

«Besluit»
«Openbaar»

Ons kenmerk: 7401/271_OV
Zaaknummer: 7401/Kanaalweg
Datum: 24 mei 2013

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 62 (oud) van de Mededingingswet.

1	Inleiding.....	2
1.1	Verloop van de procedure	2
1.2	Betrokken ondernemingen	4
2	Feiten en omstandigheden	5
2.1	Context van de gedragingen	5
2.2	De gedragingen.....	8
3	Juridische beoordeling	22
3.1	Artikel 6, eerste lid, Mw	22
3.1.1	Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen	23
3.1.2	Mededingingsbeperkende strekking	25
3.1.3	Merkbaarheid	34
3.1.4	Bagatelbepaling	36
3.2	Conclusie artikel 6 Mw	36
4	Ondernemingen en toerekening	37
5	Sanctie.....	41
5.1	Beoordelingskader	41
5.2	Boetegrondslag	43
5.2.1	Algemeen kader	43
5.2.2	Vaststelling van de betrokken omzet	44
5.2.3	Vaststelling van de boetegrondslag	44
5.3	Ernst van de overtreding en de basisboete.....	45
5.3.1	Vaststelling ernstfactor.....	46
5.3.2	Vaststelling van de basisboete.....	47
5.4	Boeteverhogende en –verlagende omstandigheden.....	47
5.5	Wettelijk maximum	47
5.6	Clementie Bik Sloopwerken B.V. en M.A. Bik Holding B.V.	47
5.7	Vaststelling van de hoogte van de boete	48
6	BESLUIT	49

«Besluit»
«Openbaar»

Inleiding

1.1 Verloop van de procedure

1. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa) heeft op 23 maart 2010 een onderzoek ingesteld naar (een) mogelijke overtreding(en) van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) door ondernemingen die actief zijn op het gebied van sloopwerkzaamheden van bouwwerken tenminste in de provincies Zuid-Holland, Zeeland en Utrecht.¹
2. Aanleiding voor het onderzoek was een clementieverzoek² (hierna: het clementieverzoek) dat de NMa op 6 november 2009 heeft ontvangen van Bik Sloopwerken B.V. (hierna ook: Bik) en M.A. Bik Holding B.V.³ Dit clementieverzoek heeft betrekking op deelname aan kartelafspraken in de sloopbranche van 1 januari 1998 tot en met 2009 in de regio Zuidwest Nederland. Volgens het clementieverzoek heeft Bik met verschillende andere ondernemingen, waaronder Hofstede,⁴ deelgenomen aan de kartelafspraken.⁵ Naar aanleiding van het clementieverzoek heeft de Raad van Bestuur van de NMa (hierna: de Raad) Bik, M.A. Bik Holding B.V. en de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] voorwaardelijk een boetevermindering toegezegd van 100% (clementie categorie A).^{6 7}
3. Gedurende het onderzoek heeft de NMa een bedrijfsbezoek uitgevoerd bij Hofstede. Daarbij is inzage gevorderd in schriftelijke gegevens en bescheiden en zijn hiervan kopieën gemaakt.⁸ Op verschillende locaties zijn tevens digitale gegevens gekopieerd conform de hiervoor geldende digitale werkwijze. De hieruit voortgevloede relevante documenten zijn aan het dossier toegevoegd.⁹

¹ Dossierstuk 7401/2, bedrijfsbezoekopdracht van 16 maart 2010.

² Een clementieverzoek in de zin van de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels, Besluit van 11 september 2009, Stcrt. 2009, nr. 14078 d.d. 22 september 2009, in werking getreden met ingang van 1 oktober 2009 (hierna: de Beleidsregels).

³ Dossierstuk 7401/74: clementietoezegging onderneming Bik.

⁴ Bik noemt Hofstede Sloperij B.V. als deelnemer aan de kartelafspraken, maar uit de stukken volgt dat Hofstede B.V. de betrokken onderneming is. Zie de randnummers 69-71 van dit besluit.

⁵ Zie verder paragraaf 1.2 voor de betrokken ondernemingen.

⁶ Dossierstuk 7401/74.

⁷ Dossierstukken 7401/91, 92, 93 en 94.

⁸ Dossierstuk 7401/113, VvA inzake bedrijfsbezoek.

⁹ Dossierstuk 7401/201: VvA relevante documenten afkomstig uit de administratie, dossierstuk 7401/141: VvA inzake bedrijfsbezoek bij Hofstede, dossierstuk 7401/109: VvA inzake bedrijfsbezoek bij curator van Bik, dossierstuk 7401/110: VvA inzake bedrijfsbezoek bij Bik.

«Besluit»

«Openbaar»

3/49

4. Gedurende het onderzoek hebben ambtenaren van de NMa mondelinge verklaringen afgenomen van personen die op enigerlei wijze betrokken waren. Van de mondelinge verklaringen zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt, die zijn opgenomen in het dossier.¹⁰ Tevens zijn bij Hofstede en Bik schriftelijk inlichtingen gevorderd.¹¹ Ook heeft de NMa tijdens het onderzoek mondeling en schriftelijk inlichtingen gevorderd bij de opdrachtgever van de sloopwerkzaamheden en de door hem ingeschakelde tussenpersoon.¹²
5. Het onderzoek van de NMa heeft geresulteerd in een redelijk vermoeden dat Hofstede en Bik artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden door in 2009 voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van het project 'Kanaalweg' te Hellevoetsluis onderling hun inschrijfcijfers af te stemmen, in het kader waarvan zij tevens een vergoeding hebben afgesproken.
6. In opdracht van de Raad heeft de directeur van de Directie Mededinging vanwege dit redelijk vermoeden op 9 augustus 2012 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw ("het Rapport") opgemaakt met het oog op een eventueel aan Hofstede en Bik op te leggen sanctie. De directeur van de Directie Mededinging heeft het Rapport op 13 augustus 2012 aan Hofstede en Bik toegezonden. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het Rapport overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa.
7. Overeenkomstig artikel 60, tweede lid, Mw (oud)¹³ heeft de NMa Hofstede en Bik bij brieven van 21 september 2012 in de gelegenheid gesteld inzage te nemen in de op de zaak betrekking hebbende stukken. De NMa heeft deze stukken tevens bij Hofstede en Bik bezorgd.¹⁴ Overeenkomstig artikel 60, eerste lid, Mw (oud) is Hofstede en Bik de gelegenheid geboden om uiterlijk 2 november 2012 hun schriftelijke zienswijze omtrent het Rapport naar voren te brengen.¹⁵ Bik heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Hofstede heeft op 9 november 2012 een schriftelijke zienswijze ingediend.¹⁶

¹⁰ Mondelinge verklaringen, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstukken 7401/114, 7401/130, 7401/106, 7401/134, 7401/159, 7401/167 en 7401/170.

¹¹ Reactie op verzoek om schriftelijke inlichtingen, dossierstukken 7401/129, 7401/137 en 7401/156.

¹² Dossierstuk 7401/14: reactie Ingenieursburo IOB op verzoek om informatie, dossierstuk 7401/16: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] en dhr. [vertrouwelijk] (Ingenieursburo IOB), dossierstukken 7401/190 en 200: IOB dossier project Kanaalweg, dossierstuk 7401/191: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Ingenieursburo IOB) en dossierstuk 7401/196: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (gemeente Hellevoetsluis).

¹³ Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 60 Mw, hoewel vervallen per 1 juli 2009, in de onderhavige procedure nog van toepassing.

¹⁴ Dossierstukken 7401/231 en 7401/232.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Dossierstuk 7401/241. Desverzocht is Hofstede uitstel verleend voor het indienen van haar schriftelijke zienswijze tot 9 november 2012. Zie dossierstuk 7401/239.

«Besluit»

«Openbaar»

8. Hofstede en Bik hebben geen gebruik gemaakt van de hun eveneens geboden gelegenheid om mondeling tijdens een hoorzitting hun zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen.¹⁷
9. Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden. Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de rechtsopvolger van de Consumentenautoriteit, de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatieautoriteit. Het besluit in onderhavige zaak wordt dan ook door of namens ACM genomen.

1.2 Betrokken ondernemingen

10. Het rapport is uitgebracht tegen de volgende ondernemingen.

Hofstede

11. Hofstede Sloperij B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam. Vanaf 19 september 1985 houdt Hofstede Sloperij B.V. zich blijkens het handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna: “handelsregister”) bezig met de uitoefening van het slopersbedrijf in de meest uitgebreide zin.
12. Hofstede B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam. Vanaf 13 december 1985 houdt Hofstede B.V. zich blijkens het handelsregister bezig met het amoveren en demonteren van procesinstallaties, fabrieken, kantoren, ziekenhuizen en woonobjecten, asbestverwijdering, bodemsanering en verwijderen van radioactieve bronnen en werken met explosieven.
13. J.B.M. Hofstede Beheer B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam. Vanaf 1 januari 1987 is J.B.M. Hofstede Beheer B.V. enig aandeelhouder van Hofstede Sloperij B.V. en van Hofstede B.V.¹⁸
14. Vanaf 1 januari 1990 is J.B.M. Hofstede Holding B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam, enig aandeelhouder van J.B.M. Hofstede Beheer B.V.¹⁹ Vanaf 21 maart 2003 is Jermido B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam, enig aandeelhouder van J.B.M. Hofstede

¹⁷ Dossierstukken 7401/231, 7401/232, 7401/234, 7401/235, 7401/236, 7401/237 en 7401/238.

¹⁸ Dossierstuk 7401/207, uittreksel KvK Hofstede Sloperij B.V. en Hofstede B.V.

¹⁹ Dossierstuk 7401/207, uittreksel KvK J.B.M. Hofstede Beheer B.V.

«Besluit»

«Openbaar»

Holding B.V.²⁰ Vanaf 24 februari 2003 is Jermi B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam, enig aandeelhouder van Jermido B.V.²¹ Bovengenoemde vennootschappen worden in dit besluit tezamen ook wel aangeduid als “Hofstede”.

Bik

15. Bik Sloopwerken B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, die in de voor het onderhavige besluit relevante periode statutair was gevestigd te Lekkerkerk. Blijkens het handelsregister hield Bik Sloopwerken B.V. zich vanaf 16 november 2001 bezig met het slopen van gebouwen en industriële projecten, verwerking en verkoop van sloopmaterialen en transport daarvan. Bik Sloopwerken B.V. is met ingang van 5 oktober 2010 in staat van faillissement verklaard en is op 27 september 2012 door ontbinding opgehouden te bestaan.²² De heer [vertrouwelijk] was sedert 1 januari 2002 gevolmachtigd directeur van Bik Sloopwerken B.V.²³ Bik Sloopwerken B.V. staat als deelneming vermeld op de jaarrekeningen van M.A. Bik Holding B.V. over de jaren 2007-2009.²⁴
16. M.A. Bik Holding B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Krimpen aan de Lek. Enig aandeelhouder en directeur van M.A. Bik Holding B.V. is sedert 24 december 1998 de heer [vertrouwelijk].²⁵ Bovengenoemde vennootschappen worden in dit besluit tezamen ook wel aangeduid als “Bik”.

2 Feiten en omstandigheden

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

2.1 Context van de gedragingen

18. Om de gedragingen zoals die verderop in dit hoofdstuk worden beschreven, te kunnen plaatsen, wordt in deze paragraaf eerst de context besproken waarbinnen de gedragingen hebben

²⁰ Dossierstuk 7401/207, uittreksel KvK J.B.M. Hofstede Holding B.V.

²¹ Dossierstuk 7401/207, uittreksel KvK Jermido B.V.

²² Dossierstuk 7401/258, uittreksel KVK Bik Sloopwerken B.V.

²³ Dossierstuk 7401/208, uittreksel KvK Bik Sloopwerken B.V.

²⁴ Zie dossierstuk 7401/208.

²⁵ Dossierstuk 7401/208, uittreksel KvK M.A. Bik Holding B.V.

«Besluit»

«Openbaar»

plaatsgevonden. Hieronder wordt daartoe nader ingegaan op de aard van de werkzaamheden, de opdrachtgever en de wijze waarop sloopondernemingen opdrachten verkrijgen. Ten slotte wordt stilgestaan bij de activiteiten van de betrokken ondernemingen.

19. Deze zaak heeft betrekking op gedragingen van sloopondernemingen die sloopwerkzaamheden voor opdrachtgevers aanbieden en uitvoeren. Onder sloopwerkzaamheden wordt het afbreken, demonteren, omvertrekken of op andere wijze slopen van gebouwen, bouwwerken, installaties, fabrieken, waterbouwkundige werken en andere kunstwerken of delen van deze objecten verstaan. Het slopen van een bouwwerk kan worden onderscheiden in renovatiesloop en totaalsloop. Bij totaalsloop worden hele gebouwen gesloopt. Onder renovatiesloop wordt het ten dele slopen of verwijderen verstaan dat voorafgaat aan de renovatie van een gebouw.
20. Opdrachtgevers van sloopwerkzaamheden zijn partijen als overheden, ondernemingen – zoals bouwbedrijven en ontwikkelaars – en particulieren. Bij de gedragingen beschreven in dit besluit, was de opdrachtgever van de sloopwerkzaamheden een lokale overheid (de gemeente Hellevoetsluis; hierna: de gemeente), die daartoe IOB Ingenieursbureau te Hellevoetsluis (hierna: IOB) heeft ingeschakeld.
21. Bij de gedragingen beschreven in dit besluit, heeft de opdrachtgever met behulp van een aanbesteding een geschikte opdrachtnemer gezocht. In dit besluit wordt onder het begrip ‘aanbesteding’ verstaan de, al dan niet gelijktijdige, uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een offerte of prijs in te dienen voor een opdracht tot de uitvoering van een werk. In het algemeen kan onderscheid worden gemaakt tussen Europese en ‘onderhandse’ aanbestedingen. In het geval van een Europese aanbesteding is er sprake van een aanbestedingsprocedure die op grond van regelgeving algemeen bekend moet worden gemaakt en waarvoor iedere geïnteresseerde aanbieder zich kan aanmelden.²⁶ In het geval van een onderhandse aanbesteding hoeft de opdrachtgever de aanbesteding niet algemeen bekend te maken, maar nodigt de opdrachtgever tenminste twee ondernemingen uit tot het doen van een offerte. Het sloopwerk waarop dit besluit ziet, is door middel van een onderhandse aanbesteding in de markt gezet.
22. Kenmerkend voor alle vormen van aanbestedingen is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Met andere

²⁶ Besluit van 16 juli 2005 houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten) en Besluit van 16 juli 2005 houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit aanbestedingen speciale sectoren).

«Besluit»
«Openbaar»

woorden, de aanbieders concurreren om dezelfde 'markt'. Dit stelt de aanbestedende partij in staat om de meest efficiënte 'inkoop' te doen voor de uitvoering van een bepaald werk. De beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders komt tot uitdrukking in de verschillende aanbiedingen waartoe de gegadigden elk zelfstandig zijn gekomen. Dit 'model' veronderstelt dat de aanbieders in de fase vóór de indiening van de offerte onderling geen contact hebben over de betreffende opdracht, zoals over het voornemen al dan niet in te schrijven en de parameters waarop de individuele aanbieders bij de inschrijving onderling concurreren, waaronder het inschrijfcijfer of de (inschrijf)prijs en onderliggende calculaties.

23. Hofstede had in de jaren 2004 tot en met 2008 een omzet van [EUR 10-15 miljoen]²⁷ en is één van de grotere sloopondernemingen in Nederland. Een operationeel manager van Hofstede heeft verklaard dat Hofstede in Nederland een top tien speler is.²⁸
24. Hofstede beschikt naar eigen zeggen over een zeer ruime ervaring in de verschillende disciplines van het slopen, zoals demonteren, asbestverwijdering, verwijdering van radioactieve bronnen, sanering en het werken met explosieven. Zij beschikt over gespecialiseerde machines waarmee zij stelt de meest ingewikkelde sloopobjecten uit te kunnen voeren.²⁹ Hofstede voert de-asbesterings-, demontage-, sloop- en montagewerken uit van chemische en petrochemische installaties, energiecentrales, ziekenhuizen c.q. zorginstellingen, woonobjecten, kunstwerken, vliegtuigen, treinen, schepen en werken in de voedings- en genotsmiddelenindustrie. Hofstede voert volgens haar website zowel kleinere werken met een geringe omzet uit, als sloopwerken uit het hogere en complexere segment met een miljoenenomvang. Opdrachtgevers van Hofstede zijn onder meer gemeenten (circa 20-30%), raffinaderijen, energiebedrijven (centrales) en particulieren.³⁰
25. Bik was tot 5 oktober 2010 een slooponderneming in de regio Rotterdam. De activiteiten van Bik omvatten hoofdzakelijk sloopwerk en asbestverwijdering, transport, handel, sloopmaterialen en puinrecycling.³¹ De omzet van Bik bedroeg in 2007 en 2008 [EUR 1-1,5 miljoen].³²

²⁷ Dossierstuk 7401/129, reactie Hofstede op informatieverzoek, d.d. 9-3-2011.

