



“DAKDEKKERS ONDER ÉÉN KAP?”



DE ZAAK

Een aanbestedende partij zoekt een dakdekker voor renovatie en onderhoud van haar daken. De opdracht komt niet boven de drempelwaardes van richtlijn 2014/24 en Aw 2012 en daarom benut zij de mogelijkheid van een onderhandse aanbesteding. Zij nodigt vier partijen uit een inschrijving te doen. Twee van hen (“Inschrijver 1” en “Inschrijver 2”) hebben - indirect - contact met elkaar. Inschrijver 1 mailt een derde partij zijn offerte, die deze derde doorstuurt naar Inschrijver 2. Deze mail bevat de offerte, met prijzen, van Inschrijver 1 en een instructie aan Inschrijver 2 om in de buurt van deze prijzen te blijven.

Inschrijver 2 dient vervolgens een offerte in die qua inhoud en prijs inderdaad overeenkomt met de van Inschrijver 1 gekregen offerte. Inschrijver 1 dient zelf een lager geprijsde offerte in bij de aanbestedende partij.

De aanbestedende partij heeft weinig ervaring met aanbestedingen; daarom heeft zij een adviseur ingehuurd. Deze adviseur heeft onder meer de technische werkschrijving opgesteld. Ook voert de adviseur de offertevergelijking uit. In het kader van de offertevergelijking bespreekt de adviseur de offertes met Inschrijver 1. Inschrijver 1 stelt tegenover de adviseur dat alleen hij (Inschrijver 1) en Inschrijver 2 aan de werkschrijving voldoen, wetende dat Inschrijver 2 een hogere prijs heeft. Hiermee heeft Inschrijver 1 de concurrentie feitelijk uitgeschakeld door niet alleen met Inschrijver 2 maar ook met de ingeschakelde adviseur samen te werken. Uiteindelijk krijgt Inschrijver 1 de opdracht gegund.

In juni 2017 ontvangt de ACM een melding over mogelijke kartelvorming door dakdekkers. De ACM start een onderzoek dat zich uiteindelijk toespitst op een overtreding van het kartelverbod; artikel 6, lid 1, van de Mededingingswet (‘Mw’) door Inschrijver 1 en 2. De ACM verwijt beide partijen dat zij hun offertes op elkaar hebben afgestemd. Van de door Inschrijver 1 verstrekte informatie en instructies heeft Inschrijver 2 zich volgens de ACM op geen enkele wijze gedistantieerd. Dergelijke onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn volgens de ACM naar hun aard schadelijk voor het concurrentieproces en strekken tot het beperken van de mededinging. Dit staat bekend als bid rigging. Het resulteert in een boete voor zowel Inschrijver 1 als 2.

Inschrijver 2 vecht dit besluit aan. De rechtbank stelt Inschrijver 2 in het ongelijk. De rechtbank stelt vast dat Inschrijver 2 niet aan het zelfstandigheidsvereiste heeft voldaan, nu hij zijn inschrijving heeft gebaseerd op de van Inschrijver 1 ontvangen offerte. De periode tussen het ontvangen van de offerte en het versturen van de eigen offerte biedt de ACM een zogenaamd bewijsvermoeden. Dit vermoeden volgt uit het **T-Mobile arrest** en draait de bewijslast om. Ondernemingen moeten het vermoeden van collusie ontkrachten wanneer er sprake is geweest van informatie-uitwisseling, zij op de markt actief blijven en niet aan het zelfstandigheidsvereiste lijken te hebben voldaan.

Daarop **stapt Inschrijver 2 naar het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB)**. Inschrijver 2 bestrijdt het bewijsvermoeden. Daarbij stelt hij dat de ACM niet aan haar onderzoeksverplichting heeft voldaan, nu de boete is gebaseerd op slechts één e-mail. Het CBB verwerpt deze stelling. De mailcorrespondentie, de overeenkomsten, de offerte en het actief blijven van Inschrijver 2 op de markt bevestigen het bewijsvermoeden. Inschrijver 2 heeft zich onvoldoende extern gedistantieerd en niet afwijzend gereageerd op de mail richting Inschrijver 1, of melding gedaan bij de ACM.

Verder voert Inschrijver 2 aan dat de correspondentie niet tot een hogere prijs heeft geleid en dat het slechts om een eenmalige actie ging. Dit wordt verworpen. Het CBB oordeelt dat het gevolg feitelijk niet relevant is nu de strekking van de handelingen mededingingsbeperkend is. Het prijsopdrijvende effect zit al in de niet-concurrerende, hogere prijs waarmee Inschrijver 2 meedeed. Ook het incidentele karakter is volgens het CBB voldoende meegewogen. Het CBB bevestigt de uitspraak van de rechtbank en laat het besluit van de ACM in stand.

Het gedrag van de samenspannende inschrijvers is bestraft. Maar de aanbestedende partij blijft zitten met een overeenkomst die waarschijnlijk zonder voldoende concurrentie tot stand gekomen is.



JURIDISCH KADER

- Artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (‘VWEU’) en artikel 6 Mw verbieden overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of

ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Dergelijke afspraken hoeven niet schriftelijk vastgelegd te zijn; de afspraken kunnen ook besloten liggen in het gedrag van de betreffende ondernemingen.

