloopt.

⁸⁹ Zie ondertekende verklaring van mevrouw [vertrouwelijk] d.d. 2 februari 2009 6442/271 p. 21/34.

⁹⁰ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390086-64420000390088.

⁹¹ Zie dossierstuk 6442/12, stempelnummer 64420000020214 p. 1.

De volgende stap is het voeren van contractbesprekingen. Voor TFW is afgesproken dat [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa], [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa] en [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa] dit op zich nemen. Voor TZWF zullen [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa] en [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa] dit oppakken. Dit betekent dat de samenstelling van de groep direct betrokkenen zich wijzigt. Om die reden is in de werkgroep Aanbesteden besproken op welke wijze de onderlinge samenwerking en afstemming het beste plaats kan vinden.

Dit heeft geresulteerd in het opheffen van de werkgroep Aanbesteden. De bestaande regiegroep van TFW wordt uitgebreid met [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa] en [vertrouwelijk] [[vertrouwelijk]; toevoeging NMa]. De regiegroep heeft daarmee vanaf heden de verantwoordelijkheid voor het voeren van de contractbesprekingen met de gemeenten. (...)⁹²

163. TZWF is na het opheffen van de Werkgroep Aanbesteden drie maal aanwezig bij de regiegroep WMO van TFW en wel op 24 oktober 2006⁹³, 9 november 2006⁹⁴ en 24 november 2006⁹⁵.
164. In het verslag van de laatste bijeenkomst van de regiegroep WMO van 24 november 2006 staat vermeld dat TZWF zich heeft aangesloten bij de regiegroep WMO en dat zij het doel van de regiegroep WMO, zoals dat is weergegeven in het startdocument van TFW, heeft onderschreven.⁹⁶
165. Uit de uitkomst van de waardering van de offertes blijkt dat TZWF en TFW voor de regio Zuidoost Friesland voor dezelfde prijzen hebben ingeschreven, hetgeen ook heeft geresulteerd in dezelfde waardering van de inschrijfprijzen.
166. De samenwerking tussen de betrokken ondernemingen heeft niet geresulteerd in een gezamenlijke onderneming. In februari 2007 heeft TZWF de samenwerking met TFW beëindigd. [vertrouwelijk] heeft over de beëindiging verklaard:

'Op het moment dat ik heb gezegd dat er niet een HVZ-bedrijf zou komen, zijn alle interviewe

⁹² Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390225-64420000390226.

⁹³ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390227-64420000390232.

⁹⁴ Zie dossierstuk 6442/38, stempelnummers 64420000380330-64420000380334.

⁹⁵ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390077-64420000390080.

⁹⁶ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390077-64420000390080.

*kanalen dicht gegaan. Ik ga niet mijn relatieve voorsprong verkopen.*⁹⁷

Tussenconclusie contacten tussen de betrokken thuiszorginstellingen over de aanbestedingen in Friesland

167. De Raad concludeert allereerst mede aan de hand van de agenda's en de verslagen van de werkgroep Aanbesteden, het verslag van het directieoverleg en de e-mailwisselingen dat de betrokken ondernemingen in de periode juli - oktober 2006 onderling intensief contact hebben gehad over de aanbestedingen in Friesland, waarbij de betrokken ondernemingen elkaar inzage hebben verschaft inzake het te voeren inschrijf- en prijsbeleid bij de aanbestedingen in de regio Zuidoost Friesland.
168. Met betrekking tot het inschrijfbeleid van de betrokken ondernemingen bij de aanbestedingen in Friesland stelt de Raad zijn conclusie vast op grond van het volgende. Tijdens het directieoverleg van 30 augustus 2006 en de bijeenkomsten van de werkgroep Aanbesteden op 31 augustus en 14 september 2006 hebben de betrokken ondernemingen informatie uitgewisseld over hun inschrijfbeleid in de provincie Friesland. De betrokken ondernemingen hebben aan elkaar medegedeeld dat zij bij iedere aanbesteding in Friesland zouden gaan inschrijven. Uit het verslag van mevrouw [vertrouwelijk] aan de bestuurders van de betrokken ondernemingen en de e-mail van 15 september 2006 van de heer [vertrouwelijk] (TZWF) blijkt tevens dat de betrokken ondernemingen hebben besloten dat zij ieder afzonderlijk gaan inschrijven, maar dat de input van de offertes zal worden gedeeld.
169. Met betrekking tot het prijsbeleid bij de aanbestedingen in de regio Zuidoost Friesland stelt de Raad zijn conclusie vast op grond van het volgende.
170. Uit de agenda voor de bijeenkomst op 14 september 2006 van de werkgroep Aanbesteden blijkt dat het prijsbeleid zou worden besproken. Uit het verslag blijkt dat de betrokken ondernemingen daadwerkelijk de 'prijspolitiek' van TFW hebben besproken en dat dit verdere bespreking door de betrokken ondernemingen samen behoefde. Uit de e-mail van 15 september 2006 blijkt vervolgens niet alleen dat het tariefbeleid onderwerp was van gesprek tussen de betrokken ondernemingen, maar dat de betrokken ondernemingen het voornemen om daar waar mogelijk met dezelfde prijs te gaan inschrijven ook jegens elkaar hebben uitgesproken.
171. Met de e-mail van 15 september 2006 en tijdens de bijeenkomst van de werkgroep Aanbesteden op 28 september 2006 heeft TZWF haar prijsbeleid, één vaste prijs voor alle aanbestedingen, aan TFW kenbaar gemaakt. TZWF heeft daarbij tevens de hoogte van haar vaste tarief kenbaar gemaakt door in de e-mail van 15 september 2006 in dit verband te

⁹⁷ Zie de ondertekende verklaring van de heer [vertrouwelijk] d.d. 1 augustus 2008 dossierstuk 6442/45.

verwijzen naar de tarieven die TZWF in de regio Zuidwest Friesland heeft gehanteerd. De hoogte van deze tarieven in Zuidwest Friesland was tijdens de openbare aanbesteding vastgesteld door de gemeenten aldaar op EUR 14,50 voor HH1 en EUR 22,50 voor HH2 en was derhalve bekend bij TFW. TFW kon derhalve aan de hand van de 'conform afspraak' uitgewisselde inschrijfprijzen op eenduidige wijze de hoogte van de inschrijfprijzen van TZWF voor de regio Zuidoost Friesland vaststellen.

172. Tijdens de bijeenkomsten op 14 en 28 september 2006 van de werkgroep Aanbesteden heeft TFW op haar beurt haar prijsbeleid, in iedere regio met uitzondering van de gemeente Leeuwarden inschrijven voor dezelfde prijzen, kenbaar heeft gemaakt aan TZWF. TZWF kon daarbij aan de hand van de 'conform afspraak' uitgewisselde inschrijfprijzen op eenduidige wijze de hoogte van de inschrijfprijzen van TFW voor de regio Zuidoost Friesland vaststellen. Daarbij concludeert de Raad dat ook uit de e-mail van 15 september 2006 (*'Waarschijnlijk betekent dat dat we toch verschillende prijzen moeten gaan offreren'*) blijkt dat TZWF op de hoogte was van de tarieven van TFW.
173. De Raad concludeert derhalve dat de betrokken ondernemingen voorafgaande aan het indienen van de offertes voor de aanbestedingen in de regio Zuidoost Friesland op eenduidige wijze elkaars inschrijf- en prijsbeleid hebben kunnen vaststellen. De verklaringen van mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF), voorzitter van de werkgroep Aanbesteden, bevestigen deze conclusie.
174. Na het indienen van de offertes voor de regio Zuidoost Friesland wordt de samenwerking in de werkgroep Aanbesteden beëindigd. De betrokken ondernemingen nemen vanaf dat moment ter verdere voorbereiding van de gezamenlijke onderneming deel aan de regiegroep WMO. Uiteindelijk wordt in februari 2007 besloten de gezamenlijke onderneming niet op te richten.

4.4 Zienswijzen TZWF en TFW omtrent de feiten en omstandigheden inzake de gedragingen van de betrokken ondernemingen

175. TZWF stelt in haar zienswijze dat de NMa onvoldoende rekening heeft gehouden met de achtergrond van de onderzochte gedragingen. In haar zienswijze stelt TZWF dat de combinatie van TZWF en TFW een voor de hand liggende optie was gezien hun voornemen een gezamenlijke HH onderneming op te richten. Tegen deze achtergrond hebben de betrokken ondernemingen besloten samen te werken in de aanbestedingsprocedures. De betrokken ondernemingen waren beide onervaren met deze procedures. TZWF gaat in op de vorming van de verscheidende werkgroepen. De aanbestedingen zijn in een aparte werkgroep behandeld door het verschil in momentum van beide procedures. De HH- onderneming was de hele raison d'être van de werkgroep Aanbesteden.

176. De *Raad* merkt ten aanzien van de opmerking van TZWF dat de NMa onvoldoende rekening heeft gehouden met de achtergrond van de onderzochte gedragingen, het volgende op. In randnummers 115, 116 en 135 heeft de Raad vastgesteld dat TZWF heeft deelgenomen aan de door TFW opgerichte werkgroep Aanbesteden en de regiegroep WMO. De Raad heeft vervolgens de contacten waarbij (het merendeel van) de meeste informatie tussen de betrokken ondernemingen is uitgewisseld, geplaatst in het kader van de gezamenlijke deelname aan de werkgroep Aanbesteden. Hiermee is het belang van de werkgroep Aanbesteden aangegeven. Daarbij zij opgemerkt dat TZWF na het afronden van de meeste offertes, waaronder de offerte van Zuidoost Friesland, niet meer heeft deelgenomen aan de werkgroep Aanbesteden, maar vervolgens is gaan deelnemen aan de regiegroep WMO. In die zin maakte de werkgroep Aanbesteden onderdeel uit van de concrete samenwerking tussen de betrokken ondernemingen, die meer behelsde dan de aanbestedingen in de regio Zuidoost Friesland.
177. TZWF en TFW wilden hun intentie tot samenwerking aankaarten bij de gemeenten in Zuidwest Friesland en in de vragen aan de gemeenten in Zuidoost Friesland. Gelet op de reactie/ advies van MAAZ is hiervan afgezien.
178. De *Raad* constateert dat de betrokken ondernemingen weliswaar hebben overwogen de intentie tot samenwerking aan te kaarten bij de gemeenten, maar de samenwerking nimmer aan de gemeenten kenbaar hebben gemaakt. In de aanbestedingsbrieven hebben de betrokken ondernemingen immers geen melding gedaan van hun voornemen. De betrokken ondernemingen hebben slechts aan MAAZ de volgende vraag gesteld:
- ‘Beide ondernemingen onderzoeken momenteel de mogelijkheden om voor de uitvoering van de huishoudelijke zorg gezamenlijk een bedrijf op te richten. Naar verwachting zou dit begin 2007 geëffectueerd kunnen worden. Dat betekent dat in de periode dat de offerte ingediend moet worden er nog geen sprake zal zijn van een geformaliseerde samenwerking. Gezien die situatie zijn beide organisaties zelfstandig voornemens een offerte in te dienen waarbij in de aanbestedingsbrief gerefereerd is aan de mogelijke samenwerking. Kunnen de gemeenten zich vinden in deze werkwijze?’⁹⁸*
179. Uit de reactie van de heer [vertrouwelijk] (TFW) aan mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF), de heer [vertrouwelijk] (TZWF), de heer [vertrouwelijk] (TFW) en mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) blijkt bovendien dat de hierboven genoemde vraag aan MAAZ formeel is ingetrokken:

‘De Hoofdlijn van de betrokken gemeenten is, volgens [vertrouwelijk] (MAAZ; toevoeging

⁹⁸ Zie de door TZWF ingediende zienswijze, dossierstuk 6442/ 491, bijlage 17.

