

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 3690-222

Betreft zaak: 3690 / Aanbesteding dakrenovatie Sporthal "De Springers"

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 14 juni 2004, kenmerk 3690/ 153.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 14 juni 2004 (hierna: het bestreden besluit) heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) vastgesteld Consolidated Nederland B.V. (hierna: Consolidated), Erdo B.V. (hierna: Erdo), Spuitco, Asphalt en Spuitwerk, Dakbedekking B.V. (hierna: Spuitco) artikel 6, eerste lid Mededingingswet (hierna: Mw) hebben overtreden wegens het maken van afspraken over de hoogte van de inschrijfprijzen en werkverdeling en het afstemmen en afspreken van een rekenvergoeding, bij aanbestedingen van dakbedekkingsprojecten.
2. Tegen het besluit hebben Consolidated, Erdo en Spuitco tijdig bezwaar aangetekend.
3. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, Mw heeft de d-g NMa de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).
4. Consolidated, Erdo en Spuitco hebben afgezien van hun recht te worden gehoord door de Adviescommissie tijdens een zitting die was gepland op 4 februari 2005.
5. Op 27 juli 2005 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit, voorzover daarvan niet is afgeweken.
6. Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt:

"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 op 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.”

7. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit¹ (hierna: de Raad) heeft zich ervan vergewist dat het advies zorgvuldig tot stand is gekomen. De Raad heeft besloten conform het Advies te beslissen. Ter motivering van dit besluit:
 - i. verwijst de Raad ex art. 3:49 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) naar het Advies en naar hoofdstuk II dat - in navolging van het Advies - voorziet in een nadere motivering betreffende de gehanteerde rekenfactor;
 - ii. verwijst de Raad naar hoofdstuk III, waarin de Raad ambtshalve een aanvullende onderbouwing geeft betreffende (a) de vaststelling en aankondiging van het onderzoek en (b) de boetegrondslag.

¹ Als rechtsopvolger van de d-g NMa, Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, Stort. 2005, 172.

II. Nadere motivering

Rekenfactor sancties

8. In het advies ten aanzien van de bezwaren aangaande de zwaarte en ernst van de overtreding, economische context en rekenfactor als bedoeld in de Richtsnoeren boetetoemeting (hierna: Boeterichtsnoeren)² is rekening gehouden met andere besluiten dan het onderhavige bestreden besluit van dezelfde datum die eveneens zien op verboden aanbestedingsafspraken en/of afspraken over rekenvergoedingen in dakbedekkingsprojecten.³

9. De Raad conformeert zich aan het standpunt van de Adviescommissie ten aanzien van de vaststelling dat de onderhavige afspraken als zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt.⁴ Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van randnummer 20 van de Boeterichtsnoeren dat de boetegrondslag - afhankelijk van de betrokken (economische) context - 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.

10. In dit geval bestaat de inbreuk op artikel 6 Mw uit het maken van afspraken over de hoogte van de inschrijfprijzen en werkverdeling en daarnaast uit het afspreken en afstemmen van een rekenvergoeding bij de aanbestedingen van dakbedekkingsprojecten. Derhalve is de rekenfactor op 2 vastgesteld. In de zaken waarin alleen een rekenvergoeding bij de aanbestedingen van dakbedekkingsprojecten is gemaakt, is de rekenfactor vastgesteld op 1,75. Voorts wijst de Adviescommissie op een eerdere vergelijkbare zaak 3055/ Scheemda waar een rekenfactor 2 is gehanteerd. De Adviescommissie is van mening dat het onderscheid in gedragingen in voldoende mate tot uitdrukking dient te komen in de gehanteerde rekenfactor, hetgeen in de zaken waarin een rekenfactor van 1,75 is vastgesteld niet het geval is. De overtreding in deze zaken betreft afspraken over rekenvergoedingen. Hierbij is naar de mening van de Adviescommissie geen sprake van een volledige uitschakeling van de mededinging omdat op onderdelen van de inschrijving nog steeds sprake is van onzekerheid die eigen is aan concurrentie.

² Richtsnoeren boetetoemeting m.b.t. opleggen boetes Mededingingswet, Stcrt. 21 december 2001, 248.

³ Besluiten d-g NMa van 14 juni 2004 in zaak 3687/ Aanbesteding Complex 1731, zaak 3689/ Aanbesteding dakrenovatie AMC, zaak 3691/ Aanbesteding dakrenovaties Emmtec en zaak 3692/ Dakwerkzaamheden Philips Drachten.

⁴ Randnummers 63 en 66 van het Advies.

11. De Adviescommissie adviseert het verschil van 0,25 hetzij groter te maken hetzij nader te motiveren waarom het in de bestreden besluiten gehanteerde verschil gerechtvaardigd is. De Raad kan de Adviescommissie niet volgen in haar oordeel dat het gehanteerde onderscheid bij de rekenfactor van 0,25 verhoudingsgewijs klein is. Gelet op de bandbreedte die in deze zaak binnen de Boeterichtsnoeren gehanteerd kan worden acht de Raad dit onderscheid reeds aanzienlijk. De Raad acht dit verschil in rekenfactor, in de context van de onderhavige zaak, passend om tot uitdrukking te brengen dat er een zeker verschil is in de mate van uitschakeling van de mededinging. Het verschil wat betreft het karakter van de overtreding is naar het oordeel van de Raad niet van dien aard dat een groter verschil in rekenfactor dan waartoe eerder door de Dg NMa is besloten, aangewezen zou zijn.

