

## Nederlandse Mededingingsautoriteit

### BESLUIT

Nummer 4014\_1-236

Betreft zaak: Openbaar groen Maastricht

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

#### INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding.....	3
1.1	Het onderzoek .....	3
1.2	De procedure .....	4
1.3	Het rapport .....	6
1.4	Opbouw van dit besluit .....	7
2	Zienswijzen ondernemingen op onderzoek en procedure .....	9
2.1	Vooringenomenheid, onschuldvermoeden .....	9
2.2	Het verrichte onderzoek .....	10
2.3	De toegang tot het dossier .....	10
2.4	Alleen boeteverlaging bij schadeloosstelling vóór besluit .....	12
2.5	Onderzoek naar de betrokkenheid van [vertrouwelijk] .....	14
2.6	Onderzoek naar de rol van de gemeente Maastricht .....	15
3	Feiten en omstandigheden .....	17
3.1	Voorgeschiedenis Aanbestedingen .....	17
3.2	De Aanbestedingen en de gunningen .....	18
3.3	Deelname aan het vooroverleg .....	21
3.4	Inhoud van het vooroverleg .....	24
3.5	De inschrijving .....	30
3.6	Zienswijzen omtrent de feiten en omstandigheden .....	31
3.6.1	Voorgeschiedenis Aanbestedingen .....	31
3.6.2	Hollanders (niet) betrokken bij het vooroverleg .....	31
3.7	Eindconclusie ten aanzien van de feiten .....	32
4	Juridische beoordeling .....	33
4.1	Overtreding artikel 6, eerste lid, Mw .....	33
4.1.1	Onderneming in de zin van artikel 6 Mw .....	33

4.1.2	Overeenkomst.....	33
4.1.3	Mededingingsbeperking .....	34
4.1.4	Merkbaarheid mededingingsbeperking.....	34
4.1.5	Zienswijzen juridische beoordeling.....	35
4.1.6	Eindconclusie overtreding artikel 6, eerste lid, Mw.....	37
5	Sanctie.....	38
5.1	Mededingingswet en Richtsnoeren Boetetoemeting .....	38
5.2	Toepassing van de Richtsnoeren .....	40
5.2.1	Betrokken omzet en boetegrondslag.....	40
5.2.2	Ernstfactor en basisboete .....	46
5.2.3	Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden.....	47
5.2.4	Berekening boetebedrag, toetsing aan boetemaximum .....	52
5.2.5	Clementie .....	53
5.2.6	Boeteverlaging wegens betaalde schadeloosstelling.....	53
5.2.7	Matiging boete, beginselen van behoorlijk bestuur.....	54
6	Besluit.....	56

## 1 Inleiding

### 1.1 Het onderzoek

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) heeft in de loop van 2004 ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81, eerste lid, Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG-Verdrag) door ondernemingen die onder meer actief zijn op het gebied van onderhoud van openbaar groen, te weten:
  - Kulturtechnik Rooden B.V. en Holding H.J. Rooden B.V. (hierna: Rooden)
  - Krinkels B.V. en Krinkels Holding B.V. (hierna: Krinkels)
  - P. Henssen Hoveniersbedrijf B.V. (sinds 11 april 2005 door statutaire naamswijziging Henssen B.V.) en P. Henssen Holding B.V. (hierna: Henssen)
  - BTL Uitvoering B.V. en B.T.L. Beheer B.V. (hierna: BTL)
  - Dolmans Kulturtechnik B.V. en Dolmans Landscaping Group B.V. (hierna: Dolmans)
  - Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V. (hierna: Vaessen)
  - Hoveniers -en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V. (hierna: Hollanders) en
  - Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V. (hierna: Oosterloo)Deze ondernemingen worden hierna ook aangeduid als “de betrokken ondernemingen”.

2. Het onderzoek concentreerde zich op vijf openbare aanbestedingen op 19 februari 2004 voor het onderhoud van groenvoorzieningen in de gemeente Maastricht met besteknummers W&G-01-2004, W&G-02-2004, W&G-03-2004, W&G-04-2004 en W&G-05-2004 (hierna: de Aanbestedingen).

#### *Aanleiding voor het onderzoek*

3. Op 7 april 2004 heeft de gemeente Maastricht zich tot de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) gericht in verband met een vermoeden dat voorafgaande aan de Aanbestedingen door de hoveniersbedrijven sprake is geweest van vooroverleg.

#### *Bedrijfsbezoeken*

4. Gedurende het onderzoek hebben met onderzoek belaste ambtenaren van de NMa bij de betrokken ondernemingen bedrijfsbezoeken uitgevoerd en verklaringen opgenomen van de directeuren en/of bedrijfsleiders van die ondernemingen. Bovendien is onder meer inzage gevorderd in analoge gegevens en bescheiden en zijn hiervan kopieën gemaakt. Van deze bedrijfsbezoeken en verklaringen zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt, welke

zijn opgenomen in het dossier.<sup>1</sup> De onderzoeksambtenaren hebben voorts een verklaring afgenomen van een lid van de directie Stadsbeheer en Facilitaire Zaken van de gemeente Maastricht.<sup>2</sup> Daarnaast is bij de gemeente Maastricht een aantal keren aanvullende schriftelijke informatie opgevraagd en verkregen.<sup>3</sup>

#### *Clementieverzoeken*

5. Krinkels en BTL hebben na de start van het onderzoek een beroep op de clementieregeling van de NMa gedaan.<sup>4</sup> De clementieverzoeken zijn met mondelinge en schriftelijke verklaringen aangevuld. Deze verklaringen zijn opgenomen in het dossier.<sup>5</sup> Aan Krinkels en BTL heeft de d-g NMa op 5 april 2005 een boetevermindering van 75% respectievelijk 35% toegezegd. Op 8 april 2005 respectievelijk 11 april 2005 zijn bij de NMa de door Krinkels en BTL ondertekende clementietoezeggingen ontvangen.

#### *Toezending feitencomplex*

6. Op 16 maart 2005 heeft de NMa de uit het onderzoek afgeleide feiten (hierna: het feitencomplex) aan de betrokken ondernemingen doen toekomen teneinde de ondernemingen in de gelegenheid te stellen feitelijke onjuistheden en ontbrekende relevante feiten aan te kunnen geven. Zeven van de betrokken ondernemingen hebben gereageerd op het feitencomplex.<sup>6</sup> Vaessen heeft niet gereageerd.

## **1.2 De procedure**

7. Na afloop van het onderzoek bestond een redelijk vermoeden dat artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag door de betrokken ondernemingen waren overtreden en dat daarvoor een boete diende te worden opgelegd. In opdracht van de d-g NMa heeft de directeur van de Directie Concurrentietoezicht van de NMa vervolgens op 17 mei 2005 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (hierna: het rapport) opgemaakt. Het rapport is op 18 mei 2005 toegezonden aan de betrokken ondernemingen. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het rapport overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa.

---

<sup>1</sup> BTL: 4014/105; Dolmans: 4014/10, 4014/21, 4014/22, 4014/62; Krinkels: 4014\_2/9, 4014\_2/3 en 4014\_2/5, 4014\_2/12; Henssen: 4014/104; Rooden: 4014/109; Hollanders: 4014/12, 4014/78; Oosterloo: 4014/60, 4014/70 en Vaessen: 4014/20, 4014/35.

<sup>2</sup> 4014/5.

<sup>3</sup> 4014/33, 4014/75, 4014\_1/62.

<sup>4</sup> 4014\_2/3, 4014\_2/5, 4014\_2/9 en 4014\_3/15.

<sup>5</sup> 4014\_2/8, 4014\_2/12, 4014\_3/10 en 4014\_3/23.

<sup>6</sup> 4014\_1/45, 4014\_1/46, 4014\_1/48, 4014\_1/49, 4014\_1/51, 4014\_1/52, en 4014\_61.

8. Op 17 juni 2005 heeft de NMa de hierboven genoemde ondernemingen alle op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden. Overeenkomstig artikel 60, eerste lid, Mw heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit<sup>7</sup> (hierna: de Raad) genoemde ondernemingen opgeroepen schriftelijk of mondeling hun zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen. Bij brief van 30 juni 2005 heeft de Raad de betrokken ondernemingen geïnformeerd over de mogelijkheid van boeteverlaging voor een onderneming die aan de gemeente Maastricht schadeloosstelling betaalt.
9. Bij brief van 16 augustus 2005 heeft de Raad de boven beschreven mogelijkheid van boeteverlaging bij schadeloosstelling uitgewerkt. Daarin verklaarde de Raad zich bereid de boete voor een onderneming te verlagen met 50% van de door die onderneming betaalde schadeloosstelling, tenzij daardoor geen of geen reële boete meer zou resteren, en onder voorwaarde dat de onderneming de conclusie omtrent de feiten in het rapport niet zou betwisten. Tevens heeft de Raad mede in verband met de in het vooruitzichtgestelde mogelijkheid van boeteverlaging in geval van schadeloosstelling alle betrokken ondernemingen een indicatie gegeven van de hoogte van een eventuele boete.
10. Gelet op artikel 60, eerste lid, Mw hebben betrokken ondernemingen ieder afzonderlijk een schriftelijke zienswijze omtrent het rapport ingediend. Voorts hebben Rooden, Krinkels, Henssen, BTL, Dolmans, Vaessen en Oosterloo op 9 september 2005 ten kantore van de NMa mondeling hun zienswijzen naar voren gebracht. Tijdens het middagedeelte van de hoorzitting hebben ambtenaren van de gemeente Maastricht op vrijwillige basis een verklaring afgelegd over de rol van de gemeente Maastricht rond de Aanbestedingen. Tevens hebben deze ambtenaren vragen van de hoorcommissie en van de betrokken ondernemingen beantwoord.
11. Hollanders is op 19 september 2005 afzonderlijk gehoord in verband met vertrouwelijke medische en bedrijfsinformatie.
12. Van de hoorzitting van 9 september 2005 respectievelijk 19 september 2005 zijn ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw verslagen gemaakt. Het verslag van de hoorzitting van 9 september 2005 is op 7 oktober 2005 aan betrokkenen toegezonden, waarbij zij in de gelegenheid zijn gesteld hierover opmerkingen te maken. Het verslag van de hoorzitting van 19 september 2005 is op 17 oktober 2005 aan Hollanders toegezonden, waarbij Hollanders in de gelegenheid is gesteld hierover opmerkingen te maken.

---

<sup>7</sup> Met ingang van 1 juli 2005 is de NMa een zelfstandig bestuursorgaan en zijn de taken en bevoegdheden van de d-g NMa overgegaan op de Raad van Bestuur van de NMa.

13. In oktober 2005 hebben alle betrokken ondernemingen behalve Hollanders een minnelijke regeling over schadeloosstelling met de gemeente Maastricht ondertekend.<sup>8</sup>
14. Bij brief van 3 november 2005 heeft de Raad de betrokken ondernemingen (behalve Hollanders) verzocht enkele in die brief vermelde omzetcijfers te bevestigen. Tevens is daarbij de ondernemingen die in aanmerking willen komen voor de in randnummer 9 van dit besluit vermelde boeteverlaging de mogelijkheid geboden schriftelijk te bevestigen dat zij de conclusie omtrent de feiten zoals weergegeven in het rapport niet betwisten. BTL, Krinkels en Dolmans hebben aangegeven de conclusie omtrent de feiten niet te bestrijden.<sup>9</sup>

### **1.3 Het rapport**

#### *Bewijsmiddelen in het rapport*

15. In het rapport is met name gebruik gemaakt van verklaringen die de vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen ten overstaan van ambtenaren van de NMa hebben afgelegd en die zijn neergelegd in verslagen van ambtshandelingen. Hieronder wordt het rapport kort en zakelijk samengevat.

#### *Conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden*

16. Het rapport geeft in randnummer 57 zijn eindconclusie ten aanzien van de feiten en omstandigheden: “op grond van de bewijsmiddelen staat vast dat de betrokken ondernemingen voorafgaande aan de Aanbestedingen overleg hebben gevoerd over de Aanbestedingen. De betrokken ondernemingen hebben tijdens het overleg informatie omtrent hun voorgenomen inschrijfgedrag bij de Aanbestedingen uitgewisseld, hun inschrijfgedrag bij de Aanbestedingen afgestemd en de hierbij aanbestede werken onderling verdeeld. Aan het overleg hebben in elk geval (vertegenwoordigers van) Rooden, Krinkels, Henssen, BTL, Dolmans, Vaessen, Hollanders en Oosterloo deelgenomen”.

