

«Besluit»  
«Openbaar»

**Ons kenmerk:** 7400/298\_OV  
**Zaak:** 7400/Geuneburg  
**Datum:** 24 mei 2013

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

<b>1</b>	<b>Inleiding</b> .....	<b>2</b>
1.1	Verloop van de procedure .....	2
1.2	Betrokken ondernemingen .....	4
<b>2</b>	<b>Feiten en omstandigheden</b> .....	<b>5</b>
2.1	Context van de gedragingen .....	5
2.2	Het project 'Geuneburg' .....	8
<b>3</b>	<b>Juridische beoordeling</b> .....	<b>17</b>
3.1	Artikel 6, eerste lid, Mw .....	17
3.1.1	Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen .....	18
3.1.2	Mededingingsbeperkende strekking .....	22
3.1.3	Merkbaarheid .....	36
3.1.4	Bagatelbepaling .....	39
3.2	Conclusie artikel 6 Mw .....	40
<b>4</b>	<b>Ondernemingen en toerekening</b> .....	<b>40</b>
<b>5</b>	<b>Sanctie</b> .....	<b>45</b>
5.1	Beoordelingskader .....	45
5.2	Boetegrondslag .....	46
5.2.1	Algemeen kader .....	46
5.2.2	Vaststelling van de betrokken omzet en de boetegrondslag .....	47
5.3	Ernst van de overtreding en de basisboete .....	48
5.3.1	Vaststelling ernstfactor .....	49
5.3.2	Vaststelling van de basisboete .....	50
5.4	Boeteverhogende en –verlagende omstandigheden .....	50
5.5	Wettelijk maximum .....	51
5.6	Vaststelling van de hoogte van de boete .....	51
<b>6</b>	<b>BESLUIT</b> .....	<b>52</b>

«Besluit»  
«Openbaar»

2/52

## 1 Inleiding

### 1.1 Verloop van de procedure

1. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 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.<sup>1</sup>
2. Aanleiding voor het onderzoek was een clementieverzoek<sup>2</sup> (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.<sup>3</sup> Gedurende het onderzoek heeft de NMa bedrijfsbezoeken bij Hofstede en Van Eijk (hierna gezamenlijk ook: "betrokken ondernemingen" of "partijen") uitgevoerd.<sup>4</sup> Daarbij is inzage gevorderd in schriftelijke gegevens en bescheiden.<sup>5</sup> Op verschillende locaties zijn kopieën gemaakt van de analoge administratie en zijn digitale gegevens gekopieerd conform de hiervoor geldende digitale werkwijze. De hieruit voortgevloeide relevante documenten zijn aan het dossier toegevoegd.<sup>6</sup>
3. Gedurende het onderzoek hebben ambtenaren van de NMa mondelinge verklaringen afgenomen van vertegenwoordigers van Van Eijk en Hofstede die direct betrokken waren bij en uitvoering gaven aan de gedragingen waarop dit rapport betrekking heeft. Daarnaast zijn verklaringen afgenomen van personen die van de betrokken gedragingen wetenschap konden hebben. De mondelinge verklaringen zijn door ambtenaren van de NMa schriftelijk vastgelegd. Van de verklaringen zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt.<sup>7</sup> Tevens zijn bij deze partijen schriftelijk inlichtingen gevorderd.<sup>8</sup> Ook heeft de NMa tijdens het onderzoek mondeling

<sup>1</sup> Dossierstuk 7400/2: bedrijfsbezoekopdracht van 16 maart 2010.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> Dossierstuk 7400/248: VvA relevante documenten afkomstig uit het clementieverzoek van Bik.

<sup>4</sup> Zie verder paragraaf 1.2 voor de betrokken ondernemingen.

<sup>5</sup> Dossierstukken 7400/113 en 7400/181.

<sup>6</sup> Dossierstukken 7400/216 en 7400/217: VvA relevante documenten afkomstig uit administratie.

<sup>7</sup> Mondelinge verklaringen, ondertekend na vastlegging door de NMa, 7400/114, 7400/130, 7400/134, 7400/170, 7400/174, 7400/182, 7400/189, 7400/206, 7400/209 en 7400/215.

<sup>8</sup> Reactie op verzoek om schriftelijke inlichtingen, 7400/129, 7400/173, 7400/199, 7400/222 en 7400/226.

«Besluit»  
«Openbaar»

en schriftelijk inlichtingen gevorderd bij de opdrachtgever van het project 'Geuneburg' en een door hem ingeschakelde tussenpersoon.<sup>9</sup>

4. Het onderzoek van de NMa heeft geresulteerd in een redelijk vermoeden dat Hofstede en Van Eijk het kartelverbod van artikel 6 Mw hebben overtreden door voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van het slooproject 'Geuneburg' te Rotterdam hun inschrijfcijfers af te stemmen.
5. In opdracht van de Raad van Bestuur van de NMa ("de Raad") heeft de directeur van de Directie Mededinging vanwege dit redelijk vermoeden op 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 Van Eijk op te leggen sanctie. De directeur van de Directie Mededinging heeft het Rapport op 13 augustus 2012 aan Hofstede en Van Eijk toegezonden. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het Rapport overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa.
6. Ingevolge artikel 60, tweede lid, Mw (oud)<sup>10</sup> heeft de NMa op 21 september 2012 de op de zaak betrekking hebbende stukken aan partijen toegezonden en partijen tevens de mogelijkheid geboden het dossier in te komen zien ten kantore van de NMa.<sup>11</sup> Beide ondernemingen hebben van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Ingevolge artikel 60, eerste lid, Mw (oud) is bij brief van 21 september 2012 aan Hofstede en Van Eijk de gelegenheid geboden om uiterlijk 2 november 2012 hun schriftelijke zienswijze omtrent het Rapport naar voren te brengen.<sup>12</sup> Beide ondernemingen hebben van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.<sup>13</sup>
7. Hofstede en Van Eijk hebben, gelet op artikel 60, eerste lid, Mw (oud), de mogelijkheid gekregen op 27 november 2012 tijdens een daartoe georganiseerde hoorzitting mondeling hun zienswijze naar voren te brengen omtrent het Rapport.<sup>14</sup> Van deze geboden mogelijkheid is door beide ondernemingen geen gebruik gemaakt.

<sup>9</sup> Dossierstuk 7400/12: reactie op verzoek om schriftelijke inlichtingen Gemeentewerken Rotterdam d.d. 03-12-11, dossierstuk 7400/16: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Gemeentewerken Rotterdam) d.d. 12-03-12 en dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten) d.d. 14-03-12.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Dossierstukken 7400/253 en 7400/254.

<sup>12</sup> Idem voetnoot 10.

<sup>13</sup> Dossierstuk 7400/263: schriftelijke zienswijze Van Eijk en dossierstuk 7400/264: schriftelijke zienswijze Hofstede.

<sup>14</sup> Uitnodiging hoor zitting, dossierstukken 7400/256 en 7400/257.

«Besluit»  
«Openbaar»

8. 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**

**- Hofstede**

9. 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.
10. 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.
11. 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.
12. 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. Vanaf 21 maart 2003 is Jermido B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam, enig aandeelhouder van J.B.M. Hofstede Holding B.V. Vanaf 24 februari 2003 is Jermi B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Rotterdam, enig aandeelhouder van Jermido B.V.<sup>15</sup> Bovengenoemde vennootschappen worden in dit besluit tezamen ook wel aangeduid als "Hofstede".

---

<sup>15</sup> Dossierstuk 7400/227, uittreksel KvK.

«Besluit»  
«Openbaar»

**- Van Eijk**

13. Van Eijk Sloopwerken B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Leiden. Blijkens het handelsregister houdt Van Eijk Sloopwerken B.V. zich vanaf 3 september 1986 bezig met het aannemen en uitvoeren van sloopwerken.
14. C. van Eijk Holding B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Leiden. Vanaf 3 september 1986 is C. van Eijk Holding B.V. enig aandeelhouder van Van Eijk Sloopwerken B.V. Vanaf 26 maart 1998 is Start B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Leiden, enig aandeelhouder van C. van Eijk Holding B.V.<sup>16</sup> Bovengenoemde vennootschappen worden in dit besluit tezamen ook wel aangeduid als "Van Eijk".

5/52

## **2 Feiten en omstandigheden**

15. 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**

16. Om de gedragingen zoals die verderop in dit hoofdstuk worden beschreven, te kunnen plaatsen, wordt in deze paragraaf eerst de context besproken waarbinnen de gedragingen hebben plaatsgevonden. Hieronder wordt daartoe nader ingegaan op de aard van de werkzaamheden, de verschillende opdrachtgevers en de wijze waarop sloopondernemingen opdrachten verkrijgen. Tenslotte wordt stilgestaan bij de activiteiten van de betrokken ondernemingen.
17. 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

---

<sup>16</sup> Dossierstuk 7400/228, uittreksel KvK.

«Besluit»  
«Openbaar»

voorafgaat aan de renovatie van een gebouw.

18. Opdrachtgevers van sloopwerkzaamheden zijn partijen als overheden, ondernemingen – zoals bouwbedrijven en ontwikkelaars – en particulieren. Estrade Projecten, onderdeel van woningcorporatie Vestia, was de opdrachtgever van het sloopwerk in dit besluit. Estrade Projecten heeft vervolgens Gemeentewerken Rotterdam gevraagd de coördinatie van de aanbesteding uit te voeren.
19. Bij de gedragingen beschreven in dit besluit, heeft de opdrachtgever met behulp van een aanbesteding geschikte opdrachtnemers gezocht. In dit besluit wordt onder het begrip 'aanbesteding' verstaan de, al dan niet gelijktijdige, uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een offerte of prijs in te dienen voor een opdracht tot de uitvoering van een werk. In het algemeen kan onderscheid worden gemaakt tussen Europese en 'onderhandse' aanbestedingen. In het geval van een Europese aanbesteding is er sprake van een aanbestedingsprocedure die op grond van regelgeving algemeen bekend moet worden gemaakt en waarvoor iedere geïnteresseerde aanbieder zich kan aanmelden.<sup>17</sup> 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. In onderhavige zaak is sprake van een onderhandse aanbesteding.
20. Kenmerkend voor alle vormen van aanbestedingen is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Met andere woorden, de aanbieders concurreren om dezelfde 'markt'. Dit stelt de aanbestedende partij in staat om de meest efficiënte 'inkoop' te doen voor de uitvoering van een bepaald werk. De beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders komt tot uitdrukking in de verschillende aanbiedingen waartoe de gegadigden elk zelfstandig zijn gekomen. Dit 'model' veronderstelt dat de aanbieders in de fase vóór de indiening van de offerte onderling geen contact hebben over de betreffende opdracht, zoals over het voornemen al dan niet in te schrijven en de parameters waarop de individuele aanbieders bij de inschrijving onderling concurreren, waaronder het inschrijfcijfer of de (inschrijf)prijs en onderliggende calculaties.

---

<sup>17</sup> 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»

7/52

21. Hofstede had de afgelopen jaren een omzet van [EUR 10-15 miljoen]<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>
22. 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>
23. Van Eijk had de afgelopen jaren een omzet van [EUR 5-10 miljoen].<sup>22</sup> Van Eijk is actief in de Randstad. Wat betreft onderhandse aanbestedingen is Van Eijk voornamelijk actief in de regio's rond Leiden en Rotterdam.<sup>23</sup>
24. Hofstede heeft in verschillende verklaringen de markt geschetst waarop zij concurreert. Door een voormalig operationeel manager van Hofstede wordt "Van Eijk" als een van de voornaamste concurrenten van Hofstede aangemerkt en als partij die hetzelfde type werk als Hofstede aan kan.<sup>24</sup>
25. Estrade Projecten heeft aangegeven dat zij Van Eijk heeft geselecteerd als uit te nodigen deelnemer voor de aanbesteding van het sloopwerk 'Geuneburg', omdat zij eerder naar tevredenheid met Van Eijk heeft gewerkt.<sup>25</sup> Voorts zijn door Estrade Projecten ondernemingen, waaronder Van Eijk, beoordeeld op geschiktheid voor de sloop van de betreffende panden en

<sup>18</sup> Dossierstuk 7400/129, reactie Hofstede op informatieverzoek d.d. 9-3-2011. Het betreft meer specifiek de jaren 2004 t/m 2008.

<sup>19</sup> Dossierstuk 7400/130, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] d.d. 24-3-2011, p. 4.

<sup>20</sup> Dossierstuk 7400/232, <http://www.hofstede-group.com/nederlands/nederlandsindex.html> (website Hofstede B.V.), geraadpleegd op 20-7-2012.

