

Nederlandse Mededingingsautoriteit**BESLUIT**

Nummer 3687-88

Betreft zaak: 3687 / Aanbesteding Complex 1731

Beschikking van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

INHOUDSOPGAVE

1.	VERLOOP VAN DE PROCEDURE	3
2.	DE FEITEN	4
2.1.	DE AANBESTEDING	4
2.2.	AFSTEMMING VAN EEN DEEL VAN DE PRIJS ('REKENVERGOEDING')	5
2.2.1.	<i>Contacten tussen Consolidated, Texa en CazDak</i>	5
2.2.2.	<i>Vastlegging gemaakte afspraak inzake deel van de prijs</i>	6
2.2.3.	<i>Calculaties</i>	9
2.2.4.	<i>Zienswijzen van partijen ten aanzien van de feiten</i>	13
2.2.5.	<i>Conclusies d-g NMa naar aanleiding van de feiten rond de 'rekenvergoeding'</i>	13
2.3.	UITWISSELING MEETGEGEVENS.....	15
3.	JURIDISCHE BEOORDELING	15
3.1.	PROCEDURELE ASPECTEN	15
3.1.1.	<i>Termijn voor indienen schriftelijke zienswijze</i>	15
3.1.2.	<i>Verbod van vooringenomenheid</i>	16
3.1.3.	<i>Toegang tot het dossier</i>	17
3.1.4.	<i>Rechtmatigheid bedrijfsbezoeken</i>	20
3.2.	MATERIËLE ASPECTEN	24
3.2.1.	<i>Artikel 6, eerste lid, Mw</i>	25
3.2.2.	<i>Onderneming in de zin van artikel 6 Mw</i>	25
3.2.3.	<i>Overeenkomst</i>	25
3.2.4.	<i>Mededingingsbeperking</i>	26
3.2.5.	<i>Merkbaarheid</i>	28
4.	SANCTIE	30

4.1.	TOEREKENING.....	30
4.2.	VERWIJTBAARHEID	30
4.3.	BOETES.....	31
4.3.1.	<i>Het juridisch kader; de Mededingingswet en de Richtsnoeren Boetetoemeting</i>	<i>31</i>
4.3.2.	<i>Toepassing van de Richtsnoeren.....</i>	<i>33</i>
4.3.3.	<i>Berekening boetebedrag</i>	<i>40</i>
5.	BESLUIT.....	41

1. Verloop van de procedure

1. De directeur-generaal (hierna: d-g) van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) heeft ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) door drie ondernemingen die actief zijn in de dakbedekkingsbranche, te weten Consolidated Nederland B.V. (hierna: Consolidated), gevestigd te Gorinchem, Texa Dakbedekkingen B.V. (hierna: Texa), gevestigd te Monster, en Cazemier Dakbedekking Rotterdam B.V. (hierna: CazDak), gevestigd te Gameren.
2. Op basis van documenten die (een) anonieme afzender(s) had(den) verzonden aan enkele opdrachtgevers (met welke documenten deze opdrachtgevers zich vervolgens tot de NMa hadden gewend) had de d-g NMa aanwijzingen dat verscheidene dakbedekkingsondernemingen, waaronder Consolidated, Texa en CazDak, betrokken waren bij gedragingen die de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen, te weten prijsafspraken en/ of marktverdelingsafspraken.¹
3. Op grond hiervan hebben ambtenaren van de NMa, die krachtens besluit van de d-g NMa belast zijn met het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Mededingingswet bepaalde wettelijke voorschriften,² onderzoek verricht bij, onder andere, het hoofdkantoor van Consolidated te Gorinchem op 5 en 6 maart 2003³ en bij Texa te Monster op 5 maart 2003.⁴ Bij aanvang van deze onderzoeken is aan de betrokken ondernemingen medegedeeld dat het onderzoek is ingesteld op basis van een vermoeden van overtreding van artikel 6 Mw inzake het maken van prijsafspraken en marktverdelingsafspraken in de dakbedekkingsbranche in Nederland in de periode van 1 januari 1998 tot heden.
4. Naar aanleiding van de feiten en omstandigheden die uit het onderzoek naar voren zijn gekomen, heeft de d-g NMa geconcludeerd dat sprake is van een redelijk vermoeden dat de genoemde ondernemingen artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden met betrekking tot de aanbesteding door Vestia in maart 2003, en heeft de d-g NMa op 21 november 2003 een rapport in de zin van artikel 59, eerste lid, Mw (hierna: het rapport), doen opmaken, waarvan de vertrouwelijke versie op dezelfde datum aan Consolidated, Texa en CazDak is toegezonden.

¹ Document 3687/51; document 3687/37, bijlage 3270/2; document 3687/38, bijlage 3270/12; document 3687/53, bijlage 3270/10.

² Stat. 2 januari 1998, nr. 1.

³ Document 3687/20, bijlage 3270/20.

⁴ Document 3687/19, bijlage 3270/24.

5. Gelet op het bepaalde in artikel 60, eerste lid, Mw hebben Consolidated en CazDak omtrent het rapport schriftelijk hun zienswijze naar voren gebracht. Texa heeft ervan afgezien een schriftelijke zienswijze in te dienen. Tevens vond, eveneens overeenkomstig het bepaalde in artikel 60, eerste lid, Mw ten kantore van de NMa op 15 januari 2004 een hoorzitting plaats, waarop alle partijen mondeling hun zienswijzen omtrent het bovengenoemde rapport naar voren hebben gebracht.
6. Van de hoorzitting is ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw een verslag gemaakt dat op 17 maart 2004 aan betrokkenen is toegezonden.
7. Voor de volledigheid zij vermeld dat door partijen geen beroep is gedaan op de Richtsnoeren Clementietoezegging.⁵ In deze zaak is derhalve geen toezegging gedaan op basis van genoemde Richtsnoeren dat boete-immuniteit of boetevermindering zal worden verleend.

2. De feiten

8. Op basis van het rapport van 21 november 2003, het dossier en de zienswijzen van partijen stelt de d-g NMa de volgende feiten vast.

2.1. De aanbesteding

9. Op 21 februari 2003 verzond Vestia Rotterdam Feijenoord (hierna: Vestia), een woningbouwvereniging, een bestek (VF 2003-42.01) met een uitnodiging tot het uitbrengen van een offerte aan Consolidated,⁶ Texa⁷ en CazDak.⁸ Het betrof de onderhandse aanbesteding van het overplakken van dakbedekking van het woningencomplex 1731 te Rotterdam Feijenoord. De inschrijvingen moesten volgens de uitnodigingsbrieven uiterlijk op 6 maart 2003 om 10.00 uur in een gesloten envelop aan Vestia worden aangeboden.⁹

⁵ Richtsnoeren Clementietoezegging d.d. 28 juni 2002, gepubliceerd op de NMa-website (www.nmanet.nl > Wet- en regelgeving > Richtsnoeren).

⁶ Document 3687/4, 03270136000003-5.

⁷ Document 3687/4, 03270136000006-8.

⁸ Document 3687/4, 03270136000009-11.

⁹ Document 3687/22, bijlage 3270/35, 03270353430002.

10. Op 5 maart 2003 is op de aanbesteding van dit werk, met de hierbij vermelde inschrijfcijfers, ingeschreven door:
- | | | |
|--------------|---|-------------------------|
| Consolidated | € | 54.530,00 ¹⁰ |
| Texa | € | 60.655,30 ¹¹ |
| CazDak | € | 68.600,00 ¹² |
11. Op 26 maart 2003 heeft Vestia, op grond van het feit dat Consolidated de laagste inschrijver was, de opdracht gegund aan Consolidated.¹³ De hoogte van de aanneemsom bedroeg exclusief BTW € 54.530,00.¹⁴

2.2. Afstemming van een deel van de prijs ('rekenvergoeding')

2.2.1. Contacten tussen Consolidated, Texa en CazDak

12. De directeur van Texa heeft verklaard¹⁵ dat hij op 5 maart 2003, vóór 10.00 uur, telefonisch werd benaderd door de vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam. Deze vestigingsleider van Consolidated heeft voorgesteld om een 'rekenvergoeding'¹⁶ op te nemen in de calculatie, te weten een bedrag van € 2.500 per inschrijver die het werk niet gegund zou krijgen, oftewel € 5.000 in totaal. De directeur van Texa heeft verklaard hiermee akkoord te zijn gegaan.
13. De directeur van CazDak heeft verklaard:¹⁷ " *Met betrekking tot de aanbesteding van woningcomplex 1731 te Rotterdam, kan ik u verklaren, dat ik mogelijk gebeld ben door iemand van Consolidated Nederland. Ik weet dit echter niet meer zeker. De afspraken voor wat betreft de rekenvergoedingen worden bij Consolidated Nederland altijd geregeld vanuit de hoofdvestiging in Gorinchem. Voor de aanbesteding van het woningcomplex 1731 was een nevenvestiging van Consolidated Nederland in de markt. Deze nevenvestiging is gevestigd in Rotterdam.*" In zijn tweede verklaring verklaarde de directeur van CazDak zeker te weten

¹⁰ Document 3687/24, bijlage 3270/40, bijlage 3; document 3687/31, bijlage 3270/136, 0327013600030-45; document 3687/22, bijlage 3270/35, 03270353430001 en 03270353430039.

¹¹ Document 3687/24, bijlage 3270/40, bijlage 1; document 3687/31, bijlage 3270/136, 0327013600056-60.

¹² Document 3687/24, bijlage 3270/40, bijlage 2; document 3687/31, bijlage 3270/136, 0327013600048-53; document 3687/21, bijlage 3270/32, 03270323430001-06.

¹³ Document 3687/33, bijlage 3270/143; document 3687/31, bijlage 03270136000061-2

¹⁴ Document 3687/31, bijlage 03270136000063.

¹⁵ Document 3687/26, bijlage 3270/41.

¹⁶ In navolging van partijen hanteert de d-g NMa in dit besluit de (in de bouwwereld veel gebruikte) term 'rekenvergoeding'. In het rapport wordt de term 'vergoeding' gebruikt.

¹⁷ Document 3687/23, bijlage 3270/36.

dat het in ieder geval niet de directeur van Texa was geweest die hem had benaderd en dat hij om die reden aannam dat het iemand van Consolidated geweest moest zijn.¹⁸

14. De directeur van CazDak heeft verklaard, voorafgaande aan de inschrijving, geen contact te hebben gehad met de directeur van Texa over de aanbesteding van Vestia. Hij heeft verklaard wel te weten dat de directeur van Texa ook was uitgenodigd tot het indienen van een inschrijving.¹⁹
15. Voorts heeft de directeur van CazDak verklaard dat Consolidated, Texa en CazDak met betrekking tot de aanbesteding van woningcomplex 1731 niet gezamenlijk bijeen waren geweest om over de 'rekenvergoeding'²⁰ te overleggen, maar dat dit telefonisch was gebeurd.
16. De vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam heeft verklaard geen contact te hebben gehad met Texa en CazDak.²¹

2.2.2 Vastlegging gemaakte afspraak inzake deel van de prijs

Vorbedrukte formulieren van Consolidated

17. Op 5 maart 2003, tijdens het onderzoek van de NMa bij Consolidated te Gorinchem, is door ambtenaren van de NMa in de koffer van het hoofd van de calculatie-afdeling van Consolidated een vorbedrukt formulier aangetroffen. Daarop staan de volgende gegevens:²²

¹⁸ Document 3687/25, bijlage 3270/45.

¹⁹ Document 3687/23, bijlage 3270/36.

²⁰ Document 3687/23, bijlage 3270/36.

²¹ Document 3687/22, bijlage 3270/35.

²² Document 3687/20, bijlage 3270/20, 03270200420374. De op het formulier vorbedrukte gegevens staan vetgedrukt weergegeven. De overige gegevens zijn met de hand geschreven gegevens.

Offerte Nr.:	<i>WR03-56</i>	Aanwezig:	<i>TEXA – [XXX]s²³</i>
Datum:	<i>05/03/2003</i>		<i>CAZDAK - [XXX]r²⁴</i>
Plaats	<i>Rdam</i>		
Namens CN:	<i>Kv²⁵</i>		
Opdrachtgever:	<i>Vestia Rdam Feijenoord</i>	Te:	<i>Rdam</i>
Objekt:	<i>daken v woningen complex 1731 Transvaalstraat 4 Rdam</i>		
Gemaakte afspraken:	<i>€ 2.500,00 (Per concurrent)</i>		

18. Tijdens dit onderzoek hebben ambtenaren van de NMa in de koffer van het hoofd van de calculatie-afdeling van Consolidated te Gorinchem tevens aangetroffen vijftien soortgelijke voorbedrukte, maar niet ingevulde, formulieren, waarvan de ambtenaren van de NMa er drie²⁶ hebben gekopieerd.
19. Geconfronteerd met het formulier zoals weergegeven in randnummer 17, bevestigde het hoofd van de calculatie-afdeling van Consolidated te Gorinchem²⁷ dat het formulier uit zijn koffer kwam en dat de daarop vermelde informatie telefonisch was doorgegeven door de buitendienst van Consolidated te Rotterdam of door de directie van Consolidated te Gorinchem.²⁸
20. Het hoofd van de calculatie-afdeling heeft verklaard dat hij deze formulieren naar schatting tussen de vijf en vijftien keer per jaar invult en afgeeft aan de directie van Consolidated te Gorinchem. Het hoofd van de calculatie-afdeling wilde voorts niet verklaren aan welke directeur van Consolidated te Gorinchem hij deze ingevulde formulieren afgeeft. Het formulier zoals weergegeven in randnummer 17, was volgens hem het laatste formulier dat hij had ingevuld.
21. Naar aanleiding van het formulier zoals weergegeven in randnummer 17, heeft de algemeen directeur van Consolidated Groep te Gorinchem verklaard geen antwoord te

²³ Directeur van Texa (document 3687/12).