- Bid rigging is een kartelafspraken die verboden is op grond van artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw. Er zijn verschillende vormen van bid rigging, zoals afspraken over het onderling afstemmen van inschrijvingen, prijsafspraken tussen gegadigden/inschrijvers of een andere vorm van (onderlinge) verdeling van (overheids)opdrachten.
- Partijen die zich schuldig hebben gemaakt aan bid rigging mogen clementie aanvragen bij de ACM. In ruil voor een verlaging of kwijtschelding van een (eventuele) boete, dienen zij volledig mee te werken aan het onderzoek van de ACM. Alleen de eerste melder(s) uit het kartel komt/komen in aanmerking voor volledige kwijtschelding van de boete. De korting op de boete valt lager uit naarmate een onderzoek verder vordert en/of meer partijen clementie aanvragen bij de ACM.
- Aanbestedende diensten die voldoende plausibele aanwijzingen hebben om te concluderen dat een inschrijver overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op overtreding van het kartelverbod, kunnen een dergelijke inschrijver uitsluiten van de aanbestedingsprocedure (artikel 2.87, lid 1, sub d, van de Aw 2012 en artikel 57, lid 4, van Richtlijn 2014/24). Dit betreft een facultatieve uitsluitingsgrond. Wanneer deze facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is verklaard, en de uitsluitingsgrond van toepassing is op een inschrijver, dient deze ondernemer wel de kans te krijgen aan te tonen dat hij toch betrouwbaar is (dit wordt ook wel 'zelfreiniging' genoemd, zie artikel 2.87a Aw 2012).
- In beginsel wordt een boete vanwege overtreding van het kartelverbod meegewogen bij de aanvraag van een Gedragsverklaring aanbesteding ("GVA"). Een betreffende ondernemer die clementie heeft gekregen, komt niettemin in aanmerking voor een GVA met een beroep op een uitzonderingsgrond die is neergelegd in artikel 4.7 lid 1 onder c Aw 2012. Indien de ACM de overtreding van het betreffende kartelverbod evenwel als 'zwaar' of 'zeer zwaar' heeft aangemerkt, zal een GVA-aanvraag worden geweigerd (artikel 4.10 lid 1 sub c Aw 2012; een overtreding als 'zwaar' of 'zeer zwaar' aanmerken doet de ACM echter al enige tijd niet meer (zie Jurisprudentiealarm editie nr. 5/2023).



RECHTERS AAN HET WOORD

- In **T-Mobile** heeft het Hof een bewijsvermoeden neergelegd, als het om mededingings-beperkende collusie gaat. Op basis van dit vermoeden is het aan de onderneming om te bewijzen dat zij niet is ingegaan op de gedragingen of toespelingen van de wederpartij. Het is daarmee aan de onderneming om dit vermoeden te ontkrachten.
- Bij de zaak **WMO Friesland** heeft het CBB bepaald dat de uitwisseling van concurrentie-gevoelige informatie naar haar aard schadelijk is voor de mededinging en er derhalve toe strekt de mededinging te beperken. Dit maakt dat de ACM de gedraging beoordeelt als een strekkingsovertreding. Dit heeft gevolgen voor de behandeling van de schuldvraag, waarbij het niet langer noodzakelijk is vast te stellen dat de mededinging daadwerkelijk wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
- In 2014 oordeelde **het EHVJ** dat een overtreding van de mededingingsregels, met name wanneer deze inbreuk met een geldboete wordt bestraft, als een 'ernstige beroepsfout' kwalificeert. Hierdoor kunnen inschrijvers worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure op grond van de (facultatieve) uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout'.



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- *Uitsluiting op grond van een 'ernstige beroepsfout'*
Een veroordeling voor vervalsing van de mededinging kan verstrekkende gevolgen hebben. Niet alleen kan de opgelegde boete een last vormen, ook de uitsluitingsgronden van artikel 2.86 en 2.87 van de Aw 2012 kunnen voor problemen zorgen. Deze artikelen behelzen de facultatieve uitsluitingsgronden van een '**ernstige beroepsfout**'. Bij een ernstige beroepsfout is de integriteit en betrouwbaarheid van de inschrijver in het geding en heeft de aanbestedende partij de mogelijkheid om de inschrijver uit te sluiten. Dit schenkt aanbestedende partij de ruimte om frauderende partijen te weren van hun aanbesteding. Wees als aanbestedende partij alert op wie zich inschrijft en waak actief voor een concurrerend inschrijvingsproces.
- *Voorkom belangenconflicten*
De aanbestedende partij in deze zaak heeft weinig ervaring met aanbestedingen en neemt een adviseur in de arm. Deze adviseur werkt vervolgens samen met een van de inschrijvers, die daarmee de gunning veiligstelt. Dergelijke gedragingen zijn zeer dubieus en schadelijk voor het concurrentieproces. Als aanbestedende partij kun je jezelf hiertegen wapenen, bijvoorbeeld door adviseurs een onafhankelijkheidsverklaring te laten tekenen.

- *Valsspelen is valsspelen*

Leg u er als aanbestedende partij niet bij neer dat een verstoorde aanbestedingsprocedure mogelijk toch leidt tot een inschrijver die de opdracht uitvoert voor een 'acceptabele prijs'. Wanneer is vals gespeeld in het proces in aanloop naar de inschrijving of bij de inschrijving zelf, is dit een ernstige verstoring van het aanbestedingsrecht. Maak hierbij gebruik van de (facultatieve) uitsluitingsgronden die zijn opgenomen in de Aw 2012 of meldt de overtreding bij de ACM.

- *Als inschrijver: distantieer je duidelijk van mededingingsbeperkende toespelingen*

In onderhavige zaak probeert inschrijver 2 zich te verdedigen door te stellen dat hij zich 'intern' heeft gedistantieerd van de toespelingen van Inschrijver 1. Dit is onvoldoende. Inschrijvers dienen zich in een dergelijke situatie uitdrukkelijk te distantieëren van anti-competitieve gedragingen of toespelingen. Dit kan door dit uitdrukkelijk duidelijk te maken aan de andere partij, dan wel de ACM of toezichthouder, dat niet op de toespeling zal worden ingegaan.