

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

Advies in zaak: **3690/Aanbesteding dakrenovatie Sporthal
"De Springers"**

Leden van de subcommissie: mr. drs. R.C. van Houten (voorzitter),
mr. R.E. Bakker, mw. prof. dr. A.M. van den Bossche,
mr. R.J. Hekket en prof. dr. J.A.H. Maks

Secretaris van de subcommissie: mr. W.T. Algera

Datum

Bijlage(n)

27 juli 2005

Besluit d.d. 14 juni 2004 in zaak 3690/Aanbesteding
dakrenovatie Sporthal "De Springers"

OPENBARE VERSIE

Inhoudsopgave:

1	Inleiding	1
2	Procedure	1
3	Bestreden besluit	3
4	Beoordeling van de bezwaren	4
	<u>4.1 Procedurele bezwaren</u>	4
	4.1.1 Rechtmatigheid bedrijfsbezoeken; art. 8 EVRM	5
	4.1.2 De vaststelling en de aankondiging van het doel van het onderzoek	7
	4.1.3 De uitvoering van het onderzoek (reikwijdte en onderzoeksbevoegdheden)	9
	4.1.4 Anonieme tipgever	10
	<u>4.2 Feiten en inbreuken</u>	11
	<u>4.3 Inbreuk op art. 6 Mededingingswet</u>	12
	4.3.1 Onderneming	12
	4.3.2 Overeenkomst	13
	4.3.3 Mededingingsbeperking en merkbaarheid	14
	4.3.3.1 Mededingingsbeperking	14
	4.3.3.2 Merkbaarheid	14
	<u>4.4 Sanctie</u>	15
	4.4.1 Geen of een symbolische boete	15
	4.4.2 Betrokken omzet / boetegrondslag	16
	4.4.3 Ernst van de overtreding: zwaarte van de overtreding, economische context en rekenfactor	18
	4.4.4 Boeteverhogende omstandigheden	20
	4.4.5 Boeteverlagende omstandigheden	21
	<u>4.5 Slotoverweging</u>	23
5	Conclusies en Advies	24

1 Inleiding

1. Bij besluit in de zin van artikel 62, eerste lid, Mededingingswet (Mw) van 14 juni 2004 (hierna: het besluit) stelde de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) in zaak 3690 een inbreuk vast op het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw door de hierna genoemde ondernemingen, vanwege overleg met betrekking tot het project Sporthal "De Springers", waarbij is afgesproken wie het project zou uitvoeren en is besproken welke onderneming tegen welke prijs zou inschrijven. Bovendien heeft afstemming plaatsgevonden over (de hoogte van) een rekenvergoeding die de 'winnaar' van de aanbesteding verschuldigd zou zijn aan de ondernemingen die het project niet zouden uitvoeren. Volgens het besluit strekt deze gedraging ertoe de mededinging te beperken en is zij derhalve merkbaar. Het betreft de volgende ondernemingen:

- Consolidated Nederland B.V. (hierna: Consolidated)
- Erdo B.V. (hierna: Erdo)
- Sputc, Asphalt en Sputcwerk, Dakbedekking B.V. (hierna: Sputc)

2. De gedragingen zijn volgens de d-g NMa toe te rekenen aan voornoemde ondernemingen. Aan Consolidated werd een boete opgelegd van EUR 39.000, aan Erdo van EUR 19.000 en aan Sputc van EUR 19.000.

2 Procedure

3. Tegen het bestreden besluit werd namens Consolidated bij brief d.d. 23 juli 2004 (ontvangen 26 juli 2004) een bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden ingediend. Bij brief d.d. 4 oktober 2004 (ontvangen 5 oktober 2004) diende mr. E.H.H. Schelhaas namens Consolidated aanvullende gronden van bezwaar in.

4. Tegen het bestreden besluit werd namens Erdo bij brief d.d. 22 juli 2004 (ontvangen 23 juli 2004) een bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden ingediend. Bij brief d.d. 24 september 2004 (ontvangen 27 september 2004) diende mr. C.T. Dekker namens Erdo aanvullende gronden van bezwaar in. Bij brief van 24 januari 2005 (ontvangen 25 januari 2005) werden deze bezwaren nader aangevuld.

5. Tegen het bestreden besluit werd namens Sputc bij brief d.d. 23 juli 2004 (ontvangen 26 juli 2004) een bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden ingediend. Bij brief d.d. 17 september 2004 (ontvangen 23 september 2004) diende mr. T. Boesman namens Sputc aanvullende gronden van bezwaar in.

6. Op 22 januari 2005 heeft de d-g NMa de Adviescommissie een schriftelijke toelichting doen toekomen op het standpunt van de d-g NMa ter zake van de door Consolidated, Erdo en Sputc ingediende bezwaarschriften tegen het besluit.

7. Consolidated, Erdo en Sputc hebben afgezien van hun recht om te worden gehoord door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie) tijdens een hoorzitting die was voorzien voor 4 februari 2005.

8. Voor wat betreft de procedure voor de totstandkoming van het besluit wordt verwezen naar het besluit.¹

3 Bestreden besluit

9. Het bestreden besluit is als bijlage aan dit Advies gehecht.

¹ Besluit, randnrs. 1-17.

4 Beoordeling van de bezwaren

10. De Adviescommissie bespreekt en beoordeelt de hiernavolgende onderdelen op basis van het besluit, het aan de Adviescommissie ter beschikking gestelde dossier, de bezwaarschriften van Consolidated, Erdo en Sputc (hierna: bezwaarden) en de schriftelijke zienswijze van de d-g NMa. Voor de volledige weergave van de standpunten verwijst de Adviescommissie naar genoemde documenten. Ten aanzien van de feiten en de gedragingen op basis waarvan hieronder beoordeling van de ingebrachte bezwaren plaatsvindt, wordt uitgegaan van de weergave daarvan, zoals opgenomen in de randnummers 18 tot en met 62 van het besluit voor zover niet gemotiveerd bestreden door bezwaarden of de Adviescommissie anders uit de onderliggende stukken is gebleken.

11. *Bezwaarden* verwijzen in hun aanvullende bezwaarschriften naar hun stellingen die zij in de zienswijze (naar aanleiding van het rapport) hebben ingebracht.² De Adviescommissie is van oordeel dat op specifieke punten het bezwaarschrift kan worden gestaafd met een concrete verwijzing naar documenten die tot zoverre in de procedure zijn ingebracht. Een algemene verwijzing die erop neer komt dat alle stellingen uit een eerdere fase van de procedure worden gehandhaafd, is onvoldoende specifiek om door de Adviescommissie als bezwaar te worden beoordeeld.³ Voor zover de verwijzingen door Consolidated, Erdo en Sputc aan die voorwaarden voldoen, worden zij in de onderhavige procedure door de Adviescommissie betrokken in de advisering. Met betrekking tot het verzoek van de d-g NMa in de schriftelijke zienswijze om de motivering van het besluit als herhaald en ingelast te beschouwen,⁴ wijst de Adviescommissie op de omstandigheid dat het besluit ter advisering voorligt in het licht van de tegen dat besluit geformuleerde bezwaren en de schriftelijke zienswijze de Adviescommissie niet anders dan als toelichting daarop dient. Het verzoek van de d-g NMa om de mondelinge toelichting uitgesproken tijdens de hoorzittingen in de zaken 3687 en 3689 – voor zover toepasselijk – ook als mondelinge toelichting te beschouwen in onderhavige zaak kan niet worden gehonoreerd. Een mondelinge toelichting dient te worden uitgesproken tijdens de hoorzitting, die in onderhavige zaak niet heeft plaatsgevonden.

12. Hierna volgt in paragraaf 4.1 de beoordeling van de procedurele bezwaren. In paragraaf 4.2 wordt de door de d-g NMa vastgestelde inbreuk uiteengezet, alsmede de feiten waarop die inbreuk is gebaseerd. Daarna volgt in paragraaf 4.3 de beoordeling van de materiële bezwaren en komen in paragraaf 4.4 de bezwaren met betrekking tot de opgelegde sancties aan de orde. In paragraaf 5 volgen conclusies en Advies.

4.1 Procedurele bezwaren

13. De procedurele bezwaren hebben betrekking op de rechtmatigheid van de bedrijfsbezoeken (par. 4.1.1), de vaststelling en de aankondiging van het doel van het

² Consolidated, pt. 3, Erdo, pt. 6, Sputc, pt. 3.

³ GvEA, arrest van 16 december 2003, gev. zaken T-5/00 en T-6/00, FEG, nng, RO 100-101; ABRS 13 november 2000, JB 2000/351; CRvB 22 augustus 2001, JB 2001/279.

⁴ Schriftelijke zienswijze, punt 2.

onderzoek (par. 4.1.2), de uitvoering van het onderzoek (reikwijdte en onderzoeksbevoegdheden) (par. 4.1.3) en het gebruik van informatie van een anonieme tipgever (par. 4.1.4).

