

Openbaar Besluit

Ons kenmerk: 7400/355

Datum: 31-10-2014

Besluit op bezwaar van de Autoriteit Consument en Markt inzake het bezwaarschrift van 'Hofstede' en 'Van Eijk' tegen het besluit van 24 mei 2013 (met kenmerk: 7400/284).

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 24 mei 2013 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM)¹ aan Hofstede B.V., J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., Jermido B.V. en Jermi B.V. (hierna: Hofstede), een boete van EUR 17.000 opgelegd wegens een overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw). Ook aan Van Eijk Sloopwerken B.V., C. van Eijk Holding B.V. en Start B.V. (hierna: Van Eijk) is voor dezelfde overtreding een boete van EUR 69.000 opgelegd. In het bestreden besluit heeft ACM geconcludeerd dat Hofstede en Van Eijk in 2007 hun inschrijving op de aanbesteding van het project 'Geuneburg', niet zelfstandig hebben vastgesteld. Hofstede en Van Eijk hebben zich schuldig gemaakt aan de zogeheten praktijk van 'prijsslenen' of '*cover pricing*', hetgeen zij ook hebben erkend.
2. Hofstede heeft op 28 juni 2013 een pro-forma bezwaarschrift ingediend, dat zij op 1 oktober 2013 met gronden van bezwaar heeft aangevuld. Van Eijk heeft bij brief van 1 juli 2013 pro-forma bezwaar gemaakt en haar bezwaarschrift op 26 september 2013 met gronden aangevuld.
3. Op 14 februari 2014 zijn Hofstede, Van Eijk en ACM gehoord door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Het verslag van deze hoorzitting werd op 24 maart 2014 aan partijen toegezonden.

¹ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden (Stb. 2013, 102). Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en de Consumentenautoriteit. Op grond van artikel 42, tweede lid, Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, worden bezwaarschriften die ingediend zijn bij de NMa, aangemerkt als bezwaarschriften die ingediend zijn bij ACM.

Openbaar Besluit

- Op 31 maart 2014 heeft de Adviescommissie haar advies vastgesteld (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal deel uit.

Leeswijzer van dit besluit

- In hoofdstuk II van dit besluit worden de feiten en de economische en de juridische context van de gedragingen geschetst. Vervolgens worden in hoofdstuk III de bezwaren kort samen gevat en wordt een samenvatting van het Advies gegeven. Vervolgens komen in hoofdstuk IV de beoordeling van het Advies en de bezwaren aan de orde. Als laatste wordt in hoofdstuk V het bezwaar in het kader van de boete besproken.

2/22

II. Feiten en context

- In 2007 heeft Gemeentewerken Rotterdam, in opdracht van Estrade Projecten, vijf ondernemingen uitgenodigd om in te schrijven op de aanbesteding van het sloopproject Geuneburg. Estrade Projecten is onderdeel van woningcorporatie Vestia en was de opdrachtgever van deze aanbesteding. Zij heeft Gemeentewerken Rotterdam gevraagd de coördinatie van de aanbesteding uit te voeren. Het project Geuneburg was onderdeel van grootschalige sloopwerken in de wijk De Burgen, bestaande uit elf losstaande sloopprojecten.
- Deze vijf ondernemingen zijn door de opdrachtgever geselecteerd uit een poule van sloopbedrijven. Deze vijf ondernemingen waren Van Eijk, De Jong, Bik (clementieverzoeker), Hofstede en Van der Linde. De eerste drie werden uitgenodigd omdat Estrade in het verleden naar tevredenheid met hen had gewerkt. Hofstede en Van der Linde zijn door Gemeentewerken Rotterdam aan deze selectie toegevoegd. Het gunningscriterium bij deze aanbesteding was de laagste inschrijfprijs.
- Zoals ook beschreven in het bestreden besluit, hebben Hofstede en Van Eijk contact met elkaar gehad over de inschrijfprijs voorafgaand aan deze inschrijving. Van Eijk heeft vóór het indienen van haar eigen inschrijfstaat een ingevulde inschrijfstaat op naam van Hofstede, verstrekt aan Hofstede. Vervolgens heeft Hofstede ingeschreven met een inschrijfstaat die overeenkomt met de inschrijfstaat die haar eerder door Van Eijk was toegezonden. Van Eijk heeft ingeschreven met een prijs lager dan die van Hofstede.
- Deze wijze van samenwerken heeft ertoe geleid dat aan de wens van Hofstede om het werk niet gegund te krijgen, maar toch in beeld te blijven bij de opdrachtgever, tegemoet werd gekomen. De opdrachtgever werd hierover niet geïnformeerd. Van Eijk verkreeg op haar beurt belangrijke

Openbaar Besluit

informatie over het inschrijfgedrag van haar concurrent, namelijk dat Hofstede geen interesse had in het desbetreffende werk en hoger dan Van Eijk wenste in te schrijven. Bij de getroffen aanbesteding hebben Hofstede en Van Eijk aldus informatie met elkaar gedeeld die bij een aanbesteding als vertrouwelijk wordt beschouwd: hun beoogde inschrijfgedrag.

10. Ten aanzien van de drie overige inschrijvers is niet gebleken van betrokkenheid bij enige afstemming. Voorafgaand aan de inschrijving heeft geen gezamenlijke aanwijzing plaatsgevonden. Ook is niet gebleken dat de inschrijvers over andere informatie beschikten waaruit bleek hoeveel en welke overige ondernemingen waren uitgenodigd (behalve Van Eijk en Hofstede die van elkaar wisten dat ze waren uitgenodigd) om in te schrijven op project Geuneburg. Wel was – in elk geval bij appellanten – bekend dat opdrachtgever Estrade werkte met een poule van ongeveer tien à vijftien sloopondernemingen en dat steeds een wisselend deel van deze groep door Estrade werd uitgenodigd voor een van de elf sloopprojecten.
11. Hofstede en Van Eijk erkennen dat bij de aanbesteding van het project Geuneburg sprake was van prijslenen, in het Engels bekend als *cover pricing*.
12. *Cover pricing* is een vorm van *bid rigging*. Bij *bid rigging* is er sprake van het manipuleren van een aanbesteding, waardoor de opdrachtgever tevens wordt misleid.² Dat is ook het geval bij *cover pricing*. Van *cover pricing* is sprake indien ten minste twee ondernemingen in een aanbestedingscontext voorgenomen marktgedrag onderling afstemmen. Die afstemming leidt er vervolgens toe dat (ten minste) één van die ondernemingen op de aanbesteding inschrijft met een (offerte)prijs waarvan zij bij voorbaat weet die aanbesteding daarmee niet te winnen. De andere onderneming, die dus haar inschrijfprijs en/of voorgenomen inschrijfgedrag afstemt met haar concurrent, verkrijgt door die afstemming belangrijke informatie over het voorgenomen marktgedrag van haar concurrent en weet hiermee haar kans vergroot op het wél winnen van de aanbesteding. Met hun afstemming vervangen de betrokken ondernemingen de onzekerheid die eigen is aan het zelfstandig bepalen van marktgedrag, voor de zekerheid die samenwerking hen biedt.
13. Hofstede geeft aan dat “prijslenen” (*cover pricing*) voor haar tot doel heeft om de aanbesteding niet te winnen, maar wel “in beeld te blijven” bij de opdrachtgever.

