

Openbaar Besluit

Ons kenmerk: 7249/322

Datum: 31-10-2014

Besluit op bezwaar van de Autoriteit Consument en Markt inzake het bezwaarschrift van Hofstede tegen het besluit van 10 december 2012 (met kenmerk: 7249/271).

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 10 december 2012 (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 56.000 opgelegd wegens een overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw). Ook aan Struijk Sloop en Grondwerken B.V. en Struijk S- en G Holding B.V., (hierna: Struijk) is voor dezelfde overtreding een boete opgelegd, ter hoogte van EUR 42.000. In het bestreden besluit heeft ACM geconcludeerd dat Hofstede en Struijk in de periode 2005 tot en met 2009 hun inschrijfgedrag bij een viertal aanbestedingen – te weten “Botersloot”, “Las Palmas”, “Marten Meesweg” en “Bosland” – niet zelfstandig hebben vastgesteld. Hofstede en Struijk hebben zich schuldig gemaakt aan de zogeheten praktijk van ‘prijslenen’ of ‘cover pricing’, hetgeen zij ook hebben erkend.
2. Tegen het bestreden besluit heeft uitsluitend Hofstede bezwaar gemaakt. Struijk heeft geen bezwaar gemaakt.
3. Op 24 juni 2013 zijn Hofstede en ACM gehoord door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Het verslag van deze hoorzitting werd op 13 augustus 2013 aan Hofstede 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 11 september 2013 heeft de Adviescommissie haar advies vastgesteld (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal deel uit.²

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.

2/26

II. Feiten en context

- In het navolgende zullen per aanbesteding de relevante feiten en context worden weergegeven.

Project "Botersloot" te Rotterdam

- Onder verwijzing naar paragraaf 2.2.1 van het bestreden besluit, betreft het hier een uitnodiging van de opdrachtgever, OVG Nederland B.V., aan uitsluitend Hofstede en Struijk om in te schrijven op dit project.
- Zoals ook beschreven in het bestreden besluit, hebben Hofstede en Struijk contact met elkaar gehad over de inschrijfprijs voorafgaand aan deze inschrijving. Het 'prijslenen' heeft plaatsgevonden in de vorm van het voorleggen van een offerte door Struijk aan Hofstede, waarna Hofstede daarmee akkoord is gegaan. Hofstede heeft vervolgens met een lagere prijs geoffreerd en heeft de opdracht gegund gekregen.
- Deze wijze van samenwerken heeft ertoe geleid dat aan de wens van Struijk 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. Hofstede verkreeg op haar beurt belangrijke informatie over het inschrijfgedrag van haar concurrent, namelijk dat Struijk geen interesse had in het desbetreffende werk en hoger dan Hofstede wenste in te schrijven. Bij de getroffen aanbesteding hebben Hofstede en Struijk aldus informatie met elkaar gedeeld die bij een aanbesteding als vertrouwelijk wordt beschouwd: hun beoogde inschrijfgedrag.

² Prismanummer 7249/311.

Openbaar Besluit

3/26

10. Hofstede en Struijk hebben erkend dat bij de aanbesteding van het project “Botersloot 175” sprake was van prijslenen, in het Engels bekend als *cover pricing*.

Project “Marten Meesweg” te Rotterdam

11. Onder verwijzing naar paragraaf 2.2.3 van het bestreden besluit, betreft het hier een uitnodiging van de opdrachtgever, Amos Milieutechniek B.V. (in samenspraak met OVG), aan vijf ondernemingen (Oskam, A.S.P., Hofstede, Struijk en Van Eijk) om in te schrijven op dit project.³
12. Alle (vijf) uitgenodigde ondernemingen hebben op deze aanbesteding ingeschreven. De opdracht is gegund aan Van Eijk. Hofstede en Struijk zijn als nummer 4 respectievelijk 5 geëindigd.
13. Zoals ook beschreven in het bestreden besluit, hebben Hofstede en Struijk contact met elkaar gehad over de inschrijfprijs voorafgaand aan deze inschrijving. Het ‘prijslenen’ heeft plaatsgevonden in de vorm van het verstrekken door Struijk aan Hofstede van de begroting, offerte, werkwijze en uitvoeringsmethode. Hofstede heeft vervolgens met een hogere prijs geoffreerd.
14. 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. Struijk verkreeg op haar beurt belangrijke informatie over het inschrijfgedrag van haar concurrent, namelijk dat Hofstede geen interesse had in het desbetreffende werk en hoger dan Struijk wenste in te schrijven. Bij de getroffen aanbesteding hebben Struijk en Hofstede aldus informatie met elkaar gedeeld die bij een aanbesteding als vertrouwelijk wordt beschouwd: hun beoogde inschrijfgedrag.
15. Ten aanzien van de drie overige inschrijvers is niet gebleken van betrokkenheid bij enige afstemming omtrent dit project.
16. Hofstede en Struijk hebben erkend dat bij de aanbesteding van het project “Marten Meesweg” sprake was van *cover pricing*.