4.1.1 Rechtmatigheid bedrijfsbezoeken; art. 8 EVRM

14. De *d-g NMa* stelt in het besluit vast dat met de bedrijfsbezoeken niet art. 8 EVRM is geschonden, zoals dat onder meer is uitgelegd in het arrest *Colas Est*.⁵ Volgens hem kan ingevolge het arrest *Colas Est* een rechtspersoon slechts onder bepaalde specifieke omstandigheden een recht op privacy ontlenen aan art. 8 EVRM. In het arrest *Colas Est* heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) daarbij vooral de nadruk gelegd op het aantal bedrijven/vestigingen en de reikwijdte van de uitgeoefende bevoegdheden. Die omstandigheden waren in het geval van *Colas Est* veel verstrekkender dan die tijdens het onderzoek in onderhavig geval. De strekking van het onderzoek van de NMa en de geldende nationale wetgeving rechtvaardigen dan ook niet de conclusie dat sprake is van een situatie als waarvan sprake was in de zaak *Colas Est*. Voor zover er sprake zou zijn van een schending in de zin van art. 8, eerste lid, EVRM, zou deze zijn gerechtvaardigd op grond van art. 8, tweede lid, EVRM. Deze inmenging is bovendien wettelijk voorzien in art. 5:15 Awb (betreden van plaatsen) en 5:17 Awb (inzage vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden). De beperking van het recht op privacy zou zowel noodzakelijk als evenredig zijn aan het te beschermen legitieme belang. Het totaal aan garanties is in het concrete geval beslissend voor de vraag of sprake is van een gerechtvaardigde inmenging. Het onderzoek door de NMa is volgens de *d-g NMa* minder ingrijpend en met meer waarborgen omkleed dan in de zaak *Colas Est*. Een voorafgaande rechterlijke machtiging is dan ook volgens de *d-g NMa* niet vereist, zoals zou zijn bevestigd in de zaak *Bredase Notarissen*.⁶

15. *Consolidated* stelt zich op het standpunt dat de bedrijfsbezoeken die door de NMa zijn verricht in strijd zijn met art. 8 EVRM, zoals bepaald door het EHRM in de zaak *Colas Est*. Net als in de zaak *Colas Est* zou de rechterlijke machtiging ontbreken, terwijl het EHRM zou eisen dat er adequate waarborgen tegen misbruik van deze bevoegdheden moeten bestaan, in de vorm van een voorafgaande rechterlijke last.

16. *Erdo* stelt zich op het standpunt dat het bewijs in strijd met art. 8 EVRM onrechtmatig is verkregen nu geen voorafgaande rechterlijke toestemming is verkregen, waardoor geen sprake is geweest van een met voldoende rechtswaarborgen omgeven procedure. De *d-g NMa* kan immers gelijk in de zaak *Colas Est* zelfstandig en expliciet beslissen over het moment, het aantal, de lengte, en de omvang van bedrijfsbezoeken, terwijl geen “*senior policeofficer*” bij de bedrijfsbezoeken aanwezig hoeft te zijn. Volgens *Erdo* doet de omvang van de bedrijfsbezoeken niet ter zake, maar alleen de reikwijdte van de wettelijke bevoegdheden. Volgens *Erdo* beoordeelde het EHRM de bevoegdheden ook in de omstandigheid van bezoeken aan bedrijfsruimten als disproportioneel. De vrijwillige toegangverschaffing zou vanwege het gedwongen karakter aan deze omstandigheid niet afdoen.

⁵ Besluit, randnrs. 65-69; EHRM, uitspraak van 14 april 2002, *Colas Est*, nr. 37971/97.

⁶ Rb. Rotterdam, uitspraak van 18 juni 2003, LJN-nr. AH9702.

Beoordeling

17. De Adviescommissie is van oordeel dat art. 8 EVRM onder bepaalde omstandigheden tevens voor een onderneming het recht op respect voor zijn lokalen omvat.⁷ Vastgesteld wordt dat zich gelijke omstandigheden hebben voorgedaan in onderhavige situatie als in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Colas Est*, in die zin dat sprake was van een toezichthouder op de mededinging die met bedrijfsbezoeken onderzoek heeft verricht in de administratie en computers van ondernemingen en kopieën van (elektronische) documenten heeft meegenomen. Het recht op respect voor de woning uit art. 8, eerste lid, EVRM strekt zich derhalve in beginsel ook uit tot de lokalen die toebehoren aan bezwaard. Op gelijke wijze als in de zaak *Colas Est* werd met deze bedrijfsbezoeken inbreuk gemaakt op dit recht uit art. 8, eerste lid, EVRM. Anders dan de d-g NMa stelt, is de Adviescommissie daarbij van oordeel dat de intensiteit van de onderzoeken (aantal bedrijven/vestigingen) voor de vaststelling van de inbreuk op art. 8, eerste lid, EVRM geen relevant criterium vormt.⁸ Ook het argument van de d-g NMa dat vanwege de reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden van de NMa geen sprake is van een inbreuk op art. 8, eerste lid, EVRM kan niet slagen. De door de d-g NMa uitgeoefende bevoegdheden verschillen in onderhavig geval naar hun aard niet noemenswaardig van die van de Franse toezichthouder uit de zaak *Colas Est*.⁹

18. Art. 8, tweede lid, EVRM staat een dergelijke inbreuk evenwel onder omstandigheden toe. Toepassing van deze rechtvaardigingsmogelijkheid met behulp van de uitleg van het EHRM uit de zaak *Colas Est* leidt in onderhavige zaak tot de conclusie dat de inbreuk gerechtvaardigd is.¹⁰ Vast staat dat de bevoegdheid tot bedrijfsbezoeken bij wet aan de toezichthoudende en onderzoeksambtenaren van de NMa is toegekend (art. 50 en 52 Mw jo. titel 5.2 Awb, in het bijzonder art. 5:15 en art 5:17 Awb) en zij is daarmee, zoals vereist, bij wet voorzien. Met betrekking tot het vereiste van een legitiem doel is de Adviescommissie van oordeel dat met de inbreuk het belang van het economische welzijn van het land wordt gediend. Ten slotte moet worden vastgesteld of de inbreuk als evenredig voor het bereiken van dit doel kan worden beschouwd. Voorop moet worden gesteld dat de bevoegdheid om een inbreuk te maken op art. 8, eerste lid, EVRM ruimer is in het geval sprake is van de lokalen van een onderneming, dan in het geval van een privé-woning.¹¹ Ook dient te worden vastgesteld dat de lidstaten een zekere beoordelingsruimte hebben bij de vaststelling van de noodzaak voor een inbreuk op art. 8, eerste lid, EVRM, al dient een uitzondering krachtens art. 8, tweede lid, EVRM – conform de hoofdregel – beperkt te worden uitgelegd. Daarbij dient de wettelijke regeling in de praktijk adequate en effectieve waarborgen te bieden tegen misbruik.

19. De Adviescommissie is van oordeel dat de wettelijke regeling van de bevoegdheden en de uitvoering daarvan door de d-g NMa in onderhavige zaak ook aan die voorwaarden voldoen. Zoals de d-g NMa terecht aangeeft, biedt de wettelijke regeling waarborgen in de vorm van de algemene zorgvuldigheidsnorm uit art. 5:13 Awb en art. 5:20, eerste lid,

⁷ EHRM, *Colas Est*, reeds aangehaald, punt 42; EHRM, uitspraak van 15 juli 2003, Ernst, nr. 33400/96, punt 109 e.v.

⁸ Een dergelijk feitelijk argument kan wel een rol spelen in het kader van een eventuele rechtvaardiging.

⁹ EHRM, *Colas Est*, reeds aangehaald, punt 46.

¹⁰ EHRM, *Colas Est*, reeds aangehaald, punten 43 tot en met 49.

¹¹ EHRM, uitspraak van 16 december 1992, Niemietz, nr. 13710/88, punt 31.

Awb. Deze algemene zorgvuldigheidsnorm schrijft voor dat van de bevoegdheid slechts gebruik wordt gemaakt voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van de taak nodig is. Indien een onderneming de NMa-ambtenaren de (verdere) toegang tot lokalen weigert, kunnen zij niet zelfstandig de toegang tot de lokalen afdwingen, maar dient dat te worden overgelaten aan de ingeroepen 'sterke arm'. Dat deze een eigen afweging dient te maken op basis van art. 8 Politiewet, zoals de d-g NMa stelt, vormt slechts tot op zekere hoogte een garantie tegen misbruik. Die afweging zal in de praktijk geen volwaardige afzonderlijke afweging op basis van de voornoemde algemene zorgvuldigheidsnorm vormen met betrekking tot het verzoek tot toegang door een NMa-ambtenaar. Verder ontbreekt een algemene doorzoekingsbevoegdheid. Tevens worden alle voorgenomen handelingen in de vorm van een draaiboek en de daadwerkelijk verrichte handelingen in de vorm van verslagen van ambtshandelingen schriftelijk vastgelegd in het dossier, waarmee controle achteraf kan plaatsvinden. Uiteindelijk staat voor de onderneming de mogelijkheid open tot toetsing van het daadwerkelijk uitgeoefende toezicht door een onafhankelijke rechter in een bestuursrechtelijke of civiele procedure. Uit het totaal van deze wettelijke regeling blijkt naar het oordeel van de Adviescommissie dat de regeling adequate en effectieve wettelijke waarborgen biedt tegen misbruik van de bevoegdheden uit deze regeling door de ambtenaren van de NMa. Met betrekking tot de daadwerkelijke bevoegdheidsuitoefening heeft het EHRM in het arrest *Colas Est* sterk de nadruk gelegd op de omvang en de intensiteit van het onderzoek. Vastgesteld dient te worden dat in onderhavige zaak ten aanzien van de daarbij betrokken ondernemingen sprake is geweest van beperkte en gerichte bedrijfsbezoeken, zoals blijkt uit randnummers 7 tot en met 19 van het rapport. Ook in combinatie met de gerelateerde zaken 3687, 3689, 3691 en 3692 is de Adviescommissie niet gebleken dat sprake was van ongerichte en buitensporige inzet van opsporingshandelingen en -middelen. De inbreuk kan daarmee niet worden gekwalificeerd als disproportioneel en niet-noodzakelijk voor het te bereiken doel. De bezwaren moeten dan ook worden afgewezen. Daarenboven is ook overigens gesteld noch gebleken dat de ambtenaren van de NMa misbruik hebben gemaakt van deze bevoegdheden, waarmee de grond aan dit bezwaar is komen te ontvallen.