²⁸ Dossierstuk 7401/130, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] d.d. 24-3-2011, p. 4.

²⁹ Dossierstuk 7401/212, <http://www.hofstede-group.com/nederlands/nederlandsindex.html> (website Hofstede B.V.), geraadpleegd op 20-7-2012.

³⁰ Dossierstuk 7401/130, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] d.d. 24-3-2011, p. 4.

³¹ Dossierstuk 7401/215, website Bik, geraadpleegd op 16-7-2012.

³² Dossierstuk 7401/241, schriftelijke zienswijze Hofstede, zie productie 7 (faillissementsverslag Bik d.d. 2 november 2010), p. 1.

«Besluit»**«Openbaar»**

26. De gemeente heeft zowel Hofstede als Bik aangedragen voor een uitnodiging om een offerte in te dienen omdat zij goede ervaringen had met beide ondernemingen.³³ Hofstede is ook door IOB aangedragen. De ervaring van IOB was dat Hofstede netjes werk leverde, weinig problemen gaf en weinig meerwerk in rekening bracht. Volgens IOB is Hofstede in de regio ook een van de bekende slopers.³⁴

2.2 De gedragingen*Inleiding*

27. Zoals beschreven in randnummer 5 van dit besluit zouden Hofstede en Bik volgens het Rapport in 2009 voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van het project 'Kanaalweg' te Hellevoetsluis onderling hun inschrijfcijfers hebben afgestemd, in het kader waarvan zij tevens met elkaar een vergoeding zouden hebben afgesproken.

28. In deze paragraaf volgen de details van de aanbestedingsprocedure, van het onderlinge contact tussen Hofstede en Bik en de overige relevante feiten zoals deze op basis van het dossier kunnen worden vastgesteld. Daarbij gaat ACM tevens in op de desbetreffende onderdelen van de door Hofstede ingebrachte zienswijze.

De aanbestedingsprocedure

29. Het project 'Kanaalweg' betrof de sloop van een voormalig woonhuis met bijbehorende opstallen aan de Kanaalweg Westzijde 51 te Hellevoetsluis.^{35 36}

30. De opdrachtgever van het project 'Kanaalweg' was de gemeente. De gemeente heeft IOB ingeschakeld om de voorbereiding en de aanbesteding van het sloopwerk 'Kanaalweg' te begeleiden.³⁷ IOB en de gemeente hebben in samenspraak de uit te nodigen ondernemingen geselecteerd op basis van eerdere ervaringen met deze ondernemingen.³⁸ Bij brieven van 9

³³ Dossierstuk 7401/196, gespreksverslag gemeente Hellevoetsluis d.d. 26 april 2012, p. 2.

³⁴ Dossierstuk 7401/16, gespreksverslag IOB d.d. 15 maart 2012, p. 3.

³⁵ Dossierstuk 7401/190, IOB dossier project Kanaalweg deel 1, en dossierstuk 7401/200, IOB dossier Kanaalweg deel 2.

³⁶ Het project betrof naast deze sloopwerkzaamheden – welke door de opdrachtgever werden aangeduid als 'deel A', bestaande uit fase 1 en 2 – nog uit een 'deel B', dat het kappen en ontwortelen van de totale groenvoorziening inhield. Deel B is nooit gegund. Zie dossierstuk 7401/16, gespreksverslag IOB d.d. 15 maart 2012, p. 1 en 5.

³⁷ Dossierstuk 7401/196, gespreksverslag gemeente Hellevoetsluis d.d. 26 april 2012, p. 1.

³⁸ Dossierstuk 7401/196, gespreksverslag gemeente Hellevoetsluis d.d. 26 april 2012, p. 2, en dossierstuk 7401/16, gespreksverslag IOB d.d. 15 maart 2012, p. 3.

«Besluit»
«Openbaar»

9/49

februari 2009 heeft IOB Hofstede,³⁹ Bik en Aannemingsbedrijf Romers B.V. te Brielle (hierna: Romers) uitgenodigd om op de aanbesteding van het project 'Kanaalweg' in te schrijven en een prijs aan te bieden.⁴⁰ In de uitnodigingsbrief was vermeld dat de inschrijver bij de prijsaanbieding een gedetailleerde aannemersbegroting in een separate enveloppe moest indienen. Wanneer de inschrijver niet in aanmerking kwam voor de opdracht zou de begroting ongeopend worden geretourneerd. Het werk zou, onder voorbehoud van goedkeuring door het gemeentebestuur, gegund worden aan de aannemer die de economisch meest gunstige aanbieding voor het totale project uitbrengt.⁴¹

31. Hofstede, Bik en Romers hebben alle op de uiterste datum, 20 februari 2009, op de aanbesteding van het project 'Kanaalweg' ingeschreven.⁴² Romers heeft op het sloopwerk ingeschreven met een prijs van € 86.000,-, Bik met een prijs van € 81.400,-, en Hofstede heeft een prijs ingediend van € 79.000,-.⁴³ Al deze prijzen zijn exclusief omzetbelasting. Hofstede had aldus de laagste prijs en heeft het werk op 24 februari 2009 voor deze prijs gegund gekregen.⁴⁴

Het onderlinge contact tussen Hofstede en Bik en de overige relevante feiten

32. In het clementieverzoek heeft Bik verklaard dat er voorafgaand aan de inschrijving op deze aanbesteding contact is geweest tussen Bik en Hofstede. Op woensdag 18 februari 2009 is er contact geweest tussen de heer [vertrouwelijk]⁴⁵ en de heer [vertrouwelijk]⁴⁶. Afgesproken werd dat Hofstede als laagste van de twee zou inschrijven. Onderdeel van de afspraak was voorts dat Hofstede als tegenprestatie hiervoor een bedrag van € 12.500,- verschuldigd was aan Bik. Voor deze onderlinge verrekening is gebruik gemaakt van een valselijk opgemaakte factuur ad

³⁹ De uitnodigingsbrief was gezonden aan Hofstede-group BV, t.a.v. de heer [vertrouwelijk], naar het adres waar zowel Hofstede B.V. als Hofstede Sloperij B.V. kantoor houden. Zie dossierstuk 7401/14, reactie IOB op verzoek om schriftelijke inlichtingen, d.d. 22 november 2011. Hofstede-group BV komt als zodanig niet voor in de gegevens van de Kamer van Koophandel. Zie dossierstuk 7401/207. Uit het dossier volgt dat de opdrachtgever met Hofstede-group BV Hofstede B.V. heeft bedoeld. Zo heeft Hofstede B.V. ingeschreven op het werk (dossierstuk 7401/190: IOB dossier project Kanaalweg deel 1, zie inschrijvingsbiljet Hofstede B.V. d.d. 20 februari 2009 en aannemersbegroting van Hofstede B.V. d.d. 18 februari 2009) en wordt Hofstede B.V. genoemd in het gunningsadvies (dossierstuk 7401/14: gunningsadvies van IOB aan de gemeente d.d. 23 februari 2009).

⁴⁰ Dossierstuk 7401/14: reactie IOB op verzoek om schriftelijke inlichtingen, d.d. 22 november 2011, zie de uitnodigingsbrieven.

⁴¹ Zie ook dossierstuk 7401/200: IOB dossier Kanaalweg deel 2, zie Werkomschrijving, p. 6.

⁴² Dossierstuk 7401/190: IOB dossier project Kanaalweg deel 1, zie proces verbaal van aanbesteding.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Dossierstuk 7401/201: VvA relevante documenten afkomstig uit de administratie van Hofstede Sloperij B.V., zie opdrachtbrief aan Hofstede Group BV. Ook hier gaat ACM - om redenen uiteengezet in voetnoot 39 - ervan uit dat het Hofstede B.V. is die het werk gegund is.

⁴⁵ [vertrouwelijk] was commercieel directeur van Hofstede Sloperij B.V. Zie dossierstukken 7401/114 en 7401/134.

⁴⁶ Uit dossierstuk 7401/208, uittreksel KvK Bik Sloopwerken B.V., blijkt dat [vertrouwelijk] onder meer van 16 februari 2004 tot 30 november 2009 directeur was van Bik.

«Besluit»

«Openbaar»

€ 12.500, die op 3 april 2009 aan Hofstede is verzonden. ACM verwijst in dit verband naar bijlage E.10. bij het clementieverzoek ('Prijzafspraken 2009'), waarin onder meer is vermeld:

"333

Op 17 februari staat in agenda van [vertrouwelijk]: [vertrouwelijk] bellen, 18 februari [vertrouwelijk] koffie 11.30 uur. [vertrouwelijk] was bij de afspraak, de mogelijke derde aannemer is onbekend, maar Hofstede weet dit waarschijnlijk wel (zie ook mail van idee van [vertrouwelijk] over de nauwe contacten van Hofstede met [vertrouwelijk]) en heeft daardoor voorrangpositie (wel gebruikelijk, wetenschap wordt beloond!). Waarschijnlijk had Hofstede al een afspraak met de derde partij (als aanwezig), voordat met [vertrouwelijk] werd gepraat. Hofstede werd de laagste, de claim was 12.500 euro, het staat op de verrekenlijst(155). Vals gefactureerd op 3 april(bijlage 3.7). Op 20 februari was de prijsopgave voor de gemeente Hellevoetsluis. Het offertenummer was GB/P010/09, de prijs 81.400 euro, etc, zie bijlagen d.d. 20-02-09..

334

3 april: rekening aan Hofstede gestuurd(bijlage 3.7), het bedrag was 12.500 euro."

10/49

33. De heer [vertrouwelijk] heeft schriftelijk verklaard dat hij tijdens zijn dienstverband bij Bik betrokken is geweest bij het maken van prijzafspraken voor sloopwerkzaamheden.⁴⁷ Als bijlagen bij de verklaring zijn de afspraken weergegeven die [vertrouwelijk] heeft kunnen vinden vanaf het jaar 2000 tot 'heden'. In het overzicht van 2009 is Ingenieursburo IOB vermeld als opdrachtgever van het sloopwerk 'sloop Kanaalweg Westzijde 51 Hellevoetsluis'. Het offerte nr. was volgens opgave van [vertrouwelijk] GB/P010/09. De prijsopgave zou zijn gedaan op 20 februari 2009 en de prijzafpraak gemaakt op 18 februari 2009 ten kantore van Hofstede, waarbij Bik en [vertrouwelijk] aanwezig waren.
34. In haar schriftelijke zienswijze heeft Hofstede aangevoerd dat het dossier naast het 'bewijs' dat Bik bij zijn clementieverzoek heeft aangereikt, geen enkel ondersteunend bewijs bevat voor de stelling dat Hofstede en Bik in 2009 voor het werk Kanaalweg een prijzafpraak zouden hebben gemaakt. Hetzelfde zou gelden voor de stelling dat tussen Hofstede en Bik een vergoeding zou zijn afgesproken. Als men toch vindt dat er enig bewijs is, hoe marginaal ook, moet daarbij tegelijkertijd ook vastgesteld worden dat dat 'bewijs' uitsluitend afkomstig is van de clementievragers zelf, aldus Hofstede. Aanvullend bewijs zou volledig ontbreken. In een aantal rechterlijke uitspraken zou zijn uitgemaakt dat dat onvoldoende is. Uit het arrest Aalberts⁴⁸ zou volgen dat bij betwisting van de clementieverklaringen altijd aanvullend bewijs nodig is. Het enkel gebruiken van clementiebewijs zou volgens Hofstede onvoldoende zijn.

⁴⁷ Dossierstuk 7401/40, verklaring [vertrouwelijk] d.d. 14 december 2009, p. 1. Zie ook dossierstuk 7401/92, clementieverzoek privépersoon [vertrouwelijk], p. 1.

⁴⁸ GvEA 24 maart 2011, zaak T-385/06, Aalberts Industries NV e.a./Commissie.

«Besluit»

«Openbaar»

11/49

35. ACM is van oordeel dat een clementieverklaring van één onderneming, voor zover de juistheid daarvan wordt betwist, op zich zelf niet gezien kan worden als voldoende bewijs dat de niet-clementieverzoeker – in het onderhavige geval Hofstede – een inbreuk heeft gepleegd. Hiervoor is bevestiging nodig door andere bewijselementen, zoals bijvoorbeeld andere (clementie-) verklaringen of schriftelijke stukken. ACM merkt hierbij op dat zij de verklaring van de heer [vertrouwelijk] (zie randnummer 33) niet aanmerkt als een ander bewijsmiddel dan de clementieverklaring van Bik, maar deze beschouwt als deel uitmakend van en toelichting gevend op de clementieverklaring van Bik.
36. Tegenover de clementieverklaringen van Bik en de heer [vertrouwelijk] staat de ontkenning van de zijde van Hofstede, meer in het bijzonder die van de heer [vertrouwelijk], dat hij over het project 'Kanaalweg' een prijsafsprake/verrekenafsprake zou hebben gemaakt.⁴⁹
37. De clementieverklaringen staan evenwel niet op zich zelf, maar worden ondersteund door voldoende andere authentieke, dat wil zeggen ten tijde van de gestelde overtreding opgestelde, bewijsstukken. Naar het oordeel van ACM doet de ontkenning van Hofstede op zich zelf geen afbreuk aan die bewijsstukken en kan aan die stukken bewijs worden ontleend ten aanzien van de deelname van Hofstede en Bik aan voorafgaande afstemming van inschrijfgedrag bij het project Kanaalweg inclusief een verrekenvergoeding. De bewijsstukken bestaan onder meer uit informatie over de door Bik voor dit project te ontvangen vergoeding en zijn deels afkomstig uit de administratie van Hofstede.⁵⁰ Naar het oordeel van ACM ondersteunen deze extra bewijsstukken de clementieverklaringen en maken deze dat de clementieverklaringen voldoende bewijs vormen voor de in het rapport gestelde gedragingen. ACM licht dit bewijs hierna toe in de randnummers 38 tot en met 46.
38. De agenda van de heer [vertrouwelijk] bevestigt dat er voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van het project contact is geweest tussen Bik en Hofstede. Bij het clementieverzoek van Bik is een kopie gevoegd van week 8 uit de agenda van de heer [vertrouwelijk] van 2009 (maandag 16 februari tot en met zondag 22 februari). Op dinsdag 17 februari staat in die agenda bij 14 (uur; ACM): “[vertrouwelijk] bellen”; op woensdag 18 februari bij 11.30 (uur; ACM): “[vertrouwelijk] koffie”; en op vrijdag 20 februari bij 15 (uur; ACM): “Prijs Hellevoetsluis”.

⁴⁹ Dossierstuk 7401/134, bijlage bij VvA inzake verklaring van de heer [vertrouwelijk] d.d. 12 april 2011, p. 7-9, en dossierstuk 7401/170, bijlage bij VvA inzake verklaring van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] d.d. 27 juni 2011, p. 6.

⁵⁰ Zie de randnummers 43 en 44 hierna.

