

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 7249/282

Betreft zaak: Slopersbedrijven Rotterdam

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

1	Inleiding	3
1.1	Verloop van de procedure	3
1.2	Betrokken ondernemingen	4
1.3	Het Rapport	5
2	Feiten en omstandigheden	6
2.1	Context van de gedragingen	6
2.2	De gedragingen	9
2.2.1	Aanbesteding "Botersloot 175" te Rotterdam	10
2.2.2	Aanbesteding "Las Palmas" te Rotterdam	15
2.2.3	Aanbesteding "Marten Meesweg 5" te Rotterdam	21
2.2.4	Aanbesteding "Bosland 20-26" te Rotterdam	28
2.2.5	Aanbesteding "DTO 8 & 9" te Rozenburg	32
2.2.6	Conclusie aangaande de gedragingen	33
3	Juridische beoordeling	35
3.1	Inleiding	35
3.2	Artikel 6, eerste lid, Mw	35
3.2.1	Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen	36
3.2.2	Mededingingsbeperkende strekking	38
3.2.2.1	Juridisch kader	38
3.2.2.2	De mededingingsbeperkende strekking van cover pricing	40
3.2.3	Merkbaarheid	49
4	Ondernemingen en toerekening	53
5	Sanctie	57
5.1	Beoordelingskader	57
5.2	Boetgrondslag	58
5.2.1	Algemeen kader	58
5.2.2	Vaststelling van de betrokken omzet	59

5.2.3	Vaststelling van de boetegrondslag	62
5.3	Ernst van de overtreding en de basisboete	62
5.3.1	Vaststelling ernstfactor	63
5.3.2	Vaststelling van de basisboete	65
5.4	Boeteverhogende en –verlagende omstandigheden	65
5.5	Wettelijk maximum	65
5.6	Vaststelling van de hoogte van de boete	66
6	BESLUIT	67

1 Inleiding

1.1 *Verloop van de procedure*

1. De Nederlandse Mededingingsautoriteit heeft op 23 maart 2010 een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) door ondernemingen die actief zijn op het gebied van sloopwerkzaamheden van bouwwerken tenminste in de provincies Zuid-Holland, Zeeland en Utrecht.¹
2. Gedurende het onderzoek heeft de NMa bedrijfsbezoeken bij Hofstede en Struijk (hierna gezamenlijk ook: "betrokken ondernemingen" of "partijen") uitgevoerd.² Daarbij is inzage gevorderd in schriftelijke gegevens en bescheiden en zijn hiervan kopieën gemaakt.³ Op verschillende locaties zijn tevens digitale gegevens gekopieerd conform de hiervoor geldende digitale werkwijze. De hieruit voortgevloede relevante documenten zijn aan het dossier toegevoegd.⁴
3. Gedurende het onderzoek heeft de NMa mondelinge verklaringen afgenomen van vertegenwoordigers van Hofstede en Struijk alsmede van personen die van de betrokken gedragingen wetenschap konden hebben. Tevens zijn bij Hofstede en Struijk schriftelijk inlichtingen gevorderd. Ook heeft de NMa tijdens het onderzoek mondeling en schriftelijk inlichtingen gevorderd bij opdrachtgevers van sloopwerkzaamheden in Nederland en door hen ingeschakelde tussenpersonen, alsmede bij voormalige werknemers van opdrachtgevers van sloopwerkzaamheden. Van de bedrijfsbezoeken en de mondelinge verklaringen zijn verslagen van ambtshandelingen gemaakt die zijn opgenomen in het dossier.
4. Het onderzoek van de NMa heeft geresulteerd in een redelijk vermoeden dat Hofstede en Struijk bij vijf aanbestedingen artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden.
5. In opdracht van de Raad van Bestuur van de NMa ("de Raad") heeft de directeur van de Directie Mededinging vanwege dit redelijk vermoeden op 27 oktober 2011 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw ("het Rapport") opgemaakt met het oog op een eventueel aan Hofstede en Struijk op te leggen sanctie. De directeur van de Directie Mededinging heeft het Rapport op dezelfde datum aan Hofstede en Struijk toegezonden. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het Rapport overgedragen aan de

¹ Dossierstuk 7249/2, bedrijfsbezoekopdracht van 16 maart 2010.

² Zie verder paragraaf 1.2 voor de betrokken ondernemingen.

³ Dossierstukken 7249/48 en 7249/115.

⁴ Dossierstukken 7249/166 en 7249/167, wa digitaal onderzoek.

Juridische Dienst van de NMa.

6. Ingevolge artikel 60, tweede lid, Mw (oud)⁵ heeft de NMa op 16 november 2011 de op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd.⁶ De NMa heeft deze stukken tevens bij Hofstede en Struijk bezorgd. Ingevolge artikel 60, eerste lid, Mw (oud) is bij brief van 16 november 2011 aan Hofstede en Struijk de gelegenheid geboden om uiterlijk 28 december 2011 hun schriftelijke zienswijze omtrent het Rapport naar voren te brengen.⁷ Beide ondernemingen hebben van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.
7. Hofstede en Struijk hebben, gelet op artikel 60, eerste lid, Mw (oud), op 26 januari 2011 tijdens een daartoe georganiseerde hoorzitting mondeling hun zienswijze naar voren gebracht omtrent het Rapport. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 12 april 2012 aan hen is toegestuurd.⁸ Van de geboden mogelijkheid daarop een reactie te geven heeft alleen Hofstede gebruik gemaakt.⁹

1.2 *Betrokken ondernemingen*

Hofstede

8. Hofstede Sloperij B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam. Vanaf 19 september 1985 houdt Hofstede Sloperij B.V. zich blijkens het handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna: "handelsregister") bezig met de uitoefening van het slopersbedrijf in de meest uitgebreide zin.
9. Hofstede B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam. Vanaf 13 december 1985 houdt Hofstede B.V. zich blijkens het handelsregister bezig met het amoveren en demonteren van procesinstallaties, fabrieken, kantoren, ziekenhuizen en woonobjecten, asbestverwijdering, bodemsanering en verwijderen van radioactieve bronnen en werken met explosieven.
10. J.B.M. Hofstede Beheer B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam. Vanaf 1 januari 1987 is J.B.M. Hofstede Beheer B.V. enig aandeelhouder van Hofstede Sloperij B.V. en van Hofstede B.V.¹⁰

⁵ Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 60 Mw, hoewel vervallen per 1 juli 2009, in de onderhavige procedure nog van toepassing.

⁶ Dossierstukken 7249/239 en 7249/240.

⁷ Idem.

⁸ Dossierstukken 7249/245, 7249/246 en 7249/247.

⁹ Dossierstuk 7249/258.

¹⁰ Dossierstuk 7249/224, uittreksel KvK Hofstede Sloperij B.V. en Hofstede B.V.

11. Vanaf 1 januari 1990 is J.B.M. Hofstede Holding B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam, enig aandeelhouder van J.B.M. Hofstede Beheer B.V.¹¹ Vanaf 21 maart 2003 is Jermido B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam, enig aandeelhouder van J.B.M. Hofstede Holding B.V.¹² Vanaf 24 februari 2003 is Jermi B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam, enig aandeelhouder van Jermido B.V. Bovengenoemde vennootschappen worden in dit besluit tezamen ook aangeduid als "Hofstede".

Struijk

12. Struijk Sloop en Grondwerken B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Krimpen aan de Lek. Blijkens het handelsregister houdt Struijk Sloop en Grondwerken B.V. zich vanaf 18 juni 1979 bezig met de aanneming van sloop- en grondwerken, ongeregeld goederenvervoer met vrachtauto's, groothandel in puin en grond, het inzamelen en transporteren van bouw- en sloopafval met behulp van containers, alsmede het sorteren en be- en/of verwerking van deze stoffen.¹³
13. De aandelen in Struijk Sloop en Grondwerken B.V. worden in de periode vanaf januari 2004 gehouden door Struijk S- en G Holding B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Krimpen aan de Lek.¹⁴ Struijk S- en G Holding B.V. en Struijk Sloop en Grondwerken B.V. worden in dit besluit tezamen ook aangeduid als "Struijk".

1.3 Het Rapport

14. Het in het Rapport van 27 oktober 2011 neergelegde redelijke vermoeden van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw betreft – kort en zakelijk weergegeven – het volgende.
15. Hofstede en Struijk hebben in de periode 2004 tot en met 2009 onderling deelgenomen aan een vijftal op zichzelf staande overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen door voorafgaand aan de inschrijving op aanbestedingen onderling hun inschrijfcijfers af te stemmen. Het betreft:
1. aanbesteding "Botersloot 175" te Rotterdam;
 2. aanbesteding "Las Palmas" te Rotterdam;
 3. aanbesteding "Marten Meesweg 5" te Rotterdam;
 4. aanbesteding "Bosland 20-26" te Rotterdam.

¹¹ Dossierstuk 7249/224, uittreksel KvK J.B.M. Hofstede Holding B.V.

¹² Dossierstuk 7249/224, uittreksel KvK Jermido B.V.

¹³ Dossierstuk 7249/225, uittreksel KvK Struijk Sloop en Grondwerken B.V.

¹⁴ Dossierstuk 7249/187, brief van 14 september 2011, p.1, zie ook uittreksel KvK Struijk S- en G Holding B.V., 7249/225.

Bij de vijfde aanbesteding "DTO 8 & 9" te Rozenburg (Rotterdam) vond, aldus het Rapport, niet alleen afstemming plaats over de inschrijfcijfers en over wie van beide partijen het werk wel of niet zou maken, maar werd tevens afgesproken welk werk er zou worden gemaakt: demontage in plaats van sloop.

16. Hofstede en Struijk hebben volgens het Rapport een inbreuk gemaakt op het kartelverbod zoals vervat in artikel 6, eerste lid, Mw.

2 Feiten en omstandigheden

17. In dit hoofdstuk zet de Raad zijn feitelijke bevindingen op grond van het onderliggende dossier, gezien het Rapport en de ingebrachte zienswijzen, uiteen.

2.1 *Context van de gedragingen*

18. Om de gedragingen zoals die verderop in dit hoofdstuk worden beschreven, te kunnen plaatsen, wordt in deze paragraaf eerst de context besproken waarbinnen de gedragingen hebben plaatsgevonden. Hieronder wordt daartoe nader ingegaan op de aard van de werkzaamheden, de verschillende opdrachtgevers en de wijze waarop sloopondernemingen opdrachten verkrijgen. Ten slotte wordt stilgestaan bij de activiteiten van de betrokken ondernemingen.
19. Deze zaak heeft betrekking op gedragingen van sloopondernemingen die sloopwerkzaamheden voor opdrachtgevers aanbieden en uitvoeren. Onder sloopwerkzaamheden wordt het afbreken, demonteren, omvertrekken of op andere wijze slopen van gebouwen, bouwwerken, installaties, fabrieken, waterbouwkundige werken en andere kunstwerken of delen van deze objecten verstaan. Het slopen van een bouwwerk kan worden onderscheiden in renovatiesloop en totaalsloop. Bij totaalsloop worden hele gebouwen gesloopt. Onder renovatiesloop wordt het ten dele slopen of verwijderen verstaan dat voorafgaat aan de renovatie van een gebouw.
20. Opdrachtgevers van sloopwerkzaamheden zijn partijen als overheden, ondernemingen – zoals bouwbedrijven en ontwikkelaars – en particulieren. Bij de gedragingen beschreven in dit besluit, waren de opdrachtgevers van de sloopwerkzaamheden een lokale overheid (Ontwikkelbedrijf Rotterdam), een projectontwikkelaar (OVG Nederland B.V.) en een bouwonderneming (Besix).

21. Bij de gedragingen beschreven in dit besluit, hebben opdrachtgevers met behulp van aanbestedingen geschikte opdrachtnemers gezocht. In dit besluit wordt onder het begrip 'aanbesteding' verstaan de, al dan niet gelijktijdige, uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een offerte of prijs in te dienen voor een opdracht tot de uitvoering van een werk. In het algemeen kan onderscheid worden gemaakt tussen Europese en 'onderhandse' aanbestedingen. In het geval van een Europese aanbesteding is er sprake van een aanbestedingsprocedure die op grond van regelgeving algemeen bekend moet worden gemaakt en waarvoor iedere geïnteresseerde aanbieder zich kan aanmelden.¹⁵ In het geval van een onderhandse aanbesteding hoeft de opdrachtgever de aanbesteding niet algemeen bekend te maken, maar nodigt de opdrachtgever tenminste twee ondernemingen uit tot het doen van een offerte. Niet relevant is op welk niveau (hoofdaanneming of onderaanneming) de uitnodiging van een opdrachtgever wordt uitgezet. Van een onderhandse aanbesteding in bovenbedoelde zin is ook sprake in de situatie dat een opdrachtgever reeds een offerte of prijs voor een bepaald werk heeft ontvangen en om de hoogte van deze offerte of prijs te kunnen 'testen' een of meer andere ondernemingen uitnodigt om te offren voor hetzelfde werk (hierna ook: marktconsultatie). De sloopwerken waarop dit besluit ziet, zijn allemaal door middel van onderhandse aanbestedingen in de markt gezet.
22. Kenmerkend voor alle vormen van aanbestedingen is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Met andere woorden, de aanbieders concurreren om dezelfde 'markt'. Dit stelt de aanbestedende partij in staat om de meest efficiënte 'inkoop' te doen voor de uitvoering van een bepaald werk. De beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders komt tot uitdrukking in de verschillende aanbiedingen waartoe de gegadigden elk zelfstandig zijn gekomen. Dit 'model' veronderstelt dat de aanbieders in de fase vóór de indiening van de offerte onderling geen contact hebben over de betreffende opdracht, zoals over het voornemen al dan niet in te schrijven en de parameters waarop de individuele aanbieders bij de inschrijving onderling concurreren, waaronder het inschrijfcijfer en onderliggende calculaties.
23. Hofstede had de afgelopen jaren een omzet van [EUR 10-15 miljoen]¹⁶ en is één van de grotere sloopondernemingen in Nederland. Een operationeel manager van Hofstede heeft

¹⁵ Besluit van 16 juli 2005 houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten) en Besluit van 16 juli 2005 houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit aanbestedingen speciale sectoren).

¹⁶ Dossierstuk 7249/64, reactie Hofstede op informatieverzoek, d.d. 9-3-2011. Het betreft meer specifiek de jaren 2004 t/m 2008.

verklaard dat Hofstede in Nederland een top tien speler is.¹⁷

24. Hofstede beschikt naar eigen zeggen over een zeer ruime ervaring in de verschillende disciplines van het slopen, zoals demonteren, asbestverwijdering, verwijdering van radioactieve bronnen, sanering en het werken met explosieven. Zij beschikt over gespecialiseerde machines waarmee zij stelt de meest ingewikkelde sloopobjecten uit te kunnen voeren.¹⁸ Hofstede voert de-asbesterings-, demontage-, sloop- en montagewerken uit van chemische en petrochemische installaties, energiecentrales, ziekenhuizen c.q. zorginstellingen, woonobjecten, kunstwerken, vliegtuigen, treinen, schepen en werken in de voedings- en genotsmiddelenindustrie. Hofstede voert volgens haar website zowel kleinere werken met een geringe omzet uit, als sloopwerken uit het hogere en complexere segment met een miljoenenomvang. Opdrachtgevers van Hofstede zijn onder meer gemeenten (circa 20-30%), raffinaderijen, energiebedrijven (centrales) en particulieren.¹⁹
25. Bevraagde opdrachtgevers hebben aangegeven dat zij Hofstede hebben geselecteerd, omdat zij een grote professionele slooponderneming is met de noodzakelijke certificaten en dat zij bovendien reeds goede ervaringen hadden met projecten die in het verleden door Hofstede zijn uitgevoerd.²⁰
26. Struijk is actief in het gebied tussen Amsterdam, Utrecht, Rotterdam, Breda en Zeeland en behaalt 90% van haar omzet in de Randstad (regio Zuidwest Nederland).²¹ Struijk had de afgelopen jaren een omzet van [EUR 2,5 tot 5 miljoen].²²
27. Struijk beschikt naar eigen zeggen over zeer ruime ervaring in de verschillende disciplines van het slopen, zoals demonteren, asbestsanering en industriële oppervlaktereiniging.²³ Struijk specialiseert zich in grote en moeilijke projecten, omdat zij daar minder concurrentie ondervindt.²⁴ Struijk stelt een belangrijke speler te zijn als het gaat om bijzondere projecten. Op eenvoudige werken ondervindt Struijk veel meer concurrentie.²⁵ Struijk is naar eigen zeggen allround. Zij kan alle typen werken aan.²⁶ Opdrachtgevers van Struijk zijn zowel de

¹⁷ Dossierstuk 7249/65, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] d.d. 24-3-2011, p. 4.

¹⁸ Dossierstuk 7249/193, <http://www.hofstede-group.com/nederlands/nederlandsindex.html> (website Hofstede B.V.), geraadpleegd op 13-9-2011.

¹⁹ Dossierstuk 7249/65, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk], d.d. 24-3-2011, p. 4.

²⁰ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva OVG, d.d. 26-07-2011. Zie ook dossierstuk 7249/154, gespreksverslag OBR d.d. 19-07-2011; dossierstuk 7249/43, gespreksverslag Amos Milieutechniek B.V., bijlage bij vva Amos Milieutechniek B.V. d.d. 04-08-2011.

²¹ Dossierstuk 7249/131, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk], d.d. 31-3-2011, p. 3.

²² Dossierstuk 7249/128, reactie Struijk op informatieverzoek d.d. 3-3-2011.

²³ Dossierstuk 7249/194, bron: <http://www.struijk.nl/groep/>, geraadpleegd op 13 september 2011.

²⁴ Dossierstuk 7249/117, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] d.d. 23-3-2010, p. 2.

²⁵ Dossierstuk 7249/132, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] d.d. 31-3-2011, p. 3.

²⁶ Dossierstuk 7249/142, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] d.d. 30-06-2011, p. 9.

overheid (10%) als commerciële partijen.²⁷

28. Door zowel een voormalig als huidig operationeel manager van Hofstede, wordt Struijk als één van de voornaamste concurrenten van Hofstede aangemerkt.²⁸ Struijk kan hetzelfde type werk als Hofstede aan.²⁹ Hofstede komt concurrenten zoals Struijk al sinds jaar en dag tegen bij aanbestedingen, nu deze zich op hetzelfde segment richt.³⁰ Hofstede concurreert volgens deze bevroegde persoon dan ook regelmatig met Struijk.³¹ Struijk heeft aangegeven dat zij een soortgelijk bedrijf is als Hofstede.³²
29. Ten aanzien van Struijk hebben de bevroegde opdrachtgevers aangegeven dat zij Struijk hebben geselecteerd, omdat dit een grote professionele slooponderneming is met de noodzakelijk certificaten, waarmee zij reeds goede ervaringen hadden.³³

2.2 De gedragingen

Inleiding

30. Zoals beschreven in randnummer 15 van dit besluit beschrijft het Rapport vijf aanbestedingsprojecten in de periode 2004 tot en met 2009 waarbij Struijk en Hofstede voorafgaand aan het uitbrengen van een offerte of prijs(aanbieding) contact met elkaar zouden hebben opgenomen. Het betreft de projecten "Marten Meesweg 5" te Rotterdam, "Botersloot 175" te Rotterdam, "Las Palmas" te Rotterdam, "Bosland 20-26" te Rotterdam en "DTO 8 & 9" te Rozenburg.
31. Ten aanzien van vier van de vijf projecten ("Marten Meesweg 5", "Botersloot 175", "Las Palmas" en "Bosland 20-26") hebben Struijk en Hofstede erkend dat zij voor het offreren contact met elkaar hebben opgenomen, waarbij sprake is geweest van 'prijslenen'.³⁴
32. Uit de verklaringen over 'prijslenen' die partijen in de onderzoeksfase hebben afgelegd en hun zienswijzen op het rapport blijkt wat zij onder 'prijslenen' verstaan. 'Prijslenen' vindt

²⁷ Dossierstuk 7249/132, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk], d.d. 31-3-2011, p. 3.

²⁸ Dossierstuk 7249/109, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk], d.d. 22-07-2011, p. 6. Hij noemt Struijk, Van Eijk, Lekkerkerker, DDM, Van Vliet en Beelen als voornaamste concurrenten. Zie ook dossierstuk 7249/65, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] d.d. 24-3-2011, p. 5. Daarin wordt gesteld dat Struijk, Sluyk, Schotte en Lekkerkerker concurrenten zijn.

²⁹ Dossierstuk 7249/109, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk], d.d. 22-07-2011, p. 6.

³⁰ Dossierstuk 7249/65, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk], d.d. 24-3-2011, p. 5.

³¹ Dossierstuk 7249/65, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk], d.d. 24-3-2011, p. 9.

³² Dossierstuk 7249/142, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], d.d. 30-06-2011, p. 11.

³³ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva OVG, d.d. 26-07-2011. Zie ook dossierstuk 7249/154, gespreksverslag OBR d.d. 19-07-2011; dossierstuk 7249/43, gespreksverslag Amos Milieutechniek B.V., bijlage bij vva Amos Milieutechniek B.V. d.d. 04-08-2011.

³⁴ Zie dossierstuk 7249/249, verslag van de hoorzitting, p. 11 en 13, dossierstuk 7249/258, dossierstuk 7249/246 inzake mondelinge zienswijze Hofstede, p. 3 en verder en dossierstuk 7249/245 inzake mondelinge zienswijze Struijk, pagina 2, randnummer 5. Zie voorts paragraaf 2.2.1 t/m 2.2.4 van dit besluit voor de verklaringen per project.

plaats op het moment dat een onderneming niet wenst in te schrijven op een aanbesteding, maar wel in beeld wenst te blijven bij de opdrachtgever voor toekomstige opdrachten. Deze onderneming leent dan een prijs van haar concurrent met als doel een prijs bij de opdrachtgever in te dienen zonder dat daarmee de aanbesteding wordt gewonnen.³⁵ Daarbij is het volgens partijen van belang dat de uitlenende onderneming de opdracht serieus wil maken en een scherpe prijs bij de opdrachtgever indient.³⁶ De lenende onderneming weet op haar beurt dat zij in beginsel hoger bij de uitslag van de aanbesteding zal eindigen en de opdracht niet wint.³⁷ Bij prijslenen is het volgens partijen niet de bedoeling dat de lenende onderneming onder de geleende prijs biedt.³⁸ Van de lenende onderneming werd verwacht dat zij boven de geleende prijs inschreef.

33. In de paragrafen 2.2.1 tot en met 2.2.4 volgen de details van het onderlinge contact dat Hofstede en Struijk hadden in het kader van deze vier projecten, waarbij de Raad tevens ingaat op de door partijen ingebrachte zienswijzen. De Raad merkt hierbij op dat in alle gevallen sprake is geweest van offerte- of biedprocedures die vallen onder de door de Raad gehanteerde definitie van een aanbesteding (zie randnummer 21 van dit besluit).
34. Ten aanzien van het vijfde project ("DTO 8 & 9" te Rozenburg) uit 2004 betogen partijen dat op grond van artikel 64 Mw de bevoegdheid van de NMa tot het opleggen van een boete is komen te vervallen omdat er meer dan vijf jaren zijn verstreken sinds de overtreding heeft plaatsgevonden. De Raad gaat hier in paragraaf 2.2.5. op in.

2.2.1 Aanbesteding "Botersloot 175" te Rotterdam

35. Botersloot 175 betreft een groot sloopproject bestaande uit een terrein met daarop een aantal gebouwen, een toren en een parkeergarage (het complex Laurensenhof, voormalige KPN locatie

³⁵ "Als ik een prijs leen van een concurrent, dan verander ik mijn offerte een beetje en ga ik boven de geleende prijs zitten. Ik ben in ieder geval nooit onder de geleende prijs gaan zitten. Dat geldt zowel voor onderhandse gunning als openbare aanbesteding.", Ik ga dan altijd vijf tot tien procent boven mijn prijs zitten, omdat bij een aanbesteding het criterium altijd de laagste prijs is. Het is een ongeschreven regel, een gentlemen's agreement dat je hoger inschrijft ten opzichte van de geleende prijs. Dossierstuk 7249/49, verklaring d.d. 24 maart 2010 van [vertrouwelijk], p. 4 van 6.