NMa) dat ze een beperkt aantal aanbieders willen selecteren. Het past niet in deze lijn dat vervolgens deze aanbieders zodanig gaan samenwerken zodat de keuzemogelijkheden van de klanten kleiner worden. Zijn inhoudelijk advies: Treedt ter zake op als hoofd- en – onderaannemer. Hoe je dat vervolgens organiseert is de vrijheid van de betrokken organisaties

In reactie hierop is de vraag formeel ingetrokken.⁹⁹

180. Uit de voorwaarden van het aanbestedingsbestek blijkt overigens dat aanbieders gelijktijdig met het indienen van de offertes dienen aan te geven of sprake is van een samenwerking. Naar het oordeel van de Raad hebben de betrokken ondernemingen bij het indienen van hun offertes hiervan bewust afgezien.
181. TZWF stelt dat pas in februari 2007 is besloten om het gezamenlijke bedrijf geen doorgang te laten vinden.
182. De Raad weersprekt niet dat de betrokken ondernemingen pas in februari 2007 hebben besloten om het gezamenlijke bedrijf geen doorgang te laten. Hieruit blijkt temeer dat de totstandkoming ten tijde van de aanbestedingen verre van zeker was.
183. TZWF stelt dat er nimmer vóór het moment van inschrijving over de concrete hoogte van prijzen is gesproken. TZWF verwijst hiervoor naar de notulen van 28 september 2006 en de reactie 'toch verschillende prijzen' van [vertrouwelijk] op 15 september 2006.
184. In randnummer 172 heeft de Raad, naar aanleiding van randnummers 148-149, vastgesteld dat TZWF in haar email van 15 september 2006 en tijdens de bijeenkomst van de werkgroep Aanbesteden op 28 september 2006 aan TFW heeft medegedeeld dat zij overal tegen een vaste prijs zal gaan offreren. TZWF behoefde daarbij geen concrete tarieven te noemen, aangezien TZWF in de e-mail van 15 september heeft verwezen naar de tarieven in de regio Zuidwest Friesland en daarmee weliswaar op indirecte, maar wel eenduidige, wijze aan TFW inzage heeft gegeven in de hoogte van de door haar te offreren inschrijfprijzen. De Raad wijst er daarbij op dat het feit dat mevrouw [vertrouwelijk] aangaf dat er 'toch verschillende prijzen' geoffreerd moesten worden veeleer een bevestiging is van de kennis die zij had van de prijzen van TFW en TZWF.
185. De Raad heeft vervolgens ten aanzien van TFW vastgesteld dat TFW tijdens de bijeenkomsten op 14 en 28 september 2006 van de werkgroep Aanbesteden en met de e-mail van 15 september 2006 op haar beurt haar prijsbeleid, in iedere regio met uitzondering van de gemeente Leeuwarden inschrijven voor dezelfde prijzen, kenbaar heeft gemaakt aan TZWF. Ook ten aanzien van TFW geldt dat TFW geen concrete tarieven kenbaar behoefde te maken.

⁹⁹ Zie de door TZWF ingediende zienswijze, dossierstuk 6442/491, bijlage 18.

TFW heeft door tijdens de gezamenlijke voorbereiding op de aanbestedingen in de regio Noordwest Friesland “conform afspraak” haar concrete inschrijfprijzen voor deze regio kenbaar te maken, op weliswaar indirecte, maar wel eenduidige wijze, aan TZWF ook inzage gegeven in de hoogte van de door haar te offeren inschrijfprijzen in de regio Zuidoost Friesland.

4.5 Conclusie feiten en omstandigheden inzake de gedragingen van de betrokken ondernemingen

186. Op grond van het bovenstaande stelt de Raad vast dat geen van de met betrekking tot de feiten en omstandigheden inzake de gedragingen naar voren gebrachte punten in de zienswijzen van de betrokken ondernemingen afbreuk doet aan de tussenconclusies van de Raad zoals neergelegd in randnummers 135 en 167-174.

5 JURIDISCHE BEOORDELING

5.1 Artikel 6, eerste lid, Mw

187. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw geldt niet voor de in artikel 6, derde lid, Mw genoemde uitzondering. Voor de toepassing van dit verbod is de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna ook: de Commissie), de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, thans het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna ook: Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen, thans het Gerecht (hierna: ook GvEA) richtinggevend.¹⁰⁰
188. De Raad stelt vast, hetgeen ook niet is bestreden, dat door het verlenen van thuiszorg de betrokken thuiszorginstellingen economische activiteiten uitoefenen en derhalve ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, aanhef en onder sub f, Mw.

5.2 Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

189. Het verbod van artikel 6 Mw ziet zowel op overeenkomsten als op onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil

¹⁰⁰ Zie: MvT bij de Mededingingswet, Tweede kamer 24 707, nr. 3, p. 9; NAV, Tweede Kamer 24 707, nr. 6, p. 11.

te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.¹⁰¹ Er zijn geen vormvereisten en contractuele sancties nodig en handhavingsmaatregelen zijn evenmin verplicht. Het bestaan van een overeenkomst kan uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen.¹⁰²

190. Onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn, evenals overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen -ongeacht het gevolg ervan- verboden, wanneer zij de mededinging beogen te beperken of te vervalsen. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.¹⁰³ De onderlinge afstemming kan blijken uit een mondelinge dan wel schriftelijke uitwisseling van (bedrijfsvertrouwelijke) gegevens.
191. Iedere ondernemer moet zelfstandig bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze zelfstandigheidseis ontnemt de ondernemer niet het recht zijn beleid intelligent aan te passen aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van de concurrenten; deze eis staat daarentegen echter wel onverbiddelijk in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers, waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.¹⁰⁴
192. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging veronderstelt het bestaan van wederkerige contacten.¹⁰⁵ Van zodanige wederkerige contacten is geen sprake als een onderneming eenzijdig verklaart over haar toekomstige marktgedrag, tenzij deze verklaring

¹⁰¹ Zie o.a. GvEA EG, 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./ Commissie (PVC II), gev. zaken T-305/94 e.a., Jnr. p. II-931, rechtsoverweging 715.

¹⁰² Zie o.a. Beschikking van de Commissie, 10 juli 1986, Polypropyleen, zaak 86/398, PB. L 230/1 van 18 augustus 1986. Dit is later bevestigd door het GvEA, Polypropyleen, zaak T-7/89, rechtsoverweging 262-264.

¹⁰³ HvJEG 4 juni 2009, zaak C-8/08, T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, rechtsoverweging 26 en HvJEG, 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries t. Commissie, Jnr. 1972, blz. 619, rechtsoverweging 64.

¹⁰⁴ HvJEG, 8 juli 1999, Hüls AG, zaak C-199/92P, Jnr. 1999 p. I-4287, rechtsoverweging 160.

¹⁰⁵ GvEA EG, 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Cimenteries CBR e.a./ Commissie, Jnr. blz. II-491, punt 1849.

wordt afgelegd in het kader van samenwerking tussen ondernemingen.¹⁰⁶ Aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden vastgesteld of aannemelijk is dat aan de wederkerigheidsvoorwaarde is voldaan, zodat de risico's van concurrentie welbewust worden vervangen door feitelijke samenwerking.

193. Zoals de Raad in hoofdstuk 4 heeft vastgesteld, hebben TZWF en TFW ervoor gekozen om nauw met elkaar samen te werken in plaats van met elkaar te concurreren. In voorbereidingen op de WMO-aanbestedingen in Friesland, is door TFW de werkgroep Aanbesteden en de regiegroep WMO opgericht. Toen TFW en TZWF hun voornemen om te komen tot een gezamenlijke onderneming hadden geuit, besloten zij dat vanaf dat moment ook TZWF aan de werkgroep Aanbesteden zou gaan deelnemen. In deze werkgroep zijn vanaf dat moment beide ondernemingen vertegenwoordigd. Er was derhalve - in tegenstelling tot hetgeen TZWF stelt - sprake van wederkerig contact tussen TZWF en TFW. De door de bestuurders van TZWF en TFW gegeven taakomschrijving van de werkgroep Aanbesteden omvatte onder meer de voorbereiding ('strategisch en tactisch') op de komende aanbestedingen, het bespreken van de criteria in het aanbestedingsbestek van verschillende gemeenten en het gezamenlijk uitbrengen van offertes. Hoe dan ook is door de oprichting van de werkgroep Aanbesteden een platform gecreëerd voor het uitwisselen van informatie over het te voeren prijsbeleid. De Raad heeft geconcludeerd dat deze concurrentiegevoelige informatie in het kader van de bijeenkomsten van de werkgroep Aanbesteden inderdaad is uitgewisseld: voor de bijeenkomsten van de werkgroep Aanbesteden zijn agenda's opgesteld en nadien zijn verslagen opgemaakt waaruit onomstotelijk blijkt dat het prijsbeleid een terugkerend onderwerp was op de bijeenkomsten van de werkgroep Aanbesteden. De Raad heeft voorts vastgesteld dat ook buiten de werkgroepen om intensief contact is geweest tussen zowel bestuurders als werknemers van TZWF en TFW over de voorbereidingen van de aanbestedingen.¹⁰⁷
194. De door de betrokken ondernemingen uitgewisselde informatie bevatte belangrijke concurrentieparameters en dient als bedrijfsvertrouwelijk te worden beschouwd.
195. TZWF merkt op dat de informatie over de bijkomende kosten geen onderdeel uit maakte van een gunningscriterium en daarom niet concurrentiegevoelig was en bovendien ná de aanbesteding is uitgewisseld.
196. Het is juist dat de betrokken ondernemingen op 17 oktober 2006, en daarmee ná de aanbesteding, over de rol van bijkomende kosten in de uitslag hebben gesproken. Dat gebeurde naar het oordeel van de Raad evenwel in een context waaruit blijkt dat de betrokken ondernemingen verrast waren door het resultaat van de aanbesteding in Noordwest

¹⁰⁶ GvEA EG, 14 mei 1998, Moritz/Weig/ Commissie, T-314/94, Jnr. blz. II-1241, punt 110, AWB 06/657, LJN: BC1396.

¹⁰⁷ Zo was er tussen de betrokken ondernemingen veel e-mailcontact over de inschrijvingen op de aanbestedingen in Friesland.

Friesland, juist omdat zij voorafgaande aan de aanbesteding prijsinformatie hadden uitgewisseld die ertoe leidde dat beide ondernemingen tegen dezelfde prijzen inschreven: zo wordt gesproken over het 'conform afspraak' inschrijven tegen dezelfde inschrijfprijzen.

197. Om vast te kunnen stellen of de onderhavige gedragingen kunnen worden gekwalificeerd als een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw is vereist dat naast de afstemming (in de werkgroep Aanbesteden en anderszins) sprake is van parallel of gecoördineerd marktgedrag en dat er een causaal verband bestaat tussen de afstemming en het marktgedrag van de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen. Krachtens vaste jurisprudentie kan vermoed worden dat dit causaal verband aanwezig is behoudens door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbewijs en dat ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie.¹⁰⁸
198. De Raad stelt vast, naast de constatering dat TZWF en TFW elkaar inzage hebben verschaft in hun prijsbeleid, dat uit de uitkomsten van de aanbestedingen in Zuidoost Friesland blijkt dat TZWF en TFW tegen dezelfde tarieven en voor hetzelfde aantal uren hebben ingeschreven op de aanbestedingen in de regio Zuidoost Friesland. Dat geldt voor alle bij deze aanbesteding betrokken gemeenten. Zo dit al niet door middel van wilsovereenstemming tot stand gebracht is, meent de Raad dat hier onmiskenbaar sprake is van parallel marktgedrag, waarbij TZWF en TFW klaarblijkelijk rekening hebben gehouden met de informatie die zij voorafgaand aan deze aanbesteding met elkaar hebben uitgewisseld.
199. Wat de afstemming betreft, hebben TZWF en TFW in hun verklaringen en in hun zienswijzen ieder in hun eigen bewoordingen gesteld dat zij geen prijsafspraken hebben gemaakt en dat zij evenmin concrete informatie over inschrijfprijzen hebben uitgewisseld.
200. De Raad merkt op dat wellicht geen sprake is geweest van het direct getalsmatig aan elkaar meedelen van de tarieven waartegen men in de regio Zuidoost Friesland wilde inschrijven, maar dat TZWF en TFW elkaar op verschillende momenten toch zodanig specifieke informatie hebben verschaft dat zij van die tarieven niettemin op de hoogte waren. Zoals in hoofdstuk 4 is geconcludeerd, was het voor de betrokken ondernemingen mogelijk op eenvoudige en eenduidige wijze af te leiden wat elkaars tarieven bij inschrijving zouden zijn. Bovendien acht de Raad het hoogst onwaarschijnlijk dat de daadwerkelijke inschrijving tegen exact gelijke tarieven tot stand kon komen zonder dat TZWF en TFW rekening hebben gehouden met de over en weer verschaft informatie.