³ Opdrachtgever Amos heeft ten behoeve van het selecteren van ondernemingen voor dit project, de volgende criteria gehanteerd: (i) grootte van de onderneming, (ii) professionaliteit en expertise, (iii) gevestigd in de Randstad (iv) beschikken over de noodzakelijke certificaten en (v) ervaring met sloopwerken van een dergelijke omvang. Zie verklaring van Amos Milieutechniek B.V. van 4 augustus 2011, p. 1, bijlage bij dossierstuk 7249/43.

Openbaar Besluit

Project "Bosland" te Rotterdam

17. Onder verwijzing naar paragraaf 2.2.4 van het bestreden besluit, betreft het hier een uitnodiging van de opdrachtgever, OBR, aan drie ondernemingen (Hofstede, Struijk en Van Eijk) om in te schrijven op dit (uit twee delen bestaande) project. Op het tweede deel is naast voornoemde (3) ondernemingen ook Huizerbouw uitgenodigd om in te schrijven.
18. In de aanloop naar het indienen van de offertes heeft een zogeheten *aanwijzing ter plaatse* plaatsgevonden, op welk moment de ondernemingen Hofstede, Struijk en Van Eijk elkaar hebben getroffen.
19. Alle (drie) uitgenodigde ondernemingen hebben op deze aanbesteding ingeschreven. Het eerste deel van de opdracht is gegund aan Struijk, het tweede deel aan Huizerbouw.
20. Zoals ook beschreven in het bestreden besluit, hebben Struijk en Hofstede contact met elkaar gehad over de inschrijfprijs voorafgaand aan deze inschrijving. Het 'prijslenen' heeft plaatsgevonden in de vorm van het verstrekken door Struijk aan Hofstede van een begroting en een offerte. Hofstede heeft vervolgens met een hogere prijs geoffreerd.
21. 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. Struijk verkreeg op haar beurt belangrijke informatie over het inschrijfgedrag van haar concurrent, namelijk dat Hofstede geen interesse had in het desbetreffende werk en hoger dan Struijk wenste in te schrijven. Bij de getroffen aanbesteding hebben Struijk en Hofstede aldus informatie met elkaar gedeeld die bij een aanbesteding als vertrouwelijk wordt beschouwd: hun beoogde inschrijfgedrag.
22. Ten aanzien van de overige inschrijvers is niet gebleken dat die betrokken zijn bij enige afstemming omtrent dit project.
23. Struijk en Hofstede hebben erkend dat bij de aanbesteding van het project "Bosland 20-26" sprake was van prijslenen (*cover pricing*).

Project "Las Palmas" te Rotterdam

24. Onder verwijzing naar paragraaf 2.2.2. van het bestreden besluit betreft het hier een uitnodiging van de opdrachtgever, OBR, aan – in eerste instantie – drie (hoofd)aannemers, te weten 1) de combinatie Strukton-Jurriens, 2) de combinatie Besix-Van Hout en 3) Van der Linden. Het project had betrekking op de realisatie van de nieuwe bestemming die het pand Las Palmas

Openbaar Besluit

had gekregen. Teneinde met de renovatie te kunnen starten, diende het pand volledig te worden *gestript*.

25. Besix heeft vervolgens tien sloopondernemingen benaderd, waaronder Hofstede en Struijk, om in te schrijven op het slooponderdeel van het project. Aan de hand van die offertes kon Besix haar eigen (integrale) offerte opstellen, die zij bij OBR kon indienen.
26. Vier van de tien benaderde sloopondernemingen hebben bij Besix een offerte ingediend. Besix heeft de laagste (bij haar ingediende) inschrijfprijs opgenomen in de offerte die zij op haar beurt bij OBR heeft ingediend. Het (integrale) project is door OBR niet aan Besix gegund, maar aan de combinatie Strukton-Jurriens.
27. Zoals ook beschreven in het bestreden besluit, hebben Struijk en Hofstede contact met elkaar gehad over de inschrijfprijs voorafgaand aan deze inschrijving. Het 'prijslenen' heeft plaatsgevonden in de vorm van het verstrekken door Struijk aan Hofstede van een inschrijfprijs. Hofstede heeft vervolgens met een hogere prijs geoffreerd.
28. 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. Struijk verkreeg op haar beurt belangrijke informatie over het inschrijfgedrag van haar concurrent, namelijk dat Hofstede geen interesse had in het desbetreffende werk en hoger dan Struijk wenste in te schrijven. Bij de getroffen aanbesteding hebben Struijk en Hofstede aldus informatie met elkaar gedeeld die bij een aanbesteding als vertrouwelijk wordt beschouwd: hun beoogde inschrijfgedrag.
29. Ten aanzien van de overige twee inschrijvers is niet gebleken dat die betrokken zijn bij enige afstemming omtrent dit project.
30. Struijk en Hofstede hebben erkend dat bij de aanbesteding van het project "Las Palmas" sprake was van prijslenen (*cover pricing*).