³⁶ "Ook was belangrijk dat de onderneming de opdracht serieus wilde maken en doorgaans scherp inschrijft. Dan eindig ik namelijk hoger." Dossierstuk 7249/105, verklaring d.d. 27 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 13 van 14. [vertrouwelijk] was ten tijde van de gedragingen algemeen directeur en eigenaar van Hofstede Sloperij B.V., alsmede van Hofstede B.V. Zie dossierstukken 7249/105 en 224. [vertrouwelijk] was ten tijde van de gedragingen commercieel directeur van Hofstede Sloperij B.V. Zie dossierstuk 7249/105.

³⁷ "Ik kan me voorstellen dat prijzen werden geleend, wanneer je het werk niet wilde maken, maar wel serieus genomen wilde blijven worden door de klant, omdat je in de toekomst wellicht nog wel werken voor die klant wil uitvoeren. [vertrouwelijk] heeft mij aangegeven dat dit bij ons gebeurde.", dossierstuk 7249/105, verklaring d.d. 27 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 5 van 14.

³⁸ "Bij prijslenen moet je natuurlijk wel hoger gaan zitten dan degene waarvan je de prijs leent, anders naai je hem door zijn werk te stelen." Dossierstuk 7249/132, verklaring d.d. 31 maart 2011 van [vertrouwelijk], p. 8 van 9. [vertrouwelijk] was ten tijde van de gedragingen directeur van Struijk Sloop en Grondwerken B.V. (dossierstuk 7249/142). "Je duikt niet onder een geleende prijs want dan is het vertrouwen geschaad." Dossierstuk 7249/109, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 8 van 11. [vertrouwelijk] was tot eind februari 2010 operationeel manager bij Hofstede Sloperij B.V. Zie dossierstuk 7249/109.

aan de Botersloot te Rotterdam).³⁹ Een deel van het complex Laurenschhof diende volledig gesloopt te worden en een ander deel moest gerenoveerd worden. De aanbesteding "Botersloot 175" zag op een deel daarvan, namelijk de renovatie van gebouw B (hierna: Bouwdeel B). Bouwdeel B is uiteindelijk het eerste gebouw geweest waar sloopwerkzaamheden zijn verricht.⁴⁰

36. De opdrachtgever van het project, OVG Nederland B.V. (hierna: OVG), heeft aanvankelijk alleen Hofstede gevraagd een offerte in te dienen voor het slopen van Bouwdeel B.⁴¹ OVG heeft in dit verband verklaard dat zij van plan was om Hofstede het gehele project ten aanzien van het complex Laurenschhof uit te laten voeren⁴², maar eerst de 'offerte' van Hofstede met betrekking tot Bouwdeel B wilde spiegelen in de markt, alvorens het gehele project aan Hofstede te gunnen. Meer in het bijzonder wilde OVG verifiëren of de door Hofstede ingediende '*budgetraming*' voor Bouwdeel B een juiste afspiegeling vormde van de marktprijs.⁴³ Deze '*budgetraming*' betreft blijkens het dossier een 'offerte' van Hofstede B.V. van 13 mei 2004 met richtprijzen voor verschillende werkzaamheden.⁴⁴
37. OVG heeft vervolgens bij brief van 25 augustus 2005 Struijk om een offerte gevraagd.⁴⁵ In die brief heeft OVG vermeld dat i) er op 5 september 2005 een aanwijzing zou plaatsvinden en ii) de offerte voor Bouwdeel B uiterlijk 16 september 2005 moest zijn ingediend. Naast Struijk en Hofstede zijn, volgens OVG, geen andere sloopondernemingen gevraagd om een offerte uit te brengen.⁴⁶
38. Hofstede en Struijk hebben beiden erkend in het kader van onderhavig project met elkaar contact te hebben gehad waarbij sprake is geweest van 'prijslenen'. Het 'prijslenen' heeft plaatsgevonden in de vorm van het voorleggen van een offerte door Struijk aan Hofstede, waarna Hofstede daarmee akkoord gaat. Hofstede heeft in dit verband verklaard: "*Struijk leent hier een prijs van Hofstede. Waarschijnlijk omdat Hofstede er al aan het werk was.*"⁴⁷ Struijk heeft desgevraagd verklaard: "*Wij zouden in dit geval ook nooit concurrerend kunnen zijn maar we hadden wel de verplichting om aan een bestaande klant een prijs op te geven. Zodoende had de heer [vertrouwelijk] een prijs en een offerte gemaakt en deze laten "beoordelen" door [vertrouwelijk] [toevoeging NMa: Hofstede]. Was de prijs te laag dan moest Struijk b.v. het werk uitvoeren (wat uitvoeringstechnisch niet mogelijk was). Te hoog dan maak je jezelf belachelijk bij*

³⁹ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva gespreksverslag OVG d.d. 26-07-2011, p. 2.

⁴⁰ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva gespreksverslag OVG d.d. 26-07-2011, p. 2.

⁴¹ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva gespreksverslag OVG d.d. 26-07-2011, p.2. Bijlage bij dit gespreksverslag gaat het specifiek om Hofstede B.V.

⁴² Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva gespreksverslag OVG d.d. 26-07-2011, p. 2.

⁴³ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva gespreksverslag OVG, d.d. 26-07-2011, p. 2.

⁴⁴ Zie dossierstuk 7249/157.

⁴⁵ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva gespreksverslag OVG, d.d. 26-07-2011; uitnodiging van OVG aan Struijk Sloop- en Grondwerken B.V.

⁴⁶ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva gespreksverslag OVG, d.d. 26-07-2011, p. 2.

⁴⁷ Dossierstuk 7249/109, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 10 van 11.

de opdrachtgever. Géén offerte uitbrengen had de consequentie dat je in het vervolg geen aanvraag meer krijgt."⁴⁸

39. In het onderstaande beschrijft de Raad nader de contacten en overige relevante feiten zoals deze op basis van het dossier kunnen worden vastgesteld.
40. Naar aanleiding van de uitnodiging van OVG van 25 augustus 2005 heeft Struijk een interne begroting opgesteld met als datum 14 september 2005.⁴⁹ Volgens deze begroting kan Struijk de sloopwerkzaamheden ten aanzien van Bouwdeel B uitvoeren voor een bedrag van EUR 143.814,44.
41. Voorafgaand aan het indienen van de offerte bij OVG heeft [vertrouwelijk] op 15 september 2005 per e-mail een offerte, inclusief een begeleidend faxbericht, aan [vertrouwelijk] (Hofstede) gestuurd inzake " *Subject: Botersloot 175 te Rotterdam (OVG)*".⁵⁰ De offerte bevat een omschrijving van de " *werkzaamheden*" van het project, de door Struijk beoogde inschrijfprijs (totaal EUR 193.800), de " *uitgangspunten*" en de beoogde " *planning*".⁵¹ [vertrouwelijk] schrijft hierbij:

*" Beste [vertrouwelijk],
Bijgaand onze offerte e.e.a. zoals afgesproken.
Gaarne morgenochtend voor 11:00 contact zodat ik de offerte er bijtijds uit kan doen.
Met vriendelijke groet,
[vertrouwelijk]*

*Struijk Sloop-en Grondwerken b.v.
Struijk Milieu b.v."*

42. Hieruit blijkt dat Struijk een reactie van Hofstede verwacht voordat Struijk haar offerte bij OVG indient.⁵²

⁴⁸ Dossierstuk 7249/147, aanvullende informatie naar aanleiding van verklaring van [vertrouwelijk] van 30 juni 2011, d.d. 28 juli 2011, p.3 – 4.

⁴⁹ Dat blijkt uit een e-mail met bijlage 05.170.xls die [vertrouwelijk] op 14 september 2005 aan zichzelf stuurt, dossierstuk 7249/167 (D_6903_0914431), bijlage bij vva d.d. 8 september 2011.

⁵⁰ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_097937).

⁵¹ Het bedrag waarvoor Struijk het sloopwerk kan uitvoeren, bedraagt EUR 174.800. Daarnaast wordt in de conceptofferte vermeld " *stelposten (geen onderdeel van bovengenoemde prijs)*". Hiermee geeft Struijk aan dat er bepaalde posten zijn die boven op het bedrag van EUR 174.800 komen. Ten aanzien van de " *stelposten*" voor het " *verwijderen*" van " *loszittend stucwerk*", " *asbest*" en " *installaties op de 5^{de} verdieping*" wordt een bedrag van EUR 19.000 vermeld.

⁵² Dossierstuk 7249/167 (D_6903_097937).

43. Uit het dossier blijkt dat Struijk's e-mail bij Hofstede is gelezen⁵³ en op 16 september 2005 vroeg in de ochtend stuurt [vertrouwelijk] (Hofstede) per e-mail met het onderwerp " *RE: Botersloot 175 te Rotterdam (OVG)*" de volgende reactie:

*" Beste [vertrouwelijk],
Prima zo.
Mzzl
[vertrouwelijk]"*⁵⁴

44. Op 16 september 2005 heeft [vertrouwelijk] namens Struijk Sloop- en Grondwerken B.V. haar definitieve offerte met een totale inschrijfprijs van EUR 193.800 bij OVG ingediend.⁵⁵
45. Ook Hofstede B.V. heeft op 16 september 2005 bij OVG een offerte ingediend.⁵⁶ De opdracht voor Bouwdeel B wordt aan Hofstede B.V. gegund voor een bedrag van EUR 192.000.⁵⁷ Hieruit volgt dat Hofstede de laagste prijs heeft ingediend. Hierop volgend zijn de andere delen van het sloopwerk door middel van een één-op-één gunning aan Hofstede gegund.⁵⁸
46. De Raad stelt op basis van voorgaande randnummers vast dat Hofstede en Struijk hun inschrijfgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig hebben vastgesteld. Struijk heeft Hofstede voor de inschrijving inzicht gegeven in haar beoogde offerte, inclusief de inschrijfprijs. Met haar reactie "*Prima zo.*" heeft Hofstede er blijk van gegeven dat zij het eens was met de inschrijfprijs van Struijk en heeft zij aan Struijk de zekerheid gegeven dat diens inschrijfprijs in beginsel voldoende hoog was om de opdracht niet gegund te krijgen. Hofstede wist op haar beurt voor het uitbrengen van haar offerte, dat Struijk geen interesse had in het project.

Zienswijze van partijen en beoordeling daarvan door de Raad

47. Hofstede en Struijk betwisten dat sprake is geweest van een aanbesteding omdat op voorhand zou hebben vastgestaan dat Hofstede het project zou krijgen. Hofstede was volgens partijen reeds actief op het terrein (voor een ander bouwdeel), waardoor het project voor Struijk technisch niet uitvoerbaar was. De opdrachtgever wilde bovendien het werk niet gunnen aan Struijk, maar zou enkel een prijs aan Struijk hebben gevraagd om de redelijkheid

⁵³ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0914424).

⁵⁴ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0914423).

⁵⁵ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva gespreksverslag OVG, d.d. 26-07-2011, p. 2. Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0973605), digitale versie van fax van Struijk aan OVG d.d. 16-9-2005.

⁵⁶ Dossierstuk 7249/166 (D_6903_0523150), e-mail van Hofstede aan OVG d.d. 25-10-2005 met bijlage concept overeenkomst gedateerd 25 oktober 2005 met verwijzing naar bijlage 8 'offerte Hofstede B.V. d.d. 16 september 2005'; dossierstuk 7249/30, bijlage vva gespreksverslag OVG d.d. 26-07-2011, definitieve Overeenkomst van 27 oktober 2005 met verwijzing naar bijlage 8 'offerte Hofstede B.V. d.d. 16 september 2005'.

⁵⁷ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva gespreksverslag OVG d.d. 26-07-2011, p. 2. Zie ook Bijlage Overeenkomst van 27 oktober 2005 bij vva gespreksverslag OVG d.d. 26-07-2011, dossierstuk 7249/30, p. 2.

⁵⁸ Dossierstuk 7249/30, bijlage bij vva gespreksverslag OVG d.d. 26-07-2011, p. 2.

van de offerte (budgetraming) van Hofstede te kunnen beoordelen. De opdrachtgever was volgens Hofstede en Struijk alleen maar aan het 'leuren'. Volgens Struijk heeft de opdrachtgever daarmee misbruik gemaakt van Struijk.

48. Struijk stelt voorts dat Struijk en Hofstede niet de enige ondernemingen zijn geweest die bij de aanwijzing aanwezig zijn geweest. Meer specifiek zou Struijk bij de aanwijzing vertegenwoordigers van twee andere ondernemingen hebben gezien. De Raad begrijpt dit verweer aldus dat OVG ook andere ondernemingen zou hebben uitgenodigd om te offrenen.
49. Gelet op de verklaring van de opdrachtgever dat er "*geen andere sloopondernemingen [zijn] gevraagd om een offerte uit te brengen*", volgt de Raad Struijk niet in haar betoog dat de opdrachtgever naast Struijk en Hofstede ook andere ondernemingen zou hebben uitgenodigd om te offrenen. Zelfs in de situatie dat de opdrachtgever meer ondernemingen zou hebben benaderd, doet dit geen afbreuk aan het feit dat Hofstede en Struijk met elkaar contact hebben gehad en hun inschrijfgedrag niet zelfstandig hebben vastgesteld.
50. Ook gaat de Raad voorbij aan het betoog van Hofstede en Struijk dat van een aanbesteding geen sprake was. De Raad is van oordeel dat sprake is van een aanbesteding wanneer een opdrachtgever, al dan niet gelijktijdig, twee of meer ondernemingen uitnodigt om een offerte/prijs in te dienen (zie randnummer 21 van dit besluit). Dit geldt ook wanneer een opdrachtgever de hoogte van een reeds ontvangen offerte/prijs wil "testen" door andere ondernemingen uit te nodigen om te offrenen. Met hun betoog dat de opdrachtgever is gaan 'leuren' bevestigen partijen dat dit aan de orde is geweest. Uit de feiten blijkt bovendien dat de eerdere offerte van Hofstede van 13 mei 2004 'slechts' richtprijzen voor verschillende werkzaamheden bevatte en dat Hofstede op 16 september, na de voorgenomen offerte van Struijk te hebben goedgekeurd, nogmaals een offerte heeft ingediend. Ten slotte merkt de Raad op dat uit de verklaring van de opdrachtgever dat het onderhavig project "*uiteindelijk het eerste gebouw is geweest waar sloopwerkzaamheden zijn verricht*" niet volgt dat Hofstede reeds werkzaam was op het terrein. Wat hier ook van zij, het heeft Struijk in ieder geval niet belet om zich richting de opdrachtgever als reële partij te presenteren.
51. Dat de opdrachtgever het werk, zoals partijen stellen, mogelijk niet aan Struijk zou hebben willen gunnen, acht de Raad in dit verband niet relevant. Feit is dat de opdrachtgever de budgetraming van Hofstede heeft gespiegeld in de markt en naast Hofstede ook Struijk heeft uitgenodigd om te offrenen. Daarmee acht de Raad een aanbesteding gegeven.
52. Hofstede heeft ten slotte gesteld dat van de ondernemingen die de NMa gezamenlijk Hofstede noemt, uitsluitend Hofstede B.V. feitelijk betrokken is geweest bij de gedragingen betreffende het project 'Botersloot 175'. Uitsluitend Hofstede B.V. is door de opdrachtgever benaderd en heeft geoffreerd. Dat geldt niet voor de overige Hofstede-vennootschappen.

53. De Raad stelt in dit verband vast dat Hofstede Sloperij B.V. inderdaad niet is benaderd door de opdrachtgever en evenmin heeft geoffreerd. Met Hofstede moet daarom worden aangenomen dat Hofstede Sloperij B.V. niet feitelijk bij de gedragingen in het kader van dit project betrokken is geweest en de gedragingen op conto van Hofstede B.V. zijn verricht.⁵⁹ Wat betreft de overige Hofstede vennootschappen – uitgezonderd Hofstede B.V. – kan de Raad kort zijn. Zij zijn, zoals blijkt uit het Rapport, niet betrokken in deze procedure uit hoofde van hun feitelijke betrokkenheid bij de gedragingen, maar uit hoofde van hun aandeelhouderschap en daarmee zeggenschap over Hofstede B.V. ten tijde van het project 'Botersloot 175'. De Raad verwijst hiervoor naar hoofdstuk 4 van dit besluit.

2.2.2 Aanbesteding "Las Palmas" te Rotterdam

54. In 2005 is het werk Las Palmas te Rotterdam aanbesteed door Ontwikkelbedrijf Rotterdam (hierna: OBR) waarbij drie aannemers zijn uitgenodigd om te offren: (i) combinatie Strukton-Jurriens (ii) combinatie Besix-Van Hout (hierna: Besix) en (iii) Van der Linden.⁶⁰ Het gebouw Las Palmas kreeg een nieuwe bestemming waarbij allereerst het pand volledig moest worden gestript alvorens het gerenoveerd kon worden. Volgens Besix was het sloopwerk voor dit project specialistisch en erg omvangrijk van aard.⁶¹

55. Besix heeft in het kader van deze aanbesteding tien sloopondernemingen benaderd, waaronder Struijk⁶² en Hofstede⁶³, voor een offerte voor de sloopwerkzaamheden binnen het project, om vervolgens haar eigen offerte richting de opdrachtgever OBR op te kunnen stellen.⁶⁴ Van deze tien ondernemingen, hebben vier ondernemingen (Groeneveld, Knijnenburg, Hofstede en Struijk) omstreeks 30 september 2005 een offerte bij Besix ingediend.⁶⁵

⁵⁹ Zie ook dossierstuk 7249/166, bijlage overzicht met projecten die Hofstede B.V. in uitvoering heeft, met als één van de genoemde projectleiders [vertrouwelijk] en bijlage conceptovereenkomst tussen OVG en Hofstede B.V. die van de zijde van Hofstede B.V. door ('directeur') [vertrouwelijk] zou worden ondertekend.

⁶⁰ Dossierstuk 7249/153, verslag telefonisch gesprek Besix d.d. 11-08-2011p. 2.

⁶¹ Dossierstuk 7249/153, verslag telefonisch gesprek Besix d.d. 11-08-2011p. 2.

⁶² Struijk Sloop en Grondwerken B.V.

⁶³ Besix heeft het specifiek over 'Hofstede Sloopwerken' (dossierstuk 7249/14) en over 'Hofstede' (zie bijlage bij dossierstuk 7249/14. Dit moet Hofstede B.V. zijn; uit de door Hofstede B.V. ingediende offerte blijkt dat Hofstede B.V. een 'aanvraag' van de opdrachtgever heeft ontvangen (dossierstuk 7249/77 (D_6903_0540089) en dossierstuk 7249/73 bijlage 1). Zie nader randnummer 79 van dit besluit.

⁶⁴ De tien ondernemingen zijn: Bos Mijdrecht, DDM Montfoort, Schotte Nieuwerker, Kruiswijk Vlist, Struijk Krimpen, Van Eck Den Haag, Knijnenburg Den Haag, Groeneveld, Betonsloopwerken Nieuwendijk, Hofstede Sloopwerken Rotterdam, brief van Besix aan de NMa van 1 juni 2011, dossierstuk 7249/14. Zie ook dossierstuk 7249/153, verslag telefonisch gesprek Besix d.d. 11-08-2011.

⁶⁵ Dossierstuk 7249/153, verslag telefonisch gesprek Besix d.d. 11-08-2011, p. 2. Zie ook dossierstuk 7249/14.

56. Omdat opdrachtgever OBR de opdracht niet aan Besix, maar aan Strukton-Jurriens heeft gegund, heeft dit project voor Besix geen vervolg gekregen.⁶⁶ Hetzelfde geldt voor de door genoemde vier ondernemingen bij Besix ingediende offertes.
57. Uit de verklaring van Besix blijkt dat mocht zij deze aanbesteding hebben gewonnen, zij opnieuw zou zijn gaan "rondbellen" om offertes voor sloopwerkzaamheden op te vragen.⁶⁷ Het winnen door Besix van de aanbesteding door OBR zou derhalve niet automatisch hebben geleid tot het gunnen van het sloopwerk aan Struijk, aldus Besix.⁶⁸
58. Hofstede en Struijk hebben beiden erkend in het kader van onderhavig project met elkaar contact te hebben gehad waarbij sprake is geweest van 'prijslenen'. Meer specifiek blijkt uit het dossier dat Struijk op verzoek van Hofstede een prijs heeft geleend aan Hofstede. Hofstede heeft vervolgens haar offerte bij Besix ingediend waarin de geleende prijs van Struijk is opgenomen. De geleende prijs lag boven de door Struijk bij Besix ingediende prijs.
59. Struijk heeft in dit verband onder meer verklaard: *"We hebben een prijs gegeven aan Hofstede, zodat deze een offerte kon indienen."* En: *"Hofstede had ons gevraagd om een offerte"*. En: *"Wij bepalen de prijs en de uitgangspunten daarvan. Het zou niet zo kunnen zijn dan hij voor €290.000 inschrijft. Dan neemt hij een risico en wij geven hem dan geen prijs meer in het vervolg. De bedoeling is dat hij hoger inschrijft. [...]"*⁶⁹
60. Hofstede heeft in dit verband verklaard: *"Dat zou kunnen dat hier een prijs is gevraagd voor dit project. Hier is inderdaad een prijs geleend die wij hebben overgenomen. Het was gebruikelijk dat de andere partij dan de prijs bepaalde waarmee je in kon schrijven."*⁷⁰ En: *"Dit is ook prijslenen. Dit was helemaal niet ons soort werk. Stripwerk, daar hebben zij geen mensen voor. Dus ik kan me heel goed voorstellen dat ik Struijk om een prijs heb gevraagd. Het is vaak eenvoudiger om een prijs te lenen, dan om een onderaannemer in te schakelen en daar 10% marge op te zetten. Als die namelijk failliet gaat, kunnen wij het oplossen. Aan Besix ga ik natuurlijk niet zeggen dat ik een prijs heb geleend van Struijk. Dan lig ik er voortaan uit bij hen. Dus probeer ik te voorkomen dat ze erachter komen en ga ik er niet 3%, maar 10% boven zitten. De winst voor Struijk is dat hij één concurrent minder heeft. Want hij weet ik in ieder geval al dat wij de opdracht niet gaan uitvoeren"*.⁷¹

⁶⁶ Dossierstuk 7249/153, verslag telefonisch gesprek Besix d.d. 11-08-2011, p. 1.

⁶⁷ Dossierstuk 7249/153, verslag telefonisch gesprek Besix d.d. 11-08-2011p. 4.

⁶⁸ Dossierstuk 7249/153, verslag telefonisch gesprek Besix d.d. 11-08-2011p. 4.

⁶⁹ Dossierstuk 7249/142, verklaring d.d. 30 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 5 van 12. [vertrouwelijk] was ten tijde van de gedragingen directeur van Struijk Sloop en Grondwerken B.V. (dossierstuk 7249/142).

⁷⁰ Dossierstuk 7249/109, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 7 van 11.

⁷¹ Dossierstuk 7249/105, bijlage bij verklaring d.d. 27 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 10 van 14.

61. In het onderstaande beschrijft de Raad nader de contacten en overige relevante feiten zoals deze op basis van het dossier kunnen worden vastgesteld.
62. Op 19 september 2005 stuurt [vertrouwelijk] een e-mail aan [vertrouwelijk] (Hofstede) met als onderwerp "LP":

*" Beste [vertrouwelijk],
Morgen krijg je het.
Met vriendelijke groet,
[vertrouwelijk]
Struijk Sloop- en Grondwerken b.v."72*

63. Uit de daarop volgende contacten tussen Hofstede en Struijk blijkt dat "LP" een afkorting voor het Las Palmas project is. Zo stuurt [vertrouwelijk] (Hofstede) op 28 september 2005 een reactie aan Struijk met hetzelfde onderwerp met daarin de tekst: "Las Palmas?".⁷³ Dezelfde dag laat Struijk weten:

*" Beste [vertrouwelijk],
Ben er mee bezig, net nog een nota ontvangen, vrijdag krijg je de prijs.
Met vriendelijke groeten,
[vertrouwelijk]
Struijk Sloop-en Grondwerken b.v."74*

64. Voorts blijkt uit een e-mail die [vertrouwelijk] op 28 september 2005 (19:30 uur) aan zichzelf heeft gestuurd dat op die datum Struijk een offerte gereed heeft gemaakt. Als bijlagen bij dit e-mailbericht zijn zowel een faxbericht als een offerte van Struijk Sloop- en Grondwerken b.v., gericht aan Besix België N.V. gevoegd. Uit deze offerte aan Besix blijkt dat Struijk het sloopwerk voor een totale prijs van EUR 299.800 kan verrichten. In het faxbericht staat:

*"Geachte heer [vertrouwelijk],
Bijgaand ontvangt u onze offerte voor het sloopwerk t.b.v. de renovatie van het gebouw Las Palmas te Rotterdam.
Met vriendelijke groet,
[vertrouwelijk].75*

⁷² Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0914351), bijlage bij vva d.d. 8 september 2011.