«Besluit»**«Openbaar»**

39. In bijlage 1 bij het clementieverzoek van Bik is de verrekenadministratie opgenomen. In bijlage 1.3 ('Verrekenlijst tot 2 juli 2009') staat onder 'Hofstede' handgeschreven onder meer: "155 / 12.500 / 2-9 / Hellevoetsluis". Het cijfer '155' is het nummer van de claim op de verrekenlijst, waarnaar wordt verwezen in bijlage E.10 bij het clementieverzoek.⁵¹ '12.500' betreft het bedrag van de claim van Bik op Hofstede in euro's. '2-9' staat voor februari 2009. 'Hellevoetsluis' is de aanduiding van het project.
40. Bij het clementieverzoek van Bik bevindt zich voorts als bijlage de brief van 20 februari 2009 waarbij de heer [vertrouwelijk] aan IOB het inschrijvingsbiljet no. 1 en de aannemersbegroting, voor de sloop van het voormalig woonhuis en overige opstallen, alsmede bijkomende werkzaamheden aan de Kanaalweg Westzijde nr. 51 te Hellevoetsluis, heeft doen toekomen. Deze brief vermeldt als referentie van Bik: "GB/P010/09".
41. Op 20 februari 2009 heeft Hofstede daadwerkelijk lager ingeschreven dan Bik.⁵²
42. Bij het clementieverzoek van Bik is daarnaast als bijlage gevoegd een factuur voor Hofstede, van Bik, gedateerd 3 april 2009. De factuur is niet ondertekend. Het factuurnummer is 2009026 en achter "Uw referentie" is vermeld: "09.00528 Project 28202". Volgens de omschrijving op de factuur heeft deze betrekking op: "Machinehuur op uw werk aan de Energieweg 1 te Spijkenisse, week 10 t/m 14,⁵³ e.e.a. volgens uw opdracht d.d. 02-04-2009 en bijgaande urenstaat." Het gefactureerde bedrag is € 14.875,00, dat wil zeggen € 12.500 plus 19% BTW € 2.375,00. Achter het bedrag van € 12.500,00 staat handgeschreven: "8022". Een door de heer [vertrouwelijk] geparafeerde/afgetekende versie van de factuur is aangetroffen in de administratie van Hofstede.⁵⁴
43. ACM acht de verklaring van Bik dat deze factuur valselijk is opgemaakt, in die zin dat geen sprake is geweest van daadwerkelijke verhuur van een kraan door Bik aan Hofstede, voldoende aannemelijk geworden en wijst daartoe op de volgende feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien:
- De NMa heeft op 23 maart 2010 in de administratie van Hofstede een prijsopgave aangetroffen van de heer [vertrouwelijk] namens Bik, gericht aan "Hofstede Sloopwerken B.V." ter attentie van de heer [vertrouwelijk]. Deze prijsopgave van 10 maart 2009 betreft

⁵¹ Zie randnummer 32 hiervóór.

⁵² Zie randnummer 31 van dit besluit.

⁵³ Dat wil zeggen maandag 2 maart tot en met zondag 5 april.

⁵⁴ Zie het volgende randnummer, vierde bulletpoint.

«Besluit»
«Openbaar»

kraanuur, waarbij Hofstede prijsopgave ontvangt ten behoeve van verhuur hydraulische rupskraan (ca. 35 ton) excl. Gasolie en bediening. Op de prijsopgave is bij de aan- en afvoerkosten vermeld: "n.t.b." Verder worden uurtarieven opgegeven voor onderscheidenlijk een hydraulische kraan met bak (€ 50 per uur ex BTW), een hydraulische kraan met sorteergrijper (€ 70 per uur ex BTW) en een hydraulische kraan met betonschaar (€ 85 per uur ex BTW). In de begeleidende e-mail aan de heer [vertrouwelijk] van eveneens 10 maart 2009 schrijft de heer [vertrouwelijk] onder meer: "*Hierbij de gevraagde prijzen.*"⁵⁵

- Tijdens een bedrijfsbezoek op 17 mei 2011 heeft de NMa inzage genomen in de projectadministratie 28202 van Hofstede.⁵⁶ Dit nummer hanteerde Hofstede voor het werk aan de Energieweg 1 te Spijkenisse (zie ook het vorige randnummer). In de administratie van Hofstede heeft de NMa een faxbericht van 2 april 2009 aangetroffen, gericht aan Bik ter attentie van de heer [vertrouwelijk] en afkomstig van [vertrouwelijk] namens Hofstede. Dit faxbericht luidt, voor zover hier van belang: "*Middels deze fax een bevestiging van de door u uitgevoerde werkzaamheden voor de som van € 12.500,- en zoals besproken met dhr. [vertrouwelijk]. Een en ander conform tarieven volgens e-mail. Gelieve op uw factuur vermelden: 09.00528 project 28202.*"⁵⁷
- In het verslag van het desbetreffende bedrijfsbezoek is geconcludeerd dat aan de hand van de administratie niet is vast te stellen dat Hofstede een hydraulische kraan heeft gehuurd van Bik voor de periode van week 10 t/m 14 (2 maart tot en met 5 april) 2009. In de administratie van project 28202 is het transport van genoemde hydraulische kraan van Bik niet vastgelegd. Wel heeft Hofstede voor de huur van een kraan 14.875,00 euro aan Bik voldaan (zie ook randnummer 44 van dit besluit). Dit bedrag komt overeen met het bedrag dat was vermeld op de factuur (zie randnummer 42 hiervóór). Dit bedrag is ten laste van het project 28202 gebracht.⁵⁸
- In de administratie is tijdens hetzelfde bedrijfsbezoek ook aangetroffen de in randnummer 42 vermelde factuur voor Hofstede, van Bik, gedateerd 3 april 2009.⁵⁹ De factuur is geparafeerd/afgetekend door de heer [vertrouwelijk].⁶⁰ De bijbehorende urenstaat⁶¹ is

⁵⁵ Dossierstuk 7401/201: VvA relevante documenten uit administratie, zie D_6903_058883.

⁵⁶ Dossierstuk 7401/141: bijlage bij VvA inzake bedrijfsbezoek.

⁵⁷ Dossierstuk 7401/141: bijlage bij VvA inzake bedrijfsbezoek, documenten 4 en 5.

⁵⁸ Dossierstuk 7401/141: bijlage bij VvA inzake bedrijfsbezoek, p. 3.

⁵⁹ Dossierstuk 7401/141: bijlage bij VvA inzake bedrijfsbezoek, document 1. Zie ook reeds dossierstuk 7401/137, reactie Hofstede op verzoek om schriftelijke inlichtingen, d.d. 18 april 2011.

⁶⁰ Dossierstuk 7401/134: VvA inzake verklaring van de heer [vertrouwelijk], zie de brief van de advocaat van de heer [vertrouwelijk] d.d. 1 juni 2011, p. 2 en dossierstuk 7401/170: bijlage bij VvA inzake verklaring van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] d.d. 27 juni 2011, p. 6.

«Besluit»
«Openbaar»

14/49

gericht aan Hofstede BV Energieweg 1 Spijkenisse, betreft periode wk10 t/m wk14 2009 en vermeldt 104 uur hydraulische kraan incl. betonschaar à € 85,00 = € 8.840, 62 uur hydraulische kraan incl. bak à € 50,00 = € 3.100,00 en 8 uur hydraulische kraan incl. sorteergrijper à € 70,00 = € 560; maakt in totaal € 12.500,00. Dit zijn dezelfde uurtarieven als vermeld op de prijsopgave (zie de eerste bulletpoint). Over aan- en afvoerkosten, waarbij op de prijsopgave nog stond vermeld: "n.t.b.", wordt echter niet meer gerept.

- Tijdens een bedrijfsbezoek op 21 juni 2011 heeft de NMa inzage genomen in de administratie van Bik.⁶² Op de rekeningkaart grootboek, jaar 2009, rekeningnummer 8022, rekeningnaam opbr. verhuur machines staat vermeld: "03-04-2009 Hofstede 12.500,-".⁶³ Uit de administratie is niet gebleken dat in 2009 een hydraulische rupskraan van Bik naar Spijkenisse is vervoerd door de transporteur van Bik.

44. Op 22 juni 2009 heeft Hofstede voormelde factuur betaald aan Bik.⁶⁴

45. In bijlage 1.2 bij het clementieverzoek van Bik ('Verrekenlijst oktober 2009')⁶⁵ staat onder 'Hofstede' vervolgens niet meer: "155 / 12.500 / 2-9 / Hellevoetsluis", waar dit voorheen nog wel vermeld werd.⁶⁶

46. ACM neemt ten slotte in aanmerking dat geen sprake is van een andere coherente verklaring voor de betaling van € 12.500 door Hofstede aan Bik dan dat een verrekenvergoeding is afgesproken.⁶⁷ In ieder geval kan niet als zodanig worden aangemerkt de stelling van Hofstede dat Bik dan zonder dat Hofstede zich dat gerealiseerd heeft een spookfactuur (een factuur voor nooit geleverde diensten) gestuurd heeft,⁶⁸ reeds omdat de factuur betrekking heeft op werkzaamheden die Hofstede eerder zelf heeft bevestigd⁶⁹.

⁶¹ Dossierstuk 7401/141: bijlage bij VvA inzake bedrijfsbezoek, document 2. Zie ook reeds dossierstuk 7401/137, reactie Hofstede op verzoek om schriftelijke inlichtingen, d.d. 18 april 2011.

⁶² Dossierstuk 7401/110: VvA inzake bedrijfsbezoek bij Bik.

⁶³ Dossierstuk 7401/110: bijlage bij VvA inzake bedrijfsbezoek bij Bik, document 4 (6903_02_20110621113144500_11).

⁶⁴ Dossierstuk 7401/141: bijlage bij VvA inzake bedrijfsbezoek, document 3. Zie ook dossierstuk 7401/137, reactie Hofstede op verzoek om schriftelijke inlichtingen.

⁶⁵ Dossierstuk 7401/203: bijlage 1.1 bij VvA relevante documenten afkomstig uit het clementieverzoek van Bik Sloopwerken B.V.

⁶⁶ Zie randnummer 39.

⁶⁷ Vgl. het arrest Aalberts, reeds aangehaald, punt 46.

⁶⁸ Dossierstuk 7401/134: bijlage bij VvA inzake verklaring van de heer [vertrouwelijk] d.d. 12 april 2011, p. 8 en dossierstuk 7401/170: VvA inzake verklaring van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] d.d. 27 juni 2011, zie verklaring, p. 6.

⁶⁹ Zie randnummer 43, tweede bulletpoint.

«Besluit»**«Openbaar»***Tussenconclusie*

47. ACM stelt op basis van voorgaande randnummers vast dat Hofstede en Bik hun inschrijfgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig hebben bepaald. Hofstede en Bik hebben daarentegen voorafgaand aan de inschrijving, terwijl zij op dat moment elkaars concurrenten waren, contact gezocht en onderling afgesproken dat Hofstede als laagste van hen beiden zou inschrijven. Zij spraken bovendien af dat Hofstede Bik daarvoor een vergoeding was verschuldigd. Hofstede heeft vervolgens inderdaad als laagste op de aanbesteding ingeschreven en Bik nadien de eerder overeengekomen vergoeding betaald.
48. Door de gemaakte afspraak had Hofstede de zekerheid dat zij in elk geval geen concurrentie zou ondervinden van Bik. Bik op haar beurt wist dat zij niet in aanmerking zou komen voor het werk en dat zij daarvoor een tegenprestatie zou krijgen.
49. In de getroffen aanbesteding hebben Hofstede en Bik derhalve informatie met elkaar gedeeld en/of besproken die in een aanbesteding - in het bijzonder voordat de inschrijfbiljetten worden ingediend - als de meest vertrouwelijke wordt beschouwd: hun inschrijfgedrag.
50. De onderliggende contacten met betrekking tot de beoogde inschrijving werden voor de opdrachtgever geheim gehouden. Zo werd de schijn opgehouden ten aanzien van de opdrachtgever dat de ingediende prijzen zelfstandig tot stand waren gekomen. De aanbesteding is op deze wijze door Hofstede en Bik gemanipuleerd. Dit staat in het Engels bekend onder de term 'bid rigging'.
51. De praktijk die door Hofstede en Bik is gebezigd in deze *bid rig*, waarbij de ene partij de andere partij in staat stelt een schijnbaar zelfstandig bepaalde en daarmee schijnbaar concurrerende prijs in te dienen, staat in het Engels bekend als *cover pricing* of *cover bidding*.⁷⁰

⁷⁰ Alinea 5 van de "OECD Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement" als bijlage bij de "OECD Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement", definieert cover pricing als volgt:

"Cover bidding. Cover (also called complementary, courtesy, token, or symbolic) bidding is the most frequent way in which bid-rigging schemes are implemented. It occurs when individuals or firms agree to submit bids that involve at least one of the following:

(1) a competitor agrees to submit a bid that is higher than the bid of the designated winner,

(2) a competitor submits a bid that is known to be too high to be accepted, or

(3) a competitor submits a bid that contains special terms that are known to be unacceptable to the purchaser.

Cover bidding is designed to give the appearance of genuine competition.", 17 juli 2012, C(2012) 115/CORR1.

«Besluit»
«Openbaar»

Zienswijze van Hofstede en beoordeling daarvan door ACM

- Bedrijfsbezoekopdracht

52. Hofstede stelt zich op het standpunt dat de bedrijfsbezoeken hebben plaatsgevonden op ongeldige grondslag. Volgens de bedrijfsbezoekopdracht is de aanleiding van het onderzoek het clementieverzoek van Bik. In het Verslag van Ambtshandelingen van 14 juni 2012⁷¹ is verklaard dat het definitieve clementieverzoek van Bik eerst op 26 april 2010 werd ontvangen. Dat strookt ook met het feit dat de clementietoezegging⁷² eerst op 20 maart 2010 door Bik werd ondertekend, op 26 maart 2010 door het Clementiebureau werd ontvangen en op 26 april 2010 door het Clementiebureau intern werd doorgezonden, aldus Hofstede.

53. ACM deelt dit standpunt van Hofstede niet. 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 onjuiste voorstelling van zaken. Toen op 16 maart 2010 opdracht werd gegeven tot het uitvoeren van de bedrijfsbezoeken, beschikte de NMa 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. Bik heeft zich meer in het bijzonder reeds op 6 november 2009 met een verzoek om clementie gericht tot het Clementiebureau van de NMa (zie randnummer 1 van de clementietoezegging onderneming Bik), waarna Bik haar clementieverzoek heeft vervolledigd door (aanvullend) bewijsmateriaal te verstrekken (zie artikel 14, lid 3, van de Beleidsregels). 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 de NMa (zie het registratiestempel van het NMa Clementiebureau op het clementieverzoek van Bik). De datum 26 april 2010 waar Hofstede aan refereert, betreft de datum waarop dit stuk bij de Directie Mededinging van de NMa is geregistreerd in het dossier (zie het registratiestempel van DM op het clementieverzoek van Bik). De omstandigheid dat Bik de clementietoezegging eerst op 20 maart 2010 heeft ondertekend, acht ACM verder niet relevant, nu dit geen betrekking heeft op het ontvangstmoment van het clementieverzoek. Hofstede lijkt hiermee te suggereren dat bedrijfsbezoeken pas kunnen worden ondernomen, nadat een onderneming een clementietoezegging van ACM ondertekend heeft geretourneerd. Dit kan naar het oordeel van ACM niet de bedoeling zijn.

⁷¹ Dossierstuk 7401/203: VvA relevante documenten afkomstig uit het clementieverzoek van Bik.

⁷² Dossierstuk 7401/74: clementietoezegging onderneming Bik.

«Besluit»

«Openbaar»

54. Hofstede stelt voorts dat in de bedrijfsbezoekopdracht van 16 maart 2010 is vermeld dat de NMa op basis van de verklaring van de clementieverzoeker verwacht dat het belangrijkste bewijs over de verdeling van sloopwerken en het afstemmen van inschrijfprijzen te vinden is in de vorm van door individuele ondernemingen bijgehouden verrekenlijsten, maar dat die verrekenlijsten in het dossier ontbreken. Thans ligt volgens Hofstede een rapport voor over één enkele onderhandse aanbesteding (in plaats van de in de bedrijfsbezoekopdracht beweerde 250 besmette aanbestedingen), met een veronderstelde betrokkenheid van slechts twee ondernemingen (in plaats van de door Bik beweerde 70 samenwerkende partijen in Zuid-Holland, Zeeland en Utrecht). De facto zou het rapport enkel opgemaakt zijn jegens Hofstede, omdat aan Bik en de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] een boetevermindering is toegezegd van 100%.
55. Op zich zelf is juist dat dergelijke verrekenlijsten, afgezien van de verrekenlijsten die Bik bij haar clementieverzoek heeft overgelegd, in het dossier ontbreken, maar dat neemt niet weg dat in het dossier voldoende bewijs voorhanden is voor deelname van Hofstede en Bik aan voorafgaande afstemming van inschrijfgedrag bij het project 'Kanaalweg'. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de oorspronkelijke scope van het onderzoek ruimer was dan de overtreding die volgens het onderhavige rapport zou zijn begaan. ACM merkt hierbij op dat de geconstateerde overtreding de kaders van het destijds beschreven onderzoeksdoel niet te buiten gaat.
- Verhouding Bik-Hofstede
56. Hofstede stelt dat de verhouding tussen Bik en Hofstede al jarenlang ernstig verstoord was en dat Bik jegens haar zeer rancuneus was, kennelijk ten betoge dat het clementieverzoek van Bik onwaarachtig is. ACM volgt Hofstede niet in dit betoog. [vertrouwelijk] heeft op 12 april 2011 tegenover de NMa desgevraagd verklaard dat hij denkt dat dit begin jaren '90 speelde, derhalve ruim voordat de onderhavige gedragingen plaatsvonden.⁷³
- Vermeend tegenbewijs
57. Volgens Hofstede is bewijs tegen de stelling van clementieverzoeker Bik dat Hofstede en Bik in 2009 voor het werkje Kanaalweg een prijsafpraak hebben gemaakt, ruim voorhanden. De vele omstandigheden waarop Hofstede ter ondersteuning van dit betoog een beroep doet, vormen naar het oordeel van ACM evenwel geen andere coherente verklaring voor het inschrijfgedrag van Hofstede en Bik, dan dat zij voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van het

⁷³ Dossierstuk 7401/134, bijlage bij VvA inzake verklaring van de heer [vertrouwelijk] d.d. 12 april 2011, p. 6 en 7.