#### *De juridische beoordeling in het rapport*

17. In het rapport wordt geconcludeerd dat de beschreven gedragingen kunnen worden gekwalificeerd als een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen Rooden, Krinkels, Henssen, BTL, Dolmans, Vaessen, Hollanders en Oosterloo. Daarbij zet het rapport uiteen dat de onderhavige overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging van de betrokken ondernemingen erop gericht was de onderlinge concurrentie, zoals deze onder normale marktomstandigheden zou plaatsvinden, ten aanzien van de

---

<sup>8</sup> 4014\_1/198, 4014\_1/201, 4014\_1/202, 4014\_1/203, 4014\_1/205, 4014\_2/26 en 4014\_3/52.

<sup>9</sup> 4014\_2/26, 4014\_3/52 en 4014\_1/202.

Aanbestedingen te beperken dan wel uit te sluiten. De betrokken ondernemingen hebben blijkens het rapport derhalve ten aanzien van de Aanbestedingen de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangen door een feitelijke samenwerking. De betrokken ondernemingen hebben aldus artikel 6, eerste lid, Mw overtreden.

18. Het rapport constateert voorts dat deze overeenkomst tussen, dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging van de betrokken ondernemingen met betrekking tot de Aanbestedingen de tussenstaatse handel ongunstig kon beïnvloeden en daardoor tevens een overtreding van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag vormt.
19. De rechtspersonen waaraan de overtreding kan worden toegerekend, zijn blijkens het rapport voor zover het Rooden betreft Kultuurtechniek Rooden B.V. en Holding H.J. Rooden B.V., voor zover het Krinkels betreft Krinkels B.V., Krinkels Holding B.V. en Stichting Administratiekantoor Krinkels, voor zover het Henssen betreft P. Henssen Hoveniersbedrijf B.V. en P. Henssen Holding B.V., voor zover het BTL betreft BTL Uitvoering B.V. en B.T.L. Beheer B.V., voor zover het Dolmans betreft Dolmans Kultuurtechniek B.V., Dolmans Landscaping Group B.V. en Holding E.F.E. Janssen B.V., voor zover het Vaessen betreft Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V., voor zover het Hollanders betreft Hoveniers -en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V. en voor zover het Oosterloo betreft Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V.

#### **1.4 Opbouw van dit besluit**

20. Hierna worden eerst (hoofdstuk 2) de zienswijzen van de betrokken ondernemingen omtrent de formele aspecten van de besluitvorming besproken (onderzoek en procedure). In hoofdstuk 3 wordt nagegaan in hoeverre de in het rapport vermelde feiten als bewezen zijn aan te nemen, mede gelet op de door de betrokken ondernemingen ingebrachte zienswijzen, waarna de Raad zijn eindconclusie over de feiten geeft. Hoofdstuk 4 behandelt de juridische beoordeling en de zienswijzen daarop. Vervolgens geeft de Raad in hoofdstuk 5 zijn overwegingen omtrent het opleggen van een boete en de op dat punt ingebrachte zienswijzen. Ten slotte volgt in hoofdstuk 6 het dictum.
21. De door de betrokken ondernemingen ingebrachte schriftelijke en mondelinge zienswijzen worden in dit besluit op de volgende wijze behandeld. De zienswijzen blijken voor een groot deel zich te richten op dezelfde onderwerpen en dezelfde strekking te hebben. Voor zover dat het geval is, worden in dit besluit de zienswijzen aangehaald of samengevat zonder daarbij te verwijzen naar de individuele ondernemingen die de betreffende zienswijzen hebben ingebracht. Voor zover de zienswijze van een onderneming veeleer een individueel karakter heeft, bijvoorbeeld waar het gaat om feiten of belangen die enkel die onderneming

raken, wordt de zienswijze besproken onder de vermelding van de naam van de onderneming.



## 2 Zienswijzen ondernemingen op onderzoek en procedure

### 2.1 *Vooringenomenheid, onschuldvermoeden*

22. De betrokken ondernemingen menen dat de NMa zich op ongepaste wijze heeft laten leiden door de gemeente Maastricht. In het persbericht van 19 mei 2005 sprak de NMa zich uit over mogelijke schade van die gemeente. Er was volgens de betrokken ondernemingen voortdurend en te verregaand overleg tussen de NMa en de gemeente Maastricht, waardoor de gemeente Maastricht bijvoorbeeld beschikte over het rapport en kennis had van de boete-indicaties. Het verbod van vooringenomenheid en het vermoeden van onschuld zijn volgens de betrokken ondernemingen aldus niet gerespecteerd.
23. Naar aanleiding van deze zienswijzen merkt de Raad op dat het persbericht van 19 mei 2005 slechts een korte en geanonimiseerde aanduiding bevat van de overtreding waarvoor het onderzoek en het rapport een basis bieden (de namen van de gemeente en de betrokken ondernemingen werden niet vermeld). Uitdrukkelijk was daarbij aangegeven dat het om een vermoeden ging.<sup>10</sup> In het persbericht is de vermoede overtreding voorts gekoppeld aan de algemene notie dat door vooroverleg de voor de opdrachtgever profijtelijke concurrentie wordt uitgeschakeld; daarmee werd beoogd publiekelijk uit te leggen wat de relevantie is van het NMa-optreden bij het vermoeden van dit soort overtredingen.
24. Nadat het rapport aan de betrokken ondernemingen was toegezonden, namen de werkzaamheden in verband met de uitvoering van de artikelen 60-62 Mw een aanvang (het horen van belanghebbenden, het concipiëren van de beschikking). Zoals artikel 3, tweede lid, Mw voorschrijft, zijn de ambtenaren die deze werkzaamheden uitvoeren, niet betrokken geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek. Hiermee is een extra waarborg tegen vooringenomenheid gegeven.
25. Waar het gaat om mogelijk door de betrokken ondernemingen aan de gemeente Maastricht te betalen schadeloosstelling, heeft de NMa zowel de betrokken ondernemingen als de gemeente Maastricht tijdig geïnformeerd over de wijze waarop dat zou kunnen leiden tot een verlaging van de eventuele boetes.

---

<sup>10</sup> De NMa geeft in haar communicatie met de pers steeds aan in welk stadium van het proces een zaak zich bevindt. Met betrekking tot rapporten wordt vermeld dat het gaat om een vermoeden van een overtreding en dat de NMa nog geen definitief oordeel heeft gegeven over de inbreuk en een eventueel op te leggen boete.

26. Vervolgens zijn alleen aan de betrokken ondernemingen indicaties van de eventueel op te leggen boetes gegeven, dus niet aan de gemeente Maastricht. Ook heeft de NMa noch het feitencomplex noch het rapport aan de gemeente Maastricht verstrekt.<sup>11</sup>
27. De Raad concludeert dat niet is gebleken van vooringenomenheid en van schending van het onschuldvermoeden.

## **2.2 Het verrichte onderzoek**

28. Hollanders heeft aangevoerd dat zij in haar verdediging is geschaad doordat zij niet is gewezen op het zwijgrecht en het recht op rechtsbijstand.
29. Er bestaat volgens de Raad geen reden te twijfelen aan het door de NMa-ambtenaren opgemaakte verslag van ambtshandelingen, waarin uitdrukkelijk staat vermeld dat Hollanders is gewezen op het zwijgrecht. Anders dan voor het zwijgrecht geldt, behoeft de NMa de betrokken ondernemingen niet expliciet te wijzen op het recht op rechtsbijstand. De Raad ziet dan ook niet hoe Hollanders op de in haar zienswijze vermelde wijze in haar verdediging kan zijn geschaad.

## **2.3 De toegang tot het dossier**

### *De zienswijzen*

30. De betrokken ondernemingen hebben aangevoerd dat de Raad met betrekking tot de terinzagelegging in strijd heeft gehandeld met artikel 60 Mw en artikel 6 EVRM. Zij hebben niet de mogelijkheid gehad om conform artikel 60 Mw alle op de zaak betrekking hebbende stukken in te zien, omdat een aantal stukken als (gedeeltelijk) vertrouwelijk is aangemerkt. Bovendien stellen de betrokken ondernemingen geen inzage te hebben verkregen in ontlastende stukken. Dit geldt in het bijzonder voor informatie die is verstrekt door de gemeente Maastricht, een interne memo van de NMa voorgenomen bedrijfsbezoeken en correspondentie tussen een anonieme tipgever en de NMa. Volgens de betrokken ondernemingen brengt dit een schending van artikel 6 EVRM met zich mee. Tevens is in dit verband gewezen op de arresten inzake *Van Mechelen and Others vs. the Netherlands*<sup>12</sup> en *Rowe and Davis vs United Kingdom*<sup>13</sup> van het Europees Hof voor de Bescherming van de

---

<sup>11</sup> Integendeel, een mede op de Wob gebaseerd verzoek van de gemeente Maastricht om verstrekking van het rapport is door de NMa afgewezen.

<sup>12</sup> EHRM 23 april 1997, Reports of Judgements and Decisions 1997-III.

<sup>13</sup> EHRM 16 februari 2000, Reports of Judgements and Decisions 2000-II, Hudoc Reference: REF00001380.

Rechten van de Mens (hierna: EHRM), waaruit blijkt dat zowel materiaal voor als tegen de beschuldigde inzichtelijk moet worden gemaakt.

31. BTL heeft tevens inzage verzocht in de stukken van een andere bij de NMa aanhangige zaak, met name zaak 4695; een aantal uit die zaak afkomstige stukken zijn tevens in het onderhavige dossier opgenomen. Volgens BTL dient de Raad (ook) stukken uit die zaken die hij wellicht niet relevant acht, ter inzage te leggen zodat de betrokkenen kunnen bepalen of de desbetreffende stukken voor de verdediging van belang zijn.

*Beoordeling algemeen*

32. In onderhavige zaak zijn zonder onderscheid alle belastende en ontlastende stukken, waarop de conclusie in het rapport is gebaseerd dat er sprake is van een redelijk vermoeden van een overtreding van de Mededingingswet, in het dossier opgenomen. Dat niet alle stukken uit het dossier of niet alle stukken in hun geheel ter inzage zijn gelegd, doet daaraan niet af. Artikel 60 Mw dwingt niet tot het integraal ter inzage leggen van ieder op de zaak betrekking hebbend stuk; de Raad moet blijkens artikel 60 Mw juncto artikel 3:11, tweede lid, Awb en het daarin van overeenkomstige toepassing verklaarde artikel 10 Wob, voor bepaalde stukken of gedeelten van stukken het vertrouwelijke karakter laten prevaleren.
33. De als vertrouwelijk aangemerkte (gedeelten van) stukken kunnen voorts ten aanzien van de betrokken ondernemingen die de inhoud van deze informatie niet kennen, niet dienen ter staving van de conclusie dat sprake is van een inbreuk op de Mededingingswet. Voor het bewijs van de overtreding is slechts gebruik gemaakt van de voor betrokkenen wel inzichtelijke informatie. Deze wijze van toepassen van artikel 60 Mw c.a. is niet in strijd met artikel 6 EVRM. Ten aanzien van alle als vertrouwelijk aangemerkte (gedeelten van) stukken is de in artikel 10, tweede lid, Wob vereiste belangenafweging gemaakt.
34. Voorts hebben de betrokken ondernemingen 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 Raad tot voornoemd oordeel komt. In casu hebben de ondernemingen dat ook gedaan door stukken over de rol van de gemeente Maastricht in te brengen.

*Beoordeling vertrouwelijkheid intern NMa-memo voorgenomen bedrijfsbezoeken*

35. Het memo bevat een voorstel aan de Raad voor bedrijfsbezoeken aan ondernemingen in het kader van het onderzoek openbaar groen Maastricht. Omdat het overweigen, doel en werkwijze met betrekking tot de bedrijfsbezoeken bevat, kan terinzagelegging afbreuk doen aan de effectiviteit van toekomstige bedrijfsbezoeken en aldus het in artikel 10, tweede lid, onder d, WOB bedoelde belang schaden (inspectie, controle en toezicht). Blijkens de jurisprudentie strekt deze weigeringgrond er onder meer toe controletechnieken en -

strategieën te beschermen en te verhinderen dat lopend onderzoek wordt gefrustreerd<sup>14</sup>. Het gaat daarom te ver aan het belang van de verdediging een absolute betekenis te geven, zoals de betrokken ondernemingen lijken te eisen<sup>15</sup>. De Raad handhaaft derhalve de vertrouwelijkheid van het memo.

*Beoordeling correspondentie tussen een anonieme tipgever en de NMa*

36. De Raad hecht groot belang aan vertrouwelijke behandeling van gegevens die ter kennis van de NMa zijn gebracht door iemand die geheimhouding van zijn identiteit en zijn informatie wenst. Daar staat tegenover dat de gegevens van de tipgever niet zijn gebruikt als bewijs ter staving van de conclusie dat sprake is van een inbreuk op de Mededingingswet. De Raad handhaaft derhalve de vertrouwelijkheid van deze gegevens.