Cover pricing als verschijningsvorm van bid rigging

31. 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.⁴ Dat is ook het geval bij

⁴ 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.

Openbaar Besluit

6/26

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.

32. Hofstede heeft verklaard dat “prijslenen” (*cover pricing*) tot doel heeft om de aanbesteding niet te winnen, maar wel “in beeld te blijven” bij de opdrachtgever.⁵
33. 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* figneren de betrokken aanbidders ten opzichte van de opdrachtgever de concurrentie die in werkelijkheid niet bestaat.⁶
34. 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.⁷ De kring van genodigden zal dan ook in het algemeen beschikken over de noodzakelijke kwalificaties om het

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.)*.

⁵ Verklaring van [vertrouwelijk] d.d. 24 maart 2010, randnummer 32 van het bestreden besluit (met verwijzing naar dossierstuk 7249/49).

⁶ Commissie beschikking van 11 maart 2008 (COMP/38.543 – Internationale verhuisdiensten), rnr. 364 en 365.

⁷ 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.

Openbaar Besluit

7/26

project uit te kunnen voeren.⁸

35. Bij alle hier aan de orde zijnde (4) projecten was sprake van een meervoudig onderhandse aanbesteding, waarbij de opdrachtgever zelf sloopondernemingen had uitgenodigd, waaronder Hofstede en Struijk. Zoals ook wordt beschreven in de randnummers 23 – 29 van het bestreden besluit, zijn Hofstede en Struijk professionele sloopondernemingen, die gespecialiseerd zijn in en zeer ruime ervaring hebben met verschillende disciplines van het slopen, zoals demonteren, asbestverwijdering, verwijdering van radioactieve bronnen, sanering en het werken met explosieven. Struijk heeft verklaard *allround* te zijn; zij kan alle typen werken aan. Dit geldt ook voor Hofstede, zo volgt uit haar website ten tijde van de overtreding. Hofstede voert zowel kleinere werken met een geringe omzet uit, als sloopwerken uit het hogere en complexere segment met een miljoenenomvang.⁹
36. Opdrachtgevers hebben verklaard Hofstede en Struijk te benaderen voor sloopwerkzaamheden omdat beide grote professionele sloopondernemingen zijn, die beschikken over de noodzakelijke certificaten en waarmee goede ervaringen zijn opgedaan.

Zelfstandigheidsvereiste

37. 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.¹⁰ Die aanbieders worden geacht onderling met elkaar te concurreren om de gunning van een opdracht. Dit is het doel van een aanbesteding.
38. Bij niet-Europese aanbestedingen, zoals bij de (4) projecten die in dit besluit centraal staan, kan de opdrachtgever de aanbestedingsprocedure naar eigen inzicht inrichten. Daarbij is de opdrachtgever gebonden aan het gelijkheids-, het proportionaliteits- en het transparantiebeginsel.¹¹ Deze regels en beginselen moeten er steeds voor zorgen dat de

⁸ "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 drie van de vier casu zijn geen geschiktheidseisen gesteld. De opdrachtgever ging dus uit van de geschiktheid van de genodigden.

⁹ Verwezen zij naar randnummer 24 van het bestreden besluit.

¹⁰ 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.

¹¹ Artikelen 1.15 en 1.16 van de Aanbestedingswet 2012.

Openbaar Besluit

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.

39. 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.
40. 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.
41. 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.
42. 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.
43. 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.

Openbaar Besluit

44. 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

45. Hieronder volgt een verkorte weergave van de bezwaren van Hofstede. In hoofdstuk IV van dit besluit gaat ACM in op deze bezwaren.
46. 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.

Zienswijze

47. 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.
48. 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.

49. 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 geuid. 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.

Openbaar Besluit

Procedureel – de onderzoeksfase

50. Hofstede heeft zich op het standpunt gesteld, samengevat, 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.

Bezwaren ten aanzien van de overtreding

51. Hofstede heeft erkend dat zij zich schuldig heeft gemaakt aan prijslenen (*cover pricing*). Wel betwist zij dat sprake is van een overtreding van artikel 6 Mw.
52. Hofstede is van mening, samengevat, 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 van inschrijfprijzen was slechts nodig om in beeld te blijven bij de opdrachtgever, maar had niet tot doel om de mededinging te beperken. De verstrekking van inschrijfprijzen en –gedrag door Hofstede aan Struijk en vice versa, was in dit concrete geval niet geschikt de mededinging te beperken, aldus Hofstede. Zij stelt in dat verband dat het “vragen van een niet-winnende prijs” aan een concurrent geen mededingingseffect heeft en daarmee (dus) niet de strekking heeft de mededinging te beperken.
53. Hofstede bestempelt de potentiële gevolgen zoals die in het bestreden besluit worden beschreven als ficties en stelt dat die gevolgen bij de (4) hier centraal gestelde aanbestedingen niet aan de orde zijn.
54. Zij 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.
55. Hofstede stelt dat in geen van de projecten was geregeld dat een uitgenodigde partij aan de opdrachtgever diende aan te geven dat zij geen werkelijke interesse had om in te schrijven.

