

Nederlandse Mededingingsautoriteit**BESLUIT**

Nummer 3689-160

Betreft zaak: 3689 / Aanbesteding dakrenovatie AMC

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

INHOUDSOPGAVE

1.	VERLOOP VAN DE PROCEDURE	2
2.	DE FEITEN	5
2.1.	DE AANBESTEDING EN DE GUNNING.....	5
2.2.	VOOROVERLEG.....	7
2.3.	CONCLUSIE TEN AANZIEN VAN DE FEITEN.....	15
2.4.	ZIENSWIJZEN VAN PARTIJEN TEN AANZIEN VAN DE FEITEN.....	16
2.4.1.	<i>Zienswijze van Erdo ten aanzien van de feiten</i>	16
2.4.2.	<i>Zienswijze van Swindak ten aanzien van de feiten</i>	18
3.	JURIDISCHE BEOORDELING	19
3.1.	PROCEDURELE ASPECTEN.....	19
3.1.1.	<i>Toegang tot het dossier</i>	19
3.1.2.	<i>Wijze van bewijsvergaring</i>	22
3.1.3.	<i>Inzage termijn</i>	32
3.2.	MATERIËLE ASPECTEN.....	33
3.2.1.	<i>Artikel 6, eerste lid, Mw</i>	33
3.2.2.	<i>Onderneming in de zin van artikel 6 Mw</i>	34
3.2.3.	<i>Overeenkomst</i>	34
3.2.4.	<i>Mededingingsbeperkingen</i>	35
4.	SANCTIE	37
4.1.	TOEREKENING.....	37
4.2.	BOETES.....	39
4.2.1.	<i>Het juridisch kader; de Mededingingswet en de Richtsnoeren Boetetoemeting</i>	39
4.2.2.	<i>Toepassing van de Richtsnoeren</i>	40
4.2.3.	<i>Berekening boetebedrag</i>	49
5.	BESLUIT	50

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 vijf ondernemingen die actief zijn in de dakbedekkingsbranche, te weten Dakbedekkingsbedrijf Boko B.V. (hierna: Boko), gevestigd te Westknollendam, Consolidated Nederland B.V. (hierna: Consolidated), gevestigd te Gorinchem, Erdo B.V. (hierna: Erdo), gevestigd te Capelle aan den IJssel, Strijland Dakbedekking B.V. (hierna: Strijland), gevestigd te Heteren, en Swindak B.V. (hierna: Swindak), gevestigd te Zwijndrecht.
2. Aanleiding voor de onderzoeksactiviteiten was onder andere een klacht die de d-g NMa op 21 januari 2003 ontving van de gemeente Amsterdam.¹ De gemeente Amsterdam diende deze klacht in nadat het Bureau Screenings- en Bewakingsaanpak van de gemeente Amsterdam was gebeld door een anoniem persoon, die aangaf in het bezit te zijn van afschriften van prijsafspraken en afspraken omtrent de ophoging van prijzen van aanbiedingen tussen ondernemingen in de dakbedekkingsbranche, en nadat zij op 15 januari 2003 per post de documenten had ontvangen van een anonieme afzender. De documenten hadden onder andere betrekking op een aanbesteding van een dakrenovatie van het Academisch Medisch Centrum van de Universiteit van Amsterdam (hierna: AMC), die op 28 juni 1999 heeft plaatsgevonden.
3. Op basis van voornoemde documenten 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 op 5 en 6 maart 2003 onderzoek verricht bij onder anderen Erdo,³ Consolidated,⁴ Boko⁵ en Swindak.⁶ Bij de onderzoeken zijn digitale alsmede schriftelijke gegevens gekopieerd. 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.

¹ Document 3689/ 1.

² *Stat.* 2 januari 1998, nr. 1.

³ Document 3689/ 9.

⁴ Document 3689/ 10.

⁵ Document 3689/ 11.

⁶ Document 3689/ 45.

4. Bij brief van 25 april 2003 is aan het AMC informatie gevraagd over de aanbesteding van de renovatie van de dakbedekkingen op 28 juni 1999. Op 27 mei en 22 juli 2003 heeft de NMa de gevraagde informatie van het AMC ontvangen.
5. Op 13 mei 2003 ontving de d-g NMa een enveloppe zonder vermelding van een afzender met daarin schriftelijke documenten met betrekking tot prijsafspraken tussen verscheidene ondernemingen en ophoging van prijzen van de aanbiedingen in de dakbedekkingsbranche.⁷ Het betrof onder andere dezelfde informatie als de informatie die op 21 januari 2003 was ontvangen van de gemeente Amsterdam met betrekking tot het project voor de dakrenovatie van het AMC.
6. Op 21 mei 2003 hebben ambtenaren van de NMa een verklaring afgenomen van de voormalig directeur van Strijland (de heer [XXX]).⁸
7. Op 9 juni en 22 oktober 2003 hebben ambtenaren van de NMa inlichtingen en inzage gevorderd bij het Mercure Hotel Postiljon Utrecht-Bunnik (hierna: motel Bunnik). Enkele schriftelijke documenten zijn gekopieerd.⁹
8. Op 11 juni 2003 hebben ambtenaren van de NMa een verklaring afgenomen van een technisch commercieel medewerker van Strijland.¹⁰
9. Op 17 juni 2003 hebben ambtenaren van de NMa een verklaring afgenomen van de algemeen directeur van Boko (de heer [XXX]).¹¹
10. Op 18 juni 2003 hebben ambtenaren van de NMa een verklaring afgenomen van het voormalig hoofd van de Technische Commerciële Groep van Erdo (de heer [XXX])¹² en op 30 juni 2003 van de directeur en de calculator van Erdo (respectievelijk de heer [XXX] en de heer [XXX]).¹³ Tevens is op 30 juni 2003 een kopie van de offerte voor het project van het AMC uit de administratie van Erdo gevorderd.¹⁴

⁷ Document 3689/ 19.

⁸ Document 3689/ 20.

⁹ Document 3689/ 16 en 3689/59.

¹⁰ Document 3689/ 28.

¹¹ Document 3689/ 33.

¹² Document 3689/ 34.

¹³ Document 3689/ 38.

¹⁴ Idem.

11. Op 15 juli 2003 hebben ambtenaren van de NMa een onderzoek uitgevoerd bij Swindak. Tijdens dit onderzoek zijn schriftelijke documenten gekopieerd.¹⁵
12. Op 7 augustus 2003 hebben ambtenaren van de NMa inlichtingen gevorderd bij het AC Restaurant Utrecht.¹⁶ Op 28 augustus 2003 heeft de NMa de opgevraagde informatie van het AC Restaurant Utrecht ontvangen.¹⁷
13. Op 7 augustus 2003 is het Nederlands Forensisch Instituut van het Ministerie van Justitie (hierna: NFI) verzocht twee vergelijkende handschriftonderzoeken uit te voeren. Op 17 oktober 2003 heeft de NMa twee rapporten van het NFI ontvangen.¹⁸
14. Op 4 en 17 september 2003 hebben ambtenaren van de NMa verklaringen afgenomen van de technisch directeur van Consolidated Groep B.V. (de heer [XXX]).¹⁹
15. Op 9 september 2003 hebben ambtenaren van de NMa een verklaring afgenomen van een directeur van Swindak (de heer [XXX]).²⁰
16. Na afloop van het onderzoek had de d-g NMa een redelijk vermoeden dat een overtreding als bedoeld in artikel 56, eerste lid, Mw, is begaan door Boko, Consolidated, Erdo, Strijland en Swindak met betrekking tot de aanbesteding van een dakrenovatie van het AMC in juni 1999. Mitsdien heeft de d-g NMa op 19 december 2003 een rapport (hierna: het rapport) als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw doen opmaken, waarvan de vertrouwelijke versie op dezelfde datum is toegezonden aan Boko, Consolidated, Erdo, Strijland en Swindak, alsmede aan hun respectievelijke moederondernemingen Consolidated Groep B.V. (hierna: Consolidated Groep), Euron Vastgoed B.V., Gilden Holding B.V. Indubouw B.V. en Mofono B.V. (hierna: Mofono).
17. Voor het opstellen van het rapport heeft geen inzage in de gekopieerde digitale gegevens plaatsgevonden; de gekopieerde digitale gegevens vormen geen deel van het dossier in deze zaak en zijn dan ook niet voor het bewijs gebruikt.
18. Gelet op het bepaalde in artikel 60, eerste lid, Mw hebben de betrokken ondernemingen omtrent het rapport schriftelijk hun zienswijzen naar voren gebracht. Tevens vond, eveneens overeenkomstig het bepaalde in artikel 60, eerste lid, Mw ten kantore van de

¹⁵ Document 3689/ 45.

¹⁶ Document 3689/ 50.

¹⁷ Document 3689/ 51.

¹⁸ Document 3689/ 57 en 3689/ 58.

¹⁹ Document 3689/ 52 en 3689/ 56. Consolidated Groep B.V. is bestuurder van Consolidated.

²⁰ Document 3689/ 54.

NMa op 20 februari 2004 een hoorzitting plaats, waarop partijen mondeling hun zienswijzen omtrent het bovengenoemde rapport naar voren konden brengen. Uitsluitend Swindak en haar moederonderneming Gilden Holding B.V. hebben van deze gelegenheid gebruik gemaakt.

19. Van de hoorzitting is ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw een verslag gemaakt dat, evenals de schriftelijke zienswijzen van de partijen, op 16 maart 2004 aan alle partijen is toegezonden. Alle partijen hebben daarna aangegeven geen inhoudelijke reactie op elkaars zienswijzen te hebben.
20. Voor de volledigheid zij vermeld dat door partijen geen beroep is gedaan op de Richtsnoeren Clementietoezegging.²¹ In deze zaak is derhalve geen toezegging gedaan op basis van genoemde Richtsnoeren dat boete-immuniteit of boetevermindering zal worden verleend.

2. De feiten

21. Paragraaf 2.1 en 2.2 hieronder bevatten een uiteenzetting van de feiten en een waardering van de feiten door de d-g NMa. Paragraaf 2.3 bevat de conclusie van de d-g NMa omtrent de feiten, en in paragraaf 2.4 wordt ingegaan op de zienswijzen van partijen ten aanzien van de feiten.

2.1. De aanbesteding en de gunning

22. Boko, Consolidated, Erdo, Strijland en Swindak houden zich bezig met het bedekken van met name platte daken met bitumineuze en kunststof dakbedekkingen.
23. Op 26 mei 1999 verzond het AMC een bestek aan Boko, Consolidated, Erdo, Strijland en Swindak met de uitnodiging deel te nemen aan de onderhandse aanbesteding op 28 juni 1999 met besteknummer P 9010, door opgave van een prijs voor de renovatie van de dakbedekkingen A tot en met M van het AMC inclusief bijbehorende werkzaamheden.²² Het AMC heeft op deze aanbesteding de bepalingen van het Uniform Aanbestedingsreglement 1986 van toepassing verklaard en als gunningscriterium gekozen: de

²¹ Richtsnoeren Clementietoezegging d.d. 28 juni 2002, gepubliceerd op de NMa-website (www.nmanet.nl > Wet- en regelgeving > Richtsnoeren).

²² Document 3689/26, stempelnr. 032700009300051/m -9.

economisch voordeligste inschrijving.²³ De inschrijvingen moesten uiterlijk op 28 juni 1999 om 10.30 uur bij het AMC worden ingediend.²⁴

24. Het AMC heeft een dag van inlichtingen ('de aanwijzing') georganiseerd, waarop inlichtingen zijn verstrekt en een visuele rondgang op de bouwlocatie is gehouden. Deze dag vond plaats op 2 juni 1999.²⁵

25. Op 28 juni 1999 werd op de aanbesteding van dit project ingeschreven door de vijf betrokken ondernemingen volgens twee verschillende uitvoeringsmethoden. Voor de eerste uitvoeringsmethode, het renoveren van de dakbedekkingen met gebruik van bitumineuze dakbedekking, waren de inschrijfprijzen exclusief BTW als volgt.

Strijland	NLG	4.540.000,-
Boko	NLG	4.199.000,-
Swindak	NLG	4.261.250,-
Erdo	NLG	4.010.000,-
Consolidated	NLG	3.790.000,- ²⁶

26. Voor de tweede uitvoeringsmethode, het renoveren van de dakbedekkingen met gebruik van EPDM²⁷ dakbedekking, waren de inschrijfprijzen exclusief BTW als volgt.

Strijland	NLG	4.686.950,-
Boko	NLG	4.199.000,-
Swindak	NLG	4.261.250,-
Erdo	NLG	3.980.000,-
Consolidated	NLG	3.850.000,- ²⁸

27. Het AMC heeft het project gegund aan Consolidated op grond van het feit dat zij de laagste inschrijver was voor beide uitvoeringsmethoden.²⁹ Na overleg tussen het AMC en Consolidated bedroeg de aanneemsom met gebruik van EPDM dakbedekking uiteindelijk NLG 3.731.000,- exclusief BTW.

28. Tijdens een bouwvergadering op 7 september 1999 ten kantore van het AMC heeft Consolidated de opdrachtgever verzocht om Erdo te mogen inschakelen bij het project,

²³ Document 3689/48, stempelnr. 03270141000001.

²⁴ Zie voetnoot 22.

²⁵ Document 3689/26, stempelnr. 03270000930005t/m -9.

²⁶ Document 3689/26, stempelnr. 03270000930017.

²⁷ EPDM is een synthetisch rubber.

²⁸ Document 3689/26, stempelnr. 03270000930017.