20. Zoals de d-g NMa stelt, zijn de bevoegdheden van de ambtenaren met betere waarborgen omgeven dan de bevoegdheden van de Franse toezichthouder in de zaak *Colas Est*. Het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging doet aan deze waarborgen niet af en is dan ook niet uit hoofde van art. 8 EVRM vereist.

4.1.2 De vaststelling en de aankondiging van het doel van het onderzoek

21. De d-g NMa stelt in het besluit vast dat 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) voldoende door hem gepreciseerd waren bij de bedrijfsbezoeken. Het wettelijk voorschrift waarop het onderzoek in het concrete geval betrekking had (art. 6 Mw), alsmede de betrokken gedragingen, waren voor de onderzochte ondernemingen duidelijk. Waar partijen hebben willen betogen dat het doel van het bedrijfsbezoek *en détail* 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 art. 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.¹² Voor een voorafgaande 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.¹³

22. *Consolidated* stelt zich op het standpunt dat de NMa in strijd met art. 5:13 Awb het doel van het onderzoek onvoldoende heeft gespecificeerd. Zo zouden de onderzoekers niet hebben aangegeven dat het onderzoek zich richtte op het project AMC (bedoeld wordt waarschijnlijk project Sporthal "De Springers"). Het bewijs van de d-g NMa zou daarmee onrechtmatig zijn verkregen.

Beoordeling

23. Art. 5:13 Awb omvat mede de verplichting voor een toezichthouder om mee te delen waarom hij van zijn bevoegdheid gebruik zal maken. Het evenredigheidsbeginsel waarborgt dat geen inzage wordt gevorderd van andere bescheiden of dat geen andere zaken worden onderzocht dan die welke verband houden met de wettelijke voorschriften waarop het toezicht in een concreet geval betrekking heeft.¹⁴ De ambtenaren van de NMa kunnen derhalve niet volstaan met de mededeling dat het onderzoek is gericht op een mogelijke overtreding van art. 6 Mw. Zoals uit de bovenvermelde toelichting bij art. 5:13 Awb volgt, dient de bevoegdheid te worden gebruikt ten behoeve van de wettelijke voorschriften in een concreet geval. Dit betekent dat de NMa-ambtenaar naast het wettelijke voorschrift ten minste globaal dient aan te geven op welke concrete gedragingen het onderzoek zich richt en om welke periode het daarbij gaat. Daarmee kunnen partijen een inschatting maken hoe ver hun medewerkingsplicht in de zin van art. 5:20 Awb zich uitstrekt, opdat zij inhoud kunnen geven aan hun recht op verdediging en opdat kan worden gecontroleerd dat de toezichthouder van zijn bevoegdheden evenredig gebruik maakt. De omschrijving van het doel van het onderzoek is mede afhankelijk van de opzet en de omvang van het onderzoek. Het doel van een onderzoek kan in algemene bewoordingen zijn omschreven. Gezien de aard van de informatie uit de anonieme stukken en tegen de achtergrond van de bevindingen uit de bouwsector was een algemeen onderzoek naar de dakbedekkingssector gerechtvaardigd. Het was dan ook – anders dan bezwaarden betogen – niet noodzakelijk in onderhavig geval het specifieke project te noemen, waarbij naderhand de overtreding werd vastgesteld. Dat onderzoek was er juist op gericht om vast te stellen of er sprake was van overtredingen in deze sector. Het onderhavige project kan derhalve worden geacht deel uit te maken van de voornoemde concrete gedragingen waarnaar het onderzoek is verricht.

24. De Adviescommissie deelt niet de conclusie die de d-g NMa verbindt aan het vonnis in kort geding in de zaak *Van Hattum en Blankevoort*, als zou vermelding van een overtreding van art. 6 Mw kunnen volstaan.¹⁵ In dat vonnis stelde de

¹² Zie ook Rb. Rotterdam 18 juni 2003, LJN-nr. AH9702 (Bredase notarissen / d-g NMa).

¹³ Besluit, randnr. 73.

¹⁴ MvT bij art 5:13 Awb, Kamerstukken II, 23 700, nr. 3, p. 141.

¹⁵ Schriftelijke toelichting, punt 11. Pres. Rb Den Haag, vonnis van 9 april 2003, zaak KG 03/342, Van Hattum Blankevoort.

voorzieningenrechter juist vast dat wel een nadere (algemene) omschrijving van mogelijke inbreuken was gegeven, voorafgaand aan het bedrijfsbezoek.¹⁶ Daarbij dient te worden aangetekend dat de voorzieningenrechter in de betreffende zaak een terughoudende toets heeft gehanteerd (een naar voorlopig oordeel onmiskenbaar onrechtmatig gedrag) en het uiteindelijke oordeel uitdrukkelijk overlaat aan de rechters in de bestuursrechtelijke bodemprocedure.¹⁷ Ook het beroep van de d-g NMa op de zaak *DTe-EON*¹⁸ kan niet slagen. De daar gehanteerde overwegingen zien op de bij art. 7 E-wet 1998 aan de directeur van de DTe opgedragen inlichtingenbevoegdheid die niet is te vergelijken met het verzoek om toegang ten behoeve van een onaangekondigd bedrijfsbezoek door ambtenaren van de NMa.

25. Anders dan voornoemde principiële stellingen van de d-g NMa in zijn schriftelijke toelichting doen vermoeden, dient op basis van de inhoud van de mededelingen van de ambtenaren van de NMa, zoals hiervoor uiteengezet, en tegen de voornoemde achtergrond te worden geconcludeerd dat de waarborgen die de d-g NMa in acht heeft genomen ter bescherming van de belangen van partijen in dit concrete geval volstaan.

4.1.3 De uitvoering van het onderzoek (reikwijdte en onderzoeksbevoegdheden)

26. De *d-g NMa* stelt in het besluit vast dat het onderzoek is beperkt gebleven 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. Daarbij wordt vooraf een beoordeling gemaakt van de noodzaak en de uitvoeringwijze op basis van evenredigheid en doelmatigheid. E.e.a. is neergelegd in één of meerdere interne NMa-stukken. Het bedrijfsbezoek is binnen die grenzen verricht. De dg NMa stelt voorts bevoegd te zijn tot het maken van digitale kopieën. Deze gegevensdragers zijn bij uitstek de plaatsen waar gegevens kunnen worden verwacht die de neerslag vormen van de vermoede overtredingen van de Mw. Een kopie daarvan maken kan niet als willekeurig worden aangemerkt. Bij het verdere onderzoek van het gekopieerde materiaal is voorts gericht en uitsluitend gezocht naar gegevens die verband houden met de vermoede overtreding waarop het bedrijfsbezoek is gericht. Van een doorzoeking is volgens de d-g NMa dan ook geen sprake.¹⁹ Deze bevoegdheid en conformiteit met de wet is tevens in kort geding bevestigd.²⁰ Overigens is voor het bewijs van de overtreding geen gebruik gemaakt van digitale gegevens.

27. *Consolidated* en *Erdo* stellen zich op het standpunt dat de ambtenaren van de NMa buiten hun bevoegdheden in de zin van paragraaf 5.2 van de Awb zijn getreden, omdat zij een doorzoeking zouden hebben uitgevoerd. Nu de NMa-ambtenaren zelfstandig en buiten aanwezigheid van medewerkers van de betrokken ondernemingen willekeurig kamers zouden hebben doorzocht, kasten en lades hebben geopend, ordners en andere opbergssystemen hebben ingezien en digitale bestanden hebben gekopieerd, zou blijken

¹⁶ Pres. Rb Den Haag, Van Hattum Blankevoort, reeds aangehaald, punt 4.7.

¹⁷ Pres. Rb Den Haag, Van Hattum Blankevoort, reeds aangehaald, punt 4.3 en par. 4.7.

¹⁸ Schriftelijke toelichting, punt 11.

¹⁹ Besluit, randnrs. 73-76 en 80-82.

²⁰ Vzng. Rb, 's-Gravenhage, 9 april 2003, LJN-nr. AF7087, HBG/Staat en Vzng. Rb. 's-Gravenhage, 9 april 2003, LJN-nr. AF7069, Van Hattum & Blankevoort / Staat, RO 4.6.

dat niet van het vorderen van inzage sprake is geweest, maar van het doorzoeken van de bedrijfsruimten. De d-g NMa zou verder niet over de bevoegdheid beschikken om digitale bestanden te kopiëren en te doorzoeken. Het daarbij verkregen bewijs kan volgens bezwaardenden niet dienen ter onderbouwing van de door de d-g NMa vastgestelde overtredingen.

Beoordeling

28. Deze bezwaren moeten worden afgewezen. Aan de ambtenaren van de NMa komt, zoals bezwaardenden terecht stellen, op grond van de Awb en de Mw niet de bevoegdheid tot doorzoeking toe. Zij dienen derhalve niet alomvattend en willekeurig dan wel ongericht te werk te gaan. Voorafgaand aan ieder bedrijfsbezoek heeft de d-g NMa mede op basis van het doel van het onderzoek (zie par. 4.1.2 van dit Advies) verificatiedossiers en draaiboeken doen opmaken. Zo nodig kunnen die dossiers worden ingezien door een onafhankelijke rechter. De d-g NMa stelt dat de toezichthoudende ambtenaren van de NMa bij de aanvang van hun onderzoek hebben meegedeeld waar het onderzoek op was gericht en welke kantoorruimten zij voornemens waren te onderzoeken.²¹ De Adviescommissie is uit de stellingen van bezwaardenden noch uit het dossier gebleken dat de ambtenaren van de d-g NMa zich niet aan deze door hen uitgesproken voornemens hebben gehouden. De Adviescommissie is van oordeel dat een dergelijke werkwijze niet valt aan te merken als een doorzoeking.²² Het ontbreekt daartoe bij de onderzoeken aan alomvattendheid en willekeur of ongerichtheid. Bovendien dient voor ogen te worden gehouden dat de onderzoeksambtenaren van de NMa over een voldoende effectief onderzoeksmiddel dienen te kunnen beschikken.