Openbaar Besluit

11/26

56. Voorts zou ACM de relevante markt niet op de juiste wijze hebben afgebakend. Aangezien een gedegen marktomschrijving ontbreekt, kan er volgens Hofstede 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.
57. Naast hetgeen Hofstede naar voren brengt omtrent de gestelde onjuiste afbakening van de relevante markt, moet volgens haar ook nog goed gekeken worden naar de kwaliteit van de aanwezige concurrentie. In dat verband schetst Hofstede haar visie op *sterke* en *zwakke bieder* en zet zij uiteen welke overwegingen allemaal een rol kunnen spelen bij de vraag hoe scherp ingeschreven zal worden. Ter onderbouwing daarvan merkt Hofstede met betrekking tot de vier projecten specifiek nog het volgende op.
- a) *Project “Botersloot” te Rotterdam*
58. Met betrekking tot dit project stelt Hofstede dat het geen onderhandse aanbesteding betrof, maar een zogeheten één op één gunning was aan Hofstede. De door Struijk later aangeleverde offerte, diende slechts ter check van de offerte van Hofstede. Bovendien kwam ook om reden van praktische onuitvoerbaarheid Struijk niet in aanmerking voor gunning van deze opdracht, aldus Hofstede.
- b) *Project “Marten Meesweg” te Rotterdam*
59. Ten aanzien van dit project voert Hofstede aan dat de inschrijfprijs maar voor 50% de gunning bepaalde en dus niet doorslaggevend was. Voorts hadden enkele inschrijvers elkaar op de *aanwijzing* getroffen zodat zij bekend waren met de concurrentie. Hofstede had besloten niet-serieus in te schrijven, nu de aanbesteding was georganiseerd door een zusteronderneming van een van de inschrijvers.
- c) *Project “Bosland” te Rotterdam*
60. Bij dit project ging het volgens Hofstede om een “klein, eenvoudig werkje”, waarvoor de opdrachtgever uitsluitend Struijk zou hebben benaderd. Op de gezamenlijke aanwijzing troffen de inschrijvers elkaar. “De gang van zaken” sterkte Hofstede in haar gedachte dat de opdrachtgever kennelijk vooraf Struijk op het oog had – ook omdat Hofstede zichzelf te groot, te specialistisch en dus te duur achtte voor dit werkje.
- d) *Project “Las Palmas” te Rotterdam*
61. Met betrekking tot dit project voert Hofstede aan, samengevat, dat de ingediende offertes uitsluitend diende voor een eerste indicatie van de kosten voor de hoofdaannemer. Omdat er voorts nog geen bestek was, kon elk der indieners naar eigen inzicht offereën. Hofstede is naar

Openbaar Besluit

eigen zeggen niet geëquipeerd voor deze opdracht, zodat zij zichzelf als zogeheten zwakke bieder aanmerkte. Tot slot is dit project nooit *uitgegeven* omdat hoofdaannemer Besix afviel.

62. Hofstede concludeert dat, gezien de concrete situatie waarin de gedragingen (*cover pricing*) plaatsvonden en effect sorteerden, in het bijzonder gelet op de economische en juridische context, geen sprake is van een merkbare beperking van de mededinging.

Bezwaren ten aanzien van de boete

63. Hofstede heeft voorts bezwaren geuit tegen de door ACM opgelegde boete en de toegepaste boetesystematiek.
64. In de visie van Hofstede kan voor het project Las Palmas geen boete worden opgelegd, nu dat project nimmer gegund is. Er is derhalve geen betrokken omzet, als gevolg waarvan (dus) ook de boetegrondslag onjuist is.
65. Het project Botersloot betrof, als gezegd, een één-op-één gunning. Er is geen aanbesteding verstoord, aldus Hofstede, en dus is geen plaats voor een sanctie.
66. Ten aanzien van het project Bosland stelt Hofstede zich op het standpunt dat ACM zich had moeten baseren op de daadwerkelijk gerealiseerde omzet in dat project, en niet op de geoffreerde omzet.
67. Hofstede is van mening dat ACM *cover pricing* ten onrechte kwalificeert als zeer zware overtreding. Volgens Hofstede is *cover pricing* niet hetzelfde als *bid rigging*, en kunnen beide vormen van aanbestedingsmanipulatie dus ook niet over één kam gescheerd worden, als het gaat om de ernst van het verwijt. Naar het oordeel van Hofstede heeft ACM dan ook een te hoge ernstfactor gehanteerd.
68. Hofstede betoogt, tot slot, dat ACM bij het bepalen van de hoogte van de boete de medewerking van Hofstede in aanmerking had moeten nemen. Die medewerking rechtvaardigt volgens Hofstede een boeteverlaging.