⁷³ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0914351), bijlage bij vva d.d. 8 september 2011.

⁷⁴ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0914351), bijlage bij vva d.d. 8 september 2011.

⁷⁵ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0914344), bijlage bij vva d.d. 8 september 2011.

65. Uit een e-mailbericht van 29 september 2005 dat in het volgende randnummer wordt weergegeven, alsmede de verklaring van [vertrouwelijk] hieromtrent dat de offerte van Struijk *"vijf minuten voor het verzenden van die e-mail"* per fax de deur is uitgedaan, blijkt dat Struijk haar offerte op 29 september 2005 heeft verzonden.

66. Op 29 september 2005 (om 8:49 uur) heeft [vertrouwelijk] een e-mail aan [vertrouwelijk] (Hofstede) gestuurd over *"Prijs Las Palmas"* met als bijlage een offerte voor Hofstede aan Besix. [vertrouwelijk] schrijft:

*" Beste [vertrouwelijk],
Gaarne verscrijven in eigen opbouw, stijl en uitgangspunten.
Hier opgegeven prijs is de door jou te scrijven prijs (€328.900,-).
Dit is±10% boven onze prijs.
Morgen, 30 september versturen. Anders komen ze allebei tegelijk, aanbesteding is half volgende week.
Met vriendelijke groet,
[vertrouwelijk]
Struijk Sloop- en Grondwerken b.v."76*

67. De bijgevoegde offerte bevat dezelfde prijs als opgenomen in de e-mail, te weten EUR 328.900. Uit de zinsnede in de e-mail *" Hier opgegeven prijs is de door jou te scrijven prijs (€328.900,-)"* en de bijgevoegde offerte blijkt dat Struijk de prijs van Hofstede heeft bepaald. Met de zin *" Dit is±10% boven onze prijs"* heeft Struijk aan Hofstede duidelijk gemaakt dat de (offerte)prijs van Struijk voor dit project lager ligt.

68. Naar aanleiding van de vraag van de NMa wat wordt bedoeld met de zinsnede *" eigen opbouw, stijl en uitgangspunten"*, heeft [vertrouwelijk] (Hofstede) verklaard: *" Dat is logisch. Je neemt het dan over in je eigen huisstijl."*⁷⁷

69. Over de zinsnede *" [m]orgen, 30 september versturen. Anders komen ze allebei tegelijk, aanbesteding is half volgende week"* heeft Struijk verklaard: *" Als de offertetermijn nog een paar dagen duurt zou het raar zijn als de fax van Hofstede meteen na die van ons zou binnenkomen."*⁷⁸ Van de zijde van Hofstede [vertrouwelijk] is hieromtrent verklaard: *" Je wilt alle schijn wegnemen dat er offertes zijn afgestemd"*.⁷⁹

⁷⁶ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_098029), bijlage bij vva d.d. 8 september 2011.

⁷⁷ Dossierstuk 7249/109, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 8 van 11.

⁷⁸ Dossierstuk 7249/142, verklaring d.d. 30 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 6 van 12.

⁷⁹ Dossierstuk 7249/109, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 8 van 11.

70. Uit het dossier blijkt dat Hofstede vervolgens, na de offerte in eigen stijl te hebben verwerkt, op 30 september 2005 haar offerte aan Besix heeft doen toekomen. Op 6 oktober 2005 stuurt [vertrouwelijk] namens Hofstede B.V. een e-mail aan "*Van Hout.be*" (toevoeging NMa: Besix-Van Houten consortium) met als onderwerp "*5376 Besix Nederland BV – sloopwerk Las Palmas.doc*". In de e-mail geeft Hofstede aan dat zij de originele offerte op 30 september per post heeft verzonden. Bij de e-mail is een bijlage gevoegd waarin de offerte van Hofstede B.V. aan Besix Nederland B.V. is gevoegd. Onder het kopje 'Prijs' is 'een vaste aanneemsom' voor het werk weergegeven van EUR 328.900.⁸⁰ Deze prijs is gelijk aan de prijs die Struijk op 29 september 2005 aan Hofstede heeft 'opgegeven'.
71. Hoewel de Raad niet over de bij Besix daadwerkelijk ingediende en derhalve ondertekende offerte van Struijk beschikt, gaat de Raad ervan uit dat dit de offerte weergegeven in randnummer 64 van dit besluit is geweest. Deze offerte kent als datum 29 september 2005 en was gereed om verzonden te worden.
72. De offertes van Hofstede en Struijk zijn aan verschillende zusterondernemingen van Besix (Besix Nederland en Besix België) gestuurd. Van de zijde van Besix is aangegeven dat het hier om twee vestigingen van dezelfde onderneming gaat en dat men soms uit gewoonte een offerte naar een bepaalde vestiging stuurt.⁸¹ [Vertrouwelijk] (Hofstede) heeft verklaard dat Hofstede en Struijk mogelijk verschillende vestigingen hebben aangeschreven om de schijn op te houden dat er niet onderling was afgestemd.⁸²
73. De Raad stelt op basis van voorgaande randnummers vast dat Hofstede en Struijk hun inschrijfgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig hebben vastgesteld. Struijk heeft Hofstede op diens verzoek een offerte verstrekt met een door Hofstede te offren prijs van EUR 328.900. Struijk heeft daarbij vermeld dat de door Hofstede te offren prijs ongeveer 10% boven haar eigen offerteprijs lag. Hofstede heeft conform de van Struijk geleende prijs een offerte uitgebracht aan Besix. Struijk wist door de contacten met Hofstede voordat zij haar eigen offerte uitbracht, dat Hofstede geen interesse had in het project. Hofstede kreeg op haar beurt van Struijk de zekerheid dat haar offerteprijs in beginsel voldoende hoog was om de opdracht niet gegund te krijgen.

Zienswijze van partijen en beoordeling daarvan door de Raad

74. Hofstede en Struijk betwisten dat sprake is geweest van een (inschrijving op een) aanbesteding. Struijk wijst erop dat sprake is geweest van een offerte-indiening, waarbij Besix als een van de drie hoofdaannemers tien sloopaannemers heeft gevraagd om te offren.

⁸⁰ Dossierstuk 7249/77 (D_6903_0540089), e-mail en offerte aan Besix Nederland B.V. gedateerd 6 oktober 2005. Zie ook dossierstuk 7249/73 bijlage 1.

⁸¹ Dossierstuk 7249/153, verslag telefonisch gesprek Besix d.d. 11-08-2011, p. 4.

⁸² Dossierstuk 7249/109, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 7 van 11.

Hofstede acht essentieel dat de OBR de opdracht niet aan Besix, maar aan de combinatie Strukton-Jurriëns heeft gegund. Dit betekent volgens Hofstede dat Besix geen werk heeft aanbesteed, omdat zij het werk niet had gekregen. De inschrijving van Hofstede heeft dus geen enkele invloed gehad op (de voorwaarden van) het door Strukton-Jurriëns in opdracht van OBR uitgevoerde werk.

75. De Raad gaat voorbij aan dit betoog van Hofstede en Struijk. De Raad is van oordeel dat sprake is van een aanbesteding wanneer een opdrachtgever, al dan niet gelijktijdig, twee of meer ondernemingen uitnodigt om een offerte/prijs in te dienen (zie randnummer 21). Met haar betoog dat sprake is geweest van een offerte-indiening, waarbij Besix tien sloopaannemers heeft gevraagd om te offeren voor de sloopwerkzaamheden van het project Las Palmas, bevestigt Struijk dat hiervan sprake is geweest. Het gegeven dat Besix dit project uiteindelijk niet gegund heeft gekregen, maakt het feit dat Besix verschillende ondernemingen heeft bevroegd voor een offerte voor de sloopwerkzaamheden alsmede dat Hofstede en Struijk in dat kader contact met elkaar hebben gehad niet ongedaan. Ook het betoog van Hofstede dat haar inschrijving van Hofstede geen enkele invloed heeft gehad op (de voorwaarden van) het door Strukton-Jurriëns in opdracht van OBR uitgevoerde werk, laat het aanbestedingskarakter van de door Besix gehouden offerteronde, alsmede de contacten tussen Hofstede en Struijk die hebben plaatsgevonden, onverlet.
76. Struijk heeft voorts naar voren gebracht dat op het moment dat Hofstede het project van een andere hoofdaannemer (dan Besix) zou aannemen, Struijk in onderaanneming van Hofstede het project zou uitvoeren. Struijk heeft tijdens de hoorzitting in dit verband verklaard: *“In het geval van Besix geeft Struijk aan één hoofdaannemer een prijs op en leent zij een prijs aan Hofstede. Hofstede geeft niet alleen aan Besix een prijs op, maar ook aan Strukton. Als Strukton in de hoofdaanbestedingsfase de laagste wordt, dan zegt hij op een gegeven moment tegen Hofstede: “Jij krijgt dat werk, want ik heb in de aanbestedingsfase met jouw prijs geschreven.” Een nette aannemer als Strukton doet dat. Op dat moment gunt hij Hofstede het werk en de afspraak zou dan zijn dat Struijk het werk zou gaan uitvoeren voor Hofstede omdat Hofstede de prijs van Struijk heeft geleend. In eerste instantie had Struijk geen prijs opgegeven aan Strukton, die op dat moment wel een nette relatie heeft met Hofstede. Dus zou Struijk dat werk dan uitvoeren voor Hofstede.”*
77. Naar het oordeel van de Raad wordt deze toelichting niet bevestigd door verklaringen van Hofstede, maar sluiten deze verklaringen ook niet uit dat voornoemde aanvullende afspraak, waaraan Struijk refereert, is gemaakt. Wat hier ook van zij, de Raad constateert dat deze toelichting het bestaan van het prijslenen door Hofstede van Struijk als uitgangspunt neemt en geen afbreuk doet aan de contacten die in dat kader tussen Hofstede en Struijk hebben plaatsgevonden.

78. Hofstede heeft ten slotte gesteld dat van de ondernemingen die de NMa gezamenlijk Hofstede noemt, uitsluitend Hofstede B.V. feitelijk betrokken is geweest bij de gedragingen betreffende het project 'Las Palmas'. Uitsluitend Hofstede B.V. heeft geoffreerd. Dat geldt niet voor de overige Hofstede-vennootschappen.
79. De Raad stelt in dit verband vast dat op basis van het dossier niet kan worden vastgesteld dat Hofstede Sloperij B.V. is benaderd door de opdrachtgever. Daarnaast heeft Hofstede B.V. (en niet Hofstede Sloperij B.V.) een offerte uitgebracht. In deze offerte is opgenomen de zinsnede "*onder dankzegging van uw aanvraag*" waaruit de Raad afleidt dat Hofstede B.V. de uitgenodigde entiteit was. Met Hofstede moet daarom worden aangenomen dat Hofstede Sloperij B.V. niet feitelijk bij de gedragingen in het kader van dit project betrokken is geweest en dat de gedragingen op conto van Hofstede B.V. zijn verricht. Wat betreft de overige Hofstede vennootschappen – uitgezonderd Hofstede B.V. – kan de Raad kort zijn. Zij zijn, zoals blijkt uit het Rapport, niet betrokken in deze procedure uit hoofde van hun feitelijke betrokkenheid bij de gedragingen, maar uit hoofde van hun aandeelhouderschap en daarmee zeggenschap over Hofstede B.V. ten tijde van het project 'Las Palmas'. De Raad verwijst hiervoor naar hoofdstuk 4 van dit besluit.

2.2.3 Aanbesteding "Marten Meesweg 5" te Rotterdam

80. OVG Nederland B.V. (hierna: OVG) heeft Amos Milieutechniek B.V. (hierna: Amos), een milieutechnisch adviesbureau, ingeschakeld om de aanbesteding van het sloopproject 'Marten Meesweg 5' te begeleiden. Het project betrof fase 1 van het gedeeltelijk slopen van de aan de Marten Meesweg 5 te Rotterdam gelegen fabriekshal.
81. Amos heeft in samenspraak met OVG hiervoor vijf ondernemingen (Oskam., A.S.P., Hofstede, Struijk en Van Eijk)⁸³ geselecteerd op grond van de volgende criteria: (i) grootte van de onderneming, (ii) professionaliteit en expertise van de onderneming, (iii) vestigingsplaats onderneming in de Randstad, (iv) bezit van de noodzakelijke certificaten en (v) ervaring met sloopwerken van een dergelijke omvang.⁸⁴ Bij brief van 10 oktober 2005 heeft Amos de vijf ondernemingen uitgenodigd een offerte uit te brengen voor de sloopwerkzaamheden aan de Marten Meesweg 5.⁸⁵

⁸³ Gespreksverslag Amos Milieutechniek B.V., opgenomen als bijlage bij vva bezoek Amos Milieutechniek B.V., d.d. 04-08-2011, dossierstuk 7249/43, p. 1. Uit het tevens bijgevoegde proces-verbaal van aanbesteding blijkt dat het specifiek om A.S.P., Aannemersbedrijf Oskam B.V., Van Eijk Sloopwerken B.V. en Struijk Sloop- en Grondwerken B.V. gaat. Zie ook dossierstuk 7249/27. Wat betreft Hofstede vermelden deze stukken Hofstede Sloopwerken B.V. Dit moet Hofstede B.V. zijn (zie randnummers 103 t/m 105 van dit besluit).

⁸⁴ Gespreksverslag Amos Milieutechniek B.V., opgenomen als bijlage bij vva bezoek Amos Milieutechniek B.V., d.d. 04-08-2011, dossierstuk 7249/43, p. 1. Zie ook dossierstuk 7249/43, brief aan ondernemingen van Amos Milieutechniek B.V.

⁸⁵ Dossierstuk 7249/67, uitnodigingsbrief en gespreksverslag Amos Milieutechniek B.V., bijlage bij vva bezoek Amos Milieutechniek B.V. d.d. 04-08-2011.

82. Inschrijving op dit sloopwerk diende plaats te vinden middels het doen van een prijsaanbieding op 9 november 2005, in combinatie met het op diezelfde dag houden van een presentatie ten overstaan van vertegenwoordigers van OVG en Amos. Afzonderlijk van elkaar diende elke onderneming een presentatie te geven waarin zij haar plan van aanpak en planning nader toelichtte.⁸⁶ Alle vijf voormelde ondernemingen hebben op deze wijze op het werk ingeschreven.⁸⁷ Het werk is vervolgens gegund aan Van Eijk op basis van een weging van prijs (50%), presentatie (10%), plan van aanpak (10%) en planning (30%).⁸⁸ Van Eijk kreeg het werk gegund voor EUR 224.450. Struijk en Hofstede eindigden als nummers 4 en 5, waarbij Struijk een aanneemsom van EUR 458.900 had ingediend en Hofstede een aanneemsom van EUR 499.500.⁸⁹
83. Hofstede en Struijk hebben beiden erkend in het kader van onderhavig project met elkaar contact te hebben gehad waarbij sprake is geweest van 'prijsslenen'. Meer specifiek blijkt uit het dossier dat Struijk, op verzoek van Hofstede, een prijs heeft geleend aan Hofstede. Struijk heeft daartoe verschillende documenten, die zij had opgesteld in het kader van de aanbesteding van OVG, aan Hofstede doen toekomen. Hiertoe behoren een begroting en een offerte die beiden een prijs bevatten van EUR 448.900. Hofstede heeft vervolgens met een hogere prijs geoffreerd.
84. Hofstede heeft in dit verband verklaard: "[...] *Ik kreeg een verzoek van Amos om een presentatie te geven voor het slopen van dit werk. Bij de presentatie trof ik een andere sloper. Ik weet niet meer wie. Die andere sloper was onderdeel van Amos. Toen bedacht ik me dat het niet zinnig was om in te schrijven. Ik dacht: "Bij een slechte prijs mag ik het doen, anders gaat hij eronder zitten". Ik heb toen contact gezocht met Struijk, met de vraag of hij ging inschrijven. Hij zei: "Ja". Toen heb ik hem om een prijs gevraagd, zodat ik toch, zonder veel moeite, kon inschrijven. Dat contact met Struijk moet met [vertrouwelijk] of [vertrouwelijk] zijn geweest. Ik had met anderen binnen die onderneming geen contact over prijsslenen".*⁹⁰
85. Struijk heeft verklaard: "*Ja, we kwamen elkaar tegen bij de aanwijzing*".⁹¹ En: "*Struijk heeft open begroting, offerte en werkwijze en uitvoeringsmethode naar de heer [vertrouwelijk] gestuurd omdat de heer Hofstede telefonisch een offerte heeft opgevraagd aan de heer [vertrouwelijk] [...] De uitroptekens zijn een duidelijke accentuering dat wij voor deze prijs, voor hun, het werk zouden kunnen uitvoeren en kosten welke in de omschrijving en offerte niet verwoord waren moesten door*

⁸⁶Gespreksverslag Amos Milieutechniek B.V., opgenomen als bijlage bij VvA Bezoek Amos Milieutechniek B.V., d.d. 04-08-2011, 7249/43 (6903_1/418), p. 1.

⁸⁷Zie proces verbaal van aanbesteding, opgenomen als bijlage bij VvA bezoek Amos Milieutechniek B.V., d.d. 04-08-2011, 7249/43 (6903_1/418).

⁸⁸Dossierstuk 7249/43, bijlage bij vva d.d. 4 augustus 2011.

⁸⁹Dossierstuk 7249/43, bijlage bij vva d.d. 4 augustus 2011.

⁹⁰Dossierstuk 7249/105, verklaring bij vva d.d. 27 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 12 van 14.

⁹¹Dossierstuk 7249/142, verklaring bij vva d.d. 30-juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 10 van 12.

Hofstede zelf geprijsd en aangevuld worden".⁹² En tenslotte: " Wij sturen hem onze offerte en daarmee kan hij een prijs vormen. Hetzelfde als bij Las Palmas, dezelfde methodiek." En: " In dit verhaal zijn wij benaderd door Amos. Amos is een adviesbureau en asbestverwijderaar. We hebben een raming voor ze gemaakt. Ik dacht dat ik het dan mogelijk 1 op 1 zou krijgen. Oskam is 50% aandeelhouder van Amos. Hier werd van te voren al een spelletje gespeeld. Als het een goede prijs zou zijn, dan zou Oskam eronder gaan zitten. Als je scherp schreef, dan namen zij het niet en leed je verlies. Dat speelde bij Hofstede mee. Je wilde toch in beeld blijven bij OVG".⁹³

86. In het onderstaande beschrijft de Raad nader de contacten en overige relevante feiten zoals deze op basis van het dossier kunnen worden vastgesteld.
87. Voor de datum waarop de door Amos benaderde ondernemingen een prijsaanbieding hebben gedaan en een presentatie hebben gegeven, heeft Amos hen uitgenodigd het object te komen bezichtigen (ook wel aanwijzing genoemd).⁹⁴ Deze aanwijzing heeft plaatsgevonden op 24 oktober 2005. Amos heeft in dit verband verklaard dat de aanwijzing "gescheiden" heeft plaatsgevonden, dat wil zeggen maar één partij tegelijk, om afstemming tussen inschrijvers zoveel mogelijk te voorkomen.⁹⁵ Amos heeft daarbij een overzicht verstrekt waarop onder het kopje 'Aanwijzing' de tijdstippen zijn vermeld waarop de verschillende ondernemingen genodigd waren.⁹⁶ Blijkens dit overzicht werden Struijk en Hofstede om 14.00 respectievelijk 15.00 uur verwacht.
88. Hoewel beide ondernemingen apart zijn uitgenodigd voor de aanwijzing, hebben zij elkaar blijkens de verklaringen weergegeven in randnummers 84 en 85 op die dag toch getroffen. Zoals weergegeven in genoemde randnummers, hebben Hofstede en Struijk tijdens of na dit contact besproken dat Hofstede een prijs zou lenen van Struijk.
89. Uit het dossier blijkt dat Struijk vervolgens verschillende begrotingen ten behoeve van het project heeft opgesteld. De eerste begroting gedateerd 28 oktober 2005 ziet op de situatie waarbij alles op locatie wordt gesloopt. Deze begroting bedraagt EUR 326.450,31.⁹⁷ Deze begroting bevat ook een berekening voor de situatie dat alles wordt afgevoerd en vermeldt daarbij een totaalbedrag van EUR 376.857,34.⁹⁸ Een tweede begroting, gedateerd 3 november, bevat een totaalbedrag van EUR 448.900. Een derde begroting, gedateerd 4 november, bevat

⁹² Dossierstuk 7249/140, bijlage bij e-mail van 13 juni 2011, p. 2.

⁹³ Dossierstuk 7249/142, verklaring bij vva d.d. 30 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 10 van 12.

⁹⁴ Dossierstuk 7249/43, bijlage bij vva d.d. 4 augustus 2011, uitnodigingsbrief van Amos d.d. 10 oktober 2005.

⁹⁵ Gespreksverslag Amos Milieutechniek B.V., opgenomen als bijlage bij VvA Bezoek Amos Milieutechniek B.V., d.d. 04-08-2011, 7249/43 (6903_1/418), p. 1.

⁹⁶ Dossierstuk 7249/43, bijlage bij vva d.d. 4 augustus 2011, uitnodigingsbrief van Amos d.d. 10 oktober 2005.

⁹⁷ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0951961), bijlage bij vva inzake relevante documenten afkomstig uit geautomatiseerde administratie van Struijk Sloop en Grondwerken B.V. d.d. 8 september 2011.

⁹⁸ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0951961), bijlage bij vva inzake relevante documenten afkomstig uit geautomatiseerde administratie van Struijk Sloop en Grondwerken B.V. d.d. 8 september 2011.

een totaalbedrag van EUR 458.900. Zoals blijkt uit het onderstaande, heeft Struijk de tweede begroting voor het uitbrengen van een offerte aan OVG gedeeld met Hofstede.⁹⁹ De derde begroting is de definitieve begroting geweest, zoals deze door Struijk op 4 november 2005 tezamen met een offerte bij OVG is ingediend.¹⁰⁰ Deze begroting vermeldt derhalve het bedrag waarvoor Struijk uiteindelijk aan OVG heeft geoffreerd.

90. Ook aangetroffen bij Struijk is een offerte gedateerd 2 november 2005 aan OVG waarin Struijk aangeeft dat zij het project voor een totaalbedrag van EUR 448.900 kan uitvoeren.¹⁰¹ Ook deze offerte heeft Struijk met Hofstede gedeeld, zoals blijkt uit volgende randnummers.
91. Op donderdag 3 november 2005 heeft [vertrouwelijk] een e-mail met onderwerp "ABB" aan [vertrouwelijk] gestuurd.

*" [vertrouwelijk],
Bijgaand de stukken. De genoemde prijzen zijn onze prijzen.
Met vriendelijke groeten,
[vertrouwelijk]
Struijk Sloop- en Grondwerken b.v. "¹⁰²*

92. Het woord "onze" is in de e-mail vet gedrukt. Bij de e-mail zitten drie bijlagen betreffende het project Marten Meesweg 5.¹⁰³ In het bijzonder betreffen de drie bijlagen de genoemde tweede begroting van Struijk van 3 november 2005, de genoemde offerte van Struijk van 2 november 2005 gericht aan OVG en een bijlage over de 'werkwijze en uitvoeringsmethode' van de opdracht.
93. De begroting van Struijk bevat de totale prijs waarvoor Struijk het project kan uitvoeren ("Totaal (prijs Struijk!!!!!!): EUR 448.900") en een specificatie van de verschillende werkzaamheden.¹⁰⁴ Uit de offerte van Struijk van 2 november 2005 gericht aan OVG blijkt dat zij voornemens is – conform haar begroting – een totaal bedrag van EUR 448.900 voor het project te gaan bieden.¹⁰⁵ De derde bijlage 'werkwijze en uitvoeringsmethode' maakt inzichtelijk hoe Struijk het project wil gaan uitvoeren, waarbij in de offerte is opgemerkt dat de werkzaamheden 6 werkweken zullen beslaan.
94. Vervolgens heeft [vertrouwelijk] namens Struijk Sloop- en Grondwerken B.V. bij brief van

⁹⁹ Dossierstuk 7249/75 (D_6903_098204), bijlage 1.