29. De mogelijkheid tot het maken van een digitale kopie van individuele documenten of van de integrale inhoud van een harde schijf (forensic image) behoort tot de bevoegdheden van de ambtenaren van de NMa.²³ Vanwege de gehanteerde zoektermen en de waarborgen die in acht zijn genomen bij het beoordelen van de elektronische gegevens kan niet worden gesproken van het in strijd met de bevoegdheden doorzoeken van computersystemen en bestanden door de onderzoeksambtenaren van de NMa.²⁴

4.1.4 Anonieme tipgever

30. De d-g NMa stelt in het besluit dat hij niet op de hoogte is van de wijze van verkrijging van de documenten door de tipgever. Onbekendheid daarmee staat volgens hem niet in de weg aan het gebruik ervan. Gebruik van bewijs door de overheid is slechts niet toelaatbaar, indien het door de overheid is verkregen op een wijze die indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht.²⁵ Daarvan is volgens de d-g NMa geen sprake.²⁶ Met betrekking tot het door de anonieme tipgever bijgevoegde commentaar is de d-g NMa naar eigen zeggen niet gehouden dat terzijde te

²¹ Schriftelijke zienswijze randnr. 14.

²² Pres. Rb Den Haag, Van Hattum Blankevoort, reeds aangehaald, punt 4.6.

²³ Toelichting op art. 5:17 Awb: MvT Awb, Kamerstukken II, 23700, nr. 3, p. 144. Zie tevens Pres. Rb. Den Haag, Van Hattum Blankevoort, reeds aangehaald punt 4.10.

²⁴ NMa bekendmaking van 6 juni 2003, Werkwijze Nederlandse Mededingingsautoriteit met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden, *Staatscourant*, 11 juni 2003, nr. 109, p. 30.

²⁵ HR, arrest van 1 juli 1992, NJ 1994, 621, BNB 1992, 306.

²⁶ Besluit, randnrs. 85-86.

schuiven, maar mag ook niet zonder meer op de juistheid ervan worden vertrouwd. De d-g NMa is *in casu* van oordeel dat de informatie juist is, omdat ten eerste de tipgever goed op de hoogte blijkt met de materie. In de tweede plaats zou de informatie worden bevestigd door ander bewijs (vergelijkend handschriftonderzoek door het NFI). Ten derde is volgens de d-g NMa het bestaan van het administratieformulier en het gebruik daarvan bevestigd door de directeur van Erdo, de heer [XXX]. Ten vierde zouden partijen van hun kant niet hebben aangegeven wat er precies onjuist is, hetgeen op hun weg had gelegen.

31. *Consolidated* en *Erdo* stellen zich op het standpunt dat het gebruik van een anonieme bron leidt tot schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en art. 6 EVRM. Zij stellen dat zij niet in staat zijn deze informatie te verifiëren en vast te stellen of zij niet is gemanipuleerd.

Beoordeling

32. Dit bezwaar moet worden verworpen. De Adviescommissie volgt de d-g NMa in zijn betoog in de schriftelijke toelichting waarin hij stelt dat bewijs afkomstig van derden wordt vermoed rechtmatig te zijn verkregen, behoudens bewijs van gedrag dat de overheid niet betaamt.²⁷ Van een dergelijke omstandigheid is de Adviescommissie niet gebleken. De d-g NMa heeft vervolgens op voldoende zorgvuldige wijze gehandeld door de uit de anonieme bron afkomstige informatie op zijn inhoudelijke consistentie en samenhang te onderzoeken. De Adviescommissie deelt de conclusies terzake van de d-g NMa. Het gebruik van deze documenten leidt evenmin tot een verslechtering van de positie van bezwaardes. Bezwaardes hebben immers op dezelfde wijze als de d-g NMa kunnen kennisnemen van de documenten en zijn in de gelegenheid gesteld de informatie daaruit te weerleggen.

4.2 Feiten en inbreuken

33. In het besluit stelt de d-g NMa een inbreuk vast op het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw door eerder genoemde ondernemingen, vanwege overleg met betrekking tot het project Sporthal “De Springers”, waarbij is afgesproken wie het project zou uitvoeren en is besproken welke onderneming tegen welke prijs zou inschrijven. Bovendien heeft afstemming plaatsgevonden over (de hoogte van) een rekenvergoeding die de ‘winnaar’ van de aanbesteding verschuldigd zou zijn aan de ondernemingen die het project niet zouden uitvoeren. Deze gedragingen van de betrokken ondernemingen vormen een overeenkomst in de zin van de Mw, die ertoe strekt de mededinging te beperken op een deel van de Nederlandse markt en derhalve merkbaar is.²⁸

34. De d-g NMa baseert deze inbreuk op de feiten opgesomd in randnummer 50 van het besluit, zoals opgenomen in de randnummers 19 tot en met 49 van het besluit:

²⁷ Schriftelijke toelichting, punten 18-21.

²⁸ Besluit, randnr. 50 en 88-98.

- Een faxbericht d.d. 16 juli 1999 van Consolidated aan het voormalig hoofd van de technische commerciële groep van Erdo (de heer [XXX]).²⁹
- De verklaringen d.d. 6 maart 2003³⁰ en 30 juni 2003³¹ van de calculator van Erdo (de heer [XXX]).
- Het deskundigenrapport van het NFI.³²
- De verklaring d.d. 13 mei 2003 van de heer [XXX], die in 1999 adjunct-directeur van Sputco was.³³
- De verklaring d.d. 4 september 2003 van de technisch directeur van Consolidated Groep (de heer [XXX]).³⁴
- Het administratieformulier van Erdo.³⁵
- De verklaring d.d. 6 maart 2003 van de directeur van Erdo (de heer [XXX]).³⁶
- Het memo d.d. 16 augustus 1999 dat is geschreven op voorbedrukt papier voorzien van het logo van Erdo.³⁷

4.3 Inbreuk op art. 6 Mededingingswet

35. Na de vaststelling dat sprake is van ondernemingen (4.3.1) worden de bezwaren behandeld betreffende het bestaan van een overeenkomst (4.3.2) in de zin van de Mw en wordt ingegaan op het mededingingsbeperkende karakter en de merkbaarheid van de gedragingen (4.3.3).

4.3.1 Onderneming

36. De *d-g NMa* stelt in het besluit vast dat de betrokken ondernemingen ten tijde van de gedragingen actief waren in de dakbedekkingssector. Zij verrichten economische activiteiten en dienen daarmee mededingingsrechtelijk als ondernemingen te worden gekwalificeerd.³⁸

37. Niet in geding is dat Consolidated, Erdo en Sputco dienen te worden aangemerkt als onderneming in de zin van art. 1, sub f, Mw, jo art. 81, eerste lid, EG. In het vervolg van dit Advies wordt dan ook van die omstandigheid uitgegaan.

4.3.2 Overeenkomst

38. De *d-g NMa* stelt in het besluit vast dat de betrokken ondernemingen hebben afgesproken wie het project zou mogen uitvoeren, daartoe hebben besproken welke

²⁹ Document 3690/13, bijlage 3270/34, bijlage 2, alsmede document 3690/16, bijlage 3270/39 (ontvangen van de gem. Amsterdam), alsmede document 3690/26, bijlage 3270/75; 00003270750089 (ontvangen van een onbekende afzender).

³⁰ Document 3690/11, bijlage 3270/19.

³¹ Document 3690/35, bijlage 3270/121; 00032701210001.

³² Document 3690/57, bijlage 3270/173.

³³ Document 3690/24, bijlage 3270/72.

³⁴ Document 3690/44, bijlage 3270/146.

³⁵ Document 3690/16, bijlage 3270/39 (ontvangen van gem. Amsterdam) en document 3690/26, bijlage 3270/75; 00003270750087 (ontvangen van onbekende afzender).

³⁶ Document 3690/11, bijlage 3270/19.

³⁷ Document 3690/16, bijlage 3270/39 (ontvangen van de gem. Amsterdam) en document 3690/26, bijlage 3270/75; 00003270750088 (ontvangen van onbekende afzender).

³⁸ Besluit, randnr. 89.

onderneming tegen welke prijs zou inschrijven, en dat zij hebben afgesproken dat de 'winnaar' van de aanbesteding een 'rekenvergoeding' verschuldigd zou zijn aan beide 'verliezers'. Aldus hebben de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Deze afspraken kwalificeren volgens de d-g NMa als overeenkomst in mededingingsrechtelijke zin.³⁹

39. *Sputco* stelt zich op het standpunt dat de feiten en omstandigheden door de d-g NMa overtuigend, coherent en onomstotelijk dienen te worden bewezen. Volgens *Sputco* heeft de d-g NMa de wilsovereenstemming tussen *Sputco*, Consolidated en Erdo niet aangetoond, noch ten aanzien van de inschrijfbedragen, noch ten aanzien van de rekenvergoeding. Er zou evenmin bewijs zijn dat *Sputco* haar wil tot uitdrukking heeft gebracht. De anonieme bewijsstukken zijn voor die conclusie onvoldoende. De bedragen op de bewijsstukken komen ook niet overeen met de bedragen waartegen daadwerkelijk is ingeschreven. Ook vermeldt de fax van Consolidated aan Erdo⁴⁰ niet het inschrijfbedrag van *Sputco*. Ten slotte zou de verklaring van de heer [XXX] – in 1999 adjunct-directeur van *Sputco* – niet als onderbouwing kunnen dienen, aangezien deze een situatie beschrijft die zou afwijken van de onderhavige inschrijving.