²⁴ Ten tijde van deze aanbesteding directeur van CazDak (document 3687/11).

²⁵ Vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam (document 3687/9).

²⁶ Documenten 3687/20, bijlage 3270/20, 03270200420839-41

²⁷ Document 3687/20, bijlage 3270/20.

²⁸ Het hoofd van de calculatie-afdeling verklaarde voorts geen antwoord te willen geven op de vraag waarvoor dit formulier diende.

willen geven op de door de ambtenaren van de NMa gestelde vragen. Hij heeft bovendien verklaard: *“Dit specifieke formulier ken ik niet. Deze worden niet door ons verwerkt”*.²⁹

22. De directeur technische zaken van Consolidated Groep heeft op 4 september 2003 verklaard: *“Er wordt wel eens een rekenvergoeding afgesproken. U heeft daar destijds ook een briefje van gevonden bij uw eerste bezoek in maart 2003 aan Consolidated. Het kwam wel eens voor. Het betreft dan geen prijsafspraken, maar een onkostenvergoeding voor gemaakte kosten. U toont mij document nummer 03270200420374³⁰. Dit is het document waarover ik sprak met betrekking tot de rekenvergoeding. Het was een project in Rotterdam. Ik heb er geen bemoeienis mee. Ik weet niet hoe het is gegaan. De formulieren met betrekking tot de vergoedingen vul ik zelf niet in. Ik weet dus ook niet hoe vaak deze formulieren worden ingevuld. Ik weet ook niet hoe de vergoedingen verrekend worden.”*³¹ In zijn tweede verklaring op 17 september 2003³² heeft hij bovenstaande verduidelijkt door te verklaren dat hij met ‘wel eens’ bedoelde ‘dat deze praktijk in het verleden wel vaker voorkwam’.
23. De directeur technische zaken van Consolidated Groep te Gorinchem heeft voorts op 17 september 2003 verklaard onder ‘rekenvergoeding’ te verstaan een onkostenvergoeding voor verrichte werkzaamheden, te weten een vergoeding ter dekking van gemaakte kosten. Hij heeft verklaard dat voor het maken van een offerte nogal wat kosten werden gemaakt. Deze kosten werden, naar zijn zeggen, vaker aan elkaar doorberekend.
24. De directeur technische zaken van Consolidated Groep heeft gesteld dat hij het liefst had dat werk voor werk werd verrekend, maar heeft verklaard dat dit eigenlijk niet voorkomt. Genoemde directeur verklaarde dat deze bedragen werden genoteerd in rekening-courant en er geen bedragen werden betaald. Vervolgens werden deze bedragen door de betrokken ondernemingen tegen elkaar weggestreept. Deze kosten werden dus nooit gefactureerd.
25. Ten aanzien van het in randnummer 17 genoemde formulier heeft de vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam verklaard³³ de daarop vermelde afspraak “€ 2.500,00 per konkurrent” niet te kennen. Hij heeft voorts verklaard dat hij geen contact heeft gehad over de aanbesteding van complex 1731 met de op het formulier vermelde personen.
26. Op het formulier zoals weergegeven in randnummer 17 onder staan de initialen ‘[XXX]’ die, met uitzondering van de letter ‘[XXX]’, overeenkomen met de initialen van de

²⁹ Document 3687/20, bijlage 3270/20. Consolidated Groep B.V. was ten tijde van de aanbesteding enig aandeelhouder van Consolidated Nederland B.V. en is thans enig bestuurder van Consolidated Nederland B.V..

³⁰ Het betreft hier het formulier zoals weergegeven onder randnr. 16.

³¹ Document 3687/34, bijlage 3270/146.

³² Document 3687/35, bijlage 3270/148.

³³ Document 3687/22, bijlage 3270/35.

vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam ('[XXX]')³⁴. Onder 'Aanwezig' staan de ondernemingen Texa en CazDak genoemd met hun respectievelijke directeuren.

Agenda van de directeur van Texa

27. In de agenda van 2003 van de directeur van Texa staat op 5 maart 2003³⁵ genoteerd:

" T03-7619
Compl. 1032
Vestia
CN + Casd
2 x 2500"

28. De directeur van Texa heeft verklaard³⁶ dat hij de met de vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam gemaakte afspraak had beschreven in zijn agenda op 5 maart 2003: "CN + Casd 2 x 2500". Hij heeft verklaard abusievelijk erbij te hebben geschreven "Compl. 1032" en "T03-7619". Volgens hem hebben deze aanduidingen namelijk betrekking op een werk in een ander deel van Rotterdam en van een andere vestiging van de opdrachtgever, te weten Vestia Rotterdam Zuid. De directeur van Texa verklaarde dat de aantekeningen in zijn agenda op 5 maart 2003 betrekking hadden op het werk voor Vestia, bij Texa intern geregistreerd onder nummer T03-7616.

2.2.3 Calculaties

Calculatie van Consolidated

29. De vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam heeft verklaard³⁷ dat alle gegevens voor de offerte naar de calculatie-afdeling van het hoofdkantoor van Consolidated te Gorinchem zijn gestuurd.
30. Per fax van 4 maart 2003³⁸ heeft de vestigingsleider een calculatieoverzicht ontvangen van de calculatie-afdeling te Gorinchem. Op de laatste bladzijde³⁹ van het gefaxte calculatieoverzicht staat de navolgende handgeschreven aantekening:

³⁴ [XXX] is de naam van de vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam.

³⁵ Document 3687/19, bijlage 3270/24, 03270243510114.

³⁶ Document 3687/26, bijlage 3270/41.

³⁷ Document 3687/22, bijlage 3270/35.

³⁸ Document 3687/22, bijlage 3270/35, 03270353430044-62.

<i>Aanneemsom:</i>	€ 49.795,00

<i>Inschrijving:</i>	€ 49.350,00

	€ 54.350,00

31. Het gehele overzicht omvat 19 bladzijden, waarop verscheidene getypte posten staan en waarop op de laatste bladzijde de onder het vorige randnummer weergegeven eindberekening met de hand staat bijgeschreven. De uitkomst van die laatste berekening is doorgestreept en aan het bedrag achter het woord 'Inschrijving', groot € 49.350, is € 5.000 opgeteld, tot € 54.350.
32. Ten aanzien van het in randnummer 30 genoemde calculatieoverzicht van 4 maart 2003 heeft de vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam verklaard dat de op de laatste bladzijde vermelde handgeschreven aantekening van hem afkomstig was.⁴⁰
33. De vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam heeft verklaard dat het per fax ontvangen calculatieoverzicht een initieel inschrijfbedrag van € 63.060,04⁴¹ betrof. Hij heeft verklaard dat hij vervolgens zelf een eigen berekening heeft opgesteld. Op basis van zijn kennis van de markt en besparingen op de arbeidsduur kwam hij uit op een aanneemsom van € 49.795. Na overleg met een medewerker van de calculatie-afdeling van het hoofdkantoor te Gorinchem kwam de vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam tot een inschrijfprijs van € 49.350.⁴²
34. De vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam heeft verklaard dat hij op 4 maart 2003 werd gebeld door iemand van de calculatie-afdeling te Gorinchem met de mededeling dat

³⁹ Document 3687/22, bijlage 3270/35, 03270353430062.

⁴⁰ Op 14 maart 2003 heeft de vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam zijn eerder afgelegde verklaring voor een deel herzien. De vestigingsleider heeft verklaard dat hij alleen de eindverantwoordelijke was voor het vaststellen van de aanneemsom. Hij heeft verklaard, in tegenstelling tot hetgeen hij had gesteld in zijn eerdere verklaring, niet door een medewerker van de calculatieafdeling te Gorinchem te zijn gebeld met de mededeling dat de inschrijfprijs met € 5.000 verhoogd moest worden. De vestigingsleider heeft verklaard dat hij zelf de uiteindelijke offerteprijs had vastgesteld, zonder hulp van een medewerker van het hoofdkantoor van Consolidated (document 3687/22, bijlage 3270/35).

⁴¹ Document 3687/22, bijlage 3270/35, 03270353430044-62.

⁴² Document 3687/22, bijlage 3270/35, 03270353430062.

het uiteindelijke inschrijfbedrag van de offerte € 5.000 hoger moest worden. Hij verklaarde dat de offerte is uiteindelijk uitgegaan met een aanneemsom van € 54.350 exclusief BTW.⁴³

Calculatie van Texa

35. Van Texa is een calculatieoverzicht verkregen met betrekking tot complex 1731 en met boekingsdatum 5 maart 2003.⁴⁴ De directeur van Texa verklaarde daaromtrent dat hij na het telefoongesprek met de vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam een gesprek had met een bij Texa werkzame calculator. De calculator heeft verklaard dat hij scherp voor het werk wilde inschrijven, omdat Texa het werk zeer graag wilde hebben. Daarom heeft de directeur, volgens zijn zeggen, ervoor gekozen, ondanks de afspraak die hij had gemaakt met de vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam, deze € 5.000 niet op te nemen in de calculatie. Hij verklaarde te weten dat als het werk aan Texa gegund zou worden, hij wel de 'rekenvergoedingen' had moeten betalen aan de andere inschrijvers aan wie het werk niet gegund zou worden.⁴⁵

Calculatie van CazDak

36. Aangetroffen is een calculatieoverzicht van CazDak met betrekking tot Complex 1731 en gedateerd 5 maart 2003.⁴⁶ De directeur van CazDak heeft verklaard dat de calculaties altijd door hem persoonlijk worden nagekeken en goedgekeurd. De offerte voor dit werk moest op 6 maart 2003 worden ingeleverd bij de opdrachtgever Vestia. Aangezien de directeur van CazDak op 6 maart 2003 voor besprekingen buiten kantoor zou zijn, was er al op 5 maart 2003 een eindcalculatie gemaakt.
37. Voorts heeft de directeur van CazDak verklaard dat op 4 maart 2003 de eerste metingen zijn verricht door de calculator, tevens projectleider, van CazDak.⁴⁷ Vervolgens heeft deze calculator een eerste calculatie gemaakt. Op 5 maart 2003 zijn wederom door deze calculator metingen bij het Complex 1731 verricht en is de calculatie aangepast.

⁴³ De vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam verklaarde zich te baseren op de gegevens op p. 19 van de op 4 maart 2003 gefaxte calculatie door Consolidated te Gorinchem (zie document 3687/22, bijlage 3270/35, 03270353430062), waar een bedrag van € 54.350 staat vermeld. Het inschrijfbedrag lag iets hoger, namelijk € 54.530 (zie document 3687/24, bijlage 3270/40, bijlage 3; document 3687/31, bijlage 3270/136, 0327013600030-45; document 3687/22, bijlage 3270/35, 03270353430001 en 03270353430039).

⁴⁴ Document 3687/26, bijlage 3270/41, bijlage 1, p. 1-5.

⁴⁵ Document 3687/26, bijlage 3270/41, bijlage 1, p. 1-5.

⁴⁶ Document 3687/21, bijlage 3270/32, 03270323430018-33.

⁴⁷ Document 3687/23, bijlage 3270/36.

38. De directeur van CazDak heeft in zijn tweede verklaring⁴⁸ verklaard dat hij de calculator, tevens projectleider van CazDak, opdracht had gegeven om een 'rekenvergoeding' van € 5.000 op te nemen in de calculatie voor de inschrijving. Hij wist niet hoe de calculator dit verwerkte of had verwerkt.
39. Voornoemde calculator heeft verklaard dat hij nadat hij de daken had opgemeten een eerste calculatie⁴⁹ had gemaakt. Die sloot op € 50.023,68. De calculatie was toen nog niet af. Hij verklaarde dat de directeur van CazDak naar hem toe was gekomen met de mededeling dat er in de calculatie een bedrag moest worden opgenomen van € 5.000.⁵⁰ Hij heeft verklaard van de directeur van CazDak te hebben begrepen dat dit een 'rekenvergoeding' was aan andere inschrijvers indien CazDak het werk gegund zou krijgen.
40. Deze calculator heeft verklaard dat hij een tweede calculatie⁵¹ had gemaakt met de 'rekenvergoeding' van € 5.000 daarin opgenomen. Het totaal van de calculatie kwam daarna uit op € 67.981,37. Hij heeft verklaard deze € 5.000 opgenomen te hebben op de eerste pagina van de calculatie⁵² onder de post 'Gebruikersgedef'. Deze calculaties bleven intern, zo heeft hij verklaard. Hij verklaarde deze calculaties zelf te hebben opgemaakt.
41. Voorts heeft deze calculator verklaard dat hij na deze berekening nog een derde calculatie had opgemaakt.⁵³ Deze calculatie bleef intern maar de totaalbedragen per rubriek werden bij de inschrijving gevoegd. De 'rekenvergoeding' van € 5.000 stond hier niet meer onder 'gebruikersgedef', omdat de opdrachtgever dan snel kon zien dat er iets niet helemaal klopte. Hij heeft verklaard het bedrag van € 5.000 uiteindelijk verwerkt te hebben onder de post 'trappentoren', op bladzijde 5 van de calculatie.⁵⁴ Daar stond vervolgens een bedrag van € 5.824 dat echter veel te hoog was, zo heeft hij verklaard. Dat was gedaan om de 'rekenvergoeding' te verbergen voor de aanbesteder, zo heeft deze calculator verklaard.
42. De directeur van CazDak heeft ten aanzien van de aanbesteding van Complex 1731 verklaard:⁵⁵ "Op uw vragen daartoe, kan ik u zeggen dat er op dit werk een prijsafpraak is gemaakt tussen mij en de andere aannemers. Ik heb hier echter niet zelf het initiatief toe genomen. Ik weet echter niet meer precies wie de initiatiefnemer is geweest voor het maken van deze prijsafpraak. Ik kan u wel zeggen dat het maken van deze afspraken altijd via mij loopt. Het maken van deze afspraken gebeuren altijd op directie niveau."