<sup>21</sup> Dossierstuk 7400/130, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] d.d. 24-3-2011, p. 4.

<sup>22</sup> Dossierstuk 7400/271, reactie Van Eijk op informatieverzoek, d.d. 05-12-2012.

<sup>23</sup> Dossierstuk 7400/189, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] d.d. 06-04-2011, p. 3.

<sup>24</sup> Dossierstuk 7400/174, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 6.

<sup>25</sup> Dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten), d.d. 14-03-12, p. 1 en 2.

«Besluit»  
«Openbaar»

andere opstallen.<sup>26</sup> Volgens de heer [vertrouwelijk], ontwikkelingsmanager van Estrade Projecten, heeft Gemeentewerken Rotterdam, de organisator van de aanbesteding, ervoor gekozen ook Hofstede uit te nodigen om op dit werk in te schrijven.<sup>27</sup> De ondernemingen zijn geselecteerd op basis van eerdere ervaringen.<sup>28</sup>

## 2.2 Het project 'Geuneburg'

### *Inleiding*

26. Zoals beschreven in randnummers 4 en 5 van dit besluit bevat het Rapport een redelijk vermoeden dat Hofstede en Van Eijk contact met elkaar hebben gehad over de inschrijfprijs voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van het sloopproject 'Geuneburg' te Rotterdam. Het project 'Geuneburg' betrof de sloop van opstallen inclusief funderingen aan de Geuneburg, Oldegaarde en garageboxen aan de Buurkamp. De betrokken opstallen dienden plaats te maken voor nieuwbouw.
27. In het rapport is gesteld dat Hofstede ten behoeve van de inschrijving op het project 'Geuneburg' een prijs heeft geleend van Van Eijk. Meer in het bijzonder beschrijft het rapport dat Van Eijk vóór het indienen van haar eigen inschrijfstaat<sup>29</sup> een ingevulde inschrijfstaat op naam van Hofstede heeft verstrekt aan Hofstede. Daarop zou Hofstede vervolgens hebben ingeschreven met een inschrijfstaat die overeenkomt met de inschrijfstaat toegezonden door Van Eijk.
28. Van Eijk onderschrijft in haar zienswijze dat sprake is geweest van "prijslenen". Hoewel Van Eijk tijdens het onderzoek heeft verklaard zich dit sloopwerk te kunnen herinneren, en zich op haar zwijgrecht heeft beroepen bij vragen hieromtrent,<sup>30</sup> heeft van Eijk in haar zienswijze het volgende aangegeven over het onderhavige sloopwerk:
- "Kort gezegd betrof de afstemming niet meer dan een mededeling van Hofstede aan Van Eijk dat hij niet wilde meedoen en graag een prijs leende."*

<sup>26</sup> Dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten), d.d. 14-03-12, p. 1 en 2.

<sup>27</sup> Dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten), d.d. 14-03-12, p. 2.

<sup>28</sup> Dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten), d.d. 14-03-12, p. 2.

<sup>29</sup> Zoals nader wordt toegelicht in randnummer 35, is een inschrijfstaat een voorbedrukt formulier, waarop de inschrijvende ondernemingen per bestekpost hun prijs konden opgeven om zo uiteindelijk op een totale inschrijfprijs uit te komen. Aan de hand van dit formulier dienden partijen hun inschrijving in te dienen bij de opdrachtgever.

<sup>30</sup> Dossierstuk 7400/189, bijlage bij vva inzake verklaring [vertrouwelijk] d.d. 06-04-2011, p. 8.



«Besluit»  
«Openbaar»

En: *“Ten aanzien van de gedraging zelf zij herhaald (vlg hoofdstuk 2) dat deze was beperkt tot een verzoek van een partij die niet wenste deel te nemen aan een aanbesteding aan een onderneming die – net als een op dat moment onbekend aantal andere partijen – wel wilde mededingen voor die aanbesteding (Van Eijk) om een offerte met een kennelijk niet-concurrerende prijs.”<sup>31</sup>*

29. Hofstede betwist in haar zienswijze dat op basis van het dossier kan worden vastgesteld dat sprake is geweest van prijslenen. Weliswaar heeft Hofstede tijdens het onderzoek over het contact met Van Eijk verklaard: *“Ik denk dat ik gewoon een prijs heb gevraagd aan Van Eijk”,* maar dat acht Hofstede niet voldoende. Anderzijds meent Hofstede in haar zienswijze dat zij afgaande op de dossierstukken alleen de al voor haar gecalculeerde prijs door kreeg, om op basis daarvan zonder verdere inspanningen en kosten, zelf een hogere inschrijving te kunnen indienen. Verder verklaart Hofstede in haar zienswijze over de gedragingen: *“Het is enkel een praktische en goedkope manier voor Hofstede geweest om bij de opdrachtgever in te schrijven, op het moment dat men eigenlijk liever niet zou inschrijven.”*

30. Hofstede heeft meer specifiek tijdens het onderzoek verklaard wel eens prijzen te lenen van Van Eijk.<sup>32</sup> Hofstede heeft tijdens het onderzoek verklaard wat zij onder prijslenen verstaat, namelijk dat ‘prijslenen’ plaats vindt op het moment dat een onderneming niet wenst in te schrijven op een aanbesteding, maar wel in beeld wenst te blijven bij de opdrachtgever voor toekomstige opdrachten. Deze onderneming leent dan een prijs van haar concurrent met als doel een prijs bij de opdrachtgever in te dienen zonder dat daarmee de aanbesteding wordt gewonnen.<sup>33</sup> Daarbij is het volgens Hofstede van belang dat de uitlenende onderneming de opdracht serieus wil maken en een scherpe prijs bij de opdrachtgever indient.<sup>34</sup> De lenende onderneming weet op haar beurt dat zij in beginsel hoger bij de uitslag van de aanbesteding

<sup>31</sup> Dossierstuk 7400/263: schriftelijke zienswijze Van Eijk.

<sup>32</sup> Dossierstuk 7400/114, verklaring d.d. 24 maart 2010 van [vertrouwelijk], p. 4: *“Ik leen wel eens prijzen van Van Eijk [...] Van Van Eijk heb ik bijvoorbeeld een prijs geleend voor een werk van de gemeente Spijkenisse. Het kan Van Eijk niet schelen of hij mij een prijs leent, zolang ik maar niet onder zijn prijs duik.”*

<sup>33</sup> *“Als ik een prijs leen van een concurrent, dan verander ik mijn offerte een beetje en ga ik boven de geleende prijs zitten. Ik ben in ieder geval nooit onder de geleende prijs gaan zitten. Dat geldt zowel voor onderhandse gunning als openbare aanbesteding. Ik ga dan altijd vijf tot tien procent boven zijn prijs zitten, omdat bij een aanbesteding het criterium altijd de laagste prijs is. Het is een ongeschreven regel, een gentlemen’s agreement dat je hoger inschrijft ten opzichte van de geleende prijs.”* Zie dossierstuk 7400/114, verklaring d.d. 24 maart 2010 van [vertrouwelijk], p. 4. [vertrouwelijk] was ten tijde van de gedragingen commercieel directeur van Hofstede Sloperij B.V. (zie dossierstuk 7400/170). Hij was tevens directeur/bestuurder van Hofstede B.V. (zie bijlage bij VvA relevante documenten Hofstede, 7400/216, documentnummer 6903\_5\_20100324174151765).

<sup>34</sup> *“Ook was belangrijk dat de onderneming de opdracht serieus wilde maken en doorgaans scherp inschrijft. Dan eindig ik namelijk hoger.”* Zie dossierstuk 7400/170, verklaring d.d. 27 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 13. [vertrouwelijk] was ten tijde van de gedragingen algemeen directeur en eigenaar van Hofstede Sloperij B.V., alsmede van Hofstede B.V. Zie dossierstukken 7400/170 en 227.

«Besluit»  
«Openbaar»

10/52

zal eindigen en de opdracht niet wint.<sup>35</sup> Bij prijslenen is het volgens Hofstede niet de bedoeling dat de lenende onderneming onder de geleende prijs biedt.<sup>36</sup> Van de lenende onderneming werd verwacht dat zij boven de geleende prijs inschreef. De uitlenende partij heeft op haar beurt het voordeel dat zij weet dat er een concurrent minder is.<sup>37</sup>

31. De heer [vertrouwelijk] heeft bij confrontatie met bovenstaand citaat en de vraag waarom Van Eijk een prijs uitleent aan Hofstede verklaard: *"Ikzelf doe dat niet. Of [de onderneming] dat doet weet ik niet."*<sup>38</sup>
32. Hierna volgen de details van het onderlinge contact dat Hofstede en Van Eijk hadden in het kader van het project 'Geuneburg', waarbij ACM tevens ingaat op de door partijen ingebrachte zienswijzen.

*De gedragingen*

33. In 2007 is het project 'Geuneburg' aanbesteed door Gemeentewerken Rotterdam in opdracht van Estrade Projecten. Estrade Projecten is onderdeel van Woningcorporatie Vestia. De sloopwerkzaamheden voor dit project zijn neergelegd in een bestek met nummer 2-004-07.
34. Er zijn vijf ondernemingen uitgenodigd om op de aanbesteding in te schrijven, te weten Van Eijk,<sup>39</sup> Van der Linde, De Jong, Bik en Hofstede.<sup>40</sup> Voor de selectie van deze partijen heeft de

<sup>35</sup> *"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."* Zie dossierstuk 7400/170, verklaring d.d. 27 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], p. 5.

<sup>36</sup> *"Je duikt niet onder een geleende prijs want dan is het vertrouwen geschaad."* zie dossierstuk 7400/174, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 6. [vertrouwelijk] was tot eind februari 2010 operationeel manager bij Hofstede Sloperij B.V. *"Het is een ongeschreven regel, een gentlemen's agreement dat je hoger inschrijft ten opzichte van de geleende prijs"*, zie dossierstuk 7400/114, verklaring d.d. 24 maart 2010 van [vertrouwelijk], p. 4.

<sup>37</sup> Dossierstuk 7400/174, verklaring d.d. 22 juli 2011 van [vertrouwelijk], p. 6.

<sup>38</sup> Vanaf 14 februari 1998 is de heer [vertrouwelijk] enig aandeelhouder van Start B.V.

<sup>39</sup> Van Eijk Sloopwerken B.V. is de vennootschap die heeft ingeschreven. Zie inschrijvingsbiljet, dossierstuk 7400/12: reactie op verzoek om schriftelijke inlichtingen Gemeentewerken Rotterdam d.d. 03-12-11. Ook het formulier procedure marktbenadering en het proces verbaal van de aanbesteding vermeldt Van Eijk Sloopwerken B.V. (dossierstuk 7400/12: reactie op verzoek om schriftelijke inlichtingen Gemeentewerken Rotterdam d.d. 03-12-11). Hieruit kan worden afgeleid dat het deze vennootschap is die de uitnodiging heeft gekregen om in te schrijven op de aanbesteding.