² In het verleden hebben de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven al uitspraken gedaan waarin centraal stond de zelfstandigheidseis van artikel 6, eerste lid, Mw in relatie tot de aanbestedingscontext. Verwezen zij naar (bijvoorbeeld) de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 6 mei 2009, *AWB 07/4212 e.v.*, (*Openbaar Groen Maastricht*), en CBb 8 april 2010, *LJN BM1588 (Erdo B.V.)*.

Openbaar Besluit

4/22

14. Bij een “klassieke” *bid rig* nemen alle inschrijvers deel aan de afstemming, waardoor zij ook op voorhand weten wie de opdracht gegund zal krijgen. Bij *cover pricing* nemen niet alle inschrijvers deel. De uitkomst van de aanbesteding (wie wint en tegen welke prijs) wordt doorgaans niet door middel van *cover pricing* rechtstreeks bepaald. Echter, met *cover pricing* fingeren de betrokken aanbieders ten opzichte van de opdrachtgever de concurrentie die in werkelijkheid niet bestaat.³
15. Over het algemeen geldt dat wanneer een opdrachtgever een aanbesteding beperkt tot een aantal potentiële aanbieders die hij zelf vooraf heeft geselecteerd, de opdrachtgever deze potentiële aanbieders (reeds) geschikt acht om de opdracht uit te voeren.⁴ De kring van genodigden zal dan ook in het algemeen beschikken over de noodzakelijke kwalificaties om het project uit te kunnen voeren.⁵
16. Bij de aanbesteding van het project Geuneburg was sprake van een meervoudig onderhandse aanbesteding, waarbij de opdrachtgever zelf sloopondernemingen had uitgenodigd, waaronder Hofstede en Van Eijk. Zoals ook wordt beschreven in het bestreden besluit, zijn Hofstede en Van Eijk professionele sloopondernemingen met de noodzakelijke certificaten en met veel ervaring.⁶ Ook volgens de website zoals die bestond ten tijde van de overtredingen, is Hofstede in staat “*ieder sloopproject*” uit te voeren.⁷ Hofstede en Van Eijk zijn geen kleine spelers in deze

³ Commissie beschikking van 11 maart 2008 (COMP/38.543 – Internationale verhuisdiensten), rnr. 364 en 365.

⁴ Dit is anders dan de situatie waarin een opdrachtgever kiest om de aanbestedingsprocedure open te stellen voor alle potentiële aanbieders. “*In a selective tender process the contractors invited to tender will in general be those considered most likely to have the required specialist skills. The Tribunal understands that selective tendering is commonly used by local authorities (and others commissioning construction and maintenance work). Selective tendering processes ensure that the workload involved in analyzing the various bids submitted can be kept within manageable bounds.*” Zaak 1032/1/1/04, *Apex Asphalt and Paving Co Limited t. Office of Fair Trading*, 24 februari 2005, ov. 210 - 211.

⁵ “*Bij de toepassing van een meervoudig onderhandse procedure stelt de aanbestedende dienst uitsluitend geschiktheidseisen indien bij de aanbestedende dienst de geschiktheid van een of meer van de potentiële inschrijvers nog niet bekend is.*”, Voorschrift 3.5C van de Gids Proportionaliteit 2013. De Gids Proportionaliteit 2013 is tot stand gekomen in het kader van het flankerend beleid bij de Aanbestedingswet 2012 (kamerstukken II nummer 32440). In casu zijn geen geschiktheidseisen gesteld. De opdrachtgever ging dus uit van de geschiktheid van de genodigden.

⁶ Paragraaf 2.1 van het bestreden besluit.

⁷ “*Hofstede B.V. is gespecialiseerd in het uitvoeren van de-asbesterings-, demontage-, sloop- en montagewerken van: - chemische- en -petrochemische installaties – energie centrales – ziekenhuizen c.q. zorginstellingen – woonobjecten – kunstwerken – vliegtuigen, treinen en schepen – productielijnen – voedings- en – genotsmiddelenindustrie. [...] Zij zijn*

Openbaar Besluit

branche, zoals ook blijkt uit de verklaringen in het dossier en van Hofstede zelf.⁸

Zelfstandigheidsvereiste

17. In het geval een opdrachtgever besluit tot een aanbesteding, wil hij "waar voor zijn geld" krijgen. De opdrachtgever vraagt dus niet bij één aanbieder een offerte aan, maar lokt concurrentie uit tussen meerdere aanbieders die meedingen naar de opdracht.⁹ Die aanbieders worden geacht onderling met elkaar te concurreren om de gunning van een opdracht. Dit is het doel van een aanbesteding.
18. Bij niet- Europese aanbestedingen, zoals bij een onderhandse aanbesteding als Geuneburg, kan de opdrachtgever de aanbestedingsprocedure naar eigen inzicht inrichten. Daarbij is de opdrachtgever gebonden aan het gelijkheids-, het proportionaliteits- en het transparantiebeginsel.¹⁰ Deze regels en beginselen moeten er steeds voor zorgen dat de aanbesteder de randvoorwaarden creëert waarbinnen de inschrijvers onder gelijke voorwaarden kunnen strijden om de opdracht. De aanbieders moeten een gelijke kans maken op die opdracht.
19. Op hun beurt dienen de aanbieders binnen de mededingingsrechtelijke grenzen deel te nemen aan de aanbesteding, of te besluiten daar vanaf te zien. Artikel 6 Mw en met name het zogeheten zelfstandigheidsvereiste zijn daarbij van belang.
20. In de context van een aanbesteding veronderstelt het aan het mededingingsrecht ten grondslag liggende zelfstandigheidsvereiste volgens vaste jurisprudentie dat de aanbieders hun marktgedrag steeds zelfstandig bepalen. Een opdrachtgever heeft – gelet op de door hem nagestreefde concurrentie en daaruit voortvloeiende keuzemogelijkheid tussen ingediende offertes – de gerechtvaardigde verwachting dat inschrijvende ondernemingen zelfstandig opereren. In de context van een meervoudig onderhandse aanbesteding betekent dit ten eerste de keuze om al dan niet aan de uitnodiging van de aanbestedende dienst gehoor te geven. Deze keuze moet een aanbieder steeds zelf – zonder afstemming met concurrenten – maken.

in staat ieder sloopproject, hoe risicovol en omvangrijk ook, veilig en volgens planning uit te voeren.", dossierstuk 7400/232.

⁸ Gronden van bezwaar Hofstede, p.2.

⁹ ACM heeft gelet hierop 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.

¹⁰ Artikelen 1.15 en 1.16 van de Aanbestedingswet 2012.

