



BOETE VOOR ONDERLINGE AFSTEMMING BIJ BEWEGWIJZERING



DE ZAAK

De Nationale Bewegwijzeringsdienst (de 'NBd') is een Nederlandse overheidsdienst die (namens Rijkswaterstaat) bewegwijzeringstaken uitvoert in Nederland. De NBd organiseert een aanbesteding voor de inkoop van bewegwijzering ten behoeve van meerdere Nederlandse gemeenten, provincies en het Rijk. De NBd is voornemens vijf raamovereenkomsten te sluiten, onder meer voor bewegwijzering op snelwegen en provinciale wegen.

Twee onderaannemers ('Agmi' en 'Brimos') maken voorafgaand aan vier aanbestedingen van de NBd in het geheim prijs- en marktverdelingsafspraken. Zij spreken onderling af welke onderneming welke aanbesteding zou moeten gaan winnen. Daartoe stemmen zij hun inschrijvingen met elkaar af met het doel de opdrachten onderling te verdelen. Bij drie van de vier onderling afgestemde inschrijvingen wordt de opdracht uiteindelijk gegund aan de door Agmi en Brimos beoogde winnaar. Deze werkwijze (onderlinge afspraken tussen gegadigden met het doel de concurrentie in een aanbesteding te vervalsen), kwalificeert als een verboden kartelafpraak en wordt ook wel 'bid rigging' genoemd.

De Autoriteit Consument & Markt ('ACM') kan hoge boetes opleggen aan bedrijven die betrokken zijn geweest bij bid rigging. Brimos dient daarom een zogeheten 'clementieverklaring' in bij de ACM, in de hoop een uitweg te vinden. De ACM start naar aanleiding van deze clementieverklaring een onderzoek (onder meer door een inval bij Agmi) naar bid rigging in het kader van bewegwijzeringsaanbestedingen van

de NBd. Agmi besluit vervolgens ook een clementieverklaring in te dienen. De ACM legt haar voorlopige bevindingen vast in een rapport en zendt dit rapport toe aan Agmi en Brimos, die de ACM vervolgens verzoeken de zaak vereenvoudigd af te doen. Dat betekent dat de ACM haar bevindingen voorlegt aan de betrokken partijen, aangeeft welke boete de ACM beoogt op te leggen aan de betrokken partijen en de betreffende partij – wanneer deze partij de boete accepteert – een korting van 10% op deze boete krijgt. Daarnaast publiceert de ACM een korter besluit dan in een normale procedure. Nadat de ACM in deze zaak met vereenvoudigde afdoening heeft ingestemd, verklaren Agmi en Brimos schriftelijk dat zij betrokken zijn geweest bij het kartel (en zich dus schuldig hebben gemaakt aan bid rigging). De **ACM** deelt daarop basisboetes uit van € 140.200 aan Agmi en € 134.800 aan Brimos.

De clementieverzoeken van beide partijen blijken een behoorlijke invloed te hebben op de boetebedragen die Agmi en Brimos uiteindelijk daadwerkelijk moeten betalen. Aangezien Brimos clementie heeft aangevraagd vóórdat de ACM met een onderzoek was begonnen, krijgt Brimos een boetevermindering van 100%. Brimos hoeft dus geen boete te betalen. Aangezien Agmi haar verzoek om strafvermindering pas heeft ingediend nadat het onderzoek was begonnen en zij als tweede partij clementie heeft aangevraagd, is de boete voor Agmi verminderd met 50%. Vanwege de medewerking aan de vereenvoudigde afdoening is ook nog een boetevermindering van 10% toegepast. Agmi dient een boete van € 56.000 te betalen.



JURIDISCH KADER

- Artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VWEU') en artikel 6 van de Mededingingswet ('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 kartelafpraak 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 overheidsopdrachten die worden aanbesteed.