¹⁰⁸ HvJEG 4 juni 2009, zaak C-8/08, T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, rechtsoverweging 26 en HvJEG, 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries t. Commissie, Jur. 1972, blz. 619, rechtsoverweging 64.

201. TZWF en TFW stellen dat zij, onafhankelijk van de uitgewisselde informatie, hun prijsbeleid zelfstandig hebben vastgesteld. Voorts geven zij aan dat uitsluitend hun bestuur bevoegd was de tarieven vast te stellen en dat de vertegenwoordigers van TZWF en TFW die deelnamen aan de werkgroepen niet verantwoordelijk waren voor het prijsbeleid. De Raad vat deze grond enerzijds zo op, dat partijen van oordeel zijn dat gedragingen van andere personen dan van het bestuur (waarmee de leden van de werkgroepen zijn bedoeld) niet aan TZWF of TFW kunnen worden toegerekend. Anderzijds kan dit betoog zo worden begrepen dat TZWF en TFW zich op het standpunt stellen dat gezien de zelfstandige vaststelling van prijzen door de bestuurders, geen sprake kan zijn van een causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag.
202. De Raad merkt op dat het van belang is dat de norm van artikel 6 Mw zich richt tot ondernemingen, die als zelfstandige eenheden aan het economisch verkeer deelnemen. De interne verhoudingen vormen slechts zelden een reden om ondernemingen niet volledig voor het gedrag op de markt aansprakelijk te houden. In beginsel worden alle handelingen van personen die bevoegd zijn voor de onderneming te handelen, aan de onderneming toegerekend.¹⁰⁹
203. De werkgroep Aanbesteden en de regiegroep WMO waren niet alleen met het medeweten, maar ook met instemming van (de directeurs van) de betrokken ondernemingen opgericht.¹¹⁰ Uit de in hoofdstuk 4 omschreven feiten en omstandigheden blijkt dat de personen die van de werkgroep en regiegroep deel uitmaakten bevoegd waren hun taken namens TZWF en TFW uit te voeren. Hierboven is reeds geconcludeerd dat de samenwerking binnen de werkgroep Aanbesteden zeer ver ging en ook het prijsbeleid omvatte.
204. De personen die deel uitmaakten van de werkgroep en regiegroep, deelden hetgeen binnen de werkgroep Aanbesteden werd besproken, vervolgens mede aan de bestuurders van TZWF en TFW. Daarnaast hadden de bestuurders ook intern overleg over de aanbestedingen met enkele deelnemers van de werkgroep Aanbesteden. Zo is de heer [vertrouwelijk] (TFW) in zijn hoedanigheid van controller nauw betrokken geweest bij de vaststelling van de inschrijfprijzen van TFW en overlegde mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) met de bestuurder van TZWF, de heer [vertrouwelijk], over de tarieven. De Raad stelt niet alleen vast dat TFW door middel van de heer [vertrouwelijk] (TFW) en TZWF door middel van mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) wetenschap hadden van elkaars prijsbeleid, maar ook dat, aangezien vernoemde personen betrokken waren bij de interne vaststelling van het prijsbeleid, de betrokken ondernemingen geacht worden met die wetenschap rekening te hebben gehouden bij de interne vaststelling

¹⁰⁹ Arrest Musique Diffusion Francaise/ Commissie, 100/80-103/80 r.o. 97.

¹¹⁰ De heer [vertrouwelijk] heeft aangegeven dat de Werkgroep Aanbesteden onder zijn verantwoordelijkheid viel.

van het prijsbeleid. In dit verband merkt de Raad op dat zowel TZWF als TFW hun offerte hebben ingediend ná de bijeenkomst van de werkgroep Aanbesteden op 28 september 2006.

205. TFW stelt in dit verband dat zij haar tarieven voorafgaande aan de bijeenkomst van de werkgroep op 14 september 2006 heeft vastgesteld.
206. Deze stelling vindt naar het oordeel van de Raad geen steun in de feiten. Uit de in hoofdstuk 4 omschreven gang van zaken, in het bijzonder de e-mail van 15 september 2006, blijkt juist dat de betrokken ondernemingen op dat moment beide nog niet definitief hadden beslist over de prijzen. De heer [vertrouwelijk] (TZWF) deelt in deze e-mail aan mevrouw [vertrouwelijk] (TZWF) mede dat hij aan TFW heeft voorgesteld om op het niveau van de tarieven in Zuidwest Friesland, in Zuidoost Friesland te gaan inschrijven.¹¹¹
207. De Raad stelt voorts vast dat TFW tijdens de bijeenkomst van 13 september 2006 weliswaar de tarieven heeft besproken, maar dat de tarieven op die datum niet definitief zijn vastgesteld. De heer [vertrouwelijk] (TFW) heeft verklaard dat hij wat betreft de tarieven vertrouwde op de adviezen van de heer [vertrouwelijk] (TFW). In dit verband wijst de Raad op de e-mail van 19 september 2006 van de heer [vertrouwelijk] (TFW) waaruit blijkt dat hij op die dag de tarieven voor onder andere de regio Zuidoost Friesland heeft besproken met de heer [vertrouwelijk] (TFW) en dat de heer [vertrouwelijk] (TFW) met die tarieven akkoord is gegaan.

Conclusie

208. Gezien het bovenstaande concludeert de Raad dat de betrokken ondernemingen onderling informatie hebben uitgewisseld (hierna: afstemming) over het te voeren prijsbeleid bij de aanbestedingen voor HH van de gemeenten in de regio Zuidoost Friesland. De betrokken ondernemingen hebben dezelfde tarieven geoffreerd. Het vermoeden van causaal verband tussen de afstemming en het daarop volgend marktgedrag is door de betrokken ondernemingen niet met steekhoudende argumenten weerlegd. De Raad kwalificeert het geheel van de gedragingen als een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

5.3 Mededingingsbeperking: strekking en merkbaarheid

Juridisch kader

209. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging wanneer zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Artikel 6, eerste lid, Mw sluit zoveel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, EG-verdrag (thans: artikel 101, eerste lid, VWEU). Dit geldt ook voor de in artikel 81, eerste lid, sub a tot

¹¹¹ Zie dossierstuk 6442/39, stempelnummers 64420000390089-64420000390091.

en met e, EG-verdrag gegeven voorbeelden van verboden concurrentiebeperkende gedragingen.¹¹²

210. In recente uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven is gepreciseerd dat, voor de constatering dat sprake is van een mededingingsbeperkende strekking, kan worden volstaan met de vaststelling dat een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, geschikt is de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, beperken of vervalsen.¹¹³
211. Uit de jurisprudentie volgt dat voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet nader hoeven te worden onderzocht, wanneer is vastgesteld dat een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen.¹¹⁴ In beginsel kan worden aangenomen dat de mededinging op de relevante markt vanwege de afspraak met mededingingsbeperkende strekking in meer dan geringe mate wordt beïnvloed. Een dergelijke overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging ontkomt slechts aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer zij, vanwege de zwakke positie van partijen op de relevante markt, de mededinging op de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden.¹¹⁵ Hierbij moet ook in aanmerking worden genomen of het bij de (in casu) onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken deel van de relevante markt van zodanig geringe omvang is dat uitgesloten moet worden geacht dat hiervan betekenisvolle invloed uitgaat op de uitkomsten van de markt.¹¹⁶
212. Bij de toetsing aan het zogenoemde merkbaarheidsvereiste, moet rekening worden gehouden met de concrete situatie waarin de, in casu van toepassing zijnde, afstemming effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking

¹¹² De voorbeelden zijn niet overgenomen in artikel 6, eerste lid, Mw, maar zijn blijkens het gestelde in de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet naar analogie van toepassing. Zie Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p.61.

¹¹³ Cbb 12 augustus 2010, zaak AWB 06/657, 06/660 en 06/661, T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Vodafone Libertel B.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, r.o. 7.3.2.

¹¹⁴ Zie Hv. EG, *Commissie t. Anic Partecipazioni*, C-49/92, Jurispr. 1999, I-4125, r.o. 99, zaak 56 en 58/64, *Consten-Grundig t. Commissie*, Jurispr. 1978, pagina 131, r.o. 7.

¹¹⁵ Zie Cbb 12 augustus 2010, zaak AWB 06/657, 06/660 en 06/661, T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Vodafone Libertel B.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Cbb, 7 december 2005, *Secom en G-Star/Basilicum en Chilly*, AWB 04/237 en 04/249, r.o. 6.5.

¹¹⁶ Cbb 12 augustus 2010, zaak AWB 06/657, 06/660 en 06/661, T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Vodafone Libertel B.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.¹¹⁷

Doelbeperking

213. De Raad is van oordeel dat bij toepassing van het hierboven weergegeven juridisch kader op de afstemming, in de eerste plaats de in het aanbestedingsbestek neergelegde voorwaarden en gunningscriteria van belang zijn. De Raad roept verder in herinnering dat de gunning betrekking had op raamcontracten, zodat tussen de geselecteerde ondernemingen nog concurrentie op de markt zou plaatsvinden om de gunst van de cliënten.
214. Bij de concurrentie *om* de markt gaat het om de vraag of, gegeven enerzijds het bestek en anderzijds de inschatting die de betrokken ondernemingen vooraf konden maken over hun eigen kansen in de aanbestedingsprocedure in verhouding tot die van andere mogelijke gegadigden, de afstemming over prijzen en de daaropvolgende inschrijving tegen gelijke prijzen geëigend was om de mededinging te beperken of te vervalsen. Een (open) aanbesteding creëert een uniek moment waarin de concurrentie wordt samengebond, maar is tegelijkertijd kwetsbaar voor iedere vorm van samenspanning.
215. Naar het oordeel van de Raad was de onderhavige afstemming inderdaad concreet geschikt de mededinging te beperken dan wel te vervalsen, ondanks het potentieel aanzienlijke aantal inschrijvers en de onzekerheden waarmee de eerste WMO-aanbesteding was omgeven. Vooreerst geldt voor *iedere* afgestemde inschrijving, met inbegrip van afstemming die leidt tot het bieden van schijnprijzen met het doel de opdracht juist niet te verkrijgen, dan wel de onderlinge volgorde in de uitkomst vooraf vast te leggen, dat de opdrachtgever daardoor wordt misleid: in casu kregen de betrokken gemeenten een verkeerd beeld van het aanbod en van de onderlinge concurrentiekracht van de betrokken ondernemingen. Indien TFW en TZWF werkelijk een zelfstandige afweging hadden gemaakt en in concurrentie tot de best mogelijke biedingen waren gekomen, hadden zij met elkaars potentie rekening moeten houden.
216. Door hun afstemming hebben de betrokken ondernemingen hun onderlinge *rangorde* die op basis van de gegeven criteria bij de aanbesteding uit de bus zou komen, beïnvloed en daarmee was de afstemming ook naar zijn aard geschikt om ook de *selectie* van de beste drie (of vijf) te beïnvloeden, op een niet met de normale mededingingsvoorwaarden op de markt overeenstemmende wijze. Zoals hieronder nader zal worden uiteengezet was de positie van TZWF bij gelijke tarieven voorzienbaar slechter dan die van TFW. TFW hoefde daardoor van haar kant geen inspanning meer te leveren om in ieder geval TZWF in de rangorde vóór te blijven. De gemeenten kregen dus -zonder het te weten- van beide betrokken ondernemingen mogelijk een minder scherp bod dan bij onverstoorde concurrentie mogelijk was geweest.

¹¹⁷ CBb 7 december 2005 *Secon Group B.V. en G-star International*, zaken AWB 04/ 237, AWB 04/ 249, L.N: AU 8309.

TFW werd daardoor gesteund in haar streven de voorheen zeer sterke positie in haar traditionele werkgebied te behouden, met andere woorden, de bestaande structuur van de markt te bestendigen.