Openbaar Besluit

21. De eis om zelfstandig het marktgedrag te bepalen betekent ten tweede dat de aanbieder zelf bepaalt welke prijzen deze aanbieder in zijn offerte opneemt. Ook hier geldt dat die keuze plaats moet vinden zonder afstemming met concurrenten.
22. Het is evident in strijd met de zelfstandigheidseis om met een concurrent informatie uit te wisselen over de inhoud van de offerte voordat de termijn voor indiening van die offerte is verstreken. Het doel van de aanbesteding is nu juist om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren om de gunning van de opdracht. Daarnaast is niet met de zelfstandigheidseis te verenigen dat concurrenten – ook weer voordat de termijn voor indiening van de offertes is verstreken – elkaar op de hoogte stellen van hun voorgenomen marktgedrag.
23. Overigens zal een onderneming die zich op het moment van inschrijving minder geschikt acht om de klus uit te voeren of hogere productiekosten heeft, in de regel niet inschrijven met de meest concurrerende prijs. De praktijk laat echter ook zien dat een dergelijke onderneming toch met de laagste prijs kán inschrijven. Bij de beslissing om in te schrijven en de wijze waarop, kunnen meer overwegingen een rol spelen. Zo kan een onderneming bijvoorbeeld beslissen om in te schrijven met een voor hem verliesgevende prijs, om op deze manier de opdracht gegund te krijgen en zo bij de opdrachtgever in beeld te komen of te blijven.
24. Op het moment dat genodigden bij een meervoudig onderhandse aanbesteding worden benaderd én indien zij beslissen om tot inschrijving over te gaan, dan hebben zij – op het moment dat de laagste prijs het gunningscriterium is – daarmee een gelijke kans om de aanbesteding gegund te krijgen.

III. Bezwaren en Advies

25. Hieronder volgt een verkorte weergave van de bezwaren van Hofstede en Van Eijk. In hoofdstuk IV van dit besluit gaat ACM in op deze bezwaren.
26. Voordat de bezwaren worden weergegeven merkt ACM het volgende op over twee onderdelen van dat bezwaarschrift. Het betreffen de *Zienswijze* en het door *Hofstede Sloperij B.V.* ingediende bezwaar. Ten aanzien daarvan legt ACM reeds in dit hoofdstuk haar oordeel neer, en niet in hoofdstuk IV.

Openbaar Besluit

Zienswijze

27. Hofstede heeft verzocht haar zienswijze uit de primaire fase als herhaald en ingelast te beschouwen. ACM zou, aldus Hofstede, delen van deze zienswijze niet betrokken hebben bij het bestreden besluit, althans op een onjuiste manier hebben beoordeeld.
28. Dit verwijt treft geen doel. ACM heeft mede met inachtneming en na bestudering van de zienswijze van Hofstede het bestreden besluit genomen. ACM ziet gelet hierop geen aanleiding om nogmaals op deze zienswijze uit de primaire fase te reageren. ACM volstaat dan ook met een beoordeling van de specifiek door Hofstede in haar gronden van bezwaar aangesneden onderwerpen. ACM merkt daarbij op dat voor zover Hofstede meent dat haar zienswijze op het rapport niet, althans onvoldoende is betrokken in de besluitvorming door ACM, het aan Hofstede is om dit in haar bezwaargronden te specificeren.

Hofstede Sloperij B.V.

29. Voorts merkt ACM op dat de bezwaargronden ook namens Hofstede Sloperij B.V. zijn ingediend. Het is ACM niet duidelijk welk belang deze vennootschap bij onderhavige procedure heeft. ACM heeft niet vastgesteld dat Hofstede Sloperij B.V. de Mededingingswet heeft overtreden en heeft deze vennootschap niet beboet. Hofstede heeft het belang van Hofstede Sloperij B.V. niet nader geduïd. ACM gaat er daarom vanuit dat Hofstede Sloperij B.V. geen procesbelang heeft bij het aanwenden van rechtsmiddelen tegen het bestreden besluit en verklaart haar dan ook niet-ontvankelijk in haar bezwaar.

Procedureel – de onderzoeksfase

30. Hofstede heeft zich op het standpunt gesteld dat de bedrijfsbezoeken die hebben geleid tot het rapport in deze zaak, op ongeldige grondslag hebben plaatsgevonden. Het in de bedrijfsbezoekopdracht genoemde bewijs was nog niet aanwezig bij ACM tijdens de bedrijfsbezoeken. Dat blijkt uit het feit dat de clementietoezegging pas later is ondertekend, aldus Hofstede.
31. Daarnaast voeren Hofstede en Van Eijk aan dat ACM in strijd heeft gehandeld met artikel 54a Mw, door een feit uit een rapport in een andere zaak, toe te voegen aan het bestreden besluit. Het betreft hierbij het feit dat Hofstede een met Geunenburg vergelijkbare aanbesteding heeft gewonnen. Appellanten stellen dat de Juridische Dienst hiermee zelf onderzoek heeft verricht, wat niet geoorloofd is.

Openbaar Besluit

Ten aanzien van de overtreding

32. Hofstede en Van Eijk erkennen dat zij zich schuldig hebben gemaakt aan *cover pricing*. Wel betwisten zij dat sprake is van een overtreding van artikel 6 Mw.
33. Hofstede en Van Eijk zijn van mening dat het bestreden besluit de feitelijke, juridische en economische context miskent. Hierdoor zijn ten onrechte verboden overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een merkbaar concurrentiebeperkende strekking aangenomen. Afstemming was slechts nodig om in beeld te blijven bij de opdrachtgever, maar had niet tot doel om de mededinging te beperken. De verstrekking van de inschrijfprijs door Van Eijk, noch de mededeling van Hofstede, was in dit concrete geval geschikt de mededinging te beperken, aldus appellanten.
34. Hofstede en Van Eijk bestempelen de potentiële gevolgen zoals die in het bestreden besluit worden beschreven als ficties en stellen dat die gevolgen bij de aanbesteding van project Geuneburg niet aan de orde zijn. Van Eijk stelt dat ook uit het bestreden besluit volgt dat het doel van de gedraging (het in beeld blijven bij de opdrachtgever) legitiem is. Zij ziet niet in hoe sprake kan zijn van een mededingingsbeperkende strekking, als de gedraging zelf niet als doel heeft de mededinging te beperken. Nu het bestreden besluit niet stelt dat daadwerkelijk sprake is geweest van mededinging beperkende gevolgen, is onbegrijpelijk waarom de gedraging inbreuk zou maken op artikel 6 Mw.
35. Van Eijk stelt dat de stelling dat Hofstede bij het ontbreken van een *cover price* mogelijk veel te hoog of juist zeer laag zou hebben geboden, zeer hypothetisch is. Het potentiële prijsopdrijvende effect vloeit dan ook niet voort uit ervaringsregels, althans is niet beoordeeld binnen de context van deze markt, aldus Van Eijk.
36. Hofstede merkt voorts in haar bezwaarschrift op dat de Adviescommissie in het eerder genoemde advies in zaak 7094 (Limburgse Bouwzaken) heeft aangegeven dat het aantal concurrerende ondernemingen niet vermindert als gevolg van *cover pricing*, omdat de prijslenende onderneming toch al heeft besloten om niet serieus mee te bieden.
37. Van Eijk meent dat de stelling dat de aanbestedende dienst door *cover pricing* misleid wordt en daarmee belemmerd wordt in het maken van bepaalde keuzes, puur hypothetisch is. Hofstede stelt dat in geen van de gevallen was geregeld dat een uitgenodigde partij diende aan te geven dat zij geen werkelijke interesse had.