¹⁰⁰ Dossierstuk 7249/140, bijlage bij e-mail van 13 juni 2011.

¹⁰¹ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_098204).

¹⁰² Dossierstuk 7249/166 (D_6903_0523132); Zie ook dossierstuk 7249/167 (D_6903_098204).

¹⁰³ De drie bijlagen betreffen bestanden 05.052 Hofstede.pdf, 0.05.052 Hofstede.pdf en 05.052 Hofstede.doc, dossierstuk 7249/166 (D_6903_0523132).

¹⁰⁴ Dossierstuk 7249/75 (D_6903_098204), bijlage 1.

¹⁰⁵ Dossierstuk 7249/75 (D_6903_098204), bijlage 1.

4 november 2005 een offerte voor het slopen van de fabriekshal aan de Marten Meesweg 5 aan OVG uitgebracht.¹⁰⁶ Op de offerte is een totaalbedrag van EUR 458.900 vermeld. Tevens is vermeld dat de werkzaamheden 6 werkweken in beslag zullen nemen. De bijlage bij de brief betreft de definitieve begroting van Struijk van 4 november, waarin hetzelfde offertebedrag is opgenomen.¹⁰⁷

95. Deze prijs van Struijk is EUR 10.000 hoger dan de offerte zoals aan Hofstede verzonden. Struijk heeft hierover verklaard dat dit *“een fout moet zijn”*.¹⁰⁸
96. Uit het dossier volgt voorts dat Hofstede voor een hoger bedrag, EUR 499.500, heeft ingeschreven.¹⁰⁹ Deze prijs van Hofstede ligt ongeveer 9% hoger dan de prijs waarmee Struijk heeft ingeschreven en ongeveer 11% hoger dan de door Struijk aan Hofstede geleende prijs. Dit is in lijn met de verklaring van Hofstede dat wanneer zij een prijs voor een opdracht leende, zij de offerte een beetje veranderde en altijd 5 tot 10% boven de prijs van de uitlenende onderneming ging zitten.¹¹⁰
97. Zoals opgemerkt in randnummer 82 van dit besluit, zijn Struijk en Hofstede in deze aanbesteding geëindigd als nummers 4 en 5. Uit het overzicht van Amos volgt dat Hofstede op alle relevante punten (prijs, presentatie, plan van aanpak en planning) slechter heeft gescoord dan Struijk. Van Eijk kreeg het werk gegund voor EUR 224.450.
98. Over deze uitslag heeft Amos verklaard: *“Uit het proces verbaal van aanbesteding blijkt dat de ondernemingen Hofstede en Struijk grofweg de dubbele prijs hebben geoffreerd van de winnaar. Ook A.S.P. en Oskam offereerden beduidend lager dan Struijk en Hofstede (verschil van EUR 200.000). Over dit verschil verklaarde Amos “dat het vaker voorkomt dat slooondernemingen het dubbele offereeren van de winnaar, maar dat dit verder geen consequenties heeft”*.¹¹¹
99. De Raad stelt op basis van voorgaande randnummers vast dat Hofstede en Struijk hun inschrijfgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig hebben vastgesteld. Struijk heeft Hofstede op diens verzoek een prijs geleend. Struijk heeft Hofstede meer specifiek inzicht gegeven in haar beoogde offerte, begroting (inclusief duur van de werkzaamheden) alsmede haar beoogde werkwijze. De offerte en begroting bevatten beiden een bedrag van EUR 448.900. Struijk heeft daarbij vermeld dat dit de prijs van Struijk zou worden, zodat het voor Hofstede duidelijk was dat zij hoger diende te offereeren. Hofstede had met het inzicht in de

¹⁰⁶ Dossierstuk 7249/140, bijlage bij e-mail van 13 juni 2011.

¹⁰⁷ Dossierstuk 7249/140, bijlage bij e-mail van 13 juni 2011.

¹⁰⁸ Dossierstuk 7249/49, verklaring bij vva d.d. 30 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 10 van 12.

¹⁰⁹ Dossierstuk 7249/27. Dossierstuk 7249/43, bijlage bij vva d.d. 4 augustus 2011.

¹¹⁰ *“Als ik een prijs leen van een concurrent, dan verander ik mijn offerte een beetje en ga ik boven de geleende prijs zitten. Ik ga dan altijd vijf tot tien procent boven mijn prijs zitten, omdat bij een aanbesteding het criterium altijd de laagste prijs is.”* Dossierstuk 7249/49, verklaring d.d. 24 maart 2010 van [vertrouwelijk], p. 4 van 6.

¹¹¹ Dossierstuk 7249/43, verklaring d.d. 4 augustus 2011 van Amos Milieutechniek.

beoogde inschrijfbescheiden van Struijk voorts van Struijk afdoende informatie gekregen om op de verschillende onderdelen waarop de opdrachtgever de verschillende aanbiedingen zou beoordelen (prijs 50%, planning 30%, plan van aanpak 10% en presentatie 10%), slechter dan Struijk te kunnen eindigen en daarmee in beginsel de opdracht niet gegund te krijgen. Dit is haar ook gelukt. Struijk wist op haar beurt door de contacten met Hofstede voordat zij haar aanbieding deed, dat Hofstede geen interesse had in het project.

Zienswijze van partijen en beoordeling daarvan door de Raad

100. Hofstede betwist dat zij en Struijk onderling hun inschrijfcijfers hebben afgestemd. Hofstede heeft kort voor de sluiting van de inschrijftermijn de echte, gecalculeerde prijs van Struijk gekregen. Struijk heeft niets teruggekregen van Hofstede. Er is dus geen 'concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld' zoals het rapport wil suggereren, aldus Hofstede.

101. De Raad merkt in dit verband op dat uit de feiten blijkt dat hoewel Hofstede geen schriftelijke informatie heeft teruggekregen van Struijk, Struijk wel degelijk 'iets' heeft teruggekregen van Hofstede, te weten het inzicht dat Hofstede niet in aanmerking wenste te komen voor het project en hoger dan de prijs van Struijk zou inschrijven. De Raad is van oordeel dat dit evenzeer concurrentiegevoelige informatie betreft en gaat derhalve aan dit betoog van Hofstede voorbij.

102. Daarnaast wijst Hofstede erop dat in de stukken waarnaar de NMa in het rapport verwijst, alleen de naam Hofstede Sloopwerken B.V. voorkomt. Deze rechtspersoon behoort niet tot de bedrijven die de NMa onder de term "Hofstede" of "betrokken ondernemingen" schaarst.

103. De Raad stelt met Hofstede vast dat in enkele stukken inderdaad de naam Hofstede Sloopwerken B.V. voorkomt.¹¹² Dit betreft specifiek de stukken die Amos tijdens het onderzoek aan de NMa heeft verstrekt. Tot die stukken behoort evenwel ook een e-mail van OVG gericht aan Amos waarin OVG schrijft: *"Bijgevoegd nog twee partijen voor de aannemers selectie zouden jullie kunnen onderzoeken of deze partijen geschikt zijn voor het werk. Bedankt,*

*Hofstede B.V.
Rotterdam
[...]"*¹¹³

¹¹² Zie dossierstukken 7249/27 en 7249/43.

¹¹³ Zie dossierstuk 7249/43, bijlage e-mail van 6 september 2005.

104. Achter Hofstede B.V. is met pen geschreven *"toevoegen"*. Hieruit volgt naar het oordeel van de Raad zonder twijfel dat met Hofstede Sloopwerken B.V., Hofstede B.V. is bedoeld. De Raad wijst er hierbij op dat Amos in haar overzichten ook consequent de adresgegevens en het telefoonnummer van Hofstede B.V. gebruikt, zoals tevens opgenomen in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. Voorts heeft Hofstede tijdens het onderzoek – zoals ook thans in haar zienswijze – erkend bij deze aanbesteding een prijs te hebben geleend van Struijk.
105. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Raad tevens dat Hofstede Sloperij B.V. niet feitelijk bij de gedragingen in het kader van dit project betrokken is geweest. Hofstede Sloperij B.V. is door de opdrachtgever niet uitgenodigd om een prijsaanbieding te doen en heeft evenmin een offerte uitgebracht. Wat betreft de overige Hofstede vennootschappen – uitgezonderd Hofstede B.V. – kan de Raad kort zijn. Zij zijn, zoals blijkt uit het Rapport, niet betrokken in deze procedure uit hoofde van hun feitelijke betrokkenheid bij de gedragingen, maar uit hoofde van hun aandeelhouderschap en daarmee zeggenschap over Hofstede B.V. ten tijde van het project 'Marten Meesweg 5'. De Raad verwijst hiervoor naar hoofdstuk 4 van dit besluit.
106. Struijk voert aan dat door OVG/Amos dusdanig discutabel zou zijn gehandeld dat op voorhand al vaststond dat hier geen eerlijke aanbesteding zou plaatsvinden. De indiening van de prijzen/presentatie gebeurde op het kantoor van Amos/Oskam te Utrecht. Amos was volgens Struijk een 100% dochter van Oskam. Oskam mocht als laatste zijn prijs indienen en een presentatie geven. Omdat Van Eijk een zodanig belachelijke prijs had ingediend, heeft Oskam van het project afgezien en werd Oskam tweede, aldus Struijk.
107. De Raad gaat aan dit betoog van Struijk voorbij. Hoewel Struijk deze aanbesteding – net als Hofstede, zie randnummer 84 van dit besluit – kennelijk als oneerlijk heeft ervaren en zich op voorhand op achterstand voelde staan, doet dit naar het oordeel van de Raad geen afbreuk aan het gegeven dat van een aanbesteding sprake is geweest en Struijk en Hofstede in dat kader met elkaar contact hebben gehad. De stukken bieden naar het oordeel van de Raad voorts geen aanknopingspunten voor dit betoog van Struijk; de door Struijk als belachelijk aangemerkte prijs van Van Eijk lag slechts 12.500 EUR lager dan de door Oskam geboden prijs. Dit prijsverschil is zeer klein vergeleken met het verschil tussen de prijs van Van Eijk enerzijds en de prijzen die door Struijk en Hofstede zijn ingediend anderzijds. Voor zover de door Van Eijk ingediende prijs als belachelijk zou moeten worden beschouwd, dan zou dat evenzeer voor de prijs van Oskam gelden. Voorts werd Oskam als eerste in de gelegenheid gesteld om een presentatie te geven en niet als laatste, en heeft Oskam tegen de

kennelijk bij Struijk (en Hofstede) bestaande verwachting in, de aanbesteding niet gewonnen.¹¹⁴

2.2.4 Aanbesteding “Bosland 20-26” te Rotterdam

108. Omstreeks januari 2009 heeft OBR Oostelbos Van den Berg B.V. (hierna: “Oostelbos”) en Lyons Brokery B.V. (hierna: “Lyons Brokery”) ingeschakeld om de uitvoering van het project Bosland te begeleiden. Oostelbos werd ingeschakeld om het algemene management van het project en het toezicht van de werkzaamheden op zich te nemen. Lyons Brokery werd ingeschakeld om een asbestrapportage op te stellen.¹¹⁵ Onderdeel van het project betroffen sloopwerkzaamheden. Het sloopwerk Bosland bestond uit twee delen en betroffen een voormalige maatschappelijke opvangvoorziening in de wijk Struisenburg aan het Bosland, in de deelgemeente Kralingen-Crooswijk. Kenmerkend voor dit project was dat een groot deel van de werkzaamheden bestond uit asbestsanering.

109. OBR selecteerde voor beide delen van het sloopwerk Hofstede¹¹⁶, Struijk¹¹⁷ en Van Eijk om te offren. Deze partijen hadden eerder op aanbestedingen bij OBR ingeschreven. OBR heeft verklaard dat het gebruikelijk is bij een projectomvang van het project Bosland drie partijen te selecteren. Ook heeft zij verklaard dat conform de aanbestedingsregels van de gemeente Rotterdam dit werk meervoudig onderhands aanbesteed diende te worden en drie partijen daarvoor zijn uitgenodigd.¹¹⁸ Ten aanzien van het tweede deel van het sloopwerk heeft OBR verklaard dat zij tevens een sloopofferte had gevraagd aan aannemer Huizerbouw die de bouwwerkzaamheden ten aanzien van het totale project uitvoerde.¹¹⁹ Uit het dossier blijkt dat de *“uiterlijke datum van ontvangst”* van de offerte 22 januari 2009 was.¹²⁰

110. Struijk en Hofstede hebben beide erkend in het onderhavige project met elkaar contact te hebben gehad waarbij sprake is geweest van ‘prijslenen’. Meer specifiek blijkt uit het dossier dat Struijk – op verzoek van Hofstede – een offerte aan Hofstede verstrekt en Hofstede vervolgens een offerte heeft ingediend die overeenkomt met de offerte toegezonden door Struijk.

¹¹⁴ Zie dossierstuk 7249/43, bijlage uitnodigingsbrief aan Oskam en het overzicht met aannemers met onder het kopje ‘Aanwijzing’ de tijdstippen waarop de verschillende aannemers werden verwacht.

¹¹⁵ Dossierstuk 7249/154, gespreksverslag OBR d.d. 19-07-2011, p. 1.

¹¹⁶ OBR heeft het over ‘Hofstede’ (zie bijlage bij dossierstuk 7249/154). Dit moet Hofstede B.V. zijn; uit de door Hofstede B.V. ingediende offerte blijkt dat Hofstede B.V. een ‘aanvraag’ van de opdrachtgever heeft ontvangen (dossierstuk 7249/13). Zie nader randnummer 125 van dit besluit.

¹¹⁷ Struijk Sloop- en Grondwerken B.V.

¹¹⁸ *“Alleen is specifiek voor deze drie gekozen, omdat we meervoudig onderhands volgens de aanbestedingsregels dat konden doen en dat had op dat moment ook te maken met de snelheid van bijvoorbeeld bedrijven waarmee je vaker samen hebt gewerkt en waarbij je weet wat zij aan kwaliteit leveren.”* Zie dossierstuk 7249/154, gespreksverslag OBR d.d. 19-07-2011, p. 3.

¹¹⁹ Dossierstuk 7249/154, gespreksverslag OBR d.d. 19-07-2011, p. 1.

¹²⁰ Dossierstuk 7249/167.

111. Struijk heeft in dit verband verklaard: "*Struijk heeft begroting en offerte naar de heer [vertrouwelijk] gestuurd omdat de heer Hofstede telefonisch een offerte heeft opgevraagd. [...]*
Firma Hofstede heeft aan ons prijs aangevraagd en van ons een offerte gekregen. Hun offerte diende ze zelf te vervaardigen met genoemde uitgangspunten".¹²¹
112. Hofstede heeft in dit verband verklaard: "*Ik denk dat wij een prijs hebben geleend van Struijk. Ik weet niet waarom wij dat hebben gedaan. Ik zou dit bij [vertrouwelijk] moeten navragen. Als ik bij Struijk een prijs vroeg, gebeurde het wel eens dat de hele begroting werd doorgestuurd.*

Ik moest hem natuurlijk in eigen lay-out omzetten, omdat ze anders twee exact dezelfde offertes zouden ontvangen. Ik wist niet dat prijslenen verkeerd was, maar als een klant twee offertes binnenkrijgt met dezelfde opmaak en stijl kijkt hij natuurlijk wel vreemd op".¹²²
113. In het onderstaande beschrijft de Raad nader de contacten en overige relevante feiten zoals deze op basis van het dossier kunnen worden vastgesteld.
114. Bij e-mail van 7 januari 2009 heeft OBR Struijk uitgenodigd tot het uitbrengen van een prijsaanbieding voor de aanbesteding van dit project.¹²³ Op 9 januari 2009 heeft [vertrouwelijk] vervolgens deze uitnodiging en bijbehorende documenten van OBR doorgestuurd aan [vertrouwelijk] (Hofstede) en Van Eijk:

*" Heren,
Bijgaand de gegevens van het project.
Maandagmiddag om 12.00 uur is ter plaatse de aanwijzing.
Prettig weekend
Met vriendelijke groeten.
ing. [vertrouwelijk]
Directeur".*¹²⁴

¹²¹ Dossierstuk 7249/140 inzake reactie Struijk op informatieverzoek d.d. 13-06-2011, p. 2. Dossierstuk 7249/75, bijlage 2 bij e-mail van Struijk aan Hofstede, d.d. 21-01-2009. "*Ik geef een prijs, dan moet hij toch weten welke uitgangspunten wij hiervoor hanteren. Dan moet hij het uiteraard wel op eigen briefpapier indienen.*" Reactie Struijk op informatieverzoek, d.d. 13-06-2011, dossierstuk 7249/140, p. 2.

¹²² Dossierstuk 7249/105, bijlage bij vva inzake verklaring van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] d.d. 27-06-2011, antwoord [vertrouwelijk], p. 9 van 14. In reactie op dit citaat heeft Struijk de lezing van Hofstede niet ontkend: "*Waarom denkt u dat het anders in elkaar zou zitten? Een verklaring geven heeft geen toegevoegde waarde. Wij hebben naar eer en geweten gehandeld.*" Bijlage bij vva inzake verklaring de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] d.d. 30-06-2011, dossierstuk 7249/142, p. 4 van 12.

¹²³ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0935535), bijlage bij vva d.d. 8 september 2011.

¹²⁴ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0935535), bijlage bij e-mail van Struijk aan Hofstede en Van Eijk d.d. 09-01-2009.

115. [Vertrouwelijk] heeft hierover schriftelijk verklaard dit op verzoek van Lyons Brokery te hebben gedaan.¹²⁵

116. [Vertrouwelijk] heeft vervolgens op 21 januari 2009 per e-mail een offerte en een begroting ("Hofstede Datum 21-1-2009") voor het project Bosland aan [vertrouwelijk] gestuurd met een cc aan [vertrouwelijk].¹²⁶ Bovenaan de begroting staat "Hofstede Datum: 21-1-2009 Tijd 9:52". De offerte is gedateerd 21 januari 2009 en gericht aan Oostelbos. De offerte vermeldt voor "deel I" van het project een totaalbedrag van EUR 42.300 en voor 'deel II' een bedrag van EUR 34.100.¹²⁷ Deze bedragen komen overeen met de bedragen in de begroting. In de e-mail staat:

*" Beste [vertrouwelijk],
Bijgaand de offerte en begroting.
Gaarne in eigen stijl verwerken. Prijs is juist!
Met vriendelijke groeten,
ing. [vertrouwelijk]
Directeur".¹²⁸*

117. Hofstede heeft hierover verklaard: *"Ik moest hem natuurlijk in eigen lay-out omzetten, omdat ze anders twee exact dezelfde offertes zouden ontvangen. Ik wist niet dat prijslenen verkeerd was, maar als een klant twee offertes binnenkrijgt met dezelfde opmaak en stijl kijkt hij natuurlijk wel vreemd op. "Prijs is juist" betekent dat ik precies deze prijs moest indienen. Het gebeurde ook wel eens dat ik iemand anders zijn prijs kreeg en gevraagd werd daar net boven te gaan zitten. Dan deed ik er 10% bovenop. Ik ging nooit lager zitten. Dat zou niet fair zijn. Het komt mij niet bekend voor dat een prijs wordt opgelegd door een andere sloper, maar alleen dat deze – op verzoek – worden verstrekt. Ik wil me niet laten dwingen".¹²⁹*

118. Struijk, Hofstede en Van Eijk hebben ieder op beide delen van het project Bosland ingeschreven. Op 21 januari 2009 heeft Struijk haar offerte ingediend, evenals Van Eijk. Voor het eerste deel van het project heeft Struijk aangegeven dat zij de sloopwerkzaamheden voor EUR 39.100 kan uitvoeren; het tweede deel van het project kan zij uitvoeren voor EUR 29.100.¹³⁰ Van Eijk heeft voor het eerste deel van het project EUR 41.700 geoffreerd en voor het tweede deel van het project EUR 36.500.¹³¹

¹²⁵ Dossierstuk 7249/140, reactie Struijk op informatieverzoek d.d. 13-06-2011, p. 2 van 12.

¹²⁶ Dossierstuk 7249/166 (D_6903_059354), bijlage bij vva d.d. 8 september 2011.

¹²⁷ Dossierstuk 7249/166 (D_6903_059354), bijlage bij e-mail van Struijk aan Hofstede d.d. 21-01-2009.

¹²⁸ Dossierstuk 7249/166 (D_6903_059354), bijlage bij vva d.d. 8 september 2011.

¹²⁹ Dossierstuk 7249/105, bijlage bij vva inzake verklaring van Hofstede d.d. 27-06-2011, antwoord [vertrouwelijk], p. 9 van 14.

¹³⁰ Dossierstuk 7249/13.

¹³¹ Dossierstuk 7249/13.

119. Hofstede heeft haar offerte op 22 januari 2009 ingediend. Conform haar verklaring dat zij *"precies deze prijs moest indienen"*, heeft Hofstede de prijzen voor beide delen van het project ingediend zoals opgenomen in de offerte die zij van Struijk ontving op 21 januari 2009 (zie hiervoor randnummer 116).¹³²
120. Op 13 februari 2009 heeft OBR Struijk het eerste deel van het project gegund voor een bedrag van EUR 37.120.¹³³ Deel II van het project is door OBR gegund aan aannemer Huizerbouw.¹³⁴ OBR heeft verklaard dat deze aannemer *"vele malen voordeliger [bleek] te zijn dan de slopers"*.¹³⁵ Huizerbouw kon de werkzaamheden voor EUR 10.000,- minder uitvoeren dan de laagst offerende slooponderneming Struijk, die voor dit deel EUR 29.100,- had geoffreerd.¹³⁶
121. De Raad stelt op basis van voorgaande randnummers vast dat Hofstede en Struijk hun inschrijfgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig hebben vastgesteld. Struijk heeft Hofstede op diens verzoek een prijs geleend. Meer specifiek heeft Struijk een offerte en een begroting aan Hofstede verstrekt. Hofstede heeft vervolgens conform de door Struijk gestuurde offerte en begroting, *"precies"* voor de daarin opgenomen bedragen op de opdracht ingeschreven. Struijk wist door de contacten met Hofstede voorafgaand aan het indienen van haar offerte dat Hofstede geen interesse had in het project. Hofstede kreeg op haar beurt van Struijk de zekerheid dat haar offerteprijs in beginsel voldoende hoog was om de opdracht niet gegund te krijgen.

Zienswijze van partijen en beoordeling daarvan door de Raad

122. Struijk heeft betoogd dat buiten Struijk, Hofstede en Van Eijk ook bouwkundig aannemer Huizerbouw B.V. een sloopprijs mocht indienen. Hofstede merkt hierover op in haar zienswijze dat deel II van het sloopwerk 'Bosland' door OBR is ondergebracht bij Huizerbouw B.V. en het dus niet slechts Hofstede en Struijk waren die inschreven. Daarbij heeft Struijk tijdens de hoorzitting verklaard dat de prijs van Huizerbouw niet al het sloopwerk bevatte en Struijk later is ingeschakeld om dit meerwerk af te maken.¹³⁷ Hofstede heeft in dit verband aangegeven dat zij achteraf heeft begrepen dat Huizerbouw zich nogal verkeken had op de klus, waardoor een sloopbedrijf alsnog allerhande meerwerk heeft moeten verrichten om deze deugdelijk geklaard te krijgen.

¹³² Dossierstukken 7249/31 en 7249/13, ingediende offerte van Hofstede inzake project Bosland d.d. 22 januari 2009, p. 2 van bijlage 1.

¹³³ Zie brief van de gemeente Rotterdam aan Struijk d.d. 13 februari 2009, dossierstuk 7249/13. Zie ook dossierstuk 7249/167 (D_6903_0935648), interne e-mail van Struijk d.d. 17 februari 2006.

¹³⁴ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0935648), interne e-mail van Struijk d.d. 17 februari 2006.