*Beoordeling stukken uit zaak 4695*

37. Er zijn enkele stukken in het onderhavige dossier opgenomen die (aanvankelijk) mede behoorden tot het dossier in zaak 4695 ("landelijk groen"). Aangezien de overtreding die in de onderhavige zaak is vermoed en vastgesteld, niet behoort tot de overtredingen die in zaak 4695 worden vermoed, maken de door BTL bedoelde stukken nog slechts deel uit van het dossier in de onderhavige zaak. Inzage in het dossier in zaak 4695 is derhalve in het kader van onderhavige zaak niet aan de orde.

*Conclusie*

38. Het geheel overziende kan niet worden gesteld dat het dossier onvolledig is of dat de verdediging wordt geschaad doordat enkele stukken geheel of deels als vertrouwelijk zijn aangemerkt. Alle op de zaak betrekking hebbende stukken zijn in het dossier opgenomen. De Raad handhaaft de vertrouwelijkheid van een beperkt aantal stukken, welke in het rapport (en in dit besluit) niet zijn gebruikt als bewijs van de overtreding.

## **2.4 Alleen boeteverlaging bij schadeloosstelling vóór besluit**

39. Dolmans meent dat zij niet kan worden gedwongen vóór de hoorzitting een toezegging over schadeloosstelling te doen; ook bevonden zich volgens Dolmans de gesprekken daarover nog in een te vroeg stadium. Voorts heeft Dolmans bezwaar tegen de voorwaarde dat de betrokkenen vóór de hoorzitting afstand moesten doen van bepaalde rechten (niet-betwisten van feiten), derhalve voordat zij tegenover de NMa hun standpunt over de rol van de gemeente Maastricht konden uiteenzetten.

---

<sup>14</sup> Vgl RvSt, 13-12-1990, Ro1.88.5009 en president rechtbank Rotterdam 14-12-1999, VWOB 99/2397-GS.

<sup>15</sup> Zie ook Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), Dowsett c. Royaume – Uni vs. The United Kingdom, 24-06-2003, nr. 39482/98, rnr 42.

40. Het was de NMa bekend dat tussen de betrokken ondernemingen en de gemeente Maastricht onderhandelingen plaatsvonden over een mogelijk door de betrokken ondernemingen te betalen schadeloosstelling. Het *uit eigen beweging* betalen van schadevergoeding wordt in de Boeterichtsnoeren als een mogelijk boeteverlagende omstandigheid aangemerkt. Van betaling uit eigen beweging is sprake indien de schade los van een eventuele sanctieprocedure wordt vergoed of in ieder geval in een vroeg stadium van de procedure, bijvoorbeeld voordat rapport wordt opgemaakt of voordat een hoorzitting plaatsvindt. Daarom en omdat de NMa in beginsel positief staat tegenover het betalen van schadevergoeding, heeft de Raad vooraf duidelijkheid willen geven over de mate van boeteverlaging bij tijdige schadeloosstelling. Om een extra impuls te geven heeft de Raad een aanzienlijke mate van boeteverlaging in het vooruitzicht gesteld (50% netto), zij het onder voorwaarde dat de onderneming de conclusie in het rapport omtrent de feiten niet zou betwisten. De betrokken ondernemingen waren geheel vrij al dan niet gebruik te maken van de mogelijkheid tot boeteverlaging. De NMa heeft de betrokken ondernemingen een boete-indicatie gegeven, zodat zij vooraf het geheel van boete en de verlaging konden beoordelen en afwegen.
41. Omdat de ondernemingen de (hoogte van de) door de gemeente Maastricht gevraagde schadeloosstelling bestreden, was er vóór de hoorzitting geen concreet uitzicht op een oplossing. Naar aanleiding van de opmerkingen van de betrokken ondernemingen over de tijd die nog nodig was voor het totstandbrengen van een schadevergoedingsregeling heeft de Raad wat meer ruimte geboden in die zin dat de betrokken ondernemingen, wilde zij in aanmerking komen voor bovenvermelde boeteverlaging van 50%, vóór het nemen van dit besluit de schadeloosstelling moesten regelen en moesten afzien van het betwisten van de feitenconclusie in het rapport.<sup>16</sup>
42. Het is overigens niet zo - en zo is het ook aan de betrokken ondernemingen duidelijk gemaakt - dat een onderneming die de feiten betwist, daarmee de mogelijkheid van boeteverlaging wegens schadevergoeding verspeelt. Boeteverlaging blijft, gelet op de Boeterichtsnoeren, nog steeds mogelijk maar de onderneming verliest haar aanspraak op het door de Raad in het vooruitzichtgestelde verlagingspercentage van 50%. Van dwang om (vóór de hoorzitting) een schadeloosstelling toe te zeggen was geen sprake.

---

<sup>16</sup> 4014\_1/197

## **2.5 Onderzoek naar de betrokkenheid van [vertrouwelijk].**

43. Volgens de betrokken ondernemingen heeft het hoveniersbedrijf [vertrouwelijk] eveneens deelgenomen aan het ten laste gelegde vooroverleg en is ten onrechte geen rapport opgemaakt tegen deze onderneming. De NMa handelt daardoor in de visie van de betrokken ondernemingen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel. Ook hebben de ondernemingen aangevoerd dat de hoogte van de aan hen op te leggen boetes afhangt van het aantal betrokken ondernemingen; wanneer ook [vertrouwelijk] tot de betrokken ondernemingen zou behoren, zouden de boetes lager uitvallen. De ondernemingen hebben tijdens de hoorzitting gevraagd om een aanvullend onderzoek naar de betrokkenheid van [vertrouwelijk] en van andere ondernemingen.
44. Of [vertrouwelijk] alsnog als betrokken onderneming moet worden aangemerkt, hangt in de eerste plaats af van de vraag of voor die betrokkenheid voldoende bewijs bestaat. Daarbij is van belang dat de bewijsmiddelen inzake het vooroverleg in casu uit verklaringen bestaan. Dit geldt ook voor de bewijsmiddelen inzake de al dan niet deelname door [vertrouwelijk].
45. Aanvankelijk heeft slechts één onderneming, Hollanders, verklaard dat ook [vertrouwelijk] aan het vooroverleg heeft deelgenomen. Later werd dat ook verklaard door de twee clementievragers: Krinkels en BTL. In hun schriftelijke zienswijze en tijdens de hoorzitting d.d. 9 september 2005 hebben deze laatste de deelname van [vertrouwelijk] bevestigd en toegelicht.
46. Eén onderneming, Rooden, heeft uitdrukkelijk verklaard dat [vertrouwelijk] niet heeft deelgenomen aan het vooroverleg. Rooden is hierop niet teruggekomen, ook niet toen dit onderwerp tijdens de hoorzitting aan de orde was.
47. Ook [vertrouwelijk] zelf heeft deelname aan enig vooroverleg ontkend. Hij stelt alleen met BTL contact te hebben gehad; met BTL heeft [vertrouwelijk] een combinatie gevormd.
48. Twee ondernemingen hebben naar aanleiding van het toegezonden feitencomplex een opmerking gemaakt aangaande [vertrouwelijk]. Oosterloo merkt op dat [vertrouwelijk] wel wordt genoemd in het hoofdstuk "Feiten en Omstandigheden" maar niet in hoofdstuk 1 van het rapport wordt aangemerkt als betrokken onderneming. Henssen verbaast het blijkens zijn reactie dat één combinant voor bestek W&G-01-2004 geen gesprek heeft gehad met de NMa en/of niet wordt genoemd of waarvan geen verklaringen zijn opgenomen.

49. Deze opmerkingen van Oosterloo en Henssen bevatten geen eenduidige uitspraak over de betrokkenheid van [vertrouwelijk] en kunnen derhalve bezwaarlijk tot bewijs voor de betrokkenheid dienen. Ten tijde van het opmaken van het rapport zijn beide opmerkingen niet beschouwd als verklaringen dat [vertrouwelijk] heeft deelgenomen aan het vooroverleg. In hun schriftelijke zienswijze en tijdens de hoorzitting hebben Oosterloo en Henssen slechts gesteld dat het rapport geen motivering bevat waarom onder andere [vertrouwelijk] niet bij het onderzoek is betrokken. Ook thans kunnen deze opmerkingen niet worden beschouwd als bewijs van deelname door[vertrouwelijk].
50. Dolmans en Vaessen hebben zich tijdens het onderzoek niet uitgesproken over deelname door [vertrouwelijk]. Eerst in de schriftelijke zienswijze heeft Dolmans verklaard dat [vertrouwelijk] aanwezig was bij het overleg waarvan sprake is in het rapport. Vaessen heeft tijdens de hoorzitting slechts gesteld dat het rapport geen motivering bevat waarom onder andere [vertrouwelijk] niet bij het onderzoek is betrokken.
51. Per saldo zijn er thans vier ondernemingen, waaronder twee clementievragers, die verklaren dat [vertrouwelijk] aan het vooroverleg heeft deelgenomen. Twee andere ondernemingen, waaronder [vertrouwelijk] zelf, weerspreken dat. De Raad ziet in deze bewijsconstellatie onvoldoende aanleiding om door middel van een aanvullend rapport [vertrouwelijk] in de lopende procedure te betrekken.
52. Met betrekking tot het verzoek om het onderzoek te heropenen overweegt de Raad dat heropening, mogelijk gevolgd door een aanvullend rapport, de lopende procedure een aantal maanden zou vertragen en zou leiden tot extra lasten, ook voor de betrokken ondernemingen. Wel is de Raad bereid rekening te houden met het effect dat een eventueel groter aantal betrokken ondernemingen zou hebben op de hoogte van de boete. In onderdeel 5.2 van dit besluit geeft de Raad aan op welke wijze daarmee is rekening gehouden.
53. Gelet op het bovenstaande heeft de Raad besloten geen aanvullend onderzoek te doen naar de betrokkenheid van [vertrouwelijk] of andere ondernemingen.

## **2.6 Onderzoek naar de rol van de gemeente Maastricht**

54. Volgens de betrokken ondernemingen heeft de NMa ten onrechte de rol van de gemeente Maastricht bij de gestelde overtreding niet onderzocht. Zij achten die rol met name van belang als boeteverlagende omstandigheid, reden waarom zij hebben gevraagd om alsnog onderzoek te doen naar die rol.

55. De betrokken ondernemingen hebben bij hun zienswijzen stukken overgelegd welke, in combinatie met hetgeen de ondernemingen en de gemeente Maastricht hebben verklaard, de Raad afdoende in staat stellen de rol van de gemeente Maastricht in de door de ondernemingen bedoelde, boeteverlagende zin te beoordelen (zie hierna onderdeel 3.1 en 5.2.3). De Raad acht derhalve nader onderzoek niet nodig.



### 3 Feiten en omstandigheden

56. Hieronder worden de feiten en omstandigheden vermeld die de Raad op basis van het rapport, het dossier en de zienswijzen van de betrokken ondernemingen vaststelt.

#### 3.1 Voorgeschiedenis Aanbestedingen

57. De betrokken ondernemingen zijn (onder meer) actief op het gebied van onderhoud van openbaar groen. Onder onderhoud van openbaar groen moet men onder andere maaien, schoffelen en snoeien in gemeentelijke parken en plantsoenen verstaan.
58. Afnemers van het onderhoud van openbaar groen zijn onder andere gemeentes, provinciën, Rijkswaterstaat en waterschappen. Werken in deze sector worden veelal onderhands vergeven, meervoudig onderhands aanbesteed dan wel openbaar aanbesteed. Het aanbestedingsbeleid van de gemeente Maastricht, vastgesteld in november 2002, is erop gericht dat alle werken boven de € 100.000 openbaar worden aanbesteed.<sup>17</sup>
59. Het grondgebied van de gemeente Maastricht is ten behoeve van het onderhoud van openbaar groen in vijf rayons onderverdeeld. De vorige aanbestedingen van deze vijf rayons vonden plaats in december 1999 en maart 2000 en hadden betrekking op een tijdvak van vier jaar.<sup>18</sup> Elk rayon werd apart aanbesteed. De winnende partijen waren in december 1999 en maart 2000:
- |           |                          |
|-----------|--------------------------|
| W&G-00-01 | MTB/BTL Elsloo/Oosterloo |
| W&G-00-02 | Oosterloo/BTL Elsloo/MTB |
| W&G-00-03 | Vaessen                  |
| W&G-00-04 | Rooden                   |
| W&G-00-05 | Dolmans <sup>19</sup>    |
60. Op 5 februari 2003, derhalve één jaar voor de overtreding, heeft de gemeente Maastricht op haar initiatief in het Mabi hotel in Maastricht een bijeenkomst belegd met de op dat moment werkende hoveniers. Agendapunten waren onder meer: “het werken in de rayons”, “reclame” en “continuïteit van het werk”. Doel van deze bijeenkomst was het uitwisselen van gedachten over het groenonderhoud van de gemeente Maastricht. Tijdens de

---

<sup>17</sup> 4014/75.

<sup>18</sup> Ook de aanbesteding in 1996 zag op een periode van 4 jaar.