⁴⁸ Document 3687/25, bijlage 3270/45.

⁴⁹ Document 3687/25, bijlage 3270/45.

⁵⁰ Dit werd bevestigd door de op dat moment aanwezige directeur van CazDak.

⁵¹ Document 3687/25, bijlage 3270/45.

⁵² Document 3687/25, bijlage 3270/45.

⁵³ Document 3687/25, bijlage 3270/45.

⁵⁴ Document 3687/25, bijlage 3270/45.

⁵⁵ Document 3687/23, bijlage 3270/36.

43. De directeur van CazDak heeft voorts verklaard: “ *U sprak zojuist over het maken van prijsafspraken. Ik moet u zeggen, dat wij praten over rekenvergoedingen. Iedere ondernemer spant zich namelijk in om een werk te maken. Dit brengt kosten met zich mee. Hierdoor is de rekenvergoeding ontstaan. We hebben daar onderling ook afspraken over gemaakt. Ik moet u zeggen dat ik de rekenvergoedingen een redelijk systeem vind voor de kostendekking.*”
44. In aanvulling hierop heeft de directeur van CazDak verklaard dat de offerteprijs in concurrentie werd bepaald en dat er geen overleg plaatsvindt over inschrijfprijzen. Vervolgens wordt de ‘rekenvergoeding’ bepaald. Volgens hem wordt er niet altijd, maar slechts incidenteel, een ‘rekenvergoeding’ vastgesteld. Onderling wordt er, volgens hem, geen geld aan elkaar afgedragen. De bedragen worden wel genoteerd in een rekening-courant. Incidenteel wordt er wel eens uitbetaald, aldus de directeur van CazDak.

2.24. Zienswijzen van partijen ten aanzien van de feiten

45. Hieronder volgen de zienswijzen van partijen voor zover zij betrekking hebben op de bovenstaande feiten.

Zienswijze van CazDak ten aanzien van de feiten

46. CazDak B.V. heeft in haar mondelinge zienswijze aangegeven dat de feiten met betrekking tot de gedragingen van CazDak B.V. duidelijk zijn en van haar zijde niet ter discussie staan.⁵⁶

Zienswijze van Texa ten aanzien van de feiten

47. Texa bestrijdt dat zij een ‘rekenvergoeding’ heeft opgenomen in haar offerte aan Vestia. Van enige doorberekening, respectievelijk verhoging van de te offreren prijs, is geen sprake geweest, aldus Texa. Texa heeft, zo stelt zij, ook nimmer de intentie daartoe gehad. Voor Texa stond dit al vast op het moment dat er met een vertegenwoordiger van Consolidated gesproken werd over het al dan niet toekennen van een ‘rekenvergoeding’.⁵⁷

Zienswijze van Consolidated ten aanzien van de feiten

48. Het in casu gebruikte formulier stamt volgens Consolidated ‘uit de oude doos’ en betreft geen formulier van Consolidated. Het formulier is destijds opgesteld door, voor zover Consolidated kan traceren, het Bureau Branchebelangen.

⁵⁶ Zie p.2 van de mondelinge zienswijze van CazDak.

⁵⁷ Zie randnr. 22-23 van de mondelinge zienswijze van Texa.

49. Consolidated stelt voorts dat zij niet het initiatief heeft genomen tot het overeenkomen van onderhavige 'rekenvergoeding'.⁵⁸

2.2.5 Conclusies d-g NMa naar aanleiding van de feiten rond de 'rekenvergoeding'

50. Op basis van het rapport, het dossier en de zienswijzen van partijen komt de d-g NMa tot de volgende conclusies naar aanleiding van de bovenstaande feiten.
51. Consolidated, Texa en CazDak wisten voorafgaande aan de inschrijving van elkaar dat zij door Vestia waren uitgenodigd voor het doen van een offerte .
52. Op basis van de verklaringen van Texa en CazDak constateert de d-g NMa dat Consolidated te Rotterdam het initiatief heeft genomen tot het maken van een afspraak over een 'rekenvergoeding'. Deze afspraak hield in dat de twee ondernemingen die de opdracht niet gegund zouden krijgen, elk een vordering van € 2.500 zouden hebben op de winnaar van de inschrijving.
53. De vastlegging van de afspraak blijkt uit het voorbedrukte formulier van Consolidated te Gorinchem, de agenda van de directeur van Texa en uit de calculaties van CazDak en Consolidated en hun verklaringen daarover. In ieder geval hebben Consolidated en CazDak hun offertebedrag verhoogd met het bedrag van de 'rekenvergoeding'; Texa ontkent dit te hebben gedaan.
54. Op het formulier van Consolidated is de gemaakte afspraak tussen Consolidated, Texa en CazDak vermeld (randnummer 17). Het formulier vermeldt voorts de initialen '[XXX]' die overeenkomen met de initialen van de vestigingsleider van Consolidated te Rotterdam, de heer [XXX]. Weliswaar wordt '[XXX]' geschreven met een '[XXX]' en zijn de op het formulier vermelde initialen '[XXX]', maar '[XXX]' is een voornaam waarvan de eerste letter gemakkelijk verwisseld kan zijn met de letter '[XXX]' . Bovendien heeft de directeur van Texa verklaard dat hij op 5 maart 2003 is gebeld door de heer [XXX] met het voorstel om een 'rekenvergoeding' van € 5.000 op te nemen in de calculatie (zie randnummer 12). De d-g NMa veronderstelt dat de handgeschreven aantekeningen op het formulier afkomstig zijn van een medewerker van Consolidated te *Gorinchem*. De daar werkzame personen zullen de naam van de heer [XXX], die immers werkzaam is bij een andere vestiging, alleen of voornamelijk fonetisch kennen, waardoor het schrijven van de naam '[XXX]' (fonetisch) met een '[XXX]' in plaats van een '[XXX]' voor de hand ligt. Dit wordt bevestigd door een

⁵⁸ Zie randnr. 11-14 van de schriftelijke zienswijze van Consolidated.

fax die door een medewerker van de calculatieafdeling van Consolidated te Gorinchem is gestuurd aan de heer Van Iwaarden, en waarop is geschreven: “ T.a.v.[XXX]”.⁵⁹

55. De aanduiding “*Aanwezig*” op het formulier van Consolidated, in combinatie met “*Namens CN*” en “*Gemaakte afspraken*”, toont aan dat er binnen Consolidated een standaardformulier is dat wordt gebruikt om afspraken tussen Consolidated en haar concurrenten vast te leggen.
56. De directeur van Texa heeft, zo blijkt uit zijn agenda (zie randnummer 27) en zijn verklaring (zie randnummer 28), in zijn agenda op 5 maart 2003 de genoemde prijsafpraak vastgelegd: “*CN + Casd 2 x 2500*”. Het is, gelet op de hiervoor genoemde stukken en verklaringen, aannemelijk dat ‘*CN*’ staat voor Consolidated Nederland en ‘*Casd*’ staat voor CazDak.
57. Uit de verklaringen van een werknemer van Consolidated en de directeur van CazDak, in combinatie met de calculaties, zoals aangetroffen bij Consolidated en CazDak volgt, aldus de d-g NMa, dat in ieder geval Consolidated en CazDak de afgesproken vergoeding van € 5000 hebben verwerkt in hun calculaties. Volgens de directeur van Texa heeft Texa dit niet gedaan.

2.3. Uitwisseling meetgegevens

58. Uit het rapport, het dossier en de zienswijzen van partijen blijkt dat de partijen niet alleen een afspraak hebben gemaakt omtrent een ‘rekenvergoeding’, maar blijkt voorts dat Consolidated en Texa, voorafgaande aan de inschrijving, hebben afgesproken dat zij ieder een gedeelte zouden opmeten van de op te meten dakvlakken van woningcomplex 1731, en dat zij vervolgens hun meetgegevens zouden uitwisselen. Aan deze uitspraak hebben partijen, zo is door hen bevestigd, ook uitvoering gegeven.

3. Juridische beoordeling

3.1. Procedurele aspecten

59. De betrokken ondernemingen hebben hun zienswijzen gegeven omtrent een aantal procedurele aspecten. Aangezien de zienswijzen van de partijen grotendeels overeenkomen, worden de zienswijzen van de partijen niet afzonderlijk besproken, maar komen de procedurele aspecten achtereenvolgens aan de orde, waarbij per onderdeel de zienswijzen van partijen aan de orde komen.

⁵⁹ Document 3687/22, 03270353430044.

3.1.1. Termijn voor indienen schriftelijke zienswijze

- *Zienswijze van Texa*

60. Texa heeft in haar mondelinge zienswijze aangevoerd dat de tijd om een schriftelijke zienswijze te geven, te kort is geweest.

- *Beoordeling*

61. Het rapport is op 21 november 2003 aan partijen gestuurd. Het volledige ter inzage te leggen dossier is op 2 december 2003 aan partijen toegezonden. Indien partijen een schriftelijke zienswijze zouden willen geven, diende deze op 5 januari 2004 (bijna vijf weken na toezending van het dossier) door de NMa te zijn ontvangen. De hoorzitting, waarop partijen mondeling hun zienswijze naar voren konden geven (en ook hebben gebracht), vond plaats op 15 januari 2004 (zeven weken na toezending van het dossier). De d-g NMa is van oordeel dat Texa, en ook de andere partijen, voldoende in de gelegenheid zijn gesteld hun zienswijze (mondeling en/ of schriftelijk) te geven en dat zij voldoende tijd hebben gehad hun zienswijzen voor te bereiden.
62. Daarnaast kan de d-g NMa zich niet vinden in het standpunt dat de termijn voor het geven van de schriftelijke zienswijze te kort is geweest, nu Texa zich hierover voor het eerst heeft beklagd in haar mondelinge zienswijze, derhalve na afloop van de termijn voor het indienen van haar schriftelijke zienswijze, zonder dat zij eerder om uitstel voor het indienen van haar schriftelijke zienswijze heeft verzocht. Bovendien heeft Texa niet aangegeven welke aspecten zij nog in haar schriftelijke zienswijze had willen opnemen en waarom zij deze niet in haar mondelinge zienswijze had kunnen opnemen. Mitsdien valt niet in te zien dat Texa in haar verdediging zou zijn geschaad.

3.1.2. Verbod van vooringenomenheid

- *Zienswijze van partijen*

63. Partijen stellen dat de NMa, door de publiciteit die gepaard is gegaan met het uitbrengen van het rapport, onzorgvuldig heeft gehandeld en de presumptie van onschuld en het verbod van vooringenomenheid heeft geschonden. Hierdoor zou onder meer artikel 6 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM) zijn geschonden.

- *Beoordeling*

64. Hetgeen door de NMa in deze zaak naar buiten is gebracht, betreft niet meer dan waartoe het onderzoek en het naar aanleiding daarvan opgestelde rapport een basis bieden. Nadat het rapport aan de betrokken ondernemingen is toegezonden, nemen de werkzaamheden in verband met de uitvoering van de artikelen 60, 61 en 62 Mw een aanvang. De ambtenaren die bij deze werkzaamheden zijn betrokken, zijn niet betrokken geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek. Hiermee is een extra waarborg tegen vooringenomenheid gegeven. Het feit dat via de media communicatie plaatsvindt over de bevindingen van de NMa naar aanleiding van het rapport, doet daaraan niet af. In aanvulling hierop geldt dat de NMa in haar communicatie met de pers steeds aangeeft, en in de onderhavige zaak ook uitdrukkelijk heeft aangegeven, in welk stadium van het proces een zaak zich bevindt. Met betrekking tot het rapport is vermeld, dat het gaat om een vermoeden van een overtreding, dat partijen nog gehoord worden en dat de NMa nog geen definitief oordeel heeft gegeven over de inbreuk en de eventueel op te leggen sanctie.