«Besluit»
«Openbaar»

project 'Kanaalweg' te Hellevoetsluis onderling hun inschrijfgedrag hebben afgestemd. Daartoe overweegt ACM meer in het bijzonder als volgt.

58. Ten eerste voert Hofstede aan dat de aanbidding van Hofstede door IOB als marktconform is gekwalificeerd en door de gemeente is geaccepteerd.⁷⁴ Dit zou een aanwijzing zijn dat geen sprake is van prijsopdrijving/concurrentievervalsing. Naar het oordeel van ACM sluit dit echter geenszins uit dat Hofstede en Bik hun inschrijfgedrag hebben afgestemd. Dat geldt eveneens voor de omstandigheid dat van de zijde van IOB is verklaard dat het de bezichtigingen van de verschillende ondernemingen altijd afzonderlijk doet en er twee uur tijd tussen zit altijd om te voorkomen dat ze elkaar zien,⁷⁵ en de gestelde omstandigheid dat Hofstede het werkje als geen ander kende en al bij de opdrachtgever in beeld was omdat zij eerder al bouwhekken om de locatie had geplaatst.⁷⁶
59. Ten tweede wijst Hofstede er op dat de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat buiten Rotterdam door Bik nagenoeg geen (prijs)afspraken werden gemaakt, onder meer omdat niemand wist wie er waren uitgenodigd.⁷⁷ ACM gaat hieraan voorbij reeds omdat deze verklaring niet uitsluit dat het (incidenteel) wel voorkwam. Dat geldt evenzeer voor de verklaring van de heer [vertrouwelijk] dat het vooroverleg in de regio Rotterdam in 2008 is gestopt.⁷⁸ Deze verklaring ziet immers op het volgens de heer [vertrouwelijk] bestaande algemeen systeem van vooroverleg in de regio Rotterdam en sluit niet uit dat daarna op individuele basis nog prijsafspraken werden gemaakt. In dit verband wijst ACM er op dat de heer [vertrouwelijk] eerder heeft verklaard dat op vergaderingen in het kader van het zogenoemde afvalstoffenoverleg werd besloten te stoppen met prijsafspraken bij de gemeente Rotterdam, en dat dit medio maart 2008 zal zijn geweest.⁷⁹ Voorts heeft Bik verklaard dat tot en met 2009 de kartelafspraken zijn doorgegaan. Het aantal is volgens Bik echter door de bouwfraude in 2001 en angst onder de aannemers sterk gedaald met name medio 2008 in Rotterdam, waar toen van structureel karteloverleg geen sprake meer was.⁸⁰
60. Ten derde betoogt Hofstede dat het heel goed kan kloppen dat geen overleg ten kantore van Hofstede heeft plaatsgevonden, omdat de heer [vertrouwelijk] tegenover de NMa heeft

18/49

⁷⁴ Dossierstuk 7401/14: reactie IOB op verzoek om schriftelijke inlichtingen, d.d. 21 november 2011, zie het gunningsadvies en de opdrachtbevestiging.

⁷⁵ Zie dossierstuk 7401/16, gespreksverslag IOB d.d. 15 maart 2012, p. 2.

⁷⁶ Idem, p. 2 en 6.

⁷⁷ Dossierstuk 7401/106, gespreksverslag Bik, p. 2.

⁷⁸ Idem, p. 3.

⁷⁹ Dossierstuk 7401/40, schriftelijke verklaring de heer [vertrouwelijk], p. 4.

⁸⁰ Dossierstuk 7401/203, zie clementieverzoek Bik, p. 3 en 4.

«Besluit»

«Openbaar»

verklaard: *“De heer [vertrouwelijk] benadrukt dat het feit dat een afspraak in zijn agenda staat vermeld, niet betekent dat hij daar zelf ook daadwerkelijk naar toe is geweest.”*⁸¹ Dienaangaande overweegt ACM dat de heer [vertrouwelijk] met deze verklaring niet ontkent dat er voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van het project contact is geweest tussen Bik en Hofstede en dat de heer [vertrouwelijk] niet in twijfel trekt dat er iemand namens Bik bij dat vooroverleg aanwezig was. De bewijsstukken zijn op dat punt eensluidend.⁸² ACM wijst in dat verband nog op hetgeen de heer [vertrouwelijk] aansluitend op de door Hofstede geciteerde passage heeft verklaard: *“De heer [vertrouwelijk] hield in zijn agenda nauwkeurig bij wanneer er een aanwijzing was, wanneer de offerte moest worden ingediend en wanneer er eventueel met andere sloopondernemingen vooroverleg was. Vervolgens bekeek hij samen met de heer [vertrouwelijk] wie er tijd had om naar de betreffende afspraak te gaan. De heer [vertrouwelijk] woonde haast nooit een aanwijzing bij. De heer [vertrouwelijk] schat in dat hij in 60% van de gevallen naar het vooroverleg ging en [vertrouwelijk] zelf in 40% van de gevallen.”*⁸³

19/49

- Betrouwbaarheid Bik

61. Hofstede brengt voorts in haar zienswijze naar voren dat de verklaring van Bik op verschillende punten ongeloofwaardig is. Hetgeen Hofstede in haar schriftelijke zienswijze op dit punt heeft aangevoerd, overtuigt ACM evenwel niet. Daartoe wordt meer in het bijzonder het volgende overwogen.
62. Hofstede wijst er op dat de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat het opmaken van valse facturen maar zelden voor kwam en dat als er prijsafspraken door Bik werden gemaakt, die niet gefactureerd werden door middel van een valse factuur, maar dat onderlinge claims werden verrekend op basis van een verrekenlijst. In het licht van deze uitleg van de heer [vertrouwelijk] van Bik, zou het verhaal van Bik dat de heer [vertrouwelijk] zowel een valse factuur aan Hofstede heeft opgemaakt als Hofstede op een verrekenlijst heeft gezet, erg ongeloofwaardig zijn. ACM volgt Hofstede niet in dit betoog. In de eerste plaats stelt ACM vast dat Bik in haar clementieverzoek niet heeft verklaard dat het de heer Brand was die een valse factuur aan Hofstede heeft opgemaakt en Hofstede op een verrekenlijst heeft gezet. Voorts heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard dat verrekening via valse facturen sporadisch voor kwam en dat in de meeste gevallen de claimbedragen tegen elkaar werden weggestreept (verrekening onderlinge claims).⁸⁴ Dit sluit naar het oordeel van ACM niet uit dat in een geval waarin, zoals hier, wel een valse factuur werd opgemaakt, de claim ook op een verrekenlijst werd gezet, en komt ACM met

⁸¹ Dossierstuk 7401/106, gespreksverslag Bik, p. 1.

⁸² Zie de randnummers 32, 33 en 38 van dit besluit.

⁸³ Dossierstuk 7401/106, gespreksverslag Bik, p. 1.

⁸⁴ Dossierstuk 7401/106, gespreksverslag Bik, p. 4.

«Besluit»
«Openbaar»

20/49

name niet onlogisch voor in een geval als het onderhavige waarin de valse factuur eerst enige tijd na het ontstaan van de claim is verzonden. ACM deelt niet het standpunt van Hofstede dat uit dit tijdsverloop geen enkel verband zou zijn af te leiden tussen de vermeende prijsafsprake en de (niet plaatsgevonden) verhuur van een kraan inzake het werk Spijkenisse.

63. Verder wijst Hofstede er op dat de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat het verrekenen via valse facturen zeker de laatste jaren bij Bik niet gebeurde en desgevraagd heeft aangegeven dat hij nooit een valse factuur heeft opgemaakt.⁸⁵ Dan zou volgens Hofstede niet waar kunnen zijn dat Bik in 2009 nog een valse factuur aan Hofstede heeft verstuurd, dan wel dat de heer [vertrouwelijk] op 3 april 2009 een valse factuur heeft opgemaakt aan Hofstede. Dienaangaande overweegt ACM dat naar haar oordeel hoe dan ook geen sprake is van een factuur naar aanleiding van daadwerkelijke verhuur van een kraan door Bik aan Hofstede. Er is een valse factuur van Bik naar Hofstede uitgegaan, die door [vertrouwelijk] is geparafeerd/afgetekend en in de administratie van Hofstede is aangetroffen. Daartoe verwijst ACM naar de randnummers 42-43 van dit besluit.
64. Hofstede voert voorts nog aan dat ook van de zijde van Hofstede door de heren [vertrouwelijk] is verklaard dat aldaar (in de betreffende periode) niet is gewerkt met valse facturen. Dat is niet juist. De heer [vertrouwelijk], die van rond 1998 tot en met 12 januari 2010 financieel manager was bij J.B.M. Hofstede Beheer B.V., en de heer [vertrouwelijk], die van 2002 tot 1 april 2010 administratief medewerker was bij J.B.M. Hofstede Beheer B.V., hebben uitsluitend in algemene zin verklaard dat zij niet bekend zijn met valse facturen.^{86 87}
65. Hofstede stelt vervolgens dat op de door Bik opgemaakte prijsopgave d.d. 10 maart 2009 voor de verhuur van materieel aan Hofstede staat dat de aan Hofstede in rekening te brengen aan- en afvoerkosten van het materieel nog nader door Bik te bepalen zijn. Het transport zou dus in handen van Bik zijn. Dat is volgens Hofstede ook gebruikelijk bij verhuur van materieel. Het zou

⁸⁵ Dossierstuk 7401/116, gespreksverslag Bik, p. 4.

⁸⁶ Dossierstuk 7401/159, bijlage bij VvA inzake verklaring van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk], d.d. 15 juni 2011, p. 4 en 5.

⁸⁷ De NMa heeft gevraagd: "De NMa beschikt ook over informatie waaruit blijkt dat Hofstede betrokken was bij deze afspraken en zij ter verrekening van de gemaakte afspraken facturen verzond en ook ontving. Op deze facturen stond bijvoorbeeld in de omschrijving vermeld dat er bepaald materiaal van een ander sloopbedrijf was ingehuurd, maar die inhuur van materiaal had daadwerkelijk helemaal niet plaatsgevonden. In hoeverre bent u hiermee bekend?" De heer [vertrouwelijk] antwoordde: "De projectleider tekende een bon af. Inhuur van een kraan bij slopers kwam niet veel voor en dan zat er bij mijn weten geen bon bij. Ik had er geen zicht op. De zus van [vertrouwelijk] maakte de facturen. Er werd een concept gemaakt, [vertrouwelijk] maakte dan de factuur en wij boekten die in. Ik lette wel op de kosten." De heer [vertrouwelijk] antwoordde: "Wij konden niet zien of die kraan er gestaan had." Zie dossierstuk 7401/159, bijlage bij VvA inzake verklaring van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk], d.d. 15 juni 2011, p. 4 en 5.

«Besluit»
«Openbaar»

dus logisch zijn dat in de administratie van Hofstede geen transportopdracht hiervoor is terug te vinden, aldus Hofstede.

66. ACM overweegt in dit verband dat het inderdaad klopt dat op de prijsopgave van Bik aan Hofstede d.d. 10 maart 2009 bij de aan- en afvoerkosten stond vermeld: "n.t.b". Omdat op de factuur van Bik aan Hofstede d.d. 3 april 2009 vervolgens niet meer werd gerept over aan- en afvoerkosten, moest de NMa echter wel aan de hand van de administratie van Hofstede verifiëren of het transport niet toch door Hofstede was verricht. Dit bleek niet het geval te zijn. Waar het echter om gaat is dat ook uit de administratie van Bik niet is gebleken dat in 2009 een hydraulische rupskraan naar Spijkenisse is vervoerd door de transporteur van Bik, te weten Moret Transport B.V. te 's-Gravendeel.

67. Hofstede wijst er verder op dat de verklaring van Bik over een vermeende vergoeding van € 12.500,- ook erg ongeloofwaardig is, als men oog heeft voor de cijfers. Hofstede deed een marktconforme aanbidding ad € 79.000,-. Zelfs als Hofstede alleen aan Bik - en niet ook aan Romers⁸⁸ - zo'n vergoeding verschuldigd zou zijn geweest, dan zou de gebruikelijke (gezonde) marge op zo'n werkje van circa 10% verdampt zijn en zou Hofstede met een flink verlies overblijven, terwijl Bik met niets doen € 12.500 zou hebben verdiend.

68. Wat er ook zij van de gestelde ongeloofwaardigheid, het betoog van Hofstede laat onverlet dat de feiten laten zien dat Hofstede een vergoeding voor dit werk is overeengekomen en heeft betaald waarvoor geen werkzaamheden zijn verricht. Hofstede heeft hiervoor geen coherente verklaring kunnen geven.

- Betrokken ondernemingen

69. Ten slotte stelt Hofstede dat het werk Kanaalweg werd aangeboden en gegund aan Hofstede Group B.V. Zonder toelichting, welke ontbreekt, valt volgens Hofstede niet in te zien hoe onder die ene entiteit Hofstede Group B.V. twee vennootschappen zouden moeten worden verstaan, te weten zowel Hofstede B.V. als Hofstede Sloperij B.V. De onduidelijkheid daaromtrent moet hoe dan ook worden weggenomen om te voorkomen dat aan twee te onderscheiden vennootschappen allebei een sanctie wordt opgelegd voor een aangenomen overtreding van één van hen.

21/49

⁸⁸ Omdat onderzoek onvoldoende aanwijzingen heeft opgeleverd voor de mogelijke betrokkenheid van Romers bij mededingingsbeperkend gedrag ter zake het project 'Kanaalweg', richt het rapport zich uitsluitend op het mededingingsbeperkend gedrag van Hofstede en Bik ter zake van dit slooproject.

«Besluit»

«Openbaar»

70. ACM stelt in dit verband vast dat uit diverse bewijsstukken blijkt dat de gedragingen in het kader van het sloopwerk Kanaalweg op conto van Hofstede B.V. zijn verricht:

- Hofstede B.V. heeft op het werk ingeschreven en wordt ook in het gunningsadvies genoemd;⁸⁹
- De bevestiging van de door Bik uitgevoerde werkzaamheden, van 2 april 2009, is afkomstig van [vertrouwelijk] namens Hofstede B.V.;
- De factuur van Bik, van 3 april 2009, betreffende machinehuur, en de bijbehorende urenstaat zijn gericht aan Hofstede B.V.;
- Op 22 juni 2009 heeft Hofstede B.V. deze factuur betaald aan Bik; en
- Hofstede B.V. heeft bij brieven van onderscheidenlijk 3 maart, 13 mei, 9 juni en 15 juli 2009 via IOB de verschillende termijnen van de aanneemsom bij de gemeente gedeclareerd.⁹⁰

71. ACM concludeert dat zij, anders dan ten aanzien van Hofstede B.V., niet kan vaststellen dat Hofstede Sloperij B.V. feitelijk bij de gedragingen in het kader van dit sloopwerk betrokken is geweest.

Conclusie

72. Gelet op het vorenoverwogene ziet ACM in de zienswijze van Hofstede geen grond voor een andere conclusie wat betreft de feiten en omstandigheden inzake de gedragingen dan die weergegeven in de randnummers 47 tot en met 51 van dit besluit.

3 Juridische beoordeling

3.1 Artikel 6, eerste lid, Mw

73. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt, voor zover hier relevant, overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet sluit het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna:

⁸⁹ Zie ook voetnoot 39.

⁹⁰ Dossierstuk 7401/190, IOB dossier project Kanaalweg deel 1.

«Besluit»

«Openbaar»

“VWEU”; voorheen: artikel 81, eerste lid, EG). Dit betekent dat de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie⁹¹ voor de uitleg van artikel 6, eerste lid, Mw richtinggevend zijn.