217. De Raad acht een mededingingsbeperkende strekking temeer aanwezig, daar TFW al over een zeer sterke uitgangspositie beschikte tegenover alle andere gegadigden en TZWF tot een relatief beperkte groep van meest gereede kandidaten voor gunning behoorde, hetgeen de Raad hieronder nader zal adstrueren.
218. De afspraak kon voorts, hoewel prijsconcurrentie tussen de tot de markt toegelaten ondernemingen dan geen rol meer speelt, indirect ook de concurrentie op de markt beïnvloeden, aangezien TZWF tot de (eveneens beperkte) groep kon worden gerekend van ondernemingen die in staat moesten worden geacht om op serieuze schaal cliënten van TFW naar zich toe te halen op de markt.
219. De Raad voegt hier voor alle duidelijkheid aan toe dat in het onderhavige besluit enkel de afstemming tot vervalsing van de aanbesteding in Zuidoost Friesland als overtreding wordt aangemerkt. Weliswaar wisselden de ondernemingen ook informatie uit over andere aanbestedingen in Friesland, maar dit wordt alleen in de beschouwing betrokken omdat van die informatie mede gebruik werd gemaakt door de ondernemingen om de in Zuidoost Friesland geboden tarieven op elkaar af te stemmen. Het door TZWF naar voren gebrachte argument dat een afspraak die volgens het rapport in Noordwest Friesland kennelijk niet tot een beperking van de daadwerkelijke mededinging kon leiden in Zuidoost Friesland evenmin als doelbeperking kan worden gezien, is daarom niet ter zake dienend.
220. TZWF is van mening dat de door haar gedane uitlatingen over uniforme prijs en volumekorting, gezien in de context van de WMO-aanbestedingen, onmogelijk de objectieve doelstelling om de concurrentie te beperken gehad kunnen hebben. Deze uitlatingen zijn, volgens TZWF, gezien hun context, niet mededingingsbeperkend en moeten gezien worden tegen de achtergrond van het voorgenomen gezamenlijke HVZ bedrijf. TZWF merkt voorts op dat zij met de afstemming tot doel had een leereffect te bewerkstelligen. Negatieve gevolgen waren in de context van de WMO aanbestedingen niet te verwachten en de uitlatingen konden daarop dan ook onmogelijk gericht zijn.
221. Wat de laatstgenoemde opmerking aangaat, acht de Raad de negatieve beïnvloeding van de totstandkoming van de rangorde en de selectie van ondernemingen in de aanbestedingsprocedure meer dan hypothetisch. De Raad constateert daarbij dat het voornemen een gezamenlijk HVZ bedrijf op te starten ten tijde van de aanbesteding in Zuidoost Friesland nog geen concrete vormen had aangenomen. Zolang de oprichting van een gezamenlijke onderneming niet definitief is en partijen nog zelfstandig op de markt

opereren, mogen zij daarop niet vooruitlopen en – bovendien zonder de gemeenten daarover in kennis te stellen – concurrentiegevoelige informatie met elkaar delen alsof het gemeenschappelijk bedrijf al bestaat. De Raad wijst erop dat zulks ook in het kader van het concentratietoezicht nimmer is toegestaan. De Raad merkt daarbij op dat het zelfs nog onzeker was of de gezamenlijke onderneming überhaupt zou worden opgericht, zo blijkt onder andere uit de verklaring van de heer [vertrouwelijk], bestuurder van TZWF.¹¹⁸

222. TZWF stelt dat indien zij, met het oog op de plannen voor het gezamenlijke HVZ bedrijf, niet zou willen of hoeven concurreren met TFW, zij er ofwel voor had kunnen kiezen geld en moeite te besparen door in het geheel niet in te schrijven, of, indien zij een concurrent van het gezamenlijke bedrijf uit zou willen schakelen, zij tegen een zéér lage prijs in had moeten schrijven, zodat zij er zeker van zou zijn dat zij een eigen gunning zou krijgen. Vervolgens zou zij geen gebruik van deze gunning hebben gemaakt, maar zou wel een concurrent van het HVZ-bedrijf van de markt zijn gehouden. Ook in dat geval zou afstemming met TFW over een uniforme inschrijfprijs onlogisch zijn.
223. De Raad merkt hierover op dat de door TZWF genoemde route (ook) mededingingsbeperkend is, maar dat dit niet wegneemt dat de vorm van afstemming die de betrokken ondernemingen hebben gekozen een overtreding van artikel 6 Mw oplevert. De Raad benadrukt dat TZWF in een vroeg stadium, tijdens het directieoverleg op 30 augustus 2006, heeft besloten in de regio Zuidoost Friesland in te schrijven en dat zij dit besluit aan TFW heeft medegedeeld. Vervolgens hebben de betrokken ondernemingen de tarieven waartegen zij gingen inschrijven in de regio Zuidoost Friesland onderling afgestemd. Als gevolg van de afstemming heeft TZWF zich ten opzichte van TFW “uit de markt geprijsd”.
224. Voor zover TZWF met het vorengenoemde suggereert dat zij tegen zéér lage -lees: irreële - prijzen had moeten inschrijven om een gunning te verkrijgen, merkt de Raad op dat concurrentie met reële, maar scherpe prijzen TZWF naar verwachting al tot een goede kanshebber zou maken. Uit een analyse van de uitkomsten van de aanbesteding kan immers -weliswaar achteraf- worden opgemaakt dat indien TZWF had ingeschreven tegen een tarief van gemiddeld nog geen 2.5% lager dan het tarief waarvoor zij nu inschreef -hetgeen geen irreëel laag tarief is-, zij een gunning had gekregen in ieder geval drie van de vijf gemeenten.
225. Met betrekking tot de plannen voor een gemeenschappelijk dochterbedrijf en het beoogde leereffect, merkt de Raad ten slotte op dat de subjectieve doelstellingen van partijen voor de vraag of sprake is van een afspraak met een mededingingsbeperkende strekking niet van

¹¹⁸ Zie de verklaring van de heer [vertrouwelijk] d.d. 1 oktober 2008, dossierstuk 6442/ 123.

doorslaggevend belang zijn.¹¹⁹ Partijen hoeven niet de intentie te hebben gehad om de mededinging te beperken. Wat van belang is, is dat, objectief gezien, de onderling afgestemde feitelijke gedraging geschikt is om de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen.¹²⁰ Met legitieme subjectieve oogmerken kan rekening worden gehouden bij de beoordeling of de overeenkomst onder de vrijstelling van art. 6, derde lid, Mw valt.¹²¹ Partijen hebben geen beroep gedaan op artikel 6, derde lid, Mw en het is de Raad ook niet gebleken dat deze bepaling van toepassing is.

226. TZWF stelt dat de uitkomst van een aanbesteding altijd onzeker is. Dit geldt des te meer wanneer sprake is van een aanbesteding waarbij niet enkel een objectieve factor - namelijk prijs - de uitkomst bepaalt, maar ook een aantal subjectieve factoren. Dat een zittende aanbieder beter kan scoren op de factor "ketensamenwerking" betekent niet dat een grote zittende aanbieder daarmee verzekerd is van een contract.
227. Volgens TZWF zou, zelfs indien er een afspraak zou zijn geweest tussen TZWF en TFW om voor dezelfde prijs in te schrijven, dit niet leiden tot minder onzekerheid over de uitkomst van de aanbesteding. TZWF of andere (al dan niet zittende) aanbieders konden nog steeds net zo hoog of zelfs hoger scoren dan TFW op kwaliteit. Zelfs indien TFW kon uitgaan van een hogere score op kwaliteit kon zij niet berekenen hoeveel hoger haar score zou zijn, en kon zij ook niet berekenen hoeveel hoger haar prijs kon zijn om nog tussen de gegunde partijen te komen. De in het bestek beschreven beoordelingssystematiek bood geen aanknopingspunt voor een aanbieder om te kunnen uitrekenen hoe zijn kwaliteit gewaardeerd zou worden en hoe hoog hij zijn prijs zou kunnen stellen zonder zich uit de markt te prijzen. Het feit dat TZWF dit niet heeft gedaan is geen bewijs van een vermindering van onzekerheid op het moment van de inschrijving. TFW kon ook niet zeker zijn van een contract als gevolg van de restconcurrentie die net zo sterk, zo niet sterker, was dan TZWF.
228. TZWF stelt in dit verband dat er voor TFW voldoende andere concurrenten dan TZWF waren, waaronder Icare, waardoor TFW op het moment van de inschrijving een concurrerend aanbod moest indienen. Daarbij geeft TZWF aan dat TFW naar haar mening op voorhand geen wetenschap heeft over de beoordeling van de kwalitatieve (niet-prijsgerelateerde) aspecten

¹¹⁹ HvJEG, 8 november 1983, IAZ/Commissie, gev. zaken 96-102 e.a., Jur. 1983, p. 3411. In dit arrest is vastgesteld, dat een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken wanneer zij noodzakelijkerwijs leidt tot een beperking van de mededinging en kunnen in dat geval de partijen in beginsel niet stellen dat het niet de bedoeling was om de mededinging te beperken of dat met de overeenkomst ook een ander doel werd nagestreefd.

¹²⁰ HvJEG in zaak 56/65, *Société Technique Minière*, Jur. 1966, blz. 391; zaak 19/77, *Miller International Schallplatten GmbH t. Commissie*, Jur. 1978, blz 131, r.o. 7.

¹²¹ HvJEG, *Beef Industry e.a. t. Commissie*, C-209/07, Jurispr. 2008, r.o. 21.

van haar inschrijving waardoor alle afwegingen over relatieve voordelen en nadelen van 'zittend' en 'grootte' onzeker zijn.

229. De Raad onderschrijft dat van een openbare aanbesteding de uitkomst altijd een aanzienlijke mate van onzekerheid kent. Dit neemt niet weg dat niet van alle mogelijke aanbieders dezelfde concurrentiedruk uitging. Door bestudering van het bestek en door een inschatting te maken van de relatieve posities van verschillende groepen aanbieders met bepaalde kenmerken, was het voor TFW en TZWF wel degelijk mogelijk om hun relatieve kansen te beïnvloeden, hetzij autonoom, hetzij via (verboden) afstemming. In de box hieronder geeft de Raad kort aan welke aanknopingspunten de (wegings)criteria in het bestek boden, daarbij mede verwijzend naar paragraaf 3.2.2. Aansluitend gaat de Raad in op de relatieve posities van de betrokken ondernemingen en andere (mogelijke) gegadigden.

- De waardering van het criterium "aangeboden tarieven" is voor 50% bepalend voor de totaalscore. Hiermee is echter niet gezegd dat dit criterium het meest bepalende (onderscheidende) criterium is voor de rangorde. De aanbestedende gemeenten hebben voor zowel HH1 als voor HH2 een maximumtarief vastgesteld. De waardering van de geoffreerde tarieven is daarbij gerelateerd aan het laagst geoffreerde tarief. Dit heeft tot gevolg dat een aanbieder met tarieven die overeenkomen met de maximumtarieven, altijd nog een relatief hoge score kan krijgen, hetgeen voorzienbaar was en in de praktijk ook is gebleken.
- Bij het criterium "ketensamenwerking" (20%) wordt de inschrijver op de concreetheid van de volgende aspecten beoordeeld: het protocol dat zij hanteert voor ketensamenwerking, de afspraken die zij maakt met andere spelers in de keten, de initiatieven die zij neemt ter bevordering van ketensamenwerking en de rol die zij zal vervullen in de ketensamenwerking.
- Bij het criterium "kwaliteit van dienstverlening en borging praktijkvoering" (15%) zijn de uitgangspunten voor de beoordeling: de verwachte mate van toezicht en controle door de gemeente, de beheersbaarheid van de processen en klantvriendelijkheid.
- Bij het criterium "mate van voldoen aan de wensen" (10%) kan een aanbieder vooraf aan de hand van de objectieve criteria de te behalen score met een hoge mate van zekerheid vaststellen. Het overgrote deel van de eisen zijn minimumeisen waaraan eenvoudig door iedere aanbieder kan worden voldaan. Het (alleen) niet hebben van elektronisch cliëntendossier, wat het geval is voor zowel TFW als TZFW, betekent dat de aanbieder een score van 9.17% in plaats van de volle 10% krijgt.

- De te beoordelen aspecten bij het criterium “arbeidsmarkt” (5%) zijn: de bijdrage van het concrete onderneming- en personeelsbeleid aan de doelstellingen van de gemeente en de concrete maatregelen die de inschrijver bij gunning zal treffen.

Naar het oordeel van de Raad zijn de criteria “aanboden tarieven” en de kwalitatieve criteria “ketensamenwerking” en “dienstverlening en praktijkvoering” de criteria waarop een aanbieder zich het meest kan onderscheiden ten opzichte van andere aanbieders en waarop derhalve de meeste ruimte voor concurrentie is. De Raad is voorts van oordeel dat bij de kwalitatieve criteria “ketensamenwerking” en “dienstverlening en praktijkvoering” aanbieders ook rekening moeten houden met de mogelijkheid van een (echt) lage score, aangezien bij deze criteria de offerte vooral op eigen merites wordt beoordeeld. Dit in tegenstelling tot de “aanboden tarieven” waar de (maximale) spreiding in scores vooraf relatief goed in te schatten is.