<sup>40</sup> De heer [vertrouwelijk] (Estrade) heeft aangegeven dat 'Hofstede' één van de uitgenodigde partijen was (zie dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten) d.d. 14-03-12). Dat het hier gaat om de vennootschap Hofstede B.V. blijkt uit het feit dat de inschrijfstaat door Hofstede B.V. is ingediend (dossierstuk 7400/216: VvA relevante documenten Hofstede, zie het inschrijvingsbiljet) en uit het feit dat zowel op het formulier procedure marktbenadering (interne verantwoording hoe de procedure van de aanbesteding er uit zal zien met betrekking tot omvang, inhoud, partijen en dergelijke) en het proces verbaal van de aanbesteding

«Besluit»  
«Openbaar»

11/52

heer [vertrouwelijk], de ontwikkelingsmanager van Estrade, Bik, Van Eijk en De Jong aangedragen, omdat Estrade in het verleden naar tevredenheid met deze partijen had gewerkt.<sup>41</sup> Van der Linde en Hofstede zijn aan deze selectie toegevoegd door Gemeentewerken Rotterdam. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat zij gekozen hebben om 5 ondernemingen te selecteren, omdat vijf een logisch aantal is voor dit werk en dat zij voor alle slooprojecten telkens vijf ondernemingen uitnodigen en dat dit daarnaast ook het advies was van Gemeentewerken Rotterdam.<sup>42</sup> Voorts heeft hij verklaard dat het gunningscriterium bij deze aanbesteding 'de laagste prijs' was.<sup>43</sup>

35. Op 15 februari 2007 is door Gemeentewerken Rotterdam per brief een Nota van Inlichtingen verstuurd naar alle partijen met als bijlage een herziene inschrijfstaat.<sup>44</sup> Aanleiding hiervoor was dat Estrade Projecten na constatering van enkele onjuistheden, aanpassingen had doorgevoerd in het bestek en de inschrijfstaat.<sup>45</sup> De inschrijvingsstaat was een voorbedrukt formulier, waarop de inschrijvende ondernemingen in de daarvoor bestemde ruimtes per bestekpost hun prijs konden opgeven. Het totaal van deze bestekposten resulteerde in de uiteindelijke inschrijfprijs. Uit deze voorbedrukte inschrijfstaat, konden de uitgenodigde slooondernemingen opmaken dat zij geacht werden conform de inschrijfstaat in te schrijven. Zij konden er daardoor tevens van uitgaan dat zij geacht werden op prijs met elkaar te concurreren. De uiterlijke inschrijvingsdatum voor dit project was 23 februari 2007. Alle vijf uitgenodigde ondernemingen hebben een offerte ingediend.
36. Op 22 februari 2007, één dag voor de uiteindelijke inschrijvingsdatum, heeft [vertrouwelijk] (medewerker van Van Eijk) namens [vertrouwelijk], in deze periode de enige calculator in dienst bij Van Eijk Sloopwerken B.V.,<sup>46</sup> een e-mail met bijlage 'Inschrijfstaat herzien' verzonden aan [vertrouwelijk].<sup>47</sup> De 'Inschrijfstaat herzien' zag op het besteknummer 2-004-07 en ging om het slooproject 'Estrada Projecten Rotterdam, Slopen opstellen c.a. geuneburg en oldegaarde'. In deze inschrijfstaat waren alle onderscheiden bestekposten voorzien van een

---

Hofstede B.V. is vermeld (dossierstuk 7400/12: reactie op verzoek om schriftelijke inlichtingen Gemeentewerken Rotterdam d.d. 03-12-11). Zie nader randnummer 55 van dit besluit.

<sup>41</sup> Dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten) d.d. 14-03-12, p. 1 en 2.

<sup>42</sup> Dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten) d.d. 14-03-12, p. 2 en 3.

<sup>43</sup> Dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten) d.d. 14-03-12, p. 3.

<sup>44</sup> Dossierstuk 7400/216: VvA relevante documenten Hofstede, zie Nota van Inlichtingen.

<sup>45</sup> Dossierstuk 7400/16: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Gemeentewerken Rotterdam) d.d. 12-03-12.

<sup>46</sup> Dossierstuk 7400/209: bijlage bij VvA inzake verklaring de heer [vertrouwelijk] d.d. 27-03-12.

<sup>47</sup> Het e-mailbericht van 22 februari 2008 inclusief de bijlage 'Inschrijfstaat herzien' is aangetroffen in de administratie van Hofstede, zie dossierstuk 7400/216: VvA relevante documenten Hofstede, bijlage: e-mail namens de heer [vertrouwelijk], gericht aan de heer [vertrouwelijk] d.d. 22 februari 2007, documentnummer D\_6903-0524534.

«Besluit»  
«Openbaar»

geldbedrag. Op de laatste bladzijde staat achter “Aanneemsom, de omzetbelasting niet inbegrepen” vermeld: EUR 469.000,00.

37. Deze inschrijfstaat, verzonden door Van Eijk aan Hofstede, was gesteld op naam van Hofstede B.V.. Onderaan bladzijde 4 van het document ‘Inschrijfstaat herzien’ staat:

*“Gedaan te Rotterdam*

*De 23 februari 2007*

*De inschrijver  
Hofstede b.v.*

*[vertrouwelijk]  
Directeur”*

38. Dit e-mailbericht is door de NMa voorgelegd aan de heer [vertrouwelijk] (Van Eijk). Bij vragen van de NMa over dit e-mailbericht en de daarbij als bijlage meegestuurde inschrijfstaat op naam van "Hofstede B.V." heeft de heer [vertrouwelijk] zich op zijn zwijgrecht beroepen.
39. Bij Hofstede is een ontvangstbevestiging van dit e-mailbericht aangetroffen.<sup>48</sup> Uit deze bevestiging blijkt dat de e-mail verzonden aan [vertrouwelijk] op 22 februari, op dezelfde datum door hem is gelezen.
40. In de administratie van Hofstede is een inschrijfstaat aangetroffen met besteknummer 2-004-07 en onder vermelding van “Estrada Projecten Rotterdam Slopen opstellen c.a geuneburg en oldegaarde.”<sup>49</sup> De inschrijfstaat is gedateerd op 23 februari 2007 en staat op naam van Hofstede B.V. Op de eerste drie van die vier bladzijden staat de paraaf van [vertrouwelijk] en op de vierde bladzijde staat de handtekening van [vertrouwelijk] als directeur van Hofstede B.V. De inhoud van de door Hofstede via het e-mailbericht van Van Eijk ontvangen inschrijfstaat en de inhoud van de in de administratie van Hofstede aangetroffen, door [vertrouwelijk] geparafeerde en ondertekende versie van de inschrijfstaat, komen op alle posten en op iedere post tot op de cent nauwkeurig overeen. Ook vermelden beide inschrijfstaten een inschrijfbedrag van EUR 469.000,00.

<sup>48</sup> Ontvangstbevestiging e-mail d.d. 22 februari 2007, bijlage bij VvA relevante documenten Hofstede, 7400/216, documentnummers D\_6903\_o51252 en D\_6903\_053215.

<sup>49</sup> Bijlage bij VvA relevante documenten Hofstede, 7400/216, documentnummer 6903\_5\_2o1o0324174151765.

«Besluit»  
«Openbaar»

13/52

41. Uit het proces-verbaal van aanbesteding van 23 februari 2007 blijkt dat Hofstede op 23 februari 2007 ook daadwerkelijk heeft ingeschreven met een bedrag van EUR 469.000,-.<sup>50</sup> Uit dit proces-verbaal blijkt ook dat Van Eijk op 23 februari 2007 heeft ingeschreven voor een bedrag van EUR 398.800,-. Dit blijkt tevens uit het door Van Eijk Sloopwerken B.V. ingediende 'Inschrijvingsbiljet', ondertekend door [vertrouwelijk], directeur van Van Eijk Sloopwerken B.V. op 23 februari 2007<sup>51</sup> en de 'Inschrijfstaat herzien', afgedrukt op 22 februari 2007 en eveneens ondertekend door [vertrouwelijk] op 23 februari 2007. Voorts is gebleken dat zowel de inschrijfstaat ingediend door Van Eijk als de inschrijfstaat ingediend door Hofstede een identieke lay-out hebben die op dezelfde tekstuele punten afwijken van de standaard inschrijfstaat verstuurd door Gemeentewerken Rotterdam.<sup>52</sup>
42. Het werk is op 6 maart 2007 gegund aan Van Eijk Sloopwerken B.V. op basis van de laagste prijs.<sup>53</sup> De opdrachtverlening blijkt uit een brief van Estrade Projecten van 6 maart 2007, door [vertrouwelijk] namens Van Eijk Sloopwerken B.V. voor akkoord ondertekend op 20 maart 2007.<sup>54</sup>

*Tussenconclusie*

43. ACM stelt op basis van voorgaande randnummers vast dat Hofstede en Van Eijk hun inschrijfgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig hebben vastgesteld. Van Eijk heeft voorafgaand aan haar eigen inschrijving een - op naam van Hofstede gestelde - inschrijfstaat aan Hofstede verstrekt. Hofstede heeft conform de door Van Eijk gestuurde inschrijfstaat op de opdracht ingeschreven. Van Eijk heeft met een lager bedrag dan Hofstede ingeschreven.
44. Weliswaar kan niet feitelijk worden vastgesteld dat Hofstede heeft verzocht om een prijs bij Van Eijk, ACM acht dit wel de enige plausibele verklaring voor de hiervoor beschreven gedragingen van Hofstede en Van Eijk. Hofstede heeft in haar zienswijze geen andere verklaring gegeven. Over de bedoeling van het doorgeven van de al voor haar gecalculeerde prijs is Hofstede voorts duidelijk in haar zienswijze: "om op basis daarvan zonder verdere

<sup>50</sup> Dossierstuk 7400/12: reactie op verzoek om schriftelijke inlichtingen Gemeentewerken Rotterdam d.d. 03-12-11.

<sup>51</sup> Dossierstuk 7400/12: reactie op verzoek om schriftelijke inlichtingen Gemeentewerken Rotterdam d.d. 03-12-11.

<sup>52</sup> Dossierstuk 7400/216: VvA relevante documenten Hofstede. De inschrijfstaten waarmee Van Eijk en Hofstede hebben ingeschreven wijken af van de aangeleverde inschrijfstaat door Gemeentewerken Rotterdam, in die zin dat sommige titels van posten korter vermeld staan dan wel achterwege zijn gelaten.

<sup>53</sup> Dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten) d.d. 14-03-12, p. 3.

<sup>54</sup> Dossierstuk 7400/12: reactie op verzoek om schriftelijke inlichtingen Gemeentewerken Rotterdam d.d. 03-12-11.

«Besluit»  
«Openbaar»

*inspanningen en kosten, zelf een hogere inschrijving te kunnen indienen. Zo had zij dan in elk geval haar gezicht laten zien bij de opdrachtgever, om te voorkomen dat zij vanwege niet-inschrijving door de opdrachtgever de volgende keer niet zou worden uitgenodigd.*” En: *“Het is enkel een praktische en goedkope manier voor Hofstede geweest om bij de opdrachtgever in te schrijven, op het moment dat men eigenlijk liever niet zou inschrijven.”* Voorts blijkt uit de zienswijze van Van Eijk dat Van Eijk wist dat Hofstede niet wilde meedoen en graag een prijs leende. Kortom: beide partijen wisten op het moment dat Van Eijk voorafgaand aan haar eigen inschrijving een - op naam van Hofstede gestelde - inschrijfstaat aan Hofstede verstrekte, wat de bedoeling daarvan was. Hofstede kreeg door het contact met Van Eijk voorafgaand aan het indienen van haar offerte de zekerheid dat haar offerteprijs in beginsel voldoende hoog was om de opdracht niet gegund te krijgen. Van Eijk wist op haar beurt dat Hofstede geen interesse had in het project en dat Hofstede hoger dan Van Eijk wenste in te schrijven.

45. 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 Van Eijk gemanipuleerd. Dit staat in het Engels bekend onder de term ‘bid rigging’. Waar alle partijen aan de aanbesteding deelnemen aan de *bid rig*, is sprake van een ‘klassieke’ *bid rig*.
46. De praktijk die door Hofstede en Van Eijk is gebezigd in de *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*.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> 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 partijen en beoordeling daarvan door ACM*

47. 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 10 september 2012<sup>56</sup> is verklaard dat het definitieve clementieverzoek van Bik eerst op 26 april 2010 werd ontvangen. Dat strookt volgens Hofstede ook met het feit dat de clementietoezegging 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.
48. 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, 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.
49. 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

<sup>56</sup> Dossierstuk 7400/248: VvA relevante documenten afkomstig uit het clementieverzoek van Bik.

«Besluit»  
«Openbaar»

16/52

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). Het rapport ziet niet op de beweerdelijke onderlinge verdeling van werken en onderlinge afstemming van prijzen, maar op het vermoeden dat Hofstede eenmalig in 2007 voor een onderhandse aanbesteding van een eenvoudig werk een prijs zou hebben geleend van Van Eijk.

50. 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 Van Eijk aan voorafgaande afstemming van inschrijfgedrag bij het project 'Geuneburg'. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de oorspronkelijk 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.
51. Daarnaast stelt Hofstede dat uit het dossier niet blijkt dat Hofstede wist dat Van Eijk eveneens zou inschrijven op het werk 'Geuneburg'. Uit het dossier blijkt dat er geen aanwijzing heeft plaatsgevonden. Uit het dossier blijkt verder dat Estrade met een poule van zo'n 10 ondernemingen uit de regio werkte. Dientengevolge kon Hofstede niet weten dat Van Eijk ook was uitgenodigd voor het onderhavige project.
52. ACM volgt Hofstede niet in haar betoog. Dat Hofstede wist dat Van Eijk een potentiële inschrijver was volgt uit het feit dat Van Eijk een compleet ingevulde – op naam van Hofstede gestelde – inschrijfstaat heeft verzonden aan Hofstede. De enige plausibele verklaring hiervoor is dat Hofstede Van Eijk verzocht moet hebben om een inschrijfprijs, hetgeen ook bevestigd is door Van Eijk in haar zienswijze (zie randnummer 28 van dit besluit).
53. ACM meent voorts, anders dan Hofstede (zie randnummer 29 van dit besluit), dat voldoende aannemelijk is dat prijslenen heeft plaatsgevonden en volstaat daartoe met verwijzing naar randnummers 43 en 44 van dit besluit.