Openbaar Besluit

9/22

38. Daarnaast zou ACM de relevante markt niet op de juiste wijze hebben afgebakend. Aangezien een gedegen marktschrijving ontbreekt, kan volgens Hofstede er niet zonder meer van uit worden gegaan dat de markt beperkt zou zijn tot één enkele aanbesteding of dat de concurrentie beperkt zou zijn tot de daadwerkelijk uitgenodigde partijen. Bij een juiste afbakening zou blijken, volgens Hofstede, dat het door haar toegepaste prijslenen geen merkbare beperking van de mededinging oplevert.
39. Appellanten menen dat als gevolg van de in het bestreden besluit miskende vraag- en aanbods substitutie de markt ten minste wordt gevormd door de elf projecten in de wijk De Burgen. Op die markt waren ten minste tien spelers actief. Daarnaast ging door de onbekendheid van het precieze aantal en de onbekendheid van de identiteit van de andere mededingers, ook concurrentie uit van overige potentiële bidders, aldus Van Eijk. Zij hield bij de inschrijving rekening met ongeveer vijftien potentiële concurrenten.
40. Hofstede meent dat in alle gevallen met de nodige concurrentie rekening moest worden gehouden door alle inschrijvers. In geval van de aanbesteding van project Geuneburg wist alleen Van Eijk dat Hofstede niet voornemens was (serieus) te bieden. De concurrentiedruk bleef, aldus Hofstede, in het geheel in stand. Dit gold naar de mening van Hofstede ook voor Van Eijk, omdat deze nog steeds rekening moest houden met scherpe inschrijvingen van de andere deelnemers. Van Eijk beaamt dit in haar bezwaarschrift. Zij stelt dat het evident was dat Hofstede een zwakke bidder was en hield er rekening mee dat de opdrachtgever veel sterkere bidders uit zou nodigen.
41. Van Eijk meent bovendien dat geen sprake kan zijn van concurrentiebeperking nu de betrokken ondernemingen überhaupt geen concurrenten zijn. Omdat Hofstede het project niet wilde winnen, is hij dus ook geen concurrent voor het project, aldus Van Eijk.
42. Hofstede betoogt dat marktposities van partijen niet (enkel) worden bepaald door de uitnodiging een laagste prijs neer te leggen, maar ook door de capaciteit (of het ontbreken daarvan) van marktpartijen om voor het desbetreffende project een concurrerende inschrijving te doen. Van Eijk is van mening dat de verschillen in sterkte abusievelijk niet zijn onderzocht en niet zijn meegenomen in het bestreden besluit.

Openbaar Besluit

10/22

III.1 Het Advies

43. De Adviescommissie deelt het oordeel van ACM dat sprake is van een gedraging die ertoe strekt de mededinging te beperken.¹¹ De praktijk van prijslenen is naar zijn aard geschikt om de mededinging in de context van een aanbesteding te beperken. Er is sprake van een potentieel prijsopdrijvend effect, zowel door de verminderde onzekerheid bij de uitlenende onderneming als door de betere inschatting die de lenende onderneming kan maken van de prijs waarmee zij de opdracht niet zal winnen.
44. De Adviescommissie adviseert ACM wel om duidelijker te motiveren waarom een opdrachtgever door prijslenen kan worden beperkt in het zoeken naar vervangende aannemers die wel een concurrerend bod willen uitbrengen en waardoor de benadeling van concurrenten als zodanig de mededinging beperkt. Ook wordt geadviseerd de merkbaarheid van de mededingingsbeperking en de (niet) toepasselijkheid van de bagateluitzondering nader te onderbouwen.
45. Voor het overige adviseert de Adviescommissie de ACM om de door Hofstede en Van Eijk aangevoerde bezwaren te verwerpen.

IV. Het bestaan van een overtreding – beoordeling

46. In het bestreden besluit is een overtreding vastgesteld van artikel 6, eerste lid, Mw. Deze bepaling verbiedt 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. Zoals ook opgemerkt in het bestreden besluit sluit dit kartelverbod zoveel mogelijk aan bij artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Dat betekent dat jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie voor de uitleg van artikel 6 Mw mede richtinggevend zijn.

IV.1 Strekking

47. ACM is – ook na heroverweging – van oordeel dat prijslenen, zoals toegepast door Hofstede en Van Eijk, het concurrentieproces in het kader van de aanbesteding Geuneburg kon beïnvloeden

¹¹ Advies van 31 maart 2014, prisma-nummer 7400/351.

Openbaar Besluit

en de strekking heeft de mededinging te beperken en te vervalsen. Ook de Adviescommissie concludeert dat de praktijk van prijslenen naar zijn aard geschikt is de mededinging in de context van een aanbesteding te beperken.

Uitgangspunten bij een strekkingsbeding

48. Hieronder zijn de belangrijkste uitgangspunten weergegeven om te bepalen of er al dan niet sprake is van een afspraak die ertoe strekt de mededinging te beperken.
- 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 worden geacht schadelijk te zijn voor de mededinging.
 - 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 context ervan.
 - Van een mededingingsbeperkende strekking is reeds sprake wanneer een onderling afgestemde feitelijke 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.
 - 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 voor de mededinging.

Geuneburg

49. Ten aanzien van het bezwaar van Hofstede en Van Eijk dat het prijslenen er niet toe strekt de mededinging te beperken, oordeelt ACM als volgt.
50. Zoals blijkt uit het bestreden besluit hebben Hofstede en Van Eijk ten aanzien van het project Geuneburg hun inschrijfgedrag niet zelfstandig vastgesteld. De opdrachtgever was hiervan niet op de hoogte, omdat het onderling contact over de inschrijfstaten geheim werd gehouden. Op deze wijze hebben Hofstede en Van Eijk de aanbesteding bewust gemanipuleerd. Zoals in het voorgaande aangegeven, is het doel van de aanbesteding nu juist om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren door hen zelfstandig mee te laten dingen naar de opdracht. Met hun gedragingen hebben Hofstede en Van Eijk dit doel bij deze aanbesteding gefrustreerd.