- 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 Aanbestedingswet 2012 en artikel 57 lid 4 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 Aanbestedingswet 2012).
- In beginsel wordt een boete vanwege overtreding van het kartelverbod meegewogen bij de aanvraag van een 'Gedragsverklaring aanbesteden' ('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 Aanbestedingswet 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 Aanbestedingswet 2012; een overtreding als 'zwaar' of 'zeer zwaar' aanmerken doet de ACM echter al enige tijd niet meer, **zie onze eerdere nieuwsbrief**).
- Door het indienen van een clementieverklaring verklaart een ondernemer zich bereid volledige medewerking te verlenen aan het onderzoek van de ACM. De ondernemer dient alle beschikbare informatie over het kartel te verstrekken. De voorwaarden voor clementie volgen uit het **Besluit clementie**. Volledige medewerking kan de volgende voordelen opleveren voor een ondernemer:
 - o *Vermindering van boetes*: Ondernemingen kunnen in aanmerking komen voor aanzienlijke boeteverminderingen of zelfs voor een boetevermindering van 100% (artikel 5 en 6 Besluit clementie).
 - o *Geen invloed op gedragsverklaring aanbesteden (GVA)*: Indien clementie is verleend, wordt een kartelboete niet meegewogen in de beoordeling van een GVA-aanvraag (artikel 4.7 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012).
 - o *Snellere afhandeling*: Medewerking verlenen aan het onderzoek van de ACM via clementie kan het onderzoeksproces versnellen; zowel de ACM als de onderzochte ondernemingen hebben daar baat bij.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In 2012 legt de ACM boetes op aan twee sloopbedrijven voor 'cover pricing'. Bij 'cover pricing' deelt een inschrijver (de 'uitlener') zijn inschrijfprijs met een andere inschrijver (de 'lener'). De (prijs)lener belooft in te schrijven met een hogere inschrijfsom dan de uitlener. Uitleners zijn in de regel niet geïnteresseerd in het winnen van de opdracht (bijvoorbeeld vanwege capaciteitsgebrek), maar willen wel in beeld te blijven bij de betreffende aanbestedende dienst. De twee beboete sloopbedrijven betoogden bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven ('CBb') dat zij niet het doel hadden de mededinging te beperken. Het **CBb** oordeelde echter dat een prijslener wel degelijk de concurrentie vervalst, omdat hij weet dat hij één concurrent minder heeft. Dat heeft in potentie een prijsopdrijvend effect. De CBb stelde wel vast dat de uitkomst van deze aanbesteding niet was bepaald door de cover pricing-afspraken. Het CBb besloot daarom de opgelegde boetes voor de sloopbedrijven te matigen.
- In 2014 oordeelde het **Hof van Justitie van de Europese Unie** dat een overtreding van de mededingingsregels, met name wanneer deze inbreuk met een geldboete is bestraft, als een 'ernstige beroepsfout' kwalificeert. Hierdoor kunnen inschrijvers ook worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure op grond van de (facultatieve) uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout'.
- Sinds de inwerkingtreding van de **Boetebeleidsregel ACM 2014** kwalificeert de ACM kartelovertradingen niet meer als 'zwaar' of 'zeer zwaar'. De **rechtbank Amsterdam** oordeelde in 2022 over een zaak waarin een GVA-aanvraag was afgewezen omdat de ondernemer in de drie jaar daarvoor was veroordeeld voor deelname aan een kartel (**zie onze eerdere nieuwsbrief**).



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- De Europese Commissie heeft in een **mededeling** uitgelegd hoe aanbestedende diensten collusie (zoals *bid rigging*) tussen inschrijvers kunnen voorkomen. Wij raden aanbestedende diensten aan deze mededeling goed door te lezen. De Europese Commissie legt in deze mededeling goed uit wat een juiste reactie is van aanbestedende diensten wanneer zij te maken krijgen met (vermoedens over) *bid rigging*.
- Laat je als ondernemer/ (potentiële) inschrijver goed adviseren over een eventuele clementieaanvraag bij de ACM. Het voordeel van een clementieverzoek is bekend: een ACM-boete kan volledig worden kwijtgescholden. Maar

er kleven ook nadelen aan een clementieverzoek. Zo kan het aanvragen van clementie (en de boetebeschikking die daar mogelijk op volgt) gevolgen hebben voor deelname aan toekomstige aanbestedingen. Wanneer een aanbestedende dienst de facultatieve uitsluitingsgronden 'ernstige beroepsfout' en 'vervalsing van de mededinging' van toepassing verklaart op een aanbesteding, dien je als ondernemer in beginsel (in het UEA) aan te vinken dat deze uitsluitingsgronden op jou van toepassing zijn. Vervolgens dien je een beroep te doen op zelfreiniging (art. 2.87a Aw 2012) en zelfreinigingsmaatregelen te benoemen om je betrouwbaarheid aan te tonen. Dat is bepaald geen sinecure (zie in dat verband onze **eerdere nieuwsbrief**).

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit 

VANDOORNE[⊕]

Het **NIC.**

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com