3.1.1 Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Juridisch kader

74. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw ziet zowel op overeenkomsten als op onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw hoeft geen sprake te zijn van de mogelijkheid afspraken rechtens af te dwingen.⁹² Een mondelinge afspraak kan volstaan.⁹³ Wel moet er sprake zijn van wilsovereenstemming tussen economisch onafhankelijke ondernemingen om rekening te houden met elkaars belangen en zich te onderwerpen aan economische, sociale of morele druk.⁹⁴ Van belang is met name dat de deelnemende ondernemingen hun gezamenlijke wil hebben weergegeven om zich op de markt op een welbepaalde manier te gedragen.⁹⁵
75. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.⁹⁶ Op grond van vaste jurisprudentie vereisen de termen coördinatie en samenwerking allerminst dat er een werkelijk 'plan' moet zijn opgesteld, maar dienen zij te worden verstaan in het licht van de in de mededingingsregels besloten veronderstelling, dat iedere onderneming zelfstandig haar marktgedrag moet bepalen.⁹⁷
76. Deze zelfstandigheidseis ontnemt een onderneming niet het recht haar beleid intelligent aan te passen aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van de concurrenten; deze eis staat daarentegen echter wel onverbiddeijk in de weg aan enigerlei, al dan niet rechtstreeks, contact

⁹¹ Vanaf 1 december 2009 maken het Hof van Justitie (hierna: “HvJ EU”, het voormalige Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen) en het Gerecht (het voormalige Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen), deel uit van één rechterlijk stelsel onder de naam Hof van Justitie van de Europese Unie.

⁹² HvJ EU 16 december 1975, zaak 40/73, *Suiker Unie e.a./Commissie*, punt 173.

⁹³ Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3 (MvT), p. 57, waarin het arrest van het HvJ EU 20 juni 1978, zaak C-28/77, *Tepea B.V./Commissie*, Jur. 1978, 141 wordt aangehaald.

⁹⁴ Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3 (MvT), p. 11.

⁹⁵ HvJ EU 15 juli 1970, zaak 41/69, *ACF Chemiefarma NV/Commissie*, punt 112; HvJ EU 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78 en 218/78, *Heintz van Landewyck SARL e.a./Commissie*, punt 86; beschikking van de Commissie van 7 juni 2000, *Aminozuren*, PbEG van 7 juni 2001, nr. L 152, p. 24, punt 185.

⁹⁶ HvJ EU 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries/Commissie*, Jur. 1972, blz. 619, punt 64.

⁹⁷ HvJ EU 16 december 1975, zaak 40/73, *Suiker Unie e.a./Commissie*, punt 173.

«Besluit»**«Openbaar»**

tussen ondernemingen, waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.⁹⁸ Aan de eis van zelfstandigheid wordt al niet meer voldaan wanneer een onderneming gehoor geeft aan een verzoek om haar voornemens over toekomstig marktgedrag aan een andere onderneming mee te delen, of wanneer deze laatste dergelijke informatie heeft aanvaard.⁹⁹

77. De begrippen “overeenkomst” en “onderling afgestemde feitelijke gedraging” zijn niet strikt van elkaar te scheiden. Het zijn samenspanningsvormen van dezelfde aard, die slechts verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren.¹⁰⁰

Beoordeling door ACM

78. Zoals in randnummer 47 van dit besluit is vastgesteld, hebben Hofstede en Bik voorafgaand aan de aanbesteding ‘Kanaalweg’ ten behoeve van inschrijving op deze aanbesteding onderling afgesproken dat Hofstede als laagste van hen beiden zou inschrijven. Zij spraken bovendien af dat Hofstede Bik daarvoor een vergoeding van € 12.500,- was verschuldigd. Hofstede heeft vervolgens inderdaad als laagste op de aanbesteding ingeschreven en Bik nadien de eerder overeengekomen vergoeding betaald.
79. De afspraak dat Hofstede als laagste van hen beiden zou inschrijven, impliceert voorts dat in ieder geval één van beiden de ander inzicht heeft gegeven in haar voorgenomen inschrijfgedrag, meer in het bijzonder de hoogte van de inschrijfprijs. Alhoewel ACM niet kan vaststellen op welke manier dit is gebeurd, is naar het oordeel van ACM in alle gevallen als resultaat van dit gedrag sprake van een overeengekomen dan wel onderling afgestemde *cover price* van Bik.
80. ACM stelt in deze omstandigheden vast dat de gedragingen van partijen zowel kenmerken vertonen van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Tussen partijen bestond overeenstemming over het feit dat Hofstede als laagste op de aanbesteding zou inschrijven en dat Bik daarvoor een vergoeding zou ontvangen. Verder heeft ten minste één van beide partijen de ander inzicht gegeven in de hoogte van haar inschrijfprijs. Partijen hebben

⁹⁸ HvJ EU 8 juli 1999, zaak C-199/92P, *Hüls AG/Commissie*, Jur. 1999 p. I-4287, punt 160.

⁹⁹ Gerecht 15 maart 2000, T-25/95, *Cementeries CBR SA/Commissie*, punt 1852.

¹⁰⁰ HvJ EU 8 juli 1999, C-49/92, *Commissie/Anic Partecipazioni*, punt 131.

«Besluit»

«Openbaar»

aldus elkaars marktgedrag beïnvloed. Deze gedraging levert naar het oordeel van ACM dan ook een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging op.

81. ACM concludeert gelet op het voorgaande dat bij de aanbestedingsprocedure 'Kanaalweg' sprake is geweest van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging.

3.1.2 Mededingingsbeperkende strekking

Juridisch kader

82. Het verbod op onderling afgestemde feitelijke gedragingen en overeenkomsten die de strekking hebben de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen ziet op vormen van collusie tussen ondernemingen die reeds naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de mededinging.¹⁰¹ 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.¹⁰² Daarbij is de bedoeling van partijen geen noodzakelijk element voor het vaststellen van een afgestemde feitelijke gedraging of een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking, maar kan bij de vaststelling hiervan wel rekening worden gehouden.¹⁰³ Van een mededingingsbeperkende strekking is reeds sprake wanneer een onderling afgestemde gedraging of overeenkomst negatieve gevolgen voor de mededinging *kan* hebben. Met andere woorden, het volstaat dat zij *concreet*, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging op de markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.¹⁰⁴
83. Bij de bepaling of een onderling afgestemde feitelijke gedraging of overeenkomst 'concreet geschikt' is om de mededinging te kunnen beperken, dient gekeken te worden of de betreffende gedraging volgens ervaringsregels en in de context van een bepaalde markt het potentieel heeft

¹⁰¹ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 29, en HvJ 20 november 2008, C-209/07, *The Competition Authority/ The Beef Industry Development Society Ltd & Barry Brothers (Carrigmore)*, punt 16.

¹⁰² HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 27.

¹⁰³ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 27.

¹⁰⁴ CBb 12 augustus 2010, zaak AWB 06/657, 06/660 en 06/661, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 7.3.2.; (T-Mobile, punt 31).

«Besluit»
«Openbaar»

om negatieve effecten teweeg te brengen voor de mededinging.¹⁰⁵

84. Een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkende *strekking* vormt op zichzelf al een schending van artikel 6, eerste lid, Mw, ongeacht de gevolgen van een dergelijke handeling. Wanneer kan worden vastgesteld dat een gedraging *er toe strekt* de mededinging te beperken is voor de beantwoording van de vraag of deze gedraging in strijd is met artikel 6, eerste lid, Mw niet meer relevant of er concrete gevolgen aan deze gedraging verbonden zijn.¹⁰⁶
85. Dit wordt niet anders wanneer in een specifiek geval kan worden vastgesteld dat de mededingingsbeperkende gevolgen in de markt geheel ontbreken.¹⁰⁷ Het strekkingsverbod uit artikel 6, eerste lid, Mw creëert niet een vermoeden van onrechtmatigheid, dat kan worden weerlegd wanneer in het concrete geval geen negatieve gevolgen voor de werking van de markt kunnen worden aangetoond. Zoals het Hof van Justitie heeft geoordeeld is de vraag of en in welke mate een dergelijk gevolg daadwerkelijk intreedt, slechts relevant voor de berekening van het bedrag van de boete.¹⁰⁸

Beoordeling door ACM

86. De gedragingen die het onderwerp vormen van dit besluit – *cover pricing* en het overeenkomen van een tegenprestatie daarvoor – vinden plaats in het kader van aanbestedingen. Zoals aangegeven in paragraaf 2.1 is het doel van een aanbesteding om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Genoemde gedragingen hebben dan de strekking de mededinging te beperken wanneer vastgesteld kan worden dat zij het door een aanbesteding beoogde concurrentieproces negatief kunnen beïnvloeden.
87. Voor de gedragingen geldt dat zij het concurrentieproces bij aanbestedingen direct aantasten. Inherent aan *cover pricing* is dat het daadwerkelijk aantal zelfstandig bepaalde en daarmee concurrerende inschrijvingen in aanbestedingen en hierdoor de door de opdrachtgever beoogde mate van concurrentie bij het uitvoeren van de desbetreffende opdracht wordt beperkt.

¹⁰⁵ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 31.

¹⁰⁶ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 29.

¹⁰⁷ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 30.

¹⁰⁸ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V. e.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 31.

«Besluit»
«Openbaar»

27/49

88. In geval van onderhandse aanbestedingen wordt doorgaans, zoals ook hier het geval is, op prijs geconcurrereerd. De onderhavige opdrachtgever bepaalde haar keuze primair op basis van de hoogte van de ingediende prijzen (zie de randnummers 30 en 31 van dit besluit). Juist op dat onderdeel namen partijen onzekerheid weg en schakelden partijen de onderlinge concurrentie uit. Het indienen van een prijs betreft precies dat onderwerp in aanbestedingen met betrekking waartoe ondernemingen hun eigen strategie/positie dienen te bepalen. De in te dienen prijs is bij uitstek een onderwerp dat geldt als bedrijfsvertrouwelijk en dient als hoogst concurrentiegevoelig te worden aangemerkt. Gelet op de eis van zelfstandigheid worden ondernemingen geacht deze informatie voor zich te houden.
89. Het indienen van een *cover price* met medewerking van de ander ten behoeve van de inschrijving door één van beide partijen op een opdracht waarvoor men beide is uitgenodigd en met betrekking waartoe men derhalve in een concurrentieverhouding tot elkaar staat, verhoudt zich naar het oordeel van ACM dan ook niet met het zelfstandigheidsvereiste zoals dat aan artikel 6 Mw ten grondslag ligt. Dit werkt ten nadele van andere concurrenten die wel zelfstandig hun strategie en inschrijfgedrag bepalen en de daarmee gepaard gaande risico's dragen. Of en voor welk bedrag – en met echte interesse of juist niet – een onderneming inschrijft op een aanbesteding, dient een onderneming zelfstandig te bepalen. Over het inschrijfgedrag kan en mag, anders dan wat tussen Hofstede en Bik is gebeurd, dus geen voorafgaande afstemming met concurrenten plaatsvinden.
90. Inherent aan de gedragingen is voorts dat de opdrachtgever wordt misleid. Immers, de deelnemers aan de *cover price* schakelen de concurrentie tussen elkaar uit met betrekking tot de betreffende aanbesteding, zonder de opdrachtgever daarover in te lichten. De opdrachtgever krijgt hierdoor, zonder dat hij daarvan op de hoogte is, een verkeerd beeld van het aanbod dat hij door middel van de aanbesteding heeft beoogd te organiseren. Veelzeggend in dit verband is dat op de vraag van de NMa wat de gevolgen zouden zijn in de situatie dat de gemeente er achteraf achter komt dat bepaalde ondernemingen niet zelfstandig een offerte hebben ingediend voor een bepaald werk, van de zijde van de gemeente is geantwoord: “Dit zou in ieder geval leiden tot uitsluiting bij een volgende aanbesteding. Als er sprake is van dergelijk gedrag, zullen wij de onderhavige aanbesteding als mislukt beschouwen. Dit is echter nog nooit voorgekomen.”¹⁰⁹
91. In geval van *cover pricing* laten de daarbij betrokken ondernemingen de opdrachtgever geloven dat meerdere onafhankelijk van elkaar bepaalde (en dus concurrerende) offertes worden

¹⁰⁹ Zie dossierstuk 7401/196, gespreksverslag gemeente Hellevoetsluis d.d. 26 april 2012, p. 4.

«Besluit»
«Openbaar»

ingediend, terwijl hier als gevolg van het contact tussen de ondernemingen over hun inschrijfgedrag, geen sprake meer van is. Immers, in het geval van een *cover price* maakt in beginsel slechts één van de bij de *cover price* betrokken ondernemingen kans op gunning van de opdracht, doordat de andere onderneming haar prijs, op basis van de informatie verkregen uit de afstemming, altijd boven de prijs van de uitlenende onderneming zal stellen. Door *cover pricing* wordt derhalve de door de opdrachtgever beoogde concurrentie tussen de bij de *cover price* betrokken ondernemingen buiten zijn gezichtsveld beperkt. De opdrachtgever staat voor een vervalste keuze tussen offertes, omdat niet alle offertes – in tegenstelling tot zijn gerechtvaardigde verwachtingen – onafhankelijk van elkaar (zelfstandig) en daarmee in concurrentie zijn opgesteld.

28/49

92. ACM licht hieronder nader toe wat de consequenties van *cover pricing* in concrete aanbestedingen kunnen zijn. ACM roept hierbij in herinnering dat in de onderhavige zaak de ene onderneming (Hofstede) haar medewerking heeft verleend aan het indienen van een *cover price* door de andere (Bik).
93. De potentiële gevolgen van *cover pricing* laten zich het best beschrijven door een vergelijking te maken met de situatie waarin afstemming niet aan de orde is.
94. Een onderneming die een aanbesteding niet wil winnen - al dan niet omdat daar een vergoeding tegenover staat - ziet zich in een situatie zonder *cover price* gesteld voor een afweging tussen: 1) geen inschrijfprijs indienen en 2) een inschrijfcijfer indienen waarvan zij verwacht dat deze boven de laagst ingediende prijs zal liggen. De verschillende opties brengen voor deze onderneming echter verschillende risico's mee die eigen zijn aan het proces van aanbestedingen, maar die door de *cover price* worden uitgeschakeld.
95. Met de eerste mogelijkheid, het niet indienen van een prijs, loopt de desbetreffende onderneming het risico in de toekomst niet langer te worden uitgenodigd door de opdrachtgever en 'uit beeld te raken' bij de opdrachtgever.^{110 111}

¹¹⁰ De opdrachtgever heeft dan de mogelijkheid om andere ondernemingen uit te nodigen.

¹¹¹ De NMa heeft aan de gemeente gevraagd: "Als ik u goed begrijp, werkt het wel in het nadeel van de onderneming als ze geen offerte indienen terwijl ze wel zijn uitgenodigd?" Van de zijde van de gemeente werd geantwoord: "Ja, dat klopt. Maar dat hebben we dan nog liever dan dat ondernemingen een prijs indienen die los staat van de werkelijkheid, een 'fake prijs'. Beide situaties zijn niet prettig, maar dan is dat laatste de minst prettige van de twee." Zie dossierstuk 7401/196, gespreksverslag gemeente Hellevoetsluis d.d. 26 april 2012, p. 4.