III. Aanvullende motivering

Ad (a) Vaststelling en aankondiging van het doel van het onderzoek

12. Ten aanzien van het Advies met betrekking tot de bezwaren ten aanzien van de vaststelling en aankondiging van het onderzoek hecht de Raad er aan het volgende op te merken. De Adviescommissie is van oordeel dat gelet op artikel 5:13 Awb ambtenaren van de NMa bij het aankondigen van een bedrijfsbezoek niet kunnen volstaan met de mededeling dat het onderzoek is gericht op een mogelijke overtreding van artikel 6 Mw. De ambtenaar dient globaal aan te geven op welke concrete gedraging het onderzoek zich richt en om welke periode het daarbij gaat.
13. De Raad wijst erop dat het inherent is aan het wezen van een bedrijfsbezoek dat de vermoedens niet altijd even concreet en specifiek zullen zijn, zodat niet kan worden uitgesloten dat het eenvoudigweg onmogelijk is om bij de doelomschrijving nauwkeuriger te zijn dan dat het gaat om een vermoedelijke inbreuk op artikel 6 Mw.⁵ In onderhavige zaak hebben de toezichthoudende ambtenaren gewezen op een “vermoeden van overtreding van artikel 6 Mw inzake het maken van prijs- en marktverdelingsafspraken in de dakbedekkingsbranche in Nederland in de periode van 1 januari 1998 tot heden.”⁶ Daarmee is voldoende duidelijk gemaakt waarop het onderzoek was gericht.
14. De Raad volgt de Adviescommissie derhalve zoverre in haar standpunt dat de waarborgen die de NMa in acht heeft genomen ter bescherming van de belangen van partijen in onderhavige zaak volstaan.

⁵ Rb. Den Haag, 9 april 2003, Van Hattum & Blankevoort, KG 03/342.

⁶ Zie bestreden besluit, randnummer 71.

Ad (b) Betrokken omzet / boetegrondslag

15. De Adviescommissie is van oordeel dat de d-g NMa in zijn brief aan de Minister van Economische Zaken van 12 oktober 2004 duidelijk heeft aangegeven dat de Bekendmaking boetetoemeting GWW-sector is opgesteld vanwege bijzondere omstandigheden en uitgangspunten. De Adviescommissie wijst op de in de brief genoemde omstandigheden, te weten:
 - de situatie dat in de bouwsector op grote schaal en op structurele wijze in strijd met de Mededingingsregels is gehandeld;
 - het voorkomen van tijdrovende individuele sanctieprocedures;
 - de efficiëntie van het aanpakken van kartelstructuren in plaats van individuele gedragingen;
 - de “schoon schip” gedachte van de regering.In randnummer 57 geeft de Adviescommissie aan dat de d-g NMa mede op voornoemde redenen de bekendmaking boetetoemeting GWW-sector heeft vastgesteld.

16. In het kader van de bijzondere situatie van deze bekendmaking wijst de Adviescommissie voorts op het feit dat een gehele sector op structurele wijze betrokken is bij mededingingsbeperkende afspraken. De afwijkende boetegrondslag vindt naar de mening van de Adviescommissie hierin zijn verklaring.

17. De Raad sluit zich hier bij aan en voegt hieraan het volgende toe. Na de oproep van het Kabinet aan de bouwbedrijven om een clementieverzoek bij de NMa in te dienen voor 1 mei 2004⁷, werden door 473 bedrijven clementieverzoeken ingediend. Dit bracht een enorme informatiestroom op gang over overtredingen op grote schaal van de Mededingingswet binnen de bouwsector. De NMa besloot vervolgens tot een sectorbrede aanpak. Het slechts bestraffen van enkele (representatieve) gevallen zou onvoldoende rekening houden met het ingrijpende en wijdverbreide karakter van de gedragingen. Een dergelijke aanpak zou de (mede door de politiek en maatschappij) gewenste grootschalige cultuuromslag in de bouw gevolgd door herstel van het geschonden vertrouwen in de bouwsector niet realiseren. Breed sanctioneren was hiervoor vereist.

⁷ Brief van de ministers van EZ en Justitie van 20 februari 2004, TK 28244, nr. 64, p. 2.

18. Een efficiënte en sectorbrede aanpak vereiste aanpassing en vereenvoudiging van het bestaande boetebeleid. Deze keuze werd niet alleen ingegeven door het grootschalige structurele karakter en diepgeworteld mededingingsbeperkend gedrag in de bouwsector maar ook de complexiteit, omvang en ondoorzichtigheid hiervan. Om dit gedrag aan te pakken kon de d-g NMa niet met de gangbare boetetoemeting conform de algemene Boeterichtsnoeren (en procedure) uit de voeten. Om deze reden heeft de NMa een speciale aanpak ontwikkeld die onder meer bestaat uit een vereenvoudigd boetebeleid gericht op maximale sectorbrede handhaving en een snelle en duurzame cultuuromslag.

IV. Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 27 juli 2005 over, zulks aangevuld met de hiervoor opgenomen nadere en aanvullende motivering in hoofdstuk II en III.
- II. verklaart de bezwaren tegen het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 14 juni 2004, kenmerk 3690/ 153, ongegrond.

Datum: 15 december 2005

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

overeenkomstig het door de Raad genomen besluit,

W.g.
P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de Rechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.