<sup>19</sup> 4014/75.

bijeenkomst is gesproken over de mogelijkheden tot voorzetting van de bestaande samenwerking na het einde van de op dat moment geldende contracten op 31 december 2003. In dat kader is de mogelijkheid besproken van uitbesteding van het groenonderhoud van de gemeente Maastricht aan de Maastrichtse werkplaats Yonder MTB regio Maastricht N.V. (hierna: MTB) die naderhand het werk zou verdelen tussen de aannemers, waardoor openbare aanbesteding niet nodig zou zijn. Tijdens de hoorzitting op 9 september 2005 bevestigde de gemeente Maastricht dat destijds is uitgesproken *“dat alles in het werk zou worden gesteld om na 2003 met elkaar verder te gaan”*.<sup>20</sup>

61. Tijdens de bijeenkomst van 5 februari 2003 is tevens aan de orde geweest de mogelijke sponsoring door de zittende aannemers van bijzondere bloemperken op bepaalde locaties in de stad Maastricht. De gemeente Maastricht heeft gevraagd of de ondernemingen in ruil voor vermelding van de bedrijfsnaam in of bij het betreffende perk de verzorging van bepaalde bloemperken in Maastricht voor hun rekening wilde nemen.
62. Ook in de maanden na de bijeenkomst op 5 februari 2003 heeft de gemeente Maastricht onderzocht of voorzetting van de samenwerking met de bestaande aannemers na 31 december 2003 via uitbesteding van het groenonderhoud van de gemeente Maastricht aan MTB juridisch mogelijk was. Hiertoe zijn op verzoek van de gemeente Maastricht diverse vervolggesprekken gevoerd met de vertegenwoordigers van de bestaande aannemers over bijvoorbeeld de “startnotitie uitbesteding groenonderhoud gemeente Maastricht 2004 d.d 7 juli 2003”.<sup>21</sup> Onder “doelstelling” vermeldt de notitie een ‘win win situatie’, onder meer door duurzame samenwerking. Onder “aanpak” komt de optie van uitbesteding aan MTB aan de orde. Onder “verdere uitwerking” wordt regelmatig gesproken in termen van samenwerking en langdurige contracten.
63. In oktober 2003 heeft de gemeente Maastricht besloten dat de contracten voor de nieuwe periode via openbare aanbesteding gegund zouden worden.<sup>22</sup>

### **3.2 De Aanbestedingen en de gunningen**

64. Op 13 januari 2004 kondigde de gemeente Maastricht in het dagblad ‘Cobouw’ vijf openbare aanbestedingen aan met betrekking tot “onderhoud openbaar groen stadsdelen 1 t/m 5” met besteknummer W&G-01-2004 t/m W&G-05-2004. De respectieve bestekken betroffen het onderhoud voor één jaar (2004) met een verlengingsmogelijkheid voor de

---

<sup>20</sup> 4014\_1/168, 4014\_1/176, 4014\_1/184, 4014\_3/50.

<sup>21</sup> 4014\_1/168 en 4014\_3/50

<sup>22</sup> 4014/5.

periode 2005 en 2006. De indeling van de rayons is daarbij op een aantal punten gewijzigd ten opzichte van de vorige aanbesteding.<sup>23</sup> Rayon 1 is kleiner geworden. Er heeft een verschuiving plaatsgevonden tussen rayons 2 en 5, waarbij rayon 2 groter is geworden ten koste van rayon 5. Ten slotte heeft een aanpassing van de rayongrenzen 3 en 4 plaatsgevonden. Ook bevatten de bestekken van 2004 een aantal verschillen in de uit te voeren werkzaamheden ten opzichte van de vorige aanbestedingen.<sup>24</sup>

65. Op 5 februari 2004 heeft de gemeente Maastricht inlichtingen verstrekt aan geïnteresseerde ondernemingen.<sup>25</sup> De gemeente Maastricht heeft op de openbare aanbestedingsprocedure het UAR 2001 van toepassing verklaard en als gunningscriterium gekozen: de economisch meest voordelige aanbieding, bestaande uit de inschrijfsom en de uit de inschrijvingsstaat te herleiden verrekenprijzen. De inschrijvingsbiljetten moesten op donderdag 19 februari 2004 worden ingediend.<sup>26</sup>
66. In totaal hebben zestien ondernemingen op de Aanbestedingen ingeschreven, waaronder de betrokken ondernemingen. Op rayon 1 waren er negen inschrijvingen<sup>27</sup>, op rayon 2 zeven<sup>28</sup>, op rayon 3 tien<sup>29</sup>, op rayon 4 zes<sup>30</sup> en op rayon 5 acht<sup>31</sup>. Onder de inschrijvers bevonden zich twee Belgische ondernemingen, waarvan één op alle vijf rayons heeft ingeschreven. De winnende partijen waren:
- |             |                      |                          |
|-------------|----------------------|--------------------------|
| W&G-01-2004 | BTL/ [vertrouwelijk] | € 235.956                |
| W&G-02-2004 | Dolmans/Oosterloo    | € 725.975                |
| W&G-03-2004 | Vaessen              | € 543.000                |
| W&G-04-2004 | Rooden               | € 573.800                |
| W&G-05-2004 | Krinkels/Henssen     | € 244.900. <sup>32</sup> |
67. De Aanbestedingen vielen onder de Bijlage 1 B van de Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (de "Richtlijn Diensten") van de Europese

---

<sup>23</sup> 4014/75.

<sup>24</sup> 4014/75.

<sup>25</sup> Zie 4014/10, bijvoorbeeld 04014010420021.

<sup>26</sup> 4014/37.

<sup>27</sup> Waaronder één combinatie.

<sup>28</sup> Waaronder drie combinaties.

<sup>29</sup> Waaronder drie combinaties.

<sup>30</sup> Waaronder één combinatie.

<sup>31</sup> Waaronder één combinatie.

<sup>32</sup> 4014/1.

Unie.<sup>33</sup> De gemeente Maastricht heeft derhalve de aankondiging van de geplaatste opdracht aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen gestuurd en de aankondiging is in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerd en opgenomen in de databank Tenders Electronic Daily (TED).<sup>34</sup>

68. Zoals hierboven is weergegeven, betroffen de bestekken het onderhoud voor één jaar (2004) met een verlengingsmogelijkheid voor de periode 2005 en 2006.<sup>35</sup> Na de Aanbestedingen van 19 februari 2004 heeft de gemeente Maastricht met het oog op verlenging van de contractperiode met de winnende partijen (laagste inschrijvers) van elk van de vijf stadsdelen gesprekken gevoerd. In deze gesprekken heeft de gemeente Maastricht onderhandeld over de uiteindelijke prijs (na korting) waarvoor de hoveniers het onderhoud voor de jaren 2004, 2005 en 2006 mochten uitvoeren. Uiteindelijk zijn op 21 december 2004 de gunningsopdrachten voor de uitvoering van het onderhoud openbaar groen voor de stadsdelen 1 t/m 5 met besteknummer W&G-01-2004 t/m W&G-05-2004 voor de jaren 2004, 2005 en 2006 door de gemeente Maastricht aan de gegunde hoveniers verzonden.<sup>36</sup> De prijzen (exclusief BTW) zijn in de onderstaande tabel weergegeven.

---

<sup>33</sup> Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992, PB 1992, L 209/1.

<sup>34</sup> 2004/S 244-209629, 2004/S 244-209630, 2004/S 244-209632, 2004/S 244-209634, 2004/S 244-209635. Zie 4014-1/66.

<sup>35</sup> 4014/37

<sup>36</sup> 4014-1/62

**TABEL** “Gegunde prijzen (exclusief BTW) per deelproject naar aanleiding van de openbare aanbesteding van 19 februari 2004”

Rayons	Onderneming/ combinatie waaraan gegund	2004	2005	2006	Totaal
Stadsdeel 1	BTL/ [vertrouwelijk]	EUR 235.956	EUR 219.439,08	EUR 204.078,34	EUR 659.473,42
Stadsdeel 2	Dolmans/ Oosterloo	EUR 678.100	EUR 678.100	EUR 678.100	EUR 2.034.300
Stadsdeel 3	Vaessen	EUR 508.146,54	EUR 489.007,54	EUR 470.361,20	EUR 1.467.515,20
Stadsdeel 4	Rooden	EUR 573.800	EUR 533.634	EUR 496.279	EUR 1.603.713
Stadsdeel 5	Krinkel/ Henssen	EUR 227.500	EUR 227.500	EUR 227.500	EUR 682.500
	<b>Totaal</b>	EUR 2.223.502,50	EUR 2.147.680,60	EUR 2.076.318,50	EUR 6.447.501,60

### 3.3 Deelname aan het vooroverleg

69. Hieronder worden gedeelten weergegeven van de verklaringen van de directeuren en/of bedrijfsleiders van de betrokken ondernemingen (zie onderdeel 1.1). Vervolgens stelt de Raad de feiten en omstandigheden vast ten aanzien van de deelname van de betrokken ondernemingen aan het overleg voorafgaande aan de Aanbestedingen, de inhoud van dat vooroverleg en de inschrijving en gunning.

#### *Rooden*

70. De directeur van Rooden heeft op de vraag of wel eens voorafgaande aan een aanbesteding overleg is gevoerd, aan de NMa verklaard: *“Niet direct, maar er wordt wel eens koffie gedronken met de concurrenten en dan kan zo'n aanbesteding ter sprake komen. U vraagt mij of dit is voorgevallen in de periode 1998 tot heden dan kan ik u zeggen dat dit sporadisch het geval is. Recent heeft dit nog plaatsgevonden, namelijk bij de aanbesteding van de rayons 1 tot en met*

5 van Maastricht. [...] Toen de bestekken op de markt kwamen besloten we om weer bij elkaar te komen. [...] Vlak voor de aanbesteding is nog een bijeenkomst geweest in Lanaken. Hierbij waren aanwezig de vijf genoemde bedrijven (Rooden, Oosterloo, Vaessen, BTL en Dolmans) en Krinkels, Henssen en Hollander(s). [Vertrouwelijk] was niet bij deze bijeenkomst aanwezig.”<sup>37</sup>

*Krinkels*

71. De bedrijfsleider van de vestiging Heerlen van Krinkels heeft tegenover de NMa verklaard dat er overleg heeft plaatsgevonden in de vorm van een “koffierondje”. Concreet verklaart hij hierover: “Ten aanzien van de aanbesteding van de gemeente Maastricht van 19 februari 2004 [de Aanbestedingen] verklaren wij het volgende. Er heeft een koffierondje plaatsgevonden, waarbij ik, [vertrouwelijk], aanwezig ben geweest. Er zijn twee bijeenkomsten geweest waar we hebben gesproken over dit werk in Maastricht. Dit is geweest in het Eurotel in Lanaken.”<sup>38</sup> “Bij de eerste bijeenkomst waren ik, [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], aanwezig. Verder [vertrouwelijk] van Dolmans, [vertrouwelijk] van Oosterloo, [vertrouwelijk] van Vaessen, [vertrouwelijk] van Henssen, [vertrouwelijk] van BTL en [vertrouwelijk] van Rooden. “Bij de tweede bijeenkomst waren de eerder genoemde personen aanwezig. Naast de eerder genoemde personen van de eerste bijeenkomst waren aanwezig [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] [vertrouwelijk], [vertrouwelijk].”

*Henssen*

72. De algemeen directeur van Henssen heeft ten aanzien van de Aanbestedingen tegenover de NMa verklaard: “De aanbesteding in Maastricht in februari 2004 is in de wandelgangen en de VHG-vergaderingen<sup>39</sup> besproken. [...] U vraagt mij hoe de inschrijving is gegaan. Krinkels zei, kom naar Lanaken. [...] Ik had die dag daar een afspraak [...] en daarna met Krinkels om 19.30 uur. [...] Vervolgens kwamen de andere bedrijven en zijn we naar een zaaltje gegaan.” De bedrijven die daar, voor zover ik mij herinner, aanwezig waren zijn Dolmans (vertrouwelijk), Krinkels (vertrouwelijk), BTL (vertrouwelijk), Vaessen (vertrouwelijk), Oosterloo (vertrouwelijk) en Rooden (vertrouwelijk). Over of Hollanders er was ben ik niet zeker. Er waren er nog een paar, maar welke dat waren weet ik niet meer. In totaal waren er ongeveer twaalf mensen aanwezig.<sup>40</sup>

*BTL*

73. BTL bevestigt dat er voorafgaande aan de Aanbestedingen overleg heeft plaatsgevonden. Volgens een schriftelijke verklaring die BTL tegenover de NMa heeft afgelegd, heeft “voorafgaande aan de Aanbestedingen twee maal vooroverleg plaatsgehad in het hotel Eurotel te Lanaken.” Bij dit overleg waren de volgende ondernemingen aanwezig: Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V., Kulturtechniek Rooden B.V., Dolmans Kulturtechniek

---

<sup>37</sup> 4014/109.