²⁹ Brief d.d. 23 juli 1999 van AMC aan Consolidated (document 3689/26, stempelnr. 03270000930026).

aangezien Erdo bekend zou zijn met het werken met de toe te passen materialen en met de opbouw van de constructie. Hiermee is het AMC akkoord gegaan.

29. Op 6 oktober 1999 hebben Consolidated en Erdo een combinatieovereenkomst gesloten in het kader van de dakrenovatie voor het AMC.³⁰

2.2. Vooroverleg

30. Bij de aanwijzing op 2 juni 1999 (zie randnummer 24) waren vertegenwoordigers van Boko, Consolidated, Erdo, Strijland en Swindak aanwezig.³¹ In elk geval vanaf deze datum wisten de vijf betrokken ondernemingen dat elk van hen door het AMC was uitgenodigd tot het doen van een offerte.
31. Op 24 juni 1999 hebben vertegenwoordigers van de vijf betrokken ondernemingen overleg met elkaar gevoerd in motel Bunnik.³² Dit blijkt onder andere uit de handgeschreven aantekeningen d.d. 24 juni 1999 van de heer [XXX], voormalig hoofd van de Technische Commerciële Groep van Erdo, aan de heer [XXX], calculator bij Erdo.³³ Eén van de aantekeningen betreft de aanwezigen bij het overleg:

“Aanwezig
Swindak – [XXX]³⁴
CN – [XXX]³⁵

³⁰ Document 3689/10, stempelnr. 03270200420042 t/m -49.

³¹ Dit blijkt uit de handgeschreven aantekeningen van de heer [XXX] aan de heer [XXX] (document 3689/9, stempelnr. 03270193390829), uit de verklaring van de directeur van Swindak (document 3689/54), en uit de verklaring van de technisch directeur van Consolidated Groep (document 3689/56).

³² Van motel Bunnik is een intern reserveringsformulier m.b.t. zaalreservering Boko op 24 juni 1999 voor 10 pers. verkregen (document 3689/16, nummer 3270/69.O343.012), alsmede een rekening-specificatie d.d. 24 juni 1999 van motel Bunnik aan Boko m.b.t. zaalhuur voor 10 pers. (document 3689/16, nummer 3270/69.O343.011), en een visitekaartje van dhr. [XXX], technisch directeur van Consolidated, afgegeven aan motel Bunnik, met daarop de handgeschreven aantekening “De rek. van zaal 10 Boko 24/06/99 moet hier naartoe.” (document 3689/16, nummer 3270/69.O343.013).

³³ Document 3689/1, stempelnr. 03270010000010 en document 3689/19, stempelnr. 00003270750072. Dat de notities afkomstig zijn van de heer [XXX], blijkt uit het feit dat de notities afkomstig zijn van “[XXX]”, hetgeen duidt op de initialen en achternaam van de heer [XXX], alsmede uit het deskundigenrapport d.d. 16 oktober 2003 van het NFI (document 3689/58). Het NFI komt tot het oordeel dat de notities “hoogstwaarschijnlijk” van de hand van de heer [XXX] zijn. De kwalificatie “hoogstwaarschijnlijk” is de één-na-hoogste gradatie van waarschijnlijkheid binnen de door het NFI gehanteerde gradaties bij vergelijkend handschriftenonderzoek. De hoogste gradatie van waarschijnlijkheid kan slechts worden vastgesteld aan de hand van originele documenten.

³⁴ De heer [XXX] is directeur van Swindak. Op de vraag van de NMa of hij bij het overleg in Bunnik aanwezig is geweest, deed de heer [XXX] een beroep op het zwijgrecht (document 3689/54).

Strijland – [XXX]³⁶
Boko – [XXX]³⁷ / [XXX] s³⁸
Erdo – [XXX]³⁹ / [XXX]⁴⁰”

32. De d-g NMa is tot de conclusie gekomen dat de vijf betrokken ondernemingen tijdens het overleg op 24 juni 1999 hebben afgesproken wie van hen het project van het AMC zou moeten krijgen en daartoe hebben zij besproken welke onderneming tegen welke prijs zou inschrijven. Dit blijkt onder andere uit het volgende.
33. In de handgeschreven aantekeningen van 24 juni 1999 van de heer [XXX]⁴¹ (Erdo) (zie randnummer 31) is vermeld:

³⁵ De heer [XXX] is technisch directeur van Consolidated Groep. De heer [XXX] heeft m.b.t. tot het overleg aangaande het project van het AMC verklaard: “Ik heb omstreeks die periode, in ieder geval en voor zover ik mij kan herinneren, gesproken met de heer [XXX], [XXX] en [XXX].” (document 3689/52). “Met ‘omstreeks die periode’ bedoel ik de bijeenkomst in Bunnik.” (document 3689/56).

³⁶ De heer [XXX] is voormalig directeur van Strijland. In de agenda van de heer [XXX] staat op 24 juni 1999 om 20.00 uur de vermelding “Bunnik” (document 3689/32, stempelnr. 03270109000184).

³⁷ De heer [XXX] is algemeen directeur van Boko. In de agenda van de heer [XXX] staat op 24 juni 1999 om 20.00 uur de vermelding “Bunnik” (document 3689/11, stempelnr. 03270220472305).

³⁸ De heer [XXX] is commercieel directeur van Boko.

³⁹ De heer [XXX] is directeur van Erdo. In de agenda van de heer [XXX] staat op 24 juni 1999 om 20.00 uur de vermelding “Boko Motel Bunnik” (document 3689/9, stempelnr. 03270193390602). Hij heeft m.b.t. deze afspraak in zijn agenda een beroep op het zwijgrecht gedaan (document 3689/38).

⁴⁰ De heer [XXX] is voormalig hoofd van de Technische Commerciële Groep van Erdo. Op de vraag van de NMa of hij bij het overleg in Bunnik aanwezig is geweest, deed de heer [XXX] een beroep op het zwijgrecht (document 3689/34).

⁴¹ Zie voetnoot 33. Boven aan de aantekeningen is het nummer “26876” vermeld. Uit een document dat van Erdo is verkregen, blijkt dat het interne offertenummer van Erdo voor het project van het AMC “26876” is (document 3689/38, stempelnr. 00032701210012).

waarvoor de vijf betrokken ondernemingen uiteindelijk hebben ingeschreven (op één uitzondering na).⁴⁸ Bovendien constateert de d-g NMa dat de notities een 'rekenvergoeding' vermelden van in totaal NLG 600.000, bestaande uit driemaal een vergoeding van NLG 200.000, hetgeen betekent dat twee van de vijf ondernemingen geen 'rekenvergoeding'⁴⁹ zouden ontvangen, en dat derhalve twee ondernemingen de opdracht zouden mogen uitvoeren. De ene onderneming zou Consolidated zijn, aangezien uit de aantekeningen blijkt dat die voor het laagste bedrag zou inschrijven. Wie de andere onderneming zou zijn die de opdracht samen met Consolidated zou uitvoeren, kan niet uit de notities worden opgemaakt (wel uit de verklaringen en het administratieformulier waarop hieronder wordt ingegaan). Zoals vermeld in randnummer 28, heeft Consolidated naderhand aan het AMC voorgesteld om Erdo in te schakelen bij het project (en hebben Consolidated en Erdo een combinatieovereenkomst gesloten, zie randnummer 29). Erdo was daarmee de andere onderneming die het project zou mogen uitvoeren (en dus geen 'rekenvergoeding' zou ontvangen). Op basis hiervan luidt de conclusie dat de vijf betrokken ondernemingen hebben afgesproken dat Consolidated en Erdo de opdracht zouden mogen uitvoeren voor een inschrijfbedrag van NLG 3.790.000 bij gebruik van bitumineuze dakbedekking en van NLG 3.850.000 bij EPDM dakbedekking en dat Boko, Strijland en Swindak elk recht hadden op een vergoeding van NLG 200.000. Tevens zijn de bedragen overeengekomen waarvoor de vijf betrokken ondernemingen zouden inschrijven.

35. Deze conclusie wordt bevestigd door de technisch directeur van Consolidated Groep (de heer [XXX]), die met betrekking tot de gang van zaken tijdens het overleg op 24 juni 1999 heeft verklaard "(...) dat het op dat moment wellicht ging om wie het werk voor het AMC in combinatie zou uitvoeren. (...) Ik heb niet over prijzen gesproken, voor zover ik mij kan herinneren."⁵⁰ Uit de aantekeningen van de heer [XXX] blijkt dat wel degelijk ook over prijzen is gesproken. Voorts heeft de heer [XXX] verklaard: "In eerste instantie vroegen Boko en Erdo er preferentie voor. Zij vonden dat zij dat werk mochten maken. Ik vond echter dat wij evenveel recht hadden. Er is toen een woordenwisseling ontstaan."⁵¹ "Toen besloten was dat Consolidated en Erdo het werk gingen maken, is Strijland afgehaakt. Ik denk dat Swindak toen ook is afgehaakt. Ik denk dat dit is geweest tijdens het overleg in Bunnik."⁵² Strijland was er in

⁴⁸ Zie randnr. 25 en 26 voor de inschrijfprijzen. Zowel voor de bitumineuze dakbedekking als voor de EPDM dakbedekking zijn de inschrijfbedragen hetzelfde als de bedragen die in de notities zijn vermeld, m.u.v. het bedrag waarvoor Swindak heeft ingeschreven voor de bitumineuze dakbedekking.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Zie de verklaring van de heer [XXX] d.d. 17 september 2003 (document 3689/56).

⁵¹ Zie de verklaring van de heer [XXX] d.d. 4 september 2003 (document 3689/52).

⁵² Zie de verklaring van de heer [XXX] d.d. 17 september 2003 (document 3689/56).

eerste instantie ook bij, maar in verband met de grootte van het werk hebben zij afgehaakt. (...) Nadat de andere zich hadden teruggetrokken, is uiteindelijk Boko ook afgehaakt.”⁵³

36. De conclusie in randnummer 34 wordt tevens bevestigd door de verklaring van de voormalig directeur van Strijland (de heer [XXX]). Hij heeft met betrekking tot de inhoud van het overleg in motel Bunnik aangaande het project van het AMC verklaard: *“De bijeenkomst ging over het systeem van het werk. Het was een ingewikkeld werk. Daarom was die bijeenkomst belegd. Ik weet niet meer precies wie er aanwezig waren. Het project is gemaakt door CN⁵⁴ en Erdo. Daar is toen de combinatie geboren tussen die twee bedrijven, denk ik. Ik heb daar toen aangegeven dat wij het werk niet wilden hebben en dat we daarom hoog zouden inschrijven. Ik kan mij niet herinneren of er over de hoogte van de inschrijfprijzen is gesproken. (...) Ik ben eerder weg gegaan bij die bijeenkomst. Wat er daarna besproken is, weet ik dus ook niet.”⁵⁵*
37. Bovendien wordt de conclusie in randnummer 34 bevestigd door een gedeeltelijk voorbedrukt administratief formulier dat verder met de hand is ingevuld.⁵⁶ De NMa heeft dit formulier zowel van de gemeente Amsterdam als van een onbekende afzender gekregen. De inhoud van dit formulier is hieronder weergegeven (hetgeen in het administratief formulier voorbedrukt is, is vetgedrukt weergegeven; hetgeen met de hand is ingevuld, is niet vetgedrukt weergegeven).

⁵³ Zie de verklaring van de heer [XXX] d.d. 4 september 2003 (document 3689/52).

⁵⁴ 'CN' staat voor Consolidated Nederland.

⁵⁵ Zie de verklaring van de heer [XXX] d.d. 21 mei 2003 (document 3689/20).

⁵⁶ Document 3689/1, stempelnr. 03270010000009 en document 3689/19, stempelnr. 00003270750071.

"Aanvrager: AMC Amsterdam.			Blad nr: 1894.			
Werk: Bestaande daken AMC Amsterdam.			VC/S nr: PB 26876.			
			Datum: 24-6-1999.			
Inschrijvers	Inshr.:	Offerte:	verg.:	R.O.	R.G.	Afger. vert:
Consolidated	3.850.000,-	3.790.000,-				
ERDO	3.980.000,-	4.010.000,-				
BOKO	4.199.000,-	4.199.000,-				
Swindak	4.261.250,-	4.180.000,-				
Strijland	4.686.950,-	4.540.000,-				
Bijzonderheden: Vergoeding totaal f 600.000,- (3x f200.000,-)						
CN + ERDO = v.o.f. voor uitvoering.						
Wanneer eventueel een 6 ^e wordt aangevraagd is vergoeding						
4 x 150.000,-.						
Strijland:	50.000,-	RC 17/ 12 '99.				
Boko:	50.000,-	RC 17/ 12 '99.	<u>0.2993</u>			
Swindak:	50.000,-	RC 17/ 12 '99.				
17-12-99. Centr. afgerekend."						

38. Op de van de gemeente Amsterdam verkregen kopie van dit formulier staat de volgende toevoeging, die gericht is aan een medewerker van de gemeente Amsterdam.⁵⁷

"[.:],
Dit is het interne administratieformulier illegale prijsafspraken van Erdo, Kompasstraat
6, Capelle aan den IJssel,
bijgehouden in opdracht van directeur [XXX] door een personeelslid van Erdo.
De handgeschreven rapportage is ditmaal van de Hr. [XXX], chef onderhoud
Renovatiedaken Erdo.
Direkteur [XXX] is hier wel bij, zie aanwezig.
Alle illegale prijsafspraken vinden plaats onder volledige verantwoording en in opdracht
Van directeur [XXX]."