230. De Raad stelt vast dat TFW als ‘incumbent’ in de gemeenten in de regio Zuidoost Friesland een marktaandeel had van gemiddeld 83%, verreweg het grootste marktaandeel in de regio. TFW had derhalve een groot belang bij het behoud van deze positie in haar traditionele werkgebied, en van de *status quo* op de markt in algemene zin. TFW kon op grond van de voorwaarden en de (kwalitatieve) gunningscriteria in het aanbestedingsbestek voorafgaande aan de aanbestedingen zelfstandig inschatten dat zij een (zeer) sterke plek innam bij de aanbestedingen; dit mede gezien haar reeds bestaande relaties met en kennis van de andere zorgaanbieders in de keten en de informatie die zij voorafgaand aan de aanbesteding van de gemeenten ontving. De Raad wijst in dit verband op de bewoordingen van TFW in haar aanbestedingsbrief -waarin zij aangeeft dat TFW zowel het ISO 9001/HKZ-certificaat bezit als bij het destijds laatste landelijke benchmarkonderzoek een hoge score had behaald op klantentevredenheid en doelmatigheid van de organisatie- en op de verklaring van de heer [vertrouwelijk] dat hij ‘*sechts in theorie*’ geen gunning zou krijgen.¹²²
231. Hierna zal de Raad -mede in reactie op de ingediende zienswijzen- aangeven hoe hij de (ex ante) concurrentiedruk op TFW bij de aanbestedingen beoordeelt. Daarbij zal blijken dat de concurrentiedruk die uitging van de kleinere aanbieders – zittend dan wel nog niet in de betreffende gemeente actief – kleiner mocht en moest worden ingeschat dan die welke uitging van de relatief grote aanbieders. Binnen deze laatste groep nam TZWF bovendien een relatief sterke positie in.

¹²² Zie verklaring van de heer [vertrouwelijk] d.d. 21 januari 2009, dossierstuk 6442/236.

232. TZWF geeft aan dat de grootte van de thuiszorginstelling op basis van het bestek geen garantie was voor meer punten. In de beoordeling door de gemeenten is het aantal aangeboden uren niet meegenomen als een relevant criterium. De stelling in het rapport dat TFW als enige grote zittende aanbieder kon vermoeden dat zij goed zou scoren op de kwalitatieve aspecten, is gebaseerd op grond van de resultaten van de aanbestedingen. Vóór de aanbestedingen kon TFW er naar de mening van TZWF niet op vertrouwen dat zij beter zou scoren op kwaliteit dan de kleinere zittende partijen. Bovendien was het voor kleine zorgaanbieders uitdrukkelijk toegestaan om voor (veel) meer uren in te schrijven dan dat zij op dat moment daadwerkelijk aanboden. Kleine zittende aanbieders waren gelijkwaardige concurrenten van de grote zittende aanbieders en konden reële concurrentiedruk op hen uitoefenen, hetgeen wordt bewezen door de uitkomst van de aanbestedingen in Oosterstellingwerf, Opsterland, Smallingerland en Tytsjerksteradiel. De betrokken gemeenten hebben bovendien verklaard dat de geprognosticeerde behoefte voor 100% kon worden gedekt zonder dat gegund zou worden aan TFW, TZWF en Het Friese Land. De grote zittende aanbieders moesten derhalve terdege rekening houden met de kleine aanbieders. De gemeenten hebben volgens TZWF uitdrukkelijk de mogelijkheid voorbehouden om meer contracten te sluiten indien dat nodig bleek om aan de vraag te voldoen. TZWF merkt voorts op dat uit de resultaten blijkt dat kleine zittende partijen en niet zittende partijen ook goed scoorden op kwaliteit.
233. Dat de grootte van de thuiszorginstelling op basis van het aanbestedingsbestek geen garantie was voor een hogere score, neemt naar het oordeel van de Raad niet weg dat kleinere aanbieders (waaronder ook de door TZWF als 'sterke speler' naar voren gebrachte Stichting Combinatie Interzorg) niet dezelfde mate van concurrentiedruk konden uitoefenen op TFW als TZWF. Alhoewel het theoretisch mogelijk was om de geprognosticeerde behoefte voor 100% te dekken zonder dat gegund zou worden aan TFW, TZWF en Het Friese Land, gaat TZWF er aan voorbij dat het niet realistisch was te verwachten dat in de praktijk ieder van de groep kleinere aanbieders, zittend zowel als niet zittend in de verschillende gemeentes, daadwerkelijk zou inschrijven en daarbij een hogere totaalscore zou behalen dan TFW. De Raad stelt voorts vast dat TFW daarentegen wél in staat was om in alle vijf de gemeenten voor 100% in het geprognosticeerde aantal klokuren te voorzien.
234. Uit het aanbestedingsbestek blijkt dat een aanbieder maximaal 3,3 maal het aantal uren dat hij daadwerkelijk leverde aan HH, als gewenst aantal uren mocht offreren.¹²³ Deze beperking aan het maximaal aantal te offreren uren, verschafte een hoge mate van waarschijnlijkheid dat in elk geval één grote aanbieder zou worden geselecteerd, dat wil zeggen een aanbieder die voor 100% van de geprognosticeerde uren kon inschrijven. Voor zover, in theorie, kan worden

¹²³ De maximale capaciteit voor alle percelen tezamen waarvoor een inschrijver een aanbidding doet, mag verhoudingsgewijs niet hoger zijn dan 100:30, gerelateerd aan het totale volume klokuren, conform de opgave van de inschrijver van zijn referenties.

aangenomen dat slechts aan kleine aanbieders een raamovereenkomst zou worden aangeboden, merkt de Raad op dat dit uitsluitend mogelijk is in het geval waarin alle 3 of 5 kleine aanbieders (veel) meer uren zorg offereerden dan zij traditioneel aanboden én dat zij alle 3 of 5 afzonderlijk een hogere score zouden behalen dan TFW. Zo zou, ter illustratie, in vier van de vijf gemeenten in geval dat de grootste van de 'kleine' zittende aanbieders in de betreffende gemeente in de volledige behoefte van die gemeente zou willen voorzien, zij meer dan 10 keer haar van oudsher gebruikelijke aantal uren in haar offerte moeten opnemen.¹²⁴ De Raad merkt daarbij op dat een thuiszorginstelling niet van de één op de andere dag is ingericht op een dergelijke toename van de zorglevering, terwijl een aanbieder wel door de gemeente aan zijn zorgplicht wordt gehouden voor het door hem geoffreerde aantal uren.

235. In dit kader is ook van belang dat de verschillen in omvang tussen 'grote' en 'kleine' aanbieders van thuiszorg aanzienlijk zijn. Zo stelt de Raad vast dat het totaal aan HH geleverde uren in 2006 in heel Friesland van alle aanbieders behalve TZWF, TFW en Het Friese Land (ruim) lager lag dan het aantal geprognosticeerde uren van de gemeenten in (alleen) de regio Zuidoost Friesland.
236. De Raad komt tot de conclusie dat het niet realistisch was te verwachten dat kleinere aanbieders -mede gelet op het beperkte aantal uren dat zij daadwerkelijk leverden in 2006- zelfs in het geval waarin zij het maximum toegestaan aantal uren zouden offerreren, gezamenlijk voor 100% in de in randnummer 73 genoemde geprognosticeerde behoefte zouden kunnen voorzien. Er zou dus, naast één of meer kleinere aanbieders, vrijwel zeker één grote aanbieder door de gemeente gecontracteerd worden.¹²⁵
237. Dit geldt te meer daar op de kwalitatieve criteria de relevante concurrentiedruk op TFW van de (in potentie zeer grote groep) kleine aanbieders in de praktijk beperkt bleef tot de (veel kleinere groep van) in een gemeente zittende aanbieders.
238. Naar het oordeel van de Raad bood immers het criterium "ketensamenwerking", het zwaarstwegende kwalitatieve criterium, een zittende aanbieder een voorsprong op niet-zittende aanbieders. Een zittende aanbieder had immers reeds bestaande relaties met en kennis van de andere zorgaanbieders in de keten en was ook beter verankerd in de lokale samenleving en kon mede daardoor concreter worden ten aanzien van de afspraken en

¹²⁴ De grootste 'kleine' aanbieder in Opsterland (ZuidoostZorg) zou 11 maal haar in 2006 geleverde uren moeten offerreren; de grootste 'kleine' aanbieder in Smallingerland (ZuidoostZorg) 15 maal; de grootste 'kleine' in Weststellingwerf (Zorggarant) 60 maal en de grootste 'kleine' in Ooststellingwerf 72 maal. Voor de gemeente Tytsjerksteradiel zou de aldaar grootste 'kleine' zittende aanbieder (Skewiel Trynwalden) ruim 4 maal haar van oudsher gebruikelijke aantal uren moeten offerreren.

¹²⁵ Het feit dat gemeenten meer contracten konden gunnen indien het geprognosticeerde aantal uren niet gedekt was, doet hier nauwelijks aan af. Dat zou met hoge waarschijnlijkheid slechts het aantal kleine aanbieders met gunning vergroten voordat dan (als laatste van de gegunden) een grote 'aan de beurt' was en de dekking verzekerde.

initiatieven op het gebied van ketensamenwerking dan zorgaanbieders die nog niet in de gemeente, (of regio of Friesland) actief waren. Ook ten aanzien van het op een na zwaarstwegende kwalitatieve criterium, de kwaliteit van dienstverlening en borging praktijkvoering, waren er voordelen voor zittende aanbieders te verwachten. Hier speelde immers de door de gemeente ingeschatte mate van toezicht en controle een rol, waarvan verwacht kon worden dat deze lager werd inschat voor een zittende partij die zich reeds lokaal bewezen had dan voor een onbekende nieuwkomer, met navenant hogere score voor eerstgenoemde tot resultaat. Ook concrete goede ervaringen in de lokale praktijk op het gebied van klanttevredenheid en beheersbaarheid van processen, aspecten die eveneens onder dit criterium werden beoordeeld, zouden naar verwachting voordeel opleveren ten opzichte van goede prestaties die een nieuwkomer 'op papier' elders had behaald.

239. Niet-zittende aanbieders waren derhalve, om in aanmerking te komen voor een gunning, genoodzaakt om de voorzienbare lagere score ten opzichte van de zittende aanbieders bij de criteria "ketensamenwerking" en "kwaliteit van dienstverlening en borging praktijkvoering" te compenseren met ten minste een nagenoeg evenredig positief verschil bij het criterium "aangeboden tarieven". De overige twee (minder zwaarwegende) kwalitatieve criteria boden niet-zittende aanbieders immers nauwelijks een mogelijkheid dit verschil te compenseren (zie box).
240. Als aangegeven versterkt bovenstaande de conclusie van de Raad dat het niet realistisch was te verwachten dat geen grote aanbieder gecontracteerd zou worden. De vier grootste 'kleine' zittende aanbieders in de regio¹²⁶, komen zelfs als zij maximaal gebruikmaken van de in het bestek genoemde factor '3.3', nog altijd (in ruime mate) uren 'tekort' om in hun offertes gezamenlijk te voorzien in de geprognosticeerde zorgbehoefte van Zuidoost Friesland.
241. Daarbij was een dergelijk 'maximaal' scenario voor alle 4 die partijen sowieso hoogst onwaarschijnlijk, al was het maar omdat Zorggarant en Samen zorg bestuurlijke banden¹²⁷ hebben met TFW, waardoor de onderlinge concurrentiedruk gerelativeerd moet worden.
242. De Raad komt tot het oordeel dat de grootste concurrentiedruk voor TFW uitging van die aanbieders die vanwege hun omvang in staat waren om voor 100% in de geprognosticeerde aantal klokuren te voorzien. Waar 'kleine' en per gemeente verschillende aanbieders naast TFW een goed en bekend uitgangspunt zouden zijn voor TFW bij concurrentie op de markt,

¹²⁶ Zorggarant, Samen zorg, ZuidoostZorg en Skewiel Trynwalden.