<sup>38</sup> 4014\_2/3.

<sup>39</sup> VHG staat voor de brancheorganisatie ‘Vereniging voor Hoveniers en Groenvoorzieners’.

<sup>40</sup> 4014/104.

B.V., Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V., [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] (mogelijk), [vertrouwelijk] (mogelijk), Hoveniersbedrijf Hollanders B.V., [vertrouwelijk] (mogelijk), Krinkels B.V., Henssen Aannemingsbedrijf Cultuurtechnische Werken en [vertrouwelijk].<sup>41</sup>

*Dolmans*

74. De bedrijfsleider van Dolmans heeft aan de NMa eveneens bevestigd dat er voorafgaande aan de Aanbestedingen overleg met concurrenten heeft plaatsgevonden. Concreet heeft hij verklaard: *“Het betreft de vijf rayons in Maastricht. Voor rayon twee is door Dolmans B.V. respect gevraagd. De ondernemingen die hierbij betrokken zijn geweest zijn Oosterloo, BTL, Rooden en Vaessen. Hiervoor zijn bijeenkomsten geweest met deze concurrenten. (...) Anderhalve week voor de aanbesteding ben ik met [vertrouwelijk] in het Eurotel in Lanaken met [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] bijeengekomen.”*<sup>42</sup>

*Vaessen*

75. De directeur van Vaessen<sup>43</sup> heeft in een gesprek met ambtenaren van de NMa eveneens erkend met concurrenten contact te hebben gehad over de Aanbestedingen. *“Er is een zaterdag gesproken over werken en andere dingen”* Op de vraag waar de bijeenkomst was in Lanaken antwoordt Vaessen: *“Eurotel. Op de vraag hoe vaak Vaessen daar is geweest antwoordt Vaessen: “een keer”. “We hebben beneden gezeten.”* Op de vraag wie er hierbij aanwezig waren antwoordt Vaessen: *“We waren met z'n drieën op dat moment, met mij erbij. Met [vertrouwelijk] van Dolmans en [vertrouwelijk] van Krinkels”.* Later verklaart Vaessen: *“Hollanders was er bij ja, die keer, eens. (...) Hollanders was ook op dat overleg.”*

*Hollanders*

76. Ook de ex-directeur van Hollanders<sup>44</sup> heeft bevestigd dat er voorafgaande aan de Aanbestedingen overleg heeft plaatsgevonden over de Aanbestedingen. *“U vraagt mij naar de openbare aanbesteding van de gemeente Maastricht, in februari van dit jaar, van het hovenierswerk in Maastricht. Het totale werk was verdeeld in vijf stadsdelen en wij hadden als bedrijf interesse in twee delen, stadsdeel 1 en stadsdeel 5. Wij hebben de bestekken van deze werken opgevraagd en betaald. [...] U vraagt mij wat er gebeurde na het opvragen van de bestekken. Er gebeurde in eerste instantie helemaal niets. Kort voor de aanbesteding werd ik telefonisch benaderd door [vertrouwelijk] van het hoveniersbedrijf Dolmans. Hij vroeg mij of wij nog interesse hadden in het werk, ik zei ja en hij vroeg mij toen naar een hotel/restaurant in Lanaken in België te komen, het Eurotel. [...] Omstreeks 20.00 uur was ik aanwezig in een apart zaaltje boven het restaurant en ik denk dat er zo'n twaalf bedrijven waren vertegenwoordigd. (...)*

---

<sup>41</sup> 4014-3/15.

<sup>42</sup> 4014/10 en 4014/22.

<sup>43</sup> 4014/20 en 4014/35.

<sup>44</sup> Tijdens de betrokken periode was hij nog directeur van Hollanders.

*U vraagt mij naar namen, dat zijn onder andere geweest: [vertrouwelijk] van Dolmans, [vertrouwelijk], BTL, [vertrouwelijk] van Krinkels, [vertrouwelijk] van Vaessen, [vertrouwelijk] van Oosterloo en Rooden.”<sup>45</sup>*

*Oosterloo*

77. Ook de directeur van Oosterloo heeft met betrekking tot de Aanbestedingen tegenover de NMa verklaard dat hij met concurrenten overleg over de Aanbestedingen heeft gevoerd. Concreet verklaart hij: *“Met andere hoveniersbedrijven, concurrenten collega’s, heb ik een keer bij elkaar gezeten om het werk in Maastricht te bespreken. Dit is geweest in een hotel in Lanaken, het Eurotel. (...). Aanwezig waren [vertrouwelijk] van Dolmans, [vertrouwelijk] van Krinkels, BTL, Vaessen, Rooden en wij, Oosterloo.”<sup>46</sup>*

*Deelconclusie*

78. Op grond van de bovenstaande verklaringen stelt de Raad vast dat de betrokken ondernemingen, Rooden, Krinkels, Henssen, BTL, Dolmans, Vaessen, Hollanders en Oosterloo voorafgaande aan de Aanbestedingen in ieder geval één keer in het hotel Eurotel te Lanaken overleg hebben gevoerd over de Aanbestedingen.

### **3.4 Inhoud van het vooroverleg**

*Rooden*

79. De directeur van Rooden heeft over het overleg verklaard: *“Wij hebben aan elkaar laten weten dat “een ieder zijn rayon wilden behouden” en ook niet meer dan dat. Mijn prijs voor het rayon dat ik reeds had was marktconform en ik was niet bang voor concurrentie van buitenaf. Hiermee bedoel ik concurrentie anders dan de vier genoemde bedrijven. Enkele van hen, wie weet ik niet meer, waren wel bezorgd voor concurrentie van buitenaf. Ik heb geen idee hoe de anderen hiermee zijn omgegaan. Tijdens deze bijeenkomsten is ook gesproken over de nieuwe indeling van de rayons. De gemeente Maastricht had de rayons anders dan voorheen ingedeeld. (...) Op uw vraag of er bedragen zijn genoemd tijdens deze of de andere bijeenkomsten moet (ik) ontkennend antwoorden. Je kan ongeveer wel inschatten wat een ander voor zo’n werk rekent. (...) Op het moment van de inschrijving toont de ander respect door hoger in te schrijven zodat jij de aanbesteding wint. Andersom doe je dat ook voor degene die respect heeft getoond voor jou”.*<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> 4014/12 en 4014/78.

<sup>46</sup> 4014/60 en 4014/70.

<sup>47</sup> Verslag van Ambtshandelingen en Verklaring 4014/109.



*Krinkels*

80. De directeur en de bedrijfsleider van Krinkels hebben verklaard dat eerst “*verkennend*” is gesproken, “*wat willen de bedrijven*”.<sup>48</sup> Op een later moment zijn “*afspraken gemaakt wie welk werk kreeg van de 5 rayons*”.<sup>49</sup> Zij hebben de gang van zaken nader toegelicht: “*Wij hebben twee jaar geleden aangegeven dat als het onderhoudswerk van Maastricht op de markt zou komen dat wij mee zouden gaan doen. Tijdens de besprekingen hebben onderhandelingen plaatsgevonden over de toewijzing van de 5 rayons van Maastricht. Wij hebben samen met Henssen een rayon geclaimd en gekregen. [Vertrouwelijk] claimde ook werk en heeft dat gekregen in combinatie met BTL. De bedrijven die aanwezig waren maar geen werk claimden of kregen, maken zoals gewoonlijk gebruik van de gentlemen's agreement, zij zouden bij een volgende aanbesteding het werk kunnen claimen omdat zij bij Maastricht niet aan de beurt waren. Wij hebben ook de inschrijfcijfers aan elkaar bekend gemaakt maar dat heeft enkel plaats gevonden om de marktverdeling tot stand te laten komen. Dan weet de andere partij dat hij niet onder de inschrijfsom van de rechthebbende zit als hij inschrijft. [...] omtrent de Aanbestedingen van de 5 rayons in Maastricht heeft prijsafstemming plaatsgevonden om marktverdeling tot stand te laten komen.*”<sup>50</sup>
81. De directeur en de bedrijfsleider van Krinkels hebben verder verklaard dat het uitgangspunt van het overleg voorafgaande aan de Aanbestedingen was dat de aannemer die in de voorgaande periode het onderhoud in een bepaald rayon heeft uitgevoerd, dit rayon ook in de toekomst zou blijven uitvoeren: “*In dit koffierondje zijn een aantal zaken besproken die erop neerkomen dat het in het kader van “leven en laten leven” aannemers die op een bepaald project in het verleden werkzaam waren daar dan ook moesten proberen te blijven zitten. We respecteren elkaars trajecten, door bijvoorbeeld een hoog inschrijfcijfer te hanteren, waardoor wij weten dat we dat traject [rayon] dan niet gegund krijgen [...] De strekking van het overleg is dat het jammer zou zijn als het werk niet in Limburg zou blijven.*”<sup>51</sup>

*Henssen*

82. De directeur van Henssen heeft verklaard dat: “*de aanwezige bedrijven het werk wilde bespreken en eventueel combinaties vormen. Ik heb aangegeven een stuk najaarswerk te willen, en dat ik dat samen met Krinkels wil doen. Verder zijn bij die bijeenkomst geen verdere prijsafspraken of werkverdeling gemaakt in de tijd dat ik er was. (...) Er is enkel over het vormen van combinaties gesproken. U vraagt mij naar wat de term respect tonen betekent. Voor mij betekent het andere bedrijven niet voor het hoofd stoten. Dat doen andere bedrijven dan ook niet*

---

<sup>48</sup> Verslag van Ambtshandelingen en Verklaring 4014-2/12.

<sup>49</sup> Verslag van Ambtshandelingen en Verklaring 4014-2/12.

<sup>50</sup> 4014\_2/12.

<sup>51</sup> 4014\_2/9, 4014\_2/3 en 4014\_2/5.

*bij ons. (...) In Lanaken op 17 februari 2004 wilde iedereen zijn eigen werk behouden en heb ik mijn interessen kenbaar gemaakt”.*

*BTL*

83. De directeur van BTL Beheer B.V. heeft bevestigd dat tijdens het overleg een werkverdeling tot stand is gekomen: *“Mij is door [vertrouwelijk] [bedrijfsleider van de vestiging Stein van BTL] verteld dat ze in Lanaken tot een werkverdeling zijn gekomen, er is een soort van marktverdeling gecreëerd. Daarnaast zijn tijdens de bijeenkomsten combinaties gevormd. Het doel hiervan was om tot een verdeling te komen van het werk en zo de rust in de markt te houden (...) De combinaties werden gevormd om concurrentie uit te sluiten”.*<sup>52</sup> Volgens de schriftelijke verklaring van BTL *“zijn de ondernemingen overeengekomen wie de laagste inschrijving mocht doen”.*<sup>53</sup>
84. Ook de bedrijfsleider van de vestiging Stein van BTL heeft bevestigd dat tijdens het overleg de verdeling van vijf rayons bij de Aanbestedingen is afgestemd: *“De aanbesteding in Maastricht bestond uit vijf bestekken. De eerste vergadering was een verkennend gesprek van de aannemers die geïnteresseerd waren in het werk waaronder de vijf al zittende aannemers die al werk in Maastricht deden en die dat werk wilden behouden. Bij de eerste vergadering waren ook nieuwe partijen, daar waren toen zeker bij Krinkels en Henssen. Na de eerste vergadering dacht ik dat de zittende aannemers vier bestekken konden behouden. De zittende partijen hebben aangegeven het werk te willen houden en hadden aan de andere partijen, de nieuwkomers, om respect gevraagd. De partij Krinkels gaf aan dat zij een stuk werk wilde hebben in Maastricht. Na die vergadering zijn [de bij het overleg betrokken ondernemingen] nog niet tot concrete afspraken gekomen. We zijn weggegaan en moesten verder denken over een oplossing. Daarna is er een tweede vergadering geweest, dat moet de dag voor de aanbesteding zijn geweest. [...] Henssen en Krinkels claimden een stuk werk. [De bij het overleg betrokken ondernemingen] zijn voor de nieuwe partijen tot de oplossing gekomen dat Krinkels het vijfde bestek zou krijgen, samen met Henssen. Hoe zij verder onderling het werk verdeelden was hun pakkie aan. (...) Er was in ieder geval ook een Belgische onderneming aanwezig, Euroroad uit Hasselt. Die onderneming is ook om respect gevraagd. Je weet echter uit ervaring dat hij de referenties niet heeft om het werk te maken. Dus (daar) houdt je niet of nauwelijks rekening mee”.*<sup>54</sup>
85. De bedrijfsleider van de vestiging Stein van BTL heeft verder verklaard dat tijdens het overleg afstemming van inschrijfcijfers heeft plaatsgevonden. *“Tijdens de tweede vergadering is er dus eerst vastgesteld wie welk bestek zou gaan krijgen. Nadat dat was vastgesteld kwam de prijsvorming. BTL heeft zijn eigen prijs bepaald voor het bestek op basis van historie en kennis.*

---

<sup>52</sup> 4014-3/10.