3.1.3 Toegang tot het dossier

- *Zienswijze van Texa*

65. Texa heeft aangevoerd dat de d-g NMa met betrekking tot de terinzagelegging in strijd zou hebben gehandeld met artikel 60, tweede lid, Mw en artikel 6 EVRM. Zij merkt in dit kader op dat zij niet de mogelijkheid heeft gehad om alle op de zaak betrekking hebbende stukken in te zien, omdat in het door de d-g NMa overgelegde dossier een aantal stukken als (gedeeltelijk) vertrouwelijk is aangemerkt. Daarbij is door Texa gewezen op de arresten van het Europees Hof voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EHRM) inzake *Edwards/ United Kingdom*⁶⁰ en *Rowe and Davis/ United Kingdom*⁶¹, waaruit blijkt, aldus Texa, dat zowel materiaal voor als tegen de beschuldigde inzichtelijk moet worden gemaakt.
66. Texa heeft voorts inzage verzocht in de stukken behorende bij dossier 3270, welke betrekking heeft op onderzoeksactiviteiten van de NMa in de dakbedekkingssector. Volgens Texa dient de d-g NMa (ook) stukken uit die zaak die hij wellicht niet relevant acht niettemin ter inzage te leggen zodat partijen kunnen bepalen of de desbetreffende stukken voor de verdediging van belang zijn. Door dit verzoek tot inzage niet te honoreren zou de d-g NMa naar het oordeel van Texa eveneens in strijd met artikel 6 EVRM hebben gehandeld nu Texa – wederom – niet kan nagaan of het dossier ook voor haar ontlastende

⁶⁰ EHRM 16 december 1992, Series A, vol. 247-B.

⁶¹ EHRM 16 februari 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-II, Hudoc Reference: REF00001380.

stukken bevat. Texa verwijst nogmaals naar de uitspraak van het EHRM in de zaak *Edwards / United Kingdom*.⁶²

67. Nu, naar het oordeel van Texa, niet alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage zijn gelegd, is tevens in strijd met artikel 60, tweede lid, Mw gehandeld.

- *Beoordeling*

68. De zienswijze van Texa inzake de toegang tot het dossier wordt hieronder besproken aan de hand van:

- een korte uiteenzetting over de wijze waarop het toezicht en de onderzoeksactiviteiten van de NMa in de dakbedekkingssector zijn aangepakt,
- een uiteenzetting over de dossiervorming door de NMa.

De onderzoeksactiviteiten van de NMa in de dakbedekkingssector

69. Op basis van de diverse aanwijzingen die de d-g NMa had over mededingingsbeperkende afspraken in de dakbedekkingssector, zijn door de NMa concrete zaken geselecteerd die geschikt waren voor een onderzoek in de zin van de Mededingingswet: concrete naspeuringen of al dan niet een bepaalde overtreding is begaan (artikel 1, onder k, Mw). Een dergelijke selectie was nodig, omdat een rapport slechts kan worden opgesteld (en een boete kan worden opgelegd), indien voldoende duidelijk is welke nauwkeurig te begrenzen overtreding wordt vermoed, welke met name te noemen ondernemingen betrokken zijn, en op basis van welke feiten en omstandigheden de overtreding is vastgesteld. Van een concrete zaak is bijvoorbeeld sprake indien aanwijzingen duiden op afspraken van bepaalde ondernemingen tot afstemming van prijzen of inschrijfgedrag bij bepaalde aanbestedingen dan wel tot verdeling van de markt of productie.

70. Teneinde nader zicht te krijgen op concrete gevallen van verboden afspraken en verboden afgestemd gedrag in de dakbedekkingssector is door de NMa onderzoek verricht in de bedrijfsruimte van onder andere Consolidated en Texa (zie randnummer 3) (hierna ook: bedrijfsbezoeken), welke ondernemingen werden verdacht van overtreding van de Mededingingswet. Aanwijzingen voor de verdenkingen lagen onder meer in de in randnummer 2 genoemde documenten.

71. Aan ieder bedrijfsbezoek ging een zorgvuldige beoordeling van de noodzaak en van de uitvoeringswijze vooraf, waarbij de evenredigheid en doelmatigheid van het onderzoek werden beoordeeld. Voorts zijn doel, betrokken personen en te onderzoeken objecten door de NMa vooraf gepreciseerd. Een en ander is neergelegd in één of meerdere interne NMa-

⁶² EHRM 16 december 1992, Series A, vol. 247-B.

stukken. De verantwoordelijkheid voor de beslissing omtrent het onderzoek lag bij de d-g NMa of zijn plaatsvervanger.

72. Van ieder bedrijfsbezoek werd voorts een verslag van verrichte ambtshandelingen gemaakt en werd een lijst met de gekopieerde documenten bij het verslag gevoegd. Het verslag werd toegezonden aan de bezochte onderneming. Deze handelwijze is niet specifiek voor de in de dakbedekkingssector uitgevoerde onderzoeken maar wordt in het algemeen door de NMa gevolgd.

Dossiervorming

73. Vanaf het moment dat een concrete zaak op basis van aanwijzingen en prioritering wordt geselecteerd, wordt door de NMa een afzonderlijk dossier met een (nieuw) intern archiefnummer gevormd. Overigens wil het feit dat een document een nummer heeft, niet zeggen dat dat nummer een zaak in de hier bedoelde zin representeert. Ieder gearchiveerd stuk heeft binnen de NMa een nummer (het zogenoemde Prisma-nummer) en de nummering is primair een administratieve aangelegenheid, geen beleidskeuze.
74. De bedrijfsbezoeken zijn verricht in het kader van de onderzoeksactiviteiten die startten onder dossiernummer 3270. De bij de bedrijfsbezoeken gekopieerde documenten hebben betrekking op meerdere projecten. Alle documenten die betrekking hebben op de onderhavige zaak (de onderhandse aanbesteding van woningcomplex 1731 door Vestia) zijn vervolgens ondergebracht in dossiernummer 3687.

Inhoud van het dossier

75. Indien een bedrijfsbezoek voor het bewijs in een zaak relevant materiaal oplevert, worden het verslag van verrichte ambtshandelingen en de overzichten van kopieerde documenten⁶³ (voor zover betrekking hebbend op de zaak) aan het dossier van die zaak toegevoegd. Deze kunnen dan later deel uitmaken van de ter inzage gelegde stukken, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de herkomst van het materiaal. Meer in het algemeen worden alle op de zaak betrekking hebbende stukken, waaronder de documenten waaruit de wijze van verkrijging blijkt, in het dossier opgenomen. In casu is dat ook gebeurd.
76. Het is dit dossier dat vervolgens wordt overgedragen aan de NMa-ambtenaren die zijn belast met de voorbereiding van de besluitvorming in de zaak. Bedoelde ambtenaren

⁶³ Het overzicht bevat van ieder gekopieerd document o.m.: het (op het document gestempelde) nummer (barcode), de locatie (van het bedrijfspand) en de ruimte in die locatie waar het document is aangetroffen, en een korte omschrijving van het document.

vangen hun werkzaamheden aan met de verzorging van de terinzagelegging van het dossier. Aldus hebben de bij de zaak betrokken ondernemingen inzicht in de totstandkoming van 'de zaak' en het dossier met alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Het zijn deze stukken waarop de d-g NMa in het kader van de onderhavige procedure zijn besluitvorming heeft gebaseerd.

Conclusie

77. De d-g NMa heeft alle op de zaak betrekking hebbende stukken conform artikel 60 Mw ter inzage gelegd. De d-g NMa heeft niet alle stukken van een ander dossier, te weten dossier 3270, ter inzage gelegd, aangezien veel stukken uit dat dossier geen betrekking hebben op de onderhavige zaak. Voor zover stukken uit dossier 3270 wel betrekking hebben op de onderhavige zaak, zijn zij aan het dossier van de onderhavige zaak toegevoegd en ter inzage gelegd.
78. Overigens hebben partijen de gelegenheid gehad om (ontlastende) stukken aan het dossier toe te voegen. Dergelijke stukken maken vervolgens evenzeer deel uit van het dossier op basis waarvan de d-g NMa tot zijn oordeel komt.
79. Het geheel of gedeeltelijk als vertrouwelijk aanmerken van stukken (en het daarom niet of gedeeltelijk ter inzage leggen van deze stukken) is niet in strijd met artikel 60 Mw en/of artikel 6 EVRM. Artikel 60 Mw dwingt niet tot het integraal ter inzage leggen van een op de zaak betrekking hebbend stuk. De d-g NMa kan, zo volgt immers uit artikel 60 Mw, in verband met artikel 3:11, tweede lid, Awb en het daarin van overeenkomstige toepassing verklaarde artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur, voor bepaalde stukken of gedeelten van stukken het vertrouwelijke karakter laten prevaleren. De als vertrouwelijk aangemerkte (gedeelten van) stukken kunnen ten aanzien van de partijen die de inhoud van deze informatie niet kennen, niet dienen ter staving van de conclusie dat sprake is van een inbreuk op de Mededingingswet. Van de voor partijen wel inzichtelijke informatie kan ten aanzien van partijen wel gebruik gemaakt worden. Deze wijze van toepassen van artikel 60 Mw, hetgeen in dit geval is gedaan, is niet in strijd met artikel 6 EVRM. Tevens is op juiste wijze toepassing gegeven aan artikel 10, lid 2, van de Wet openbaarheid van bestuur. Ten aanzien van alle als vertrouwelijk aangemerkte (gedeelten van) stukken is door de d-g NMa de in genoemd artikel vereiste belangenafweging gemaakt.
80. Het beroep van Texa op de arresten van het EHRM inzake *Edwards/ United Kingdom*⁶⁴ en *Fowe and Davis/ United Kingdom*⁶⁵ treft geen doel. Partijen hebben inzage gehad in alle op de zaak betrekking hebbende stukken op basis waarvan de d-g NMa tot een oordeel komt

⁶⁴ EHRM 16 december 1992, Series A, vol. 247-B.

⁶⁵ EHRM 16 februari 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-II, Hudoc Reference: REF00001380.

omtrent de feiten en omstandigheden als vermeld in het rapport. De als vertrouwelijk aangemerkte (gedeelten van) stukken ten aanzien van de partijen die de inhoud van deze informatie niet kennen, dienen niet ter staving van de conclusie dat sprake is van een inbreuk op de Mededingingswet..

3.1.4. *Rechtmatigheid bedrijfsbezoeken*

Zienswijze van partijen

81. Partijen hebben aangevoerd, kort gezegd, dat de door de NMa verrichte bedrijfsbezoeken onrechtmatig zijn geschied. De reikwijdte van het onderzoek zou niet zijn medegedeeld, er zou sprake zijn geweest van een *'fishing expedition'* en het bedrijfsbezoek zou ten onrechte zonder rechterlijke machtiging zijn verricht, waardoor in strijd met artikel 8 EVRM zou zijn gehandeld.

Juridisch kader

82. Bij bedrijfsbezoeken maken de daartoe aangewezen toezichthoudend ambtenaren van de NMa gebruik van de bevoegdheden die hen op grond van Hoofdstuk 6 Mw en Afdeling 5.2 Awb toekomen.
83. Ten aanzien van deze bevoegdheden bepaalt artikel 5:13 Awb dat deze slechts worden uitgeoefend voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Blijkens artikel 3 Mw betreft de taak van de mededingingsautoriteit het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van deze wet.
84. Door de toezichthoudend ambtenaren van de NMa is een onderzoek ingesteld op basis van het vermoeden dat sprake was van meerdere inbreuken op het bepaalde in artikel 6, eerste lid, Mw. Aanleiding voor dit vermoeden waren documenten die (een) anonieme afzender(s) had(den) verzonden aan enkele opdrachtgevers (met welke documenten deze opdrachtgevers zich vervolgens tot de NMa hadden gewend).

Mededeling van het doel van het bedrijfsbezoek

- Zienswijze van Texa

85. Texa stelt dat de NMa aan de onderzochte ondernemingen niet de reikwijdte van haar onderzoek heeft medegedeeld. Uit de omschrijving van het verslag van ambtshandelingen opgemaakt ten tijde van het bedrijfsbezoek bij Texa bijvoorbeeld, blijkt volgens Texa niet meer dan dat Texa in kennis is gesteld van de doelstellingen van het onderzoek. Een en

ander zou blijken uit genoemd verslag, waarin te lezen is: “[..] *stelden wij hem in kennis van onze doelstelling en onze bevoegdheden betreffende dit bedrijfsbezoek*”.⁶⁶

- *Beoordeling*

86. Bij alle bedrijfsbezoeken, dus ook die aan Texa, is medegedeeld dat het onderzoek is ingesteld op basis van een vermoeden van overtreding van artikel 6 Mw inzake het maken van prijsafspraken en marktverdelingsafspraken in de dakbedekkingsbranche in Nederland in de periode van 1 januari 1998 tot heden. In het verslag van ambtshandelingen is deze mededeling samengevat als “[..] *stelden wij hem in kennis van onze doelstelling [..]*”. In tegenstelling tot hetgeen Texa stelt, is het doel van het onderzoek derhalve wel degelijk medegedeeld en blijkt dit ook uit het verslag van ambtshandelingen.

Reikwijdte van het onderzoek

- *Zienswijze van Texa*

87. Texa heeft de wijze waarop de toezichthoudend ambtenaren van de NMa van bovengenoemde bevoegdheden betiteld als een *‘fishing expedition’*, daarmee aangevende dat de uitoefening van de bevoegdheden door de toezichthoudend ambtenaren van de NMa willekeurig was. Blijkens het dossier, aldus Texa, richtte het onderzoek van de NMa zich op afspraken inzake inschrijfprijzen en/of marktverdelingsafspraken met betrekking tot dakbedekkingswerkzaamheden in de periode van 1998 tot en met september 2000. De NMa-medewerkers zijn tijdens het bedrijfsbezoek aan Texa echter gestuit op een fax van februari/maart 2003. Naar het oordeel van Texa was daarom sprake van een *‘fishing expedition’*.