Beoordeling

40. De Adviescommissie is van oordeel dat deze bezwaren moeten worden verworpen. Anders dan *Sputco* lijkt te veronderstellen, zijn er geen redenen waarom de bewijsmiddelen van de anonieme tipgever niet kunnen worden betrokken in de bewijsvoering voor het bestaan van een overeenkomst (zie par. 4.1.4 van dit Advies). Vast staat dat het bedrag van de drie inschrijvers is vermeld op het administratieformulier dat is ingevuld door de calculator van Erdo de heer [XXX]. De genoemde bedragen op de voormelde fax, op het administratieformulier en op de uiteindelijke inschrijving komen in een dermate sterke mate overeen dat het opstellen van deze documenten voorafgaande bekendheid veronderstelt. Dat het inschrijfbedrag van *Sputco* niet staat vermeld op de fax van Consolidated aan Erdo kan aan die conclusie niet afdoen. Daarbij liggen de data op de fax en het administratieformulier vóór de datum van openbaarmaking van de inschrijfbedragen. Op basis van deze omstandigheden is de conclusie gerechtvaardigd dat de bedragen de uitdrukking vormen van de gezamenlijke wil van de ondernemingen betreffende hun voorgenomen marktgedrag. Dat blijkt met name uit de omstandigheid dat de ondernemingen ook daadwerkelijk tegen die bedragen hebben ingeschreven. Deze vaststelling wordt in algemene zin ondersteund door de verklaring van de heer [XXX] en ook van de heer [XXX] – directeur van Erdo – waarin zij het bestaan van dergelijke afspraken al dan niet in het verleden erkennen.⁴¹

³⁹ Besluit, randnrs. 90 en 91.

⁴⁰ Prismanr. 3690/13, bijlage 3270/34, bijlage 2.

⁴¹ Besluit, randnrs. 37 en 41.

4.3.3 Mededingingsbeperking en merkbaarheid

4.3.3.1 Mededingingsbeperking

41. De *d-g NMa* stelt vast dat de inschrijving door de ondernemingen bewijst dat zij concurrenten van elkaar zijn en dat zij de uitkomst van de aanbesteding vooraf hebben bepaald en een rekenvergoeding hebben afgesproken. Dat de winnaar van de aanbesteding de kosten van de rekenvergoedingen in aanmerking neemt bij het vaststellen van het offerte bedrag acht de *d-g NMa* vanzelfsprekend. De afspraak strekt er volgens de *d-g NMa* toe de mededinging te beperken.⁴²

Beoordeling

42. Door bezwaarden wordt het mededingingsbeperkende karakter van de gedragingen niet betwist. In het vervolg van het Advies wordt dan ook van die omstandigheid uitgegaan.

4.3.3.2 Merkbaarheid

43. De *d-g NMa* stelt vast dat de mededingingsbeperking als merkbaar moet worden aangemerkt, omdat de afspraken ertoe strekken de mededinging te beperken. Volgens de *d-g NMa* is geen sprake van een dermate zwakke positie van partijen op de betrokken markt dat de overeenkomst de markt slechts in geringe mate kan beïnvloeden. De aanbodzijde van de markt bestond vanuit het oogpunt van de gemeente Gouda uitsluitend uit Consolidated, Erdo en Sputco, zodat de mededinging door de afspraak volledig en daarmee tevens merkbaar werd beperkt. De geringe omvang van het project kan niet het verboden karakter aan de gedragingen ontnemen, maar is wel mede bepalend voor de hoogte van de boete.⁴³

44. *Consolidated* stelt zich op het standpunt dat er geen sprake is van een merkbare mededingingsbeperking. Ook als een mededingingsbeperkende strekking zou worden aangenomen, dient voldaan te zijn aan het criterium dat de betrokken overeenkomsten en gedragingen in meer dan geringe mate afbreuk doen aan de mededinging. Aan dat criterium is volgens *Consolidated* in de onderhavige situatie niet voldaan. Ter onderbouwing wijst zij op een drietal uitspraken.⁴⁴ De omzet van het werk van de gemeente Gouda zou ongeveer 0,02% van de markt in 2000 betreffen.

45. *Sputco* stelt zich op het standpunt dat het effect van de gedraging te beperkt is geweest om de mededinging merkbaar te beperken.

Beoordeling

46. Deze bezwaren moeten worden verworpen. De mededingingsbeperking is merkbaar als gevolg van het strekkingskarakter van de afspraak. Er is evenmin sprake van een

⁴² Besluit, randnrs. 92-93.

⁴³ Besluit, randnrs. 94-97.

⁴⁴ Gerechtshof Arnhem, arrest van 13 mei 2003, Folio Vastgoed; Gerechtshof Den Haag, arrest van 30 september 1999, Zorg en zekerheid/ De Graaf, rolnr. 98/636; Gerechtshof Amsterdam, Heineken/PSE, rolnr. 1234/98.

situatie als in de zaak Völk Vervaecke,⁴⁵ aangezien de aanbodzijde van de markt voor deze specifieke opdracht was beperkt tot alle bij de afspraak betrokken ondernemingen. De betrokken ondernemingen beschikken daarmee over een sterke positie ten aanzien van de opdrachtgever. De Adviescommissie onderschrijft de parallel die de d-g NMa trekt met de zaak Bredase Notarissen.⁴⁶ Dat in onderhavig geval sprake is van slechts één opdracht doet aan die vergelijking niet af.

4.4 Sanctie

47. Aan ieder van de ondernemingen Consolidated, Erdo en Sputco is vanwege de overtreding een boete opgelegd.⁴⁷ De boetes zijn vastgesteld op basis van de richtsnoeren boetetoemeting.⁴⁸ De betrokken omzet is gebaseerd op de gerealiseerde projectomzet voor ieder van de uitvoerende ondernemingen en op de projectomzet voor de niet-uitvoerende ondernemingen gezamenlijk, waarna de boetegrondslag is vastgesteld op 10% van deze betrokken omzet. De overtreding is als zeer zwaar gekwalificeerd, waaraan op basis van de economische context een rekenfactor van 2 is gekoppeld, teneinde de ernst van de overtreding in de boete tot uitdrukking te brengen. Op de hieruit volgende basisboete is voor alle ondernemingen een verhoging toegepast van 10% wegens voorafgaande bekendheid met het verboden mededingingsbeperkende karakter van de gedraging. De d-g NMa heeft daarbij geen boeteverlagende omstandigheden vastgesteld.

48. De bezwaren tegen de sanctie komen erop neer dat er ruimte zou zijn voor het afzien van een boete of voor het opleggen van een symbolische boete (par. 4.4.1). De bezwaren zien tevens op de berekening van de betrokken omzet (par. 4.4.2), de ernst van de overtreding: zwaarte van de overtreding, economische context en rekenfactor (par. 4.4.3), de vastgestelde boeteverhogende omstandigheden (par. 4.4.4) en de aanwezigheid van boeteverlagende omstandigheden (par. 4.4.5).

4.4.1 Geen of een symbolische boete

49. De d-g NMa stelt in het besluit vast dat hij geen aanleiding ziet af te zien van het opleggen van een boete of een symbolische boete op te leggen.⁴⁹

50. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat er aanleiding is af te zien van het opleggen van een boete of voor het opleggen van een symbolische boete.

Beoordeling

51. De Adviescommissie volgt de d-g NMa in zijn conclusie dat er geen aanleiding is om te volstaan met een symbolische boete of om af te zien van het opleggen van een

⁴⁵ HvJ EG, arrest van 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk v. Vervaecke, punt 7, zoals o.a. nader uitgewerkt in de Commissiebekendmaking van 19 mei 2001, betreffende de herziening van de bekendmaking van 1997 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 81, lid 1 van het Verdrag vallen Pb. EG 2001, C-149/18.

⁴⁶ Reeds aangehaald.

⁴⁷ Besluit, randnrs. 99-138.

⁴⁸ Stscrt. 21 december 2002, 248, p. 90.

⁴⁹ Besluit, randnrs. 107-109

boete. Zoals de d-g NMa terecht opmerkt, zijn integendeel duidelijke signalen uit het verleden genegeerd, die een verhoging van de boete rechtvaardigen.

4.4.2 Betrokken omzet / boetegrondslag

52. De d-g NMa heeft op basis van randnummer 16 van de boeterichtsnoeren voor ieder van de ondernemingen de gehele projectomzet als betrokken omzet genomen, zij het niet onverkort vanwege het eenmalige karakter en teneinde een redelijke verhouding tussen het totaal van de boetes en de gerealiseerde omzet te verzekeren. Hij heeft derhalve voor de uitvoerende onderneming de projectomzet als betrokken omzet genomen⁵⁰ en voor de niet-uitvoerende ondernemingen de projectomzet als gezamenlijke betrokken omzet. Van deze betrokken omzet is 10% bepaald als boetegrondslag.⁵¹

53. Erdo stelt zich op het standpunt dat in de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-sector van 13 oktober 2004 (hierna: bekendmaking boetetoemeting GWW-sector) op andere wijze dan in onderhavige zaak de betrokken omzet is berekend. Volgens Erdo leidt dit tot strijd met het gelijkheidsbeginsel uit art. 1 van de Grondwet.