Openbaar Besluit

12/22

Inherente beperkingen

51. In de onderhavige zaak gaat het om een overtreding van het kartelverbod in een aanbestedingscontext, in het bijzonder “*cover pricing*” door ondernemingen binnen het kader van een meervoudig onderhandse aanbesteding. Een aanbesteding beoogt concurrentie op te roepen. *Cover pricing* daarentegen manipuleert die aanbesteding en vervangt concurrentie door samenwerking. Gelet op deze context strekt *cover pricing* ertoe de mededinging te beperken, te verhinderen en te vervalsen.¹² *Cover pricing* tast het concurrentieproces bij aanbestedingen aan. Het aantal zelfstandig bepaalde en daarmee concurrerende inschrijvingen wordt beperkt en het gewenste concurrentieproces verstoord, zonder dat de opdrachtgever daar weet van heeft.
52. In het geval van de aanbesteding van het project Geuneburg is de opdrachtgever misleid door het feit dat hij dacht met vijf concurrerende inschrijvingen te maken te hebben, terwijl dat er in werkelijkheid minder waren: er waren slechts drie ondernemingen die in zelfstandigheid hebben ingeschreven. De concurrentie tussen Hofstede en Van Eijk is – buiten medeweten van de opdrachtgever – uitgeschakeld.
53. ACM gaat voorbij aan de stelling van appellanten dat het aantal inschrijvers niet wordt beperkt omdat Hofstede toch al zou hebben besloten niet in te schrijven. Hofstede heeft erkend en uit het dossier blijkt ook dat Hofstede wél heeft ingeschreven op deze aanbesteding. Daarmee heeft de opdrachtgever het beeld gekregen dat hij vijf serieuze offertes ontving. Dit is een andere situatie dan de door appellant naar voren gebracht situatie van niet-inschrijven; dan zou immers de opdrachtgever ook daadwerkelijk maar vier offertes hebben ontvangen. Gezien het door appellanten zelf beschreven risico van niet-inschrijven – het uit beeld raken bij de opdrachtgever – is het ook overigens niet voor de hand liggend dat Hofstede niet zou hebben ingeschreven; hij wilde juist in beeld blijven bij de opdrachtgever.

¹² Algemeen bekend is dat bid rigging schadelijk is voor het concurrentieproces en tot de meest ernstige overtredingen behoort. “*The competitive process can achieve lower prices or better quality and innovation only when companies genuinely compete (i.e., set their terms and conditions honestly and independently). Bid rigging can be particularly harmful if it affects public procurement. (voetnoot 1: In OECD countries public procurement accounts for approximately 15% of GDP.) Such conspiracies take resources from purchasers and taxpayers, diminish public confidence in the competitive process, and undermine the benefits of a competitive marketplace.*”, OESO “Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement”, p. 1. Zie ook OESO “Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 25 maart 1998, C(98) 35/FINAL.

Openbaar Besluit

13/22

Potentiële beperkingen

54. Naast de inherente beperking van de mededinging door het prijslenen door Hofstede en Van Eijk, heeft ACM in het bestreden besluit gewezen op een aantal potentiële mededingingsbeperkende gevolgen van *cover pricing*:
- de mogelijkheid van prijsopdrijving;
 - de mogelijkheid dat een opdrachtgever wordt belemmerd in het zoeken naar een vervangende opdrachtnemer;
 - mogelijke doorwerking van een vertroebeld zicht op de concurrentie naar toekomstige aanbestedingen, en;
 - de mogelijkheid van het op oneigenlijke wijze verhogen van de transparantie door inschrijfinformatie met elkaar te delen; kortom, het verkrijgen van inzicht in opbouw van bedrijfscalculaties van concurrenten en het daarbij behorende inzicht in inschrijfgedrag en -strategie van concurrenten.
55. In het hiernavolgende komt de mededingingsbeperkende strekking van *cover pricing* nader aan de orde. Daarin zullen ook bovenstaande punten aan bod komen, in elk geval voor zover de Adviescommissie heeft geadviseerd ten aanzien daarvan nader te motiveren.
56. *Cover pricing* ontkomt aan het kartelverbod van artikel 6, Mw wanneer zij de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden.¹³ Daarvan is alleen sprake op het moment dat aan de vrijstelling van artikel 7, tweede lid, Mw wordt voldaan.
57. Zoals in het voorgaande aangegeven, heeft ACM in het bestreden besluit gewezen op een aantal potentieel mededingingsbeperkende gevolgen bij *cover pricing*. Eén daarvan is dat bij *cover pricing* de opdrachtgever wordt beperkt in de mogelijkheid een vervangende aanbieder te zoeken. Dit in tegenstelling tot de normale situatie zonder *cover pricing*, waarbij de opdrachtgever door de betreffende onderneming kan worden geïnformeerd op het moment dat zij besluit niet in te schrijven. Naar aanleiding van het Advies vult ACM haar motivering op dit punt aan.
58. Appellanten betwisten de vaststelling van ACM in het bestreden besluit dat een opdrachtgever door *cover pricing* wordt belemmerd in het zoeken naar een vervangende aanbieder. Onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie in zaak 7094 (*Limburgse Bouw*) stelt

¹³ Zaak C-226/11, *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence e.a.* van 13 december 2013, ro. 16. Zaak 5/69, *Völk v. Vervaeke* van 9 juli 1969, ro. 7.

Openbaar Besluit

Hofstede naar aanleiding van dit potentiële gevolg dat sprake is van een “fictie” nu genodigden niet verplicht waren te melden dat zij geen interesse in de opdracht hadden.

59. Zoals toegelicht in het bestreden besluit, is één van de mogelijke gevolgen van *cover pricing* in aanbestedingen het feit dat dit kan leiden tot een hogere prijs voor de opdrachtgever. De onderneming die haar prijs uitleent, kan namelijk besluiten met een iets hogere prijs in te schrijven. De prijsopdrijvende mogelijkheid schuilt voorts in het ontnemen van de mogelijkheid bij de opdrachtgever om alsnog de gewenste mate van concurrentie te bereiken door (een) andere onderneming(en) uit te nodigen om een offerte in te dienen (vervangende aanbieder). In het geval dat Hofstede niet had willen inschrijven op project Geunenburg, was zij niet verplicht geweest om zich af te melden. Dit was echter wel een reële optie voor Hofstede geweest, zeker gezien het risico's dat zij zelf ook beschrijft: wél inschrijven (zonder prijslenen) met als risico de opdracht 'ongewild' gegund te krijgen. In een situatie zonder *cover pricing* had de opdrachtgever dus een afweging kunnen maken of zij een andere vervangende slooonderneming voor een offerte zou willen benaderen.
60. Het bestreden besluit stelt nog dat transparantie oneigenlijk kan worden verhoogd wanneer twee concurrenten contact hebben over hun inschrijfprijs voorafgaand aan de inschrijving. Van Eijk stelt dat hiervan geen sprake is, aangezien inschrijfprijzen in de meeste gevallen uiteindelijk toch bekend worden gemaakt door de opdrachtgever. De Adviescommissie heeft geadviseerd nader in te gaan op dit bezwaar van Van Eijk.
61. ACM is van oordeel dat Van Eijk gelijk heeft dat inschrijfprijzen na afloop van de aanbesteding vaak bekend worden gemaakt. Dat gaat echter alleen – in elk geval in de concrete situatie die hier aan de orde is – over de uiteindelijke inschrijfprijs en niet over de calculatie die daaraan ten grondslag ligt. Door het prijslenen bij het project Geunenburg heeft Hofstede echter inzicht gekregen in de opbouw van de onderliggende calculatie zoals die door Van Eijk is opgesteld (voor Hofstede).
62. Het bestreden besluit stelt daarnaast nog dat het in strijd handelen met het zelfstandigheidsvereiste ten nadele werkt van andere concurrenten die wel zelfstandig hun strategie en inschrijfgedrag bepalen en de daarmee gepaard gaande risico's dragen. De Adviescommissie adviseert ACM om die stelling nader te motiveren.
63. De Adviescommissie is het met ACM eens dat de overige drie inschrijvers mogelijk nadeel hebben ondervonden van het prijslenen door Hofstede en Van Eijk. Dat nadeel bestaat er uit dat Van Eijk ervan kennis heeft dat Hofstede geen concurrent in die aanbesteding is, doordat Van