«Besluit»  
«Openbaar»

17/52

54. Ook stelt Hofstede in haar zienswijze dat de NMa ervan uit gaat dat zowel Hofstede B.V. als Hofstede Sloperij B.V. bij de inschrijving op het werk 'Geuneburg' zijn geweest, maar dat de onderbouwing hiervoor ontbreekt.<sup>57</sup> Alleen Hofstede B.V. heeft een inschrijfstaat ingediend.
55. ACM stelt in dit verband vast dat uit de dossierstukken niet volgt dat Hofstede Sloperij B.V. is benaderd door de opdrachtgever en dat Hofstede Sloperij B.V. evenmin een inschrijfstaat heeft ingediend. Met Hofstede moet daarom worden aangenomen dat Hofstede Sloperij B.V. niet feitelijk bij de gedragingen in het kader van dit sloopwerk betrokken is geweest en dat de gedragingen op conto van Hofstede B.V. zijn verricht. ACM wijst in dit verband op het feit dat Hofstede B.V. heeft ingeschreven en dat de door Van Eijk aan Hofstede verstuurd inschrijfstaat op naam van Hofstede B.V. was gesteld. Daarnaast wordt zowel op het formulier procedure marktbenadering als op het proces verbaal van de aanbesteding Hofstede B.V. vermeld. ACM concludeert dat, anders dan ten aanzien van Hofstede B.V., niet kan worden vastgesteld dat Hofstede Sloperij B.V. feitelijk bij de gedragingen in het kader van dit sloopwerk betrokken is geweest.

*Conclusie.*

56. Gelet op bovenstaande overwegingen ziet ACM in de zienswijzen van partijen geen grond voor een andere conclusie wat betreft de feiten en omstandigheden inzake de gedragingen dan die weergegeven in de randnummers 43 tot en met 45 van dit besluit.

### **3 Juridische beoordeling**

#### **3.1 Artikel 6, eerste lid, Mw**

57. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt, overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. 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: "VWEU"; voorheen: artikel 81, eerste lid, EG). Dit betekent dat de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de

---

<sup>57</sup> Dossierstuk 7400/264: schriftelijke zienswijze Hofstede.

«Besluit»  
«Openbaar»

rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie<sup>58</sup> voor de uitleg van artikel 6, eerste lid, Mw richtinggevend zijn.

### 3.1.1 Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

#### *Juridisch kader*

58. 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.<sup>59</sup> Een mondelinge afspraak kan volstaan.<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup>
59. 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.<sup>63</sup> Op grond van vaste jurisprudentie vereisen de termen coördinatie en samenwerking allerm minst 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.<sup>64</sup>
60. 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 onverbidde lijk in de weg aan enigerlei, al dan niet rechtstreeks,

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> HvJ EU 16 december 1975, zaak 40/73 *Suiker Unie e.a./Commissie*, punt 173.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3 (MvT), p. 11.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> HvJ EU, 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries/ Commissie*, Jur. 1972, blz. 619, punt 64.

<sup>64</sup> HvJ EU 16 december 1975, zaak 40/73 *Suiker Unie e.a./Commissie*, punt 173.

«Besluit»  
«Openbaar»

19/52

contact 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.<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup>

61. 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.<sup>67</sup>

*Beoordeling door ACM*

62. Zoals in randnummers 43 en 44 is vastgesteld, hebben Hofstede en Van Eijk hun inschrijfgedrag niet zelfstandig vastgesteld. Van Eijk heeft een prijs geleend aan Hofstede. Meer specifiek heeft Van Eijk voorafgaand aan haar eigen inschrijving een - op naam van Hofstede gestelde - inschrijfstaat aan Hofstede verstrekt. Hofstede heeft vervolgens conform de door Van Eijk gestuurde inschrijfstaat op de opdracht ingeschreven. Van Eijk heeft met een lager bedrag dan Hofstede ingeschreven. Hofstede kreeg door het contact met Van Eijk voorafgaand aan het indienen van haar offerte de zekerheid dat haar offerteprijs in beginsel voldoende hoog was om de opdracht niet gegund te krijgen. Van Eijk wist op haar beurt dat Hofstede geen interesse had in het project en dat Hofstede hoger dan Van Eijk wenste in te schrijven, zodat zij een concurrent minder had. Hofstede en Van Eijk hebben aldus onzekerheid over hun onderlinge concurrentie weggenomen door hun inschrijfgedrag af te stemmen.
63. Door het contact was over en weer duidelijk dat Hofstede met de van Van Eijk geleende prijs, althans een hogere prijs dan Van Eijk zou inschrijven. Dat dit ook zo is geschied, blijkt uit het feit dat Hofstede conform de door Van Eijk opgestelde inschrijfstaat heeft ingeschreven en Van Eijk lager dan de prijs van Hofstede heeft ingeschreven. Partijen hebben aldus elkaars

<sup>65</sup> HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-199/92P *Hüls AG/ Commissie*, Jur. 1999 p. I-4287, punt 160.

<sup>66</sup> Gerecht 15 maart 2000, T-25/95 *Cementeries CBR SA/ Commissie*, punt 1852.

<sup>67</sup> HvJ EU 8 juli 1999, C-49/92 *Commissie/ Anic Partecipazioni*, punt 131.

«Besluit»  
«Openbaar»

marktgedrag beïnvloed. De beschreven gedragingen leveren naar het oordeel van ACM dan ook een onderling afgestemde feitelijke gedraging op.

64. ACM concludeert gelet op het voorgaande dat bij het aanbestedingsproject 'Geuneburg' sprake is geweest van een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

*Zienswijze van partijen en beoordeling daarvan door ACM*

65. Volgens Hofstede kan op basis van het feit dat Van Eijk daags voor de inschrijving op het werk 'Geuneburg' een concept inschrijving aan Hofstede heeft gemaïld, niet worden vastgesteld, zoals de NMa in haar rapport aanneemt, dat daar een prijsleen verzoek aan ten grondslag ligt.
66. ACM volgt Hofstede niet in dit betoog. Dat een onderneming, Van Eijk, bewust een complete inschrijfstaat invult voor een andere onderneming, Hofstede, voor een project waarvoor Van Eijk zelf ook was uitgenodigd om in te schrijven, wetende dat Hofstede zelf ook een potentiële inschrijver was, geschiedt naar het oordeel van ACM niet zonder reden. De enige plausibele verklaring voor de hiervoor beschreven gedragingen van Hofstede en Van Eijk is, dat Hofstede Van Eijk heeft verzocht om aan Hofstede een inschrijfprijs te noemen waarvoor Hofstede zou kunnen inschrijven zonder het risico te lopen dat zij de opdracht gegund zou krijgen. ACM verwijst in dit verband verder naar hetgeen dienaangaande is overwogen in randnummer 44 van dit besluit.
67. Van Eijk betwist dat concurrentiegevoelige informatie is uitgewisseld. Op basis van het dossier kan worden gesteld dat Hofstede aan Van Eijk heeft medegedeeld zelf niet mee te willen doen, maar dit betekent volgens Van Eijk niet dat zij relevante informatie, laat staan haar competitieve prijs, aan Hofstede kenbaar heeft gemaakt. Volgens Hofstede is gesteld noch gebleken dat de door Van Eijk ingediende offerte is afgestemd of uitgewisseld. Verder betwist Hofstede dat zij met Van Eijk over en weer concurrentiegevoelige informatie heeft gedeeld. Dit is een wederkerige activiteit en 'prijslenen' waar het in de onderhavige zaak om zou gaan, zou juist een eenzijdige geste zijn. Van afstemming is volgens partijen derhalve geen sprake.
68. ACM volgt het betoog van partijen niet. Vast is komen te staan dat Van Eijk aan Hofstede een op naam van Hofstede ingevulde inschrijfstaat heeft verstrekt. Hiermee heeft Van Eijk weliswaar niet specifiek haar eigen inschrijfprijs kenbaar gemaakt aan, dan wel uitgewisseld met Hofstede, maar Van Eijk heeft wel degelijk concurrentiegevoelige informatie gedeeld, te weten dat haar inschrijfprijs beneden de inschrijfprijs van Hofstede zou komen te liggen. Zoals Van Eijk ook zelf aangeeft in haar zienswijze, lag aan het sturen van de ingevulde inschrijfstaat

«Besluit»  
«Openbaar»

21/52

door Van Eijk aan Hofstede het verzoek van Hofstede ten grondslag om een “niet-competitieve offerte”. Daarmee was duidelijk dat Van Eijk lager dan deze uitgeleende prijs zou inschrijven. ACM merkt in dit verband voorts op dat hoewel Van Eijk geen schriftelijke informatie heeft teruggekregen van Hofstede, Van Eijk wel degelijk ‘iets’ heeft teruggekregen van Hofstede, te weten het inzicht dat Hofstede niet in aanmerking wenste te komen voor het project en hoger dan de prijs van Van Eijk wenste in te schrijven. ACM is, anders dan Hofstede stelt, van oordeel dat dit evenzeer concurrentiegevoelige informatie betreft.

69. Hofstede wijst er op dat de door Hofstede ontvangen e-mail van Van Eijk dateert van 22 februari 2007, één dag voor de inschrijvingsdatum. Volgens Hofstede is het het meest waarschijnlijk dat Van Eijk haar eigen prijs al had gecalculerd op het moment dat zij zou zijn gevraagd een prijs te lenen en dat derhalve niet kan worden aangenomen dat feitelijke gedragingen zijn afgestemd. Daarnaast stelt Hofstede dat niet is gebleken dat Van Eijk haar inschrijfprijs heeft afgestemd of uitgewisseld, zodat aangenomen moet worden dat de inschrijfprijs van Van Eijk conform de normale procedure tot stand is gekomen. Met andere woorden de “lenende partij” had op de calculatie en inschrijfprijs van Van Eijk geen enkele invloed.
70. De stelling van Hofstede dat de uitlenende partij reeds haar eigen prijs gecalculerd had op het moment dat zij zou zijn gevraagd een prijs uit te lenen, acht ACM een te simpele voorstelling van zaken. Van Eijk kon immers in haar uiteindelijke prijsstelling richting de opdrachtgever rekening houden met de wetenschap dat zij een concurrent minder had. Vóór haar inschrijving wist Van Eijk immers dat Hofstede geen interesse had. Gelet hierop volgt ACM Hofstede ook niet in haar betoog dat de inschrijfprijs van Van Eijk conform de normale procedure tot stand is gekomen.
71. Voorts stelt Hofstede dat aan Van Eijk de wetenschap wordt toegeschreven dat Hofstede waarschijnlijk met de ingevulde inschrijfstaat zou gaan inschrijven. Echter, Hofstede stelt dat het rapport noch het dossier bewijs levert die deze wetenschap van Van Eijk aantoon.
72. ACM volgt Hofstede niet in haar betoog. Zoals toegelicht in randnummer 66, is de enige plausibele verklaring voor de beschreven gedragingen van Hofstede en Van Eijk, dat Hofstede Van Eijk verzocht heeft om een inschrijfprijs, zodat Hofstede zou kunnen inschrijven zonder het risico te lopen dat zij de opdracht gegund zou krijgen. Hieruit volgt ook dat Van Eijk door dit contact wist dat Hofstede met dit bedrag zou gaan inschrijven, hetgeen ook zo is geschied. ACM merkt voorts op dat, wat hier verder ook van zij, partijen in ieder geval niet hebben

«Besluit»  
«Openbaar»

voldaan aan het zelfstandigheidsvereiste dat besloten ligt in de norm van artikel 6 Mw (zie randnummers 59 en 60 van dit besluit).

### 3.1.2 Mededingingsbeperkende strekking

#### *Juridisch kader*

73. 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.<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> 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 daarmee wel rekening worden gehouden.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup>
74. Bij de bepaling of een onderling afgestemde feitelijke gedraging of overeenkomst 'concreet geschikt' is om de mededinging te kunnen beperken, dient gekeken te worden of de betreffende gedraging volgens ervaringsregels en in de context van een bepaalde markt het potentieel heeft om negatieve effecten teweeg te brengen voor de mededinging.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> 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).