<sup>53</sup> 4014-3/15.

<sup>54</sup> 4014-3/23.

*Die prijs heb ik niet bekend gemaakt op de vergadering. Ik heb wel de vertrekprijs van de nummer 2 van ons bestek vastgesteld. Niemand die een bestek ging doen heeft zijn inschrijfprijs op tafel gelegd. Ook zij hebben vastgesteld wat de vertrekprijs van de nummer 2 moest zijn. Vervolgens heb ik de inschrijfprijzen van de nummers 3, 4 etcetera vastgesteld. Dat was een willekeurig bedrag. Dat hebben ook de andere bestekhouders gedaan. De volgorde wie als nummer 2, 3 etcetera zou gaan inschrijven werd middels loting vastgesteld.”<sup>55</sup>*

*Dolmans*

86. De bedrijfsleider van Dolmans heeft verklaard dat Dolmans bij het overleg om ‘respect heeft gevraagd’ voor een rayon: *“Het betreft de vijf rayons in Maastricht. Voor rayon twee is door Dolmans respect gevraagd.”* Met betrekking tot het doel van het overleg ten aanzien van de Aanbestedingen verklaart de bedrijfsleider van Dolmans: *“De vijf Maastrichtse ondernemingen wilden hun rayons in Maastricht behouden en dat is ook gelukt.”<sup>56</sup>*

87. De directeur van Dolmans heeft eveneens verklaard dat hij bij het overleg om respect heeft gevraagd voor een rayon: *“Met betrekking tot de rayons heb ik Vaessen en Rooden een aantal dagen voor de aanbesteding om respect gevraagd. U vraagt mij naar de reden hiervoor. [...] Dat je in elk geval niet elkaar gaat beconcurreren. Er is al genoeg concurrentie. Wij hebben een rayon, zij hebben een rayon. [...] Erover nadenkend, heb ik dat behalve aan Oosterloo ook aan Rooden en Vaessen gevraagd. Je vraagt elkaar om elkaar het vel niet over de oren te trekken. De werkhonger is nu groot. € 700.000 is een groot project. Tussen 1997 en 2000 kreeg je het werk niet af. Er was genoeg aanbod. Nu heb je continu zorgen van werk. Er is een prijsenslag gaande. Het rendement is niet hoog, dus moet je volume hebben.”<sup>57</sup>*

88. De directeur van Dolmans heeft verder verklaard dat het voor het respecteren van elkaars rayons niet noodzakelijk was om in het overleg de inschrijfcijfers te bespreken. *“U vraagt mij of de hoogte van de prijzen is besproken. Wij kennen de prijzen van elkaar. Uit het verleden. U vraagt mij wat ik gedaan heb om buitenstaanders eruit te houden. Ik heb een praatje gemaakt. Ik heb met zittende aannemers gesproken. Je hoeft geen bedragen te noemen. ‘Niet scherp inschrijven’ is voldoende.”<sup>58</sup>*

*Vaessen*

89. De directeur van Vaessen heeft verklaard dat er bij het overleg *“over werk is gebabbeld, over hoe we erin staan. De zittende aannemers hoeven niet perse aan een ieder kenbaar te maken dat zij hun rayon willen behouden, iedereen wil graag zijn eigen rayon behouden dat is bekend. (...)”*

---

<sup>55</sup> 4014\_3/23.

<sup>56</sup> 4014/10 en 4014/22.

<sup>57</sup> 4014/10 en 4014/21.

<sup>58</sup> 4014/10 en 4014/21.

*Er is gesproken over werken, algemene dingen, branchedingen, over de Maastrichtse aanbesteding openbaar groen in z'n algemeenheid. Iedereen weet wie welk rayon heeft”.*<sup>59</sup>

*Hollanders*

90. De ex-directeur van Hollanders heeft bevestigd dat werkverdeling onderwerp is geweest van het overleg. Hij heeft verklaard dat ondernemingen die tot dan toe het onderhoudswerk in Maastricht uitvoerden bij de Aanbestedingen hun eigen rayons wilden behouden en hiervoor oplossingen zochten. “[*Vertrouwelijk*], van Dolmans, nam op die avond het woord en heeft ook het gesprek wat volgde geleid. [*Vertrouwelijk*] werd bijgestaan door [*vertrouwelijk*] van Krinkels. Hij, [*vertrouwelijk*], vroeg of er bij de aanwezigen belangstelling was voor het werk, dat werd aan iedereen afzonderlijk gevraagd. Hij maakte een (eerste) rondje. Hij vroeg dan eerst over de interesse in het werk en dan over welke verschillende stadsdelen. Vervolgens vertelde hij dat het werk - voor de aanbesteding - werd uitgevoerd door diverse hoveniersbedrijven en dat zij ook graag het werk in Maastricht wilden behouden. [*vertrouwelijk*] gaf aan dat er combinaties gevormd konden worden om het werk eventueel uit te voeren met de bedrijven die het werk al eerder - dus voor de aanbesteding - hadden. Op deze manier kon tot een oplossing voor de verdeling van het werk worden gekomen.”<sup>60</sup>
91. De ex-directeur van Hollanders heeft verder verklaard dat: “*in een soort van tweede ronde de inschrijfcijfers van de ondernemingen die het onderhoudswerk tot dan toe hadden uitgevoerd, werden bekendgemaakt.*” Hij heeft verklaard: “*dat de andere ondernemingen niet onder deze prijs mochten inschrijven. Als tegenprestatie werd ‘respect’ bij een toekomstige aanbesteding van je eigen vaste klant toegezegd en dat er dan hoger zou worden ingeschreven dan de inschrijfprijs van jouw bedrijf. De in deze bijeenkomst genoemde inschrijfsommen voor de stadsdelen 1 en 5, waren trouwens al lager dan dat wij hadden gecalculeerd. Wij hadden het werk dus sowieso niet gehad. Na deze bekendmaking zijn een aantal bedrijven, althans vertegenwoordigers daarvan, blijven zitten onder in het restaurant, voor het laatste rondje wie gaat het werk aannemen. Ik ben toen weggegaan. Ik wilde geen combinatie vormen met één van de zittende bedrijven en wij hebben dan ook gewoon ingeschreven met het door ons gecalculeerde bedrag. Dit had eigenlijk niet meer zoveel zin maar je wilt toch gewoon op de hoogte blijven.*”<sup>61</sup>

*Oosterloo*

92. Ook uit de verklaring van de directeur van Oosterloo blijkt dat de wens van de ondernemingen om het ‘eigen werk’ te behouden tijdens het overleg aan de orde is geweest en dat dit tot het onderling vragen van ‘respect’ heeft geleid. “*Ik doe al sedert 1996 onderhoudswerk in rayon 2 van de gemeente Maastricht. [...] We hebben op informele wijze*

---

<sup>59</sup> 4014/20 en 4014/35.

<sup>60</sup> 4014/12 en 4014/78.

<sup>61</sup> 4014/12 en 4014/78.

*gesproken over wie het werk wilde houden dat zij al deden in Maastricht. We hebben elkaar, daar komt het op neer, om respect gevraagd. Dat is dan genoeg, verder hoef je niet over andere dingen te praten. Dan weet iedereen dat je het werk graag wilt houden. Voor mij is dat genoeg, als een ander aangeeft het werk te willen houden.”<sup>62</sup> De directeur van Oosterloo heeft verklaard dat het niet noodzakelijk was om de inschrijfprijzen te bespreken: “Wij hebben verder niet over prijzen hoeven te praten. Je weet waarvoor iemand zal gaan inschrijven op basis van de inschrijving 4 jaar geleden en de prijzen die er nu gelden. Daar verandert niet zoveel in.”<sup>63</sup>*

#### *Deelconclusies*

93. Op grond van de bovenstaande verklaringen stelt de Raad vast dat de betrokken ondernemingen tijdens het vooroverleg hebben gesproken over de onderlinge verdeling van de werken (de vijf rayons). Daarbij hanteerden de betrokken ondernemingen als uitgangspunt dat de werken werden toegedeeld aan de ondernemingen die ze tot dan toe hadden uitgevoerd (zittende ondernemingen; zie randnummer 59).
94. Uit bovenstaande verklaringen blijkt dat in verband met de wijziging van de indeling van de rayons ten opzichte van de vorige aanbestedingen en door de komst van twee nieuwkomers, in de onderlinge verdeling van de werken veranderingen zijn opgetreden. Blijkens de verklaringen zou rayon 2 worden toegewezen aan Dolmans/Oosterloo en rayon 5 aan de nieuwkomers Krinkels/Henssen.
95. Aldus kwam de verdeling van de werken neer op:
  - Rayon 1: BTL (zittende aannemer)
  - Rayon 2: Dolmans/ Oosterloo (zittende aannemers)
  - Rayon 3: Vaessen (zittende aannemer)
  - Rayon 4: Rooden (zittende aannemer)
  - Rayon 5: Krinkels/Henssen
96. Daarmee staat voor de Raad vast dat de betrokken ondernemingen reeds vóór de aanbestedingsdatum van elk werk onderling hebben bepaald welke onderneming of combinatie van onderneming uit hun midden het betreffende werk zou mogen maken, met andere woorden als laagste zou mogen inschrijven; de betrokken ondernemingen waren voorts voldoende op de hoogte van elkaars inschrijfcijfers om bij het inschrijven de afgesproken verdeling te effectueren.

---

<sup>62</sup> 4014/60 en 4014/70.

<sup>63</sup> 4014/60 en 4014/70.

### 3.5 De inschrijving

97. Op 5 februari 2004 heeft de gemeente Maastricht inlichtingen verstrekt aan geïnteresseerde ondernemingen.<sup>64</sup> De gemeente Maastricht heeft op de openbare aanbestedingsprocedure het UAR 2001 van toepassing verklaard en als gunningscriterium gekozen: de economisch meest voordelige aanbieding, bestaande uit de inschrijfsom en de uit de inschrijvingsstaat te herleiden verrekenprijzen. De inschrijvingsbiljetten moesten op donderdag 19 februari 2004 worden ingediend.<sup>65</sup>

98. Op 19 februari 2004 werd op de Aanbestedingen ingeschreven. In totaal hebben zestien ondernemingen op de Aanbestedingen ingeschreven, waaronder de betrokken ondernemingen. Op rayon 1 waren er negen inschrijvingen<sup>66</sup>, op rayon 2 zeven<sup>67</sup>, op rayon 3 tien<sup>68</sup>, op rayon 4 zes<sup>69</sup> en op rayon 5 acht<sup>70</sup>. De winnende partijen waren:

W&G-01-2004	BTL/[vertrouwelijk]
W&G-02-2004	Dolmans/Oosterloo
W&G-03-2004	Vaessen
W&G-04-2004	Rooden
W&G-05-2004	Krinkels/Henssen.

99. Op 21 december 2004 zijn dienovereenkomstig de schriftelijke overeenkomsten gesloten waarbij de gemeente Maastricht de opdrachten heeft gegund.

#### *Deelconclusie*

100. De Raad stelt vast dat de betrokken ondernemingen overeenkomstig de tijdens het vooroverleg afgesproken verdeling als laagste hebben ingeschreven, waarna dienovereenkomstig de opdrachten zijn gegund en in overeenkomsten vastgelegd.

---

<sup>64</sup> Zie 4014/10, bijvoorbeeld 04014010420021.

<sup>65</sup> 4014/37.

<sup>66</sup> Waaronder één combinatie.

<sup>67</sup> Waaronder drie combinaties.

<sup>68</sup> Waaronder drie combinaties.

<sup>69</sup> Waaronder één combinatie.

<sup>70</sup> Waaronder één combinatie.

### **3.6 Zienswijzen omtrent de feiten en omstandigheden**

#### **3.6.1 Voorgeschiedenis Aanbestedingen**

101. De betrokken ondernemingen stellen in hun zienswijzen dat in de beschrijving van de feiten en omstandigheden in het rapport de voorgeschiedenis en bredere context van samenwerking met de gemeente Maastricht ontbreekt. Volgens de betrokken ondernemingen is het in het kader van dit onderzoek van belang rekening te houden met feiten die zich voordeden in 2003, ruim voor de Aanbestedingen die in het rapport door de NMa wordt beschreven. Zij stellen dat de feiten dienen te worden aangevuld met de rol van de gemeente Maastricht.
102. In dit besluit komt de rol van de gemeente Maastricht aan de orde bij de beschrijving van de feiten en omstandigheden (onderdeel 3.1) en bij de boeteverlagende omstandigheden (onderdeel 5.2.3).