«Besluit»

«Openbaar»

96. De tweede mogelijkheid, het wel indienen van een prijs waarvan verwacht wordt dat deze boven de laagst ingediende prijs zal liggen, is evenmin zonder risico's. Hierbij is van belang dat een onderneming die geen interesse heeft in een opdracht, in beginsel geen calculatie zal willen maken maar het (wederom) wel belangrijk zal vinden om 'in beeld te blijven' bij een opdrachtgever (en tegen deze achtergrond niet te hoog zal willen inschrijven). Zonder het uitvoeren van een calculatie, en in afwezigheid van afstemming, is het echter niet goed mogelijk adequaat in te schatten wat de hoogte van de winnende inschrijving zal zijn. Dit kan leiden tot A) de inschrijver schat de kosten van het project te laag in en wint (ongewild) de aanbesteding,¹¹² of B) de inschrijver dient een (veel) te hoge prijs in en verliest daarmee zijn geloofwaardigheid bij de opdrachtgever waardoor hij 'uit beeld kan raken'. Welke situatie zich ook voordoet, in beide gevallen zijn risico's aan de orde die met *cover pricing* worden uitgeschakeld.
97. De onderneming die de *cover price* uitleent, heeft op haar beurt de zekerheid gekregen dat zij een concurrent minder heeft omdat de lenende onderneming in ieder geval hoger gaat offereën dan de uitlenende onderneming. Dit vergroot voor de uitlenende onderneming de kans om de aanbesteding te winnen en kan voor haar (zelfs) aanleiding zijn om (iets) hoger in te schrijven dan dat zij zonder de afstemming had gedaan.
98. Uit het voorgaande randnummer volgt dat *cover pricing* in potentie een prijsopdrijvend effect heeft. Niet alleen kan dit worden veroorzaakt door de verminderde onzekerheid aan de zijde van de uitlenende onderneming, ook kan dit worden veroorzaakt doordat de onderneming die hoger inschrijft, in afwezigheid van afstemming een minder adequate inschatting kan maken van de prijs waarmee zij de opdracht niet wint en daardoor mogelijk te laag inschrijft (zie randnummer 96 van dit besluit).
99. Bovendien kan *cover pricing* in aanbestedingen als de onderhavige tot een hogere prijs leiden voor de opdrachtgever, omdat hem de mogelijkheid wordt ontnomen om alsnog de gewenste mate van concurrentie te bereiken door (een) andere onderneming(en) uit te nodigen om een offerte in te dienen. De opdrachtgever weet immers niet dat hem een concurrerende bieding wordt onthouden. ACM neemt hierbij in aanmerking dat in een situatie zonder *cover pricing* een onderneming die geen interesse heeft in de opdracht, zich mogelijk tijdig zal willen afmelden bij de opdrachtgever waardoor deze laatste weet dat hij een concurrerend bod minder heeft. De alternatieven als toch een prijs 'op de gok' indienen of zonder (tijdig) bericht geen prijs indienen, zijn zoals toegelicht in randnummers 95 en 96 van dit besluit, niet zonder risico's. Zelfs als de

¹¹² In deze situatie krijgt de opdrachtgever, in vergelijking met een situatie met *cover pricing*, een lagere prijs.

«Besluit»
«Openbaar»

opdrachtgever ervoor zou kiezen geen andere ondernemingen uit te nodigen, dan nog heeft hij deze afweging niet volledig geïnformeerd kunnen maken.

100. ACM merkt hierbij op dat het beperkte zicht bij de opdrachtgever op het aantal concurrerende biedingen als gevolg van *cover pricing*, ook kan doorwerken naar volgende aanbestedingen. Op het moment dat een opdrachtgever in een situatie zonder *cover pricing* bemerkt dat hij een kleiner aantal concurrerende biedingen ontvangt, zal hij, in vergelijkbare marktcondities, bij volgende aanbestedingen kunnen besluiten een groter aantal aanbieders uit te nodigen om zo een grotere kans te maken op een lagere inschrijfprijs. Met *cover pricing* is zijn zicht op de concurrentie in aanbestedingen beperkt. Gelet op de verklaring van de opdrachtgever, te weten de gemeente Hellevoetsluis, dat zij op basis van goede ervaringen in het verleden met Bik, Hofstede en Romers deze ondernemingen heeft uitgenodigd om een offerte in te dienen, acht ACM dit een realistisch scenario.¹¹³
101. ACM concludeert op basis van voorgaande analyse dat *cover pricing* in de context van aanbestedingen, zoals de onderhavige, naar haar aard reeds schadelijk is voor de mededinging en derhalve de strekking heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. ACM wijst in dit verband tevens op de beslissingen van andere mededingingsautoriteiten in Europa¹¹⁴ en elders in de wereld¹¹⁵ en op het besluit in de zaken Limburgse Bouw,¹¹⁶ waarin *cover pricing* als een gedraging is aangemerkt die de strekking heeft de mededinging te beperken.
102. Gelet op het voorgaande acht ACM bij het project 'Kanaalweg' een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging met mededingingsbeperkende strekking in beginsel aanwezig. Voor zover Hofstede in haar zienswijze het mededingingsbeperkende karakter van

¹¹³ Zie dossierstuk 7401/196, gespreksverslag gemeente Hellevoetsluis d.d. 26 april 2012, p. 2.

¹¹⁴ COMP/38.543 – Internationale verhuisdiensten. Uitspraak van het Gerecht in de gevoegde zaken T-208/08 en T-209/08, 16 juni 2011. Zie ook Decision of the Office of Fair Trading, No. CA98/02/2009, Bid rigging in the construction industry in England (Case CE/4327-04), 21 september 2009. Zie ook Competition Appeals Tribunal (CAT) 11 maart 2011, 2011 CAT 3 *Kier Group e.a./OFT*.

¹¹⁵ Australian Competition Commission v. TF Wollam & Son Pty Ltd (inclusief "corrigendum" van 26 oktober 2011) [2011] FCA 973 (24 August 2011).

¹¹⁶ Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 oktober 2010, zaken 6494_1/286 en 6836_1/184 (Limburgse bouwzaken 1 en 2) en besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 8 maart 2012 (besluit op het bezwaar gericht tegen het besluit van 29 oktober 2010 met kenmerken 6492_1/286 en 6836_1/184). Tegen het besluit op bezwaar is beroep aangetekend bij de Rechtbank Rotterdam.

«Besluit»

«Openbaar»

de gedragingen betwist, gaat ACM daar in het navolgende op in.

Zienswijze van Hofstede en beoordeling daarvan door ACM

103. Hofstede voert aan dat het onderzoek van de NMa onvoldoende aanwijzingen heeft opgeleverd voor de mogelijke betrokkenheid van Romers bij het vermeende mededingingsbeprekende gedrag. Romers zou dus in vrije mededinging zelfstandig hebben ingeschreven met een inschrijfprijs van € 86.000,--. Hofstede was als laagste inschrijver maar liefst € 7.000,-- goedkoper en wordt verdacht van prijsafspraken met een prikkel tot prijsverhoging, maar schrijft in feite veel goedkoper in dan degene waarvan wordt aangenomen dat deze zelfstandig heeft ingeschreven, aldus Hofstede. In elk geval is volgens Hofstede in deze omstandigheden onhoudbaar dat sprake is geweest van een merkbare beperking van de mededinging. Ook het feit dat de gemeente het werk uiteindelijk heeft kunnen gunnen voor een prijs die als marktconform werd aangemerkt, zou dit bevestigen.
104. Dienaangaande overweegt ACM dat de omstandigheid dat Hofstede € 7.000,-- lager heeft ingeschreven dan Romers, van wie de NMa niet heeft kunnen vaststellen dat zij betrokken was bij mededingingsbeprekend gedrag ter zake het project 'Kanaalweg', en de omstandigheid dat IOB de aanbidding van Hofstede als marktconform heeft aangemerkt, niet wegnemen dat de gedragingen van Hofstede en Bik – *cover pricing* in combinatie met een tegenprestatie - in ieder geval het concurrentieproces in de aanbesteding manipuleren en de mededinging beperken. Daarbij is niet relevant dat Hofstede uiteindelijk toch de laagste inschrijver blijkt te zijn geweest. Waar het om gaat is dat ondernemingen geacht worden zelfstandig hun marktgedrag te bepalen. Onderlinge afstemming zoals hier aan de orde heeft de strekking de mededinging te beperken, nu dat onder meer tot hogere inschrijfprijzen heeft kunnen leiden in vergelijking met een situatie zonder afstemming. Aangenomen mag worden dat Hofstede en Bik bij het afstemmen van hun inschrijfgedrag en de bepaling van de hoogte van de afgesproken tegenprestatie rekening zullen hebben gehouden met elkaars belangen. Het ligt immers in de rede dat Hofstede de aan Bik te betalen vergoeding al dan niet gedeeltelijk heeft verdisconteerd in de hoogte van haar inschrijfprijs. Indien een gedraging de strekking heeft de mededinging te beperken, zoals die tussen Hofstede en Bik, dan hoeft naar vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie niet te worden vastgesteld wat daarvan de concrete gevolgen zijn geweest.
105. Volgens Hofstede heeft de veronderstelde handelwijze van Hofstede en Bik geen schade toegebracht aan het concurrentieproces. In de eerste plaats neemt het aantal daadwerkelijke inschrijvers niet af maar toe, omdat iemand die eigenlijk niet de wens had om serieus in te schrijven, uiteindelijk wel inschrijft. De opdrachtgever ontvangt dus een extra prijs dan wel

«Besluit»
«Openbaar»

inschrijving waarmee hij alle andere inschrijvingen kan matchen. In dit verband verwijst Hofstede naar het advies van de Adviescommissie in één van de Limburgse bouwzaken.¹¹⁷ Hierin stelt de Adviescommissie dat het aantal concurrerende inschrijvingen niet vermindert als gevolg van *cover pricing*, omdat de onderneming die een *cover price* vraagt al besloten heeft niet serieus mee te bieden. Verder stelt Hofstede dat zelfs als de redenering wordt gevolgd door de NMa dat het aantal inschrijvers afneemt, dan nog steeds niet van schade kan worden gesproken. Het effect is immers hetzelfde als bij niet-inschrijving of als bij een zelfstandige hoge inschrijving, een ondeugdelijke, of een te late inschrijving.

106. Naar aanleiding van dit betoog van Hofstede merkt ACM op dat in de onderhavige aanbesteding in kwantitatief opzicht het aantal inschrijvingen inderdaad correspondeert met het aantal uitgenodigde ondernemingen. In kwalitatief opzicht wordt het aantal concurrerende inschrijvingen echter minder en wordt de opdrachtgever bewust in het ongewisse gelaten over het feit dat tenminste één van die inschrijvingen geen serieus bod is en dat twee van die inschrijvingen niet op basis van zelfstandigheid tot stand zijn gekomen. De situatie waarin ondernemingen aan *cover pricing* doen, is dan ook niet gelijk aan de situatie waarin beide ondernemingen zelfstandig hun inschrijfgedrag bepalen. Verder merkt ACM op, onder verwijzing naar de motivering daarvoor in het besluit op bezwaar in de Limburgse bouwzaak (7094) dat de genoemde overweging van de Adviescommissie, dat een onderneming die een *cover price* vraagt al heeft besloten niet serieus mee te doen, niet door de Raad is overgenomen. Aan die overweging van de Adviescommissie ligt de veronderstelling ten grondslag dat een dergelijke onderneming ook zonder het vragen van een *cover price* geen concurrerend bod zou hebben gedaan.¹¹⁸ Deze veronderstelling acht ACM onjuist. Het indienen van een geleende prijs waarvan op voorhand vaststaat dat dit niet het winnende bod zal zijn, verschilt naar het oordeel van ACM van de situatie waarin een onderneming zelfstandig beslist geen prijs in te dienen of een bod indient dat naar eigen inschatting te hoog is om de opdracht te kunnen winnen. In het laatste geval zou de onderneming zelfs (ongewild) de aanbesteding nog kunnen winnen.
107. Voorst stelt Hofstede dat een opdrachtgever niet wordt beperkt in het zoeken van vervangende aannemers die wel een concurrerend bod willen uitbrengen. De NMa ziet hier volgens Hofstede de zelfstandige, leidende rol van de opdrachtgever over het hoofd.

¹¹⁷ Zaak 7094, Limburgse bouwzaken 1 en 2, advies van de Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, randnummer 48.

¹¹⁸ Zaak 7094, Limburgse bouwzaken 1 en 2, besluit op bezwaar van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 8 maart 2012, het bezwaar is gericht tegen het besluit van 29 oktober 2010. Tegen het besluit op bezwaar is beroep aangetekend bij de Rechtbank Rotterdam.

«Besluit»
«Openbaar»

Bovendien zou het zoeken van vervangende aannemers geen vanzelfsprekendheid zijn, nu de inschrijvers niet gehouden zijn tijdig te melden geen reële interesse te hebben. Ook in dit verband verwijst Hofstede naar het advies van de Adviescommissie in één van de Limburgse bouwzaken.¹¹⁹

108. In geval van *cover pricing* staat de opdrachtgever voor een vervalste keuze tussen offertes, omdat niet alle offertes – in tegenstelling tot wat hij mocht verwachten – onafhankelijk van elkaar en daarmee in concurrentie zijn opgesteld. Zelfs een opdrachtgever die zich zelfstandig en leidend opstelt, zal bij een gebrek aan wetenschap hierover geen aanleiding zien om vervangende aanbidders te zoeken. Hem wordt een afweging hieromtrent ontnomen. ACM is dan ook van oordeel dat van een beperkt zicht op de concurrentie wel degelijk sprake is. Evenals in de Limburgse Bouwzaken¹²⁰ gaat ACM ervan uit dat de relatie met de opdrachtgever voor ondernemingen belangrijk is en dat een onderneming de opdrachtgever in beginsel passend en spoedig zal informeren als zij geen interesse heeft. Mogelijk meldt de onderneming al dat zij niet zal inschrijven op het moment dat de opdrachtgever contact opneemt met de aannemer om deze uit te nodigen in te schrijven; zeker in dat geval kan de opdrachtgever contact opnemen met een volgende aannemer. Derhalve gaat ACM voorbij aan het betoog van Hofstede.
109. Ook zou er volgens Hofstede geen sprake zijn van een belemmerd zicht op de concurrentie waardoor toekomstige aanbestedingen niet volledig geïnformeerd kunnen worden vormgegeven. Volgens Hofstede veronderstelt dit dat alle genodigden altijd inschrijven voor de scherpst mogelijke prijs, hetgeen niet aan de orde is. Er bestaat geen inschrijfplicht, maar een inschrijfrecht, aldus Hofstede. Hofstede verwijst in dit verband wederom naar het advies van de Adviescommissie in Limburgse bouwzaak 7094.¹²¹
110. Naar aanleiding van de zienswijze van Hofstede merkt ACM op dat concurrentie in een aanbestedingscontext niet veronderstelt dat alle genodigden altijd inschrijven voor de scherpst mogelijke prijs. Het vereist wel dat alle genodigden zelfstandig hun inschrijfstrategie bepalen. Dit zelfstandigheidsvereiste vormt de essentie van concurrentie. Een onderneming die geen interesse heeft in een bepaald project, heeft verschillende opties waarbij zij verschillende

¹¹⁹ Zaak 7094, Limburgse bouwzaken 1 en 2, advies van de Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, randnummer 48.

¹²⁰ Zaak 7094, Limburgse bouwzaken 1 en 2, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 8 maart 2012, het bezwaar is gericht tegen het besluit van 29 oktober 2010. Tegen dit besluit is beroep aangetekend bij de Rechtbank Rotterdam.

¹²¹ Zaak 7094, Limburgse bouwzaken 1 en 2, advies van de Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, randnummer 48.

«Besluit»

«Openbaar»

risico's loopt. Als deze onderneming ervoor kiest een offerte in te dienen, zou zij zelfs de opdracht nog gegund kunnen krijgen. Door *cover pricing* worden deze risico's zo goed als uitgeschakeld. De situatie waarin ondernemingen aan *cover pricing* doen, is dan ook allerminst gelijk aan de situatie waarin beide ondernemingen zelfstandig hun inschrijfgedrag bepalen.

Conclusie

111. Uit het bovenstaande volgt dat de zienswijze van Hofstede met betrekking tot de mededingingsbeperkende strekking van de gedragingen van partijen bij de aanbesteding geen doel treffen en geen afbreuk doen aan de conclusie geformuleerd in randnummer 102 van dit besluit.

3.1.3 Merkbaarheid

Juridisch kader

112. Wanneer wordt vastgesteld dat een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw, de concrete gevolgen van die overeenkomst niet nader te worden onderzocht.¹²² Een dergelijke overeenkomst of gedraging wordt vermoed naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging te vormen.¹²³ Een dergelijke overeenkomst of gedraging ontkomt slechts aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer zij, wegens de zwakke positie van de betrokken ondernemingen op de relevante markt, de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden.¹²⁴

Beoordeling door ACM

113. ACM is van oordeel dat wat betreft de in hoofdstuk 2 van dit besluit besproken aanbesteding geen sprake is van een zodanige positie van de betrokken ondernemingen op de relevante markt dat de mededinging slechts in zeer geringe mate kan worden beïnvloed, en overweegt

¹²² HvJ EU 8 juli 1999, zaak C-49/92, Commissie/ *Anic Partecipazioni*, reeds aangehaald, punt 99. HvJ EU 13 juli 1966, zaak 56 en 58/64, *Consten Grundig/Commissie*. Jur. 1966, p. 516.

¹²³ HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a.*, nog niet gepubliceerd, punt 37.