<sup>72</sup> 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»

75. 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.<sup>73</sup>
76. Dit wordt niet anders wanneer in een specifiek geval kan worden vastgesteld dat de mededingingsbeperkende gevolgen in de markt geheel ontbreken.<sup>74</sup> 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.<sup>75</sup>

*Beoordeling door ACM*

77. De gedragingen die het onderwerp vormen van dit besluit (prijslenen of *cover pricing* genoemd) vinden plaats in het kader van aanbestedingen. Zoals aangegeven in paragraaf 2.1 is het doel van een aanbesteding om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. *Cover pricing* heeft dan de strekking de mededinging te beperken wanneer vastgesteld kan worden dat dit het door een aanbesteding beoogde concurrentieproces negatief kan beïnvloeden.
78. 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. *Cover pricing* tast het concurrentieproces bij aanbestedingen derhalve direct aan.
79. In geval van onderhandse aanbestedingen wordt doorgaans, zoals ook hier het geval is (zie randnummer 34 van dit besluit), op prijs geconcurrerd. Juist op dat onderdeel namen partijen onzekerheid weg en schakelden partijen de onderlinge concurrentie uit. Het indienen van een

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> 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»

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 als hoogst concurrentiegevoelig dient te worden aangemerkt. Gelet op de eis van zelfstandigheid worden ondernemingen geacht deze informatie voor zich te houden.

80. 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 mag, anders dan wat tussen Hofstede en Van Eijk is gebeurd, dus geen voorafgaande afstemming plaatsvinden.
81. Inherent aan *cover pricing* 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. In geval van *cover pricing* laten de daarbij betrokken ondernemingen de opdrachtgever geloven dat meerdere onafhankelijk van elkaar bepaalde (en dus concurrerende) offertes worden ingediend, terwijl hier als gevolg van de uitwisseling van informatie over hun inschrijfgedrag tussen de ondernemingen geen sprake meer van is. Immers, in het geval van een *cover price* maakt in beginsel slechts één van de bij de *cover price* betrokken ondernemingen kans op gunning van de opdracht, doordat de andere onderneming haar prijs, op basis van de informatie verkregen uit de afstemming, altijd boven de prijs van de uitlenende onderneming zal stellen. Door *cover pricing* wordt derhalve de door de opdrachtgever beoogde concurrentie tussen de bij de *cover price* betrokken ondernemingen buiten zijn gezichtsveld beperkt. De opdrachtgever staat voor een vervalste keuze tussen offertes, omdat niet alle offertes – in tegenstelling tot zijn gerechtvaardigde verwachtingen – onafhankelijk van elkaar (zelfstandig) en daarmee in concurrentie zijn opgesteld.



«Besluit»  
«Openbaar»

25/52

82. 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 (Van Eijk) haar medewerking heeft verleend aan het indienen van een *cover price* door de andere onderneming (Hofstede).
83. 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.
84. Een onderneming die een aanbesteding niet wil winnen, ziet zich in een situatie zonder *cover price* gesteld voor een afweging tussen: 1) geen inschrijfprijs indienen of 2) een inschrijfprijs 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 *cover pricing* worden uitgeschakeld.
85. 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.<sup>76</sup> Volgens Hofstede staat niet inschrijven gelijk aan jezelf afschrijven in de markt.<sup>77</sup> Dat dit het motief vormde voor het prijslenen blijkt uit de zienswijzen van Hofstede en Van Eijk (zie randnummer 106 van dit besluit).
86. 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 twee situaties: A) de inschrijver schat de kosten van het project te laag in en wint (ongewild) de aanbesteding,<sup>78</sup> 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.

<sup>76</sup> De opdrachtgever heeft dan de mogelijkheid om andere ondernemingen uit te nodigen.

<sup>77</sup> Dossierstuk 7400/264: schriftelijke zienswijze Hofstede, p. 11.

<sup>78</sup> In deze situatie krijgt de opdrachtgever, in vergelijking met een situatie met *cover pricing*, een lagere prijs.

«Besluit»  
«Openbaar»

26/52

87. De onderneming die de *cover price* uitleent, heeft op haar beurt de zekerheid gekregen dat zij een concurrent minder heeft omdat de lenende onderneming in ieder geval hoger gaat offrenen dan de uitlenende onderneming. Dit vergroot voor 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. Dat dit niet louter theorie is, illustreert de verklaring van de heer [vertrouwelijk] (Hofstede) dat de hoeveelheid inschrijvers de inschrijfprijs beïnvloedt.<sup>79</sup> Bij een hoger aantal inschrijvingen dient de eigen inschrijfprijs klaarblijkelijk lager te zijn om de opdracht te kunnen winnen.
88. 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 lenende onderneming die hoger inschrijft, in afwezigheid van *cover pricing* een minder adequate inschatting kan maken van de prijs waarmee zij de opdracht niet wint en daardoor mogelijk te laag inschrijft (zie randnummer 86 van dit besluit).
89. 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 85 en 86 van dit besluit, niet zonder risico's. Zelfs als de opdrachtgever ervoor zou kiezen geen andere ondernemingen uit te nodigen, dan nog heeft hij deze afweging niet volledig geïnformeerd kunnen maken.
90. 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.

---

<sup>79</sup> "We weten vaak wel wie er nog meer inschrijven of hoeveel er nog meer inschrijven. Opdrachtgevers zeggen soms wie ze hebben uitgenodigd en hoeveel ze er hebben uitgenodigd. Het heeft wel invloed op de prijs die je afgeeft, dat je weet hoeveel en wie er inschrijven." Zie dossierstuk 7400/174, verklaring d.d. 22 juli 2011 van de heer [vertrouwelijk], p. 6 van 11. "De andere partij heeft natuurlijk het voordeel dat je weet dat er een concurrent minder is. Dat speelt mee in je commerciële afweging." Zie dossierstuk 7400/174, verklaring d.d. 22 juli 2011 van de heer [vertrouwelijk], p. 8 van 11.

«Besluit»  
«Openbaar»

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 aanbidders 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 dat hij bij het uitnodigen van slooondernemingen selecteert vanuit een vaste poule van circa 10 ondernemingen, acht ACM dit een realistisch scenario.<sup>80</sup>

91. *Cover pricing* kan ten slotte de transparantie tussen concurrenten op oneigenlijke wijze verhogen wanneer dezelfde ondernemingen in het kader van *cover pricing* meermalen inschrijfinformatie met elkaar delen. ACM memoreert in dit verband dat Hofstede heeft verklaard wel eens prijzen te lenen van Van Eijk.<sup>81</sup> Het delen van dit soort zeer bedrijfsvertrouwelijke informatie maakt het voor de ontvangende onderneming mogelijk om, ook in afwezigheid van nadere afstemming, een meer adequate inschatting te maken van het inschrijfgedrag van de ander. ACM merkt hierbij voorts op dat contacten tussen ondernemingen als de onderhavige het eenvoudig maken om tot verdergaande mededingingsbeperkende afspraken te komen, waaronder klassieke *bid rigs*.
92. ACM concludeert op basis van voorgaande analyse dat prijslenen of *cover pricing* in de context van aanbestedingen, zoals de onderhavige, naar haar aard 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 Europa<sup>82</sup> en elders in de wereld<sup>83</sup> en op het besluit in de zaken Limburgse Bouw,<sup>84</sup> waarin *cover pricing* als een gedraging is aangemerkt die de strekking heeft de mededinging te beperken.

<sup>80</sup> Dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten), d.d. 14-03-12., p. 3.

<sup>81</sup> Zie randnummer 30 van dit besluit.

<sup>82</sup> 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*.

<sup>83</sup> Australian Competition Commission v. TF Wollam & Son Pty Ltd (inclusief "corrigendum" van 26 oktober 2011) [2011] FCA 973 (24 August 2011).

<sup>84</sup> Zaken 6494\_1 en 6836\_1/Limburgse bouwzaken 1 en 2, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 oktober 2010. Zie ook 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 dit besluit is beroep aangetekend bij de Rechtbank Rotterdam.

«Besluit»  
«Openbaar»

93. Gelet op het voorgaande acht ACM bij het project 'Geuneburg' een onderling afgestemde feitelijke gedraging met mededingingsbeperkende strekking in beginsel aanwezig. Voor zover partijen in hun zienswijze het mededingingsbeperkende karakter van de gedragingen betwisten, gaat ACM daar in het navolgende op in.

*Zienswijze van partijen en beoordeling daarvan door ACM*

- zienswijzen inzake de context

94. Van Eijk stelt dat in het rapport een afbakening ontbreekt van de relevante markt conform de door de NMa doorgaans gevolgde Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt van de Europese Commissie.<sup>85</sup> Dit maakt volgens Van Eijk dat ACM tot een verkeerde beoordeling van de juridische en economische context van de onderhavige gedraging is gekomen.
95. Meer in het bijzonder stelt Van Eijk dat de relevante markt ten minste gevormd wordt door de 11 projecten in de wijk De Burgen, te Rotterdam, waar minstens 10 ondernemingen actief waren die alle daadwerkelijke concurrenten waren van Van Eijk. Van Eijk merkt hierbij op dat verschillende aanbestedingen tot de dezelfde markt kunnen behoren indien (potentiële) bidders op de verschillende aanbestedingen kunnen inschrijven en deze opdrachten voor hen inwisselbaar zijn (vraagsubstitutie). Hierbij verwijst Van Eijk naar het fusiebesluit van de NMa in de zaak Veolia-CDC-Transdev,<sup>86</sup> waar deze manier van marktabakening betreffende biedmarkten ook is gebruikt. Volgens Van Eijk is het, gelet op het voorgaande, aannemelijk dat de 11 projecten in de wijk De Burgen, waarvan het project 'Geuneburg' er één was, inwisselbaar waren. Dit zou onder meer volgen uit de verklaring van de opdrachtgever dat de ondernemingen uit een vaste poule in meerdere biedingen meededen.
96. Daarnaast stelt Van Eijk dat zij rekening hield met meer dan 15 potentiële bidders, waarvan Hofstede er slechts één was. De aanbestedende partij kan bij de selectie van bidders, de te selecteren aanbieders onderling uitwisselen (aanbodsubstitutie). Deze substitutiemogelijkheid leidt tot onderlinge concurrentiedruk tussen potentiële bidders. Hierdoor wordt volgens Van Eijk de concurrentie in de markt bepaald door onzekerheid over welke partijen zijn of worden uitgenodigd. Volgens Van Eijk is dan niet relevant welke partijen daadwerkelijk zijn uitgenodigd, zolang onzeker is wie dat precies zijn of zullen zijn. Nu deze onzekerheid ook bij

<sup>85</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb. nr. C 372.

<sup>86</sup> Zaak 6957, Veolia-CDC-Transdev, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 9 december 2010.

«Besluit»  
«Openbaar»

het project 'Geuneburg' speelde, meent Van Eijk dat de relevante markt in de onderhavige zaak groter is dan deze aanbesteding en de daarvoor genodigde ondernemingen.

97. Dit brengt Van Eijk uiteindelijk tot de conclusie dat 1) geen sprake is van een mededingingsbeperkende strekking, 2) geen sprake is van een merkbare beperking van de mededinging, en 3) de bagatelbepaling van artikel 7, lid 2, Mw van toepassing is.
98. ACM gaat in het navolgende uitsluitend in op de eerste stelling Van Eijk dat geen sprake zou zijn van een mededingingsbeperkende strekking. Voor stellingen 2 en 3 verwijst ACM naar paragrafen 3.1.3 en 3.1.4 van dit besluit.
99. ACM stelt voorop dat, anders dan Van Eijk stelt, in het Rapport wel degelijk een relevante markt is gespecificeerd (zie randnummer 90 alsmede paragraaf 4.1 van het Rapport). Het Rapport bevat naar het oordeel van ACM een toereikende beschrijving van deze markt om de strekking van de onderhavige gedraging te kunnen beoordelen. ACM merkt hierbij op dat, daargelaten dat marktafbakening geen noodzakelijk vereiste is indien ook zonder deze afbakening de mededingingsbeperkende strekking van het gedrag kan worden vastgesteld,<sup>87</sup> het afbakenen van een markt niet altijd tot op hetzelfde detailniveau behoeft te geschieden.<sup>88</sup> De nauwkeurigheid waarmee een marktafbakening dient te geschieden, hangt af van het met deze afbakening nagestreefde doel.<sup>89</sup> Anders dan Van Eijk lijkt te betogen, dient onder het afbakenen van de relevante markt dus niet altijd hetzelfde te worden begrepen.
100. Gelet op het voorgaande slaagt de verwijzing van Van Eijk naar de fusiezaak Veolia-CDC-Transdev niet. Bij een fusie is sprake van een prospectieve toets waarbij de marktafbakening dient om de mogelijke toekomstige mededingingsrechtelijke problemen in kaart te brengen. Dit in tegenstelling tot een toets op grond van artikel 6 Mw, die retrospectief van aard is. Dit onderscheid kan tot gevolg hebben dat, op basis van dezelfde algemene analyse van de marktwerking, de specifieke beoordeling tot een ander resultaat leidt.
101. In de onderhavige zaak heeft het prijslenen plaatsgevonden in het kader van de aanbesteding van het sloopproject 'Geuneburg' (zie paragraaf 2.2). De opdrachtgever heeft specifiek voor dit project vijf ondernemingen geselecteerd en tussen hen concurrentie gecreëerd om zo tot een

29/52

<sup>87</sup> Zie GvEA EG 6 juli 2000, T-62/98, Jur. 2000, p. II-02707 (*Volkswagen*), r.o. 230-231 en GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, Jur. 1995, p. II-00289, r.o. 74.