#### **3.6.2 Hollanders (niet) betrokken bij het vooroverleg**

103. Hollanders voert in haar zienswijze aan noch actief noch passief betrokken te zijn geweest bij het vooroverleg. [Vertrouwelijk] stelt uit eigen beweging de bijeenkomst te hebben verlaten.
104. Uit de door de betrokken ondernemingen afgelegde verklaringen blijkt volgens de Raad niets anders dan dat Hollanders net als de andere partijen heeft deelgenomen aan het overleg. Voorts staat vast dat Hollanders betrokken is geweest bij de verdeling van de werken. Immers, volgens haar eigen verklaring is Hollanders weggegaan nadat respect was gevraagd voor de zittende ondernemingen en nadat haar bovendien was gebleken dat de tijdens het overleg genoemde inschrijfcijfers voor de door haar beoogde rayons lager waren dan Hollanders had gecalculeerd (zie onderdeel 3.4). Hollanders heeft vervolgens op twee rayons ingeschreven voor prijzen die hoger lagen dan die van de “winnende” ondernemingen. Aldus was Hollanders volwaardig betrokken bij het vooroverleg.

### **3.7 Eindconclusie ten aanzien van de feiten**

105. Gelet op het voorgaande en op het feit dat drie ondernemingen (Krinkels, BTL en Dolmans) de conclusie omtrent de feiten zoals weergegeven in het rapport niet betwisten, stelt de Raad het volgende vast:

106. Rooden, Krinkels, Henssen, BTL, Dolmans, Vaessen, Oosterloo en Hollanders hebben in de periode voorafgaand aan de Aanbestedingen overleg met elkaar gehad over de vijf openbare aanbestedingen met besteknummers W&G-01-2004, W&G-02-2004, W&G-03-2004, W&G-04-2004 en W&G-05-2004. Dit vooroverleg heeft ertoe geleid dat zij hebben afgesproken wie van hen deze werken al dan niet zouden mogen uitvoeren. De betrokken ondernemingen waren voldoende op de hoogte van elkaars prijsniveau om te zorgen voor zodanige inschrijfcijfers dat de Aanbestedingen ook “volgens afspraak” zouden verlopen. De betrokken ondernemingen hebben overeenkomstig de tijdens het vooroverleg afgesproken verdeling als laagste ingeschreven, waarna dienovereenkomstig de schriftelijke overeenkomsten zijn gesloten waarbij de gemeente Maastricht de opdrachten heeft gegund.



## 4 Juridische beoordeling

### 4.1 Overtreding artikel 6, eerste lid, Mw

107. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt, kort gezegd, overeenkomsten tussen ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Voor de uitlegging van dit verbod is richtinggevend de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna ook: de Commissie) en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna ook: Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: ook GvEA).<sup>71</sup>

#### 4.1.1 Onderneming in de zin van artikel 6 Mw

108. De betrokken ondernemingen verrichtten ten tijde van de gedragingen waarop het onderzoek zich heeft geconcentreerd, onder andere activiteiten op het gebied van onderhoud van openbaar groen. Zij verrichtten economische activiteiten en zijn derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, sub f, Mw.

#### 4.1.2 Overeenkomst

109. 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.<sup>72</sup> Hiervan is onder meer sprake wanneer de betrokken ondernemingen 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. Er zijn geen vormvereisten en contractuele sancties nodig en

---

<sup>71</sup> Zie: MvT bij de Mededingingswet, Tweede kamer 24 707, nr. 3, p. 9; NAV, Tweede Kamer 24 707, nr. 6, p. 11.

<sup>72</sup> Zie o.m. GvEA, 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./Commissie (PVC II)*, gev. zaken T-305/94 e.a., Jurispr. blz. II-931, pt. 715.

handhavingsmaatregelen zijn evenmin verplicht. Het bestaan van een overeenkomst kan derhalve uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen.<sup>73</sup>

110. In hoofdstuk 3.7 heeft de Raad vastgesteld dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen wie het betreffende werk zou mogen uitvoeren. Aldus hebben de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Deze gedragingen moeten worden gekwalificeerd als een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, tussen de betrokken ondernemingen.

#### 4.1.3 Mededingingsbeperking

111. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst wanneer zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
112. Het verdelen van de markt strekt er blijkens artikel 81, eerste lid, onder c, EG-Verdrag toe de mededinging te beperken en is derhalve op grond van dit artikel, en dus ook op grond van artikel 6, eerste lid, Mw, verboden.<sup>74</sup>
113. Uit de feiten en omstandigheden blijkt dat de betrokken ondernemingen hebben afgesproken wie van hen de werken al dan niet zouden mogen uitvoeren, althans als laagste zouden mogen inschrijven bij de Aanbestedingen. Deze afspraak houdt een marktverdeling in en strekt dus ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw te verhinderen, beperken of vervalsen.

#### 4.1.4 Merkbaarheid mededingingsbeperking

114. Indien een overeenkomst strekt tot beperking van de mededinging, is onderzoek naar de concrete gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging niet meer nodig om strijd met artikel 6, eerste lid, Mw vast te stellen.<sup>75</sup> Anders dan de betrokken ondernemingen in hun zienswijzen stellen, behoeft de NMa derhalve niet te onderzoeken of er in casu al dan

---

<sup>73</sup> Zie o.a. Beschikking van de Commissie 86/398 van 10 juli 1986, *Polypropyleen*, PB. L 230/1 van 18 augustus 1986. Dit is later bevestigd door het GvEA, *Polypropyleen*, zaak T-7/89, pt. 262-264.

<sup>74</sup> Zie Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3/2, 6 januari 2001, paragraaf 18.

<sup>75</sup> HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69, *Völk Vervacke*, Jur EG. 1969, p.0295, ov. 7.

niet sprake is geweest van een prijsverhogend effect.

115. Artikel 6, eerste lid, Mw is niet van toepassing indien het effect op de mededinging niet merkbaar is. Hoewel een overeenkomst die de strekking heeft de mededinging te beperken, veelal de markt in meer dan geringe mate beïnvloedt, is het mogelijk dat een overeenkomst vanwege de zwakke positie van betrokkenen op de relevante markt de concurrentie niet in mededingingsrechtelijk relevante mate beperkt en deswege aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw ontsnapt.<sup>76</sup> In tegenstelling tot hetgeen de betrokken ondernemingen beweren, is in casu geen sprake van een zeer geringe beïnvloeding van de betrokken markt. De invloed van de betrokken ondernemingen blijkt reeds uit het feit dat zij voor het merendeel (zes van acht) de “zittende” ondernemingen waren, die ook in de voorgaande jaren het onderhoud in de betreffende rayons voor hun rekening namen. Los daarvan hadden zij tezamen een belangrijk aandeel in de markt voor onderhoud aan openbaar groen, voor zover het gaat om de regio Maastricht en omgeving. De positie van de betrokken ondernemingen wordt bevestigd door het feit dat zij bij de in het geding zijnde Aanbestedingen erin slaagden alle vijf rayons te verwerven; vier van de vijf rayons zijn door de zittende ondernemingen verworven. Van de betrokken ondernemingen kan dus niet worden gesteld dat zij in relatie tot de in het geding zijnde Aanbestedingen een zwakke positie innemen. Er is dus geen sprake van een “zeer geringe” beïnvloeding van de betrokken markt, waardoor de beperking van de mededinging niet merkbaar zou zijn.
116. Op grond van het voorgaande is de Raad van oordeel dat de desbetreffende afspraken de mededinging in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw merkbaar hebben beïnvloed.

#### 4.1.5 Zienswijzen juridische beoordeling

*Artikel 6, derde lid, Mw*

117. De betrokken ondernemingen menen dat de blijkens het rapport vastgestelde gedragingen overeenkomstig het derde lid van artikel 6 Mw worden gerechtvaardigd door de in dat lid bedoelde belangen.
118. In artikel 6, derde lid, Mw is een wettelijke uitzondering op artikel 6, eerste lid, Mw vervat. Ingevolge artikel 6, derde lid, Mw geldt het eerste lid niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen a) beperkingen op

---

<sup>76</sup> CBB 7 december 2005, AWB 04/237 en 249, onder 6.5 (Secon).

te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.

119. De Raad stelt voorop dat het reeds op voorhand uiterst onwaarschijnlijk is dat een hard core beperking van de mededinging, zoals in casu, wordt gerechtvaardigd langs de lijnen van het derde lid van artikel 6 Mw. Afgezien daarvan dient een onderneming die zich op de uitzondering van artikel 6, derde lid, Mw beroept, te bewijzen dat aan de voorwaarden van dat artikellid is voldaan.<sup>77</sup>
120. Door geen van de betrokken ondernemingen is overtuigend onderbouwd of zijn bewijzen aangedragen dat aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw is voldaan, zodat de Raad reeds daarom kan concluderen dat de vastgestelde gedragingen niet zijn uitgezonderd van het verbod in artikel 6, eerste lid, Mw.

*Artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag*

121. Door de betrokken ondernemingen is betoogd dat het vooroverleg geen merkbaar effect heeft op de interstatelijke handel, zodat artikel 81, derde lid, niet aan de orde is.
122. De Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” geven in randnummer 91 het volgende aan: *“Overeenkomsten met een lokaal karakter zijn op zich niet in staat de handel tussen lidstaten merkbaar te beïnvloeden. Dit is zelfs het geval wanneer de lokale markt in een grensregio is gelegen. Omgekeerd kan, wanneer het afgeschermd deel van de nationale markt aanzienlijk is, de handel worden beïnvloed zelfs wanneer de betrokken markt niet in een grensregio is gelegen”*<sup>78</sup>
123. Mede naar aanleiding van de ingebrachte zienswijzen oordeelt de Raad dat artikel 81 EG-Verdrag niet van toepassing is op de vastgestelde gedragingen.
124. In casu heeft de verboden aanbestedingsafpraak een duidelijk lokaal karakter; slechts een deel van de nationale markt werd afgeschermd. Daarnaast is de afschermdende werking van de afspraak zeer betrekkelijk, zo niet afwezig. Het stond ondernemingen uit andere lidstaten immers vrij bij de openbare Aanbestedingen in te schrijven, welke inschrijving bij een concurrerend prijsniveau succesvol zou zijn geweest. In feite hebben ook twee ondernemingen uit een ander lidstaat (België) ingeschreven.

---

<sup>77</sup> Toelichting bij Nota van Wijziging, TK 2003-2004, 29 276, nr. 8, blz. 7-8.

<sup>78</sup> 27 april 2004, PbEU C 101.

#### **4.1.6 Eindconclusie overtreding artikel 6, eerste lid, Mw**

125. Op grond van het bovenstaande kwalificeert de Raad de in onderdeel 3.7 vastgestelde gedragingen van de betrokken ondernemingen als overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en rekent dit aan de ondernemingen genoemd in randnummer 1 van dit besluit toe.

## 5 Sanctie

### 5.1 Mededingingswet en Richtsnoeren Boetetoemeting

126. De Raad acht het passend om de ondernemingen voor de vastgestelde overtreding te beboeten en overweegt in dit verband het navolgende.
127. De artikelen 56-58 Mw regelen de bevoegdheid van de Raad tot oplegging van een boete of last onder dwangsom in geval van overtreding van artikel 6 of 24 Mw. Blijkens artikel 57 Mw bedraagt de boete voor overtreding van die artikelen ten hoogste € 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
128. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de d-g NMa op 19 december 2001 op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld: 'Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet' (hierna: de Richtsnoeren).<sup>79</sup>
129. Bij het opstellen van de Richtsnoeren zijn in de eerste plaats de wettelijke bepalingen over de hoogte van de boete in acht genomen. Afgezien van het bovengenoemde wettelijk maximum (artikel 57, eerste lid, Mw) is met name van belang het voorschrift dat rekening wordt gehouden met de ernst en duur van de overtreding (artikel 57, tweede lid, Mw). De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. Met de duur van de overtreding wordt in de Richtsnoeren rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt.
130. Voorts zijn in de Richtsnoeren andere criteria opgenomen, waaronder criteria die blijken uit de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet.<sup>80</sup>

*"..... 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*

---

<sup>79</sup> *Stcrt.* 21 december 2001, 248, p. 90. zie ook [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl)

<sup>80</sup> *Kamerstukken II* 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 88-89 (*memorie van toelichting*).