Beoordeling

54. Dit bezwaar moet worden verworpen. Uitgangspunt is dat de d-g NMa ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw bevoegd is een boete op te leggen, ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw, zoals *in casu* het geval is. Deze bevoegdheid is discretionair van aard, wat onder meer tot gevolg heeft dat de d-g NMa ten aanzien van de beslissing in voorkomende gevallen een boete op te leggen een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt. Indien, zoals *in casu*, de d-g NMa heeft beslist tot het opleggen van een boete dient deze, voor wat de hoogte betreft, te voldoen aan de hieraan in artikel 57 van de Mw gestelde kaders. Zoals reeds was voorzien in de wetsgeschiedenis heeft de d-g NMa voor de toepassing van het tweede lid van dit artikel – dat voorschrijft dat de d-g NMa bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening houdt met de ernst en de duur van de overtreding – beleidsregels gemaakt in de vorm van de voornoemde richtsnoeren boetetoemeting.⁵² Deze richtsnoeren zien onder meer op de boeteplegging in individuele gevallen van verboden mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen als bedoeld in artikel 6 van de Mw. In randnummer 4 van deze richtsnoeren heeft de d-g NMa aangegeven zich ten doel te stellen het beleid inzake de boetetoemeting gaandeweg verder te verfijnen. In randnummer 25 is vermeld dat, indien een rapport meerdere overtredingen betreft, de d-g NMa een boete kan opleggen voor het geheel van deze overtredingen in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten.

55. Bij besluit van 13 oktober 2004 heeft de d-g NMa zijn beleid inzake de boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-sector vastgesteld. Blijkens randnummer 2 van deze bekendmaking:

“heeft [de d-g NMa] deze Bekendmaking opgesteld vanwege de aard en omvang van het gebleken kartelgedrag in de bouwsector in Nederland en de gevolgen die het onverkort toepassen van de Richtsnoeren boetetoemeting voor de sector in zijn geheel zou hebben. Met

⁵⁰ Volgens de d-g NMa overeenkomstig randnummer 15 van de richtsnoeren boetetoemeting.

⁵¹ Randnummer 18 van de richtsnoeren boetetoemeting.

⁵² Kamerstukken II, 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 88-89.

deze Bekendmaking geeft de d-g NMa invulling aan deze bijzondere omstandigheden en de oproepen van de NMa en de regering aan de ondernemingen om "schoon schip te maken". De methodiek in de Bekendmaking geldt voorshands enkel voor de GWW-deelsector. De Richtsnoeren boetetoemeting zijn van toepassing, voor zover daarvan bij deze Bekendmaking niet wordt afgeweken."

56. In zijn brief aan de Minister van Economische Zaken van 12 oktober 2004 heeft de d-g NMa nader toegelicht dat de bekendmaking is ingegeven door de omstandigheden dat:

- in de bouwsector op grote schaal en structureel in strijd met de Mw is gehandeld;
- het individueel sanctioneren van het verboden kartelgedrag zou leiden tot jarenlange slepende procedures met alle grote ondernemingen uit een prominente sector in de Nederlandse economie;
- het, met het oog hierop – naar de Adviescommissie begrijpt – efficiënter is kartelstructuren in beeld te brengen in plaats van individuele mededingingsbeperkende afspraken;
- het, in overeenstemming met de wens van de regering, wenselijk is in de sector als geheel "schoon schip" te maken en hiertoe de in de bekendmaking voorziene aanmeldingsprocedure te voorzien.

57. Mede gelet op voornoemde uitgangspunten heeft de d-g NMa er in deze bekendmaking voor gekozen de boetegrondslag vast te stellen op de aanbestedingsomzet 2001. Deze is in randnummer 6 van de bekendmaking gedefinieerd als: "de omzet die de onderneming in 2001 met haar in Nederland uitgevoerde activiteiten in de GWW-sector heeft behaald bij de uitvoering van werken waarvan de opdracht via aanbesteding is verworven. Tot deze omzet dient ook te worden gerekend de omzet die de onderneming in 2001 in Nederland heeft behaald met het verrichten van deze activiteiten in combinatie met één of meer andere ondernemingen, naar rato van de deelname per betreffende combinatie." Aldus wijkt de in de bekendmaking vastgestelde boetegrondslag af van die van de richtsnoeren die uitgaat van de betrokken omzet van de onderneming.

58. Met betrekking tot de hier aan de orde zijnde grief stelt de Adviescommissie voorop dat thans niet het in de bekendmaking boetetoemeting in de GWW-sector opgenomen beleid als zodanig ter discussie staat. Thans staat slechts ter beoordeling de vraag of de toepassing van de Richtsnoeren boetetoemeting in het geval van Erdo leidt tot strijd met het gelijkheidsbeginsel als bedoeld in artikel 1 van de Grondwet. De Adviescommissie beantwoordt deze vraag ontkennend, omdat, naar uit het voorgaande genoegzaam blijkt, de in de bekendmaking boetetoemeting in de GWW-sector opgenomen beleidsregels zien op de bijzondere situatie dat een gehele sector op structurele wijze betrokken is bij mededingingsbeperkende afspraken. De in de bekendmaking opgenomen, van die van de richtsnoeren afwijkende, boetegrondslag, vindt hierin zijn verklaring. Dat ook in de onderhavige casus sprake zou zijn van een dergelijke structurele schending van artikel 6 van de Mw, heeft de d-g NMa niet aangetoond en is ook overigens niet gebleken. In die omstandigheid kan dan ook niet worden gesproken van gelijke gevallen die een gelijke behandeling behoeven. Hieraan voegt de Adviescommissie toe dat de boetetoemeting in de onderhavige zaak naar haar oordeel in overeenstemming is met de richtsnoeren boetetoemeting.

4.4.3 Ernst van de overtreding: zwaarte van de overtreding, economische context en rekenfactor

59. De *d-g NMa* heeft de verboden aanbestedingsafspraken als zeer zware overtreding getypeerd. Dat leidt tot een bandbreedte voor de rekenfactor van 1,5 tot 3. Voor de bepaling van de economische context acht de *d-g NMa* de navolgende overwegingen van belang. In de dakbedekkingssector worden, zoals ook in onderhavige casus, de meeste opdrachten toegekend op basis van een aanbesteding. Opdrachtgevers hebben de rechtmatige verwachting dat de ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de gegadigden.⁵³ Deze verwachting is *in casu* ernstig geschonden, vanwege de verdeling van het werk en de 'rekenvergoeding', welke laatste leidt tot een verhoging van de kosten voor het project. De *d-g NMa* heeft voorts meegewogen dat deze zaak betrekking heeft op één aanbesteding. Daarmee acht de *d-g NMa* een rekenfactor van 2 aangewezen.⁵⁴

60. *Consolidated* stelt zich op het standpunt dat de navolgende omstandigheden dienen te leiden tot een lagere rekenfactor. Volgens *Consolidated* betreft het een oude zaak en werkte de gehele branche op deze wijze. Bovendien zou na publicatie van het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie met de boete aan het doel van preventie niet langer worden voldaan. Verder zou het vooroverleg niet meer voorkomen en heeft *Consolidated* maatregelen getroffen in de vorm van een bedrijfscode. Ook zou het economische voordeel zeer gering zijn geweest, evenals de invloed op de mededinging. Er zou daarbij geen sprake zijn van schade voor de opdrachtgever. Ten slotte zou *Consolidated* al ernstig gestraft zijn door de negatieve publiciteit en zijn gestraft in andere vergelijkbare zaken. Verder zou met de Gemeente Gouda een regeling getroffen zijn.

61. *Erdo* stelt zich op het standpunt dat de *d-g NMa* een inconsistent beleid voert, omdat in zaak 3687/Aanbesteding Complex 1731 een rekenfactor van 1,75 is gehanteerd, terwijl in onderhavige zaak een factor 2 is gehanteerd.

62. *Sputco* stelt zich op het standpunt dat de kwalificatie als zeer zware overtreding geen stand kan houden, omdat de rol van *Sputco* te beperkt is geweest en er geen effect op de mededinging is geweest. De *d-g NMa* zou in deze zaak onvoldoende rekening houden met de bijzondere omstandigheden.

Beoordeling

63. De Adviescommissie volgt de *d-g NMa* in zijn oordeel dat de overtreding als "zeer zwaar" dient te worden aangemerkt. In onderhavig geval is sprake van een afspraak over de vraag tegen welke prijs partijen zouden inschrijven en over de vraag wie het werk zou uitvoeren, alsmede over welke rekenvergoeding daar tegenover zou staan. Deze afspraken zijn aan te merken als verboden aanbestedingsafspraken of *bidrigging*.⁵⁵ Dit type afspraken behoort ook volgens de Europese Commissie tot de meest ernstige soort inbreuken op het mededingingsrecht en is dan ook terecht door de *d-g NMa* als "zeer zwaar"

⁵³ Commissiebeschikking van 21 oktober 1998, nr. 1999/60/EG, zaak IV/35.691, voorgeïsoleerde buizen, Pb. EG 1998 L 24/1, randnr. 165.

⁵⁴ Besluit, randnrs. 117-121.