39. Tijdens het onderzoek bij Erdo op 6 maart 2003 heeft een ambtenaar van de NMa een identiek voorbedrukt administratieformulier⁵⁸ als vermeld in randnummer 37 getoond aan

⁵⁷ Document 3689/ 1, stempelnr. 03270010000009.

de calculator van Erdo ([XXX]). Het betrof hier een met de hand ingevuld administratieformulier met betrekking tot een aanbesteding van een dakbedekkingsproject in Gouda, dat de NMa heeft ontvangen van de betrokken opdrachtgever, die dit formulier had ontvangen van een anoniem persoon. De calculator van Erdo heeft met betrekking tot dergelijke administratieformulieren in het algemeen verklaard: *“Die formulieren zijn er niet meer en zijn mogelijk in de vuilverbranding terechtgekomen”*.⁵⁹ Verder is hem gevraagd of het getoonde administratieformulier met betrekking tot het project in Gouda een kopie was van een authentiek administratieformulier en of het handschrift op het administratieformulier zijn handschrift was. Hierop antwoordde hij: *“Ja, het formulier is authentiek en het is mijn handschrift”*.⁶⁰ De d-g NMa is van oordeel, zowel uit eigen waarneming als op basis van het onderzoek van het NFI, waarvan de resultaten bevestigen dat het administratieformulier (volgens het NFI ‘hoogstwaarschijnlijk’; een sterkere kwalificatie is zonder originele documenten niet mogelijk) van de hand van dezelfde persoon is als het handschrift op het in randnummer 37 genoemde administratieformulier. Dit leidt tot de conclusie dat de heer [XXX], calculator van Erdo, het in randnummer 37 genoemde administratieformulier heeft ingevuld.

40. Tijdens het onderzoek bij Erdo op 6 maart 2003 heeft de directeur van Erdo omtrent het door de NMa-ambtenaar getoonde administratieformulier met betrekking tot het project in Gouda, vermeld in randnummer 39, verklaard: *“Dergelijke systemen als op het formulier waren in het verleden standaard in de bouw. In het kader van de nieuwe wetgeving zijn wij daarmee gestopt. De formulieren zijn weggegooid. Ik weet niet meer de exacte datum waarop wij zijn gestopt”*.⁶¹ Vervolgens verklaarde hij over het getoonde administratieformulier met betrekking tot het project in Gouda: *“Ik weet van wie u dit formulier heeft. Het is afkomstig van een oud-vertegenwoordiger van Erdo. Die man heeft bij ons meerdere malen bedreigd dat hij het openbaar zou maken en heeft ook met de NMa bedreigd”*.⁶² De d-g NMa is van oordeel dat Erdo in ieder geval in 1999 nog niet was gestopt met het gebruik van dergelijke formulieren, gelet op de conclusie in randnummer 39 dat het formulier met betrekking tot het project AMC is ingevuld door de calculator van Erdo, alsmede gelet op de conclusie in randnummer 34 dat Erdo op 24 juni 1999 in Bunnik afspraken heeft gemaakt met haar concurrenten. Toen de directeur van Erdo met het formulier met betrekking tot het project

⁵⁸ Document 3689/7, bijlage 3270/34.O339 4 (waarbij is getypt: “Administratieformulier illegale prijsafspraken Erdo [..]”).

⁵⁹ Document 3689/9, bijlage 3270/19.O377 (Verslag van ambtshandelingen van gesprek met o.a. de heer [XXX] van Erdo).

⁶⁰ Zie voetnoot 59.

⁶¹ Document 3689/9, bijlage 3270/19.O377 (Verslag van ambtshandelingen van gesprek met o.a. de heer [XXX] van Erdo).

⁶² Zie voetnoot 61.

AMC werd geconfronteerd, beriep hij zich ten aanzien van dit formulier op het zwijgrecht.⁶³ De calculator van Erdo, waarvan de d-g NMa heeft geconstateerd dat hij het formulier heeft ingevuld, heeft ten aanzien van de inhoud van het formulier eveneens een beroep op het zwijgrecht gedaan.⁶⁴

41. De technisch directeur van Consolidated Groep (de heer [XXX]) heeft met betrekking tot zowel het administratieformulier, vermeld in randnummer 37, als de aantekeningen van 24 juni 1999, vermeld in randnummer 31 en 32, verklaard: *“ U toont mij document 00003270750071 [het administratieformulier genoemd in randnummer 37] en nogmaals document 00003270750072 [de aantekeningen van 24 juni 1999, genoemd in randnummer 31 en 32]. Ik heb u reeds verteld dat wij wel eens ‘iets’ voor elkaar deden in de vorm van werk voor werk. [...] [W]el besproken is dat degene die het werk niet zou krijgen een compensatie voor een waarde van f50.000,- voor de zeer hoge offertekosten zou ontvangen. [...] Het zou dan gaan om de drie partijen Boko, Strijland en Swindak, aangezien Consolidated en Erdo het werk zouden uitvoeren. In Bunnik heb ik met Swindak afgesproken dat we voor een lopend werk een combinatie zouden gaan vormen en op die manier ‘iets’ konden betekenen voor Swindak. Met Boko heb ik afgesproken dat ik zijn klanten met rust zou laten met betrekking tot een aantal toekomstige werken”.⁶⁵ “Ik denk dat ik [XXX] [algemeen directeur van Boko] daar in de toekomst wel mee geholpen heb. We kennen de klanten van elkaar. Het is dan makkelijk om daar weg te blijven”.⁶⁶ “Met Strijland heb ik verder niets van doen gehad. Wellicht heeft Erdo een afspraak gemaakt met Strijland. Dat weet ik niet zeker”.⁶⁷*
42. Verder heeft de technisch directeur van Consolidated Groep verklaard: *“ Over het algemeen probeer ik me te oriënteren om in combinatie grote werken uit te voeren. Dit is te allen tijde beter dan elkaar de nek om te draaien in concurrentie. Er wordt wel eens een rekenvergoeding afgesproken”.⁶⁸ “Met ‘wel eens’ bedoel ik dat dit in het verleden wel vaker voorkwam”.⁶⁹ “Als ik spreek over rekenvergoedingen dan heb ik het over onkostenvergoedingen voor verrichte werkzaamheden, de zogenaamde offertekosten. Deze bedragen werden genoteerd in rekening-courant. Er werden geen bedragen betaald. Het mooiste is werk voor werk, maar dat komt eigenlijk niet voor, ook al zou ik dat het liefste willen”.⁷⁰*

⁶³ Document 3689/38, stempelnr. 00032701210004.

⁶⁴ Document 3689/38, stempelnr. 00032701210001 en -2.

⁶⁵ Document 3689/56.

⁶⁶ Document 3689/52.

⁶⁷ Document 3689/56.

⁶⁸ Document 3689/52.

⁶⁹ Document 3689/56.

⁷⁰ Document 3689/52.

2.3. Conclusie ten aanzien van de feiten

43. Op grond van het vorenstaande concludeert de d-g NMa het volgende. Vertegenwoordigers van Boko, Consolidated, Erdo, Strijland en Swindak hebben overleg gevoerd met betrekking tot het project van het AMC. Tijdens dit overleg hebben zij afgesproken wie het project zou uitvoeren (namelijk Consolidated en Erdo) en hebben zij daartoe besproken welke onderneming tegen welke prijs zou inschrijven. Bovendien heeft er tijdens dit overleg afstemming plaatsgevonden over (de hoogte van) een vergoeding (de 'rekenvergoeding') die de winnaar van de aanbesteding verschuldigd zou zijn aan de ondernemingen die het project niet zouden uitvoeren. De d-g NMa baseert zich hierbij met name op de volgende bewijsmiddelen:
- De aantekeningen d.d. 24 juni 1999 van het voormalig hoofd van de Technische Commerciële Groep van Erdo (de heer [XXX]) aan de calculator van Erdo (de heer [XXX]).⁷¹
 - De deskundigenrapporten van het NFI.⁷²
 - De verklaringen d.d. 4 september 2003⁷³ en 17 september 2003⁷⁴ van de technisch directeur van Consolidated Groep (de heer [XXX]).
 - De verklaring d.d. 21 mei 2003 van de voormalig directeur van Strijland (de heer [XXX]).⁷⁵
 - Het (gedeeltelijk voorbedrukte en verder met de hand ingevulde) administratieformulier van Erdo.⁷⁶
 - De door een anoniem persoon op het administratieformulier getypte verklaring.⁷⁷
 - De verklaring d.d. 6 maart 2003 van de calculator van Erdo (de heer [XXX]).⁷⁸
 - De verklaring d.d. 6 maart 2003 van de directeur van Erdo (de heer [XXX]).⁷⁹

⁷¹ Document 3689/ 1, 03270010000010 en 3689/ 19, 00003270750072.

⁷² Document 3689/ 57 en document 3689/ 58.

⁷³ Document 3689/ 52.

⁷⁴ Document 3689/ 56.

⁷⁵ Document 3689/ 20.

⁷⁶ Document 3689/ 1, 03270010000009 en document 3689/ 19, 00003270750071.

⁷⁷ Document 3689/ 1, 03270010000009.

⁷⁸ Document 3689/ 9, bijlage 3270/ 19.O377.

⁷⁹ Document 3689/ 9, bijlage 3270/ 19.O377.

2.4. Zienswijzen van partijen ten aanzien van de feiten

2.4.1. Zienswijze van Erdo ten aanzien van de feiten

Zienswijze van Erdo

44. Erdo en haar moederonderneming Indubouw (thans genaamd: Esha Building Contracting B.V.) hebben in hun zienswijze aangevoerd dat in het rapport ten onrechte is geconcludeerd dat de betrokken ondernemingen afspraken hebben gemaakt met betrekking tot de aanbesteding betreffende de dakrenovatie van het AMC. Erdo en Indubouw hebben erop gewezen dat diverse personen hebben verklaard dat tijdens de bespreking in Bunnik alleen is gesproken over wie het werk zou maken en niet is gesproken over prijzen of vergoedingen. Erdo en Indubouw wijzen in dit verband op de volgende verklaringen.
45. De technisch directeur van Consolidated Groep (de heer [XXX]) heeft verklaard:
“Uiteindelijk [direct na de dag van inlichtingen] bleven er vier ondernemingen over die het werk wel wilden maken. [...] Strijland was er in eerste instantie ook bij, maar in verband met de grootte van het werk hebben zij afgehaakt. Dit was nog tijdens de aanwijzing. [...] Toen besloten was dat Consolidated en Erdo het werk gingen maken, is Strijland afgehaakt. Ik denk dat Swindak toen ook is afgehaakt. Ik denk dat dit is geweest tijdens het overleg in Bunnik. [...] Naar mijn mening hebben we in Bunnik alleen gesproken over wie het werk in combinatie zou uitvoeren. Ik heb niet over prijzen gesproken, voor zover ik mij kan herinneren. [...] Verder heb ik tot het werk voor het AMC verklaard: “Er zijn geen vergoedingen onderling afgesproken” [...]. Ik wil mijn eerdere verklaring in zoverre nuanceren en kom ik dus op mijn eerdere verklaring van 4 september terug, dat wel besproken is dat degene die het werk niet zou krijgen een compensatie voor een waarde van f 50.000,- voor de zeer hoge offertekosten zou ontvangen.”⁸⁰
Eerder had de heer [XXX] verklaard: *“Op dat moment is er toen besloten dat wij het werk samen zouden uitvoeren. Wanneer Consolidated Nederland het werk gegund zou krijgen werd Erdo ingeschakeld en andersom. [...] Ik wist toen nog niet dat ik de laagste inschrijver zou zijn. Er is toen ook niet afgesproken dat wij de laagste inschrijver zouden zijn. [...] Ik denk dat ook de begroting van het AMC in de markt bekend was. [...] U zegt mij dat vooraf is gesproken over de inschrijfprijzen. Ik weet dat niet meer. In ieder geval niet voor de inschrijving.”⁸¹*
46. Erdo en Indubouw hebben ook gewezen op de volgende verklaringen van de voormalig directeur van Strijland (de heer [XXX]). *“De bijeenkomst ging over het systeem van het*

⁸⁰ Document 3689/56.

⁸¹ Document 3689/52.

werk. Het was een ingewikkeld werk. Daarom was die bijeenkomst belegd. [...] Daar is toen de combinatie geboren tussen die twee bedrijven, denk ik. Ik heb daar toen aangegeven dat wij het werk niet wilden hebben en dat we daarom hoog zouden inschrijven. Ik kan mij niet herinneren of er over de hoogte van de inschrijfprijzen is gesproken. Wij hebben nooit bedragen ontvangen in de vorm van een rekenvergoeding. Er is ook niet gesproken over een vergoeding in werk. [...] Wij hebben er absoluut geen vergoeding voor ontvangen. Als u mij zegt dat er een bedrag van 50.000 gulden aan vergoeding hebben ontvangen is dat absoluut niet waar. Wij hebben absoluut niets ontvangen. Ik ben eerder weggegaan bij de bijeenkomst. Wat er daarna besproken is, weet ik dus ook niet.”⁸²

Beoordeling

47. De citaten in randnummer 45 waarop Erdo en Indubouw zich beroepen, duiden erop dat tijdens het overleg in Bunnik afspraken zijn gemaakt over wie het project (in combinatie) zou mogen uitvoeren en dat tevens afspraken zijn gemaakt over een vergoeding voor de ondernemingen die het project niet zouden mogen uitvoeren. De heer [XXX] heeft verklaard dat is afgesproken wie het werk zouden mogen uitvoeren, namelijk Consolidated en Erdo. Teneinde ervoor te zorgen dat het AMC de opdracht niet aan een van de andere gegadigden zou verstrekken, dienden de betrokken ondernemingen ervoor te zorgen dat de inschrijfprijzen van de andere gegadigden boven de inschrijfprijs van Consolidated zouden liggen. Het was derhalve noodzakelijk voor de betrokken ondernemingen om afspraken over de inschrijfprijzen te maken. Dat dergelijke afspraken zijn gemaakt, wordt bevestigd door het feit dat de inschrijfprijzen in de aantekeningen van de heer [XXX] van 24 juni 1999 zijn opgenomen.
48. Uit citaten van de heer [XXX] in randnummer 46 blijkt wederom dat tijdens de bijeenkomst in Bunnik is gesproken over wie het project AMC zou mogen uitvoeren. Dit wordt ondersteund door de verklaring van de heer [XXX] dat er afspraken over een ‘rekenvergoeding’ zijn gemaakt, door de aantekeningen van de heer [XXX] van 24 juni 1999, genoemd in randnummer 32, en door het administratieformulier, genoemd in randnummer 37. Het enkele feit dat de heer [XXX] heeft gezegd dat hij zich niet kan herinneren of er over de hoogte van de inschrijfprijzen is gesproken, betekent niet dat daarover inderdaad niet is gesproken. Ook het enkele feit dat de heer [XXX] ontkent dat Strijland bedragen heeft ontvangen in de vorm van een ‘rekenvergoeding’, betekent niet dat er geen afspraken over een ‘rekenvergoeding’ zijn gemaakt. Het gebruik van het woord ‘ontvangen’ sluit bijvoorbeeld niet uit dat er verrekeningen in rekening-courant hebben plaatsgevonden (zie in dit verband de verklaring van de heer [XXX], geciteerd in

⁸² Document 3689/20.

randnummer 42, en de vermelding "RC 17/ 12 '99" op het administratieformulier genoemd in randnummer 37).