¹³⁵ Dossierstuk 7249/154, gespreksverslag OBR d.d. 19 juli 2011.

¹³⁶ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0935648), interne e-mail van Struijk d.d. 17 februari 2006.

¹³⁷ Dossierstuk 7249/249, verslag van de hoorzitting, p. 11.

123. De Raad constateert dat deze zienswijze van Hofstede en Struijk in overeenstemming is met hetgeen is weergegeven in randnummers 109 en 120 van dit besluit. Deze zienswijze brengt dan ook geen wijziging aan in de door de Raad geconstateerde feiten. Kort samengevat, dat de opdrachtgever Struijk op verzoek van de opdrachtgever de uitnodiging tot het doen van een prijsaanbieding aan Van Eijk en Hofstede heeft doorgestuurd en dat de opdrachtgever naast de drie uitgenodigde partijen op enig moment ook Huizerbouw, die de bouwwerkzaamheden ten aanzien van het totale project uitvoerde, heeft gevraagd om te offeren. Struijk heeft in aanvulling hierop tijdens de hoorzitting verklaard dat zij op verzoek van de opdrachtgever tevens een gezamenlijke aanwijzing heeft geregeld met Van Eijk en Hofstede, waarbij de opdrachtgever haar zou hebben gezegd dat naast de drie uitgenodigde partijen ook Huizerbouw een prijs zou maken.¹³⁸
124. Hofstede heeft voorts gesteld dat van de ondernemingen die de NMa gezamenlijk Hofstede noemt, alleen Hofstede B.V. feitelijk betrokken is geweest bij de gedragingen betreffende het project 'Bosland'. Alleen Hofstede B.V. heeft een offerte heeft ingediend, de andere Hofstede-vennootschappen hebben geen betrokkenheid gehad.
125. De Raad stelt in dit verband vast dat op basis van het dossier niet kan worden vastgesteld dat Hofstede Sloperij B.V. is benaderd door de opdrachtgever. Daarnaast heeft Hofstede B.V. (en niet Hofstede Sloperij B.V.) een offerte uitgebracht. In deze offerte is opgenomen de zinsnede "*onder dankzegging van uw aanvraag*" waaruit de Raad afleidt dat Hofstede B.V. de uitgenodigde entiteit was. Met Hofstede moet daarom worden aangenomen dat Hofstede Sloperij B.V. niet feitelijk bij de gedragingen in het kader van dit project betrokken is geweest en dat de gedragingen op conto van Hofstede B.V. zijn verricht. Wat betreft de overige Hofstede vennootschappen – uitgezonderd Hofstede B.V. – kan de Raad kort zijn. Zij zijn, zoals blijkt uit het Rapport, niet betrokken in deze procedure uit hoofde van hun feitelijke betrokkenheid bij de gedragingen, maar uit hoofde van hun aandeelhouderschap en daarmee zeggenschap over Hofstede B.V. ten tijde van het project 'Bosland'. De Raad verwijst hiervoor naar hoofdstuk 4 van dit besluit.

2.2.5 Aanbesteding "DTO 8 & 9" te Rozenburg

126. Zoals kort samengevat in paragraaf 1.3 van dit besluit, beschrijft het Rapport dat bij de vijfde aanbesteding 'DTO 8 & 9' te Rozenburg (Rotterdam), niet alleen afstemming plaatsvond tussen Hofstede en Struijk over de inschrijfcijfers en over wie van hen het werk wel of niet zou maken, maar werd tevens afgesproken welk werk er zou worden gemaakt: demontage in

¹³⁸ Dossierstuk 7249/249, verslag van de hoorzitting, p.11.

plaats van sloop.

127. De Raad laat in dit besluit deze vermeende gedragingen, verder buiten beschouwing, vanwege een geslaagd beroep van partijen op de vervaltermijn van artikel 5:45 Awb juncto 64 Mw .
128. Partijen hebben in dit kader betoogd dat er meer dan vijf jaren zijn verstreken sinds de vermeende gedragingen ten aanzien van 'DTO 8 & 9' hebben plaatsgevonden; het project dateert uit 2004. Omdat het onderzoek van de NMa naar Hofstede en Struijk pas in maart 2010 is gestart, was de vervaltermijn voor de vermeende gedragingen op dat moment reeds verstreken en de Raad niet meer tot beboeting bevoegd.
129. De Raad volgt partijen in hun betoog. Op grond van artikel 5:45 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vijf jaren nadat de vermeende overtreding heeft plaatsgevonden. Artikel 64, eerste lid, Mw bepaalt dat de vervaltermijn, bedoeld in artikel 5:45 Awb, telkens wordt gestuit onder meer door een handeling van de mededingingsautoriteit ter verrichting van een onderzoek of procedure met betrekking tot de overtreding. Op grond van het dossier stelt de Raad vast dat, op het moment van het eerste onderzoek, er reeds meer dan vijf jaren waren verstreken na het einde van de vermeende gedragingen 'ten aanzien van DTO 8&9'. De Raad neemt hierbij in aanmerking dat de feiten en omstandigheden in het dossier onvoldoende zijn om vast te kunnen stellen dat deze vermeende gedragingen zich nog in 2005 hebben voorgedaan. Derhalve is de Raad niet meer bevoegd aan Hofstede en Struijk een boete op te leggen voor hun vermeende gedragingen bij dit project.

2.2.6 Conclusie aangaande de gedragingen

130. De Raad concludeert op basis van het voorgaande dat Hofstede en Struijk in de periode 2005 tot en met 2009 hun inschrijfgedrag in de vier aanbestedingen "Botersloot", "Las Palmas", "Marten Meesweg" en "Bosland" niet zelfstandig hebben vastgesteld.
131. In alle gevallen hebben Hofstede en Struijk zich schuldig gemaakt aan de zogeheten praktijk van 'prijslenen', hetgeen zij ook hebben erkend.
132. In drie gevallen wilde Hofstede niet in aanmerking komen voor het project ("Las Palmas", "Marten Meesweg" en "Bosland"). Hofstede leende in deze gevallen daarom een prijs van Struijk. In de aanbestedingen "Las Palmas" en "Bosland" ging het om een prijs (offerte) die boven de prijs van Struijk lag en heeft Hofstede met de geleende prijs geoffreerd. In de aanbesteding "Marten Meesweg" kreeg Hofstede van Struijk diens beoogde offerte,

begroting (inclusief duur van de werkzaamheden) en werkwijze, waarbij duidelijk was dat Hofstede hoger diende te offeren. Hofstede had hiermee voorts afdoende informatie gekregen om op de verschillende onderdelen waarop de opdrachtgever de verschillende aanbiedingen zou beoordelen (prijs 50%, planning 30%, plan van aanpak 10% en presentatie 10%), slechter dan Struijk te kunnen eindigen en daarmee de opdracht niet gegund te krijgen.

133. In één geval ("Botersloot") wilde Struijk het werk niet gegund krijgen. Struijk heeft in dat geval Hofstede voor de inschrijving inzicht gegeven in haar beoogde offerte, inclusief de inschrijfprijs, waarna Hofstede daarmee akkoord is gegaan. Struijk wist zodoende dat haar inschrijfprijs voldoende hoog was om de opdracht niet gegund te krijgen.
134. Deze wijze van samenwerken heeft ertoe geleid dat aan de wens van de ene onderneming (de lenende onderneming) het werk niet gegund te krijgen, maar toch in beeld te blijven bij de opdrachtgever, tegemoet werd gekomen zonder dat de opdrachtgever hierover werd geïnformeerd. De andere onderneming (de uitlenende onderneming) verkreeg op haar beurt belangrijke informatie over het inschrijfgedrag van haar concurrent, te weten dat deze geen interesse had in het desbetreffende werk en hoger dan haar wenste in te schrijven. In de vier getroffen aanbestedingen hebben Hofstede en Struijk aldus informatie met elkaar gedeeld die in een aanbesteding als het meest vertrouwelijke wordt beschouwd: hun beoogde inschrijfgedrag.
135. De onderliggende contacten met betrekking tot de beoogde inschrijving werden voor de opdrachtgever geheim gehouden. Zo werd de schijn opgehouden ten aanzien van de opdrachtgever dat de ingediende prijzen zelfstandig tot stand waren gekomen. Alle vier de aanbestedingen zijn op deze wijze door Hofstede en Struijk gemanipuleerd. Dit staat in het Engels bekend onder de term *bid rigging*. Waar alle partijen aan de aanbesteding deelnemen aan de *bid rig*, is sprake van een 'klassieke' *bid rig*.
136. De praktijk die door Hofstede en Struijk is gebezigd in de vier *bid rigs* en door hen zelf is aangeduid als "prijslenen", staat in het Engels bekend als *cover pricing* of *cover bidding*.¹³⁹ In het navolgende wordt met *cover pricing* en *cover bidding* dan ook hetzelfde bedoeld als "prijslenen".

¹³⁹ Alinea 5 van de "OECD Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement" als bijlage bij de "OECD Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement", definieert cover pricing als volgt: "*Cover bidding. Cover (also called complementary, courtesy, token, or symbolic) bidding is the most frequent way in which bid-rigging schemes are implemented. It occurs when individuals or firms agree to submit bids that involve at least one of the following:*

(1) *a competitor agrees to submit a bid that is higher than the bid of the designated winner,*
(2) *a competitor submits a bid that is known to be too high to be accepted, or*
(3) *a competitor submits a bid that contains special terms that are known to be unacceptable to the purchaser.*
Cover bidding is designed to give the appearance of genuine competition.", 17 juli 2012, C(2012) 115/CORR1.

3 Juridische beoordeling

3.1 Inleiding

137. Zoals in paragraaf 2.2 is vastgesteld, erkennen partijen dat zij in ieder van de vier projecten die in paragrafen 2.2.1 tot en met 2.2.4 zijn besproken aan 'prijslenen' hebben gedaan. Partijen ontkennen echter dat het zogenaamde prijslenen als een schending van artikel 6, eerste lid, Mw kan worden aangemerkt.
138. Partijen stellen zich daarbij allereerst op het standpunt dat prijslenen niet als een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden aangemerkt. Volgens partijen is prijslenen een eenzijdige handeling waar geen tegenprestatie tegenover staat. Bij prijslenen worden geen gegevens uitgewisseld, maar stelt een partij slechts de andere in staat boven haar in te schrijven door haar eigen prijs mee te delen. Een van de prijzen is altijd zelfstandig bepaald waardoor er geen sprake kan zijn van een 'afstemming'.
139. Evenzo hebben partijen betoogd dat prijslenen niet als een mededingingsbeperking kan worden aangemerkt. Omdat één van de ingediende prijzen een 'echte' prijs is die erop was gericht de aanbesteding te winnen, kan prijslenen geen invloed hebben op de prijs die uiteindelijk door de afnemer wordt betaald.¹⁴⁰ Voorts stellen partijen dat het indienen van een geleende prijs niet verschilt van de situatie waarin de lenende partij geen prijs indient, of zelfstandig bepaalt een bod in te dienen die naar verwachting te hoog is om de opdracht te kunnen winnen. Prijslenen verandert aldus partijen niets in de concurrentiële verhoudingen tussen partijen en kan derhalve niet als mededingingsbeperking worden aangemerkt. Ten aanzien van de vier projecten hebben partijen betoogd dat mocht prijslenen als mededingingsbeperking worden aangemerkt in die gevallen de bagatelbepaling (artikel 7, tweede lid, Mw) van toepassing is, of als niet merkbaar moeten worden aangemerkt.

3.2 Artikel 6, eerste lid, Mw

140. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt, voor zover hier relevant, overeenkomsten tussen ondernemingen 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. Blijkens de wetsgeschiedenis van de

¹⁴⁰ In dit kader heeft Hofstede benadrukt dat een zo scherp mogelijke prijs voor de lenende partij ook een voorwaarde was om bij een andere onderneming een prijs te lenen. In dat geval ziet de lener er namelijk zo gunstig mogelijk uit ten opzichte van de opdrachtgever, zonder dat het risico wordt gelopen dat hij het contract zou winnen.

Mededingingswet sluit het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: "VWEU"; voorheen: artikel 81, eerste lid, EG). Dit betekent dat de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie¹⁴¹ voor de uitleg van artikel 6, eerste lid, Mw richtinggevend zijn.

3.2.1 Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Juridisch kader

141. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw ziet zowel op overeenkomsten als op onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw hoeft geen sprake te zijn van de mogelijkheid afspraken rechte ns af te dwingen.¹⁴² Een mondelinge afspraak kan volstaan.¹⁴³ Wel moet er sprake zijn van wilsovereenstemming tussen economisch onafhankelijke ondernemingen om rekening te houden met elkaars belangen en zich te onderwerpen aan economische, sociale of morele druk.¹⁴⁴ Van belang is met name dat de deelnemende ondernemingen hun gezamenlijke wil hebben weergegeven om zich op de markt op een welbepaalde manier te gedragen.¹⁴⁵
142. 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.¹⁴⁶ Op grond van vaste jurisprudentie vereisen de termen coördinatie en samenwerking allerminst dat er een werkelijk 'plan' moet zijn opgesteld, maar dienen zij te worden verstaan in het licht van de in de mededingingsregels besloten veronderstelling, dat iedere onderneming zelfstandig haar marktgedrag moet bepalen.¹⁴⁷
143. Deze zelfstandigheidseis ontn eemt een onderneming niet het recht haar 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 ondernemingen, waardoor hetzij het marktgedrag van een

¹⁴¹ Vanaf 1 december 2009 maken het Hof van Justitie (hierna: "HvJ EU", het voormalige Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen) en het Gerecht (het voormalige Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen), deel uit van één rechterlijk stelsel onder de naam Hof van Justitie van de Europese Unie.

¹⁴² HvJ EU 16 december 1975, zaak 40/73 *Suiker Unie e.a./Commissie*, punt 173.

¹⁴³ Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3 (MvT), p. 57, waarin het arrest van het HvJ EU 20 juni 1978, zaak C-28/77 *Tepea B.V./ Commissie*, Jur. 1978, 141 wordt aangehaald.

¹⁴⁴ Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3 (MvT), p. 11.

¹⁴⁵ HvJ EU 15 juli 1970, zaak 41/69 *ACF Chemiefarma NV/ Commissie*, punt 112; HvJ EU 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78 en 218/78, *Heintz van Landewyck SARL e.a./ Commissie*, punt 86; beschikking van de Commissie van 7 juni 2000, *Aminozuren*, PbEG van 7 juni 2001, nr. L 152, p. 24, punt 185.

¹⁴⁶ HvJ EU, 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries/ Commissie*, Jur. 1972, blz. 619, punt 64.

¹⁴⁷ HvJ EU 16 december 1975, zaak 40/73 *Suiker Unie e.a./Commissie*, punt 173.

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.¹⁴⁸ Aan de eis van zelfstandigheid wordt al niet meer voldaan wanneer een onderneming gehoor geeft aan een verzoek om haar voornemens over toekomstig marktgedrag aan een andere onderneming mee te delen, of wanneer deze laatste dergelijke informatie heeft aanvaard.¹⁴⁹

144. De begrippen “overeenkomst” en “onderling afgestemde feitelijke gedraging” zijn niet strikt van elkaar te scheiden. Het zijn samenspanningsvormen van dezelfde aard, die slechts verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren.¹⁵⁰

Beoordeling door de Raad

145. Zoals in paragraaf 2.2.6 is vastgesteld, erkennen partijen dat zij bij ieder van de vier projecten die in paragrafen 2.2.1 tot en met 2.2.4 zijn besproken aan ‘prijslenen’ hebben gedaan. Daarbij hebben Hofstede en Struijk een eenduidig beeld geschetst van wat onder ‘prijslenen’ moet worden verstaan en op welke wijze het ‘prijslenen’ in de vier gevallen heeft plaatsgevonden.

146. In het geval “Marten Meesweg” is er contact geweest tussen partijen waarbij Struijk op verzoek van Hofstede haar voorgenomen offerte verstrekte, waarbij over en weer duidelijk was dat Hofstede met een hogere prijs zou offereren. Bij de projecten “Las Palmas” en “Bosland” heeft Struijk op verzoek van Hofstede een prijs (offerte) geleend, waarbij over en weer duidelijk was dat Hofstede met de geleende prijs diende te offereren en tevens duidelijk was dat Struijk een lagere offerteprijs hanteerde. In het geval “Botersloot” is Hofstede akkoord gegaan met de beoogde offerte van Struijk, waarbij over en weer duidelijk was dat de offerteprijs van Struijk hoger lag dan die van Hofstede.

147. De Raad stelt in deze omstandigheden vast dat de gedragingen van partijen zowel kenmerken vertonen van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Bij elk van de vier projecten hebben Hofstede en Struijk inzicht verkregen in elkaars inschrijfgedrag en bestond tussen partijen wilsovereenstemming ten aanzien van het feit dat de één boven de ander zou inschrijven. In elk van de desbetreffende aanbestedingen hebben Hofstede en Struijk onzekerheid over hun onderlinge concurrentie weggenomen door feitelijk samen te werken.

¹⁴⁸ HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-199/92P *Hüls AG/ Commissie*, Jur. 1999 p. I-4287, punt 160.

¹⁴⁹ Gerecht 15 maart 2000, T-25/95 *Cementeries CBR SA/ Commissie*, punt 1852.

¹⁵⁰ HvJ EU 8 juli 1999, C-49/92 *Commissie/ Anic Partecipazioni* punt 131.

148. Anders dan partijen stellen, is voor het vaststellen van een overeenkomst of onderlinge afgestemde feitelijke gedraging niet vereist dat sprake zou zijn van tegenprestaties, of dat inschrijfcijfers over en weer worden uitgewisseld waarbij consensus wordt gezocht over de hoogte van beide inschrijvingen. Het is voldoende dat in ieder van de vier projecten door één van de partijen gehoor is gegeven aan het verzoek van de ander om ten behoeve van de inschrijving een prijs te lenen waarbij over en weer duidelijk is geweest dat de lenende partij boven de uitlenende partij zou offeren. Van zelfstandige vaststelling van inschrijfgedrag is dan ook geen sprake.

149. Daarbij merkt de Raad op dat de uitlenende onderneming wel degelijk informatie terugkreeg van de onderneming die een prijs leende, te weten het inzicht dat de lenende onderneming niet in aanmerking wenste te komen voor het project en hoger dan de uitlener wenste in te schrijven (zie ook randnummer 102 van dit besluit).

150. De Raad concludeert derhalve dat bij elk van de projecten ("Botersloot", "Las Palmas", "Marten Meesweg", en "Bosland") sprake is geweest van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging.

3.2.2 Mededingingsbeperkende strekking

151. De Raad oordeelt dat de gedragingen zoals beschreven in paragrafen 2.2.1 tot en met 2.2.4 ertoe strekken de mededinging te beperken en te vervalsen. De Raad zet hierna eerst het relevante juridische kader uiteen. Vervolgens wordt onderbouwd waarom de gedragingen van Hofstede en Struijk ertoe strekken de mededinging te beperken en vervalsen.

3.2.2.1 Juridisch kader

152. Het verbod op onderling afgestemde feitelijke gedragingen en overeenkomsten die de strekking hebben de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen ziet op vormen van collusie tussen ondernemingen die reeds naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de mededinging.¹⁵¹ Voor de vraag of een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, zijn met name relevant de objectieve doelstellingen die zij nastreeft en de economische en juridische

¹⁵¹ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 29, en HvJ 20 november 2008, C-209/07, *The Competition Authority/ The Beef Industry Development Society Ltd & Barry Brothers (Carrigmore)*, punt 16.

context ervan.¹⁵² Daarbij is de bedoeling van partijen geen noodzakelijk element voor het vaststellen van een afgestemde feitelijke gedraging of een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking, maar kan bij de vaststelling hiervan wel rekening worden gehouden.¹⁵³ Van een mededingingsbeperkende strekking is reeds sprake wanneer een onderling afgestemde gedraging of overeenkomst negatieve gevolgen voor de mededinging *kan* hebben. Met andere woorden, het volstaat dat zij *concreet*, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging op de markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.¹⁵⁴

153. Bij de bepaling of een onderling afgestemde feitelijke gedraging of overeenkomst 'concreet geschikt' is om de mededinging te kunnen beperken, dient gekeken te worden of de betreffende gedraging volgens ervaringsregels en in de context van een bepaalde markt het potentieel heeft om negatieve effecten teweeg te brengen voor de mededinging.¹⁵⁵
154. Een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkende *strekking* vormt op zichzelf al een schending van artikel 6, eerste lid, Mw, ongeacht de gevolgen van een dergelijke handeling. Wanneer kan worden vastgesteld dat een gedraging *er toe strekt* de mededinging te beperken is voor de beantwoording van de vraag of deze gedraging in strijd is met artikel 6, eerste lid, Mw niet meer relevant of er concrete gevolgen aan deze gedraging verbonden zijn.¹⁵⁶
155. Dit wordt niet anders wanneer in een specifiek geval kan worden vastgesteld dat de mededingingsbeperkende gevolgen in de markt geheel ontbreken.¹⁵⁷ Het strekkingsverbod uit artikel 6, eerste lid, Mw creëert niet een vermoeden van onrechtmatigheid, dat kan worden weerlegd wanneer in het concrete geval geen negatieve gevolgen voor de werking van de markt kunnen worden aangetoond. Zoals het Hof van Justitie heeft geoordeeld is de vraag of en in welke mate een dergelijk gevolg daadwerkelijk intreedt, slechts relevant voor de berekening van het bedrag van de boete.¹⁵⁸

¹⁵² HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 27.

¹⁵³ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 27.

¹⁵⁴ CBb 12 augustus 2010, zaak AWB 06/657, 06/660 en 06/661, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 7.3.2.; (T-Mobile, punt 31).

¹⁵⁵ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 31.

¹⁵⁶ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 29.

¹⁵⁷ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 30.

¹⁵⁸ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 31.

3.2.2.2 De mededingingsbeperkende strekking van cover pricing

156. De gedragingen die het onderwerp vormen van dit besluit (prijslenen of *cover pricing* genoemd) vinden plaats in het kader van aanbestedingen. Zoals aangegeven in paragraaf 2.1 is het doel van een aanbesteding om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. *Cover pricing* heeft dan de strekking de mededinging te beperken wanneer vastgesteld kan worden dat deze gedraging geschikt is het door een aanbesteding beoogde concurrentieproces negatief te beïnvloeden.
157. Inherent aan *cover pricing* is dat het daadwerkelijk aantal concurrerende inschrijvingen in aanbestedingen en hierdoor de door de opdrachtgever beoogde mate van concurrentie ten aanzien van het uitvoeren van de desbetreffende opdracht wordt beperkt. *Cover pricing* tast het concurrentieproces bij aanbestedingen derhalve direct aan.
158. Inherent aan *cover pricing* is bovendien dat de opdrachtgever wordt misleid. Immers, de deelnemers aan de *cover price* schakelen de concurrentie tussen elkaar ten aanzien van de betreffende aanbesteding uit zonder de opdrachtgever daarover in te lichten. De opdrachtgever krijgt hierdoor, zonder dat hij daarvan op de hoogte is, een verkeerd beeld van het aanbod dat hij door middel van de aanbesteding heeft beoogd te organiseren. In geval van *cover pricing* laten de daarbij betrokken ondernemingen de opdrachtgever geloven dat meerdere onafhankelijk van elkaar bepaalde (en dus concurrerende) offertes worden ingediend, terwijl hier als gevolg van de uitwisseling van informatie over inschrijfgedrag tussen de ondernemingen geen sprake meer van is. Immers, in het geval van een *cover price* maakt in beginsel slechts één van de bij de *cover price* betrokken ondernemingen kans op gunning van de opdracht, doordat de andere onderneming haar prijs, op basis van de informatie verkregen uit de afstemming, altijd boven de prijs van de uitlenende onderneming zal stellen. Door *cover pricing* wordt derhalve de door de opdrachtgever beoogde concurrentie tussen de bij de *cover price* betrokken ondernemingen buiten zijn gezichtsveld beperkt. De opdrachtgever staat voor een vervalste keuze tussen offertes, omdat niet alle offertes – in tegenstelling tot zijn gerechtvaardigde verwachtingen – onafhankelijk van elkaar en daarmee in concurrentie zijn opgesteld.
159. Inherent aan *cover pricing* is bovendien dat de daaraan deelnemende ondernemingen de risico's die eigen zijn aan het concurrentieproces bij aanbestedingen uitschakelen. De Raad merkt hierbij op dat er normaliter onzekerheid zou moeten bestaan tussen concurrenten over elkaars interesse in aanbestedingen en over de strategie die zij van plan zijn te volgen met betrekking tot deze aanbestedingen. Door *cover pricing* nemen de daarbij betrokken ondernemingen deze onzekerheid weg. Zij weten immers van elkaar wie echt interesse heeft in het verwerven van de opdracht, wie van de twee als laagste (van de twee) zal inschrijven en tegen of boven welk bedrag de lenende onderneming zal inschrijven. Dit werkt ten nadele

van andere concurrenten die wel zelfstandig hun strategie en inschrijfgedrag bepalen en de daarmee gepaard gaande risico's dragen. Anders dan partijen stellen, verschilt het indienen van een geleende prijs waarvan op voorhand vaststaat dat dit niet het winnende bod zal zijn, daarmee van de situatie waarin een onderneming zelfstandig beslist geen prijs in te dienen of een bod in te dienen dat naar eigen inschatting te hoog is om de opdracht te kunnen winnen.