¹²⁷ Eén van de bestuurders van de Kwadrantgroep – de Kwadrantgroep is bestuurder van TFW - was ten tijde van de aanbestedingen voorzitter van de Raad van Commissarissen van Stichting Zorggarant Noord-Nederland. Eén van de bestuurders van de Kwadrantgroep was ten tijde van de aanbestedingen tevens bestuurder van Stichting Samen zorg Diensten. Daarnaast is één van de bestuurders van Stichting Samen zorg Diensten tevens lid van de Raad van Commissarissen van de Kwadrantgroep. Zie dossierstukken 6442/ 421 en 6442/ 423.

kwam de dreiging van (echte) verdringing in de concurrentie *om* de markt van genoemde grote spelers.

243. Van deze grote aanbieders zou bovendien naar het oordeel van de Raad de meeste concurrentiedruk uitgaan (ook) na gunning, bij concurrentie *op* de markt. TFW was bekend met de aanwezigheid en wijze van opereren van de zittende aanbieders, terwijl juist de mededingingsstructuur het meest zou veranderen door toetreding van niet-zittende aanbieders, waarbij grote aanbieders zich ook onderscheiden van kleine aanbieders door grotere uitrolcapaciteit en armslag voor de noodzakelijke investeringen. De grootste druk van potentiële verandering, ook indien TFW zelf ook gegund zou krijgen, kwam derhalve van de niet-zittende grote spelers. Zouden deze toetreden, dan zou dit kunnen leiden tot betwisting en mogelijk aantasting van de positie van TFW in de concurrentie op de markt.
244. De Raad is derhalve van oordeel dat de groep van meest gerede concurrenten werd gevormd door grote aanbieders van thuiszorg¹²⁸ met een (oorspronkelijk) werkgebied in Friesland of in directe nabijheid van de regio Zuidoost Friesland zijnde TZWF, Het Friese Land, Oude en Nieuwe Land, Icare, Thuiszorg Groningen, Diensten Centrale en Zorgbedrijf Nederland.
245. Met betrekking tot deze groep van meeste gerede concurrenten voor TFW kan daarenboven worden opgemerkt dat Thuiszorg Groningen (naar eigen zeggen) haar naam niet mee had in (de regio Zuidoost) Friesland. Ook Het Friese Land had een minder sterke positie, wat kenbaar was voor TFW, hetgeen onder andere blijkt uit de verklaring van de heer [vertrouwelijk] (TFW).¹²⁹ In dit licht bezien is de Raad van oordeel dat binnen de bovengenoemde groep van meest gerede concurrenten TZWF een concurrent was waarvan naar verhouding een grote concurrentiedruk op TFW uitging.

Uitschakeling van de concurrentie tussen de betrokken ondernemingen

246. Als een van de meer gerede concurrenten van TFW was TZWF, vanwege de sterke positie van TFW en de (relatief goede) scores die TFW als zittende partij naar verwachting zou behalen op de criteria “ketensamenwerking” en “dienstverlening en praktijkvoering”, genoodzaakt de naar verwachting lagere score te compenseren op met name het criterium “aangeboden tarieven”.¹³⁰

¹²⁸ Dr. Schoonmaakorganisatie is weliswaar ook groot, maar had als gevolg van haar specialisatie in schoonmaak een (ex ante te verwachten) aanzienlijke achterstand op de kwalitatieve criteria.

¹²⁹ De heer [vertrouwelijk] stelt dat hij voorafgaande aan de aanbesteding heeft kunnen vaststellen dat Het Friese Land niet in staat werd geacht tegen zeer concurrerende tarieven in te schrijven, zie zijn verklaring van 21 januari 2009, dossierstuk 6442/236.

¹³⁰ Zie box, aangezien de betrokken ondernemingen beide geen elektronisch cliëntendossier hebben, konden zij voorafgaande aan de aanbestedingen zelfstandig en van elkaar bepalen dat zij bij het criterium “mate van voldoen aan de wensen” naar verwachting een gelijke score van 9,17% zouden gaan behalen. Van het criterium “arbeidsmarkt” ging, gelet op de weging van 5%, een geringe concurrentiedruk uit.

247. Juist op dat criterium, het criterium waarop TFW en TZWF elkaar het meest direct konden beconcurreren, derhalve de belangrijkste concurrentieparameter, vond afstemming plaats. Het criterium “aangeboden tarieven” was het enige criterium waarvan betrokken partijen, voorafgaande aan de aanbesteding, objectief konden vaststellen dat bij gelijke inschrijfprijzen deze met dezelfde waardering zouden worden beoordeeld. Uit de in hoofdstuk 4 geciteerde e-mails van oktober 2006, die weliswaar betrekking hebben op de aanbestedingen in de regio Noordwest Friesland, blijkt dat de betrokken ondernemingen er ook van uitgingen dat bij gelijke inschrijfprijzen zij een gelijke waardering zouden behalen.
248. Afstemming ten aanzien van het prijsbeleid leidde ertoe dat de onderlinge concurrentie tussen TZWF en TFW werd uitgeschakeld. TFW had met deze afstemming de zekerheid dat zij hoger zou scoren dan TZWF.

Concurrentie op de markt

249. TZWF geeft aan dat, gezien de context van de aanbesteding in Zuidoost Friesland, de vermeende uitschakeling van TZWF geen effect zou kunnen hebben op de markt. Volgens TZWF wordt in het rapport geïnsinueerd dat er door de vermeende afspraak minder concurrentie is overgebleven op de markt. Enerzijds, omdat TZWF de meest gerede Friese concurrent zou zijn en anderzijds omdat er door uitschakeling van TZWF minder echte keuze zou zijn voor cliënten. Wat betreft de meest gerede concurrent stelt TZWF dat het lang niet zeker was dat een grote aanbieder ook daadwerkelijk tot de drie of vijf gegunde partijen zou behoren. TFW kon er niet zeker van zijn dat zij als zittende aanbieder hoger zou scoren op kwaliteit dan TZWF. Dat er minder keuze overgebleven zou zijn voor cliënten is volgens TZWF onbegrijpelijk. De gemeenten hebben hun criteria opgesteld met het doel voldoende keuze beschikbaar te stellen voor cliënten. Alle gegunde aanbieders hebben moeten voldoen aan al die voorwaarden. Of TZWF tussen deze partijen zit of niet, vermindert niet de keuzemogelijkheden van cliënten niet.
250. TFW zou, naar het oordeel van de Raad, binnen de groep van meest gerede concurrenten uiteindelijk op de markt met name concurrentiedruk kunnen verwachten van de Friese aanbieders: TZWF en Het Friese Land. Hoewel de Friese taal geen criterium of vereiste was om voor gunning in aanmerking te komen, acht de Raad van belang dat in het aanbestedingsbestek wél werd aangegeven dat dit aspect mede bepalend zou kunnen zijn voor de voorkeur van de cliënten in de regio Zuidoost Friesland. Dit vormt ook het belangrijkste onderscheid tussen TZWF en Het Friese Land enerzijds en de door TZWF als gerede concurrenten aangemerkte thuiszorginstellingen Icare en Thuiszorg Groningen, maar ook Oude en Nieuwe Land, de Diensten Centrale en Zorgbedrijf Nederland anderzijds.
251. Wat betreft de overgebleven keuze voor cliënten, herhaalt de Raad in de eerste plaats dat er in casu sprake is van een afstemming die tot doel had de mededinging om de markt te beperken.

Uit de jurisprudentie volgt dat de gevolgen van deze afstemming op de markt dan in beginsel niet meer hoeven te worden onderzocht, mits sprake is van een merkbare mededingingsbeperking. Inderdaad hebben de cliënten met of zonder de afspraak de keuze uit de aanbieders die de gunning hebben gekregen. Dit aantal wordt bepaald door het aantal raamovereenkomsten dat door de betreffende gemeente wordt aangeboden. Daarnaast hebben cliënten de mogelijkheid om door middel van PGB of financiering uit eigen middelen eventueel een andere aanbieder te kiezen. Essentieel is echter dat de selectie van de drie of vijf aanbieders waaruit de patiënt kan kiezen in vrije concurrentie tot stand is gekomen. Omdat de afstemming tussen TZWF en TFW heeft geleid tot een (mogelijk) andere uitkomst van de rangorde en selectie dan zonder de afstemming tot stand zou zijn gekomen, is niet alleen aan de gemeenten maar ook aan cliënten mogelijk een aanbieder onthouden met een betere prijs/kwaliteitverhouding.

252. Ten aanzien van de betogen van TZWF dat het lang niet zeker was dat een grote aanbieder tot de gegunde partijen zou behoren en dat TFW er niet zeker van kon zijn dat zij als zittende aanbieder hoger zou scoren op kwaliteit dan TZWF, verwijst de Raad naar randnummers 230 en 233-241.
253. Daar voegt de Raad aan toe dat hij, anders dan TZWF lijkt te stellen, niet betoogt dat elke zittende aanbieder enkel om die reden hoger scoort op kwaliteit dan elke niet-zittende aanbieder. De Raad concludeert wel dat bij overigens gelijke Ausgangssituaties een zittende aanbieder een objectieveerbare voorsprong heeft ten opzichte van een niet zittende aanbieder om een op de kwalitatieve criteria hoog scorende offerte op te stellen.
254. TZWF merkt ten slotte op dat zij als gevolg van de overgangsregeling (de huidige aanbieder blijft nog een jaar leveren) en als gevolg van consumentenvoorkeuren, geen grote speler in de regio had kunnen worden.
255. De Raad merkt op dat de overgangsregeling geen relevant feit is, aangezien de aanbestedende diensten hebben verklaard dat vanaf 1 januari 2007 alleen de aanbieders met wie een raamovereenkomst was gesloten HH in natura mochten leveren.

Merkbaarheid

256. De Raad stelt vast dat sprake is van afstemming tussen twee thuiszorginstellingen die allebei een groot tot zeer groot marktaandeel hebben in hun traditionele werkgebied. In de regio Zuidoost Friesland had TFW ten tijde van de aanbestedingen een marktaandeel van gemiddeld [70-80 %]. De betrokken ondernemingen behoorden daarnaast tot de drie grootste aanbieders van HH in de provincie Friesland. TFW en TZWF hadden in de provincie Friesland over het jaar 2006 een marktaandeel van [30-40%] respectievelijk [10-20 %]. TZWF en TFW waren derhalve zowel in hun traditionele werkgebied als in de provincie Friesland geen zwakke partijen.

257. De Raad begrijpt dat historische marktaandeelen -als gevolg van het feit dat de aanbestedingen ook een kans boden aan niet-zittende aanbieders om in te schrijven- slechts van betrekkelijke waarde zijn. De concurrentieverhoudingen in het aanbestedingsproces zijn ook van belang. In aansluiting op hetgeen is beschreven in randnummers 244-246, is de Raad van oordeel dat zowel TFW als TZWF relatief sterke posities hadden bij de aanbestedingen in Zuidoost Friesland. Ook vanuit dit perspectief is er derhalve geen reden de merkbaarheid van de mededingingsbeperkende afstemming in twijfel te trekken.
258. Volgens TZWF zou, zelfs indien er een afspraak zou zijn geweest tussen TZWF en TFW om voor dezelfde prijs in te schrijven, en TFW op die parameter TZWF als concurrent zou hebben uitgeschakeld, dit nog niet leiden tot een merkbaar effect op de concurrentie. TZWF stelt daarbij dat TZWF maar één van de 4 grote niet-zittende aanbieders was die concurrentiedruk uitoefenden op TFW.
259. De Raad stelt vast dat TFW, als zittende aanbieder met een zeer sterke positie bij de aanbestedingen, heeft afgestemd met TZWF, zijnde een van haar meest gerede concurrenten. Door deze afstemming is de concurrentiedruk die TZWF uitoefende op TFW uitgeschakeld. Dat TZWF niet de enige zorginstelling was die concurrentiedruk op TFW uitoefende, doet daaraan niet af. Anders dan TZWF betoogt is de Raad van oordeel dat ook afstemming tussen twee inschrijvers op een aanbesteding, waarop ook andere concurrenten inschrijven, zeer wel merkbaar kan zijn. Daarbij wijst de Raad erop dat in de door TZWF geschetste situatie sprake is van een "marktaandeel" van betrokken ondernemingen van maar liefst 40%.