2.4.2 Zienswijze van Swindak ten aanzien van de feiten

Zienswijze van Swindak

49. Swindak betwist aanwezig te zijn geweest bij overleg op 24 juni 1999 tussen de betrokken vijf partijen dat heeft geleid tot afspraken, zoals die door de NMa uit aantekeningen, die van of naar aanleiding van dit overleg door één van die partijen zijn gemaakt, worden afgeleid. Noch in de verklaring van de heer [XXX],⁸³ noch in die van de heer [XXX]⁸⁴ noch in andere verklaringen wordt naar de betrokkenheid van Swindak bij zodanig overleg verwezen, aldus Swindak.

Beoordeling

50. Met bovenstaande zienswijze gaat Swindak voorbij aan de latere verklaring van de heer [XXX], waarin hij heeft gezegd: "[...] *Ik denk dat Swindak toen ook is afgehaakt. Ik denk dat dit is geweest tijdens het overleg in Bunnik. [...] Ik wil mijn eerdere verklaring in zoverre nuanceren en kom ik dus op mijn eerdere verklaring van 4 september terug, dat wel besproken is dat degene die het werk niet zou krijgen een compensatie voor een waarde van f 50.000,- voor de zeer hoge offertekosten zou ontvangen. Volgens mij is dit in Bunnik besproken. Het zou dan gaan om de drie partijen Boko, Strijland en Swindak, aangezien Consolidated en Erdo het werk zouden uitvoeren. In Bunnik heb ik met Swindak afgesproken dat we voor een lopend werk een combinatie zouden gaan vormen en op die manier "iets" konden betekenen voor Swindak.*"⁸⁵ De heer [XXX] heeft dus wel degelijk verklaard dat Swindak bij het overleg in Bunnik aanwezig is geweest. Bovendien is de heer [XXX], directeur van Swindak, in de aantekeningen van de heer [XXX], genoemd in randnummer 32, vermeld in het lijstje van aanwezigen. Daarnaast blijkt uit het administratieformulier, genoemd in randnummer 37, dat ook aan Swindak een 'rekenvergoeding' is toegekend. Evenals andere partijen heeft ook Swindak geen verklaring voor het feit dat zij in de aantekeningen van de heer [XXX] en in het administratieformulier wordt vermeld. De d-g NMa handhaaft derhalve zijn conclusie dat Swindak bij het overleg op 24 juni 1999 in Bunnik aanwezig was en dat zij betrokken is bij de toen gemaakte afspraken.

⁸³ Document 3689/ 20.

⁸⁴ Document 3689/ 52.

⁸⁵ Document 3689/ 56.

3. Juridische beoordeling

3.1. Procedurele aspecten

51. 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 worden besproken.

3.1.1. Toegang tot het dossier

- *Zienswijze van partijen*

52. Boko en Mofono hebben erover geklaagd dat zij onvoldoende toegang tot het dossier hebben gehad. Zij zouden niet de beschikking hebben gekregen over alle op de zaak betrekking hebbende stukken, althans zij hebben niet kunnen controleren of alle op de zaak betrekking hebbende stukken in het dossier zijn opgenomen. Met name wensen Boko en Mofono inzage in *alle* bij de bedrijfsbezoeken gekopieerde documenten.

- *Beoordeling*

53. De zienswijze van Boko en Mofono 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

54. 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.

55. 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 anderen Boko, Consolidated, Erdo en Swindak (zie randnummer 3) (hierna ook: bedrijfsbezoeken), welke ondernemingen werden verdacht van overtreding van de Mededingingswet. Aanwijzingen voor de verdenkingen lagen onder meer in documenten die (een) anonieme afzender(s) had(den) verzonden aan enkele opdrachtgevers (met welke documenten deze opdrachtgevers zich vervolgens tot de NMa hadden gewend).
56. 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-stukken. De verantwoordelijkheid voor de beslissing omtrent het onderzoek lag bij de d-g NMa of zijn plaatsvervanger.
57. 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

58. 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.
59. 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 door het AMC) zijn vervolgens ondergebracht in dossiernummer 3689.

Inhoud van het dossier

60. Indien een bedrijfsbezoek voor het bewijs in een zaak relevant materiaal oplevert, worden het verslag van verrichte ambtshandelingen en de overzichten van kopieerde documenten⁸⁶ (voor zover betrekking hebbend op de zaak⁸⁷) 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.
61. 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 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.⁸⁸ Het zijn deze stukken waarop de d-g NMa in het kader van de onderhavige procedure zijn besluitvorming heeft gebaseerd.

Conclusie

62. 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.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ In de overzichtlijsten van gekopieerde documenten zijn de omschrijvingen van documenten die geen betrekking op de onderhavige zaak, onleesbaar gemaakt. In tegenstelling tot hetgeen Boko in haar zienswijze meent te mogen afleiden uit een brief van de NMa, bevatten de onleesbaar gemaakte omschrijvingen niet ook omschrijvingen van documenten die betrekking hebben op het project van het AMC.

⁸⁸ In randnr. 2.19 van hun zienswijze stellen Boko en Mofono n.a.v. een brief van de NMa: "Uit de woorden [in de brief van de NMa] "omdat in die documenten ook andere projecten/aanbestedingen worden genoemd" maakt Boko op dat zij eveneens informatie bevatten over het project AMC, zodat hiertoe in ieder geval gedeeltelijke toegang had moeten worden verschaft." In tegenstelling tot hetgeen Boko uit de woorden in de brief van de NMa opmaakt, bevatten de betreffende documenten geen informatie die op de onderhavige zaak betrekking heeft.

63. 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.
64. 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 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: 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.
65. Ten slotte zij vermeld dat de als vertrouwelijk aangemerkte (gedeelten van) stukken 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.

3.1.2 Wijze van bewijsvergaring

Artikel 8 EVRM

- *Zienswijze van partijen*

66. 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 Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) in de zaak *Colas Est e.a. / Frankrijk* (hierna: *Colas Est*).⁸⁹

- *Beoordeling*

67. 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.
68. 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 legt op de omstandigheden van het 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.
69. 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 Erdo, Consolidated, Boko en Swindak 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.

⁸⁹ 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).

70. 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 Erdo, Consolidated, Boko en Swindak 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.
71. Gezien het bovenstaande concludeert de d-g NMa dat, voor zover zou worden aangenomen dat aan Erdo, Consolidated, Boko en Swindak 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.⁹⁰

Doel van het onderzoek

- *Zienswijze van partijen*
72. Partijen hebben aangevoerd dat bij de in randnummer 3 genoemde bedrijfsbezoeken het doel van het onderzoek onvoldoende is gepreciseerd.
- *Beoordeling*
73. Het doel en de aanleiding van het bedrijfsbezoek (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) waren bij de onderzoeken bij Erdo, Consolidated, Boko en Swindak door de NMa voldoende gepreciseerd. Het wettelijk voorschrift waarop het onderzoek in het concrete geval betrekking had (artikel 6 Mw), alsmede de betrokken gedragingen, waren voor de onderzochte ondernemingen duidelijk. Waar partijen hebben willen betogen dat het doel van het bedrijfsbezoek in detail dient te worden meegedeeld teneinde de onderneming in staat te stellen de rechtmatigheid van de vordering tot medewerking te beoordelen, merkt de d-g NMa op dat de in artikel 5:13 Awb vermelde proportionaliteitstoets door de toezichthouder intern dient te worden uitgevoerd alvorens tot gebruik van de bevoegdheden wordt overgegaan. Het is aan de rechter om zich in een eventuele latere procedure over de rechtmatigheid van die toets uit te spreken. Voor een voorafgaande

⁹⁰ Zie ook Rb. Rotterdam 18 juni 2003, *rechtspraak.nl*, LJN-nr. AH9702 (*Bredase notarissen / d-g NMa*).

beoordeling door de onderneming ten aanzien waarvan de bevoegdheid wordt uitgeoefend, kan, voor zover dit een verdergaande voorafgaande specificering van het onderzoeksdoel richting de betrokken ondernemingen zou vergen, noch in de Awb, noch in de Mededingingswet, noch in het EVRM een grondslag worden gevonden.

Cautie

- *Zienswijze van partijen*

74. Boko heeft er in haar zienswijze op gewezen dat in het verslag van ambtshandelingen met betrekking tot het bedrijfsbezoek bij Boko⁹¹ niet is vermeld dat de NMa-ambtenaren bij aanvang van het bedrijfsbezoek de cautie hebben gegeven, terwijl een redelijk vermoeden bestond van een overtreding van de Mededingingswet door Boko. Op grond van artikel 53 Mw en artikel 6 EVRM had daarom de cautie moeten worden gegeven, aldus Boko.

- *Beoordeling*

75. Zoals uit het verslag van ambtshandelingen met betrekking tot het bedrijfsbezoek bij Boko blijkt, hebben de NMa-ambtenaren geen informatie gevraagd ter zake van de vermoedelijke overtreding van de Mededingingswet. Er was dan ook geen verplichting om de betrokkenen ervan in kennis te stellen dat zij niet verplicht waren naar aanleiding van een dergelijk informatieverzoek een verklaring af te leggen.
76. Overigens heeft Boko niet duidelijk gemaakt wat het gevolg zou zijn indien de NMa-ambtenaren ten onrechte de cautie niet zouden hebben gesteld, nu er van de zijde van Boko geen verklaring omtrent de vermoedelijke overtreding is afgelegd, en er derhalve geen bewijsmateriaal is dat – volgens het standpunt van Boko – onrechtmatig zou zijn verkregen en buiten beschouwing zou moeten worden gelaten.

Reikwijdte van het onderzoek

- *Zienswijze van partijen*

77. Partijen hebben aangevoerd dat bij de bedrijfsbezoeken sprake was van een doorzoeking c.q. *fishing expedition*.

⁹¹ Document 3689/ 11.

- *Beoordeling*

78. Hierboven (randnummer 54-56) is reeds uiteengezet hoe de bedrijfsbezoeken werden voorbereid. De NMa heeft, zoals blijkt uit het verslag van ambtshandelingen van elk bedrijfsbezoek,⁹² haar onderzoek beperkt tot een aantal met name genoemde personen en kantoorruimten. Het doel van ieder bedrijfsbezoek, de bij de vermoede overtreding betrokken personen en de te onderzoeken objecten waren vooraf door de NMa 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 en geen sprake is van een *'fishing expedition'* dan wel van het willekeurig onderzoeken van objecten.

Digitale gegevens

- *Zienswijze van partijen*

79. Partijen hebben de bevoegdheid van de NMa om een kopie te maken van digitale gegevens, betwist.

- *Beoordeling*

80. Op basis van artikel 5:17 Awb hebben toezichhoudend ambtenaren de bevoegdheid tot het vorderen van inzage van gegevens en bescheiden. Waar het gaat om digitale kopieën (waaronder zogenoemde *forensic images*) stelt de d-g NMa voorop dat de term 'gegevens' ook omvat gegevens die langs elektronische weg zijn vastgelegd.⁹³ Voor de vraag of het nader onderzoek van de digitale kopieën een doorzoeking oplevert waartoe de NMa-ambtenaren niet bevoegd zijn, is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage van 9 april 2003 in de zaak *Van Hattum & Blankevoort / Staat der Nederlanden* van belang. Daarin wordt omtrent begrip 'doorzoeking' overwogen:

"4.6. Hoewel de grens tussen enerzijds onderzoeken in het kader van toezicht en anderzijds doorzoeken (zoals dat gebeurt in het strafrecht) niet altijd scherp is te trekken, kan in dit geval niet met de hier vereiste hoge mate van aannemelijkheid

⁹² Zie document 3689/9, 3689/10 en 3689/11.