14/22

Openbaar Besluit

Eijk haar inschrijfprijs aan Hofstede heeft verstrekt. Die kennis hebben de overige drie inschrijvende ondernemingen niet, zodat in zoverre hun zicht op de concurrentie in die aanbesteding door toedoen van Van Eijk en Hofstede eveneens is vertroebeld. ACM heeft daarmee niet bedoeld te overwegen dat de benadeling van die drie inschrijvers op zichzelf een zelfstandige beperking van de mededinging met zich brengt.

Tussenconclusie strekking

64. Het bovenstaande leidt ertoe dat het prijslenen door Hofstede en Van Eijk ertoe strekt de mededinging te beperken, te verhinderen en te vervalsen.

IV.2 Bagatel

65. Doel van de bagatelvoorziening zoals bedoeld in artikel 7 Mw is om mededingingsafspraken van het kartelverbod vrij te stellen die vanwege hun omvang of aard vanuit een oogpunt van het mededingingsbeleid van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. De bagatelvoorziening geeft een kwantitatieve ondergrens aan de reikwijdte van het verbod van mededingingsafspraken.
66. ACM overweegt naar aanleiding van de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in de zaak *Boomkwekerijen* van 10 april 2014 dat de bagatelbepaling (artikel 7, tweede lid, Mw) van toepassing is zoals die luidde ten tijde van de overtredingen. Voor een geslaagd beroep op de bagatelbepaling dient te worden voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden: een marktaandeel van vijf procent of minder en een omzet niet hoger dan EUR 40 miljoen.
67. Hofstede en Van Eijk stellen dat het prijslenen binnen het project Geunenburg binnen het bereik van de in artikel 7, tweede lid, Mw vervatte bagateluitzondering valt. Het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen (Hofstede en Van Eijk) op de relevante markt in de afgelopen jaren zou altijd kleiner dan tien procent zijn geweest. Voor zover zou worden geoordeeld dat sprake is van een onderling afgestemde gedraging die tot doel had de mededinging merkbaar te beperken, wijzen appellanten erop dat artikel 6 Mw niet van toepassing is en ACM had moeten afzien van het opmaken van een rapport en het opleggen van een boete.
68. ACM is van oordeel dat Hofstede en Van Eijk in de onderhavige aanbesteding samen over een marktaandeel boven de vijf procent beschikken. Van een vrijstelling van het kartelverbod op grond van artikel 7, tweede lid, Mw is dan ook geen sprake. Daartoe overweegt ACM het volgende.

Openbaar Besluit

16/22

69. Anders dan Hofstede en Van Eijk stellen, bevat het bestreden besluit een toereikende beschrijving van de markt om de strekking van de onderhavige gedraging te kunnen beoordelen. ACM merkt hierbij op dat een gedetailleerde(re) marktafbakening nuttig kan zijn, maar geen noodzakelijke vereiste is indien ook zonder deze afbakening de mededingingsbeperkende strekking van het gedrag kan worden vastgesteld.¹⁴ De nauwkeurigheid waarmee een marktafbakening dient te geschieden, hangt af van het met deze afbakening nagestreefde doel.¹⁵ In lijn met het voorgaande heeft het CBb in zijn uitspraak in de zaak *Fietsfabrikanten* bepaald dat de afbakening van de relevante markt geen doel op zich is, maar een instrument voor de analyse is, die is vereist voor de toepassing van de mededingingsregels. Daarbij is de mate van gedetailleerdheid afhankelijk van hetgeen wordt vereist voor de beoordeling van de gedragingen die het voorwerp van onderzoek vormen.¹⁶
70. Gelet op het voorgaande slaagt de verwijzing van Hofstede naar de fusiezaak *Veolia-CDC-Transdev*¹⁷ niet. Bij een fusie is sprake van een prospectieve toets waarbij de marktafbakening dient om de mogelijke toekomstige mededingingsrechtelijke problemen in kaart te brengen. Dit in tegenstelling tot een toets op grond van artikel 6 Mw, die retrospectief van aard is. Dit onderscheid kan tot gevolg hebben dat, op basis van dezelfde algemene analyse van de marktwerking, de specifieke beoordeling tot een ander resultaat leidt.
71. Appellanten en de Adviescommissie wijzen op de potentiële concurrentie die een rol heeft of zou kunnen hebben gespeeld bij de inschrijving op het project Geuneburg. Die concurrentie bestond volgens appellanten uit de druk die zij voelden van de sloopondernemingen die niet waren uitgenodigd om in te schrijven, maar wel in de poule zaten waaruit de opdrachtgever de inschrijvers koos. Daarnaast zouden ook de andere tien projecten in de wijk De Burgen deel uitmaken van de relevante markt, omdat dit inwisselbare projecten zijn, aldus Van Eijk.

¹⁴ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb. nr. C 372, alinea 10. Zie GvEA EG 6 juli 2000, T-62/98, Jur. 2000, p. II-02707 (*Volkswagen*), r.o. 230-231 en GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, Jur. 1995, p. II-00289, r.o. 74.

¹⁵ Zie randnummer 10 van de Bekendmaking genoemd in de vorige voetnoot.

¹⁶ CBb 4 oktober 2011, AWB 07/647 tot en met 07/650, *Fietsfabrikanten*, r.o. 4.5.3.; zie ook uitspraak CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118, p. 15.

¹⁷ Zaak 6957, *Veolia-CDC-Transdev*, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 9 december 2010.