⁵⁵ Richtsnoeren boetetoemeting, randnr. 11.

gekwaliceerd.⁵⁶ Die kwalificatie heeft de d-g NMa ook gehanteerd in zijn besluit in de zaak *Scheemda*.⁵⁷ De bezwaren met betrekking tot de kwalificatie van de overtreding moeten dan ook worden verworpen. De door de bezwaarden aangevoerde omstandigheden zien op de economische omstandigheden waaronder de gedraging is begaan. Zoals de d-g NMa terecht opmerkt, kan binnen deze kwalificatie een rekenfactor in de bandbreedte 1,5 tot 3 worden gehanteerd op basis van de economische context.

64. De door Consolidated genoemde omstandigheden dat het een oude zaak zou betreffen en de gehele branche op deze wijze zou werken, kunnen niet afdoen aan de ernst van de overtreding. Dat sprake was van een verboden gedraging volgde immers reeds uit de *SPO*-beschikking van de Commissie en de uitspraken van het GvEA en het HvJ EG.⁵⁸ Een beroep op de praktijk kan dan ook niet slagen. Vanaf dat moment hadden bezwaarden op de hoogte kunnen en moeten zijn van het verboden karakter van hun gedragingen. Ook de publiciteit rond de inwerkingtreding van de Mw en het besluit inzake de *Vereniging Samenwerkende Dakbedekkingsbedrijven (VSD)* konden niet anders worden begrepen, zodat bezwaarden er van op de hoogte moeten zijn geweest dat deze afspraken niet waren toegestaan. De stelling van Consolidated dat de gedragingen niet meer zouden voorkomen kan gelet op zaak 3687/Aanbesteding Complex 1731, betreffende een verboden aanbestedingsafpraak uit maart 2003, niet worden gevolgd.⁵⁹ Die zaak, waarvan de feiten zich afspelen na het eindrapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwfraude, bevestigt de noodzakelijkheid van een sanctie in het licht van de generale en specifieke preventie.

65. Het argument van Consolidated en Spsitco dat sprake zou zijn van een beperkte invloed op de mededinging kan evenmin worden gevolgd. Met de inhoud van de afspraak was de beperking van de mededinging immers volledig. De stelling dat er geen schade zou zijn voor de opdrachtgever miskent de omstandigheid dat deze uiteindelijk de rekenvergoedingen heeft betaald en dat vanwege de prijsafspraken de prijs zeer waarschijnlijk is komen te liggen op een niveau dat hoger is dan het geval zou zijn geweest bij vrije prijsvorming. De omvang van de schade dient anders dan Consolidated kennelijk stelt niet steeds in absolute bedragen te worden beoordeeld, maar dient eveneens te worden gezien in relatie tot de opdracht. De afspraak van de rekenvergoeding bedraagt in totaal NLG 50.000 op een bedrag van NLG 396.500, waartegen de opdracht is uitgevoerd, hetgeen neerkomt op ongeveer 12% van de totaalprijs. Dit staat nog los van de eventuele hogere prijsstelling ten gevolge van de uitwisseling van de inschrijfprijzen. De afspraak is dan ook allerminst van beperkte invloed op de mededinging.

66. De conclusie dat deze argumenten van bezwaarden aanleiding zouden geven om een lagere rekenfactor te hanteren dan in het besluit is toegepast, volgt de Adviescommissie dan ook niet. De Adviescommissie voegt hieraan evenwel nog de navolgende overwegingen toe. In onderhavige zaak heeft de d-g NMa een rekenfactor van 2 gehanteerd. In andere besluiten van dezelfde datum, waarin eveneens verboden aanbestedingsafspraken en/of afspraken over rekenvergoedingen in

⁵⁶ Zie: Commissiebeschikking SPO, reeds aangehaald, punt 140.

⁵⁷ D-g NMa, besluit van 25 april 2003, zaak 3055/Onderhandse Aanbesteding door de gemeente Scheemda.

⁵⁸ Reeds aangehaald.

⁵⁹ D-g NMa, besluit van 14 juni 2004, zaak 3687/Aanbesteding Complex 1731.

dakbedekkingsprojecten zijn gemaakt en die ook de kwalificatie "zeer zware overtreding" hebben gekregen, heeft hij een rekenfactor van 1,75 of 2 gehanteerd. Het betreft zaak 3687/Aanbesteding Complex 1731 (1,75), zaak 3689/Aanbesteding dakrenovatie AMC (2), zaak 3691/Aanbesteding dakrenovaties Emmtec (2) en zaak 3692/Dakwerkzaamheden Philips Drachten (1,75). In de eerdere vergelijkbare zaak 3055/Scheemda werd een rekenfactor 2 gehanteerd. De Adviescommissie neemt als uitgangspunt dat de vaststelling van de te hanteren rekenfactor onderdeel uitmaakt van de toemeting van de boete die ingevolge art. 56 Mw wordt vastgesteld door de d-g NMa. Met betrekking tot de hoogte van die boete beschikt de d-g NMa over een zekere mate van beleidsvrijheid bij de toemeting. De d-g NMa heeft zijn beleid bij het toemeten van boetes vastgelegd in de voornoemde richtsnoeren boetetoemeting. De Adviescommissie is van oordeel dat het door de d-g NMa gehanteerde onderscheid van 0,25 in voornoemde zaken te klein is in verhouding tot het verschil in gedragingen. In enkele van deze zaken werden tussen de inschrijvende partijen zowel afspraken gemaakt over de hoogte van de respectievelijke inschrijfprijzen en over de verdeling van werk, als over de hoogte van een rekenvergoeding (rekenfactor 2). In andere zaken werd daarentegen alleen een afspraak gemaakt over (de hoogte van) een rekenvergoeding (rekenfactor 1,75). In het laatste geval is naar het oordeel van de Adviescommissie geen sprake van een volledige uitschakeling van de mededinging, omdat op onderdelen van de inschrijving nog steeds sprake is van de onzekerheid die eigen is aan concurrentie. Ofschoon de Adviescommissie de kwalificatie van de overtredingen in alle genoemde zaken als "zeer zwaar" onderschrijft, is zij anderzijds van oordeel dat het onderscheid in gedragingen in voldoende mate tot uitdrukking dient te komen in de gehanteerde rekenfactor. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa dan ook om een groter verschil dan 0,25 te hanteren bij de toepassing van de rekenfactoren waarmee dat onderscheid in gedragingen op meer proportionele wijze wordt gereflecteerd, dan wel nader te motiveren waarom voornoemd onderscheid in gedragingen slechts een verschil van 0,25 rechtvaardigt. Het bezwaar van Erdo dat sprake zou zijn van onvoldoende consistentie vanwege het hanteren van verschillende rekenfactoren, moet in het licht van het voorgaande worden afgewezen.

67. Het bezwaar van Consolidated dat inmiddels een regeling met de gemeente is getroffen, kan niet leiden tot een wijziging van de economische context tijdens de gedragingen. Op dit argument zal worden ingegaan in paragraaf 4.4.5 Boeteverlagende omstandigheden. Ook de bezwaren van Consolidated met betrekking tot de bedrijfscode en de schade als gevolg van negatieve publiciteit zullen in die paragraaf worden behandeld.

4.4.4 Boeteverhogende omstandigheden

68. De d-g NMa is in het besluit van oordeel dat er boeteverhogende omstandigheden zijn.⁶⁰ Ten eerste konden de betrokken ondernemingen volgens de d-g NMa niet onkundig zijn van het verboden karakter van de afspraken en hebben zij doelbewust in strijd met de geldende regels gehandeld. Daarbij verwijst de d-g NMa naar de Commissiebeschikking inzake SPO en de betreffende arresten van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van

⁶⁰ Besluit, randnr. 123-130.

Justitie van de EG.⁶¹ Daarbij is bij de inwerkingtreding van de Mw en ook nadien uitdrukkelijk aangegeven, dat de mededingingsregels van toepassing zijn in de bouw en dat afspraken tussen ondernemingen met betrekking tot aanbestedingen in strijd zijn met het kartelverbod. Deze omstandigheden leiden tot een boeteverhoging van 10%. Bovendien hadden partijen op de hoogte moeten zijn van het verboden karakter van hun gedragingen omdat de d-g NMa in 1998 in de zaak *VSD* een voorlopig oordeel had bepaald dat afspraken over rekenvergoedingen strijdig zijn met de Mw.

69. *Consolidated* stelt zich op het standpunt dat een boeteverhoging dient voort te vloeien uit specifieke feiten of omstandigheden. Daarvan zou in casu geen sprake zijn. Volgens haar geldt de wetenschap van de *SPO*-beschikking in beginsel voor iedere onderneming en was *Consolidated* geen partij bij die procedure. Dit zou eveneens gelden voor de procedure in de zaak *VSD*, welke procedure bovendien slechts een voorlopig oordeel en niet een onherroepelijke vaststelling van een overtreding betreft.

70. *Sputico* stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa in het besluit onvoldoende rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat de feiten zich afspelen voor de publiciteit rond de bouwfraude en het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie. Ook was *Sputico* naar eigen zeggen niet aangesloten bij de *VSD* en niet bekend met de betreffende ontheffingsaanvraag.

Beoordeling

71. Deze bezwaren moeten worden verworpen. De verhoging van 10% is toegepast vanwege de voorafgaande bekendheid met het mededingingsbeperkende karakter van de gedragingen.⁶² De Adviescommissie is met de d-g NMa van oordeel dat ieder van de door hem in het besluit genoemde signalen door de ondernemingen bewust zijn genegeerd. De ondernemingen kunnen deze signalen niet zijn ontgaan. Dat geldt zowel ten aanzien van de arresten in de zaak *SPO*, ten aanzien van de inwerkingtreding per 1 januari 1998 van de Mw als ten aanzien van het voorlopige oordeel van de d-g NMa in de zaak *VSD*, waarover is gepubliceerd in voor de sector belangrijke media. Een totale verhoging van 10% wegens voorafgaande bekendheid acht de Adviescommissie dan ook gerechtvaardigd en overigens niet onredelijk.