- *Beoordeling*

88. De d-g NMa stelt voorop dat de door Texa bedoelde faxen niet zijn gebruikt voor het bewijs van de overtreding, zodat de argumenten van Texa niet van belang zijn voor de bewijsvoering. Niettemin zal hieronder op de argumenten van Texa worden ingegaan.
89. Het onderzoek richtte zich op prijsafspraken en marktverdelingsafspraken in de dakbedekkingsbranche in Nederland in de periode van 1 januari 1998 tot heden.⁶⁷ Het interne NMa-document waaruit Texa meent te mogen concluderen dat de periode waarop het onderzoek in de onderhavige zaak zich richtte, was beperkt tot 1 januari 1998 tot september 2000., spreekt over *‘in ieder geval de periode van 1998 tot september 2000’*

⁶⁶ Document 3687/19, bijlage 3270/24.

⁶⁷ Zie document 3687/18.

(cursivering toegevoegd).⁶⁸ Het onderzoek was dus niet beperkt tot de periode tot september 2000.

90. De NMa-ambtenaren zijn op de door Texa bedoelde faxen (een fax van 5 maart 2003, die tijdens het bedrijfsbezoek binnenkwam,⁶⁹ en van een fax van 28 februari 2003⁷⁰) gestuit terwijl zij inzage hadden gevorderd in documenten en de faxhistorie die betrekking hadden op de periode van 1 januari 1998 tot heden, derhalve op de periode waarnaar onderzoek werd verricht. Reeds op grond hiervan kan niet worden gesproken van een *'fishing expedition'*.
91. Ook anderszins kan niet worden gesproken van een *'fishing expedition'* dan wel van het willekeurig onderzoeken van objecten. Hierboven (randnummer 69-71) is reeds uiteengezet hoe de bedrijfsbezoeken werden voorbereid. Het doel van ieder bedrijfsbezoek, de bij de vermoede overtreding betrokken personen en de te onderzoeken objecten waren door de NMa vooraf gepreciseerd en het bedrijfsbezoek is ook op basis hiervan verricht, zodat het onderzoek zich heeft voltrokken binnen de kaders van hoofdstuk 5 Mw en afdeling 5.2 Awb.

Artikel 8 EVRM

- *Zienswijzen van partijen*

92. Partijen hebben aangevoerd dat de NMa de in randnummer 3 genoemde bedrijfsbezoeken heeft uitgevoerd zonder rechterlijke machtiging, terwijl die volgens partijen wel was vereist. Hierdoor zouden de bedrijfsbezoeken zijn geschied in strijd met artikel 8 EVRM. Partijen beroepen zich in dit verband op het arrest van het EHRM in de zaak *Colas Est e.a. / Frankrijk* (hierna: *Colas Est*).⁷¹

⁶⁸ Document 3687/ 17.

⁶⁹ De bedoelde fax van Consolidated werd door Texa ontvangen terwijl de NMa-ambtenaren zich tezamen met een secretaresse van Texa bij het faxapparaat van Texa bevonden om te bezien of, en zo ja, hoe, het mogelijk was een overzicht van de faxhistorie van het faxapparaat af te drukken. Voor de volledigheid zij verwezen naar de bovenzijde van de fax (document 3687/ 19, bijlage 3270/ 24, 03270243510078-83), waarop is vermeld dat de fax is verzonden op 5 maart 2003 om 10.38 uur. Uit het verslag van ambtshandelingen van het bedrijfsbezoek bij Texa (document 3687/ 19, bijlage 3270/ 24.O377) blijkt dat de ambtenaren van de NMa zich op 5 maart 2003 vanaf 10.00 uur in het pand van Texa te Monster bevonden.

⁷⁰ Document 3687/ 19, bijlage 3270/ 24, 03270243510084-85.

⁷¹ EHRM 16 april 2002, nr. 37971/ 97. Uitspraken van het EHRM zijn in de Franse en Engelse taal beschikbaar op de website van het EHRM (<http://hudoc.echr.coe.int>, via HUDOC).

- *Beoordeling*

93. In het eerste lid van artikel 8 EVRM is, voor zover hier van belang, bepaald dat een ieder recht heeft op respect voor zijn woning en zijn correspondentie (hierna: recht op privacy). In het tweede lid is, voor zover hier van belang, bepaald dat geen inmenging in de uitoefening van dit recht is toegestaan, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is.
94. Met betrekking tot het arrest *Colas Est* merkt de d-g NMa allereerst op dat blijkens het arrest *Colas Est* een rechtspersoon niet in alle gevallen aan artikel 8 EVRM een recht op privacy ontleent: volgens dit arrest kan dit 'onder bepaalde omstandigheden' het geval zijn. In dat kader wijst de d-g NMa er op dat het Franse onderzoek dat tot het arrest *Colas Est* heeft geleid, en waarin het EHRM sterk de nadruk heeft gelegd op de specifieke omstandigheden van het concrete geval, wat aantal bedrijven/ vestigingen en reikwijdte van de uitgeoefende bevoegdheden betreft, veel verstrekkender was dan het onderzoek van de toezichthoudende ambtenaren van de NMa in de onderhavige zaak. Gezien de context van de toepasselijke nationale wetgeving in de zaak *Colas Est* en gezien de strekking van het onderzoek van de NMa en de geldende nationale wetgeving is geen sprake van een (vergelijkbare) situatie waarin artikel 8, eerste lid, EVRM kan worden ingeroepen.
95. Bovendien, indien al zou moeten worden aangenomen dat zich in dit geval een inbreuk op artikel 8, eerste lid, EVRM, heeft voorgedaan, dan was deze gerechtvaardigd op grond van artikel 8, tweede lid, EVRM. In dat verband overweegt de d-g NMa dat de inmenging bij wet is voorzien. Ingevolge artikel 5:15, eerste lid, Awb is een toezichthouder bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden (met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner) en ingevolge artikel 5:17, eerste lid, Awb is een toezichthouder bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden. Krachtens deze wettelijke bepalingen waren de toezichthoudende ambtenaren van de NMa bevoegd ten kantore van Consolidated en Texa inzage te vorderen van hun zakelijke gegevens en bescheiden. Voor zover sprake is geweest van een beperking van het recht op privacy, is deze naar het oordeel van de d-g NMa noodzakelijk als bedoeld in artikel 8, tweede lid, EVRM en evenredig aan het te beschermen legitieme belang – het toezicht op de naleving van de Mededingingswet – dat met de beperking wordt gediend.
96. Voorts overweegt de d-g NMa dat uit het arrest *Colas Est*, waarin het EHRM sterk de nadruk heeft gelegd op de specifieke omstandigheden van het concrete geval, blijkt dat het totaal aan garanties in het concrete geval beslissend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van een gerechtvaardigde inmenging. Het onderzoek ten kantore van Consolidated en Texa dat de toezichthoudende ambtenaren van de NMa in onderhavige

zaak hebben uitgevoerd, had een beduidend minder ingrijpend karakter en was met meer waarborgen omkleed dan het Franse onderzoek dat tot het arrest heeft geleid.

97. Gezien het bovenstaande concludeert de d-g NMa dat, voor zover zou worden aangenomen dat aan Consolidated en Texa op grond van artikel 8, eerste lid, EVRM een recht op privacy toekwam, de inmenging daarin op grond van het tweede lid was toegestaan. Een voorafgaande rechterlijke machtiging was dan ook niet noodzakelijk. Er is geen wettelijk vereiste (noch een procedure) die in een dergelijke machtiging voorziet. Ook artikel 8 EVRM verplicht niet tot een dergelijke machtiging.⁷²

3.2. Materiële aspecten

98. Hieronder volgt een bespreking van de materiële aspecten van de onderhavige zaak. Per onderdeel worden de zienswijzen van partijen, voor zover zij deze omtrent het betreffende aspect hebben gegeven, besproken.

3.2.1. Artikel 6, eerste lid, Mw

99. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt, voor zover hier relevant, overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Voor de uitlegging van dit verbod is richtinggevend de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna ook: de Commissie) en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna ook: Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: ook GvEA).⁷³

3.2.2. Onderneming in de zin van artikel 6 Mw

100. De betrokken ondernemingen waren ten tijde van de gedragingen waarop dit besluit betrekking heeft, alle actief in de dakbedekkingssector. Zij verrichtten economische activiteiten en zijn derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

⁷² Zie ook Rb. Rotterdam 18 juni 2003, *rechtspraak.nl*, LJN-nr. AH9702 (*Bredase notarissen / d-g NMa*).

⁷³ Zie MvT bij de Mededingingswet, *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 707, nr. 3, p. 9 en de Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 707, nr. 6, p. 11.

3.23. Overeenkomst

101. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.⁷⁴ Hiervan is onder meer sprake wanneer de partijen het eens worden over een gezamenlijk plan dat hun individuele commerciële vrijheid beperkt of waarschijnlijk zal beperken, doordat wordt vastgesteld hoe zij zich op de markt jegens elkaar zullen gedragen of zich van een bepaald gedrag zullen onthouden. Alhoewel zulks gezamenlijke besluitvorming en betrokkenheid bij een gemeenschappelijke afspraak impliceert, behoeft dit niet schriftelijk te worden vastgelegd. Voor het bestaan van een overeenkomst als bedoeld in artikel 6 Mw gelden geen vormvereisten; contractuele sancties en handhavingsmaatregelen zijn evenmin verplicht. Het bestaan van een overeenkomst kan derhalve uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen.⁷⁵
102. De betrokken ondernemingen zijn overeengekomen dat de 'winnaar' van de aanbesteding van Vestia een 'rekenvergoeding' van € 2.500 zou betalen aan beide 'verliezers'. Aldus hebben de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Deze gedragingen moeten worden gekwalificeerd als een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, tussen de betrokken ondernemingen.

3.24. Mededingingsbeperking

103. Voor een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw is vereist dat de overeenkomst ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Ook voor deze beoordeling dient aansluiting te worden gezocht bij de beschikkingspraktijk van de NMa en de Europese Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Gerecht van Eerste Aanleg.
104. Het Hof van Justitie heeft in diverse arresten gepreciseerd dat allereerst dient te worden nagegaan of een bepaalde afspraak als doel heeft de mededinging te beperken. Indien de afspraak als zodanig ertoe strekt de mededinging tussen de betrokken ondernemingen onderling of tussen de betrokken ondernemingen en concurrenten te beperken in de zin van artikel 81, eerste lid, EG (en/of artikel 6, eerste lid, Mw), moet zij zonder meer

⁷⁴ Zie o.m. GvEA 20 april 1999, gev. zaken T-305/94 e.a. (*Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a. / Commissie (PVC II)*), *Jur.* 1999, p. II-931, r.o. 715.

⁷⁵ Zie o.a. Beschikking van de Commissie nr. 86/398 van 10 juli 1986, *Polypropyleen, PbEG* 1986 L 230/1. Dit is bevestigd door het GvEA op 17 december 1991 (*Polypropyleen*, zaak T-7/89, *Jur.* 1991, p. II-1711, r.o. 262-264).

verboden worden geacht, zonder dat de concrete gevolgen ervan behoeven te worden onderzocht.⁷⁶

Afspraak omtrent 'rekenvergoeding'

105. De afspraak die CazDak, Consolidated en Texa hebben gemaakt, had tot *doel* de mededinging op een deel van de Nederlandse markt te verhinderen, beperken en/of vervalsen. De afspraak hield namelijk feitelijk voor elk van de deelnemers een kostprijsverhoging voor het onderhavige project van € 5.000 in, zijnde het bedrag dat de deelnemer aan de andere deelnemers verschuldigd zou zijn. Nu het vanzelfsprekend is dat de betrokken ondernemingen de kostprijsverhoging voor de onderhavige opdracht in aanmerking nemen bij het vaststellen van hun offertebedragen, strekt deze afspraak ertoe de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen. In feite is sprake van het gemeenschappelijk vaststellen van een prijsverhoging c.q. onderdeel van de prijs, hetgeen moet worden aangemerkt als een afspraak die ertoe strekt de mededinging te beperken.⁷⁷
106. Texa is van oordeel dat een 'rekenvergoeding' eerst mededingingsrechtelijk verboden is wanneer deze leidt tot een prijsverhoging die op gelijke wijze boven op de prijsaanbiedingen van de verschillende deelnemers aan de aanbesteding komt. Texa wijst in dat verband op de beschikking van de president van het Gerecht van Eerste Aanleg in de SPO-zaak.⁷⁸ Uit deze beschikking volgt, aldus Texa, dat doorbetaling van bedragen betreffende 'rekenvergoedingen' de mededinging beperken "*aangezien deze bedragen rechtstreeks worden doorberekend aan de opdrachtgever*". Dat heeft Texa, zo stelt zij, juist niet gedaan.
107. Voor zover Texa betoogt dat haar geen blaam treft, nu zij stelt dat zij de afgesproken 'rekenvergoeding' niet heeft opgenomen in haar offerte, merkt de d-g NMa het volgende op. Texa is, zoals uit het rapport blijkt, betrokken geweest bij het maken van de afspraak met Consolidated en CazDak tot het geven van 'rekenvergoedingen'. Reeds het maken van deze afspraak is in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw. Het al dan niet rechtstreeks en zichtbaar doorberekenen van 'rekenvergoedingen' in de offerteprijs staat daaraan niet in de weg. De d-g NMa deelt niet het standpunt van Texa dat uit het door haar aangehaalde citaat uit het SPO-arrest zou blijken dat doorberekening van een overeengekomen 'rekenvergoeding' in de offerteprijs een *conditio sine qua non* is voor strijdigheid met de

⁷⁶ Zie in vergelijkbare zin ook de volgende besluiten van de d-g NMa: 31 mei 1999, zaak 51. *Stibat*, randnr. 43; 17 december 2001, zaak 2414, *Vereniging Behartiging Schildersbedrijf*, randnr. 24. Zie tevens GvEA 15 september 1998, *European Night Services Ltd* (gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-399/94, *Jur.* 1998, p. II-3141, r.o. 136); HvJEG 30 juni 1966, zaak 56/65, *Société Technique Minière* (*Jur.* 1966, p. 391, i.h.b. r.o. 414).