III.1 Het Advies

69. De Adviescommissie deelt het oordeel van ACM dat sprake is van een gedraging die ertoe strekt de mededinging te beperken. 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

Openbaar Besluit

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.

70. 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.
71. Voor het overige adviseert de Adviescommissie de ACM om de door Hofstede en Struijk aangevoerde bezwaren te verwerpen.

IV. Het bestaan van een overtreding – beoordeling

72. 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

73. ACM is – ook na heroverweging – van oordeel dat prijslenen, zoals toegepast door Hofstede en Struijk, het concurrentieproces in het kader van de aanbestedingen Botersloot, Marten Meesweg, Bosland en Las Palmas kon beïnvloeden 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.

Openbaar Besluit

Uitgangspunten bij een strekkingsbeding

74. 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.
75. Ten aanzien van alle (4) de projecten blijkt uit het bestreden besluit dat Hofstede en Struijk hun inschrijfgedrag niet zelfstandig hebben vastgesteld. Bij die projecten hebben de verschillende opdrachtgevers telkens ten minste twee bedrijven geselecteerd en uitgenodigd om op de opdrachten in te schrijven. Die opdrachtgevers waren niet ervan op de hoogte dat Hofstede en Struijk onderling contact hadden over inschrijfprijzen en over inschrijfgedrag, omdat dat contact door Hofstede en Struijk geheim werd gehouden. Op deze wijze hebben Hofstede en Struijk de aanbestedingen 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 Struijk dit doel bij deze aanbesteding gefrustreerd.
76. Hieruit volgt, gelet ook op hetgeen de Adviescommissie heeft overwogen, dat het bezwaar van Hofstede, te weten dat haar opstelling en gedragingen bij de (4) projecten niet de strekking hadden de mededinging te beperken, geen doel treft.

Openbaar Besluit

15/26

Inherente beperkingen

77. 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.
78. In het geval van de aanbesteding van het project “Botersloot” is de opdrachtgever misleid door het feit dat hij dacht met twee concurrerende inschrijvingen te maken te hebben, terwijl daarvan geen sprake was; geen van de ondernemingen heeft in zelfstandigheid ingeschreven.
79. In het geval van de aanbesteding van het project “Marten Meesweg” 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.
80. In het geval van de aanbesteding van het project “Bosland” is de opdrachtgever misleid door het feit dat hij dacht met drie (en bij het tweede gedeelte van het project met vier) concurrerende inschrijvingen te maken te hebben, terwijl dat er in werkelijkheid minder waren; er was slechts één onderneming die (voor het eerste deel van het project) in zelfstandigheid heeft ingeschreven.
81. In het geval van de aanbesteding van het project “Las Palmas ” is de opdrachtgever misleid door het feit dat hij dacht met vier concurrerende inschrijvingen te maken te hebben, terwijl dat er in werkelijkheid minder waren; er waren slechts twee ondernemingen die in zelfstandigheid hebben ingeschreven.

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

16/26

82. In alle vier de aanbestedingen is de concurrentie tussen Hofstede en Struijk – buiten medeweten van de opdrachtgever – uitgeschakeld.
83. ACM gaat voorbij aan de met betrekking tot de (4) projecten ingenomen stelling van Hofstede dat het aantal concurrerende inschrijvingen niet wordt beperkt omdat Hofstede (dan wel Struijk) voordien al had besloten niet serieus mee te bieden. Hofstede heeft erkend en uit het dossier blijkt ook dat Hofstede en Struijk (telkens) hebben ingeschreven op deze aanbestedingen. Daarmee hebben de opdrachtgevers het beeld gekregen ook telkens serieuze offertes te ontvangen.
84. Gezien het door Hofstede zelf beschreven risico van niet-inschrijven – het uit beeld raken bij de opdrachtgever – is het ook overigens niet voor de hand liggend dat, zoals ook de Adviescommissie oordeelt, Hofstede niet zou hebben ingeschreven; hij wilde nu juist in beeld blijven bij de opdrachtgever.

Potentiële beperkingen

85. Naast de inherente beperking van de mededinging door het prijslenen door Hofstede en Struijk, 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 bij 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.
86. 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.

Openbaar Besluit

17/26

87. *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.
88. 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.
89. Hofstede betwist 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 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.
90. 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 (een van) de vier projecten, had zij zich kunnen afmelden. Dit was een reële optie voor Hofstede geweest, zeker gezien het risico dat zij ook zelf 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 slooponderneming voor een offerte zou willen benaderen. In dit verband is ook de overweging van de Adviescommissie in randnummer 40 van haar advies niet zonder betekenis. Daarin wordt gesteld, samengevat en onder verwijzing naar een verklaring van een van de opdrachtgevers¹⁴, dat een onderneming zich in het algemeen toch tijdig zal willen afmelden, om te voorkomen dat de opdrachtgever – ingeval van een afmelding

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.