⁹³ De voorzieningsrechter heeft dit ook geaccepteerd: "Voor zover HBG heeft betoogd dat artikel 5:17 Awb, waarin de bevoegdheid van de toezichhouder is neergelegd om inzage te vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan kopieën te maken, strikt moet worden uitgelegd en het op grond van dit artikel niet is toegestaan om kopieën van complete harde schijven van computers te vervaardigen, kan zij daarin niet worden gevolgd. In dit verband zij verwezen naar de memorie van toelichting bij artikel 5:17 Awb (Kamerstukken II 23 700, nr. 3, p. 144), waarin is vermeld dat de term 'gegevens' in dat artikel ook gegevens omvat die langs elektronische weg zijn vastgelegd. Daaronder kunnen in beginsel ook de door de NMa vervaardigde 'forensic images' worden begrepen. Dit zijn op de keper beschouwd niet anders dan kopieën" (Vzng. Rb.'s-Gravenhage 9 april 2003 (*HBG / Staat der Nederlanden*), rechtspraak.nl, LJN-nr. AF7087).

worden gezegd dat de ambtenaren van de NMa op dit punt buiten de grenzen van de Awb en/of het EVRM zijn getreden. Daartoe is het navolgende redengevend. "Doorzoeken" impliceert een alomvattendheid (volledigheid) en een bepaalde, mogelijk hoge, mate van willekeurigheid. Mede gelet op het door de ambtenaren van de NMa genoemde doel van het onderzoek, mag worden aangenomen dat zij kasten, laden en andere bergplaatsen hebben geopend omdat zij vermoedden dat zich daar documenten bevonden die voor hun onderzoek van belang zouden kunnen zijn. Van een alomvattendheid of willekeurigheid als hiervoor bedoeld kan dus niet worden gesproken. De Staat heeft voorts verklaard, hetgeen door Van Hattum niet is betwist, dat de ambtenaren van de NMa bij de aanvang van hun onderzoek hebben meegedeeld welke werkkamers zij voornemens waren te onderzoeken en op (de bescheiden van) welke werknemers van Van Hattum het onderzoek zich zou gaan richten, zodat ook om die reden niet gezegd kan worden dat de ambtenaren van de NMa totaal "ongericht" te werk zijn gegaan. Bij een en ander is verder van belang dat de wetgever met de opneming van voornoemde artikelen in de Awb voor ogen moet hebben gestaan een in normale gevallen effectief middel voor een toezichthouder te creëren. Uitvoering van de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen en het onderzoeken daarvan op de beperkte en strikte wijze zoals Van Hattum heeft bepleit zou tot gevolg hebben dat de onderzoeken van de NMa ook in normale gevallen, waarin documenten zijn opgeborgen in kasten en laden op werkkamers, veelal niet of nauwelijks resultaat opleveren.[..]"⁹⁴

81. De gekopieerde gegevensdragers zijn bij uitstek de plaatsen waar gegevens kunnen worden verwacht die de neerslag vormen van de vermoede overtredingen van de Mededingingswet, zoals vergaderstukken, afspraken over inschrijfcijfers, overzichten van financiële verplichtingen en betalingen. Anders dan partijen lijken te betogen, kan het kopiëren van digitale bestanden derhalve niet gelijk worden gesteld aan het zoeken op willekeurige en ongebruikelijke plaatsen.
82. Overigens is voor het bewijs van de overtreding geen gebruik gemaakt van digitale gegevens (er heeft zelfs geen inzage in de gekopieerde digitale gegevens plaatsgevonden), zodat de argumentatie van partijen ten aanzien van de digitale gegevens door de vaststelling van de overtreding niet van belang is.

Documenten en verklaringen van anonieme tipgever

83. Zoals in randnummer 2 en 5 is vermeld, heeft een anonieme tipgever kopieën van documenten doen toekomen aan de gemeente Amsterdam, die deze vervolgens aan de NMa ter beschikking heeft gesteld. Aan de kopie van het administratieformulier, van Erdo,

⁹⁴ Vznr. Rb. 's-Gravenhage 9 april 2003 (Van Hattum & Blankevoort / Staat der Nederlanden), rechtspraak.nl, LJN-nr. AF7069, r.o. 4.6.

genoemd in randnummer 37,⁹⁵ heeft de anonieme tipgever een toelichting toegevoegd, die in randnummer 38 hierboven is geciteerd.

- *Zienswijze van partijen*

84. Erdo stelt dat de documenten die volgens de d-g NMa uit haar administratie afkomstig zijn en die de d-g NMa van de anonieme tipgever heeft ontvangen, indien zij inderdaad afkomstig zijn van Erdo, moeten zijn verkregen op een wijze die in strijd is met de wet. Om deze reden zou de NMa geen gebruik mogen maken van deze documenten, aldus Erdo.

- *Beoordeling*

85. Het is d-g NMa niet bekend op welke wijze de anonieme tipgever de beschikking heeft gekregen over de documenten van Erdo. Dat de wijze waarop de anonieme tipgever de beschikking heeft gekregen over de documenten van Erdo niet bekend is, staat evenwel niet in de weg aan gebruik van deze documenten door de NMa.
86. Zelfs indien de documenten van Erdo door de anonieme tipgever zijn verkregen op een wijze die jegens Erdo onrechtmatig is, staat dit niet in de weg aan gebruik van deze documenten door de NMa. Niet toelaatbaar is slechts het gebruik van bewijs, indien het door de overheid is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het terzijde moet worden gelaten.⁹⁶ Van verkrijging door de NMa op een zodanige wijze is in de onderhavige zaak geen sprake. De informatie is door de anonieme afzender in vrijheid aan de gemeente Amsterdam en de NMa verstrekt. Onjuist is voorts in ieder geval de stelling dat bewijs dat ten aanzien van een bepaalde betrokkene niet mag worden gebruikt, omdat de verkrijging door de NMa jegens hem onrechtmatig was, daarom ook niet ten aanzien van andere betrokkenen mag worden gebruikt.⁹⁷

- *Zienswijze van partijen*

87. Partijen hebben zich, onder verwijzing naar rechtspraak van het EHRM inzake anonieme getuigen in strafzaken, op het standpunt gesteld dat gebruik van de verklaring van de

⁹⁵ Document 3689/ 1, stempelnr. 03270010000009.

⁹⁶ Vgl. HR 1 juli 1992, NJ1994, 621, BNB 1992, 306.

⁹⁷ Van bewijsmateriaal dat niet tot bewijs mag meewerken, kan sprake zijn "*indien bewijsmateriaal uitsluitend ten gevolge van onrechtmatig optreden van de politie is verkregen en het de verdachte is die door bedoeld handelen is getroffen in een belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen.*" (HR 31 mei 1994, NJ1995, 29). Van een dergelijke (vergelijkbare) situatie is volgens de d-g NMa in casu geen sprake.

anonieme tipgever (dat wil zeggen de door de anonieme tipgever naast de door hem ter beschikking gestelde kopieën van administratieformulieren getypte toelichting) in strijd is met artikel 6 EVRM. Als gevolg hiervan zou deze verklaring van de anonieme tipgever niet als bewijs mogen worden gebruikt.

- *Beoordeling*

88. De d-g NMa is van oordeel dat hij in een geval als het onderhavige, waarin hij documenten heeft ontvangen van een anonieme tipgever die aan deze documenten een schriftelijke toelichting heeft toegevoegd, de toelichting van de anonieme tipgever niet – zoals partijen feitelijk betogen – terzijde hoeft te schuiven. Tegelijkertijd mag niet zomaar op de juistheid van de toelichting worden vertrouwd. Het is niet uitgesloten dat de tipgever om hem of haar moverende redenen een onjuiste toelichting heeft verstrekt. In het onderhavige geval meent de d-g NMa evenwel, op basis van een zorgvuldige analyse van de feiten en omstandigheden, dat de toelichting die de tipgever op de kopieën van administratieformulieren heeft getypt, juist is. In de eerste plaats heeft de tipgever er blijk van gegeven goed op de hoogte te zijn van de materie, doordat hij/ zij de beschikking had over documenten met betrekking tot prijsafspraken en ophoging van prijzen in de dakbedekkingsbranche en doordat hij/ zij in zijn/ haar toelichting de namen heeft genoemd van relevante personeelsleden van Erdo. In de tweede plaats worden de door de tipgever genoemde namen van degenen die de formulieren zouden hebben ingevuld, door middel van vergelijkend handschriftonderzoek bevestigd door het NFI. In de derde plaats sluit de toelichting van de tipgever aan op de inhoud van de documenten. De toelichting van de tipgever bevestigt het in randnummer 39 genoemde bewijs dat het administratieformulier afkomstig is van Erdo (en de in randnummer 40 genoemde verklaring waaruit blijkt dat Erdo inderdaad dergelijke formulieren hanteerde), alsmede de conclusie van de d-g NMa dat het administratieformulier een aanbestedingsafpraak betreft. Ten slotte had het op de weg van partijen gelegen, indien zij van mening zijn dat de toelichting van de tipgever onjuist is, om gemotiveerd aan te geven wat er precies onjuist is. In het onderhavige geval zouden partijen een alternatieve verklaring voor de afkomst en de inhoud van de administratieformulieren moeten kunnen geven. Partijen hebben dit echter niet gedaan.
89. De d-g NMa ziet in het licht van het voorgaande geen aanleiding om te twifelen aan de inhoud van de toelichting van de anonieme tipgever en gebruikt dit als (aanvullend) bewijs voor het feit dat de administratieformulieren afkomstig zijn van Erdo en verboden aanbestedingsafspraken betreffen.

Verklaring van de calculator van Erdo m.b.t. het administratieformulier Gouda

- *Zienswijze van partijen*

90. Partijen hebben zich op het standpunt gesteld dat de NMa-ambtenaren, toen zij de calculator van Erdo vroegen of het handschrift op het administratieformulier met betrekking tot het project in Gouda van hem was, aan hem hadden moeten mededelen dat het onderzoek (mede) zag op een vermoede overtreding betreffende het project van het AMC. Dat is medegedeeld dat het onderzoek zag op 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, achten partijen onvoldoende. Volgens partijen heeft de NMa hierdoor in strijd gehandeld met artikel 6 EVRM, artikel 5:13 Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁹⁸

- *Beoordeling*

91. Het was Erdo bekend dat het onderzoek van de NMa betrekking had op prijsafspraken en marktverdelingsafspraken in de dakbedekkingsbranche. Er was geen reden te veronderstellen dat de onderzoeksactiviteiten uitsluitend zagen op een project in Gouda.⁹⁹ Ook het project van het AMC valt binnen het onderzoeksdoel. De vraag van de NMa aan de calculator van Erdo en het gebruik van zijn antwoord zijn niet in strijd met artikel 6 EVRM, artikel 5:13 Awb of de algemene beginsel van behoorlijk bestuur. Niets staat er aan in de weg om de verklaring van de calculator van Erdo te gebruiken als bewijs in de onderhavige zaak.

⁹⁸ Boko heeft in haar zienswijze verwezen naar Hof Arnhem 11 november 1982, *BNB* 1984, 194. In die (belasting)zaak overwoog het hof dat indien de inspecteur een door de belanghebbende ondertekende verklaring ('relaaskaart') als bewijs zou hebben overgelegd, het hof dat onder de omstandigheden van dat geval niet aanvaardbaar zou achten en deswege de relaaskaart niet als bewijsmiddel zou kunnen aanvaarden. De omstandigheden van dat geval waren dat de ambtenaar die belanghebbende bezocht, belanghebbende had verzekerd dat het door hem ingestelde onderzoek gunstig voor belanghebbende was verlopen, dat hij van de naheffingsaanslag niets meer zou horen en dat de handtekening op de relaaskaart slechts nodig was voor administratieve doeleinden. Deze omstandigheden zijn wezenlijk anders dan die van de onderhavige zaak. Tevens heeft Boko verwezen naar HR 2 maart 1988, *FED* 1988, 529 (*m.nt. R.L.H. IJerman*). In die (eveneens belasting)zaak overwoog het Hof (de Hoge Raad besteedde geen overwegingen aan dit onderwerp): "Onder omstandigheden is bewijs alleen dan onrechtmatig, indien het is verkregen door dwang, arglist of bedrog". In dat geval werd beslist dat geen sprake was van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Ook in het onderhavige geval is niet gebleken dat sprake zou zijn geweest van dwang, arglist of bedrog.

⁹⁹ De NMa heeft ook onderzoeksactiviteiten verricht met betrekking tot een project in Gouda. Hiervoor is rapport opgemaakt (dossier 3690). Van de ondernemingen die bij de onderhavige zaak zijn betrokken, zijn Consolidated en Erdo ook bij de zaak m.b.t. het project in Gouda betrokken.

Deskundigenrapport NFI en artikel 90 Mw

- *Zienswijze van partijen*

92. Zoals is vermeld in randnummer 13, heeft de NMa het NFI verzocht twee vergelijkende handschriftonderzoeken uit te voeren. Ten behoeve van deze onderzoeken heeft de NMa een aantal documenten aan het NFI ter beschikking gesteld. Volgens Boko heeft de NMa hierdoor in strijd met de in artikel 90 Mw neergelegde geheimhoudingsplicht gehandeld. Nu het NFI nimmer kennis had mogen nemen van de door de NMa aan haar verstrekte documenten, en het NFI haar onderzoek niet zonder deze documenten had kunnen verrichten, mogen de rapporten van het NFI niet voor het bewijs worden gebruikt, aldus Boko.