<sup>88</sup> Dit blijkt reeds uit randnummer 12 van de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *Pb.* nr. C 372.

<sup>89</sup> Zie randnummer 10 van de Bekendmaking genoemd in de vorige voetnoot.

«Besluit»  
«Openbaar»

30/52

geschikte opdrachtnemer te komen. Het is dit concurrentieproces dat Hofstede en Van Eijk hebben verstoord. Het voorgaande maakt naar het oordeel van ACM dat de relevante markt in eerste instantie wordt bepaald door deze individuele aanbesteding, en dus niet ook door eventuele andere aanbestedingen die tevens door dezelfde opdrachtgever zijn uitgegeven. Deze andere aanbestedingen vormen hoogstens op zichzelf staande relevante markten, waarop ondernemingen met elkaar hebben kunnen concurreren of hebben geconcurrerd. De onderhavige zaak heeft evenwel geen betrekking op concurrentieverstorende gedragingen bij die aanbestedingen. Dat de andere aanbestedingen in de wijk De Burgen wellicht als inwisselbaar werden beschouwd door de potentiële bidders, zoals Van Eijk stelt, speelt naar het oordeel van ACM bij de beoordeling van de onderhavige gedraging dan ook geen rol. De opdrachtgever heeft er immers voor gekozen om de 11 projecten afzonderlijk aan te besteden. Deze aanbestedingen kunnen dan ook niet als onderling uitwisselbaar worden beschouwd en behoren evenmin tot de relevante context of markt in deze zaak. ACM ziet zich hierin gesteund door het rapport *“Markets with bidding processes”* van de OFT waar Van Eijk in haar zienswijze op wijst. Hierin staat: *“the buyer has revealed that two goods are not significant demand-side substitutes by setting specific rules for two bidding processes and running them separately.”*

102. Ook de stelling van Van Eijk dat zij rekening hield met meer dan 15 potentiële bidders en niet alleen de daadwerkelijk door de opdrachtgever voor deze aanbesteding genodigde ondernemingen, slaagt naar het oordeel van ACM niet.
103. Deze andere ondernemingen waren niet uitgenodigd door de opdrachtgever. Zij namen derhalve feitelijk niet deel aan het concurrentieproces in deze aanbesteding. Dat Van Eijk kennelijk niet op de hoogte was van de precieze omvang en de identiteit van het aantal genodigden, maakt niet dat de groep concurrenten voor deze aanbesteding daarmee groter is. Hoogstens zou dit kunnen betekenen dat de in potentie aanwezige prikkel bij *cover pricing* om met een hogere prijs in te schrijven, bij Van Eijk uiteindelijk minder groot is geweest dan in vergelijking met een situatie waarin een onderneming wel bekend is met wie zijn concurrenten zijn. Zoals hiervoor opgemerkt, gaat het bij de beoordeling van de mededingingsbeperkende strekking evenwel niet om de daadwerkelijke gevolgen, maar om de potentiële gevolgen van de onderhavige gedraging waar het potentieel prijsopdrijvende effect er één van is.
104. Daarnaast merkt ACM op dat de stelling van Van Eijk dat de relevante markt wordt gevormd door het geheel aan potentiële aanbieders, in strijd is met de geldende jurisprudentie. De

«Besluit»  
«Openbaar»

rechtbank Rotterdam heeft in haar uitspraak in de zaken Dakdekkers<sup>90</sup>, Boomkwekerijen<sup>91</sup> en Schilders<sup>92</sup> 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 aanbesteding.

105. ACM ziet, gelet op het voorgaande, in het betoog van Van Eijk geen reden om tot een andere, ruimere afbakening van de relevante markt te komen. ACM ziet in het betoog van Van Eijk evenmin reden om een andere context dan beschreven in hoofdstuk 2 van dit besluit in aanmerking te nemen.

- zienswijzen inzake de strekking van de gedraging

106. Hofstede stelt dat uit de bewijsmiddelen, waaronder de verklaringen, blijkt dat er geen mededingingsbeperkende strekking was. Het is enkel een goedkope en praktische manier voor Hofstede geweest om bij de opdrachtgever in beeld te blijven op het moment dan men eigenlijk liever niet zou inschrijven. Ook Van Eijk stelt dat het doel van de afstemming evident was, maar niet de beperking van de mededinging betrof. Volgens Van Eijk is Hofstede een sloopbedrijf dat zich vooral richt op werk in de industrie en door haar specialisatie een relatief hoog kosten niveau heeft waardoor een simpel werk zoals 'Geuneburg' niet in haar profiel past. Dit had als gevolg dat Hofstede geen relevante mededinging was, maar enkel het doel had in beeld te blijven, en er derhalve geen sprake is geweest van een mededingingsbeperkende strekking.
107. ACM merkt op dat voor het vaststellen van de mededingingsbeperkende strekking de subjectieve intenties van partijen geen noodzakelijk element vormen (zie randnummer 73). Doorslaggevend is of de gedragingen negatieve gevolgen voor de mededinging kunnen hebben, hetgeen het geval is. Daarnaast merkt ACM op dat het doel van Hofstede zoals ook naar voren gebracht door Van Eijk – het in beeld blijven bij de opdrachtgever – op zichzelf legitiem is. De wijze waarop zij dit doel wil bereiken – met prijslenen – is dat echter niet. ACM gaat derhalve voorbij aan het betoog van Hofstede en Van Eijk.

---

<sup>90</sup> Rb. Rotterdam 24 juli 2007, LJN BB0750, *Erdo B.V./ de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

<sup>91</sup> Rb. Rotterdam 1 juli 2010, LJN BM9911, *Darhuizer Boomkwekerijen B.V., Boomkwekerijen M. van den Oever & Zonen B.V. en Van den Oever Holding B.V./ Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

<sup>92</sup> Rb. Rotterdam 6 mei 2010, LJN BM5246, *Rendon Eindhoven B.V./ de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

«Besluit»  
«Openbaar»

108. Volgens Hofstede blijkt uit het feit dat Van Eijk inschreef voor EUR 398.800 en Hofstede voor EUR 469.000 dat de gedragingen niet de strekking hadden de mededinging te beperken. Als dit het geval was geweest dan had Van Eijk, in plaats van 17,5% lager te gaan zitten dan Hofstede, een hogere prijs geoffreerd dan nu het geval was.
109. In reactie op dit betoog wijst ACM erop dat potentiële prijsopdriving slechts één van de mogelijke potentiële gevolgen van cover pricing of prijslenen is. Hoewel Hofstede het prijsgedrag van Van Eijk als niet logisch lijkt aan te merken, heeft Hofstede wel degelijk een prijs van Van Eijk geleend en hebben beide ondernemingen niet zelfstandig hun inschrijfgedrag bepaald en daarmee het concurrentieproces bij deze aanbesteding verstoord. Het prijsverschil tussen beide inschrijvingen maakt het mededingingsbeperkende karakter dan ook niet ongedaan. ACM gaat derhalve voorbij aan het betoog van Hofstede dat de gedragingen niet de strekking hadden de mededinging te beperken. Dat, zoals Hofstede stelt, de opdrachtgever het werk uiteindelijk heeft kunnen gunnen tegen een prijs die lager was dan de prijs die zij zelf kennelijk had geprognoseerd, is niet relevant waar het, zoals hier, gaat om de beoordeling van de strekking van de gedragingen. Hiermee verliest Hofstede uit het oog dat zonder de onderhavige afstemming het concurrentieproces bij deze aanbesteding tot lagere prijzen (dan de thans ingediende) voor de opdrachtgever had kunnen leiden (zie ook randnummer 111 van dit besluit).
110. Volgens Van Eijk is het feitelijk onjuist dat haar inschrijving niet in concurrentie tot stand zou zijn gekomen en dat de gedragingen de prijs zouden kunnen hebben opgedreven. Ten eerste, omdat Van Eijk rekening hield met een groot aantal concurrenten, omdat zij niet wist hoeveel ondernemingen waren uitgenodigd om in te schrijven. Derhalve voelde zij concurrentiedruk van al deze concurrenten. Ten tweede stelt Van Eijk dat de overige spelers niet bekend waren met het voornemen van Hofstede om niet te bieden. Daardoor werd de resterende concurrentiedruk op Van Eijk niet beïnvloed door de gedragingen. Van een doelbeperking kan volgens Van Eijk derhalve geen sprake zijn.
111. ACM herhaalt naar aanleiding van dit betoog van Van Eijk dat potentiële prijsopdriving slechts één van de mogelijke potentiële gevolgen van *cover pricing* of prijslenen is. Voorts gaat het bij de beoordeling van de strekking van de gedragingen er niet om of de desbetreffende gedraging daadwerkelijk heeft geleid tot prijsopdriving, maar om de vraag of deze gedraging de potentie had om dit gevolg te bereiken. ACM is van oordeel dat dit het geval is. Prijslenen leidt tot een daadwerkelijke afname van het aantal concurrerende – zelfstandig bepaalde – inschrijvingen met als gevolg dat de concurrentiedruk wordt beperkt. Van Eijk, de uitlenende partij, wist dat Hofstede geen interesse had in deze opdracht en dus dat zij niet van de



«Besluit»  
«Openbaar»

33/52

concurrentie van Hofstede te duchten had. Dat de andere partijen niet wisten dat Hofstede geen interesse had en Van Eijk nog steeds te maken had met de concurrentiedruk van deze andere partijen, doet hier geen afbreuk aan. Van Eijk wekt hiermee ten onrechte de suggestie dat de concurrentie volledig moet zijn uitgeschakeld om tot een mededingingsbeperkende strekking te kunnen concluderen. Voorts merkt ACM op dat het potentiële prijsopdrijvende effect van *cover pricing* niet alleen wordt veroorzaakt door de verminderde onzekerheid bij de uitlenende partij (zie randnummer 87 van dit besluit). Het potentiële prijsopdrijvende effect wordt ook veroorzaakt door het verminderde risico bij de lenende partij. Indien Hofstede zelfstandig had ingeschreven, had zij mogelijk het risico gelopen dat zij een verkeerde inschatting van de kosten had gemaakt, waardoor zij alsnog de laagste inschrijving had kunnen hebben en aldus de aanbesteding (ongewild) had kunnen winnen (zie randnummer 86 van dit besluit). Daarnaast kan ook het ontnemen van de mogelijkheid voor de opdrachtgever tot het uitnodigen van andere ondernemingen tot prijsopdriving leiden (zie randnummer 89 van dit besluit). ACM gaat derhalve voorbij aan het betoog van Van Eijk.

112. Volgens Hofstede hebben partijen met het prijslenen geen schade toegebracht aan het concurrentieproces. In de eerste plaats neemt het aantal daadwerkelijke inschrijvers niet af maar toe, omdat iemand die eigenlijk niet de wens had om serieus in te schrijven, uiteindelijk wel inschrijft. Ook Van Eijk stelt dat het feit dat Hofstede geen concurrerend bod heeft uitgebracht, niet heeft geleid tot een vermindering van het aantal daadwerkelijke inschrijvingen. Van Eijk verwijst hierbij naar het advies van de Adviescommissie Bezwaarschriften Mededingingswet in één van de Limburgse bouwzaken.<sup>93</sup> 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 indien 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 een niet-inschrijving of als bij een ondeugdelijke, te hoge of te late inschrijving. Volgens Van Eijk kan het verstrekken van een offerte met een kenbaar niet-concurrerende prijs aan een onderneming die hoe dan ook niet wenst mee te dingen, niet leiden tot mededingingseffecten.
113. Naar aanleiding van de zienswijze van partijen 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

---

<sup>93</sup> Zaak 7094/Limburgse bouwzaken 1 en 2, advies van de Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, p. 8, 9.