¹²⁴ CBb 12 augustus 2010, zaak AWB 06/657, 06/660 en 06/661, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Vodafone Libertel B.V./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*. CBb 7 december 2005, zaak AWB 04/237 en 04/249, *Secon/ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* en *G-Star Basilicum/ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* en *Chilly/ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 6.5. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a.*, nog niet gepubliceerd, punt 35.

«Besluit»
«Openbaar»

daartoe het volgende.

114. ACM merkt allereerst op dat de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak in de zaken Dakdekkers¹²⁵, Boomkwekerijen¹²⁶ en Schilders¹²⁷ heeft vastgesteld dat in geval van mededingingsbeperkende afspraken voorafgaande aan een aanbesteding, de relevante markt beperkt is tot de inschrijvende ondernemingen op die aanbesteding. Ook in de onderhavige zaak acht ACM de relevante markt beperkt tot de inschrijvende ondernemingen op de desbetreffende aanbesteding.
115. ACM constateert dat er bij de aanbesteding naast Hofstede en Bik één andere inschrijver was. ACM merkt hierbij op dat alle sloopondernemingen een gelijke kans hadden om te winnen. Alle inschrijvers hebben zich ertoe verplicht de opdracht uit te voeren als deze aan één van hen werd gegund. Alle inschrijvers waren hiertoe ook in staat; immers, de opdrachtgever zou die slooponderneming anders niet hebben uitgenodigd. Bovendien hebben partijen met het indienen van hun offertes zichzelf in staat geacht de opdracht uit te kunnen voeren. Alle inschrijvers hebben in deze zin dan ook een gelijke positie gehad.
116. ACM stelt op basis van het voorgaande vast dat Hofstede en Bik op de relevante markt gezamenlijk 67% procent uitmaakten van de inschrijvers in de getroffen aanbesteding. Hun positie was dan ook niet dermate zwak dat hun handelingen de mededinging niet of slechts in zeer beperkte mate konden beïnvloeden.
117. ACM is voorts van oordeel dat Hofstede en Bik regionaal noch landelijk kleine spelers zijn. Hofstede beschikt naar eigen zeggen over zeer ruime ervaring in de verschillende disciplines van het slopen.¹²⁸ Een operationeel manager van Hofstede heeft verklaard dat Hofstede in Nederland een top 10 speler is.¹²⁹ In deze verklaringen ziet ACM een bevestiging dat Hofstede en Bik hoe dan ook niet een zodanig zwakke positie innamen dat hun gedragingen niet merkbaar de mededinging konden beïnvloeden.

¹²⁵ Rb. Rotterdam 24 juli 2007, LJN BB0750, *Erdo B.V./ de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

¹²⁶ Rb. Rotterdam 1 juli 2010, LJN BM9911, *Darthuizer Boomkwekerijen B.V., Boomkwekerijen M. van den Oever & Zonen B.V. en Van den Oever Holding B.V./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

¹²⁷ Rb. Rotterdam 6 mei 2010, LJN BM5246, *Rendon Eindhoven B.V./ de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

¹²⁸ Zie randnummer 24.

¹²⁹ Zie randnummer 23.

«Besluit»

«Openbaar»

3.1.4 Bagatelbepaling

118. Hofstede betoogt dat de bagatelbepaling, zoals neergelegd in artikel 7, tweede lid, Mw, op de gedragingen van Hofstede en Bik van toepassing is, waardoor deze van de toepassing van artikel 6 Mw zouden zijn uitgezonderd.
119. Volgens Hofstede zou het gezamenlijke marktaandeel van Hofstede en Bik nooit groter zijn geweest dan 10% van de relevante markt. Hofstede leidt daarbij uit HR 18 december 2009, LJN: BJ9439, af dat de relevante markt in het onderhavige geval heel Nederland beslaat. Het gezamenlijke marktaandeel van Hofstede en Bik zou in 2009 nog geen 1% van de omzet van de slopersbranche hebben bedragen. Ook als wordt uitgegaan van beperktere (geografische) markten dan de Nederlandse markt, zoals een markt betreffende de provincies Noord-Holland, Zuid-Holland, Utrecht en Zeeland, zou het gezamenlijke marktaandeel van Hofstede en Bik onder de grens van artikel 7, tweede lid, onder a, Mw blijven, aldus Hofstede.
120. Hofstede betoogt voorts dat is voldaan aan het vereiste van artikel 7, tweede lid, onder b, Mw. Hofstede motiveert haar stelling niet nader.
121. ACM ziet geen reden om in de onderhavige zaak tot een andere ruimere afbakening van de relevante markt te komen dan zoals door de rechtbank Rotterdam is bepaald (zie randnummer 114 van dit besluit). Het arrest van de Hoge Raad dat Hofstede in dit verband heeft aangehaald, biedt naar het oordeel van ACM geen aanknopingspunt voor haar stelling dat de relevante markt in een geval als het onderhavige heel Nederland is. ACM stelt vast dat Hofstede en Bik in de onderhavige aanbesteding gezamenlijk beschikken over een 'marktaandeel' dat (ruim) boven de 10% ligt. Aangezien niet is voldaan aan artikel 7, tweede lid, onder a, Mw komt ACM niet toe aan een beoordeling van artikel 7, tweede lid, onder b, Mw. ACM concludeert dat de uitzondering van artikel 7, tweede lid, Mw niet van toepassing is.

3.2 Conclusie artikel 6 Mw

122. ACM concludeert dat de gedragingen vastgesteld in paragraaf 2.2 van dit besluit een overtreding vormen die de mededinging merkbaar beïnvloedt en derhalve als een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw, kunnen worden aangemerkt. Voorts concludeert ACM dat de overtreding niet onder de bagatelbepaling van artikel 7, tweede lid, Mw valt.

«Besluit»
«Openbaar»

4 Ondernemingen en toerekening

Juridisch kader

123. Artikel 6 Mw richt zich in navolging van de communautaire mededingingsregels tot “ondernemingen”.¹³⁰ Het begrip “onderneming” omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.¹³¹ Het begrip “onderneming” valt niet noodzakelijkerwijze samen met het begrip “rechtspersoon” zoals dat in het nationale recht wordt gehanteerd; een onderneming kan ook uit een samenstel van verschillende rechtspersonen bestaan. De “onderneming” die de overtreding heeft begaan is derhalve niet noodzakelijkerwijs dezelfde entiteit als de specifieke rechtspersoon binnen een groep van ondernemingen waarvan de vertegenwoordigers daadwerkelijk aan de kartelgedragingen hebben deelgenomen. In Europese rechtspraak is in dit verband aangegeven dat de mededingingsregels zich richten tot economische eenheden die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan bijdragen tot het begaan van een in die bepaling bedoelde inbreuk.¹³²
124. Hoewel artikel 6 Mw zich tot “ondernemingen” richt en het begrip “onderneming” een economische werkingssfeer heeft, kunnen slechts rechtssubjecten (juridische entiteiten) aansprakelijk worden gesteld voor een inbreuk op die bepaling. Wanneer het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels is bewezen, moet derhalve worden bepaald welke juridische entiteit(en) de onderneming exploiteerde(n) gedurende de periode waarin de inbreuk is gemaakt, teneinde deze aansprakelijk te stellen.
125. Ingevolge artikel 59, tweede lid, sub c en sub d, Mw (oud)¹³³ dient in het rapport te worden vermeld welke ondernemingen de overtreding hebben begaan, respectievelijk aan welke natuurlijke personen of rechtspersonen de overtreding kan worden toegerekend. Deze natuurlijke of rechtspersonen kunnen, ingeval van overtreding van artikel 6 Mw op grond van artikel 56, lid 1, Mw (oud)¹³⁴ door ACM worden beboet.

¹³⁰ Zie artikel 1, sub f, Mw.

¹³¹ HvJ EU 23 april 1991, zaak C-41/90, *Höfner en Elser/ Macrotron*, Jurispr. 1991, blz. I-01979.

¹³² GvEA 10 maart 1992, zaak T-11/89, *Shell International Chemical Company Ltd/ Commissie*, punt 311 en GvEA 14 mei 1998, zaak T-352/94, *Mo och Domsjö AB/ Commissie*, punten 7-96.

¹³³ Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 59 (oud) van de Mededingingswet, hoewel vervallen per 1 juli 2009, in de onderhavige procedure nog van toepassing.

¹³⁴ De tekst van artikel 56 Mw vermeldt per 1 juli 2009 “de overtreder” in plaats van “de rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend”. Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche

«Besluit»

«Openbaar»

126. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan het gedrag van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij worden toegerekend, met name wanneer de dochtermaatschappij hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die hen verenigen.¹³⁵ De reden daarvoor is dat de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij in een dergelijke situatie deel uitmaken van één economische eenheid en derhalve één enkele onderneming in de zin van het mededingingsrecht vormen.
127. Volgens vaste rechtspraak kan er in die situatie voor gekozen worden om de aansprakelijkheid voor inbreukmakend gedrag toe te schrijven aan de moedermaatschappij, de dochtermaatschappij, of aan de moedermaatschappij hoofdelijk met haar dochtermaatschappij.¹³⁶
128. In het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100% van het kapitaal in handen heeft van haar dochtermaatschappij die een inbreuk op de mededingingsregels heeft gepleegd, kan deze moedermaatschappij beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van deze dochter en bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter.¹³⁷ In die omstandigheid volstaat het dat wordt bewezen dat het gehele kapitaal van een dochtermaatschappij in handen is van haar moedermaatschappij voor het aannemen van het vermoeden dat deze laatste beslissende invloed heeft op het commerciële beleid van de dochter. Vervolgens kan de moedermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de betaling van de aan de dochtermaatschappij opgelegde boete, tenzij de moedermaatschappij, die dat vermoeden moet weerleggen, afdoende bewijzen overlegt die aantonen dat haar dochtermaatschappij zich op de markt autonoom gedraagt, aldus het Hof van Justitie.¹³⁸ Hierbij wordt opgemerkt dat een moedermaatschappij alleen aansprakelijk is voor de periode dat zij beslissende invloed heeft kunnen uitoefenen.¹³⁹

Algemene wet bestuursrecht is artikel 56 Mw zoals dat luidde tot 1 juli 2009 in de onderhavige procedure nog van toepassing.

¹³⁵ HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, punt 58.

¹³⁶ Gerecht 24 maart 2011, zaak T-386/06, *Pegler/ Commissie*, punt 103 en daarin aangehaalde jurisprudentie.

¹³⁷ HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, punt 60.

¹³⁸ HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, reeds aangehaald, punt 62.; CBb 18 november 2010, LJN B05193, r.o. 3.4.4.8.

¹³⁹ HvJ EU 16 november 2000, zaak C-248/98 P, *NV Koninklijke KNP BT/ Commissie*, Jurispr. 2000, blz. I-9641, punt 73; HvJ EU 16 november 2000, zaak C-279/98 P, *Cascades SA/ Commissie*, Jurispr. 2000, blz. I-9693, punten 77-80, Gerecht 30 mei 2006, T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt AG/ Commissie*, punt 332.

«Besluit»

«Openbaar»

129. Voorts heeft het Hof van Justitie gepreciseerd dat hoewel – naast het bezit van 100% van het kapitaal – extra omstandigheden kunnen wijzen op beslissende invloed van de moedermaatschappij, het aanvoeren van dergelijke extra omstandigheden niet noodzakelijk is om van het vermoeden van beslissende invloed uit te kunnen gaan.¹⁴⁰
130. Bovenstaande jurisprudentie is gelijkelijk van toepassing op uiteindelijke moedermaatschappijen en tussenliggende moedermaatschappijen. In het bijzondere geval waarin een houdstermaatschappij alle aandelen van een tussenliggende vennootschap bezit die op haar beurt het volledige kapitaal van een dochtermaatschappij in handen heeft die een inbreuk op de mededingingsregels heeft gepleegd, rijst het weerlegbare vermoeden dat deze houdstermaatschappij beslissende invloed op het gedrag van de tussenliggende vennootschap uitoefent, en indirect, via deze laatste, ook het gedrag van voornoemde dochtermaatschappij.¹⁴¹ In een dergelijke situatie behoren de houdstermaatschappij, de tussenliggende vennootschap en laatstgenoemde dochtermaatschappij tot eenzelfde economische eenheid (dezelfde onderneming in de zin van het mededingingsrecht) en kunnen zij uit dien hoofde voor het inbreukmakend gedrag worden aangesproken.¹⁴²

Beoordeling door ACM

131. ACM stelt vast, hetgeen ook niet is bestreden, dat Hofstede en Bik gedurende de periode van de overtreding, beiden actief waren in de sloperssector. Zij verrichtten daarmee economische activiteiten.
132. ACM rekent de overtredingen toe aan de volgende juridische entiteiten.

¹⁴⁰ HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, punt 61, HvJ EU 20 januari 2011, zaak C90/09 P, *General Química SA/ Commissie* punten 41 en 42.

¹⁴¹ HvJ EU 20 januari 2011, zaak C90/09 P, *General Química SA/ Commissie*, punten 86 tot en met 88. Zie ook Gerecht 6 maart 2012, zaak T-65/06 *FLSmidth & Co. A S/ Commissie*, punten 22 en 23.

¹⁴² Zie bijvoorbeeld beschikking van de Commissie van 20 december 2005 in zaak COMP/F/C.38.443 (Rubberchemicaliën), punt 254 t/m 264 en uitspraak van het Hof in die zaak, HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, *General Química SA/ Commissie*. Zie beschikking van de Commissie van 30 november 2005 in zaak COMP/38354 (Industriezakken), punten 715 t/m 739 en de uitspraken van het Gerecht naar aanleiding van deze beschikking, Gerecht 6 maart 2012, zaak T-64/06, *FLS Plast A S/ Commissie* en zaak T-65/06, *FLSmidth & Co. A S/ Commissie*. Zie ten slotte beschikking van de Commissie van 20 oktober 2004 in zaak COMP C.38.238/B.2 (Ruwe tabak - Spanje), punt 400 en uitspraak van het Hof naar aanleiding van deze beschikking, HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, *Alliance One International Inc. e.a./ Commissie en Commissie/ Alliance One International Inc. e.a.*, punten 100 t/m 106.

«Besluit»

«Openbaar»

Hofstede

133. Uit de feiten en omstandigheden zoals beschreven in hoofdstuk 2 is gebleken dat Hofstede B.V. rechtstreeks betrokken is geweest bij de gedragingen die de overtreding vormen.
134. ACM rekent de overtreding derhalve toe aan Hofstede B.V.
135. Daarnaast is gebleken dat J.B.M. Hofstede Beheer B.V. tijdens de periode van de overtreding enig aandeelhouder van Hofstede B.V. was. J.B.M. Hofstede Holding B.V. was op haar beurt enig aandeelhouder van J.B.M. Hofstede Beheer B.V. Jermi B.V. hield voorts alle aandelen in Jermido B.V., die op haar beurt enig aandeelhouder was van J.B.M. Hofstede Holding B.V. Op grond van deze feiten neemt ACM aan dat J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., Jermido B.V. en Jermi B.V. beslissende invloed uitoefenden op het marktgedrag van Hofstede B.V.
136. Aangezien J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., Jermido B.V. en Jermi B.V. dit vermoeden van beslissende invloed niet hebben weerlegd, rekent ACM de overtreding tevens aan hen toe.
137. ACM wijst hierbij ten overvloede op andere factoren die het vermoeden van beslissende invloed ondersteunen. Zo was binnen de Hofstede groep, waarvan alle onderdelen op hetzelfde adres gevestigd waren, steeds de enig aandeelhouder ook enig bestuurder van de desbetreffende vennootschap,¹⁴³ met aan het hoofd enig aandeelhouder en bestuurder de heer [vertrouwelijk]. De heer [vertrouwelijk] was ervan op de hoogte dat aan prijslenen werd gedaan.¹⁴⁴

Bik

138. Uit de feiten en omstandigheden zoals beschreven in hoofdstuk 2 is gebleken dat Bik Sloopwerken B.V. via haar directeuren (de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk]) rechtstreeks betrokken is geweest bij de gedragingen die de overtreding vormen. Bik Sloopwerken B.V. is echter vanwege de afwikkeling van het faillissement opgehouden te bestaan. ACM rekent de overtreding daarom, ondanks haar rechtstreekse betrokkenheid, niet toe aan Bik Sloopwerken B.V.

¹⁴³ Uitzondering hierop vormt J.B.M. Hofstede Holding B.V. met als enig bestuurder de heer [vertrouwelijk].