- *Beoordeling*

93. De d-g NMa deelt het standpunt van Boko niet. Artikel 90 Mw bepaalt dat gegevens of inlichtingen omtrent een onderneming, welke in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van de Mededingingswet zijn verkregen, uitsluitend voor de toepassing van de Mededingingswet mogen worden gebruikt. Het ter beschikking stellen van documenten aan het NFI, en het daarop volgende NFI-onderzoek, is gebeurd voor de toepassing van de Mededingingswet. Er is derhalve niet in strijd met artikel 90 Mw gehandeld.¹⁰⁰

Document verkregen van de politie

- *Zienswijze van partijen*

94. De NMa heeft (een kopie van) het administratieformulier met betrekking tot een project in Gouda, genoemd in randnummer 39, ontvangen van de politie te Gouda, die het op haar beurt van een anonieme tipgever heeft ontvangen.¹⁰¹ Boko heeft in haar zienswijze

¹⁰⁰ Zie ook Vzng. Fb. 's-Gravenhage 1 oktober 2002, rolnr. KG 02/ 1016 (*Vodafone Libertel N.V. / Staat*): “De onrechtmatigheid geldt niet voor het verstrekken van de gegevens in kwestie [door de NMa] aan onderzoekers en wetenschappers, zoals *London Economics* en *Canoy*, die als externe adviseurs in opdracht van gedaagde [de d-g NMa] het onderzoek hebben verricht of op andere wijze zijn ingeschakeld. Een dergelijke verstrekking valt binnen de vrijheid van gedaagde bij de uitoefening van zijn wettelijke taak. Evenmin is het verstrekken van de (vertrouwelijke) gegevens aan de OPTA of aan de d-g EU onrechtmatig, gelet op de door hen beklede functies en op de uitzonderingen omschreven in artikel 91 Mw. Verstrekking aan “het Ministerie van Economische Zaken” is niet onbehoorlijk; een verbod daarop zou ook ongerijmd zijn, nu de Nma onder dit ministerie ressorteert en de Minister van Economische Zaken orgaan is van de Staat, procespartij in dit kort geding.”

¹⁰¹ Boko verwijst hiervoor naar een document in een ander dossier (document 3691/ 13, behorende tot het dossier met betrekking tot het project in Gouda).

aangevoerd dat de politie niet bevoegd was dit formulier aan de NMa ter beschikking te stellen, aangezien dit in strijd zou zijn met de Wet Politierregisters (hierna: Wpr) en met de geheimhoudingsplicht van ambtenaren, neergelegd in de Ambtenarenwet. Aangezien de NMa het formulier, aldus Boko, dus onrechtmatig heeft verkregen, mag het volgens Boko niet door de NMa voor het bewijs worden gebruikt.

- *Beoordeling*

95. De Wpr kan niet materieel van toepassing zijn op het van de politie verkregen administratieformulier, aangezien het geen verzameling van persoonsgegevens betreft die langs geautomatiseerde weg of systematisch is aangelegd zoals in de Wpr bedoeld. Bovendien is het administratieformulier niet door de politie zelf aangelegd ten dienste van de uitvoering van de politietaak. Meer in het algemeen is het de politie toegestaan om documenten die haar door een anonieme tipgever worden toegezonden en die niet aan haar hadden moeten worden gegeven, maar aan de NMa, naar de NMa door te sturen. Dit is niet in strijd met de geheimhoudingsplicht van ambtenaren, nu een dergelijke geheimhoudingsverplichting niet uit de aard van de zaak volgt. Integendeel, uit de aard van de zaak volgt dat de politie de betreffende gegevens aan de NMa kon verstrekken.

3.1.3 Inzaget termijn

- *Zienswijze van partijen*

96. Boko en Mofono hebben in hun zienswijze aangevoerd dat het dossier in strijd met artikel 60, tweede lid, Mw niet vier weken ter inzage heeft gelegen. Boko en Mofono stellen dat het dossier op 16 januari 2004 aan hun gemachtigde ter hand is gesteld, terwijl de schriftelijke zienswijze uiterlijk op 5 februari 2004 diende te worden ingediend.

- *Beoordeling*

97. In tegenstelling tot hetgeen Boko en Mofono stellen, is het dossier reeds op 30 december 2003 aan hun gemachtigde, evenals aan de (gemachtigden van) de andere partijen, toegezonden. In de begeleidende brief is vermeld dat de inzaget termijn, waarmee werd bedoeld de termijn van de terinzagelegging ten kantore van de NMa, zou ingaan op 6 januari 2004. De gemachtigde beschikte zelfs reeds eerder over het dossier, namelijk vanaf 30 december 2003, zodat de terinzageleggingstermijn voor Boko en Mofono reeds op 30 december 2003 is ingegaan.
98. Voorts is Boko en Mofono uitstel verleend tot 9 februari 2004 voor het indienen van hun schriftelijke zienswijzen. Aldus hebben Boko en Mofono gedurende een termijn van ruim vijf weken de gelegenheid gehad om kennis te nemen van het dossier en een schriftelijke

zienswijze te geven. Bovendien hebben de betrokken ondernemingen nog de gelegenheid gehad om mondeling hun zienswijze naar voren te brengen op een hoorzitting op 20 februari 2004.

99. De d-g NMa is van oordeel dat de betrokken ondernemingen aldus 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.
100. In tegenstelling tot hetgeen partijen betogen, wijzigt deze conclusie niet door het feit dat de NMa op 30 januari 2004 aan de betrokken ondernemingen nog drie overzichtslijsten heeft toegezonden, ter aanvulling op het reeds toegezonden dossier. Op deze overzichtslijsten is vermeld waar de bij Erdo, Consolidated, Boko en Swindak gekopieerde documenten die betrekking hebben op het project van het AMC, zijn aangetroffen (bijvoorbeeld 'projectkamer calculatie'). Het betreft slechts een zeer geringe hoeveelheid aanvullende informatie. De d-g NMa is van oordeel dat partijen voldoende gelegenheid hebben gehad om kennis te nemen van deze informatie en in hun zienswijze (schriftelijk dan wel mondeling) te verwerken. Indien partijen van mening zouden zijn geweest dat dit niet het geval was, dan ligt het op de weg van partijen om de NMa (gemotiveerd) te verzoeken om een uitstel van de datum waarop de schriftelijke zienswijze kon worden ingediend.¹⁰² De d-g NMa heeft geen begrip voor het standpunt dat de termijn voor het geven van de zienswijze te kort is geweest, indien de betreffende partij hierover voor het eerst klaagt in haar zienswijze, zonder om uitstel te hebben verzocht, en indien de betreffende partij bovendien naderhand heeft aangegeven geen behoefte te hebben aan het geven van een mondelinge zienswijze. Niet valt in te zien dat onder dergelijke omstandigheden een partij in haar verdediging zou zijn geschaad.

3.2. Materiële aspecten

3.2.1. Artikel 6, eerste lid, Mw

101. 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 onjuist. Voor de uitleg van dit verbod is richtinggevend de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

¹⁰² Uitsluitend de gemachtigde van Erdo en Indubouw heeft om uitstel verzocht, en dit is hem door de NMa verleend.

(hierna ook: Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: ook GvEA).¹⁰³

3.2.2 Onderneming in de zin van artikel 6 Mw

102. De betrokken ondernemingen waren ten tijde van de gedragingen waarop dit besluit betrekking heeft, alle actief in dakbedekkingssector. Zij verrichten economische activiteiten en zijn derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, onder f, Mw (en derhalve ook in de zin van artikel 6 Mw).

3.2.3 Overeenkomst

103. 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.¹⁰⁴ 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 regeling 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.¹⁰⁵
104. In randnummer 43 heeft de d-g NMa geconcludeerd dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen wie het project van het AMC zou uitvoeren en daartoe hebben besproken welke onderneming tegen welke prijs zou inschrijven. Daarnaast heeft de d-g NMa geconcludeerd dat de betrokken ondernemingen bovendien afspraken hebben gemaakt over (de hoogte van) een vergoeding (de zogenoemde 'rekenvergoeding') die de winnaar van de aanbesteding verschuldigd zou zijn aan de ondernemingen die het project niet zouden uitvoeren. Aldus hebben de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Deze

¹⁰³ Zie *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 707, nr. 3, p. 9 (wetsvoorstel Mw, *memorie van toelichting*) en *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 707, nr. 6, p. 11 (wetsvoorstel Mw, *Nota n.a.v. het verslag*).

¹⁰⁴ Zie o.m. GvEA 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a. / Commissie (PVC II)* (gev. zaken T-305/94 e.a., *Jur.* 1999, p. II-931, r.o. 715).

¹⁰⁵ 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).

gedragingen moeten worden gekwalificeerd als een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, tussen de betrokken ondernemingen.

105. De voormalig directeur van Strijland (de heer [XXX]) heeft met betrekking tot de inhoud van het overleg in motel Bunnik aangaande het project van het AMC verklaard: “(...) *Ik ben eerder weg gegaan bij die bijeenkomst. Wat er daarna besproken is, weet ik dus ook niet.*”¹⁰⁶ Dat Strijland eerder is weggegaan, neemt niet weg dat zij bij het overleg aanwezig is geweest, dat de aantekeningen van de heer [XXX] ook het inschrijfcijfer van Strijland bevatten en dat volgens die aantekeningen ook aan Strijland een ‘rekenvergoeding’ is toegekend. Vermeld zij dat het AMC na de aanbesteding de individuele inschrijfprijzen niet bekend heeft gemaakt aan de betrokken ondernemingen, zodat de bedragen niet achteraf, na bekendmaking ervan door de aanbesteder, aan de aantekeningen kunnen zijn toegevoegd.¹⁰⁷ Strijland heeft ook geen alternatieve verklaring gegeven voor het feit dat in de aantekeningen van de heer [XXX] ook het inschrijfcijfer van Strijland is vermeld en aan Strijland een ‘rekenvergoeding’ is toegekend. De d-g NMa is derhalve van oordeel dat Strijland bij de overeenkomst betrokken is.

3.24. Mededingingsbeperkingen

106. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst wanneer deze ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
107. Uit het feit dat de betrokken ondernemingen alle hebben ingeschreven op de aanbesteding van het AMC, blijkt reeds dat zij daadwerkelijke concurrenten van elkaar zijn. Zij hebben echter afgesproken wie van hen de aanbesteding zou moeten ‘winnen’. Voorts hebben de betrokken ondernemingen afgesproken dat de ‘winnaar’ van de aanbesteding aan de ‘verliezers’ van de aanbesteding een ‘rekenvergoeding’ verschuldigd zou zijn. Het is vanzelfsprekend dat de ‘winnaar’ van de aanbesteding de verhoging van de kosten voor het project van het AMC (die het gevolg is van de verschuldigde ‘rekenvergoedingen’) in aanmerking neemt bij het vaststellen (in overleg met haar concurrenten) van haar offertebedrag. In feite is sprake van het aanwijzen van een ‘winnaar’ en het gemeenschappelijk vaststellen van een prijsverhoging c.q. onderdeel van de prijs.¹⁰⁸ Deze afspraak strekt ertoe de mededinging tussen de betrokken ondernemingen te verhinderen, beperken of vervalsen. Tevens is een beperking van de mededinging het gevolg.

¹⁰⁶ Zie de verklaring van de heer [XXX] d.d. 21 mei 2003 (document 3689/20).

¹⁰⁷ Dit blijkt uit de aantekeningen van de dag van inlichtingen (“*Uitslag wordt niet bekendgemaakt*”) (document 3689/9, stempelnr.03270193390829).

¹⁰⁸ Zie het besluit op bezwaar van de d-g NMa d.d. 31 mei 1999, zaak 51 (*Stibat*), randnr. 45.

108. Wanneer, zoals in de onderhavige zaak, wordt vastgesteld dat een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van die overeenkomst niet nader te worden onderzocht.¹⁰⁹ Een dergelijke overeenkomst ontkomt slechts aan het kartelverbod wanneer zij, wegens de zwakke positie van partijen op de betrokken markt, de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden.
109. In tegenstelling tot hetgeen partijen beweren in hun zienswijzen, is in de onderhavige zaak geen sprake van een 'zeer geringe' beïnvloeding van de betrokken markt. Hun positie ten opzichte van het AMC was er niet een van zwakte. Partijen hebben de afspraken gemaakt toen het AMC de gegadigden voor het project had aangeschreven. Op dat moment bestond de aanbodzijde van de markt, vanuit het oogpunt van het AMC, uitsluitend uit de door het AMC aangeschreven ondernemingen, zijnde partijen.
110. 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 het bedrag waarvoor op dit project is ingeschreven tot stand is gekomen door middel van het maken van verboden afspraken en niet door ongehinderde mededinging. Nu de inschrijving slechts betrekking had op de aanbesteding van één project met betrekking tot een dakrenovatie van het AMC, is de betreffende markt navenant klein. Nu de enige ondernemingen die het AMC voor de onderhandse aanbesteding had uitgenodigd gezamenlijk ten aanzien van dit project afspraken hebben gemaakt omtrent het inschrijfbedrag en de vraag wie het project zou uitvoeren, en omtrent vergoedingen voor de 'verliezers' van de aanbesteding ('rekenvergoedingen'), is voor het project waarop de inschrijving betrekking had, de mededinging volledig, en daarmee merkbaar, beperkt.
111. 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.
112. Partijen hebben erop gewezen dat het AMC reeds tevoren een voorkeur had voor Consolidated. Deze omstandigheid betekent niet, zoals partijen veronderstellen, dat er

¹⁰⁹ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Jur.* 1999, p. I-4125, r.o. 112-114 (*Commissie/ Anic Partecipazioni*); HvJEG 13 juli 1966, zaak 56 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 449 (*Consten-Grundig/ Commissie*).

reeds sprake van een beperkte concurrentie was, en dat die door de afspraken tussen partijen niet merkbaar zou zijn beperkt. Deze voorkeur, wat daar ook van zij, heeft er immers niet aan in de weg gestaan dat het AMC een aanbesteding heeft georganiseerd, daarvoor vijf ondernemingen heeft aangeschreven, en dat zij haar keuze voor een onderneming zou maken op basis van het criterium van de economisch voordeligste inschrijving. De betrokken ondernemingen zijn ook daadwerkelijk tot inschrijving overgegaan en de afspraak tussen de betrokken ondernemingen heeft de onderlinge mededinging die bij een dergelijke aanbesteding dient plaats te vinden, beperkt.