¹⁴ Verklaring van Amos Milieutechniek B.V. van 4 augustus 2011, bijlage bij dossierstuk 7249/43. p. 1.

Openbaar Besluit

vlak voor de sluitingstermijn – die onderneming in de toekomst niet meer uitnodigt. Het *beeld* dat een inschrijvende onderneming bij de opdrachtgever wil vestigen en achterlaten, speelt hierbij dus een rol.¹⁵

Tussenconclusie strekking

91. Het bovenstaande leidt ertoe dat het prijslenen door Hofstede en Struijk ertoe strekt de mededinging te beperken, te verhinderen en te vervalsen.

IV.2 Bagatel

92. 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.
93. 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.
94. Hofstede stelt dat het prijslenen binnen (alle 4) de projecten binnen het bereik van de in artikel 7, tweede lid, Mw vervatte bagateluitzondering valt. Het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen (Hofstede en Struijk) op de relevante markt(en) in de afgelopen jaren zou altijd kleiner dan tien procent zijn geweest.
95. ACM is evenwel van oordeel dat Hofstede en Struijk in de onderhavige aanbestedingen samen over een marktaandeel beschikken dat ligt boven de vijf procent. Van een vrijstelling van het kartelverbod op grond van artikel 7, tweede lid, Mw is dan ook geen sprake. Daartoe overweegt ACM het volgende.

¹⁵ Zie in dit verband ook de verklaring van de heer [vertrouwelijk] d.d. 31 maart 2011: “Wij kunnen het in bepaalde gevallen bijna niet maken om geen prijs te maken. Een vaste relatie verwacht dat van je. Om de band goed te houden moeten wij dan haast wel offeren (...).” Bijlage bij dossierstuk 7249/132, p.2.

Openbaar Besluit

96. Anders dan Hofstede stelt, 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 noodzakelijk vereiste is indien ook zonder deze afbakening de mededingingsbeperkende strekking van het gedrag kan worden vastgesteld.¹⁶ De nauwkeurigheid waarmee een marktafbakening dient te geschieden, hangt af van het met deze afbakening nagestreefde doel.¹⁷ 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 zichzelf 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.¹⁸
97. Gelet op het voorgaande slaagt de verwijzing van Hofstede naar de fusiezaak *Veolia-CDC-Transdev*¹⁹ 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.
98. Hofstede wijst op de potentiële concurrentie die een rol heeft gespeeld of zou kunnen spelen bij de inschrijving op alle vier de projecten. De concurrentie kan volgens Hofstede veel omvangrijker zijn dan de enkel uitgenodigde partijen. De Adviescommissie wijst op diezelfde potentiële concurrentie ten aanzien waarvan ACM een nadere onderbouwing zou mogen geven, doch beperkt dit tot projecten Bosland, Marten Meesweg en Las Palmas. Bij het project Botersloot, waar Hofstede en Struijk de enigen waren die een offerte hebben uitgebracht, acht de Adviescommissie in dit verband de afbakening van de relevante markt (wel) verdedigbaar en voldoende gemotiveerd.

¹⁶ 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.

¹⁷ Zie randnummer 10 van de Bekendmaking genoemd in de vorige voetnoot.

¹⁸ 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.

¹⁹ Zaak 6957, *Veolia-CDC-Transdev*, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 9 december 2010.

Openbaar Besluit

20/26

99. 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 de volgende gezamenlijk marktaandelen van Hofstede en Struijk:

- Botersloot honderd procent, te weten beide inschrijvers hebben inschrijfprijzen en –gedrag afgestemd en daarmee de aanbesteding gemanipuleerd;
- Marten Meesweg: veertig procent, te weten twee van de vijf inschrijvers hebben inschrijfprijzen en –gedrag afgestemd en daarmee deze aanbesteding gemanipuleerd;
- Bosland: zevenenzestig (67) procent, te weten twee van de drie inschrijvers (ten aanzien van het eerste deel van het project) en vijftig procent, te weten twee van de vier inschrijvers (ten aanzien van het tweede deel van het project) hebben inschrijfprijzen en –gedrag afgestemd en daarmee deze aanbesteding gemanipuleerd;
- Las Palmas: vijftig procent, te weten twee van de vier inschrijvers hebben inschrijfprijzen en –gedrag afgestemd en daarmee deze aanbesteding gemanipuleerd.

100. Ten aanzien van het project Botersloot heeft ACM in het dossier noch in de bezwaargronden van Hofstede aanknopingspunten gevonden voor de vaststelling dat Hofstede en Struijk rekening hielden met meer concurrenten. Integendeel, uit het dossier en uit het bezwaarschrift van Hofstede maakt ACM op dat uitsluitend Struijk en Hofstede om een offerte is gevraagd. Ook de Adviescommissie komt in haar advies tot deze vaststelling.²⁰ ACM handhaaft haar oordeel dat het gezamenlijk marktaandeel van Hofstede en Struijk bij dit project 100% bedroeg.