¹⁴⁴ Dossierstuk 7401/170, verklaring d.d. 27 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 5: "Ik kan me voorstellen dat prijzen werden geleend, wanneer je het werk niet wilde maken, maar wel serieus genomen wilde blijven worden door de klant, omdat je in de toekomst wellicht nog wel werken voor die klant wil uitvoeren. [vertrouwelijk] heeft mij aangegeven dat dit bij ons gebeurde." [vertrouwelijk] was degene die namens Hofstede B.V. betrokken was bij de afstemming met Bik.

«Besluit»**«Openbaar»**

139. Daarnaast is gebleken dat ten tijde van de relevante gedragingen M.A. Bik Holding B.V. beslissende invloed uitoefende over Bik Sloopwerken B.V. Niet alleen bezat M.A. Bik Holding B.V. de meerderheid van de aandelen in Bik Sloopwerken B.V. Ook was de rechtstreeks bij de gedragingen betrokken directeur van Bik Sloopwerken B.V., de heer [vertrouwelijk], ten tijde van die gedragingen tevens bestuurder en enig aandeelhouder van M.A. Bik Holding B.V. en is het clementieverzoek mede namens M.A. Bik Holding ingediend.
140. Naar het oordeel van ACM vormden Bik Sloopwerken B.V. en M.A. Bik Holding B.V. gelet op het voorgaande ter zake van de overtreding één economische eenheid oftewel één onderneming in de zin van artikel 6 Mw en dient uit dien hoofde de overtreding aan M.A. Bik Holding B.V. te worden toegerekend.

Conclusie

141. ACM rekent de overtreding van artikel 6 Mw toe aan: Hofstede B.V., J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., Jermido B.V., Jermi B.V. en M.A. Bik Holding B.V.

5 Sanctie**5.1 Beoordelingskader**

142. Ingeval van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw kan ACM op grond van artikel 56, eerste lid, onder a, Mw (oud)¹⁴⁵ aan de rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend een boete opleggen. Ingevolge artikel 57, tweede lid, Mw (oud)¹⁴⁶ houdt ACM bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.
143. Voor het vaststellen van de hoogte van een boete heeft de Raad op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld. Deze zijn sinds 1 juli 2007 opgenomen in de 'Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit' (hierna: de NMa Boetecode 2007).¹⁴⁷

¹⁴⁵ De tekst van artikel 56 Mw vermeldt per 1 juli 2009 "de overtreder" in plaats van "de rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend". Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 56 Mw zoals dat luidde tot 1 juli 2009 nog van toepassing.

¹⁴⁶ Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 57, tweede lid, Mw zoals dat luidde tot 1 juli 2009, in de onderhavige procedure nog van toepassing.

¹⁴⁷ Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196.

«Besluit»
«Openbaar»

In de periode waarin in onderhavige zaak artikel 6, eerste lid, Mw door de betrokken ondernemingen is geschonden, was voornoemde Boetecode van toepassing.

144. Uit randnummer 12 van de NMa Boetecode 2007 volgt dat – voor zover van belang – bij overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mw de boetegrondslag wordt afgeleid uit de betrokken omzet. Ingevolge randnummer 1, onder d, van de NMa Boetecode 2007 wordt als betrokken omzet aangemerkt de waarde van alle transacties, die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met de verkoop van goederen en/of levering van diensten waarop die overtreding betrekking heeft, onder aftrek van over de omzet geheven belastingen.
145. Die betrokken omzet kan blijkens randnummer 24 van de NMa Boetecode 2007 niet in alle gevallen op bovenstaande wijze worden vastgesteld. Dit is bijvoorbeeld niet mogelijk in geval van een verboden aanbestedingsafspraken, waarvan in de onderhavige zaak sprake is.
146. Randnummer 24 van de NMa Boetecode 2007 bepaalt dat ingeval van een ‘verboden aanbestedingsafspraken’ de Raad (thans ACM) voor elke deelnemer als betrokken omzet kan aanmerken (een evenredig deel van) de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kan worden gerealiseerd. Daarbij is, zo volgt uit de jurisprudentie, niet relevant of de betrokken ondernemingen ook daadwerkelijk omzet hebben gerealiseerd met de inschrijving op een aanbesteding.¹⁴⁸
147. Tot slot wordt de ernst van de overtreding bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. Met de duur van de overtreding wordt in de NMa Boetecode 2007 rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt. In het onderhavige geval is de duur van de overtreding conform randnummer 24 van de NMa Boetecode 2007 verdisconteerd in de gekozen betrokken omzet.

42/49

¹⁴⁸ Rb. Rotterdam 6 mei 2009, LJN BK6975, *Openbaar Groen Maastricht*, r.o. 2.5.5.

«Besluit»
«Openbaar»

5.2 Boetegrondslag

5.2.1 Algemeen kader

148. Het startpunt bij de boetetoemeting is de bepaling van de boetegrondslag. Zoals blijkt uit randnummers 21 en 22 van de NMa Boetecode 2007 baseert ACM de boetegrondslag in een geval als het onderhavige op de betrokken omzet van de overtreder. Ingevolge randnummer 22 van de NMa Boetecode 2007 bedraagt de boetegrondslag 10% van de betrokken omzet.
149. In het geval van een verboden aanbestedingsafpraak kan ACM, voor elke bij de overtreding betrokken onderneming als betrokken omzet aanmerken (een evenredig deel van) de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend (hierna: de projectomzet), kan worden gerealiseerd. Dit uitgangspunt voor het bepalen van de betrokken omzet is als volgt toegepast en geconcretiseerd.
150. Bij een verboden aanbestedingsafpraak wordt – gezien per aanbesteed project – de omzet waarop de overtreding betrekking heeft, alleen gerealiseerd door de onderneming die het project gegund krijgt en dus uitvoert (hierna: de uitvoerende onderneming). Tegenover die uitvoerende onderneming staan de onderneming(en) die het project niet uitvoeren, maar die wel hebben ingeschreven op de aanbesteding (hierna: de niet-uitvoerende ondernemingen).
151. Voor de uitvoerende onderneming die deelgenomen heeft aan de verboden aanbestedingsafpraak is de betrokken omzet derhalve gelijk aan de projectomzet. Voor de niet-uitvoerende onderneming die deelgenomen heeft aan de verboden aanbestedingsafpraak is de betrokken omzet gelijk aan de projectomzet, gedeeld door het totaal aantal niet-uitvoerende ondernemingen.
152. Deze berekeningssystematiek leidt er in deze zaak toe dat de betrokken omzet van de onderneming die de aanbesteding gegund krijgt – en dus als uitvoerende onderneming geldt – gelijk is aan haar inschrijfprijs (de projectomzet). De betrokken omzet van de andere bij die verboden aanbestedingsafpraak betrokken onderneming bedraagt in dat geval die projectomzet gedeeld door het totaal aantal niet-uitvoerende ondernemingen dat op de aanbesteding heeft ingeschreven.

«Besluit»
«Openbaar»

44/49

5.2.2 Vaststelling van de betrokken omzet

153. ACM gaat bij het bepalen van de boetegrondslag van de betrokken ondernemingen uit van de gerealiseerde projectomzet.

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

Projectnaam	Projectomzet (EUR)	Aantal inschrijvers	Gegund aan Hofstede?	Gegund aan Bik?	Projectomzet gedeeld door aantal niet uitvoerende ondernemingen	Betrokken omzet Hofstede (EUR)	Betrokken omzet Van Bik (EUR)
Kanaalweg	79.000 ¹⁴⁹	3	Ja	Nee	39.500	79.000	39.500

5.2.3 Vaststelling van de boetegrondslag

155. Aan de hand van de in randnummer 154 van dit besluit opgenomen bedragen, stelt ACM de volgende boetegrondslagen vast:

	Hofstede			Bik		
	Betrokken omzet		Boete grondslag	Betrokken omzet		Boete grondslag
Kanaalweg	79.000	10%	7.900	39.500	10%	3.950

¹⁴⁹ Zie randnummer 31 van dit besluit.

«Besluit»
«Openbaar»

5.3 Ernst van de overtreding en de basisboete

156. De NMa Boetecode 2007 onderscheidt 'minder zware', 'zware' en 'zeer zware' overtredingen (randnummers 27-30). Bij een minder zware overtreding wordt de vermenigvuldigingsfactor in verband met de ernst van de overtreding gesteld op een waarde van ten hoogste 1; bij een zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2; bij een zeer zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde tussen 1,5 en 3 (randnummer 32 van de NMa Boetecode 2007). In het kader van de boeteoplegging in de onderhavige zaak neemt ACM het navolgende in acht.
157. De NMa Boetecode 2007 geeft in randnummer 28 aan dat "verstreckende horizontale beperkingen" als zeer zware overtredingen dienen te worden aangemerkt. Als voorbeeld van "zeer zware overtredingen" wordt daarin genoemd onder meer horizontale marktverdelingsafspraken, zoals verboden aanbestedingsafspraken - *bid rigging*.
158. In paragraaf 2.2 van dit besluit heeft ACM vastgesteld dat Hofstede en Bik in het kader van de onderhavige aanbesteding hun inschrijfgedrag niet zelfstandig hebben vastgesteld door voorafgaand op de inschrijving af te spreken dat Hofstede als laagste van hen beiden zou inschrijven en aan *cover pricing* te doen.
159. In de randnummers 50 en 51 van dit besluit heeft ACM *cover pricing* gekwalificeerd als (verschijningsvormen van) *bid rigging*. Ook de Rechtbank Rotterdam acht het afstemmen van inschrijfgedrag in het kader van aanbestedingen een zeer zware overtreding.¹⁵⁰ ACM typeert onderhavige overtredingen dan ook als "zeer zwaar".
160. Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van randnummer 32 van de NMa Boetecode 2007 dat de boetegrondslag wordt vermenigvuldigd met een rekenfactor (hierna: ernstfactor) van 1,5 tot 3, zulks teneinde de ernst van de overtreding in de hoogte van de boete tot uitdrukking te brengen.
161. Bij het bepalen van de rekenfactor voor de ernst van de overtreding houdt ACM, naast de zwaarte van de overtreding ook rekening met de concrete economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden (randnummer 26). Daarbij komt, randnummer 31 van de NMa Boetecode 2007 in aanmerking nemende, onder meer betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, aan de omvang van de markt, aan de grootte van de

¹⁵⁰ Rb. Rotterdam 6 mei 2009, LJN BK6975, *Openbaar Groen Maastricht*, r.o. 2.5.4.

«Besluit»

«Openbaar»

betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijke marktaandeel, aan de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. ACM kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding kan worden toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.

5.3.1 Vaststelling ernstfactor

162. ACM neemt de navolgende omstandigheden in aanmerking bij het bepalen van de ernstfactor.
163. Zoals in paragraaf 3.1.2 door ACM is vastgesteld, ligt het in de aard van de gedragingen die onderwerp zijn van dit besluit (*cover pricing*) dat door middel van afstemming de concurrentie tussen de betrokken ondernemingen wordt uitgeschakeld en het door de opdrachtgever beoogde concurrentieproces, buiten zijn gezichtsveld om, wordt gemanipuleerd. ACM verwijst hiervoor ook naar de randnummers 86 t/m 101 van dit besluit. Ondernemingen en overheden die aanbestedingsprocedures uitschrijven, hebben de rechtmatige verwachting dat de in de aanbesteding ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken/contacten tussen de bij de aanbesteding betrokken inschrijvers. In het onderhavige geval is deze verwachting ernstig geschonden doordat de betrokken ondernemingen hun inschrijfgedrag onderling hebben afgestemd.
164. ACM neemt in aanmerking dat, anders dan bij zogenaamde 'klassieke' *bid rigs*, in het geval van *cover pricing* doorgaans de mate van concurrentie binnen de aanbesteding niet geheel wordt uitgeschakeld. ACM acht, net als overigens het Engelse *Competition Appeals Tribunal* (CAT) in de zogeheten Construction-zaak,¹⁵¹ *cover pricing* dan ook minder ernstig dan klassieke *bid rigs*.¹⁵²
165. Gelet op de zwaarte van de overtreding en op de economische context waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden, acht ACM een ernstfactor van 1,75 gepast.

¹⁵¹ Competition Appeals Tribunal (CAT) 11 maart 2011, 2011 CAT 3 (Kier Group e.a./OFT), nr. 94: 'There is no doubt that "simple" cover pricing constitutes an infringement of the Chapter I prohibition¹⁵¹, but in our view the practice is materially distinct from "bid rigging" as ordinarily understood. Bid rigging implies an agreement or arrangement which determines, or assists in the determination of, the price which will actually be charged to the purchaser. Cover pricing is less serious than conduct of that kind'.

¹⁵² In zaken waarin een klassieke *bid rig* aan de orde was, heeft de Raad doorgaans een ernstfactor van 2 gehanteerd. Voorbeelden daarvan zijn: zaak 3055 (Scheemda), zaak 3064 (Asfaltzware wegenprojecten Noord-Nederland), zaak 4014 (Openbaar groen Maastricht), zaak 5211 (Boomkwekerijen), alsmede de besluiten in zaken 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC), 3690 (Aanbesteding dakrenovatie Gouda) en 3691 (Dakrenovaties Emmtec).

«Besluit»

«Openbaar»

5.3.2 Vaststelling van de basisboete

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

Project	Hofstede			Bik		
	Boete grondslag	Ernstfactor	Basisboete	Boete grondslag	Ernstfactor	Basisboete
Kanaalweg	7.900	1,75	13.825	3.950	1,75	6.912

47/49

5.4 Boeteverhogende en –verlagende omstandigheden

167. Zoals in randnummer 47 van de NMa Boetecode 2007 is vermeld, neemt ACM bij de boetevaststelling boeteverhogende of -verlagende omstandigheden in aanmerking.
168. ACM acht in de onderhavige zaak geen boeteverhogende of -verlagende omstandigheden aanwezig. Ook in hetgeen Hofstede naar voren heeft gebracht, is van boeteverlagende omstandigheden niet gebleken.

5.5 Wettelijk maximum

169. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de boete voor een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw maximaal EUR 450.000 of, als dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaand aan de beschikking.
170. ACM stelt vast dat de bovenstaande boetes lager zijn dan EUR 450.000, zodat het genoemde maximum niet wordt overschreden.

5.6 Clementie Bik Sloopwerken B.V. en M.A. Bik Holding B.V.

171. Bik Sloopwerken B.V. en M.A. Bik Holding B.V. hebben op 11 maart 2010 een clementieverzoek als bedoeld in de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels ingediend. In deze beleidsregels is vastgelegd op welke wijze de Raad (thans ACM) met clementieverzoeken omgaat. De

«Besluit»
«Openbaar»

beleidsregels geven aan onder welke voorwaarden ondernemingen en natuurlijke personen die bij een kartel betrokken zijn geweest, voor boetevermindering in aanmerking kunnen komen.

172. Bik Sloopwerken B.V. en M.A. Bik Holding B.V. hebben als eerste en voordat de Raad met het onderzoek was begonnen, informatie verstrekt aan de Raad. De Raad heeft Bik Sloopwerken B.V. en M.A. Bik Holding B.V. in overeenstemming met de Beleidsregels voorwaardelijk een boetevermindering toegezegd van 100% (clementiecategorie A). Omdat Bik Sloopwerken B.V. en M.A. Bik Holding B.V. hun verplichtingen uit de toezegging volledig hebben nageleefd, kent ACM met inachtneming van die toezegging een boetevermindering van 100% toe.

5.7 Vaststelling van de hoogte van de boete

173. Conform de randnummers 21, 22 en 56 van de NMa Boetecode 2007 en onder verwijzing naar de randnummers 166 en 172 van dit besluit bedraagt de boete voor Hofstede EUR 13.000 en de boete voor M.A. Bik Holding B.V. EUR nihil.

«Besluit»
«Openbaar»

6 BESLUIT

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. legt een boete van EUR 13.000 op aan Hofstede B.V., J.B.M. Hofstede Beheer B.V., J.B.M. Hofstede Holding B.V., Jermido B.V. en Jermi B.V., allen statutair gevestigd te Rotterdam, waarbij alle rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- II. legt geen boete op aan Hofstede Sloperij B.V., statutair gevestigd te Rotterdam;
- III. legt geen boete op aan M.A. Bik Holding B.V., statutair gevestigd te Krimpen aan de Lek.

Dit besluit is gericht tot ieder van bovengenoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum: 24 mei 2013

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
mr. C.A. Fonteijn
bestuursvoorzitter ACM

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

49/49