160. De Raad licht hieronder nader toe wat de consequenties van *cover pricing* in concrete aanbestedingen kunnen zijn.
161. Een onderneming die een aanbesteding niet wil winnen ziet zich in een situatie zonder *cover price* gesteld voor een afweging tussen: 1) geen inschrijfprijs indienen en 2) een inschrijfcijfer indienen waarvan hij verwacht dat deze boven de laagst ingediende prijs zal liggen. De verschillende opties brengen voor deze onderneming echter verschillende risico's mee die eigen zijn aan het proces van aanbestedingen, maar die door de *cover price* worden uitgeschakeld.
162. Met de eerste mogelijkheid, het niet indienen van een prijs, loopt de desbetreffende onderneming het risico in de toekomst niet langer te worden uitgenodigd door de opdrachtgever en 'uit beeld te raken' bij de opdrachtgever.¹⁵⁹ Dit vormde blijkens de zienswijzen ook het motief voor Hofstede en Struijk om aan prijslenen te doen. Een opdrachtgever heeft in dit verband verklaard dat het niet meer uitgenodigd worden voor een volgende opdracht vooral speelt in situaties waarin de opdrachtgever niet tijdig op de hoogte wordt gebracht van het voornemen van een onderneming niet op de aanbesteding in te schrijven.¹⁶⁰
163. De tweede mogelijkheid, het wel indienen van een prijs waarvan verwacht wordt dat deze boven de laagst ingediende prijs zal liggen, is evenmin zonder risico's. Hierbij is van belang dat een onderneming die geen interesse heeft in een opdracht, in beginsel geen calculatie zal willen maken maar het (wederom) wel belangrijk zal vinden om 'in beeld te blijven' bij een opdrachtgever (en tegen deze achtergrond niet te hoog zal willen inschrijven). Zonder het uitvoeren van een calculatie, en in afwezigheid van afstemming, is het echter niet goed mogelijk adequaat in te schatten wat de hoogte van de winnende inschrijving zal zijn. Dit kan leiden tot A) de inschrijver schat de kosten van het project te laag in en wint (ongewild) de aanbesteding¹⁶¹, of B) de inschrijver dient een (veel) te hoge prijs in en verliest daarmee geloofwaardigheid ten opzichte van de opdrachtgever en raakt daarmee 'uit beeld'. Welke

¹⁵⁹ De opdrachtgever heeft dan de mogelijkheid om andere ondernemingen uit te nodigen.

¹⁶⁰ Dossierstuk 7249/43, Amos Millieutechniek B.V. over project Marten Meesweg): "(...) *in geval een partij de opdrachtgever hiervan vlak voor de indieningstermijn van de offerte in kennis stelt, kan dit die partij wel worden aangerekend hetgeen er toe kan leiden dat zij een volgende keer niet meer zal worden uitgenodigd*".

¹⁶¹ In deze situatie wordt de opdrachtgever, in vergelijking met een situatie met *cover pricing*, een lagere prijs onthouden.

situatie zich ook voordoet, in beide gevallen zijn risico's aan de orde die met *cover pricing* worden uitgeschakeld.

164. De onderneming die de *cover price* uitleent, heeft op haar beurt de zekerheid gekregen dat zij een concurrent minder heeft omdat de lenende onderneming in ieder geval hoger gaat offrenen dan de uitlenende onderneming. Dit vergroot voor deze onderneming de kans om de aanbesteding te winnen en kan voor haar aanleiding zijn om (iets) hoger in te schrijven dan dat zij zonder de afstemming had gedaan. Dat dit niet louter theorie is, illustreert de verklaring van [vertrouwelijk] (Hofstede) dat de hoeveelheid inschrijvers de inschrijfprijs beïnvloedt.¹⁶² Bij een hoger aantal inschrijvingen dient de eigen inschrijfprijs klaarblijkelijk lager te zijn om de opdracht te kunnen winnen.
165. Uit het voorgaande randnummer volgt dat, anders dan partijen stellen, *cover pricing* in potentie een prijsopdrijvend effect heeft. Niet alleen kan dit worden veroorzaakt door de verminderde onzekerheid aan de zijde van de uitlenende onderneming, ook kan dit worden veroorzaakt doordat de lenende onderneming in afwezigheid van *cover pricing* een minder adequate inschatting kan maken van de prijs waarmee hij de opdracht niet wint en daardoor mogelijk te laag inschrijft (zie randnummer 1613). Bij wijze van illustratie wijst de Raad op het project 'Botersloot' waar Struijk als niet geïnteresseerde onderneming eerst een interne begroting voor het project opstelt van EUR 143.814,44 en later tot een inschrijfprijs komt van EUR 193.800 die zij aan Hofstede ter goedkeuring voorlegt. Nadat Hofstede heeft laten weten dat zij zich hierin kan vinden ("*Prima zo*") dient Hofstede haar offerte met een prijs van EUR 192.00 bij de opdrachtgever in.
166. Bovendien kan *cover pricing* in aanbestedingen als de onderhavige tot een hogere prijs leiden voor de opdrachtgever, omdat hem de mogelijkheid wordt ontnomen om alsnog de gewenste mate van concurrentie te bereiken door (een) andere onderneming(en) uit te nodigen om een prijs in te dienen. De opdrachtgever weet immers niet dat hem een concurrerende bieding wordt onthouden. De Raad neemt hierbij in aanmerking dat in een situatie zonder *cover pricing* een onderneming die geen interesse heeft in de opdracht, zich mogelijk tijdig zal willen afmelden bij de opdrachtgever waardoor deze laatste weet dat hij een concurrerend bod minder heeft. De alternatieven als toch een prijs 'op de gok' indienen of zonder (tijdig) bericht geen prijs indienen, zijn zoals toegelicht in randnummers 1612 en 163 van dit besluit, niet zonder risico's. Zelfs als de opdrachtgever ervoor zou kiezen geen andere ondernemingen uit te nodigen, dan nog heeft hij deze afweging niet volledig geïnformeerd kunnen maken.

¹⁶² "We weten vaak wel wie er nog meer inschrijven of hoeveel er nog meer inschrijven. Opdrachtgevers zeggen soms wie ze hebben uitgenodigd en hoeveel ze er hebben uitgenodigd. Het heeft wel invloed op de prijs die je afgeeft, dat je weet hoeveel en wie er inschrijven.", dossierstuk 7249/109, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 6 van 11. "De andere partij heeft natuurlijk het voordeel dat je weet dat er een concurrent minder is. Dat speelt mee in je commerciële afweging." Dossierstuk 7249/109, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 8 van 11.

167. Bij wijze van illustratie verwijst de Raad naar het project 'Botersloot' waar opdrachtgever OVG de *'budgetraming'* van Hofstede juist op marktconformiteit wilde testen. Wanneer Struijk aan deze opdrachtgever kenbaar had gemaakt dat zij eigenlijk geen interesse had in dit project, had de opdrachtgever de afweging kunnen maken een andere slooponderneming te benaderen. Een ander voorbeeld betreft het project 'Las Palmas'. Opdrachtgever Besix heeft verklaard dat zij wellicht extra partijen zou hebben gevraagd om een offerte uit te brengen voor dit project als zij had geweten van de afstemming tussen twee van de vier ondernemingen die hebben geoffreerd.¹⁶³
168. De Raad merkt hierbij op dat het beperkte zicht bij de opdrachtgever op het aantal concurrerende biedingen als gevolg van *cover pricing*, ook kan doorwerken naar volgende aanbestedingen. Op het moment dat een opdrachtgever in een situatie zonder *cover pricing* bemerkt dat hij een kleiner aantal concurrerende biedingen ontvangt, zal hij, in vergelijkbare marktcondities, bij volgende aanbestedingen kunnen besluiten een groter aantal aanbieders uit te nodigen om zo een grotere kans te maken op een lagere inschrijfprijs. Met *cover pricing* is zijn zicht op de daadwerkelijke concurrentie echter beperkt. Gelet op verklaringen van opdrachtgevers dat zij vaak op basis van goede ervaringen in het verleden, (deels) dezelfde (lokale) partijen benaderen om te offeren, acht de Raad dit een realistisch scenario.¹⁶⁴
169. *Cover pricing* kan ten slotte de transparantie tussen concurrenten op oneigenlijke wijze verhogen wanneer dezelfde ondernemingen in het kader van *cover pricing* meermalen inschrijvingsinformatie, zoals (beoogde) offertes en onderliggende begrotingen met elkaar delen. Zoals in paragraaf 2.2 is vastgesteld, zijn in alle vier de aanbestedingsprojecten offertes danwel onderliggende begrotingen door de ene onderneming aan de andere onderneming gestuurd. Het delen van dit soort zeer bedrijfsvertrouwelijke informatie maakt het voor de ontvangende onderneming mogelijk om, ook in afwezigheid van nadere afstemming, een betere inschatting te maken van het inschrijfgedrag van de ander. De Raad merkt hierbij op dat contacten als de onderhavige tussen ondernemingen het bijzonder eenvoudig maken om tot verdergaande mededingingsbeperkende afspraken te komen, waaronder klassieke *bid rigs*.
170. De Raad concludeert op basis van voorgaande analyse dat de praktijk van prijslenen of *cover pricing* in de context van aanbestedingen, zoals de onderhavige, naar haar aard reeds schadelijk is voor de mededinging en derhalve de strekking heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. De Raad wijst in dit verband tevens op de

¹⁶³ Dossierstuk 7249/153, p. 4. Zie ook verklaring OBR, 7249/154 p. 4.: "*Het komt helaas wel eens voor dat je inderdaad de druk op de planning hebt zitten en de partij begint te sputteren op het moment dat die het werk krijgt. En dan zijn voor mij de risico's groter dan dat ik een extra uitnodiging moet sturen. [...]*"

¹⁶⁴ Dossierstukken 7249/153 p. 2, 7249/30 p. 1, 7249/154 p. 2 en 3.

beslissingen van andere mededingingsautoriteiten in Europa¹⁶⁵ en elders in de wereld¹⁶⁶ en op zijn besluit in zaken Limburgse Bouw,¹⁶⁷ waarin *cover pricing* als een gedraging is aangemerkt die de strekking heeft de mededinging te beperken.

171. Gelet op het voorgaande acht de Raad bij elk van de projecten, Botersloot, Las Palmas, Marten Meesweg en Bosland, een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging met mededingingsbeperkende strekking in beginsel aanwezig. Voor zover partijen in hun zienswijze het mededingingsbeperkende karakter van de gedragingen betwisten, gaat de Raad daar in het navolgende op in.

Zienswijze van partijen en beoordeling daarvan door de Raad

172. In het voorgaande heeft de Raad reeds enkele zienswijzen van partijen behandeld. In het onderstaande gaat de Raad in op de overige zienswijzen van partijen die betrekking hebben op het mededingingsbeperkende karakter van de gedragingen.
173. Struijk heeft betoogd dat zij zich niet schuldig heeft gemaakt aan *bid rigging*. Er zijn geen prijsafspraken gemaakt, maar er zijn slechts prijzen uitgeleend. Prijslenen werd louter gedaan om te zorgen dat de prijslener ook de volgende keer weer werd uitgenodigd door de opdrachtgever. Ook Hofstede heeft betoogd dat partijen niet in samenspraak tot hun prijzen zijn gekomen of tot verdeling van werk kwamen. Van overleg zou geen sprake zijn. De lenende partij kreeg volgens Hofstede de reeds gecalculerde prijs van de ander aangereikt, waar de lenende partij het maar mee te doen had. Als voorbeeld wijst zij op het project 'Las Palmas' waarbij Struijk vlak voor het uitlenen van een prijs haar offerte naar de opdrachtgever had verzonden. De NMa zou derhalve miskennen dat de gecalculerde prijs al vaststond als deze door de andere partij werd geleend.
174. Volgens Hofstede verschillen de gedragingen in de onderhavige zaak ook substantieel van de gedragingen aan de orde in zaken Kazerne I en Kazerne 2, waarin sprake was van werkverdeling en rekenvergoedingen door schildersbedrijven en alle inschrijvers informatie uitwisselden. Bij de onderhavige projecten waren vele niet-betrokken ondernemingen aan de orde. Ook in zaken Limburgse Bouw 1 en 2 zouden de enige inschrijvers samen hebben gewerkt en als zij niet de enige waren, de anderen hebben betrokken. Bovendien gaf de

¹⁶⁵ COMP/38.543 – Internationale verhuisdiensten. Uitspraak van het Gerecht in de gevoegde zaken T-208/08 en T-209/08, 16 juni 2011. Zie ook Decision of the Office of Fair Trading, No. CA98/02/2009, Bid rigging in the construction industry in England (Case CE/4327-04), 21 september 2009. Zie ook Competition Appeals Tribunal (CAT) 11 maart 2011, 2011 CAT 3 *Kier Group e.a./OFT*.

¹⁶⁶ Australian Competition Commission v. TF Wollam & Son Pty Ltd (inclusief "corrigendum" van 26 oktober 2011) [2011] FCA 973 (24 August 2011).

¹⁶⁷ Zaken 6494_1 en 6836_1/ Limburgse bouwzaken 1 en 2, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 oktober 2010. Zie ook zaken 6494_1/286 en 6836_1/184 Limburgse bouwzaken 1 en 2, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op het bezwaar gericht tegen het besluit van 29 oktober 2010 met kenmerken 6492_1/286 en 6836_1/184 van 8 maart 2012. Tegen dit besluit is beroep aangekend bij de Rechtbank Rotterdam.

onderneming die eigenlijk niet wilde inschrijven, haar veel te hoge prijs aan de anderen, die dan net daaronder konden inschrijven. In de onderhavige projecten gebeurde volgens Hofstede het tegenovergestelde; de onderneming die 'scherp' ging, leende een enkele keer haar scherpe prijs uit en de ander zat er net iets boven om in elk geval ook een realistische, scherpe prijs te hebben.

175. Voorts betoogt Struijk dat zij niet heeft geweten dat prijslenen verboden was. Wetenschap van mededingingsverstoring is volgens Struijk vereist om de mededingingsbeperkende strekking van prijslenen te kunnen bewijzen. Die wetenschap was bij Struijk (en Hofstede) niet aanwezig, aldus Struijk. Hofstede heeft in dit verband voorts naar voren gebracht dat partijen geen mededingingsbeperkende bedoeling hadden met prijslenen, maar dat het enkel een praktische en goedkope manier was om bij opdrachtgevers in beeld te blijven, op het moment dat men eigenlijk liever niet zou inschrijven.
176. Hoewel Hofstede en Struijk geen prijsafspraken zouden hebben gemaakt, werken zouden hebben verdeeld of rekenvergoedingen zouden hebben afgesproken, hebben partijen naar het oordeel van de Raad door de praktijk van *cover pricing* wel degelijk de aanbestedingen van de projecten 'Las Palmas', 'Marten Meesweg', 'Botersloot' en 'Bosland' gemanipuleerd. *Cover pricing* is evengoed een vorm van *bid rigging*. Zie ook randnummer 135 van dit besluit. Dat Hofstede en Struijk beoogden in beeld te blijven bij de opdrachtgever, acht de Raad voorts op zichzelf legitiem, het daartoe gebezigde middel – prijslenen – echter niet.
177. De Raad plaatst in dit verband vraagtekens bij het gebrek aan wetenschap bij Struijk dat prijslenen verboden was, nog daargelaten dat het al dan niet ontbreken van deze wetenschap irrelevant is voor het vaststellen van een overtreding. Beide partijen waren zich er in ieder geval van bewust dat zij informatie achterhielden voor de opdrachtgevers. Daarbij merkt de Raad op dat de NMa reeds sinds 1998 optreedt tegen iedere vorm van contact over inschrijfgedrag tussen concurrenten voorafgaande aan aanbestedingen.¹⁶⁸ Hofstede en Struijk hadden er derhalve op de hoogte van kunnen zijn dat hun gedragingen in strijd waren met de Mededingingswet.
178. De stelling van Hofstede dat de lenende partij de reeds gecalculeerde prijs van de ander kreeg, acht de Raad voorts een te simpele voorstelling van zaken. Hofstede miskent met deze stelling dat op het moment dat 'de ander' zijn prijs calculeerde, bij 'de ander' reeds bekend

¹⁶⁸ Bekendste voorbeelden zijn de diverse zaken in verschillende deelsectoren van de bouw gestart naar aanleiding van de oproep van het kabinet om schoon schip te maken. Andere voorbeelden zijn het besluit van de d-g NMa van 25 april 2003 in de zaak 3055/Scheemda en de besluiten van de d-g NMa van 18 december 2003 in de zaken 2873/Noord-Holland Acht, 3064/asfaltzware wegenprojecten Noord Nederland, 2906/Heijmans en Solétanche Bachy, 3054/atletiekbanen en 3272/herprofilering Mokerstraat en Aambeeldstraat. Zie ook persbericht NMa, 23 november 1998, 'Voorlopig oordeel NMa: diverse aanbestedingsregelingen verboden' en persbericht NMa, 19 juni 2001, 'NMa verbiedt anti-leurregeling schildersbranche'.

was dat hij zijn prijs zou uitlenen. Van een zelfstandig vastgestelde of gecalculerde prijs was dan ook geen sprake.

179. Wat betreft de vergelijking met de zaken Limburgse Bouw 1 en 2 merkt de Raad op dat, in tegenstelling tot het betoog van Hofstede, in die zaken niet alle inschrijvers bij de mededingingsbeperkende samenwerking betrokken waren.¹⁶⁹ Ook in die zaak zijn twee ondernemingen betrokken, Janssen de Jong en WBL, die tezamen de aanbestedingen manipuleerden door zich schuldig te maken aan *cover pricing*. Zij voerden daar net als Hofstede en Struijk bij aan dat zij dit deden om in beeld te blijven bij de opdrachtgever. Of degene die het werk niet wil krijgen, nu haar prijs ter verificatie aan de ander geeft waarna deze onder haar inschrijft of juist een prijs krijgt van de ander om daarmee of daarboven in te schrijven, acht de Raad bovendien niet relevant. In beide gevallen is sprake van *cover pricing* en dus van afstemming van inschrijfgedrag. De Raad merkt hierbij op dat in de onderhavige zaak ook beide vormen aan de orde zijn. Immers, in de aanbesteding 'Botersloot' heeft Struijk die het project niet wilde maken, haar beoogde offerteprijs ter verificatie voorgelegd aan Hofstede. In de overige aanbestedingen wilde Hofstede niet in aanmerking komen voor het werk en heeft zij daartoe een prijs van Struijk geleend waarmee zij heeft geoffreerd. Dat in alle gevallen naar beleving van Hofstede sprake is geweest van 'scherpe' prijzen van Hofstede en Struijk neemt naar het oordeel van de Raad niet weg dat deze prijzen niet zelfstandig tot stand zijn gekomen, maar in de wetenschap dat één van beide geen interesse had in het project waarmee bij het bepalen van de prijs rekening kon worden gehouden. Het neemt evenmin weg dat één van beide prijzen een schijnprijs is geweest waardoor de door de opdrachtgever beoogde mate van concurrentie is beperkt.

180. Volgens Hofstede hebben partijen met het prijslenen geen schade toegebracht aan het concurrentieproces. In de eerste plaats neemt het aantal daadwerkelijke inschrijvers niet af maar toe, omdat iemand die eigenlijk niet de wens had om serieus in te schrijven, uiteindelijk wel inschrijft. Ook als de redenering wordt gevolgd door de NMa dat het aantal inschrijvers afneemt, dan nog kan volgens Hofstede niet van schade worden gesproken. Het effect is immers hetzelfde als bij een niet-inschrijving of als bij een ondeugdelijke, te hoge of te late inschrijving. Ten tweede wordt een opdrachtgever niet belemmerd in het zoeken van vervangende aannemers die wel een concurrerend bod willen uitbrengen. De NMa ziet hier volgens Hofstede de zelfstandige, leidende rol van de opdrachtgever over het hoofd. Ten derde zou ook van een belemmerd zicht op de concurrentie geen sprake zijn. Dit veronderstelt volgens Hofstede dat alle genodigden altijd inschrijven voor de scherpst mogelijke prijs, hetgeen niet aan de orde is. Er bestaat echter geen inschrijfplicht, maar een inschrijfrecht, aldus Hofstede.

¹⁶⁹ Zaken 6494_1 en 6836_1/ Limburgse bouwzaken 1 en 2, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 oktober 2010. Zie ook zaken 6494_1/286 en 6836_1/184 Limburgse bouwzaken 1 en 2, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op het bezwaar gericht tegen het besluit van 29 oktober 2010 met kenmerken 6492_1/286 en 6836_1/184 van 8 maart 2012. Tegen dit besluit is beroep aangekend bij de Rechtbank Rotterdam.

181. Naar aanleiding van dit betoog van Hofstede merkt de Raad op dat in onderhavige aanbestedingen in kwantitatief opzicht het aantal inschrijvingen inderdaad correspondeert met het aantal uitgenodigde ondernemingen. In kwalitatief opzicht wordt het aantal concurrerende inschrijvingen echter minder en wordt de opdrachtgever bewust in het ongewisse gelaten over het feit dat tenminste één van die inschrijvingen geen serieus bod is. Zoals hiervoor uiteengezet, staat de opdrachtgever in geval van *cover pricing* voor een vervalste keuze tussen offertes, omdat niet alle offertes – in tegenstelling tot wat hij mocht verwachten – onafhankelijk van elkaar en daarmee in concurrentie zijn opgesteld. Zelfs een opdrachtgever die zich zelfstandig en leidend opstelt, zal bij een gebrek aan wetenschap hierover geen aanleiding zien om vervangende aanbidders te zoeken. Hem wordt een afweging hieromtrent ontnomen. De Raad is dan ook van oordeel dat van een belemmerd zicht op de concurrentie wel degelijk sprake is.
182. Een belemmerd zicht op de concurrentie veronderstelt niet, zoals Hofstede stelt, dat alle genodigden altijd inschrijven voor de scherpst mogelijke prijs. Het impliceert wel dat alle genodigden zelfstandig hun inschrijfstrategie bepalen. Dit zelfstandigheidsvereiste vormt de essentie van concurrentie. Een onderneming die geen interesse heeft in een bepaald project, heeft verschillende opties waarbij hij verschillende risico's loopt. Als deze onderneming ervoor kiest een offerte in te dienen, zou zij zelfs de opdracht nog gegund kunnen krijgen. Door in geval van *cover pricing* een prijs te lenen, worden deze risico's grotendeels uitgeschakeld. De situatie waarin ondernemingen aan *cover pricing* doen, is dan ook allerminst gelijk aan de situatie waarin beide ondernemingen zelfstandig hun inschrijfgedrag bepalen.
183. Daarnaast heeft Struijk betoogd dat opdrachtgevers en hoofdaannemers niet altijd handelen volgens 'de regels van het spel'. Struijk wijst in dit verband specifiek op het project 'Botersloot' waar Struijk door de opdrachtgever is gebruikt om de prijs te drukken. Ook Hofstede heeft in haar zienswijze bij het project 'Botersloot' op de rol van opdrachtgever gewezen. Hofstede doelt hiermee op het 'leuren' van de opdrachtgever en het misbruiken van een aannemer om aldus geen bouwkundig rekenaar in te hoeven huren voor het maken van een raming. Hofstede meent dat opdrachtgevers zouden moeten worden aangesproken op oneigenlijke marktbeïnvloeding. Hofstede heeft ook bij het project 'Las Palmas' gewezen op de rol van de opdrachtgever. Een gegadigde die daar scherp had gecalculeerd met de laagste prijs (Struijk), kon vervolgens zomaar buiten spel worden gezet. Hofstede wijst hierbij op de verklaring van opdrachtgever Besix dat na het binnenhalen van de opdracht door Besix een nieuwe ronde zou zijn gevolgd waarin zij prijzen zou hebben opgevraagd voor sloopwerkzaamheden. Het prijslenen bij de eerste ronde heeft dan ook niet concurrentieverstorend gewerkt, aldus Hofstede.