Conclusie

260. De Raad concludeert op grond van het bovenstaande dat de afstemming over de inschrijfprijzen tussen TZWF en TFW in de gegeven context concreet geschikt was om te leiden tot een beperking dan wel vervalsing van de mededinging. De betrokken ondernemingen waren elkaars concurrenten en hebben door af te stemmen de tussen hen bestaan de onzekerheid over een van de belangrijke concurrentieparameters in het aanbestedingsproces, de aangeboden tarieven, weggenomen. Deze afstemming had tot doel de mededinging te beperken of vervalsen, waarbij een onderzoek naar de effecten van deze afspraak niet nodig is. De afstemming heeft de mededinging merkbaar beïnvloed en moet derhalve worden aangemerkt als een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw. Geen van de betrokken ondernemingen heeft een beroep gedaan op de uitzonderingen als genoemd in artikel 6, derde lid, Mw en de Raad is overigens niet gebleken dat deze bepaling van toepassing is.

5.4 Toerekening

261. De Raad rekent de overtreding toe aan de rechtspersonen die de overtreding feitelijk hebben gepleegd, alsmede aan de entiteiten die een beslissende invloed hebben kunnen uitoefenen op het gedrag van deze rechtspersonen.
262. TZWF (Stichting Thuiszorg Zuidwest Friesland) en TFW (Stichting Thuiszorg De Friese Wouden) hebben de overtreding feitelijk gepleegd. TFW is, volgens gegevens uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel, met ingang van 10 december 2009 gefuseerd met Stichting Zorgverlening De Friese Wouden, waarbij laatstgenoemde stichting het vermogen van TFW onder algemene titel heeft verkregen en TFW heeft opgehouden te bestaan. In verband met het verdwijnen van TFW is op 14 december haar registratie in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel beëindigd.¹³¹
263. De Raad rekent op basis van het voorgaande de overtreding toe aan Stichting Thuiszorg Zuidwest Friesland en aan Stichting Zorgverlening De Friese Wouden als rechtsopvolger van TFW.
264. De Raad rekent de overtreding van TFW (thans: Stichting Zorgverlening De Friese Wouden) tevens toe aan Stichting Kwadrantgroep, omdat deze stichting ten tijde van de betrokken gedragingen met betrekking tot de aanbestedingen in Zuidoost Friesland enig statutair bestuurder was van TFW en uit dien hoofde beslissende invloed kon uitoefenen op het marktgedrag van TFW. TFW en Stichting Kwadrantgroep vormden in dit opzicht ten tijde van de betrokken gedragingen een economische eenheid en daarmee één onderneming in mededingingsrechtelijke zin. De Raad merkt in dit verband ter zijde op dat het bestuur van TFW ten tijde van de betrokken gedragingen was gedelegeerd aan de heer [vertrouwelijk], die eveneens lid van de Raad van Bestuur van Stichting Kwadrantgroep was. De Raad van Bestuur van Stichting Kwadrantgroep hield tevens toezicht op het bestuur van TFW, dat zelf niet over een Raad van Bestuur beschikte. Stichting Kwadrantgroep is vanaf de datum van oprichting van Stichting Zorgverlening De Friese Wouden tevens enig statutair bestuurder van deze stichting.
265. De Raad rekent de overtreding van TZWF niet tevens toe aan Stichting Bestuursstichting Antonius ziekenhuis en Thuiszorg Zuidwest Friesland (blijkens gegevens uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel vanaf 7 oktober 2010 Stichting Antonius Zorggroep geheten), omdat deze stichting pas na de periode waarin de betrokken gedragingen zich hebben voorgedaan bestuurder is geworden van TZWF. De Raad acht het betoog van

¹³¹ TFW had in 2008 door middel van een juridische splitsing reeds haar activiteiten op het gebied van HH in de destijds nieuw opgerichte Stichting Zorgverlening De Friese Wouden ondergebracht. Zie randnummer 14 van dit besluit.

Stichting Bestuursstichting Antonius ziekenhuis en Thuiszorg Zuidwest Friesland dat haar de overtreding van TZWF niet kan worden toegerekend derhalve gegrond.

5.5 Conclusie

266. Op grond van het voorgaande concludeert de Raad dat de in hoofdstuk 4 omschreven gedragingen van TZWF en TFW een onderling afgestemde feitelijke gedraging vormen, welke ertoe strekt de mededinging bij de aanbestedingen in de regio Zuidoost Friesland te beperken. De Raad kwalificeert deze gedraging als een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw. Geen van de betrokken ondernemingen heeft een beroep gedaan op de uitzonderingen als genoemd in artikel 6, derde lid, Mw en de Raad is overigens niet gebleken dat deze bepaling van toepassing is. De Raad rekent deze gedraging toe aan de volgende rechtspersonen: Stichting Thuiszorg Zuidwest Friesland; Stichting Zorgverlening De Friese Wouden en Stichting Kwadrantgroep.

6 SANCTIE

6.1 Berekening boete

Juridisch kader

269. Ingevolge artikel 56, eerste lid Mw heeft de Raad bij de vaststelling van een overtreding van artikel 6 Mw de bevoegdheid een boete op te leggen. Volgens artikel 57, tweede lid, Mw houdt de Raad bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.
270. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de Raad op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld. Deze zijn sinds 1 juli 2007 opgenomen in de 'Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit' (hierna: de Boetecode).¹³² Gedurende de overtreding en voor zover van belang voor de boetetoemeting in de onderhavige zaak zijn de beleidsregels ongewijzigd gebleven.
271. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de juridische en economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. Met

¹³² Boetecode boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet' (Stcrt. 19 december 2001, nr. 248). Op 1 juli 2007 is de NMa Boetecode 2007 in werking getreden, naderhand nog gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2008 in verband met de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, Stb. 2007, 284 (Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196).

de duur van de overtreding wordt in de Boetecode rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt.

272. Randnummer 12 van de Boetecode geeft, voor zover hier van belang, aan dat bij overtredingen van artikel 6 van de Mededingingswet de boetegrondslag wordt afgeleid uit de betrokken omzet. Hoe hoger de betrokken omzet, des te groter de weerslag op de economie die de overtreding in het algemeen kan hebben, waaronder het met de overtreding mogelijk te behalen voordeel voor de overtreder(s). De boetegrondslag wordt derhalve hoger naarmate de duur en de omvang van de bij de overtreding betrokken economische activiteiten toenemen en daarmee de bedoelde (potentiële) weerslag op de economie van de overtreding. Voorts komt, indien de overtreding door meerdere overtreders is begaan, het aandeel van de afzonderlijke overtreders in deze (potentiële) weerslag op de economie tot uitdrukking. Dit alles draagt bij aan een evenredige boete met afschrikwekkende werking.
273. Op grond van randnummer 53 van de Boetecode stelt de Raad de boete vast volgens deze Boetecode en met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur. De Raad kan van de Boetecode afwijken indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheden leidt. Daarnaast is van belang dat de Raad ingevolge artikel 4:84 Awb overeenkomstig de Boetecode dient te handelen, tenzij dat voor één of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.

Betrokken omzet en boetegrondslag

274. Het startpunt bij de boetetoemeting is de bepaling van de boetegrondslag. Uit randnummer 21 van de Boetecode volgt dat de Raad de boetegrondslag baseert op de betrokken omzet van de overtreder. De betrokken omzet wordt in randnummer 1, aanhef onder d, van de Boetecode gedefinieerd als *'de waarde van alle transacties die door de onderneming tijdens de duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft, onder aftrek van over de omzet geheven belastingen'*.
275. De betrokken omzet kan blijkens randnummer 24 van de Boetecode niet in alle gevallen op basis van de definitiebepaling worden vastgesteld. In zulke gevallen kan de omzet van de overtreder op de te beschermen markt gedurende de periode van de overtreding, doch voor ten minste de duur van een jaar, als betrokken omzet worden aangemerkt. In geval van een verboden aanbestedingsafspraken ("bid-rigging"), waarvan in onderhavige zaak sprake is, kan de Raad voor elke deelnemer als betrokken omzet aanmerken (een evenredig deel van) de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kan worden gerealiseerd.
276. De betreffende gemeenten in Zuidoost Friesland hebben in het bestek een prognose gegeven van het aantal uren dat op jaarbasis door cliënten zal worden gevraagd. De Raad neemt deze

uren, vermenigvuldigd met het gelijke door TFW en TZWF geoffreerde uurtarief, als uitgangspunt bij de berekening van de hoogte van de betrokken omzetten van TFW en TZWF.

277. De uren werden vergoed op basis van raamovereenkomsten die werden aangeboden voor een initiële termijn van 2 jaar (in de gemeente Smallingerland voor een termijn van één jaar) tot en met 31 december 2008 (respectievelijk tot en met 31 december 2007 in de gemeente Smallingerland). Hoewel door de gemeenten is gewezen op de mogelijkheid dat de raamovereenkomsten verlengd kunnen worden, ziet de Raad geen reden om de betrokken omzet voor een langere periode dan deze initiële termijn vast te stellen en mee te nemen in zijn boeteberekening. Hierbij neemt de Raad in aanmerking dat de aanbestedingen in het kader van de WMO voor de eerste keer plaats vonden en dat, mede gelet hierop, vooraf geen gefundeerde inschatting kon worden gegeven van de kansen op eventuele verlenging van de contracten.

TFW

278. De Raad stelt vast dat TFW gegund heeft gekregen bij alle betrokken gemeenten. De Raad neemt in overweging dat meerdere aanbieders een contract in de betreffende gemeenten hebben gekregen en dat het, gelet hierop, niet aannemelijk was dat de gehele in deze gemeenten te behalen omzet (alleen) door TFW gerealiseerd kon worden. De Raad acht het passend om de hoogte van de betrokken omzet van TFW vast te stellen op basis van haar marktaandelen in de onderhavige gemeenten in het laatste jaar voor de ingangsdatum van de contracten, te weten: 2006. Deze bedroegen in dat jaar:

Gemeente	Marktaandeel TFW¹³³ 2006
Ooststellingwerf	95,85%
Weststellingwerf	88,81%
Smallingerland	86,31%
Opsterland	89,63%
Tytsjerksteradiel	71,43%

¹³³ De marktaandelen zijn gebaseerd op informatie van het Centraal Administratie Kantoor (CAK).

279. Uit het voorgaande volgt dat de betrokken omzet van TFW per gemeente als volgt bedraagt:

Gemeente	Betrokken omzet TFW¹³⁴ 2007 + 2008
Ooststellingwerf	3.267.489
Weststellingwerf	3.287.559
Smallingerland	3.100.886
Opsterland	2.943.359
Tytsjerksteradiel	3.247.360
Totaal	15.846.653

TZWF

280. De Raad stelt allereerst vast dat TZWF in de onderhavige gemeenten geen contract heeft gekregen. Aangezien TZWF wel heeft deelgenomen aan de verboden afspraak, dient zij daarvoor uit oogpunt van preventieve werking volwaardig te worden beboet, ook al heeft zij zelf in deze gemeenten geen omzet gerealiseerd. De Raad acht het passend om de hoogte van de betrokken omzet van TZWF te baseren op de totale in de gemeenten te behalen (geprognoseerde) omzet (de Aanbestedingsomzet), gedeeld door het aantal inschrijvers aan wie geen contract is gegund. De Raad is van oordeel dat op deze wijze een evenwichtige toepassing aan randnummer 24 van de Boetecode wordt gegeven.

281. In onderstaand schema wordt voor de regio zuidoost Friesland per gemeente de betrokken omzet van TZWF weergegeven:

Gemeente	Aanbestedingsomzet	Aantal niet-gegunden	Betrokken omzet TZWF
Ooststellingwerf	[vertrouwelijk]	10	[vertrouwelijk] 1/10
Weststellingwerf	[vertrouwelijk]	10	[vertrouwelijk] 1/10
Smallingerland	[vertrouwelijk]	8	[vertrouwelijk] (1/8)
Opsterland	[vertrouwelijk]	6	[vertrouwelijk] (1/6)
Tytsjerksteradiel	[vertrouwelijk]	6	[vertrouwelijk] (1/6)
Totaal			2.465.184

¹³⁴ De informatie m.b.t. geoffreerde tarieven en prognose-uren is van partijen respectievelijk de aanbestedingsbestekken van de gemeenten afkomstig.