101. Ten aanzien van het project Marten Meesweg kan ACM, hoewel de opdrachtgever selectiecriteria hanteerde (verwezen zij naar randnummer 11 van dit besluit), op grond van het onderzoek niet op voorhand uitsluiten dat Hofstede en Struijk met meer concurrenten rekening hielden dan alleen de overige drie inschrijvers. Uit het dossier blijkt dat er bij dit project namelijk een *gescheiden aanwijzing* heeft plaatsgevonden, zodat – naar de bedoeling van de

²⁰ Randnummer 60 van het advies.

Openbaar Besluit

21/26

opdrachtgever²¹ – afstemming tussen inschrijvers werd voorkomen. Gelet hierop zou het – *in theorie* – aldus zo kunnen zijn dat Hofstede en Struijk rekening hielden met meer potentiële concurrenten. Echter, uit de verklaring van Hofstede volgt dat zij *in feite* slechts rekening hield met niet veel meer dan zes inschrijvende ondernemingen, hetgeen bij benadering overeenkomt met het aantal van vijf inschrijvende ondernemingen.²² ACM betreft hierbij voorts nog de door de opdrachtgever van dit project afgegeven verklaring, te weten dat het niet gebruikelijk is dat Amos [de opdrachtgever] meer dan vijf partijen uitnodigt²³, en dit gegeven bij Hofstede bekend was²⁴ ACM heeft gelet op het voorgaande dan ook geen concrete aanknopingspunten gevonden voor de vaststelling dat Hofstede en Struijk bij dit project rekening hielden met meer potentiële concurrenten. ACM ziet, gelet daarop, dan ook geen grond voor het oordeel dat het gezamenlijk marktaandeel van Hofstede en Struijk in dit project niet op veertig procent gesteld had kunnen worden.

102. Ten aanzien van het project Bosland volgt uit het dossier dat een *gezamenlijke aanwijzing* heeft plaatsgevonden. De drie uitgenodigde ondernemingen wisten derhalve van elkaar dat alleen zij waren uitgenodigd; de omvang van de concurrentie was derhalve bekend. Het is in deze context dat de contacten en het prijslenen van Hofstede en Struijk hebben plaatsgevonden. Gesteld noch gebleken is dat Hofstede en Struijk met meer concurrenten rekening hielden bij de inschrijving op dit project. Vervolgens hebben, voor zover van belang, Hofstede en Struijk ieder op beide delen van dit project ingeschreven, zodat hun gezamenlijk marktaandeel ten aanzien van dat deel van het project 67% bedroeg. Dat de opdrachtgever voor het tweede deel van het project een vierde onderneming heeft uitgenodigd, betekent hooguit dat de markt, voor zover het het tweede gedeelte van het project betreft, niet uit drie maar uit vier ondernemingen bestaat. Het gezamenlijk marktaandeel van Hofstede en Struijk omvat in dat geval vijftig procent.
103. Ten aanzien van het project Las Palmas is ACM, anders dan Hofstede, in de eerste plaats van oordeel dat de concurrentie tussen Hofstede, Struijk en de twee andere ondernemingen die op verzoek van Besix een offerte hebben uitgebracht, plaatsvond op het niveau van het (potentiële) onderaannemerschap. Zoals de Adviescommissie ook overweegt in randnummer 62 van haar advies, was sprake van een separate aanbestedingsprocedure, waarbij de inschrijvers op hoofdaannemers-niveau en de aannemers die offertes hebben ingediend bij Strukton-Jurriëns en

²¹ Randnummer 87 van het bestreden besluit, en 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.

²² Verklaring van de heer [vertrouwelijk] (voormalig operationeel manager Hofstede) van 22 juli 2011, dossierstuk 7249/109, p. 9.

²³ Verklaring van Amos Milieutechniek B.V. van 4 augustus 2011, p. 1, bijlage bij dossierstuk 7249/43.

²⁴ Verklaring van de heer [vertrouwelijk] (voormalig operationeel manager Hofstede) van 22 juli 2011, dossierstuk 7249/109, p. 9.

Openbaar Besluit

22/26

Van der Linden geen deel uit maakten van de concurrentie en van de relevante markt, zodat hun (markt)aandeel bij de beoordeling van de relevante markt niet in aanmerking dient te worden genomen.