184. Wat betreft de stellingen van Hofstede en Struijk over de rol van opdrachtgevers, kan de Raad kort zijn. Door verschillende ondernemingen uit te nodigen een offerte uit te brengen voor een bepaald werk, beoogt de opdrachtgever de meest geschikte aanbieder te vinden voor het werk. Met de negatieve connotatie die Hofstede en Struijk hieraan verbinden, miskennen zij naar het oordeel van de Raad de essentie van aanbestedingen. Hofstede en Struijk kunnen zich in ieder geval niet aan hun eigen verantwoordelijkheid onttrekken. De opstelling van de opdrachtgever, wat hier ook van zij, rechtvaardigt in geen geval de gedragingen van Hofstede en Struijk en het ontnemt daaraan niet het mededingingsbeperkende karakter. Ook de verklaring van Besix, waar Hofstede op wijst, kan hier niet toe leiden. De Raad roept hierbij in herinnering dat bij de beoordeling van de mededingingsbeperkende strekking van gedragingen, niet naar de daadwerkelijke gevolgen hoeft te worden gekeken. Het gaat erom of de gedragingen (op het moment van de aanbesteding) de mededinging konden beperken. Dat Besix achteraf een nieuwe ronde zou hebben georganiseerd, ontnemt derhalve niet met terugwerkende kracht het mededingingsbeperkende karakter aan de gedragingen van Hofstede en Struijk. Daarbij merkt de Raad op dat het Hofstede en Struijk ten tijde van de aanbesteding ook niet bekend was dat Besix van plan was nog een volgende ronde te houden.
185. Volgens Hofstede werden Hofstede en Struijk niet zozeer gevraagd om in te schrijven vanwege hun prijs, maar vooral vanwege de kwaliteit van hun werk en de goede ervaringen van opdrachtgevers met eerdere projecten van Hofstede en Struijk. In het kader van het project 'Marten Meesweg 5' voert Hofstede aan dat de prijs slechts één van de gunningcriteria vormde (50% van de verdeelsleutel). Volgens Hofstede is niet gebleken dat partijen over de overige 50% van de verdeelsleutel afspraken zouden hebben gemaakt. Bovendien heeft het prijslenen geen enkele invloed gehad op de aanbesteding, aldus Hofstede. Van Eijk had immers uitzonderlijk laag ingeschreven. Een lagere prijs van Hofstede had geen invloed gehad op de uiteindelijke gunning aan Van Eijk.
186. De Raad constateert met Hofstede dat opdrachtgevers Hofstede en Struijk inderdaad selecteerden om te offrenen omdat zij bekend stonden als professionele ondernemingen en vanwege goede ervaringen in het verleden. Dit vormt echter geen legitimatie voor Hofstede en Struijk om de desbetreffende aanbestedingen te manipuleren. In de aanbestedingen zelf vormde de prijs een belangrijke, zo niet de belangrijkste parameter. In 'Botersloot' wilde opdrachtgever OVR de 'budgetraming' van Hofstede getoetst hebben. In 'Bosland' gunde OBR deel II uiteindelijk aan Huizerbouw omdat deze *"vele malen voordeliger [bleek] te zijn dan de slopers."* Ook bij het project 'Las Palmas' was de prijs voor de opdrachtgever van belang. Besix had immers de bedoeling om nog een keer prijzen voor de sloopwerkzaamheden op te vragen als zij de opdracht gegund had gekregen. Alleen in 'Marten Meesweg' vormde de prijs één van de gunningcriteria, waarbij meteen zij opgemerkt dat de prijs in de weging het zwaarst meetelde (50%). De overige gunningscriteria waren plan van aanpak (10%),

planning (30%) en presentatie (10%). In deze aanbesteding heeft de Raad echter kunnen vaststellen dat Struijk niet alleen haar prijs heeft gedeeld met Hofstede. Struijk heeft ook inzicht gegeven in haar onderliggende begroting, haar werkwijze en uitvoeringsmethode, alsmede haar offerte waarin was opgenomen dat de werkzaamheden 6 werkweken in beslag zouden nemen. Daarmee had Hofstede afdoende bedrijfsvertrouwelijke informatie gekregen om op de verschillende onderdelen slechter te kunnen scoren dan Struijk. Dat naar de stelling van Hofstede het prijslenen achteraf gezien, geen invloed heeft gehad op de aanbesteding gelet op de zeer lage inschrijving door Van Eijk, neemt ten slotte niet weg dat het prijslenen een mededingingsbeperkend karakter heeft. Daarbij wijst de Raad erop dat Oskam ook een zeer lage inschrijfprijs hanteerde. Zo uitzonderlijk was de prijs van Van Eijk derhalve niet.

Conclusie

187. Uit het bovenstaande volgt naar het oordeel van de Raad dat de zienswijzen van partijen met betrekking tot de mededingingsbeperkende strekking van de gedragingen van partijen bij de vier aanbestedingen geen doel treffen en geen afbreuk doen aan de conclusie geformuleerd in randnummers 170 en 171 van dit besluit.

3.2.3 Merkbaarheid

Juridisch kader

188. Wanneer wordt vastgesteld dat een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw, de concrete gevolgen van die overeenkomst niet nader te worden onderzocht.¹⁷⁰ Een dergelijke overeenkomst ontkomt slechts aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer zij, wegens de zwakke positie van de betrokken ondernemingen op de relevante markt, de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden.¹⁷¹

Beoordeling door de Raad

189. De Raad is van oordeel dat ten aanzien van de vier in hoofdstuk 2 van dit besluit besproken aanbestedingen er geen sprake is van een zodanige positie van de betrokken ondernemingen dat de mededinging slechts in zeer geringe mate kan worden beïnvloed en overweegt daartoe het volgende.

¹⁷⁰ HvJ EU 8 juli 1999, C-49/92 Commissie/ *Anic Participazioni*, punt 131, reeds aangehaald punt 112-114. HvJ EU 13 juli 1966, zaak 56 en 58/64, *Consten Grundig/Commissie*. Jur. 1966, p. 449.

¹⁷¹ 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./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*. CBb 7 december 2005, zaak AWB 04/237 en 04/249, *Secon/ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit en G-Star Basilicum/ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit en Chilly/ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 6.5.

190. De Raad merkt allereerst op dat de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak in de zaak Dakdekkers¹⁷², welke uitspraak is bevestigd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven¹⁷³, en in haar uitspraak in de zaak Boomkwekerijen¹⁷⁴ heeft vastgesteld dat in geval van mededingingsbeperkende afspraken voorafgaande aan een aanbesteding, de relevante markt beperkt is tot de inschrijvende ondernemingen op die aanbesteding. De Raad merkt in dit verband op dat de gedragingen van de betrokken ondernemingen zich voordeden in de context van vier aanbestedingen in de regio Rotterdam. Ook in de onderhavige zaak acht de Raad de aanbestedingen bij ieder van de vier projecten als de relevante markt bij het bepalen van de merkbaarheid.
191. De Raad constateert dat bij het project 'Botersloot' Hofstede en Struijk de enige partijen waren die een offerte hebben ingediend. Bij het project 'Las Palmas' waren er naast Hofstede en Struijk twee andere inschrijvers. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de opdrachtgever in het kader van dit project weliswaar tien partijen heeft benaderd, maar uiteindelijk slechts vier sloopondernemingen een offerte hebben ingediend. Bij het project 'Martien Meesweg' waren er drie inschrijvers naast Hofstede en Struijk. Voor Deel I van het project 'Bosland' heeft slechts één andere onderneming een offerte uitgebracht naast Hofstede en Struijk. Bij Deel II van het project 'Bosland' waren er twee andere inschrijvers, omdat de opdrachtgever ook aannemer Huizerbouw heeft gevraagd een offerte voor dit deel uit te brengen.
192. De Raad merkt hierbij op dat alle sloopondernemingen een gelijke kans hadden om te winnen. Bij ieder van de vier projecten hebben alle inschrijvers – klein of groot – zich ertoe verplicht de opdracht uit te voeren als deze aan hen werd gegund. Alle inschrijvers bij ieder van de vier projecten waren hiertoe in staat; immers, de opdrachtgever zou die slooponderneming anders niet hebben uitgenodigd. Bovendien hebben partijen met het indienen van hun offertes zichzelf in staat geacht de opdracht uit te kunnen voeren. Alle inschrijvers bij ieder van vier projecten hebben in deze zin dan ook een gelijke positie gehad.
193. De Raad stelt op basis van het voorgaande vast dat Hofstede en Struijk gezamenlijk 40 tot 100 procent uitmaakten van de inschrijvers in de getroffen aanbestedingen. Hun positie was dan ook niet dermate zwak dat hun handelingen de mededinging niet of slechts in zeer beperkte mate konden beperken. De Raad concludeert dan ook dat Hofstede en Struijk niet in een zodanig zwakke positie verkeerden dat hun overtredingen niet merkbaar de mededinging konden beperken.

¹⁷² Rb. Rotterdam 24 juli 2007, LJN BB0750, *Erdo B.V./ de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

¹⁷³ CBb 8 april 2010, LJN BM1588, *Erdo B.V./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

¹⁷⁴ Rb. Rotterdam 1 juli 2010, LJN BM9911, *Darhuizer Boomkwekerijen B.V., Boomkwekerijen M. van den Oever & Zonen B.V. en Van den Oever Holding B.V./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

194. De Raad is voorts van mening dat, zelfs in het geval dat de markt ruimer zou moeten worden gezien dan de aanbesteding, Hofstede en Struijk niet slechts kleine spelers zijn op de regionale dan wel landelijke slopersmarkt. De bevroegde opdrachtgevers hebben aangegeven dat Hofstede en Struijk in de regio Rotterdam grote partijen zijn met een goede reputatie, die ook beschikken over de noodzakelijke certificaten en waarmee ze goede ervaringen hebben.¹⁷⁵ Partijen geven aan over zeer ruime ervaring te beschikken in de verschillende disciplines van het slopen.¹⁷⁶ Een operationeel manager van Hofstede heeft verklaard dat Hofstede in Nederland een top 10 speler is.¹⁷⁷ Zowel een voormalig als huidig operationeel manager van Hofstede hebben verklaard dat Struijk één van de voornaamste concurrenten is van Hofstede.¹⁷⁸ In deze verklaringen ziet de Raad een bevestiging dat Hofstede en Struijk ook op een ruimere markt niet een zodanig zwakke positie innamen dat hun gedragingen niet merkbaar de mededinging konden beperken.

Zienswijze van partijen en beoordeling daarvan door de Raad

195. Ten aanzien van het project "Botersloot", stelt Struijk dat naast Hofstede en Struijk ook twee andere ondernemingen bij de aanwijzing aanwezig waren. De Raad begrijpt dit verweer aldus dat de opdrachtgever OVG ook andere ondernemingen zou hebben uitgenodigd om te offeren en partijen derhalve een zwakkere positie hadden.

196. Zoals besproken in randnummer 49, volgt de Raad - gelet op de verklaring van de opdrachtgever - Struijk niet in haar betoog dat er naast Struijk en Hofstede ook andere ondernemingen zouden zijn uitgenodigd. Zelfs in de situatie dat de opdrachtgever twee ondernemingen naast Hofstede en Struijk zou hebben uitgenodigd, doet dit geen afbreuk aan de merkbaarheid. Ook in deze situatie zouden Hofstede en Struijk niet in een zodanig zwakke positie verkeren dat hun overtredingen niet merkbaar de mededinging konden beperken

197. Hofstede stelt met betrekking tot het project "Las Palmas" dat het niet uit te sluiten valt dat naast Besix de twee andere (hoofd)aannemers, Strukton en Van der Linden, ieder ook nog rond de 10 sloopondernemingen hebben uitgenodigd. Ook Struijk benadrukt in haar zienswijze dat Besix - één van de drie hoofdaannemers - 10 sloopondernemingen heeft benaderd. Gelet hierop kan er volgens Hofstede onmogelijk gesteld worden dat er sprake is geweest van een merkbare schending van artikel 6 Mw.

198. De Raad gaat niet uit van het aantal partijen die benaderd zijn voor het indienen van een offerte maar van het aantal partijen die een offerte hebben ingediend. Waarbij de Raad

¹⁷⁵ Zie randnummers 25 en 29.

¹⁷⁶ Zie randnummers 24 en 27.

¹⁷⁷ Zie randnummer 23.

¹⁷⁸ Zie randnummer 28.

opmerkt dat bij het project 'Las Palmas' weliswaar 10 partijen zijn benaderd, maar dat naast de offertes van Struijk en Hofstede slechts twee andere offertes zijn ingediend. Zelfs in het geval dat de Raad uit zou gaan van het aantal genodigden, dan zou er nog steeds niet gesproken kunnen worden van een zodanig zwakke positie van Hofstede en Struijk, aangezien zij twee van 10 genodigden partijen waren. In aanvulling hierop wijst de Raad op het feit dat een aanbesteding kan plaatsvinden op het niveau van hoofdaanneming of onderaanneming. Bij de beoordeling van de merkbaarheid in de onderhavige aanbesteding is het uitgangspunt de aanbesteding van het onderaannemerschap door Besix en derhalve niet de aanbesteding van het onderaannemerschap door de andere (hoofd)aannemers. De Raad volgt dan ook niet het betoog van partijen dat er geen merkbare invloed kan zijn uitgegaan van de gedragingen van Hofstede en Struijk.

Bagatelbepaling

199. Partijen betogen dat de bagatelbepaling, zoals neergelegd in artikel 7, tweede lid, Mw, op hun gedragingen van toepassing zijn. Struijk doet hierbij een beroep op een uitspraak van de Hoge Raad van 19 december 2009 (LJN: BJ9439), waaruit volgt dat bij overschrijding van de drempelwaarde er niet automatisch gesproken kan worden van een merkbare mededingingsbeperking. Tijdens de hoorzitting heeft Struijk ook betoogd dat bij de bagatelbepaling gekeken moet worden naar de omzet van partijen op de landelijke slopersbranche. Ook Hofstede gaat in haar zienswijze met betrekking tot de bagatelbepaling uit van deze ruimere markt. Struijk stelt voorst in haar zienswijze dat zij slechts een kleine speler is op deze markt met een beperkte omzet, en dat derhalve de bagatelbepaling van toepassing is.

200. De Raad ziet geen aanleiding om de markt in een aanbestedingscontext op een andere wijze af te bakenen dan zoals door de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven is bepaald. Derhalve stelt de Raad vast dat Hofstede en Struijk gezamenlijk over een 'marktaandeel' beschikken dat boven de 10% ligt. Hiermee acht de Raad de uitzondering van het kartelverbod op grond van artikel 7, tweede lid, Mw niet van toepassing.

Conclusie

201. De Raad concludeert dat de gedragingen vastgesteld in paragraaf 2.2 van dit besluit vier afzonderlijke overtredingen vormen die de mededinging merkbaar beïnvloeden en derhalve als een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw, kunnen worden aangemerkt. Voorts concludeert de Raad dat de overtredingen niet onder de bagatelbepaling van artikel 7 Mw vallen.

4 Ondernemingen en toerekening

Juridisch kader

202. Artikel 6 Mw richt zich in navolging van de communautaire mededingingsregels tot "ondernemingen".¹⁷⁹ Het begrip "onderneming" omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.¹⁸⁰ Het begrip "onderneming" valt niet noodzakelijkerwijze samen met het begrip "rechtspersoon" zoals dat in het nationale recht wordt gehanteerd; een onderneming kan ook uit een samenstel van verschillende rechtspersonen bestaan. De "onderneming" die de overtreding heeft begaan is derhalve niet noodzakelijkerwijs dezelfde entiteit als de specifieke rechtspersoon binnen een groep van ondernemingen waarvan de vertegenwoordigers daadwerkelijk aan de kartelgedragingen hebben deelgenomen. In Europese rechtspraak is in dit verband aangegeven dat de mededingingsregels zich richten tot economische eenheden die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan bijdragen tot het begaan van een in die bepaling bedoelde inbreuk.¹⁸¹
203. Hoewel artikel 6 Mw zich tot "ondernemingen" richt en het begrip "onderneming" een economische werkingsfeer heeft, kunnen slechts rechtssubjecten (juridische entiteiten) aansprakelijk worden gesteld voor een inbreuk op die bepaling. Wanneer het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels is bewezen, moet derhalve worden bepaald welke juridische entiteit(en) de onderneming exploiteerde(n) gedurende de periode waarin de inbreuk is gemaakt, teneinde deze aansprakelijk te stellen.
204. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan het gedrag van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij worden toegerekend, met name wanneer de dochtermaatschappij hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die hen verenigen.¹⁸² De reden daarvoor is dat de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij in een dergelijke situatie deel uitmaken van één economische eenheid en derhalve één enkele onderneming in de zin van het mededingingsrecht vormen.

¹⁷⁹ Zie artikel 1, sub f, Mw.

¹⁸⁰ HvJ EU 23 april 1991, zaak C-41/90, *Höfner en Elser/ Macrotron*, Jurispr. 1991, blz. I-01979.

¹⁸¹ GvEA 10 maart 1992, zaak T-11/89, *Shell International Chemical Company Ltd/ Commissie*, punt 311 en GvEA 14 mei 1998, zaak T-352/94, *Mo och Domsjö AB/ Commissie*, punten 7-96.

¹⁸² HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, punt 58.

205. Volgens vaste rechtspraak kan er in die situatie voor gekozen worden om de aansprakelijkheid voor inbreukmakend gedrag toe te schrijven aan de moedermaatschappij, de dochtermaatschappij, of aan de moedermaatschappij hoofdelijk met haar dochtermaatschappij.¹⁸³
206. In het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100% van het kapitaal in handen heeft van haar dochtermaatschappij die een inbreuk op de mededingingsregels heeft gepleegd, kan deze moedermaatschappij beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van deze dochter en bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter.¹⁸⁴ In die omstandigheid volstaat het dat wordt bewezen dat het gehele kapitaal van een dochtermaatschappij in handen is van haar moedermaatschappij voor het aannemen van het vermoeden dat deze laatste beslissende invloed heeft op het commerciële beleid van de dochter. Vervolgens kan de moedermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de betaling van de aan de dochtermaatschappij opgelegde boete, tenzij de moedermaatschappij, die dat vermoeden moet weerleggen, afdoende bewijzen overlegt die aantonen dat haar dochtermaatschappij zich op de markt autonoom gedraagt, aldus het Hof van Justitie.¹⁸⁵ Hierbij wordt opgemerkt dat een moedermaatschappij alleen aansprakelijk is voor de periode dat zij beslissende invloed heeft kunnen uitoefenen.¹⁸⁶
207. Voorts heeft het Hof van Justitie gepreciseerd dat hoewel – naast het bezit van 100% van het kapitaal – extra omstandigheden kunnen wijzen op beslissende invloed van de moedermaatschappij, het aanvoeren van dergelijke extra omstandigheden niet noodzakelijk is om van het vermoeden van beslissende invloed uit te kunnen gaan.¹⁸⁷
208. Bovenstaande jurisprudentie is gelijkelijk van toepassing op uiteindelijke moedermaatschappijen en tussenliggende moedermaatschappijen. In het bijzondere geval waarin een houdstermaatschappij alle aandelen van een tussenliggende vennootschap bezit die op haar beurt het volledige kapitaal van een dochtermaatschappij in handen heeft die een inbreuk op de mededingingsregels heeft gepleegd, rijst het weerlegbare vermoeden dat deze houdstermaatschappij beslissende invloed op het gedrag van de tussenliggende vennootschap uitoefent, en indirect, via deze laatste, ook het gedrag van voornoemde dochtermaatschappij.¹⁸⁸ In een dergelijke situatie behoren de houdstermaatschappij, de

¹⁸³ Gerecht 24 maart 2011, zaak T-386/06, *Pegler/ Commissie*, punt 103 en daarin aangehaalde jurisprudentie.

¹⁸⁴ HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, punt 60.

¹⁸⁵ HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, reeds aangehaald, punt 62.; CBB 18 november 2010, LJN B05193, r.o. 3.4.4.8.

¹⁸⁶ HvJ EU 16 november 2000, zaak C-248/98 P, *NV Koninklijke KNP BT/ Commissie*, Jurispr. 2000, blz. I-9641, punt 73; HvJ EU 16 november 2000, zaak C-279/98 P, *Cascades SA/ Commissie*, Jurispr. 2000, blz. I-9693, punten 77-80, Gerecht 30 mei 2006, T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt AG/ Commissie*, punt 332.

¹⁸⁷ HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, punt 61, HvJ EU 20 januari 2011, zaak C90/09 P, *General Quimica SA/ Commissie* punten 41 en 42.

¹⁸⁸ HvJ EU 20 januari 2011, zaak C90/09 P, *General Quimica SA/ Commissie*, punten 86 tot en met 88. Zie ook Gerecht

tussenliggende vennootschap en laatstgenoemde dochtermaatschappij tot eenzelfde economische eenheid (dezelfde onderneming in de zin van het mededingingsrecht) en kunnen zij uit dien hoofde voor het inbreukmakend gedrag worden aangesproken.¹⁸⁹

Beoordeling door de Raad

209. De Raad stelt vast, hetgeen ook niet is bestreden, dat Hofstede en Struijk gedurende de periode van de overtredingen, beiden actief waren in de sloperssector. Zij verrichtten daarmee economische activiteiten.

210. De Raad rekent de overtredingen aan de volgende juridische entiteiten toe.

Hofstede

211. Uit de feiten en omstandigheden zoals beschreven in hoofdstuk 2 is ten aanzien van ieder van de vier daarin besproken aanbestedingen gebleken dat Hofstede B.V. via hun directeuren en werknemers rechtstreeks betrokken is geweest bij de gedragingen die de overtredingen vormen.

212. De Raad rekent de overtredingen derhalve toe aan Hofstede B.V.

213. Daarnaast is gebleken dat J.B.M. Hofstede Beheer B.V. tijdens de periode van de overtredingen enig aandeelhouder van Hofstede B.V. was. J.B.M. Hofstede Holding B.V. was op haar beurt enig aandeelhouder van J.B.M. Hofstede Beheer B.V. Jermi B.V. hield voorts alle aandelen in Jermido B.V., die op haar beurt enig aandeelhouder was van J.B.M. Hofstede Holding B.V. Op grond van deze feiten neemt de Raad aan dat J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., J.B.M. Hofstede Beheer B.V., Jermido B.V. en Jermi B.V. beslissende invloed uitoefenden op het marktgedrag van Hofstede B.V.

214. Aangezien J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., J.B.M. Hofstede Beheer B.V., Jermido B.V. en Jermi B.V. dit vermoeden van beslissende invloed niet hebben weerlegd, rekent de Raad de overtredingen tevens aan hen toe.

215. De Raad wijst hierbij ten overvloede op andere factoren die het vermoeden van beslissende invloed ondersteunen. Zo was binnen de Hofstede groep, waarvan alle onderdelen op

6 maart 2012, zaak T-65/06 *FLSmidth & Co. A S/ Commissie*, punten 22 en 23.