⁷⁷ Zie het besluit op bezwaar van de d-g NMa d.d. 31 mei 1999, zaak 51 (*Stibat*), randnr. 45.

⁷⁸ GvEA 16 juli 1992, zaak T-29/92 R, *Jur.* 1992, p. II-2161, r.o. 36.

mededingingsregels. Het citaat van het Gerecht van Eerste Aanleg dient naar het oordeel van de d-g NMa aldus te worden gelezen, dat het vanzelfsprekend is dat ondernemingen bij het opstellen van hun offerte de overeengekomen 'rekenvergoeding' in aanmerking nemen, aangezien als gevolg van de 'rekenvergoeding' de kostprijs voor het betreffende project is toegenomen. Anders gezegd: indien geen 'rekenvergoeding' zou zijn overeengekomen, zou de kostprijs voor het project lager zijn geweest, en zou voor een gelijke winst de offerte dus ook lager kunnen zijn geweest. Mitsdien is het niet relevant of Texa de 'rekenvergoeding' al dan niet uitdrukkelijk in haar offertebedrag heeft opgenomen.⁷⁹

Uitwisseling meetgegevens

108. Consolidated en Texa hebben onderling een verdeling gemaakt van de op te meten dakvlakken van woningcomplex 1731 en vervolgens hebben zij de respectievelijke meetgegevens met elkaar uitgewisseld. Voor beide zou dit tot kostenvoordeel hebben geleid.
109. Ten aanzien van het uitwisselen van meetgegevens, in het rapport uitgewerkt onder het kopje 'uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie', zijn partijen van oordeel dat meetgegevens niet als concurrentiegevoelige informatie kunnen worden gekwalificeerd.⁸⁰ In de uitwisseling ervan zien partijen dan ook geen overtreding van de Mededingingswet.
110. Dienaangaande overweegt de d-g NMa het volgende. Naar is gebleken, was het meetwerk dat in het onderhavige geval is verricht van relatief eenvoudige aard; het betrof geen gecompliceerd meetwerk waarmee bijzondere know-how of een bijzondere techniek was gemoeid. Naar het oordeel van de d-g NMa is het onwaarschijnlijk dat Consolidated en Texa, indien zij individueel alle te vernieuwen daken van complex 1731 zouden hebben gemeten, tot andere meetresultaten zouden zijn gekomen dan nu het geval was.
111. Ook kan niet gezegd worden dat met het meetwerk in het onderhavige geval zodanige kosten waren gemoeid, dat als gevolg van het gezamenlijk meten sprake was van een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten.⁸¹ De uitwisseling van meetgegevens heeft er uitsluitend toe geleid dat de kosten van Consolidated en Texa mogelijk lager zijn

⁷⁹ Overigens ligt het ook niet voor de hand dat een rekenvergoeding als aparte post in een offerte wordt opgenomen, en zal de 'rekenvergoeding' veeleer 'onzichtbaar' worden opgenomen door deze in (een) andere post(en) te verdisconteren.

⁸⁰ Texa verwijst in dit verband naar de arresten van het GvEA in de zaken *SPO / Commissie* (zaak T-29/92, *Jur* 1995, p. II-289, r.o. 121) en *Polypropyleen* (zaak T-7/89, *Jur.* 1991, II-1711, r.o. 217).

⁸¹ Vgl. de 'Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (2001/C 3/02)' van de Commissie (*PbEG* 2001 C 3/2), randnr. 23, 84, 88, 91, 114, 136 en 146.

uitgevallen dan indien zij individueel alle daken zouden hebben gemeten, en dat de overlast voor de bewoners van woningcomplex 1731 die toegang tot de daken dienden te verschaffen, is beperkt.

112. De d-g NMa is in het licht van het voorgaande van oordeel dat de uitwisseling van meetgegevens in het onderhavige geval er niet toe strekt de mededinging te beperken, en dat op basis van het dossier evenmin kan worden vastgesteld dat beperking van de mededinging het gevolg is geweest. Dat de uitwisseling van meetgegevens als zodanig strijdig is met artikel 6 Mw kan in het onderhavige geval dan ook niet worden geconcludeerd.

3.25 Merkbaarheid

113. Door partijen is gesteld dat de vermeende mededingingsbeperkende afspraken buiten de reikwijdte van artikel 6 Mw vallen omdat de mededinging door deze afspraken niet merkbaar wordt beperkt.
114. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie volgt dat overeenkomsten die tot doel hebben de mededinging te beperken (zoals *in casu* het geval is), als merkbaar mededingingsbeperkend dienen te worden aangemerkt, zonder dat daartoe een nader onderzoek is vereist.⁸² Een dergelijke overeenkomst ontkomt slechts aan het kartelverbod wanneer zij, wegens de zwakke positie van partijen op de betrokken markt, de markt slechts in geringe mate kan beïnvloeden.⁸³
115. In tegenstelling tot hetgeen Texa en Consolidated beweren, kan in de onderhavige zaak niet gesproken worden van een 'zeer geringe' beïnvloeding van de betrokken markt (of, in de woorden van partijen, 'geen enkel merkbaar effect'⁸⁴ respectievelijk 'een onbetekenend effect'⁸⁵ op de betrokken markt). Hun positie ten opzichte van Vestia was er niet een van zwakte. Partijen hebben de afspraken gemaakt toen Vestia de gegadigden voor het project had aangeschreven. Op dat moment bestond de aanbodzijde van de markt, vanuit het

⁸² Op grond van de MvT op de Mededingingswet dient het begrip 'merkbaarheid' "[...] in het licht van de economische en juridische context van de desbetreffende afspraak en zijn strekking en gevolg met inbegrip van de cumulatieve gevolgen van parallelle afspraken te worden beoordeeld. Het Hof van Justitie hanteert geen kwantitatieve criteria, maar betreft in zijn overwegingen of de desbetreffende afspraak een onbetekenend effect op de markt heeft, in aanmerking genomen de zwakke positie van de betrokken ondernemingen op de markt voor het product of de dienst in kwestie." (Kamerstukken II 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 14). Zie ook de 'Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001', *PbEG* 2001 C 3/2 en de 'Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven' van de d-g NMa van 29 mei 2001, *Stcr.* 2001, nr. 108, randnr. 24-28.

⁸³ HvJEG 9 juli 1969, zaak T 5/69 (*Völk/ Vervacke*), *Jur.* 1969, p. 295, r.o. 7.

⁸⁴ Zie randnr. 45 van de pleitnota van Texa.

⁸⁵ Zie randnr. 18 van de zienswijze van Consolidated.

oogpunt van Vestia, uitsluitend uit de door Vestia aangeschreven ondernemingen, zijnde partijen.

116. Voor wat betreft de geringe omvang van het project geldt dat dit feit niet het verboden karakter van de gedragingen kan ontnemen (zie de vorige twee randnummers); het is daarentegen wel mede bepalend voor de hoogte van de op te leggen boete. Onveranderd blijft dat de bedragen waarvoor voor het project complex 1731 is ingeschreven door middel van het maken van een verboden afspraak en niet door ongehinderde mededinging tot stand zijn gekomen. Nu de inschrijving slechts betrekking had op de aanbesteding van één project in Rotterdam, is de betreffende markt navenant klein.⁸⁶ Nu de enige drie ondernemingen die Vestia voor de onderhandse aanbesteding had uitgenodigd gezamenlijk ten aanzien van dit project afspraken hebben gemaakt omtrent 'rekenvergoedingen', is voor het project waarop de inschrijving betrekking had, de mededinging volledig, en daarmee merkbaar, beperkt.
117. Indien de uitleg van de Mededingingswet van partijen zou worden gevolgd, zou dit als gevolg hebben dat er nimmer sprake kan zijn van een overtreding van het verbod van artikel 6 Mw als het gaat om projecten met een relatief beperkte omvang, zodat onderlinge afstemming van ondernemingen bij aanbestedingen van projecten met een relatief beperkte omvang nimmer aangemerkt zou kunnen worden als in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw. Naar het oordeel van de d-g NMa is deze uitleg niet in overeenstemming met de tekst, het doel en de geest van dat wetsartikel.
118. Op grond van het voorgaande is de d-g NMa van oordeel dat de afspraak tussen partijen de mededinging in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw merkbaar heeft beïnvloed.

4. Sanctie

4.1. Toerekening

119. Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw, kan de d-g NMa de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend, een boete en/of last onder dwangsom opleggen, aldus artikel 56, eerste lid, Mw.
120. De ondernemingen die de overtreding hebben begaan zijn Consolidated, Texa en CazDak. Deze ondernemingen worden gedreven door respectievelijk de volgende rechtspersonen: Consolidated Nederland B.V., Texa Dakbedekkingen B.V. en Cazemier Dakbedekking

⁸⁶ Vgl. Rb Rotterdam 18 juni 2003, MEDED 01/621 (*X/ d-g NMa ('Bredase notarissen')*), *rechtspraak.nl*, LJN-nr. AH9702. Recentelijk o.m. op dit onderdeel (geen sprake van niet-merkbaar mededingingsbeperking) bevestigd door CBB 12 maart 2004, nrs. 03/916 en 03/946, *rechtspraak.nl*, LJN-nr. AO6479, r.o. 6.2.

Rotterdam B.V. De d-g NMa is van oordeel dat de geconstateerde overtreding door deze rechtspersonen is begaan en aan deze rechtspersonen dient te worden toegerekend.

4.2. Verwijtbaarheid

121. Consolidated heeft aangevoerd dat de afspraak omtrent de 'rekenvergoeding' buiten de directie van Consolidated om tot stand is gekomen en dat deze vermoedelijk, voor zover Consolidated kan traceren, is gemaakt door de vestigingsleider van de vestiging Rotterdam. Toerekening aan Consolidated is daarom naar haar mening niet op zijn plaats.
122. De d-g NMa onderschrijft dit standpunt niet. Ingevolge artikel 56, derde lid, Mw legt de d-g NMa geen boete op indien de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend, aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Volgens de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet hoeft de d-g NMa niet aan te tonen dat verwijtbaar is gehandeld, maar mag hij binnen redelijke grenzen uitgaan van een objectief vermoeden van schuld, mits de betrokkene de gelegenheid krijgt aannemelijk te maken dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Wanneer hiervan sprake is, hangt af van de overtreden norm. De verbodsbepaling in artikel 6, eerste lid, Mw, is gericht op ondernemingen. De in artikel 6, eerste lid, Mw verboden handelingen geschieden in de praktijk door iemand die gerechtigd is voor de onderneming te handelen. Een situatie dat de betrokken onderneming geen verwijt kan worden gemaakt, is daarom nauwelijks voorstelbaar.⁸⁷
123. Voor verwijtbaar handelen is het voldoende dat sprake is van gedrag door een persoon die namens de onderneming kon optreden. Het is niet noodzakelijk dat *'the partners or principal managers'* zelf actie hebben ondernomen noch dat zij in een voorkomend geval op de hoogte waren van de gedraging van de desbetreffende werknemer.⁸⁸
124. De d-g NMa is van mening dat Consolidated niet heeft aangetoond dat de werknemer die de afspraak omtrent de 'rekenvergoeding' heeft gemaakt, de hem toegekende bevoegdheid of opgedragen taken heeft overschreden, mede gezien de inhoud en het niveau van zijn functie (vestigingsleider). De omstandigheid dat hij de afspraak buiten medeweten van de

⁸⁷ Kamerstukken II 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 87-88 (*Mw, memorie van toelichting*), waarin wordt aangehaald EHRM 7 oktober 1988, NJ1999, 351.