Openbaar Besluit

17/22

72. ACM neemt voor de marktafbakening bij *cover pricing* als uitgangspunt dat de markt bestaat uit de concrete aanbesteding, en de inschrijvende ondernemingen bij die aanbesteding. Voor de toepassing van de bagatelbepaling in onderhavige zaak, kan derhalve worden uitgegaan van een gezamenlijk marktaandeel van Hofstede en Van Eijk van veertig procent: twee van de vijf inschrijvers hebben de aanbesteding gemanipuleerd.
73. ACM kan op grond van het onderzoek in onderhavige zaak niet op voorhand uitsluiten dat Hofstede en Van Eijk met meer concurrenten rekening hielden dan alleen de overige drie inschrijvers. Daarbij is van belang dat niet is gebleken dat alle genodigden wisten hoeveel en welke sloopbedrijven er naast hen nog meer waren uitgenodigd. Hierbij speelt mee dat er geen gezamenlijke aanwijzing is geweest, waarop uitgenodigde ondernemingen elkaar vaak ontmoeten. De markt zou in dit concrete geval dan ook groter kunnen zijn dan alleen de inschrijvende ondernemingen.
74. Maar ook in het geval dat ACM de potentiële concurrentie tot de relevante markt zou rekenen – in die zin dat de aanbodzijde niet uit vijf maar uit maximaal vijftien sloopbedrijven (zie randnummer 10 voor verwijzing naar poule van aannemers) zou bestaan – dan nog slaagt een beroep op artikel 7, tweede lid, Mw niet. Op dat moment beslaan Van Eijk en Hofstede nog steeds ten minste dertien procent van de relevante markt (twee van de vijftien).
75. Naar het oordeel van ACM vormen de andere tien aanbestedingen in de wijk de Burgen hoogstens op zichzelf staande relevante markten, waarop ondernemingen met elkaar hebben kunnen concurreren of hebben geconcurrereerd. De onderhavige zaak heeft evenwel geen betrekking op concurrentieverstorende gedragingen bij die aanbestedingen. Dat de andere aanbestedingen in de wijk De Burgen wellicht als inwisselbaar werden beschouwd door de potentiële bidders, zoals Van Eijk stelt, speelt naar het oordeel van ACM bij afbakening van de markt geen rol. De opdrachtgever heeft er immers voor gekozen om de elf projecten telkens afzonderlijk aan te besteden.
76. Nu reeds niet wordt voldaan aan de eerste voorwaarde van de bagatelbepaling (vijf procent marktaandeel), is die bagatelbepaling, zoals die luidde ten tijde van de overtredingen, niet van toepassing.

Merkbaarheid

77. Nu, zoals uit het voorgaande naar voren is gekomen, sprake is van een gedraging die naar haar aard de strekking heeft de mededinging te beperken en te vervalsen, én een beroep op de

Openbaar Besluit

bagatelbepaling niet slaagt¹⁸, is de merkbaarheid van de gedraging van Hofstede en Van Eijk naar het oordeel van ACM gegeven.

78. ACM betreft bij het bovenstaande ook het arrest *Expedia* van het HvJ EU. Daaruit volgt, samengevat, dat een strekkingsbeperking¹⁹ die onder de werkingssfeer van artikel 101, eerste lid, VWEU valt, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan, de mededinging merkbaar beperkt.²⁰ Gelet voorts op de bedoelingen van de nationale wetgever bij de invoering van de Mededingingswet, te weten dat de merkbaarheid zoals bedoeld in artikel 6, eerste lid, Mw geïnterpreteerd dient te worden overeenkomstig Europese rechtspraak,²¹ is ACM mede ook in het licht van het *Expedia*-arrest van oordeel dat ingeval van *cover pricing* de merkbaarheid van die gedraging gegeven is.²²

IV.3 Overige bezwaren

Procedureel – de onderzoeksfase

79. Met betrekking tot de door Hofstede aangevoerde bezwaren gericht tegen het door ACM verrichte onderzoek, overweegt ACM als volgt.
80. Het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het rapport dat tot het bestreden besluit heeft geleid, is gestart op 23 maart 2010 naar aanleiding van een clementieverzoek van Bik. ACM heeft naar aanleiding van dit clementieverzoek een onderzoek ingesteld naar mogelijke overtreding(en) van artikel 6, eerste lid, Mw door ondernemingen die actief zijn op het gebied van sloopwerkzaamheden van bouwwerken. De overtreding(en) zou(den) bestaan uit het maken van afspraken over, dan wel onderling afstemmen van te hanteren inschrijfcijfers en het onderling

¹⁸ Zie in dit verband ook de herziene de minimis-bekendmaking, d.d.25 juni 2014 van de Europese Commissie, waarin cover pricing expliciet wordt genoemd als een strekkingsbeding. Conform randnummer 13 van die bekendmaking kunnen ondernemingen die betrokken zijn bij een dergelijk beding (en die de interstatelijke handel kunnen beïnvloeden), geen gebruik maken van de Europese vrijstelling.

Zie http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice.pdf

¹⁹ Dat wil zeggen een afspraak of onderling afgestemde feitelijke gedraging die, gelet op de inhoud en het doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt concreet kan verhinderen, beperken of vervalsen. Zie HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08 (T-Mobile), r.o. 42.

²⁰ Zie HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/12 (Expedia), r.o. 37.

²¹ Memorie van Toelichting Mededingingswet, TK 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 14.

²² Ziebijvoorbeeld ook de uitspraak van de Rb Rotterdam, ECLI:NL:RBOT:2014:5849, ro. 6.41.

Openbaar Besluit

19/22

verdelen van opdrachten met betrekking tot aanbestedingen van sloopwerkzaamheden.²³ De mogelijke overtreding(en) die vanaf dat moment werd(en) onderzocht betrof(fen) derhalve mogelijk meer ondernemingen en mogelijk meer aanbestedingen dan uiteindelijk in het bestreden besluit zijn betrokken.

81. ACM heeft in het kader van haar onderzoek op 23 maart 2010 (met uitloop naar 24 maart) verschillende ondernemingen bezocht, waaronder Hofstede en Van Eijk, en verklaringen afgenomen van verschillende vertegenwoordigers van deze ondernemingen.
82. Hofstede stelt dat de bedrijfsbezoeken die ACM heeft verricht op ongeldige grondslag hebben plaatsgevonden, omdat het definitieve clementieverzoek van Bik en de clementietoezegging pas na het opmaken van de bedrijfsbezoekopdracht op 16 maart 2010 zouden zijn ontvangen of door Bik ondertekend. Hofstede leidt hieruit af dat het clementiemateriaal waaraan in de bedrijfsbezoekopdracht wordt gerefereerd, ten tijde van het opmaken van de bedrijfsbezoekopdracht feitelijk ontbrak.
83. Nog daargelaten dat geen rechtsregel in de weg staat aan het gebruik van informatie van een clementieverzoeker, onafhankelijk van het stadium waarin het desbetreffende verzoek verkeert, geeft Hofstede hiermee een verkeerde voorstelling van zaken. Toen opdracht werd gegeven tot het uitvoeren van de bedrijfsbezoeken, beschikte ACM reeds volledig over het clementieverzoek van Bik. Dit blijkt op zichzelf reeds uit de tekst van de bedrijfsbezoeksopdracht die een beschrijving geeft van het clementieverzoek van Bik, waarin Bik ook Hofstede en Van Eijk als betrokken ondernemingen heeft genoemd. Bik heeft zich meer in het bijzonder reeds op 6 november 2009 met een verzoek om clementie gericht tot het Clementiebureau van ACM, waarna Bik haar clementieverzoek heeft vervolledigd door (aanvullend) bewijsmateriaal te verstrekken.²⁴ Het "definitieve clementieverzoek" waaraan Hofstede refereert, betreft de definitieve (vervolledigde) versie van de door Bik in het kader van haar clementieverzoek opgestelde ondernemersverklaring. Deze verklaring is op 11 maart 2010 binnengekomen bij het Clementiebureau van ACM. De datum 26 april 2010 waar Hofstede aan refereert, betreft de datum waarop dit stuk bij de Directie Mededinging van ACM is geregistreerd in het dossier. De omstandigheid dat Bik de clementietoezegging eerst op 20 maart 2010 heeft ondertekend, is niet relevant, nu dit geen betrekking heeft op het ontvangstmoment van het clementieverzoek. Hofstede lijkt in haar bezwaar te suggereren dat bedrijfsbezoeken pas kunnen worden