104. Met betrekking tot het project Las Palmas is voorts evenwel het volgende nog van belang. Uit het dossier is niet 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 ontmoetten. De markt zou in dit concrete geval dan ook groter kunnen zijn dan alleen de (4) inschrijvende ondernemingen.
105. Maar ook in het geval dat ACM de potentiële concurrentie tot de relevante markt zou rekenen – in die zin dat de aanbodzijde niet uit de vier inschrijvende maar uit de tien uitgenodigde sloopbedrijven zou bestaan – dan nog slaagt een beroep op artikel 7, tweede lid, Mw niet. Op dat moment omvat het gezamenlijk marktaandeel van Hofstede en Struijk nog steeds 20 procent van de relevante markt (twee van de tien).
106. ACM volgt niet het betoog van Hofstede dat het gezamenlijk marktaandeel van haar en Struijk 0% bedroeg in de aanbestedingen die zij niet gewonnen hebben (Marten Meesweg, Bosland en Las Palmas). Zoals ook de Adviescommissie, naar het oordeel van ACM terecht, overweegt, dient het marktaandeel van een onderneming in de context van een aanbesteding te worden bepaald aan de hand van de situatie vóór de gunningsbeslissing, omdat dit het moment is waarop de concurrentie tussen de inschrijvers plaatsvindt, althans dient plaats te vinden.²⁵
107. Nu, zoals uit het voorgaande volgt, door Hofstede en Struijk reeds niet wordt voldaan aan de eerste voorwaarde van de bagatelbepaling (marktaandeel van vijf procent of minder), is die bagatelbepaling, zoals die luidde ten tijde van de overtredingen, niet van toepassing.

Merkbaarheid

108. 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 bagatelbepaling niet slaagt²⁶, is de merkbaarheid van de gedraging van Hofstede naar het

²⁵ Randnummer 48 van het advies.

²⁶ 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

Openbaar Besluit

oordeel van ACM gegeven.

109. ACM betreft bij het bovenstaande ook het arrest *Expedia* van het HvJ EU. Daaruit volgt, samengevat, dat een strekkingsbeperking²⁷ die onder de werkingsfeer van artikel 101, eerste lid, VWEU valt, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan, de mededinging merkbaar beperkt.²⁸ 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,²⁹ 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.³⁰

IV.3 Overige bezwaren

Procedureel – de onderzoeksfase

110. Met betrekking tot de door Hofstede aangevoerde bezwaren gericht tegen het door ACM verrichte onderzoek, overweegt ACM als volgt.
111. 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 verdelen van opdrachten met betrekking tot aanbestedingen van sloopwerkzaamheden.³¹ 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.
112. ACM heeft in het kader van haar onderzoek op 23 maart 2010 (met uitloop naar 24 maart) verschillende ondernemingen bezocht, waaronder Hofstede, en verklaringen afgenomen van verschillende vertegenwoordigers van deze ondernemingen.

²⁷ 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.

²⁸ Zie HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/12 (Expedia), r.o. 37.

²⁹ Memorie van Toelichting Mededingingswet, TK 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 14.

³⁰ Ziebijvoorbeeld ook de uitspraak van de Rb Rotterdam, ECLI:NL:RBOT:2014:5849, ro. 6.41.

³¹ Dossierstuk 3, prisma-nummer 7400/2, bedrijfsbezoekopdracht.

Openbaar Besluit

24/26

113. 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.
114. 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 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,³² waarna Bik haar clementieverzoek heeft vervolledigd door (aanvullend) bewijsmateriaal te verstrekken.³³ 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 ondernomen, nadat een onderneming een clementietoezegging van ACM ondertekend heeft getourneerd. ACM volgt dit standpunt niet en de Mededingingswet biedt daarvoor ook geen enkel aanknopingspunt.

IV.4 Conclusie

115. ACM is – met de Adviescommissie – van oordeel dat *cover pricing* naar haar aard geschikt is om de mededinging te beperken. Hofstede en Struijk hebben zich schuldig gemaakt aan een

³² Zie ook randnummer 1 van de door Hofstede onder bijlage 5 van haar bezwaarschrift gevoegde clementietoezegging.

³³ 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

gedraging die ertoe strekt de mededinging te beperken. Nu het gezamenlijk marktaandeel van Hofstede en Struijk bij de vier aanbestedingen ten minste boven de twintig 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 geen doel treffen, heeft ACM terecht aan Hofstede een boete opgelegd.

V. Boete

116. De door Hofstede aangevoerde bezwaren gericht tegen de boete en de door ACM in dat verband gehanteerde boetesystematiek, treffen geen doel. ACM verwijst ter zake naar het door Adviescommissie in de randnummers 80 – 87 overwogene.
117. Eveneens vruchteloos voorgesteld, is het betoog van Hofstede dat haar medewerking in het onderzoek van ACM een boeteverlaging rechtvaardigt. ACM is van oordeel, net zoals de Adviescommissie, dat het in dat geval aan Hofstede is om aannemelijk te maken dat zij zodanig verdere medewerking heeft verleend dat dit een lagere boete zou rechtvaardigen. Daarin is Hofstede niet geslaagd.

Openbaar Besluit

VI. Besluit

118. 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;
- handhaaft, onder aanvulling van de motivering, haar besluit van 10 december 2012.

Datum: 31-10-2014

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

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

26/26

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