113. Ook de stelling van partijen dat sommigen van hen niet in het project van het AMC geïnteresseerd waren, betekent niet dat er reeds sprake van een beperkte concurrentie was, en dat die door de afspraken tussen partijen niet merkbaar zou zijn beperkt. Indien een partij daadwerkelijk geen interesse had, maar om haar moverende redenen toch had willen inschrijven,¹¹⁰ dan had deze partij dit moeten doen zonder deel te nemen aan de door artikel 6, eerste lid, Mw verboden overeenkomst tussen de andere partijen. Dat sommige van de betrokken ondernemingen niet in staat zouden zijn geweest om het project van het AMC individueel uit te voeren, acht de d-g NMa onwaarschijnlijk, nu alle partijen tot de top tien van Nederlandse dakbedekkingsbedrijven behoren. Het ligt op de weg van de betrokken ondernemingen om een dergelijke stelling nauwkeurig en goed gedocumenteerd te motiveren. Bovendien zouden partijen die daadwerkelijk niet in staat zouden zijn om het project van het AMC individueel uit te voeren, ervoor kunnen kiezen om het project in samenwerking met één of meer andere ondernemingen uit te voeren. De overeenkomst die de betrokken ondernemingen hebben gemaakt, en die inhield dat Consolidated en Erdo het project mochten uitvoeren, stond echter hieraan – en dus aan het normale concurrentieproces – in de weg.
114. Op grond van het voorgaande is de d-g NMa van oordeel dat de overeenkomst tussen de betrokken ondernemingen de mededinging op een deel van de Nederlandse markt in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw merkbaar heeft verhinderd, beperkt of vervalst.

4. Sanctie

4.1. Toerekening

115. 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

¹¹⁰ Bv. teneinde te voorkomen niet meer door de betreffende aanbesteder te worden uitgenodigd voor volgende aanbestedingen.

en/of last onder dwangsom opleggen, aldus artikel 56, eerste lid, Mw. In de memorie van toelichting bij de Mededingingswet is hierover het volgende gezegd.¹¹¹

“De boete of last wordt opgelegd aan «de natuurlijke persoon of rechtspersoon, die de overtreding kan worden toegerekend». De omschrijving van degene aan wie de boete of last wordt opgelegd wijkt af van de formulering van de verbodsnorm, die zich richt tot ondernemingen. Zoals in de toelichting op artikel 6 is uiteengezet, gaat het hier om een economisch begrip. Dit begrip valt niet samen met de juridische begrippen rechtspersoon of natuurlijke persoon. In het EG-Verdrag, en dus ook in artikel 6 van dit wetsvoorstel, wordt onder onderneming verstaan iedere eenheid die zich met commerciële activiteiten bezighoudt. Bij grote concerns kan, afhankelijk van de omstandigheden, zo'n eenheid bestaan uit bij voorbeeld de moeder-nv of bv en de daaronder hangende «dochters», uit een moeder- en dochterrechtspersoon te zamen, dan wel uit een afzonderlijke rechtspersoon in een concern. Een boete kan evenwel niet worden opgelegd aan een juridisch niet bestaande «economische eenheid» maar alleen aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon. Dit is ook de praktijk van de Commissie. Deze beziet van geval tot geval aan welke «rechtspersoonlijkheid bezittende eenheid» een boete moet worden opgelegd. Beslissend is de aard van de betrekkingen tussen de ondernemingen van de groep of het concern (arrest inzake Bodson/ Paupes Funèrès, zaak 30/87, JUR 1988, 2479, 2512 e.v.). Veelal wordt ingeval van een groot industrieel concern de beschikking gericht tot de houdstermaatschappij vanwege de algemene verantwoordelijkheid die zo'n maatschappij pleegt te hebben voor het reilen en zeilen van een concern (bij voorbeeld beschikking d.d. 2-8-1989, PbEG L 260/39 (betonstaalmatten). Ik wijs in dit verband ook op het arrest inzake AEP Telefunken, HvEG, zaak 107/82, JUR 1983, blz. 1399. In het arrest C.S.C-Zoja HvEG, zaken 6 en 7/73, JUR 1974, blz. 223-279) werden de twee betrokken moeder- en dochtervennootschap hoofdelijk verplicht een gezamenlijk verschuldigde boete te betalen. Uiteraard kunnen er verschillende ondernemingen bij een overtreding zijn betrokken. Bij ieder van die ondernemingen moet dan overwogen worden welke rechtspersoon de boete is verschuldigd.”

116. De ondernemingen die de overtreding hebben begaan zijn Boko, Consolidated, Erdo, Strijland en Swindak. Deze ondernemingen worden gedreven door respectievelijk de volgende rechtspersonen: Dakbedekkingsbedrijf Boko B.V., Consolidated Nederland B.V., Erdo B.V., Strijland Dakbedekking B.V. en Swindak B.V.. De overtreding is door deze rechtspersonen begaan en dient aan deze rechtspersonen te worden toegerekend.
117. Wanneer een moedermaatschappij 100% van de aandelen in het kapitaal van een dochtermaatschappij bezit, mag ervan worden uitgegaan dat de moedermaatschappij

¹¹¹ Kamerstukken II 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 86-87 (Mw, memorie van toelichting).

metterdaad een beslissende invloed heeft op het gedrag van haar dochtermaatschappij.¹¹² De moedermaatschappijen hebben dit vermoeden niet met afdoende bewijzen weerlegd. De enkele stelling dat de moedermaatschappij geen bemoeienis heeft met het beleid van haar dochtermaatschappij, acht de d-g NMa geen afdoende bewijs. Derhalve kan de overtreding niet alleen worden toegerekend aan de in randnummer 116 genoemde rechtspersonen, maar eveneens aan de rechtspersonen die ten tijde van de overtreding enig aandeelhouder waren van deze rechtspersonen. Dit betreft de volgende rechtspersonen:

- enig aandeelhouder van Dakbedekkingsbedrijf Boko B.V.: Mofono B.V.;
- enig aandeelhouder van Consolidated Nederland B.V.: Consolidated Groep B.V.;
- enig aandeelhouder van Erdo B.V.: Esha Building Contracting B.V.;¹¹³
- enig aandeelhouder van Strijland Dakbedekking B.V.: Euron Vastgoed B.V.;
- enig aandeelhouder van Swindak B.V.: Gilden Holding B.V.

4.2. Boetes

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

118. 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 € 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
119. 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).¹¹⁴
120. 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

¹¹² HvJEG 16 november 2000, zaak C-286/98 P, *Jur.* 2000, p. I-9925, r.o. 29 (*Stora Kopparbergs Bergslags AB / Commissie*): "Aangezien de moedermaatschappij het volledige kapitaal van de dochtermaatschappij bezat, mocht het Gerecht terecht aannemen dat, zoals de Commissie heeft gesteld, de moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed had op het gedrag van haar dochter, vooral nu het in punt 85 van het bestreden arrest had vastgesteld, dat rekwirante zich tijdens de administratieve procedure, wat de ondernemingen van de Storagroep betreft, als enige onderhandelingspartner van de Commissie betreffende de betrokken inbreuk heeft voorgesteld". Onder die omstandigheden diende rekwirante dit vermoeden met afdoende bewijzen te weerleggen."

¹¹³ Tot 31 december 2003 luidde de statutaire naam 'Indubouw B.V.', zie het uittreksel uit het handelsregister en de afdruk van de handelsregisterhistorie van de Kamer van Koophandel (document 3689/132).

¹¹⁴ 'Richtsnoeren boetetoemeting m.b.t. opleggen boetes Mededingingswet', *Stct.* 21 december 2001, 248, p. 90.

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.

121. 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.¹¹⁵

“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.”

122. 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.

4.2.2 Toepassing van de Richtsnoeren

123. Hieronder wordt de boete voor de betrokken ondernemingen aan de hand van de Richtsnoeren bepaald en gemotiveerd. Eerst wordt ingegaan op argumenten die partijen hebben aangevoerd voor hun standpunt dat geen, of slechts een symbolische boete dient te worden opgelegd.

¹¹⁵ Kamerstukken II 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 88-89 (Mw, memorie van toelichting).

124. Partijen hebben aangevoerd dat in de bouwsector een cultuuromslag heeft plaatsgevonden sinds de publicatie van het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid. Vooroverleg, verdeling van opdrachten en afspraken omtrent 'rekenvergoedingen' zouden thans niet meer voorkomen. Daarom zou in het onderhavige geval een boete vanuit het oogpunt van speciale en generale preventie onnodig zijn.
125. De d-g NMa deelt dit standpunt niet. In de eerste plaats is in het verleden gebleken dat het feit dat het verboden karakter van aanbestedingsafspraken aan de bouwsector bekend was (zie randnummer 146-148 hieronder), er niet aan in de weg heeft gestaan dat dergelijke afspraken in de bouwsector bleven voorkomen. Zelfs de afwijzing van de ontheffingsaanvraag van de Vereniging van Samenwerkende Dakbedekkingsbedrijven (hierna: VSD), die betrekking had op afspraken tussen ondernemingen in de dakbedekkingsbranche over het toekennen van 'rekenvergoedingen' (zie verder randnummer 150 hieronder), heeft er niet in de weg gestaan dat partijen, die lid waren van de VSD en derhalve op de hoogte moeten zijn geweest van de afwijzing van de ontheffingsaanvraag, een verboden aanbestedingsafpraak hebben gemaakt. In de tweede plaats is de d-g NMa gebleken dat sinds de aanvang van de parlementaire enquête bouwnijverheid (met alle publiciteit die daaraan is gegeven), en zelfs sinds het verschijnen van het rapport van de enquêtecommissie, nog verboden aanbestedingsafspraken in de bouwsector (inclusief de dakbedekkingsbranche) zijn gemaakt.
126. Partijen hebben zich voorts op het standpunt gesteld dat de d-g NMa, indien hij een boete oplegt, zou moeten volstaan met het opleggen van een symbolische boete.¹¹⁶ De d-g NMa acht een symbolische boete in de onderhavige zaak niet aan de orde. Zoals hieronder zal worden uiteengezet, zijn er in de onderhavige zaak juist redenen tot verhoging van de basisboete.

Betrokken omzet

127. 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.

¹¹⁶ Boko verwijst in dit verband naar de uitspraak van de Rechtbank te Rotterdam in de zaak van de Bredase notarissen (Rb. Rotterdam 18 juni 2003, *rechtspraak.nl*, LJN-nr. AH9702). Deze uitspraak is inmiddels door het College van Beroep voor het bedrijfsleven vernietigd (CBB 12 maart 2004, zaaknr. AWB 03/916 en 03/946 (*Linders e.a. / d-g NMa*), *rechtspraak.nl*, LJN-nr. AO6479).

128. 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 ('*bid rigging*'), waarbij meerdere ondernemingen zijn betrokken maar slechts één onderneming tot uitvoering van het werk is overgegaan (en daarmee omzet heeft gegenereerd). Bij een dergelijke overtreding, waarvan in de onderhavige zaak 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).¹¹⁷ 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.¹¹⁸
129. Bij een verboden aanbestedingsafpraak wordt – gezien per aanbesteed project – de omzet waarop de overtreding betrekking heeft, alleen gerealiseerd door de onderneming die het project uitvoert (of door de combinatie van ondernemingen die het project gezamenlijk uitvoeren) (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).
130. In het onderhavige geval hebben partijen ten eerste onderling bepaald wie het project mocht uitvoeren en voorts hebben zij bepaald dat de uitvoerende onderneming aan de niet-uitvoerende ondernemingen een 'rekenvergoeding' verschuldigd zou zijn. In dit licht 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 – teneinde een redelijke verhouding tussen het totaal van de boetes en de gerealiseerde omzet te verzekeren – voor de onderneming die het project uitvoert als betrokken omzet de projectomzet wordt genomen (overeenkomstig randnummer 15 van de Richtsnoeren) en dat voor de niet-uitvoerende ondernemingen gezamenlijk als betrokken omzet (nog eenmaal) de projectomzet wordt genomen. Voor iedere afzonderlijke niet-uitvoerende onderneming is de betrokken omzet dan gelijk aan de projectomzet, gedeeld door het aantal niet-uitvoerende ondernemingen.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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).

131. Indien, zoals in de onderhavige zaak, sprake is van meerdere uitvoerende ondernemingen die het project in combinatie uitvoeren, wordt voor iedere uitvoerende onderneming de door hem gerealiseerde deelomzet genomen. Tevens wordt iedere uitvoerende onderneming beschouwd als niet-uitvoerende onderneming ten aanzien van het gedeelte van de projectomzet dat is gerealiseerd door de andere uitvoerende onderneming(en). De betrokken omzet van iedere uitvoerende onderneming is derhalve de door hemzelf gerealiseerde deelomzet, vermeerderd met een evenredig gedeelte van het resterende gedeelte van de projectomzet. Voor iedere niet-uitvoerende onderneming wordt de projectomzet genomen als ware het project door één onderneming van de combinatie uitgevoerd. Hiertoe wordt de totale projectomzet gedeeld door het totaal aantal betrokken ondernemingen minus één. Het onderstaande voorbeeld illustreert dit.

Voorbeeld:

De projectomzet bedraagt € 900.000. Het project is uitgevoerd door onderneming A en B. A heeft een omzet van € 600.000 gerealiseerd, en B een omzet van € 300.000. Onderneming C en D hebben de opdracht niet uitgevoerd.