⁸⁸ Zie Hv. EG 7 juni 1983, gevoegde zaken 100-103/80 (*Musique Diffusion Française e.a. / Commissie*), *Jur.* 1983, p. 1825, r.o.97.

directie om zou hebben gemaakt, beïnvloedt – wat daar verder ook van zij – geenszins de verantwoordelijkheid van Consolidated.⁸⁹

125. Ten overvloede merkt de d-g NMa op dat de directie van Consolidated wel degelijk op de hoogte moet zijn geweest van het feit dat haar onderneming afspraken omtrent ‘rekenvergoedingen’ maakte. Het hoofd van de calculatie-afdeling van Consolidated te Gorinchem heeft immers verklaard dat hij vijf tot vijftien maal per jaar een formulier voor ‘rekenvergoedingen’ invulde, en dergelijke formulieren aan de directie afgaf (zie randnr. 20)

4.3. Boetes

4.3.1. *Het juridisch kader; de Mededingingswet en de Richtsnoeren Boetetoemeting*

126. De artikelen 56, 57 en 58 Mw regelen de bevoegdheid van de d-g NMa tot oplegging van een boete en/of last onder dwangsom in geval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of artikel 24, eerste lid, Mw. Krachtens artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de boete voor overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
127. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de d-g NMa op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld: de ‘Richtsnoeren boetetoemeting m.b.t. opleggen boetes Mededingingswet’ (hierna: de Richtsnoeren).⁹⁰
128. Bij het opstellen van de Richtsnoeren heeft de d-g NMa in de eerste plaats de wettelijke bepalingen over de hoogte van de boete in acht genomen. Afgezien van het bovengenoemde wettelijk maximum (artikel 57, eerste lid, Mw) is met name van belang het voorschrift dat rekening wordt gehouden met de ernst en duur van de overtreding (artikel 57, tweede lid, Mw). De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. De d-g NMa onderscheidt drie typen overtredingen, te weten zeer zware, zware en minder zware. Met de duur van de overtreding wordt in de Richtsnoeren (randnummer 15 e.v.) rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt. De ernst van de overtreding komt in de Richtsnoeren tot uitdrukking in respectievelijk de zwaarte van de overtreding en de economische context.

⁸⁹ Zie Commissiebeschikking 15 juli 1992, 92/426/EEG, zaak IV/32.725 (*VIHO/Parker Pen*), *PbEG* 1992 L 233/27, randnr. 16.

⁹⁰ ‘Richtsnoeren boetetoemeting m.b.t. opleggen boetes Mededingingswet’, *Stat.* 21 december 2001, 248, p. 90.

129. Voorts heeft de d-g NMa aansluiting gezocht bij de criteria, zoals die blijken uit de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet. In de memorie van toelichting bij de Mededingingswet is het volgende gezegd.⁹¹

“Op grond van het tweede lid dient de directeur daarbij in ieder geval rekening te houden met de ernst en de duur van de overtreding. Afhankelijk van het geval kunnen ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel en dergelijke. De financiële positie van de onderneming speelt in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Hierdoor zou immers een slecht ondernemingsbeleid «beloond» worden door een lagere boete op te leggen dan zou geschieden aan een onderneming die wel floreert (in dezelfde zin arrest inzake JAZ/ Commissie, zaken 96–102, 104, 105, 108 en 110/82, JUR 1983, blz. 3417). Aan de andere kant moet het niet zo zijn dat een boete een faillissement van de onderneming waarschijnlijk zou maken.”

130. Ingevolge artikel 4:84 Awb dient de d-g NMa overeenkomstig de Richtsnoeren te handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.

4.3.2 Toepassing van de Richtsnoeren

131. Hieronder wordt de boete voor de betrokken ondernemingen aan de hand van de Richtsnoeren bepaald en gemotiveerd.

Betrokken omzet

132. Op grond van randnummer 15 van de Richtsnoeren wordt de boete voor elke betrokken onderneming gebaseerd op de ‘betrokken omzet’ van die onderneming. De betrokken omzet is gelijk aan de waarde van alle transacties die door de onderneming tijdens de duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft.
133. De betrokken omzet kan blijkens randnummer 16 van de Richtsnoeren niet in alle gevallen op bovenstaande wijze worden vastgesteld. Dit is bijvoorbeeld niet mogelijk in geval van een verboden aanbestedingsafpraak waarbij meerdere ondernemingen zijn betrokken maar slechts een onderneming tot uitvoering van het werk is overgegaan (en daarmee omzet heeft gegenereerd). Bij een dergelijke overtreding, waarvan in de onderhavige zaak

⁹¹ Kamerstukken II 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 88-89 (Mw, memorie van toelichting).

sprake is, *kan* de d-g NMa voor elke deelnemer afzonderlijk als betrokken omzet aanmerken de omzet die kan worden gerealiseerd op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend (hierna: de projectomzet).⁹² Omdat in het onderhavige geval de overtreding uitsluitend betrekking heeft op een aanbesteding, heeft de d-g NMa van die laatste mogelijkheid gebruik gemaakt, zij het niet ten volle, zoals hieronder wordt uiteengezet.⁹³

134. Bij een verboden aanbestedingsafspraken wordt – gezien per aanbesteed project – de omzet waarop de overtreding betrekking heeft, alleen gerealiseerd door de onderneming die het project uitvoert (hierna: de uitvoerende onderneming). Tegenover de uitvoerende onderneming staan de ondernemingen die het project niet uitvoeren, maar die wel hebben deelgenomen aan de verboden afspraak, hun deel van de afspraak zijn nagekomen en bovendien aan de afspraak op enigerlei wijze voordeel hebben ontleend (hierna: de niet-uitvoerende ondernemingen).
135. In een geval als het onderhavige, waarin in het kader van een eenmalige aanbesteding sprake is van een ‘rekenvergoeding’ maar niet is komen vast te staan dat (tevens) de offerteprijzen zijn besproken en/of is afgesproken welke onderneming het project zou uitvoeren, ziet de d-g NMa aanleiding om alle ondernemingen (dus zowel de uitvoerende onderneming en de niet-uitvoerende ondernemingen) even zwaar te beboeten.⁹⁴
136. Wegens deze omstandigheden heeft de d-g NMa uit oogpunt van preventie in dit besluit gebruik gemaakt van de in randnummer 16 van de Richtsnoeren geboden mogelijkheid voor elke deelnemer afzonderlijk, wat betreft de betrokken omzet, uit te gaan van de projectomzet, met dien verstande dat voor iedere afzonderlijke betrokken onderneming de betrokken omzet een gelijk gedeelte is van de projectomzet (met andere woorden de betrokken omzet voor een individuele onderneming is de projectomzet gedeeld door het aantal ondernemingen).
137. De d-g NMa meent met deze opzet voor het onderhavige geval een evenwichtige toepassing aan randnummer 15 en 16 van de Richtsnoeren te geven. Deze opzet is, evenals andere onderdelen van de boetesystematiek van de Richtsnoeren, uitdrukkelijk gebaseerd op algemene aannamen, waarmee naar het oordeel van de d-g NMa recht wordt gedaan

⁹² De omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kan worden gerealiseerd, omvat ook eventuele omzet die is behaald met meerwerk. In de onderhavige zaak is geen omzet met meerwerk behaald.

⁹³ Zie ook de besluiten van de d-g NMa van 18 december 2003 in zaak 2473 (Noord-Holland Acht), zaak 3054 (Atletiekbanen), zaak 3064 (Asfaltzware wegenprojecten Noord-Nederland) en zaak 3272 (Aanbesteding herprofilering Aambeeldstraat en Mokerstraat te Amsterdam-Noord).

⁹⁴ De uitvoerende onderneming zou anders (extra) worden bestraft wegens het feit dat hij de laagste offerte heeft ingediend. Dit zou onbillijk zijn, aangezien het “winnen” van de aanbesteding in de onderhavige zaak niet voortvloeide uit de afspraak tussen de betrokken ondernemingen.

aan de doelstellingen en uitgangspunten van de Richtsnoeren. Deze opzet, doelstellingen en uitgangspunten betekenen dat het voor de boetetoemeting niet noodzakelijk is per concreet geval onderzoek te doen naar het potentieel of daadwerkelijk kartelvoordeel of naar de aard en omvang van de mogelijke schade, maar wordt uitgegaan van de algemene notie dat mededingingsbeperkende gedragingen schadelijk zijn voor de deelnemers op de markt en de mededinging in het algemeen.⁹⁵

138. De hierboven omschreven systematiek leidt in de onderhavige zaak tot de onderstaande betrokken omzet per betrokken onderneming. Zoals in randnummer 11 is vermeld, is het project uiteindelijk uitgevoerd voor € 54.530 exclusief BTW. De genoemde bedragen zijn exclusief BTW, en zijn steeds naar beneden afgerond op hele euro's.

<i>Projectomzet:</i>	€ 54.530
<i>Betrokken omzet (projectomzet/3):</i>	
Consolidated	€ 18.176
CazDak	€ 18.176
Texa	€ 18.176

Boetegrondslag

139. Als boetegrondslag wordt, conform randnummer 18 van de Richtsnoeren, 10% van de betrokken omzet genomen. In randnummer 145 hieronder is per onderneming de boetegrondslag vermeld, waarbij de bedragen naar beneden zijn afgerond op hele euro's.

Zwaarte van de overtreding en vaststelling rekenfactor

140. De Richtsnoeren merken verboden aanbestedingsafspraken en horizontale prijsafspraken naar hun aard als zeer zware overtredingen aan.⁹⁶ In het onderhavige geval gaat het om een verboden aanbestedingsafpraak die het afspreken van 'rekenvergoedingen', ofwel het gemeenschappelijk vaststellen van een prijsverhoging c.q. onderdeel van de prijs, omvat. De overtreding moet derhalve als zeer zwaar worden gekwalificeerd. Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van randnummer 20 van de Richtsnoeren dat de boetegrondslag wordt vermenigvuldigd met een rekenfactor van 1,5 tot 3, zulks teneinde de ernst van de overtreding in de hoogte van de boete tot uitdrukking te brengen.

⁹⁵ Conform de Richtsnoeren wordt de basisboete afgestemd op de omstandigheden van het geval doordat wordt uitgegaan van de concrete betrokken omzet van iedere onderneming afzonderlijk en de d-g NMa vervolgens een vermenigvuldigingsfactor ('rekenfactor') hanteert die is afgestemd op de ernst van de overtreding en de economische context van het concrete geval.

⁹⁶ Randnr. 11 van de Richtsnoeren.

141. Bovenvermelde bandbreedte van 1,5 tot 3 maakt het mogelijk de ernst van de overtreding in te vullen naar gelang van de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden.⁹⁷ In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken ondernemingen alsmede het gezamenlijk marktaandeel, de structuur van de markt, de geldende regelgeving en de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.⁹⁸
142. In het onderhavige geval acht de d-g NMa het volgende van belang. In de dakbedekkingssector worden de meeste opdrachten toegekend op basis van aanbestedingsprocedures waarbij het de bedoeling is dat de gegadigden om de opdracht concurreren. Een aanbesteding is bij uitstek de gelegenheid waarop concurrentie tussen de gegadigde ondernemingen plaatsvindt. Ook in het onderhavige geval heeft Vestia een aanbestedingsprocedure georganiseerd. Ondernemingen en overheden die aanbestedingsprocedures organiseren, hebben de rechtmatige verwachting, en moeten er ook op kunnen vertrouwen, dat de ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de gegadigden.⁹⁹ In het onderhavige geval is deze verwachting ernstig geschonden doordat de betrokken ondernemingen onderling hebben afgesproken dat de 'winnaar' van de aanbesteding een 'rekenvergoeding' aan de 'verliezers' verschuldigd zou zijn, welke 'rekenvergoeding' voor de 'winnaar' van de aanbesteding tot een verhoging van de kosten voor het project van Vestia heeft geleid, met alle nadelige gevolgen voor Vestia van dien.
143. Bij de beoordeling van de zwaarte van de overtreding neemt de d-g NMa voorts in aanmerking dat deze zaak betrekking heeft op één aanbesteding.
144. De d-g NMa concludeert dat er, gelet op de aard van de overtreding en de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden, sprake is van een zeer zware overtreding, en acht een rekenfactor van 1,75 aangewezen.
145. Dit leidt tot de volgende basisboetes (boetegrondslag x 1,75, afgerond naar beneden op hele euro's).

	<i>Betrokken omzet:</i>	<i>Boetegrondslag (10%):</i>	<i>Basisboete (boetegrondslag x 1,75):</i>
Consolidated	€ 18.176	€ 1.817	€ 3.179

⁹⁷ Zie randnr. 14 en 25 van de Richtsnoeren.

⁹⁸ Zie randnr. 14 van de Richtsnoeren.

⁹⁹ Zo ook de Commissie in haar beschikking nr. 1999/60/EG van 21 oktober 1998, zaak IV/35.691 (*kartel voor voorgeïsoleerde buizen*), *PbEG* 1998 L 24/1, randnr. 165.