4.4.5 Boeteverlagende omstandigheden

72. De d-g NMa is van oordeel dat er geen boeteverlagende omstandigheden zijn.⁶³

73. *Consolidated* stelt zich op het standpunt dat er wel omstandigheden zijn die een boeteverlaging rechtvaardigen.⁶⁴ *Consolidated* heeft ten eerste een bedrijfscode doen opstellen. In de tweede plaats zou *Consolidated* al ernstig gestraft zijn door de negatieve

⁶¹ Commissiebeschikking van 5 februari 1992, nr. 92/204/EEG in zaak IV/31.572 en 32.571, Bouwnijverheid in Nederland, Pb. EG 1992, L 92/1; GvEA, zaak T-29/92, *SPO* vs. Commissie, reeds aangehaald; HvJ EG, arrest van 25 maart 1996, zaak C-137/95P, *SPO* vs. Commissie, *Jur.* 1996, p. I-1611.

⁶² Zie tevens de schriftelijke toelichting, punt 42.

⁶³ Besluit, randnr. 131-135.

⁶⁴ Een aantal van de door *Consolidated* genoemde bezwaren dienen niet als boeteverlagende omstandigheid te worden beoordeeld en zijn behandeld bij de bezwaren met betrekking tot de ernst van de overtreding (par. 4.4.3).

publiciteit en zijn gestraft in andere vergelijkbare zaken. Bovendien zou met de Gemeente Gouda een regeling zijn getroffen.

74. *Erdo* stelt zich op het standpunt dat er boeteverlagende omstandigheden zijn. Ten eerste zou zij na medio 1999 de Mw niet meer hebben overtreden, waarmee op basis van randnummer 28 van de richtsnoeren boetetoemeting (zelfstandig beëindigen van de overtreding) tot een verlaging van de boete moet worden besloten. Daartoe verwijst *Erdo* naar het besluit in de zaken *Anko*, *Taxi Rotterdam*, *Chili en Basilicum* en *Carglass* en de Commissiebeschikking in de zaak *Fenex*.⁶⁵ Ten slotte stelt *Erdo* zich op het standpunt dat vanwege de teruglopende resultaten in de bouw en de collectieve sanctie voor de bouwsector in de vorm van negatieve publiciteit de boete dient te worden verlaagd.

75. *Sputco* stelt zich op het standpunt dat het een zeer beperkte rol heeft gespeeld, hetgeen tot een boeteverlaging zou moeten leiden. Bovendien zou *Sputco* geen vergoeding hebben ontvangen of anderszins economisch voordeel hebben behaald. *Sputco* is ook niet betrokken bij andere overtredingen van de Mw. Onderhavige inbreuk dient als eenmalig incident te worden beschouwd.

Beoordeling

76. Deze bezwaren moeten worden verworpen. De Adviescommissie wijst op de omstandigheid dat de bedrijfscode van Consolidated eerst met ingang van augustus 2004 binnen de onderneming is verspreid, derhalve na de datum van de vastgestelde overtredingen. Het enkele bestaan van een bedrijfscode vormt geen reden voor een boeteverlaging. Dit bezwaar moet worden verworpen.

77. Met betrekking tot de regeling die zou zijn getroffen tussen Consolidated en de Gemeente Gouda stelt de d-g NMa zich in beginsel op het standpunt dat een daadwerkelijk uitgekeerde schadeloosstelling een beperkte boeteverlaging kan rechtvaardigen.⁶⁶ De Adviescommissie is in afwijking van dit standpunt van oordeel dat daarvan pas sprake zou moeten zijn, indien de betrokken onderneming eigener beweging tot schadeloosstelling is overgegaan. Ter ondersteuning wijst zij daarbij op het laatste aandachtspunt van randnummer 28 van de boeterichtsnoeren. De Adviescommissie is van oordeel dat een schadeloosstelling die het gevolg is van een regeling overeengekomen nadat door de opdrachtgever een procedure was gestart voor de Raad van Arbitrage voor de Bouw niet kan worden aangemerkt als schadeloosstelling uit eigener beweging.⁶⁷ Daarenboven is de boete in het bestreden besluit opgelegd op basis van overwegingen van algemeen belang, terwijl de schikking vanwege particuliere belangen tot stand is gekomen. Zij adviseert de d-g NMa dan ook geen boeteverlaging aan Consolidated te verlenen vanwege de voormelde schikking.

78. De Adviescommissie is van oordeel dat (negatieve) publiciteit zowel speciale als generale preventie kan bevorderen. De oplegde boete behoeft evenwel naar het oordeel

⁶⁵ D-g NMa, besluit van 23 mei 2004 zaak 2228/Taxi Rotterdam; d-g NMa, besluit van 19 oktober 2000, zaak 1184/Carglass; d-g NMa, besluit van 12 januari 2000, zaak 757/Chili en Basilicum; d-g NMa, besluit van 21 december 2002, zaak 2243/Anko; Commissiebeschikking van 5 juni 1996, zaak 96/438, Fenex.

⁶⁶ Schriftelijke zienswijze, punt 53.

⁶⁷ Bezwaarschrift Consolidated, randnr. 20 en zienswijze Consolidated naar aanleiding van het rapport, randnr. 26, vijfde bullet.

van de Adviescommissie geen verlaging wegens uit die publiciteit voortvloeiende reputatieschade. Ten behoeve van de speciale en met name de generale preventie blijft het noodzakelijk dat de boete voldoende afschrikwekkend is. Het bezwaar dient dan ook te worden afgewezen.

79. Met de stelling van Erdo dat zij zelfstandig de inbreuk zou hebben beëindigd, miskent Erdo dat geen sprake is van een voortdurende inbreuk, maar dat in het kader van een enkelvoudige aanbestedingsprocedure afspraken zijn gemaakt. Eenmalige aanbestedingsafspraken zijn per definitie in de tijd beperkt. In die zin is dan ook geen sprake van gelijke omstandigheden die een beroep op basis van het gelijkheidsbeginsel zouden rechtvaardigen. De vergelijking met de door Erdo aangehaalde besluiten en beschikkingen kan om die reden niet slagen. Overige feiten die een beroep op deze besluiten zouden rechtvaardigen zijn door Erdo onvoldoende gesteld.

80. De bezwaren van Sputcu dienen eveneens te worden verworpen. Het argument dat zij een zeer beperkte rol zou hebben gespeeld, doet niet af aan haar betrokkenheid bij de overtreding. Overigens valt niet in te zien hoe haar rol zich zou onderscheiden van die van Erdo. Zij was met betrekking tot de rekenvergoeding voor een gelijk bedrag opgenomen in de afspraak. Een initiatief, dat tot boeteverhoging kan leiden, wordt Sputcu overigens niet verweten. De stelling dat Sputcu geen vergoeding zou hebben ontvangen, kan niet leiden tot een verlaging van de boete. Vast staat dat de opdracht niet op basis van vrije concurrentie is verleend en dat daarmee schade is toegebracht aan het proces van vrije concurrentie en de Gemeente Gouda daarmee een hogere prijs heeft betaald. Zoals de d-g NMa in zijn schriftelijke toelichting opmerkt, vormt het al dan niet behaalde voordeel uit de rekenvergoeding geen uitgangspunt bij de toepassing van de richtsnoeren boetetoemeting.⁶⁸ De gedraging wordt, zoals ook Sputcu stelt, als een eenmalig incident beschouwd. Die omstandigheid kan echter niet tot een boeteverlaging leiden, omdat de gedraging op zichzelf een ernstige overtreding vormt.

4.5 Slotoverweging

81. Voor zover bezwaren van bezwaarden niet aan de orde zijn gekomen, acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

⁶⁸ Schriftelijke toelichting, randnr. 42.

5 Conclusies en Advies

82. De Adviescommissie concludeert en adviseert de d-g NMa als volgt:

83. De Adviescommissie merkt op dat de gehanteerde rekenfactor zich onvoldoende verhoudt tot de gehanteerde rekenfactor in andere besluiten van dezelfde datum. Het onderscheid in de gedragingen dient in voldoende mate tot uitdrukking te komen in de gehanteerde rekenfactor. Gelet op de overwegingen in randnummer 66 van dit Advies adviseert de Adviescommissie de d-g NMa dan ook om een groter verschil dan 0,25 te hanteren bij de toepassing van de rekenfactor waarmee dat onderscheid in gedragingen op meer proportionele wijze wordt gereflecteerd, dan wel nader te motiveren waarom het onderscheid in gedragingen slechts een verschil van 0,25 rechtvaardigt.

84. De Adviescommissie is van oordeel dat - gelet op de overwegingen in randnummer 79 van dit Advies – de overeengekomen regeling tussen Consolidated als uitvoerder en de Gemeente Gouda als opdrachtgever waarbij een schadeloosstelling is uitgekeerd in de gegeven omstandigheden, niet behoort te leiden tot een verlaging van de boete. Zij adviseert de d-g NMa dan ook geen boeteverlaging aan Consolidated te verlenen vanwege de voormelde schikking.

85. De bezwaren dienen ongegrond te worden verklaard.

Mr. drs. R.C. van Houten

Voorzitter

Subcommissie voor zaak 3690/Aanbesteding dakrenovatie Sporthal "De Springers" van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

W.G. 27 juli 2005

Mr. W.T. Algera

Secretaris

Subcommissie voor zaak 3690/Aanbesteding dakrenovatie Sporthal "De Springers" van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

W.G. 27 juli 2005