¹⁸⁹ Zie bijvoorbeeld beschikking van de Commissie van 20 december 2005 in zaak COMP/F/C.38.443 (Rubberchemicaliën), punt 254 t/m 264 en uitspraak van het Hof in die zaak, HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, *General Química SA/ Commissie*. Zie beschikking van de Commissie van 30 november 2005 in zaak COMP/38354 (Industriezakken), punten 715 t/m 739 en de uitspraken van het Gerecht naar aanleiding van deze beschikking, Gerecht 6 maart 2012, zaak T-64/06, *FLS Plast A S/ Commissie* en zaak T-65/06, *FLSmidth & Co. A S/ Commissie*. Zie ten slotte beschikking van de Commissie van 20 oktober 2004 in zaak COMP C.38.238/B.2 (Ruwe tabak - Spanje), punt 400 en uitspraak van het Hof naar aanleiding van deze beschikking, HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, *Alliance One International Inc. e.a./ Commissie en Commissie/ Alliance One International Inc. e.a.*, punten 100 t/m 106.

hetzelfde adres gevestigd waren, steeds de enig aandeelhouder ook enig bestuurder van de desbetreffende vennootschap¹⁹⁰, met aan het hoofd enig aandeelhouder en bestuurder de heer [vertrouwelijk]. [Vertrouwelijk] was ervan op de hoogte dat aan prijslenen werd gedaan.¹⁹¹

Struijk

216. Uit de feiten en omstandigheden zoals beschreven in hoofdstuk 2 is ten aanzien van ieder van de vier daarin besproken aanbestedingen gebleken dat Struijk Sloop en Grondwerken B.V. via haar directeuren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] rechtstreeks betrokken is geweest bij de gedragingen die de overtredingen vormen. De Raad rekent de overtredingen derhalve toe aan Struijk Sloop en Grondwerken B.V.
217. Daarnaast is gebleken dat tijdens de periode van de overtredingen Struijk S- en G Holding B.V. enig aandeelhouder van Struijk Sloop en Grondwerken B.V. was.¹⁹² Op grond daarvan neemt de Raad aan dat Struijk S- en G Holding B.V. beslissende invloed uitoefende op het marktgedrag van Struijk Sloop en Grondwerken B.V.
218. Aangezien Struijk S- en G Holding het vermoeden van beslissende invloed niet heeft weerlegd, rekent de Raad de overtredingen tevens toe aan Struijk S- en G Holding B.V.
219. De Raad wijst hierbij ten overvloede op andere factoren die het vermoeden van beslissende invloed ondersteunen. Zo waren de (bij de gedragingen betrokken) directeuren van Struijk Sloop en Grondwerken B.V., de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], tevens aandeelhouder en bestuurder van Struijk S- en G Holding B.V. en waren beide vennootschappen op hetzelfde adres gevestigd.¹⁹³

Conclusie

220. De Raad rekent de overtredingen van artikel 6 Mw toe aan: Hofstede B.V., J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., Jermido B.V., Jermi B.V., Struijk Sloop en Grondwerken B.V. en Struijk S- en G Holding B.V.

¹⁹⁰ Uitzondering hierop vormt J.B.M. Hofstede Holding B.V. met als enig bestuurder de heer [vertrouwelijk].

¹⁹¹ Dossierstuk 7249/105, verklaring p. 5. *"Ik kan me voorstellen dat prijzen werden geleend, wanneer je het werk niet wilde maken, maar wel serieus genomen wilde blijven worden door de klant, omdat je in de toekomst wellicht nog wel weken voor die klant wil uitvoeren. [Vertrouwelijk] heeft mij aangegeven dat dit bij ons gebeurde"*

¹⁹² Dossierstuk 7249/187, brief van Struijk Sloop- en Grondwerken B.V. gedateerd 14 september 2011, p. 1.

¹⁹³ Via hun gelijknamige vennootschappen A. Struijk Holding B.V. en E. Struijk Holding B.V. die ten tijde van de gedragingen ieder 50% van de aandelen in Struijk S- en G Holding B.V. hielden. Zie dossierstuk 7249/225.

5 Sanctie

5.1 *Beoordelingskader*

221. Ingeval van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw kan de Raad op grond van artikel 56, eerste lid, onder a, Mw aan de rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend een boete opleggen. Ingevolge 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.
222. Voor het vaststellen van 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 NMa Boetecode 2007).¹⁹⁴ In de periode waarin in onderhavige zaak artikel 6, eerste lid, Mw door de betrokken ondernemingen is geschonden, was voornoemde Boetecode van toepassing.
223. Uit randnummer 12 van de NMa Boetecode 2007 volgt dat – voor zover van belang – bij overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mw de boetegrondslag wordt afgeleid uit de betrokken omzet. Ingevolge randnummer 1, onder d, van de NMa Boetecode 2007 wordt als betrokken omzet aangemerkt de waarde van alle transacties, die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met de verkoop van goederen en/of levering van diensten waarop die overtreding betrekking heeft, onder aftrek van over de omzet geheven belastingen.
224. Die betrokken omzet kan blijkens randnummer 24 van de NMa Boetecode 2007 niet in alle gevallen op bovenstaande wijze worden vastgesteld. Dit is bijvoorbeeld niet mogelijk in geval van een verboden aanbestedingsafspraken, waarvan in de onderhavige zaak sprake is.
225. Randnummer 24 van de NMa Boetecode 2007 bepaalt dat in geval van een 'verboden aanbestedingsafspraken' de Raad voor elke deelnemer als betrokken omzet kan aanmerken (een evenredig deel van) de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kan worden gerealiseerd. Daarbij is, zo volgt uit de jurisprudentie, niet relevant of de betrokken ondernemingen ook daadwerkelijk omzet hebben gerealiseerd met de inschrijving op een aanbesteding.¹⁹⁵
226. Tot slot wordt de ernst van de overtreding bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. Met

¹⁹⁴ Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196.

¹⁹⁵ Rb. Rotterdam 6 mei 2009, LJN BK6975, *Openbaar Groen Maastricht*, r.o. 2.5.5.

de duur van de overtreding wordt in de NMa Boetecode 2007 rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt. In het onderhavige geval is de duur van de overtreding conform randnummer 24 van de NMa Boetecode 2007 verdisconteerd in de gekozen betrokken omzet.

5.2 Boetegrondslag

5.2.1 Algemeen kader

227. Het startpunt bij de boetetoemeting is de bepaling van de boetegrondslag. Zoals blijkt uit randnummers 21 en 22 van de NMa Boetecode 2007 baseert de Raad de boetegrondslag in het geval als het onderhavige op de betrokken omzet van de overtreder. Ingevolge randnummer 22 van de NMa Boetecode 2007 bedraagt de boetegrondslag 10% van de betrokken omzet.

228. In het geval van een verboden aanbestedingsafpraak kan de Raad, voor elke bij de overtreding betrokken onderneming als betrokken omzet aanmerken (een evenredig deel van) de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend (hierna: de projectomzet), kan worden gerealiseerd. De Raad heeft dit uitgangspunt voor het bepalen van de betrokken omzet als volgt toegepast en geconcretiseerd.

229. Bij een verboden aanbestedingsafpraak wordt – gezien per aanbesteed project – de omzet waarop de overtreding betrekking heeft, alleen gerealiseerd door de onderneming die het project gegund krijgt en dus uitvoert (hierna: de uitvoerende onderneming). Tegenover die uitvoerende onderneming staan de onderneming(en) die het project niet uitvoeren, maar die wel hebben ingeschreven op de aanbesteding (hierna: de niet-uitvoerende ondernemingen).

230. Voor de uitvoerende onderneming die deelgenomen heeft aan de verboden aanbestedingsafpraak is de betrokken omzet derhalve gelijk aan de projectomzet. Voor de niet-uitvoerende onderneming die deelgenomen heeft aan de verboden aanbestedingsafpraak is de betrokken omzet gelijk aan de projectomzet, gedeeld door het totaal aantal niet-uitvoerende ondernemingen.

231. Deze berekeningssystematiek leidt er in deze zaak toe dat in die gevallen dat een van de betrokken ondernemingen een aanbesteding gegund krijgt – en dus als uitvoerende onderneming geldt – haar betrokken omzet gelijk is aan haar inschrijfprijs (de projectomzet). De betrokken omzet van de andere bij die verboden aanbestedingsafpraak betrokken onderneming bedraagt in dat geval die projectomzet gedeeld door het totaal aantal niet-

uitvoerende ondernemingen dat op de aanbesteding heeft ingeschreven.

232. In de gevallen dat de betrokken ondernemingen zich wel schuldig hebben gemaakt aan een verboden aanbestedingsafspraken, maar de aanbesteding niet gegund hebben gekregen, bedraagt hun betrokken omzet de projectomzet gedeeld door het totaal aantal niet-uitvoerende ondernemingen. Daarbij geldt als projectomzet de waarde van het winnende bod.

5.2.2 Vaststelling van de betrokken omzet

233. De Raad gaat bij het bepalen van de boetegrondslag van de betrokken ondernemingen uit van de gerealiseerde projectomzet van de projecten waarop Hofstede en Struijk hun inschrijfgedrag hebben afgestemd. Dit is alleen anders ten aanzien van het project Las Palmas. Hoewel offertes zijn ingediend door Hofstede en Struijk, alsmede door twee andere ondernemingen, is dit project uiteindelijk aan geen enkele onderneming gegund. Om die reden kan niet worden uitgegaan van de gerealiseerde projectomzet, maar dient een andere basis te worden gezocht.

234. Ter bepaling van de betrokken omzet bij dit project stelt de Raad aan de hand van de dossierstukken allereerst vast dat Hofstede en Struijk allebei een offerte bij Besix hebben ingediend. De Raad gaat vervolgens uit van het laagste offerte-bedrag. Die offerte is uitgebracht door Struijk, ten bedrage van EUR 299.800. Omdat het project aan geen van de vier inschrijvers is gegund, ziet de Raad aanleiding 1/4 van de projectomzet aan beide ondernemingen toe te rekenen; Hofstede en Struijk gelden beide immers als niet-uitvoerende ondernemingen. De betrokken omzet bedraagt voor elk van de betrokken ondernemingen derhalve EUR 74.950.

235. In het hiernavolgende overzicht zijn de getroffen projecten opgesomd, is aangegeven welk bedrag als projectomzet geldt, is het aantal inschrijvende ondernemingen opgenomen en is vermeld of de betrokken ondernemingen de aanbesteding/het project gegund hebben gekregen. In de laatste twee kolommen is vervolgens de betrokken omzet per betrokken onderneming weergegeven.

Projectnaam	Projectomzet (EUR)	Aantal inschrijvers	Gegund aan Hofstede ?	Gegun d aan Struijk?	Projectomzet gedeeld door aantal niet uitvoerende onderneminge n	Betrokken omzet Hofstede (EUR)	Betrokken omzet Struijk (EUR)
Marten Meesweg 5	224.450 ¹⁹⁶	5	nee	nee	56.112	56.112	56.112
Botersloot 175	192.000 ¹⁹⁷	2	ja	nee	192.000	192.000	96.000
Las Palmas	299.800 ¹⁹⁸	4	nee	nee	74.950	74.950	74.950
Bosland 20- 26 1e deel	39.100 ¹⁹⁹	3	nee	ja	19.550	19.550	39.100
Bosland 20- 26 2e deel	19.100 ²⁰⁰	4	nee	nee	6.366	6.366	6.366
Bosland 20- 26 totaal						25.916	45.466
Totaal						348.978	272.528

Vaststelling betrokken omzet Botersloot

236. In paragraaf 2.2.1 van dit besluit heeft de Raad vastgesteld dat de betrokken ondernemingen bij de aanbesteding van het werk "Botersloot 175", hun inschrijfgedrag niet zelfstandig hebben vastgesteld. Voor dit project waren de betrokken ondernemingen de enige inschrijvers. Het project is voor een bedrag van EUR 192.000 aan Hofstede gegund. De betrokken omzet van Hofstede wordt om deze reden gesteld op EUR 192.000. Zoals de Raad in randnummer 230 uiteen heeft gezet is de betrokken omzet voor de niet-uitvoerende onderneming die deelgenomen heeft aan de verboden aanbestedingsafpraak, gelijk aan de projectomzet, gedeeld door het totaal aantal niet-uitvoerende ondernemingen. In dit geval acht de Raad deze uitkomst niet in lijn met de ratio van de regel zoals geformuleerd in randnummer 228. Om die reden stelt de Raad de betrokken omzet voor Struijk vast op de projectomzet gedeeld door het aantal inschrijvers, te weten twee. De betrokken omzet voor Struijk bedraagt hiermee EUR 96.000.

¹⁹⁶ Dossierstuk 7249/43.

¹⁹⁷ Dossierstuk 7249/30.

¹⁹⁸ Dossierstuk 7249/167 (D_6903_0914344).

¹⁹⁹ Dossierstuk 7249/13.

²⁰⁰ Zie randnummer 120 van dit besluit.

Vaststelling betrokken omzet Bosland Deel I en II

237. In paragraaf 2.2.4 van dit besluit heeft de Raad vastgesteld dat Hofstede en Struijk hun inschrijfgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig hebben vastgesteld. Het project bestond uit Deel I en Deel II.
238. OBR heeft voor Deel I drie offertes ontvangen, waarvan de laagste offerte afkomstig was van Struijk (EUR 39.100). Struijk heeft Deel I van het project gegund gekregen voor een bedrag van EUR 37.120. De Raad neemt voor Deel I het bedrag waarmee Struijk heeft ingeschreven als uitgangspunt voor de boetegrondslag van Struijk, omdat dat het bedrag is dat gelet op het prijslenen van Struijk aan Hofstede niet zelfstandig is vastgesteld. Aan de omstandigheid dat Deel I van het project voor een lager bedrag is gegund aan Struijk, kent de Raad geen betekenis toe, omdat die omstandigheid pas is opgetreden nadat de overtreding door Hofstede en Struijk is begaan. Voor Hofstede, 1 van de 2 niet-uitvoerende ondernemingen gaat de Raad wat betreft Deel I uit van de helft van het genoemde bedrag, te weten EUR 19.550.
239. OBR heeft ten aanzien van Deel II vier offertes van de vier door OBR uitgenodigde ondernemingen ontvangen. OBR heeft verklaard dat Deel II uiteindelijk aan bouwonderneming Huizerbouw is gegund. Huizerbouw heeft voor de uitvoering van Deel II EUR 19.100 geoffreerd. Struijk heeft verklaard nadien meerwerk te hebben verricht voor Huizerbouw. In de omstandigheid dat de betrokken ondernemingen aanvankelijk beide als niet-uitvoerende ondernemingen golden, ziet de Raad aanleiding de betrokken omzet voor elk van de betrokken ondernemingen vast te stellen op 1/3 van de projectomzet. Aan de omstandigheid dat Struijk mogelijk later meerwerk heeft uitgevoerd – welke omstandigheid bovendien pas is opgetreden nadat de overtreding door Hofstede en Struijk is begaan en nadat Huizerbouw Deel II gegund had gekregen – kent de Raad in dit geval geen betekenis toe. De Raad stelt de projectomzet vast op het door Huizerbouw geoffreerde bedrag van EUR 19.100. De betrokken omzet voor Deel II bedraagt voor elk van de betrokken ondernemingen derhalve EUR 6.366.

5.2.3 Vaststelling van de boetegrondslag

240. Aan de hand van de in randnummer 235 van dit besluit opgenomen bedragen, stelt de Raad de volgende boetegrondslagen vast:

	Hofstede			Struijk		
	Betrokken omzet		Boetegrondslag	Betrokken omzet		Boetegrondslag
Marten Meesweg 5	56.112	10%	5.611	56.112	10%	5.611
Botersloot 175	192.000	10%	19.200	96.000	10%	9.600
Las Palmas	74.950	10%	7.495	74.950	10%	7.495
Bosland Deel I & II	25.916	10%	2.591	45.466	10%	4.546
Totaal	348.978		34.897	272.528		27.252

5.3 Ernst van de overtreding en de basisboete

241. De NMa Boetecode 2007 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 NMa Boetecode 2007). In het kader van de boeteoplegging in de onderhavige zaak neemt de Raad het navolgende in acht.

242. De NMa Boetecode 2007 geeft in randnummer 28 aan dat "verstreckende horizontale beperkingen" als zeer zware overtredingen dienen te worden aangemerkt. Als voorbeeld van "zeer zware overtredingen" wordt daarin genoemd onder meer horizontale marktverdelingsafspraken, zoals verboden aanbestedingsafspraken - *bid rigging*.

243. In paragraaf 2.2 van dit besluit heeft de Raad vastgesteld dat de betrokken ondernemingen in het kader van onderhavige vier aanbestedingen hun inschrijfgedrag niet zelfstandig hebben vastgesteld door aan prijslenen te doen, hetgeen ook bekend staat als *cover pricing*.

244. In randnummer 135 van dit besluit heeft de Raad het *cover pricing* gekwalificeerd als (verschijningsvormen van) *bid rigging*. Ook de Rechtbank Rotterdam acht het afstemmen van inschrijfgedrag in het kader van aanbestedingen een zeer zware overtreding.²⁰¹ De Raad typeert onderhavige overtredingen dan ook als "zeer zwaar".
245. Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van randnummer 32 van de NMa Boetecode 2007 dat de boetegrondslag wordt vermenigvuldigd met een rekenfactor (hierna: ernstfactor) van 1,5 tot 3, zulks teneinde de ernst van de overtreding in de hoogte van de boete tot uitdrukking te brengen.
246. Bij het bepalen van de rekenfactor voor de ernst van de overtreding houdt de Raad, naast de zwaarte van de overtreding ook rekening met de concrete economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden (randnummer 26). Daarbij komt, randnummer 31 van de NMa Boetecode 2007 in aanmerking nemende, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, aan de omvang van de markt, aan de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijke marktaandeel, aan 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 kan worden toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.

5.3.1 Vaststelling ernstfactor

247. De Raad neemt de navolgende omstandigheden in aanmerking bij het bepalen van de ernstfactor.
248. Zoals in paragraaf 3.2.2 door de Raad is vastgesteld, ligt het in de aard van de gedragingen die onderwerp zijn van dit besluit (*cover pricing*) dat door middel van afstemming de concurrentie tussen de betrokken ondernemingen wordt uitgeschakeld en het door de opdrachtgever beoogde concurrentieproces, buiten zijn gezichtsveld om, wordt gemanipuleerd. De Raad verwijst hiervoor ook naar randnummers 156 t/m 171. Ondernemingen en overheden die aanbestedingsprocedures uitschrijven, hebben de rechtmatige verwachting dat de in de aanbesteding ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de bij de aanbesteding betrokken inschrijvers. In het onderhavige geval is deze verwachting ernstig geschonden doordat de betrokken ondernemingen hun inschrijfgedrag onderling hebben afgestemd. De Raad neemt voorts in aanmerking dat, zoals ook blijkt uit de zienswijzen en verklaringen van Hofstede en Struijk,

²⁰¹ Rb. Rotterdam 6 mei 2009, LJN BK6975, *Openbaar Groen Maastricht*, r.o. 2.5.4.

sprake was van een hun bekende praktijk van prijslenen, waarbij zij elkaar bij herhaling hebben weten te vinden.

249. Voorts neemt de Raad in aanmerking dat bij het project 'Las Palmas' de aanbesteding van Besix geen vervolg heeft gekregen, omdat Besix de aanbesteding waaraan zij zelf deelnam niet had gewonnen. Besix heeft voorts verklaard dat zij als zij wel in aanmerking zou zijn gekomen voor uitvoering van het werk, zij nogmaals de verschillende sloopondernemingen zou hebben benaderd met het verzoek om een offerte uit te brengen. Gelet op deze omstandigheden heeft een prijsopdrijvend effect dat bij prijslenen in potentie aanwezig is, zich in dit geval naar het oordeel van de Raad niet voorgedaan.
250. Ook neemt de Raad in aanmerking dat bij het project 'Marten Meesweg' Van Eijk en Oskam, de als eerste en tweede geëindigde ondernemingen, zeer lage prijzen hadden ingediend bij OVG (ruim 200.000 EUR lager dan Hofstede en Struijk). Gelet hierop acht de Raad een prijsopdrijvend effect dat bij prijslenen in potentie aanwezig is, in dit geval niet waarschijnlijk.
251. Ten slotte neemt de Raad in aanmerking dat, anders dan bij zogenaamde 'klassieke' *bid rigs*, in het geval van cover pricing doorgaans de mate van concurrentie binnen de aanbesteding niet geheel wordt uitgeschakeld. De Raad acht, net als overigens het Engelse *Competition Appeals Tribunal* (CAT) in de zogeheten Construction-zaak²⁰², *cover pricing* dan ook minder ernstig dan klassieke *bid rigs*.²⁰³
252. Gelet op de zwaarte van de overtreding en op de economische context waarbinnen de overtredingen hebben plaatsgevonden, acht de Raad de volgende ernstfactoren gepast: 1,5 voor de projecten 'Las Palmas' en 'Marten Meesweg' en 1,75 voor de projecten 'Botersloot' en 'Bosland'.

5.3.2 Vaststelling van de basisboete

253. Het voorgaande resulteert in de volgende basisboete voor Hofstede en Struijk volgens de formule: basisboete = boetegrondslag x ernstfactor, afgerond op hele euro's:

²⁰² Competition Appeals Tribunal (CAT) 11 maart 2011, 2011 CAT 3 (Kier Group e.a./OFT), nr. 94: 'There is no doubt that "simple" cover pricing constitutes an infringement of the Chapter I prohibition²⁰², but in our view the practice is materially distinct from "bid rigging" as ordinarily understood. Bid rigging implies an agreement or arrangement which determines, or assists in the determination of, the price which will actually be charged to the purchaser. Cover pricing is less serious than conduct of that kind'.

²⁰³ In zaken waarin een klassieke *bid rig* aan de orde was, heeft de Raad doorgaans een ernstfactor van 2 gehanteerd. Voorbeelden daarvan zijn: zaak 3055 (Scheemda), zaak 3064 (Asfaltzware wegenprojecten Noord-Nederland), zaak 4014 (Openbaar groen Maastricht), zaak 5211 (Boomkwekerijen), alsmede de besluiten in zaken 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC), 3690 (Aanbesteding dakrenovatie Gouda) en 3691 (Dakrenovaties Emmtec).

Project	Hofstede			Struijk		
	Boete Grondslag	Ernstfactor	Basisboete	Boete grondslag	Ernstfactor	Basisboete
Marten Meesweg 5	5.611	1,5	8.416	5.611	1,5	8.416
Botersloot 175	19.200	1,75	33.600	9.600	1,75	16.800
Las Palmas	7.495	1,5	11.242	7.495	1,5	11.242
Bosland 20-26 Deel I & II	2.591	1,75	4.534	4.546	1,75	7.955
Totaal	34.897		57.792	27.252		44.413

5.4 *Boeteverhogende en –verlagende omstandigheden*

254. Zoals in randnummer 47 van de NMa Boetecode 2007 is vermeld, neemt de Raad bij de boetevaststelling boeteverhogende of -verlagende omstandigheden in aanmerking.

255. De Raad acht in de onderhavige zaak geen boeteverhogende of -verlagende omstandigheden aanwezig. Ook in hetgeen Hofstede en Struijk naar voren hebben gebracht, is van boeteverlagende omstandigheden niet gebleken.

5.5 *Wettelijk maximum*

256. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de boete voor een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw maximaal EUR 450.000 of, als dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaand aan de beschikking.

257. De Raad stelt vast dat de bovenstaande boetes lager zijn dan EUR 450.000, zodat het genoemde maximum niet wordt overschreden.

5.6 *Vaststelling van de hoogte van de boete*

258. Conform randnummer 21 en 22 van de NMa Boetecode 2007 en onder verwijzing naar randnummer 253 van dit besluit bedraagt de boete voor Hofstede EUR 56.000 en de boete

voor Struijk 42.000.

Project	Boete Hofstede	Boete Struijk
Marten Meesweg 5	8.000	8.000
Botersloot 175	33.000	16.000
Las Palmas	11.000	11.000
Bosland 20-26 Deel I & II	4.000	7.000
Totaal	56.000	42.000

6 BESLUIT

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. legt een boete van EUR 56.000 op aan Hofstede B.V., J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., Jermido B.V. en Jermi B.V., allen statutair gevestigd te Rotterdam, waarbij alle rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- II. legt een boete van EUR 42.000 op aan Struijk Sloop en Grondwerken B.V. en Struijk S- en G Holding B.V., beide statutair gevestigd te Krimpen aan de Lek, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- III. legt geen boete op aan Hofstede Sloperij B.V., statutair gevestigd te Rotterdam.

Dit besluit is gericht tot ieder van bovengenoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum: 10 december 2012

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

Wg.

Henk Don

Lid van de 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.