CazDak	€ 18.176	€ 1.817	€ 3.179
Texa	€ 18.176	€ 1.817	€ 3.179

Boeteverhogende omstandigheden

146. Zoals in randnummer 26 van de Richtsnoeren is vermeld, neemt de d-g NMa bij de vaststelling van de boete boeteverhogende of -verlagende omstandigheden in aanmerking. De d-g NMa bepaalt in redelijkheid de mate waarin de betrokken omstandigheid leidt tot een verhoging of verlaging van de boete. De marge welke ingevolge de in randnummer 140 hierboven genoemde bandbreedte van de rekenfactor geldt, speelt hierbij niet langer een rol.
147. In de Richtsnoeren wordt als voorbeeld van een boeteverhogende omstandigheid genoemd: de omstandigheid dat een bevoegde autoriteit, waaronder de Commissie of een rechterlijke instantie, reeds eerder onherroepelijk een vergelijkbare mededingingsrechtelijke overtreding door de onderneming heeft vastgesteld.¹⁰⁰ In de Richtsnoeren worden nog andere voorbeelden genoemd; deze vormen geen uitputtende opsomming van boeteverhogende omstandigheden.
148. Op grond van het navolgende concludeert de d-g NMa dat partijen niet onkundig konden zijn van het verboden karakter van afspraken zoals de onderhavige en doelbewust in strijd met de geldende regels hebben gehandeld.
149. In 1989 heeft de Commissie naar aanleiding van een klacht van de gemeente Rotterdam een procedure ingeleid ten aanzien van de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (hierna: SPO) en de door SPO vastgestelde 'Uniforme Prijsregelende Reglementen' en de 'Erecode voor Ondernemers in het Bouwbedrijf'. In 1992 heeft de Commissie geconcludeerd dat de statuten van de SPO en de Uniforme Prijsregelende Reglementen inbreuken vormden op artikel 85, eerste lid, EEG-Verdrag (thans: artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag).¹⁰¹ De Commissie heeft destijds aan 27 bouwverenigingen en een stichting boetes opgelegd ter hoogte van in totaal ruim 22.250.000 ECU in verband met hun mededingingsbeperkende praktijken inzake aanbestedingen in Nederland. Het beroep van de SPO en de bouwverenigingen is door het Gerecht van Eerste Aanleg verworpen,¹⁰² en hun hoger beroep is door het Hof van Justitie

¹⁰⁰ Randnr. 27 van de Richtsnoeren.

¹⁰¹ Beschikking van de Commissie nr. 92/204/EEG van 5 februari 1992, zaak IV/31.572 en 32.571 (*Bouwnijverheid in Nederland*), *PbEG* 1992 L 92/1.

¹⁰² GvEA 21 februari 1995, zaak T-29/92, *Jur.* 1995, p. II-289 (*SPO / Commissie*).

verworpen.¹⁰³ Ten tijde van de SPO-beschikking waren partijen op de Nederlandse markt actief. De inhoud en strekking van de SPO-beschikking kan partijen niet zijn ontgaan.

150. In dit verband is tevens van belang dat bij de inwerkingtreding van de Mededingingswet (in 1998) in het openbaar en specifiek is stilgestaan bij het mededingingsrecht in relatie tot de bouw. De wetgever heeft er toen geen misverstand over laten bestaan dat de mededingingsregels van toepassing zijn op de bouw.¹⁰⁴
151. Daarnaast heeft de NMa vanaf het begin van haar bestaan in haar persuitlatingen regelmatig bekend gemaakt dat afspraken tussen ondernemingen met betrekking tot aanbestedingen in strijd zijn met het kartelverbod.¹⁰⁵
152. De d-g NMa ziet in het bovenstaande op zichzelf aanleiding om ten aanzien van de betrokken ondernemers de boete te verhogen. In het onderhavige geval weegt voorts dat ten tijde van de verboden gedraging, er veel publiciteit en publieke aandacht was voor het onderwerp 'bouwfraude'.
153. In november 2001 werden in het VARA/NPS-tv-programma Zembla onthullingen gedaan over prijsafspraken in de bouwnijverheid. Op 6 december 2001 werd een tijdelijke parlementaire commissie onderzoek bouwfraude ingesteld. Vervolgens werd de enquêtecommissie ingesteld. De openbare verhoren vonden plaats van 22 augustus tot en met 27 september 2002. Hieraan is in de media veel aandacht geschonken. Op 12 december 2002 heeft de enquêtecommissie haar eindrapport gepresenteerd, waaraan in de media eveneens veel aandacht is geschonken. De drie betrokken ondernemers hadden zich meer dan ooit tevoren kunnen realiseren dat hun gedraging verboden was. Niettemin hebben partijen ruim drie maanden daarna een afspraak omtrent 'rekenvergoedingen' gemaakt.
154. De d-g NMa ziet in het bovenstaande aanleiding om ten aanzien van de betrokken ondernemingen de boete te verhogen met 20%.
155. Voorts zij vermeld dat de d-g NMa, naar aanleiding van een door de Vereniging van Samenwerkende Dakbedekkingsbedrijven ingediend verzoek om ontheffing ex artikel 17 Mw, zich reeds in 1998 onder meer heeft uitgesproken over afspraken met betrekking tot het toekennen van 'rekenvergoedingen' tussen ondernemingen werkzaam in de dakbedekkingsbranche. Ten aanzien van de vergoedingen voor rekenwerk heeft de d-g

¹⁰³ HvJEG 25 maart 1996, zaak C-137/95 P, *Jur.* 1996, p. I-1611 (*SPO / Commissie*).

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 707, nr. 6 (*Nota n.a.v. het verslag*), p. 5-6.

¹⁰⁵ Zie bv. het persbericht van 23 november 1998, 'Voorlopig oordeel NMa: diverse aanbestedingsregelingen verboden' (o.a. op 24 november 1998 gepubliceerd in *Cobouw* ('Kartelpolitie verbiedt regelingen aanbesteding, concurrentie feller'), *NRC Handelsblad* en *Volkskrant*).

NMa op 20 november 1998, mede gelet op de Europese jurisprudentie,¹⁰⁶ in een voorlopig oordeel gesteld dat zij strijd opleveren met de Mededingingswet. Alle drie betrokken ondernemingen waren aangesloten bij de Vereniging van Samenwerkende Dakbedekkingsbedrijven.¹⁰⁷ Ook in dit licht kan worden aangenomen dat partijen op de hoogte hadden moeten zijn van het verboden karakter van hun gedragingen.¹⁰⁸

156. Daar komt nog bij, dat Vestia, juist om zich te beschermen tegen afspraken zoals die door Consolidated, CazDak en Texa zijn gemaakt, aan hen heeft gevraagd een 'akkoordverklaring' te ondertekenen.¹⁰⁹ Hierin is onder andere de volgende bepaling opgenomen:

“De inschrijver verklaart door ondertekening dezes uitdrukkelijk, dat hij, ongeacht de uitslag van de prijsonderhandelingen, geen rekenvergoeding in rekening zal brengen noch voor hemzelf, noch voor enige maatschappelijke organisatie, noch voor enige andere partij.”

157. Wegens deze omstandigheid wordt de basisboete voor de betrokken ondernemingen andermaal met 5% verhoogd, zodat de basisboete voor de betrokken ondernemingen in totaal met 25% wordt verhoogd.
158. Voor Consolidated komt daarbij dat zij het initiatief¹¹⁰ heeft genomen tot het litigieuze gedrag. De d-g NMa beschouwt dat eveneens als een boeteverhogende omstandigheid. Ten aanzien van Consolidated wordt daarom de basisboete met een extra 10% verhoogd, zodat de basisboete voor Consolidated in totaal met 35% wordt verhoogd.
159. Ten slotte heeft de d-g NMa in ogenschouw genomen dat Consolidated na de gunning op verzoek van Vestia een 'integriteitsverklaring' heeft ondertekend.¹¹¹ Hierin heeft Consolidated verklaard dat:

“1. alle door ondernemer gedane aanbiedingen ten behoeve van Vestia Groep op regelmatige wijze tot stand komen en meer in het bijzonder tot stand komen zonder

¹⁰⁶ Beschikking van de Commissie nr. 92/204/EEG van 5 februari 1992, zaak IV/31.572 en 32.571 (*Bouwnijverheid in Nederland*), *PbEG* 1992 L 92/1; GvEA 21 februari 1995, zaak T-29/92, *Jur.* 1995, p. II-289, r.o. 119 (*SPO / Commissie*); HvJEG 25 maart 1996, zaak C-137/95-D, *Jur.* 1996, p. I-1611 (*SPO / Commissie*).

¹⁰⁷ Document 3687/44. De technisch directeur van Consolidated Groep was van 1993 tot en met 1999 bestuurslid van de Vereniging van Samenwerkende Dakbedekkingsbedrijven.

¹⁰⁸ Ook in bv. *Cobouw*, een krant voor de bouwsector, is aandacht besteed aan het voorlopige oordeel van de d-g NMa omtrent de ontheffingsaanvraag van de Vereniging van Samenwerkende Dakbedekkingsbedrijven ('Aanbestedingsregels onder vuur', *Cobouw* 28 januari 1999).

¹⁰⁹ Document 3687/31. Zie voor de door CazDak ondertekende akkoordverklaring document 3687/21, 03270323430007 en 3687/31, 03270136000054. Zie voor de door Consolidated voor ondertekende akkoordverklaring document 3687/22, 03270353400040 en 3687/24.

¹¹⁰ Zie randnr. 11 en 12 van deze beschikking.

¹¹¹ Document 3687/31, 03270136000065.

overeenkomst(en) of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met mede-inschrijvers, onderaannemers en/of andere derden, die er toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging is of wordt verhinderd of beperkt en/of prijzen daardoor zijn of worden verhoogd.

2. *ondernemer, noch haar vennoten, noch met hem/hen verbonden vennootschappen, noch zijn/hun werknemers betrokken is (zijn), zal (zullen) zijn, of betrokken is (zijn) geweest bij onder 1 genoemde overeenkomst(en) en/of gedragingen. Deze verplichting geldt voor:*
 - (A) *thans aan ondernemer op te dragen werk; Complex 1731-dakbedekking vervangen;*
 - (B) *opdrachten, welke in de toekomst door Vestia Groep aan ondernemer zullen worden verstrekt;*
 - (C) *opdrachten, welke in het verleden door Vestia Groep aan ondernemer zijn verstrekt, hier mede onder begrepen de opdrachten die thans voortduren.*
3. *ondernemer ermee instemt dat, indien ná gunning van een opdracht het tegendeel blijkt van hetgeen is verklaard onder 1 en 2, ondernemer aan Vestia Groep een direct opeisbare vergoeding verschuldigd zal zijn van 10 % van de aanneemsom, onverminderd het recht van Vestia Groep op verdere schadevergoeding. Vestia Groep zal dan voorts het recht hebben ondernemer respectievelijk haar vennoten en met hem/hen verbonden vennootschappen voor een periode van twee jaar uit te sluiten van deelname aan aanbestedingsprocedures.”*

160. Gezien het feit dat bij de boeteverhogende omstandigheden reeds rekening is gehouden met de aan partijen toegezonden akkoordverklaring, dat in de integriteitsverklaring een vergoeding van 10% van de aanneemsom voor de opdrachtgever, onverminderd het recht op verdere schadevergoeding, is opgenomen en dat de integriteitsverklaring dateert van na de totstandkoming van de verboden overeenkomst tussen partijen, acht de d-g NMa het niet opportuun om de boete voor Consolidated nog meer te verhogen wegens het feit dat zij de integriteitsverklaring heeft ondertekend.

Boeteverlagende omstandigheden

161. Partijen hebben aangevoerd dat het feit dat er publiciteit is geweest naar aanleiding van het rapport, reden zou moeten zijn de boete te verlagen. Ook hebben partijen aangevoerd dat het feit dat de ‘rekenvergoeding’ ‘slechts’ € 2.500 bedroeg aanleiding zou moeten zijn om de boete te verlagen. Voorts heeft Consolidated aangevoerd dat zij heeft getracht met Vestia in overleg te treden om tot een ‘oplossing’ te komen.
162. Naar het oordeel van de d-g NMa is het feit dat er enige publiciteit is geweest naar aanleiding van het rapport, geen boeteverlagende omstandigheid (zie ook randnummer 64 hierboven). Ook het feit dat de ‘rekenvergoeding’ per partij ‘slechts’ € 2.500 bedroeg, is geen boeteverlagende omstandigheid. Het feit dat Consolidated stelt te hebben getracht ‘tot een oplossing te komen’ met Vestia, is evenmin afdoende om te worden aangemerkt als een boeteverlagende omstandigheid. Ook overigens zijn geen omstandigheden aanwezig die aanleiding zouden geven om de boetes te verlagen.

4.3.3 Berekening boetebedrag

163. Het vorenstaande leidt tot de volgende boetes (de basisboete, zoals vermeld in randnummer 145, is voor CazDak en Texa verhoogd met 25%, en voor Consolidated met 35%. De bedragen zijn vervolgens naar beneden afgerond naar het meest dichtbij zijnde honderdtal.

	Boete:
Consolidated	€ 4.200
CazDak	€ 3.900
Texa	€ 3.900

164. De d-g NMa heeft overeenkomstig artikel 57 Mw ambtshalve voor elke betrokken onderneming getoetst of de boete niet hoger is dan € 450.000 dan wel, indien dat meer is, niet hoger dan 10% van de omzet van de onderneming in het jaar 2003.

165. De d-g NMa is van oordeel dat de bovengenoemde boetes evenredig zijn in verhouding tot de met de Richtsnoeren (en de boete-oplegging) te dienen doelen en ook overigens billijk zijn.

5. Besluit

I. De d-g NMa:

- a. legt aan Consolidated Nederland B.V., gevestigd te Gorinchem, een boete op van € 4.200;
- b. legt aan Cazemier Dakbedekking Rotterdam B.V., gevestigd te Gameren, een boete op van € 3.900;
- c. legt aan Texa Dakbedekkingen B.V., gevestigd te Monster, een boete op van € 3.900.

II. Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum: 14 juni 2004

Mr. P. Kalbfleisch

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit betrokken is, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16 326, 2500 BH Den Haag.