«Besluit»  
«Openbaar»

34/52

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 bouwzaken 1 en 2 (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.<sup>94</sup> 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. ACM is derhalve van oordeel dat het verstrekken van een offerte met een kenbaar niet-concurrerende prijs aan een onderneming die hoe dan ook niet wenst mee te dingen, wel degelijk kan leiden tot mededingingsbeperkende effecten.

114. Voorst stelt Hofstede dat een opdrachtgever niet wordt belemmerd in het zoeken van vervangende aannemers die wel een concurrerend bod willen uitbrengen. De NMa ziet hier volgens Hofstede de zelfstandige, leidende rol van de opdrachtgever over het hoofd. Volgens Van Eijk, is de stelling dat de opdrachtgever een vervangende aanbieder kon zoeken een hypothetische stelling. Dit hangt volgens haar af van, zoals ook door de Adviescommissie gesteld in Limburgse bouwzaken 1 en 2,<sup>95</sup> het moment dat partijen gehouden zijn aan te geven dat zij geen reële interesse hebben in het project. Of een onderneming daadwerkelijk geïnteresseerd is, staat pas vast op het moment dat deze al dan niet een offerte indient. Derhalve is de stelling dat de opdrachtgever zonder de gedraging nog een extra aanbieder kon inschakelen een hypothetische.
115. 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

<sup>94</sup> Zaak 7094/Limburgse bouwzaken 1 en 2, besluit op bezwaar van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 8 maart 2012. Tegen het besluit op bezwaar is beroep aangetekend bij de Rechtbank Rotterdam.

<sup>95</sup> Zaak 7094/Limburgse bouwzaken 1 en 2, advies van de Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, p. 9.

«Besluit»  
«Openbaar»

35/52

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 aanbieders te zoeken. Hem wordt een afweging hieromtrent ontnomen. ACM is dan ook van oordeel dat van een belemmerd zicht op de concurrentie wel degelijk sprake is. Verder verwijst ACM naar de verklaring van de opdrachtgever, Estrade. De heer [vertrouwelijk] (ontwikkelingsmanager van Estrade) heeft aangegeven dat hij liever vooraf hoort dat een onderneming geen capaciteit heeft om in te schrijven dan dat een onderneming een waardeloze prijs neerlegt.<sup>96</sup> Evenals in de Limburgse Bouwzaken 1 en 2<sup>97</sup> 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 Van Eijk en Hofstede.

116. 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 naar het Advies van de Adviescommissie in Limburgse bouwzaken 1 en 2.<sup>98</sup> Ook volgens Van Eijk is feitelijk niet onderbouwd, dan wel onvoldoende gemotiveerd dat volgende aanbestedingen door de gedragingen onvolledig geïnformeerd zouden worden vormgegeven. De opdrachtgever heeft aangegeven met een poule van 10 ondernemingen te werken, die zij in wisselende samenstelling uitnodigt. Ervaringen bij de verschillende projecten leiden tot de keuze voor bepaalde ondernemingen bij een volgende aanbesteding. Dit gebeurt dus niet op basis van de ervaringen met slechts één aanbesteding. Volgens Van Eijk kan derhalve niet gesproken worden van een beperkt zicht van de opdrachtgever op de concurrentie bij volgende aanbestedingen.

117. 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

<sup>96</sup> Dossierstuk 7400/18: gespreksverslag dhr. [vertrouwelijk] (Estrade projecten), d.d. 14-03-12, p. 4.

<sup>97</sup> Zaak 7094/Limburgse bouwzaken 1 en 2, besluit op bezwaar van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 8 maart 2012. Tegen dit besluit is beroep aangetekend bij de Rechtbank Rotterdam.

<sup>98</sup> Zaak 7094/Limburgse bouwzaken, advies van de Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet.

«Besluit»  
«Openbaar»

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 hij verschillende risico's loopt. Als deze onderneming ervoor kiest een zelfstandig berekende offerte in te dienen, zou zij zelfs de opdracht nog gegund kunnen krijgen. Door in geval van cover pricing een prijs te lenen, worden deze risico's zo goed als uitgeschakeld. ACM volgt ook Van Eijk niet in haar betoog. Het feit dat de opdrachtgever bij het selecteren van sloopondernemingen met een vaste poule werkt, onderschrijft naar het oordeel van ACM juist dat het beperkte zicht kan doorwerken naar volgende aanbestedingen (zie ook randnummer 90 van dit besluit). Dat de opdrachtgever volgens Van Eijk zijn keuze niet baseert op de ervaringen met slechts één aanbesteding doet hier niet aan af.

*Conclusie*

118. Uit het bovenstaande volgt dat de zienswijzen van partijen met betrekking tot de mededingingsbeperkende strekking van de gedragingen van partijen bij deze aanbesteding geen doel treffen en geen afbreuk doen aan de conclusie geformuleerd in de randnummers 92 en 93 van dit besluit.

### 3.1.3 Merkbaarheid

*Juridisch kader*

119. 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 of gedraging niet nader te worden onderzocht.<sup>99</sup> 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.<sup>100</sup> 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

---

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

<sup>100</sup> HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a.*, r.o. 37.

«Besluit»  
«Openbaar»

ondernemingen op de relevante markt, de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden.<sup>101</sup>

*Beoordeling door ACM*

120. 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 daartoe het volgende.
121. ACM merkt allereerst op dat de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak in de zaken *Dakdekkers*<sup>102</sup>, *Boomkwekerijen*<sup>103</sup> en *Schilders*<sup>104</sup> 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.
122. ACM constateert dat er bij de aanbesteding naast Van Eijk en Hofstede drie andere inschrijvers waren. ACM merkt hierbij op dat alle sloopondernemingen een gelijke kans hadden om te winnen. Bij elk project hebben alle inschrijvers 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.

---

<sup>101</sup> 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.

<sup>102</sup> Rb. Rotterdam 24 juli 2007, LJN BB0750, *Erdo B.V./ de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

<sup>103</sup> 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*.

<sup>104</sup> Rb. Rotterdam 6 mei 2010, LJN BM5246, *Rendon Eindhoven B.V./ de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

«Besluit»  
«Openbaar»

38/52

123. ACM stelt op basis van het voorgaande vast dat Van Eijk en Hofstede op de relevante markt gezamenlijk 40 procent uitmaakten van de inschrijvers in de getroffen aanbesteding. Hun positie was dan ook niet dermate zwak dat hun gedragingen de mededinging niet of slechts in zeer beperkte mate konden beïnvloeden.
124. ACM is voorts van oordeel dat Hofstede en Van Eijk regionaal noch landelijk kleine spelers zijn. Hofstede beschikt naar eigen zeggen over zeer ruime ervaring in de verschillende disciplines van het slopen.<sup>105</sup> Een operationeel manager van Hofstede heeft verklaard dat Hofstede in Nederland een top 10 speler is.<sup>106</sup> Zowel een voormalig als huidig operationeel manager van Hofstede hebben verklaard dat Van Eijk één van de voornaamste concurrenten is van Hofstede.<sup>107</sup> Van Eijk geeft zelf in haar zienswijze aan dat zij een middelgrote onderneming is.<sup>108</sup> In deze verklaringen ziet ACM een bevestiging dat Van Eijk en Hofstede hoe dan ook niet een zodanig zwakke positie innamen dat hun gedragingen niet merkbaar de mededinging konden beïnvloeden.

*Zienswijze van partijen en beoordeling daarvan door ACM*

125. Volgens Hofstede was zij een zwakke bidder voor dit werk en waren de gedragingen door deze zwakke positie niet merkbaar. Het project 'Geuneburg' betrof een eenvoudig werk en volgens Hofstede is zij voor dergelijke opdrachten te specialistisch, zij heeft daardoor een bovengemiddelde kostenstructuur en is derhalve te duur. De andere inschrijvende partijen, welke over een lagere kostenstructuur beschikken, waren veel geschikter om onderhavige aanbesteding uit te voeren aldus Hofstede. Ook Van Eijk stelt dat Hofstede een specialistische onderneming is en daardoor een zwakke bidder. Voorts stelt Van Eijk dat zij zelf een middelgrote onderneming is die meerdere disciplines uitvoert en een sterke bidder is. Volgens Hofstede was Van Eijk juist niet de meest voor de hand liggende partij om de aanbesteding te winnen aangezien zij, net als Hofstede, een onderneming is van enige omvang en met uiteenlopende expertises.
126. ACM gaat voorbij aan de stelling van Hofstede dat Van Eijk een zwakke bidder was, reeds gelet op de zienswijze van Van Eijk dat zij een sterke bidder was. ACM volgt partijen evenmin in hun betoog dat Hofstede een zwakke bidder was. Partijen miskennen met hun betoog dat alle inschrijvende ondernemingen in aanmerking konden komen voor uitvoering van het project

<sup>105</sup>Zie randnummer 22 van dit besluit.

<sup>106</sup>Zie randnummer 21 van dit besluit.

<sup>107</sup>Zie randnummer 24 van dit besluit.

<sup>108</sup>Dossierstuk 7400/263: schriftelijke zienswijze Van Eijk.

«Besluit»  
«Openbaar»

en in die zin een gelijke kans hadden om te winnen. ACM roept hierbij in herinnering dat de hoogte van de prijs doorslaggevend was voor gunning van de opdracht; alle ondernemingen konden door een scherpe prijs neer te leggen derhalve deze aanbesteding winnen. Dat Hofstede en Van Eijk zoals Hofstede stelt, om verschillende redenen niet de meest voor de hand liggende partijen waren om de aanbesteding te winnen, wordt gelogenstraft door het feit dat één van hen - Van Eijk - onderhavige aanbesteding heeft gewonnen, terwijl de ander - Hofstede - een vergelijkbare aanbesteding heeft gewonnen, te weten het project Kanaalweg.<sup>109</sup>

39/52

127. Van Eijk stelt voorts dat geen sprake is van een merkbare beperking van de mededinging omdat de relevante markt ruimer zou moeten worden gezien dan de aanbesteding voor het project 'Geuneburg'. ACM ziet echter, zoals overwogen in de randnummers 99 tot en met 105 van dit besluit, geen reden om tot een andere of ruimere afbakening van de relevante markt te komen.

### 3.1.4 Bagatelbepaling

128. Van Eijk en Hofstede betogen dat de bagatelbepaling, zoals neergelegd in artikel 7, tweede lid, Mw, op hun gedragingen van toepassing is, waardoor deze van de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw zouden zijn uitgezonderd.
129. Van Eijk betoogt dat de relevante markt ten minste gevormd wordt door de 11 projecten in de wijk De Burgen. Van de 11 aanbestedingen heeft Van Eijk één aanbesteding gewonnen en Hofstede geen enkele. Hieruit volgt volgens Van Eijk dat partijen gezamenlijk slechts een marktaandeel hebben van 9% en dat voldaan is aan het marktaandeelvereiste van artikel 7, tweede lid, onder a, Mw. Ook volgens Hofstede zou het gezamenlijke marktaandeel van Hofstede en Van Eijk 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 Van Eijk 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 of een markt bestaande uit de 11 aanbestede projecten in de wijk De Burgen, zou het gezamenlijke marktaandeel van Hofstede en Van Eijk onder de grens van artikel 7, tweede lid, onder a Mw blijven, aldus Hofstede.

---

<sup>109</sup> Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van heden in de zaak 7401/ Kanaalweg.

«Besluit»  
«Openbaar»

130. Van Eijk en Hofstede betogen voorts dat is voldaan aan het vereiste van artikel 7, tweede lid, onder b, Mw. Van Eijk betoogt in dit verband dat gegeven het lokale karakter van de markt en de gedraging, uitgesloten is dat deze gedraging de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig had kunnen beïnvloeden. Hofstede motiveert haar stelling niet nader.
131. ACM ziet, zoals uiteengezet in randnummers 99 t/m 105 van dit besluit, 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. 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 Van Eijk en Hofstede in de onderhavige aanbesteding gezamenlijk over een 'marktaandeel' beschikken 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

132. ACM concludeert dat de gedragingen vastgesteld in paragraaf 2.2 van dit besluit een overtreding vormen die de mededinging merkbaar beïnvloed 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 Mw valt.

## 4 Ondernemingen en toerekening

### *Juridisch kader*

133. Artikel 6 Mw richt zich in navolging van de communautaire mededingingsregels tot "ondernemingen".<sup>110</sup> Het begrip "onderneming" omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.<sup>111</sup> 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

<sup>110</sup> Zie artikel 1, sub f, Mw.