²³ Dossierstuk 3, prisma-nummer 7400/2, bedrijfsbezoekopdracht.

²⁴ Zie artikel 14, lid 3, van de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ / 9146574, tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels, Staatscourant 22 september 2009, nr. 14078.

Openbaar Besluit

ondernomen, nadat een onderneming een clementietoezegging van ACM ondertekend heeft geretourneerd. ACM volgt dit standpunt niet en de Mededingingswet biedt daarvoor ook geen enkel aanknopingspunt.

84. Hofstede stelt daarnaast dat het door Bik in haar clementieverzoek gemelde kartel blijkens het bestreden besluit en het onderliggende rapport, niet bewaarheid is geworden. ACM merkt naar aanleiding van deze stelling op dat dit geen afbreuk doet aan de door ACM geconstateerde feiten in het bestreden besluit. De door ACM geconstateerde overtredingen die zijn vastgesteld in het bestreden besluit, vallen binnen de kaders van het destijds beschreven onderzoeksdoel.

Artikel 54a Mw

85. Hofstede en Van Eijk stellen dat ACM de functiescheiding zoals die is neergelegd in artikel 54a Mw heeft veronachtzaamd. De directie Juridische Zaken van ACM zou volgens appellanten in strijd met die functiescheiding zelf een feit hebben toegevoegd aan het feitensubstraat, dat niet op het rapport is gebaseerd. Het betreft het 'feit' dat Hofstede een met Geunenburg vergelijkbare aanbesteding heeft gewonnen, te weten project Kanaalweg. Voor dit 'feit' is in het bestreden besluit in onderhavige zaak verwezen naar het besluit in zaak 7401. Het op deze wijze aanvullen van het feitensubstraat komt neer op het doen van onderzoek als bedoeld in de Mededingingswet, zo zijn appellanten van mening.
86. De interpretatie van de term 'vergelijkbare aanbesteding' door appellanten komt voor hun rekening. Van het doen van onderzoek door de Directie Juridische Zaken is geen sprake. ACM heeft met de term 'vergelijkbare aanbesteding' niets anders uitgedrukt of bedoeld dan dat het ook hier een onderhandse aanbesteding betrof voor sloopwerk, die was gegund aan Hofstede.
87. Hoewel in het bestreden besluit inderdaad is verwezen naar het besluit in zaak 7401, volgt ook uit het dossier in zaak 7400 dat Hofstede de aanbesteding die zag op het project 'Kanaalweg', heeft gewonnen. Van Eijk was hiervan ook op de hoogte. In het verslag van ambtshandelingen d.d. 27 juni 2011 (met kenmerk 7400/170) wordt namelijk gesproken over het project Kanaalweg. Uit dit verslag wordt duidelijk dat het Hofstede is die dit project gewonnen heeft.
88. Het bestreden besluit is gebaseerd op het rapport, én op het dossier dat daaraan ten grondslag ligt. Van schending van artikel 54a Mw is naar het oordeel van ACM dan ook geen sprake.
89. ACM is van oordeel – net als de Adviescommissie – dat dit bezwaar van Hofstede en Van Eijk derhalve niet slaagt.

20/22

IV.4 Conclusie

90. ACM is – met de Adviescommissie – van oordeel dat *cover pricing* naar haar aard geschikt is om de mededinging te beperken. Hofstede en Van Eijk hebben zich schuldig gemaakt aan een gedraging die ertoe strekt de mededinging te beperken. Nu het gezamenlijk marktaandeel van Hofstede en Van Eijk bij onderhavige aanbesteding ten minste boven de dertien procent ligt, vallen hun gedragingen niet onder de in artikel 7 Mw opgenomen vrijstelling en is de merkbaarheid van de overtreding een gegeven. Nu ook de procedurele bezwaren van Hofstede en Van Eijk geen doel treffen, heeft ACM terecht aan appellanten een boete opgelegd.

V. Boete

91. In de bezwaarschriften van Hofstede en Van Eijk wordt geen bezwaar gemaakt tegen de hoogte van de boete, maar slechts tegen de vaststelling van het bestaan van een overtreding. Voorafgaand aan de hoorzitting bij de Adviescommissie heeft Hofstede in een aanvullende schriftelijke opmerking wel bezwaar gemaakt tegen de hoogte van de boete. Hofstede is van mening dat zij ten onrechte geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking zijn genomen. Hofstede vindt dat haar volledige medewerking een boeteverlaging rechtvaardigt. Daarnaast klaagt Hofstede over de reputatieschade die zij heeft geleden als gevolg van de openbaarmaking van het bestreden besluit.
92. ACM is van oordeel, net zoals de Adviescommissie, dat het aan Hofstede is om aannemelijk te maken dat zij zodanig verdere medewerking heeft verleend aan het onderzoek dat dit een lagere boete zou rechtvaardigen. Daarin is Hofstede niet geslaagd, zodat geen grond bestaat voor het in aanmerking nemen van boeteverlagende omstandigheden.
93. Het risico van reputatieschade komt voor rekening van de overtreder. ACM is wettelijk verplicht boetebesluiten te openbaren. Voor ondernemingen die de openbaarmaking van een besluit willen voorkomen, staat een rechtsgang open. ACM stelt vast dat Hofstede daarvan geen gebruik heeft gemaakt. Deze bezwaargrond van Hofstede slaagt derhalve niet.

Openbaar Besluit

VI. Besluit

94. De Autoriteit Consument en Markt:

- verklaart de bezwaren van Hofstede Sloperij B.V. niet-ontvankelijk;
- verklaart de bezwaren Hofstede B.V., J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., Jermido B.V. en Jermi B.V. ongegrond;
- verklaart de bezwaren van Van Eijk Sloopwerken B.V., C. Van Eijk Holding B.V. en Start B.V. ongegrond
- handhaaft, onder aanvulling van de motivering, haar besluit van 24 mei 2013.

Datum: 31-10-2014

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
mr. J.G. Vegter
Bestuurslid

22/22

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking daarvan beroep instellen bij de rechtbank Rotterdam.