- De betrokken omzet van onderneming A is € 600.000, vermeerderd met de resterende projectomzet (€ 300.000) gedeeld door het totaal aantal betrokken ondernemingen (4, namelijk A, B, C, en D) minus één,¹¹⁹ oftewel € 300.000 gedeeld door 3. De betrokken omzet van A is dus € 600.000 + € 100.000 = € 700.000.
- De betrokken omzet van onderneming B is € 300.000, vermeerderd met de resterende projectomzet (€ 600.000) gedeeld door het totaal aantal betrokken ondernemingen (4) minus één, oftewel € 600.000 gedeeld door 3. De betrokken omzet van B is dus € 300.000 + € 200.000 = € 500.000.
- De betrokken omzet van onderneming C is de totale projectomzet, gedeeld door het totaal aantal betrokken ondernemingen (4) minus één, oftewel € 900.000 gedeeld door 3 (= € 300.000).¹²⁰
- De betrokken omzet van onderneming D is hetzelfde als die van onderneming C.

132. 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 aan de doelstellingen en uitgangspunten van de Richtsnoeren. Deze opzet, doelstellingen en uitgangspunten betekenen dat het voor de boetetoemeting niet noodzakelijk is per

¹¹⁹ In feite wordt, zoals vermeld in randnr. 130, de projectomzet die niet door de betreffende uitvoerende onderneming (onderneming A) is gerealiseerd (dus de omzet die B heeft gerealiseerd), gedeeld door het aantal ondernemingen dat ten aanzien van deze resterende omzet niet-uitvoerend was (dus A, C en D). Dit komt overeen met het delen van de totale niet door A gerealiseerde projectomzet door het totaal aantal betrokken ondernemingen minus één.

¹²⁰ De volgende, ingewikkelder, berekening waarbij telkens de omzet die een uitvoerende onderneming heeft behaald, wordt gedeeld door het aantal niet-uitvoerende ondernemingen ten aanzien van die omzet, leidt tot dezelfde uitkomst. De betrokken omzet van onderneming C is dan € 600.000 gedeeld door het aantal ondernemingen dat ten aanzien van deze omzet niet-uitvoerend was (dus B, C en D), oftewel € 600.000 gedeeld door 3, vermeerderd met € 300.000 gedeeld door het aantal ondernemingen dat ten aanzien van deze omzet niet-uitvoerend was (dus A, C en D), oftewel € 300.000 gedeeld door 3. De betrokken omzet van C is dus € 200.000 + € 100.000 = € 300.000. Dit komt overeen met het delen van de totale projectomzet door het totaal aantal betrokken ondernemingen minus één.

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.¹²¹

133. Zoals in randnummer 27 is vermeld, is het project uiteindelijk uitgevoerd voor NLG 3.731.000,- exclusief BTW, overeenkomende met (naar beneden afgerond) € 1.693.000. Consolidated en Erdo hebben aangegeven hiervan ieder 50% te hebben gerealiseerd, zodat voor zowel Consolidated als Erdo de gerealiseerde omzet € 846.500 exclusief BTW bedraagt. Deze omzetgegevens en de hierboven omschreven systematiek leiden in de onderhavige zaak tot de onderstaande betrokken omzet per betrokken onderneming. De hieronder genoemde bedragen zijn exclusief BTW, en zijn steeds naar beneden afgerond op hele euro's.

<i>Projectomzet:</i>	€ 1.693.000
<i>Uitvoerende ondernemingen:</i>	
Consolidated	€1.058.125 ¹²²
Erdo	€1.058.125 ¹²³
<i>Niet-uitvoerende ondernemingen:</i>	
Boko	€ 423.250 ¹²⁴
Strijland	€ 423.250 ¹²⁵
Swindak	€ 423.250 ¹²⁶

Boetegrondslag

134. Als boetegrondslag wordt, conform randnummer 18 van de Richtsnoeren, 10% van de betrokken omzet genomen. In randnummer 142 hieronder is per onderneming de boetegrondslag vermeld.

¹²¹ 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.

¹²² € 846.500 + (€ 846.500/ 4) = € 846.000 + € 211.625 = € 1.058.125.

¹²³ Idem.

¹²⁴ € 1.693.000/ 4 = € 423.250.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Idem.

Zwaarte van de overtreding en vaststelling rekenfactor

135. De Richtsnoeren merken verboden aanbestedingsafspraken naar hun aard als zeer zware overtredingen aan.¹²⁷ In het onderhavige geval gaat om een verboden afspraak met betrekking tot een onderhandse aanbesteding, die zowel verdeling van het project als 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.
136. 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.¹²⁸ 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.
137. 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 het AMC 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.¹²⁹ In het onderhavige geval is deze verwachting ernstig geschonden doordat de betrokken ondernemingen onderling afspraken omtrent hun inschrijfgedrag hebben gemaakt en doordat zij niet alleen de opdracht hebben 'verdeeld', maar bovendien 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 het AMC heeft geleid, met alle nadelige gevolgen voor het AMC van dien.

¹²⁷ Randnr. 11 van de Richtsnoeren.

¹²⁸ Zie randnr. 14 en 25 van de Richtsnoeren.

¹²⁹ 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.

138. 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.
139. Partijen hebben aangevoerd dat het AMC al bij voorbaat een voorkeur had voor Consolidated en zelfs bij een prijsverschil van 4% nog voor Consolidated zou hebben gekozen.¹³⁰ Dit doet niet af aan de ernst van de door partijen gepleegde inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw.
140. Ook de stelling dat toch al zeer beperkt mededinging voor het project mogelijk was, en dat dit de overtreding minder ernstig maakt, wordt niet aanvaard. In de eerste plaats hebben partijen louter gesteld dat één van hen niet in de opdracht was geïnteresseerd, en dat het slechts in combinatieverband kon worden uitgevoerd. Zij hebben dit echter op geen enkele wijze gestaafd. In de tweede plaats doet de stelling van partijen niet af aan het feit dat partijen ervoor hebben gekozen deel te nemen aan de verboden overeenkomst en aan het feit dat bij afwezigheid van de verboden overeenkomst daadwerkelijke concurrentie zou hebben plaatsgevonden, bijvoorbeeld doordat verschillende combinaties voor de opdracht zouden hebben ingeschreven.
141. Gelet op de bovengenoemde feiten en omstandigheden acht de d-g NMa een rekenfactor van 2 aangewezen.
142. Dit leidt tot de volgende basisboetes (boetegrondslag x 2, afgerond naar beneden op hele euro's).

	<i>Betrokken omzet:</i>	<i>Boetegrondslag (10%):</i>	<i>Basisboete</i> <i>(Boetegrondslag x 2):</i>
Consolidated	€ 1.058.125	€ 105.812	€ 211.624
Erdo	€ 1.058.125	€ 105.812	€ 211.624
Boko	€ 423.250	€ 42.325	€ 84.650
Strijland	€ 423.250	€ 42.325	€ 84.650
Swindak	€ 423.250	€ 42.325	€ 84.650

Boeteverhogende omstandigheden

143. 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 135

¹³⁰ Document 3689/10, stempelnr. 032700200420467.

hierboven genoemde bandbreedte van de rekenfactor geldt, speelt hierbij niet langer een rol.

144. 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.¹³¹ In de Richtsnoeren worden nog andere voorbeelden genoemd; deze vormen geen uitputtende opsomming van boeteverhogende omstandigheden.¹³²
145. 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.
146. 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).¹³³ 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,¹³⁴ en hun hoger beroep is door het Hof van Justitie verworpen.¹³⁵ 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.
147. 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

¹³¹ Randnr. 27 van de Richtsnoeren.

¹³² Partijen hebben gesuggereerd dat het feit dat geen sprake is van exact dezelfde omstandigheden als die in het voorbeeld in de Richtsnoeren worden genoemd, automatisch zou betekenen dat geen sprake is van boeteverhogende omstandigheden. Dat is niet het geval.

¹³³ 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.

¹³⁴ GvEA 21 februari 1995, zaak T-29/92, *Jur.* 1995, p. II-289 (*SPO / Commissie*).

¹³⁵ HvJEG 25 maart 1996, zaak C-137/95 P, *Jur.* 1996, p. I-1611 (*SPO / Commissie*).

de bouw. De wetgever heeft er toen geen misverstand over laten bestaan dat de mededingingsregels van toepassing zijn op de bouw.¹³⁶

148. 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.¹³⁷
149. De d-g NMa ziet in het bovenstaande aanleiding om ten aanzien van de betrokken ondernemingen de boete te verhogen met 10%.
150. Ten slotte 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 NMa op 20 november 1998, mede gelet op de Europese jurisprudentie,¹³⁸ in een voorlopig oordeel gesteld dat zij strijd opleveren met de Mededingingswet. Alle vijf betrokken ondernemingen waren aangesloten bij de Vereniging van Samenwerkende Dakbedekkingsbedrijven.¹³⁹ Ook in dit licht kan worden aangenomen dat partijen op de hoogte hadden moeten zijn van het verboden karakter van hun gedragingen.¹⁴⁰

Boeteverlagende omstandigheden

151. Swindak heeft aangevoerd dat de overheid zelf kartelvorming bevordert heeft tot 1992, waarbij zij erop heeft gewezen dat toenmalig minister-president Lubbers (op 31 januari 1992) aan de Commissie een brief heeft geschreven. Ook daarna is volgens Swindak de overheid niet direct opgetreden tegen afspraken met betrekking tot aanbestedingen.

¹³⁶ *Kamerstukken II 1996-1997, 24 707, nr. 6 (Nota n.a.v. het verslag)*, p. 5-6.

¹³⁷ 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 *Volkscrant*).

¹³⁸ 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*).

¹³⁹ Document 3687/44. De technisch directeur van Consolidated Groep was van 1993 tot en met 1999 bestuurslid van de Vereniging van Samenwerkende Dakbedekkingsbedrijven.

¹⁴⁰ 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).

152. Wat er zij van de verwachtingen die zouden zijn gewekt in de door Swindak genoemde brief, deze kunnen geen geldig verweer opleveren voor schending van een wettelijke norm, en vormen evenmin een reden voor boeteverlaging. Bovendien kan na de handhaving van het kartelverbod in de bouwsector door de Commissie en het Hof van Justitie, en alle publiciteit daaromtrent, over de gelding van die norm geen onduidelijkheid hebben bestaan.
153. Ook de stelling van partijen dat ten tijde van hun overtreding praktisch de gehele bouwbranche werkte met vooroverleg en 'rekenvergoedingen', en – eenvoudig gezegd – partijen de pech hebben dat zij zijn 'gepakt', is geen boeteverlagende omstandigheid. Evenmin is, in tegenstelling tot hetgeen partijen stellen, sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel verwijst naar de eis van gelijke behandeling in vergelijkbare gevallen. Opsporing van alle overtredingen van de Mededingingswet in de bouwnijverheid is niet mogelijk. Evenmin is het mogelijk in alle gevallen waarin de NMa aanwijzingen voor een overtreding heeft, een onderzoek in te stellen. Een (prioriterings-)beleid dat leidt tot een selectie van zaken waarin onderzoek wordt verricht en rapport wordt opgemaakt is in het licht daarvan aanvaardbaar, ook al is daarvan de consequentie dat in vergelijkbare gevallen tegen de ene onderneming wel en tegen de andere onderneming geen onderzoek wordt ingesteld of rapport wordt opgemaakt.
154. Er is voorts aangevoerd dat sprake zou zijn van 'eigen schuld' van het AMC, omdat zij met haar uitnodiging aan alle vijf gegadigden voor een gelijktijdige bezichtiging en toelichting op het werk de gegadigden welbewust met elkaar in contact heeft gebracht en daarbij – mogelijk welbewust – het risico heeft genomen dat de gegadigden in onderling overleg zouden treden. Ook dit is geen boeteverlagende omstandigheid. Zoals in randnummer 137 onder b is opgemerkt, moet een opdrachtgever erop kunnen vertrouwen dat de gegadigden in onderlinge concurrentie naar de opdracht meedingen en dat de ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de gegadigden.
155. Ten slotte is ook het feit dat er enige publiciteit is geweest naar aanleiding van het rapport, geen boeteverlagende omstandigheid.
156. De d-g NMa ziet derhalve geen aanleiding om de boetes te verlagen.

4.2.3 Berekening boetebedrag

157. Het vorenstaande leidt tot de volgende boetes (de basisboete, zoals vermeld in randnummer 142, is verhoogd met 10%. De bedragen zijn vervolgens naar beneden afgerond naar het meest dichtbij zijnde duizendtal.

	Boete:
Consolidated	€ 232.000
Erdo	€ 232.000
Boko	€ 93.000
Strijland	€ 93.000
Swindak	€ 93.000

158. 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 is dan 10% van de omzet van de onderneming in het jaar 2003.
159. 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:
- legt aan Dakbedekkingsbedrijf Boko B.V. en Mofono B.V., beide gevestigd te Westknollendam, een boete op van € 93.000, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
 - legt aan Consolidated Nederland B.V. en Consolidated Groep B.V., beide gevestigd te Gorinchem, een boete op van € 232.000, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
 - legt aan Erdo B.V. en Esha Building Contracting B.V., beide gevestigd te Capelle aan den IJssel, een boete op van € 232.000, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
 - legt aan Strijland Dakbedekking B.V., gevestigd te Heteren, en Euron Vastgoed B.V., gevestigd te Heesum, een boete op van € 93.000, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
 - legt aan Swindak B.V. en Gilden Holding B.V., beide gevestigd te Zwijndrecht, een boete op van € 93.000, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel.

- 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.