<sup>111</sup> HvJ EU 23 april 1991, zaak C-41/90, *Höfner en Elser/ Macrotron*, Jurispr. 1991, blz. I-01979.



«Besluit»  
«Openbaar»

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.<sup>112</sup>

134. Hoewel artikel 6 Mw zich tot “ondernemingen” richt en het begrip “onderneming” een economische werkingsfeer heeft, kunnen slechts rechtssubjecten (juridische entiteiten) aansprakelijk worden gesteld voor een inbreuk op die bepaling. Wanneer het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels is bewezen, moet derhalve worden bepaald welke juridische entiteit(en) de onderneming exploiteerde(n) gedurende de periode waarin de inbreuk is gemaakt, teneinde deze aansprakelijk te stellen.
135. Ingevolge artikel 59, tweede lid, sub c en sub d, Mw (oud)<sup>113</sup> 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)<sup>114</sup> door ACM worden beboet.
136. 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.<sup>115</sup> De reden daarvoor is dat de moedermaatschappij en de

<sup>112</sup> 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.

<sup>113</sup> 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.

<sup>114</sup> 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 in de onderhavige procedure nog van toepassing.

<sup>115</sup> HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, punt 58.

«Besluit»  
«Openbaar»

dochtermaatschappij in een dergelijke situatie deel uitmaken van één economische eenheid en derhalve één enkele onderneming in de zin van het mededingingsrecht vormen.

137. 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.<sup>116</sup>
138. 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.<sup>117</sup> 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.<sup>118</sup> Hierbij wordt opgemerkt dat een moedermaatschappij alleen aansprakelijk is voor de periode dat zij beslissende invloed heeft kunnen uitoefenen.<sup>119</sup>
139. 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.<sup>120</sup>
140. Bovenstaande jurisprudentie is gelijkelijk van toepassing op uiteindelijke moedermaatschappijen en tussenliggende moedermaatschappijen. In het bijzondere geval

<sup>116</sup> Gerecht 24 maart 2011, zaak T-386/06, *Pegler/ Commissie*, punt 103 en daarin aangehaalde jurisprudentie.

<sup>117</sup> HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, punt 60.

<sup>118</sup> 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.

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel N.V./ Commissie*, punt 61, HvJ EU 20 januari 2011, zaak C90/09 P, *General Quimica SA/ Commissie* punten 41 en 42.

«Besluit»  
«Openbaar»

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.<sup>121</sup> 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.<sup>122</sup>

*Beoordeling door ACM*

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

*Hofstede*

143. 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.
144. ACM rekent de overtreding derhalve toe aan Hofstede B.V.
145. 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

<sup>121</sup> HvJ EU 20 januari 2011, zaak C90/09 P, *General Quimica 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.

<sup>122</sup> 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 Quimica 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»

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.

146. 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.
147. 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<sup>123</sup>, met aan het hoofd enig aandeelhouder en bestuurder [vertrouwelijk]. De heer [vertrouwelijk] was ervan op de hoogte dat aan prijslenen werd gedaan.<sup>124</sup>

*Van Eijk*

148. Uit de feiten en omstandigheden zoals beschreven in hoofdstuk 2 is gebleken dat Van Eijk Sloopwerken B.V. betrokken is geweest bij de gedragingen die de overtreding vormen. ACM rekent de overtreding derhalve toe aan Van Eijk Sloopwerken B.V.
149. Daarnaast is gebleken dat tijdens de periode van de overtreding Start B.V. enig aandeelhouder was van C. van Eijk Holding B.V. en dat C. van Eijk Holding B.V. op haar beurt enig aandeelhouder van Van Eijk Sloopwerken B.V. was. Op grond daarvan neemt ACM aan dat Start B.V. en C. van Eijk Holding B.V. beslissende invloed uitoefenden op het marktgedrag van Van Eijk Sloopwerken B.V.
150. Aangezien Start B.V. en C. van Eijk Holding B.V. dit vermoeden van beslissende invloed niet hebben weerlegd, rekent ACM de overtreding tevens aan hen toe.
151. ACM wijst hierbij ten overvloede op andere factoren die het vermoeden van beslissende invloed ondersteunen. Zo was binnen het Van Eijk concern, waarbij zowel Van Eijk

<sup>123</sup> Uitzondering hierop vormt J.B.M. Hofstede Holding B.V. met als enig bestuurder de heer [vertrouwelijk].

<sup>124</sup> Dossierstuk 7400/170, verklaring d.d. 27 juni 2011 van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], verklaring p. 5. "Ik kan me voorstellen dat prijzen werden geleend, wanneer je het werk niet wilde maken, maar wel serieus genomen wilde blijven worden door de klant, omdat je in de toekomst wellicht nog wel werken voor die klant wil uitvoeren. [vertrouwelijk] heeft mij aangegeven dat dit bij ons gebeurde." [vertrouwelijk] was degene die namens Hofstede B.V. op onderhavige aanbesteding heeft ingeschreven en betrokken was bij de afstemming met Van Eijk.

«Besluit»  
«Openbaar»

Sloopwerken B.V. als C. van Eijk Holding B.V. op hetzelfde adres gevestigd waren, de enig aandeelhouder ook steeds enig bestuurder van de desbetreffende vennootschap, met aan het hoofd enig aandeelhouder en bestuurder [vertrouwelijk]. [vertrouwelijk] heeft ook het door Van Eijk Sloopwerken B.V. ingediende 'Inschrijvingsbiljet' alsmede de 'Inschrijfstaat herzien' ondertekend en de opdrachtverlening namens Van Eijk Sloopwerken B.V. voor akkoord ondertekend.<sup>125</sup>

*Conclusie*

152. 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., Van Eijk Sloopwerken B.V., C. van Eijk Holding B.V. en Start B.V.

## 5 Sanctie

### 5.1 Beoordelingskader

153. Ingeval van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw kan ACM op grond van artikel 56, eerste lid, onder a, Mw (oud)<sup>126</sup> aan de rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend een boete opleggen. Ingevolge artikel 57, tweede lid, Mw (oud)<sup>127</sup> houdt ACM bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.
154. 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).<sup>128</sup> In de periode waarin in onderhavige zaak artikel 6, eerste lid, Mw door de betrokken ondernemingen is geschonden, was voornoemde Boetecode van toepassing.

<sup>125</sup> Zie randnummers 40 en 41 van dit besluit.

<sup>126</sup> 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.

<sup>127</sup> 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.

<sup>128</sup> Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196.

«Besluit»  
«Openbaar»

155. 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.
156. 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.
157. 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.<sup>129</sup>
158. 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.

## 5.2 Boetegrondslag

### 5.2.1 Algemeen kader

159. 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.

---

<sup>129</sup> Rb. Rotterdam 6 mei 2009, LJN BK6975, *Openbaar Groen Maastricht*, r.o. 2.5.5.

«Besluit»  
«Openbaar»

160. In het geval van een verboden aanbestedingsafspraken 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.
161. Bij een verboden aanbestedingsafspraken 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).
162. Voor de uitvoerende onderneming die deelgenomen heeft aan de verboden aanbestedingsafspraken is de betrokken omzet derhalve gelijk aan de projectomzet. Voor de niet-uitvoerende onderneming die deelgenomen heeft aan de verboden aanbestedingsafspraken is de betrokken omzet gelijk aan de projectomzet, gedeeld door het totaal aantal niet-uitvoerende ondernemingen.
163. 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 aanbestedingsafspraken betrokken onderneming bedraagt in dat geval die projectomzet gedeeld door het totaal aantal niet-uitvoerende ondernemingen dat op de aanbesteding heeft ingeschreven.

### 5.2.2 Vaststelling van de betrokken omzet en de boetgrondslag

164. In paragraaf 2.2 van dit besluit heeft ACM vastgesteld dat de betrokken ondernemingen bij de aanbesteding van het werk 'Geuneburg', hun inschrijfgedrag niet zelfstandig hebben vastgesteld. Voor dit project hebben naast de betrokken ondernemingen nog drie andere ondernemingen een inschrijving ingediend. Het project is voor een bedrag van EUR 398.800 gegund aan Van Eijk. De betrokken omzet van Van Eijk wordt om deze reden gesteld op EUR 398.800. Zoals ACM in randnummer 162 van dit besluit uiteen heeft gezet is de betrokken omzet voor de niet-uitvoerende onderneming die deelgenomen heeft aan de verboden aanbestedingsafspraken, gelijk aan de projectomzet, gedeeld door het totaal aantal niet-uitvoerende ondernemingen. Om die reden stelt ACM de betrokken omzet voor Hofstede vast op de projectomzet gedeeld door het aantal niet-uitvoerende ondernemingen, te weten 4. De

«Besluit»  
«Openbaar»

betrokken omzet voor Hofstede bedraagt hiermee EUR 99.700.

Aan de hand van de in het vorige randnummer opgenomen bedragen, stelt ACM de volgende boetegrondslagen vast:

	Van Eijk			Hofstede		
	Betrokken omzet		Boetegrondslag	Betrokken omzet		Boetegrondslag
Geuneburg	398.800	10%	39.880	99.700	10%	9.970

48/52

### 5.3 Ernst van de overtreding en de basisboete

165. 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.
166. 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*.
167. In paragraaf 2.2 van dit besluit heeft ACM vastgesteld dat de betrokken ondernemingen in het kader van de onderhavige aanbesteding hun inschrijfgedrag niet zelfstandig hebben vastgesteld door aan prijslenen te doen, hetgeen ook bekend staat als *cover pricing*.
168. In randnummers 45 en 46 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.<sup>130</sup> ACM typeert

<sup>130</sup> Rb. Rotterdam 6 mei 2009, LJN BK6975, *Openbaar Groen Maastricht*, r.o. 2.5.4.



«Besluit»  
«Openbaar»

onderhavige overtredingen dan ook als 'zeer zwaar'.

169. 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.
170. 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 andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, aan de omvang van de markt, aan de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijke marktaandeel, aan de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. 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

171. ACM neemt de navolgende omstandigheden in aanmerking bij het bepalen van de ernstfactor.
172. 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 randnummers 77 t/m 91. Ondernemingen en overheden die aanbestedingsprocedures uitschrijven, hebben de rechtmatige verwachting dat de in de aanbesteding ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de bij de aanbesteding betrokken inschrijvers. In het onderhavige geval is deze verwachting ernstig geschonden doordat de betrokken ondernemingen hun inschrijfgedrag onderling hebben afgestemd.
173. 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*

«Besluit»  
«Openbaar»

(CAT) in de zogeheten Construction-zaak,<sup>131</sup> *cover pricing* dan ook minder ernstig dan klassieke *bid rigs*.<sup>132</sup>

174. Gelet op de zwaarte van de overtreding en op de economische context waarbinnen de overtredingen hebben plaatsgevonden, acht ACM de volgende ernstfactor gepast: 1,75.

50/52

### 5.3.2 Vaststelling van de basisboete

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

Project	Van Eijk			Hofstede		
	Boete Grondslag	Ernstfactor	Basisboete	Boete grondslag	Ernstfactor	Basisboete
Geuneburg	39.880	1,75	69.790	9.970	1,75	17.448

### 5.4 Boeteverhogende en –verlagende omstandigheden

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

177. ACM acht in de onderhavige zaak geen boeteverhogende of -verlagende omstandigheden aanwezig. Ook in hetgeen Van Eijk en Hofstede naar voren hebben gebracht, is van boeteverlagende omstandigheden niet gebleken.

<sup>131</sup> 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 prohibition<sup>131</sup>, 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."

<sup>132</sup> 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»

### 5.5 Wettelijk maximum

178. 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.
179. ACM stelt vast dat de bovenstaande boetes lager zijn dan EUR 450.000, zodat het genoemde maximum niet wordt overschreden.

### 5.6 Vaststelling van de hoogte van de boete

180. Conform randnummer 21 en 22 van de NMa Boetecode 2007 en onder verwijzing naar randnummer 175 van dit besluit bedraagt de boete voor Van Eijk EUR 69.000 en de boete voor Hofstede EUR 17.000.

51/52

«Besluit»  
«Openbaar»

## 6 BESLUIT

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. legt een boete van EUR 69.000 op aan Van Eijk Sloopwerken B.V., C. van Eijk Holding B.V. en Start B.V., allen statutair gevestigd te Leiden, waarbij alle rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- II. legt een boete van EUR 17.000 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; en
- III. legt geen boete op aan Hofstede Sloperij B.V., statutair gevestigd te Rotterdam.

Dit besluit is gericht tot ieder van bovengenoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum: 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 basis 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.*

52/52