282. De Raad gaat op grond van bovenstaand schema uit van de volgende betrokken omzetten van TFW en TZWF:

TFW	EUR 15.846.653
TZWF	EUR 2.465.184

283. Randnummer 22 van de Boetecode bepaalt dat wordt uitgegaan van een boetegrondslag van 10% van de 'betrokken omzet'. De boetegrondslagen bedragen derhalve voor TFW en TZWF:

TFW	EUR 1.584.665
TZWF	EUR 246.518

De ernst van de overtreding

284. De Boetecode onderscheidt 'minder zware', 'zware' en 'zeer zware' overtredingen (randnummers 27-30). Bij een minder zware overtreding wordt de vermenigvuldigingsfactor in verband met de ernst van de overtreding gesteld op een waarde van ten hoogste 1; bij een zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2; bij een zeer zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde tussen 1,5 en 3 (randnummer 32 van de Boetecode). Verboden aanbestedingsafspraken, waarvan in onderhavige zaak sprake is, zijn in beginsel 'zeer zware' overtredingen (randnummer 28 van de Boetecode).
285. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de Raad rekening met de concrete juridische en economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het (gezamenlijke) marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. De Raad kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.¹³⁵
286. De Raad neemt de volgende factoren in aanmerking die de ernst van de overtreding onderstrepen. Ten eerste zijn TZWF en TFW belangrijke concurrenten van elkaar en heeft TFW een zeer sterke marktpositie in de regio Zuidoost Friesland en TZWF in de regio Zuidwest Friesland. Beide thuiszorginstellingen behoren, naast het Friese Land, tot de drie (met afstand) grootste aanbieders van HH in de provincie Friesland. Ten tweede frustreren de

¹³⁵ Zie randnummer 31 van de Boetecode.

betrokken ondernemingen met hun handelwijze de door de wetgever beoogde ontwikkeling van marktwerking in de WMO-thuiszorg, en dat in een fase waarin deze nog relatief kwetsbaar is. De volledige marktwerking die is gecreëerd, werd door de onderhavige gedragingen weer ingeperkt. Ten derde zijn door de verboden gedragingen de uitkomsten van de aanbestedingen beïnvloed en is aan de gemeenten en patiënten mogelijk een aanbieder onthouden met een hogere prijs/ kwaliteitscore.

287. De Raad neemt voorts in overweging dat de onderhavige afspraak niet gelijk te stellen is met een 'klassiek' heimelijk kartel. De Raad acht bovendien van belang dat de afspraak betrekking had op aanbestedingen in vijf gemeenten waarin uitsluitend TFW met het verlenen van HH actief was en dat slechts één andere partij bij de afspraak betrokken was.
288. Het bovenstaande in overweging nemende en het geheel der factoren afwegende, gaat de Raad uit van een zware overtreding waarvoor de rekenfactor van 1,5 gepast is.
289. Gelet op het voorgaande wordt de boete -met inachtneming van randnummer 32 van de Boetecode, maar zonder toepassing van randnummers 47, 48 en 49 bij boeteverhogende of boeteverlagende factoren- berekend door de boetegrondslag met een factor 1,5 te vermenigvuldigen:

TFW	EUR 2.376.997
TZWF	EUR 369.777

Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

290. Zoals in randnummer 47 van de Boetecode is vermeld, neemt de Raad bij de boetevaststelling in voorkomend geval boeteverhogende of -verlagende omstandigheden in aanmerking.
291. De Raad acht geen boeteverhogende omstandigheden in de zin van randnummer 48 van de Boetecode aanwezig.
292. De Raad acht geen boeteverlagende omstandigheden in de zin van randnummer 49 van de Boetecode aanwezig.

Bijzondere omstandigheden betreffende de thuiszorgsector

293. De Boetecode bepaalt in randnummer 53 dat de Raad de boete vaststelt op grond van de Boetecode met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Raad kan van de uitkomst van de berekening volgens de Boetecode afwijken, indien deze leidt tot evidente onbillijkheid. In het onderhavige geval ziet de Raad aanleiding voor een matiging van

de hierboven bij randnummer 289 aangegeven boetes op algemene gronden van billijkheid en evenredigheid.

294. In het Visiedocument AWBZ-zorgmarkten heeft de Raad aangegeven dat de NMa bij het handhavingsbeleid rekening zal houden met de beperkingen die deze markten in transitie eigen zijn. Hoewel in casu geen sprake (meer) is van AWBZ-zorg, kan wel gezegd worden dat ook de WMO-thuiszorgmarkt een voortzetting is van de transitie in de AWBZ zorg. De beperking die deze transitie met zich brengt, is gelegen in de snelle omslag die van ondernemingen in de thuiszorgsector wordt verwacht.
295. De Raad neemt derhalve in aanmerking dat de door de wetgever opgelegde omslag naar marktwerking van de ondernemingen in de thuiszorg snelle en aanzienlijke aanpassingen vergt. De Raad wenst te voorkomen dat de op te leggen boetes onder de gegeven omstandigheden een averechts effect hebben op de vereiste aanpassingen aan de marktwerking en daarmee op de marktwerking zelf in het precaire stadium waarin deze nog verkeert. De Raad wil niet verhinderen dat deze ontwikkeling met kracht voortgang vindt.
296. Op grond van deze combinatie van factoren matigt de Raad de op te leggen boetes met 15 procent. Na matiging bedragen de boetes:

TFW	EUR 2.020.447
TZWF	EUR 314.310

Wettelijk maximum

297. Ingevolge artikel 57, eerste lid Mw bedraagt de boete voor overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. De Raad stelt vast dat het boetemaximum niet wordt overschreden.

Conclusie

298. De boetes voor TFW en TZWF worden, conform randnummer 56 van de Boetecode afgerond op een veelvoud van EUR 1000, vastgesteld op:

TFW	EUR 2.020.000
TZWF	EUR 314.000

6.2 Zienswijzen met betrekking tot het opleggen van een boete

299. TZWF stelt dat de onduidelijke houding van de politiek over de toepassing van de regels in de transitiefase het opleggen van een boete, althans een hoge boete, uitsluit. Hierbij verwijst TZWF naar een brief van de Minister van WVS van 13 juli 2009 waarin hij dit zou erkennen.
300. De Raad merkt op dat weliswaar sprake is van een debat over marktwerking in de zorg, maar dat dit nooit een vrijbrief kan zijn om de bestaande wetgeving te overtreden. Hiervan zou eventueel wel sprake kunnen zijn, indien er tegenstrijdigheid in de regelgeving zelf is, of wanneer de overheid concrete steun heeft gegeven aan de gedragingen van partijen, waar zij op af mochten gaan. Van geen van beide gevallen is in onderhavige zaak sprake. Voorts merkt de Raad op dat de door TZWF aangehaalde passage uit de brief van 13 juli 2009 betrekking heeft op de samenwerkingsvormen in de zorg die met name zien op samenwerking tussen aanbieders van verschillende vormen van zorg in de zorgketen. De Minister laat zich niet uit over vormen van samenwerking tussen thuiszorginstellingen die, zoals in het onderhavige geval, hebben geleid tot afstemming. Ten slotte wenst de Raad te wijzen op de brief die de Staatssecretaris van WVS op 2 oktober 2008 aan de Tweede Kamer zond.¹³⁶ In deze brief wordt uiteengezet welke vormen van samenwerking in de zorg wenselijk zijn, zoals samenwerking die de kwaliteit van de zorg ten goede komt en ketenzorg stimuleert. De Staatssecretaris merkt daarbij wel op dat niet alle vormen van samenwerking zijn toegestaan: *'Maar zoals gezegd, niet alle vormen van samenwerking zijn toegestaan. Samenwerkingsafspraken kunnen ook te ver gaan en tot onwenselijke machtsconcentraties leiden. Zorgaanbieders kunnen, door onderling afspraken te maken over wie welke zorg in welk gebied bedient en diensten naar elkaar door te verwijzen, ervoor zorgen dat zij gezamenlijk een grote machtsconcentratie op zorgverlening in een bepaald gebied krijgen. Gevolg kan zijn dat zij weinig tot geen druk meer voelen om rekening te houden met de wensen van hun diensten en onvoldoende worden gestimuleerd om goede, kwalitatieve zorg te leveren tegen een aanvaardbare prijs. Als dat zo is, wordt de keuzevrijheid van de diënt in de kern aangetast en wordt diensten de mogelijkheid ontnomen om, als zij ontevreden zijn over de kwaliteit van zorg, te veranderen van zorgaanbieder.'* De Raad is, mede op grond van het vorengenoemde, van oordeel dat er geen sprake is van onduidelijke houding van de politiek over de toepassing van de mededingingsregels. Het argument van TZWF dat daardoor geen, althans geen hoge boete zou mogen worden opgelegd, treft derhalve geen doel.
301. TZWF stelt dat de boete betaald wordt met gemeenschapsgeld, als gevolg waarvan het opleggen van een boete geen doelmatige uitwerking van de toepassing van de Mw is.

¹³⁶ Brief van 2 oktober 2008, kenmerk MC-U-2881858.

302. De *Raad* merkt op dat de wetgever marktwerking in de (thuis)zorg heeft geïntroduceerd en de NMa met het toezicht op de naleving van de Mededingingswet heeft belast vanuit de visie dat de gemeenschap daar uiteindelijk baat bij heeft, omdat hierdoor stimulansen ontstaan om de kwaliteit en efficiency van de zorg te verbeteren. Dit impliceert dat er ook aan organisaties in de zorgsector bij overtreding van de Mededingingswet boetes kunnen worden opgelegd. Er is in de wetgeving niet voorzien in een uitzondering hierop. Dat het hier gaat om instellingen die worden gefinancierd met gemeenschapsgeld kan derhalve geen reden zijn om geen boetes op te leggen.
303. *TZWF* is van mening dat als gevolg van het afwijzen van haar aanvraag voor een toezeggingsbesluit, de gebrekkige motivering van dat besluit en het daarbij in strijd het handelen met het gelijkheidsbeginsel, geen boete aan haar kan worden opgelegd.
304. De *Raad* merkt op dat de door *TZWF* aangevoerde gronden primair betrekking hebben op de motivering van het besluit van de Raad waarin hij het verzoek tot het nemen van een toezeggingsbesluit heeft afgewezen. De Raad is van oordeel dat deze gronden aan de orde hadden moeten worden gesteld in een bezwaarprocedure gericht tegen dat besluit. De Raad is derhalve van oordeel dat de gronden die betrekking hebben op het afwijzen van de aanvraag tot het nemen van een toezeggingbesluit buiten beschouwing kunnen worden gelaten in de onderhavige procedure. Voorts is de Raad van oordeel dat het enkele feit dat een aanvraag voor een toezeggingsbesluit is ingediend en is afgewezen, op zichzelf geen reden vormt om, als besloten is dat het voortzetten van een sanctietraject uit handavingsoogpunt doelmatiger is, de boete te verminderen.
305. Ten slotte is *TZWF* van mening dat, als gevolg van het feit dat *TZWF* geen gunning heeft verkregen in de regio Zuidoost Friesland, het onevenredig zou zijn om haar boete te baseren op de omzet die *TFW* heeft behaald in de regio Zuidoost Friesland.
306. De *Raad* wijst er op dat, zoals hiervoor in paragraaf 6.1 is weergegeven, de hoogte van de betrokken omzet van *TZWF* niet (mede) gebaseerd is op de omzet die *TFW* heeft behaald in de regio Zuidoost Friesland. De Raad heeft met het feit dat aan *TZWF* niet is gegund rekening gehouden bij het vaststellen van haar betrokken omzet, door de in de onderhavige gemeenten te behalen (geprognosticeerde) totale omzet te delen door het aantal aanbieders die geen gunning hebben gekregen.¹³⁷ Naar het oordeel van de Raad wordt hiermee de betrokkenheid van *TZWF* bij de overtreding op evenredige wijze beboet.

¹³⁷ Zie besluit van de NMa in zaak 40 14/ Openbaar groen Maastricht, besluit van 15 december 2005.

7 BESLUIT

I. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- Legt aan Stichting Thuiszorg Zuidwest Friesland een boete op van EUR 314.000;
- Legt aan Stichting Zorgverlening De Friese Wouden en Stichting Kwadrantgroep een boete op van EUR 2.020.000 en stelt beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

II. Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum: 21 oktober 2010

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,
overeenkomstig het door de Raad genomen besluit,

Wg.
P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.