*geschieden aan een onderneming die wel floreert (.....) Aan de andere kant moet het niet zo zijn dat een boete een faillissement van de onderneming waarschijnlijk zou maken.”*

131. Ingevolge randnummer 29 is afwijking van de Richtsnoeren mogelijk indien toepassing daarvan tot onbillijkheid zou leiden of in geval van bijzondere omstandigheden. Daarnaast is van belang dat de Raad ingevolge artikel 4:84 Awb overeenkomstig de Richtsnoeren dient te handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.
132. De betrokken ondernemingen menen dat de door de NMa geïndiceerde,<sup>81</sup> op de Richtsnoeren gebaseerde boetes in strijd zijn met de beginselen van proportionaliteit en gelijkheid; de boetes liggen volgens de betrokken ondernemingen fors hoger dan het boeteniveau in de GWW- en de installatiesector, terwijl het in die sectoren niet ging om één specifieke aanbesteding maar om structureel vooroverleg.
133. Voor de door de betrokken ondernemingen bedoelde “bouwzaken” geldt een specifieke handhavingsaanpak. Die aanpak ligt in het verlengde van de oproep van het kabinet aan de bouwondernemingen om “*schoon schip te maken*” en zich daartoe uiterlijk 1 mei 2004 vrijwillig bij de NMa te melden. Het kabinet heeft die oproep gedaan naar aanleiding van de door de Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid geconstateerde “structurele kartelvorming, gefundeerd in ingenestelde gewoontes en de cultuur van de bouwnijverheid”.<sup>82</sup> Onder schoon schip maken verstaat het kabinet: “*het op korte termijn komen tot genormaliseerde verhoudingen in de bouw door een toekomstgerichte aanpak.*”<sup>83</sup> Een zeer groot aantal ondernemingen heeft gehoor gegeven aan de oproep. Gelet op dat grote aantal en de schoon schip doelstelling heeft de NMa vanuit de volgende uitgangspunten een bijzondere aanpak ontwikkeld:
- snelheid en eenvoud,
  - transparantie van procedures en sanctie,
  - rechtsgelijkheid met voldoende oog voor individuele zaken,
  - cultuuromslag als effect, gevolgd door herstel van vertrouwen in de sector.
- Een bij die uitgangspunten aansluitende, efficiënte en sectorbrede aanpak vereist ook vereenvoudiging van het bestaande boetebeleid. In dat licht heeft de NMa ten behoeve van de bouwzaken zoals hiervoor bedoeld speciale bekendmakingen boetetoemeting vastgesteld. De algemene Richtsnoeren blijven ook voor deze bouwzaken gelden voor zover daarvan in de Bekendmaking niet wordt afgeweken.

---

<sup>81</sup> Zie de in onderdeel 1.2 vermelde brief van 16 augustus 2005 van de Raad aan de betrokken ondernemingen.

<sup>82</sup> De bouw uit de schaduw, TK 28244, nrs. 6, p. 11.

<sup>83</sup> Brief Minister EZ 14 oktober 2004, TK 28244, nr. 85, p. 3.

134. In casu gaat het om gedragingen die geruime tijd ná de schoon schip oproep van het kabinet zijn geïnitieerd en waarop de oproep dus geen betrekking kon hebben. Veeleer zijn de betrokken ondernemingen tot de overtreding overgegaan op een moment waarop mocht worden verwacht dat de beoogde cultuuromslag was bereikt, althans het bewustzijn ten aanzien van de geldende mededingingsregels groot was. In ieder geval hadden de betrokken ondernemingen, toen zij de overtredingen in februari 2004 begingen, uit de langdurige openbare discussie over de bouwfraude kunnen en moeten begrijpen dat aanbestedingsafspraken verboden waren (zie ook onderdeel 5.2.3 van dit besluit). Juist in casu is er dus geen aanleiding om aan te sluiten bij de hiervoor bedoelde bijzondere aanpak en daarvoor vastgestelde speciale boetesystematiek.
135. Gelet op het bovenstaande ziet de Raad geenszins aanleiding om in casu de algemene Richtsnoeren niet toe te passen. Hieronder worden derhalve de boetes voor de betrokken ondernemingen aan de hand van de Richtsnoeren bepaald en gemotiveerd. Voor zover de betrokken ondernemingen in hun zienswijzen bedenkingen hebben geuit tegen de wijze van toepassing, gaat de Raad bij de motivering op de zienswijzen in.

## **5.2 Toepassing van de Richtsnoeren**

### **5.2.1 Betrokken omzet en boetegrondslag**

136. Randnummer 18 van de Richtsnoeren introduceert een boetegrondslag van 10% van de “betrokken omzet”. De betrokken omzet wordt in randnummer 15 van de Richtsnoeren gedefinieerd als 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.

*De wijze waarop de betrokken omzet wordt vastgesteld*

137. De betrokken omzet kan blijkens randnummer 16 van de Richtsnoeren niet in alle gevallen op bovenstaande wijze worden vastgesteld: *“in geval van een verboden aanbestedingsafpraak ('bid rigging') 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). In de reguliere NMa-praktijk inzake aanbestedingsafspraken is



steeds van deze mogelijkheid (“*kan*”) gebruik gemaakt,<sup>84</sup> zij het niet ten volle, zoals hieronder wordt uiteengezet.

138. Bij een verboden aanbestedingsafspraken wordt – gezien per aanbesteed project – de omzet waarop de overtreding betrekking heeft, alleen gerealiseerd door de onderneming die het project uitvoert (hierna: de uitvoerende onderneming). Tegenover de uitvoerende onderneming staan de ondernemingen die het project niet uitvoeren maar wel hebben deelgenomen aan de verboden afspraak en hun deel van de afspraak zijn nagekomen (hierna: de niet-uitvoerende ondernemingen).<sup>85</sup> Omdat de niet-uitvoerende ondernemingen aldus ten volle aan de overtreding hebben deelgenomen, dienen zij daarvoor uit oogpunt van preventieve werking volwaardig te worden beboet, ook al hebben zij zelf met het project geen omzet gerealiseerd. Derhalve wordt overeenkomstig het bepaalde in randnummer 16 van de Richtsnoeren gebruik gemaakt van de mogelijkheid de projectomzet aan ieder van de ondernemingen toe te rekenen, zij het dat die mogelijkheid op de volgende wijze slechts ten dele wordt benut. Teneinde – gezien per project – een redelijke verhouding tussen het totaal van de boetes en de gerealiseerde projectomzet te verzekeren wordt slechts voor de uitvoerende onderneming de volledige projectomzet als betrokken omzet genomen; waar het gaat om de niet-uitvoerende ondernemingen, wordt voor hen *tezamen* nog eenmaal de projectomzet genomen. Voor iedere afzonderlijke niet-uitvoerende onderneming is de betrokken omzet dan gelijk aan de projectomzet, gedeeld door het aantal niet-uitvoerende ondernemingen.<sup>86</sup>
139. De Raad meent dat met deze opzet een evenwichtige toepassing aan randnummer 15 en 16 van de Richtsnoeren wordt gegeven. Deze opzet is, evenals andere onderdelen van de boetesystematiek in de Richtsnoeren, uitdrukkelijk gebaseerd op algemene aannamen over de gevolgen van overtreding van de mededingingsregels. De boetebepaling is niet afhankelijk van onderzoek per geval naar het concrete voordeel en naar de concrete schade

---

<sup>84</sup> Zie de besluiten van 18 december 2003 in zaak 2473 (Noord-Holland Acht), zaak 3064 (Asfaltware wegenprojecten Noord-Nederland) en zaak 3272 (herprofilering Amsterdam-Noord). Zie ook het advies van de commissie die de Raad ingevolge artikel 92 Mw adviseert over bezwaren tegen sanctiebesluiten, in de zaken 3687 en 3689-3692 (dakdekkers). Tot de reguliere praktijk wordt niet gerekend de beboeting van overtredingen in de zo genoemde bouwfraude, zoals is uiteengezet in onderdeel 5.1 van dit besluit.

<sup>85</sup> Naar in het algemeen mag worden aangenomen ontlenu de niet-uitvoerende ondernemingen ook op enigerlei wijze voordeel aan de afspraak; in casu blijkt dat onder meer uit de verklaringen van Krinkels, BTL en Hollanders.

<sup>86</sup> Waar het gaat om een combinatie, wordt iedere combinant afzonderlijk als uitvoerende onderneming aangemerkt en wordt zijn projectomzet afgeleid uit zijn aandeel in het in combinatie uit te voeren project; een en ander uiteraard alleen indien ook de combinant als overtreder is aangemerkt.

die voortvloeien uit de overtreding.

*De zienswijzen*

140. De betrokken ondernemingen hebben in de zienswijzen gesteld dat de betrokken omzet geen goede maatstaf is en leidt tot boetes die de draagkracht te boven gaan; rekening moet worden gehouden met een eventueel negatief bedrijfsresultaat.
141. Ook brengt naar hun mening de korte duur van de in het rapport vermoede feiten mee dat de betrokken omzet geen proportionele basis voor de boetebepaling is.
142. De ondernemingen hebben voorts als bedenking tegen beboeting naar voren gebracht dat zij geen voordeel hebben gehad en geen schade hebben veroorzaakt, en dat de Raad daarnaar ook geen onderzoek heeft gedaan.
143. De ondernemingen menen tot slot dat niet de omzet over drie jaar (2004-2006) maar alleen de omzet in 2004 als betrokken omzet mag worden genomen, omdat de aanbesteding en dus ook de gestelde overtreding betrekking hadden op het onderhoudswerk in dat jaar. Zij verwijzen daarbij naar randnummer 16 van de Boeterichtsnoeren. Ook moet het blijken de definitie in randnummer 15 gaan om waarde "die is behaald", hetgeen duidt op het verleden. Voorts kan een boete niet gebaseerd worden op onzekere toekomstige omzet, die wellicht niet gerealiseerd zal worden. Tot slot had het rapport alleen betrekking op vooroverleg over de aanbesteding, niet op later overleg over de driejarige contracten.

*Beoordeling van de zienswijzen*

144. De Raad acht de betrokken omzet een doeltreffend startpunt voor de bepaling van de boete. De betrokken omzet representeert immers die omzet die door de overtreding is "besmet" en waarmee de overtreder ten onrechte een voordeel kan hebben behaald en schade kan hebben veroorzaakt aan andere marktpartijen en aan de mededinging in het algemeen. Het is ook een redelijk startpunt, omdat de betrokken omzet evenredig is aan het eventuele voordeel of aan de eventuele schade. Overwegingen omtrent draagkracht en bedrijfsresultaat kunnen eventueel - zij het slechts in uitzonderlijke omstandigheden - in een volgend stadium van de boetebepaling aan de orde komen namelijk bij de vaststelling van de boete overeenkomstig het boven in onderdeel 5.1 reeds aangehaalde randnummer 29 van de Richtsnoeren.
145. Ook uit de korte duur van de ten laste gelegde gedraging volgt nog niet dat de betrokken omzet geen proportionele basis voor de boetebepaling is. Een overtreding van de mededingingsregels hoeft geen voortdurende of voortgezette gedraging te zijn om een

ernstige overtreding op te leveren die een dienovereenkomstige sanctionering rechtvaardigt. Het kan ook gaan om een eenmalige op zich kortdurende gedraging, zoals een aanbestedingsafspraken gevolgd door een inschrijving en een transactie (gunning), welke langdurige negatieve gevolgen kan hebben voor de mededinging en voor marktpartijen.

146. Waar het gaat om de bedenking dat de ondernemingen geen voordeel hebben gehad of schade hebben berokkend, wijst de Raad op het boven reeds vermelde uitgangspunt dat de boetesystematiek is gebaseerd op algemene aannamen, waarbij de hoogte van de boete niet afhankelijk wordt gesteld van het eventuele voordeel of de eventuele schade in het concrete geval.
147. Over het aantal omzetjaren dat bij de boetevaststelling in aanmerking moet worden genomen, merkt de Raad het volgende op.
148. Ingevolge randnummer 16 Richtsnoeren kan in geval van een verboden aanbestedingsafpraak voor elke deelnemer afzonderlijk als betrokken omzet worden aangemerkt: “de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kan worden gerealiseerd”.
149. De Raad stelt voorop dat blijkens de formulering van dit randnummer niet enkel het bedrag waarvoor is ingeschreven (het bod), bepalend is voor de betrokken omzet. De betrokken omzet wordt immers niet gelijkgesteld aan het bod maar hangt af van de omzet die kan worden gerealiseerd op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend. Een inschrijving of een bod vormen ook niet de transactie die ten grondslag ligt aan de omzet genererende levering van goederen of diensten; de transactie bestaat uit de overeenkomst waarbij de opdracht wordt verleend (gegund). In casu zijn dat de in december 2004 gesloten overeenkomsten.
150. Bij de publicatie van de openbare Aanbestedingen voor de vijf rayons werd over de duur van het werk gesteld: “De uitvoering van de werkzaamheden is gepland voor het jaar 2004 voor de duur van 1 jaar met de mogelijkheid tot tweemaal verlenging van deze overeenkomst met telkens 1 jaar”.<sup>87</sup> De mogelijkheid van verlenging tot drie jaar was dus van meet af aan inbegrepen in de aanbestede werken. Doordat die mogelijkheid expliciet bij de aanbesteding werd vermeld, hadden de inschrijvende ondernemingen vooruitzicht op de mogelijkheid dat de overeenkomst zou worden verlengd of wellicht meteen voor drie jaar zou worden gesloten. Sterker, zij mochten daarvan uitgaan, zoals blijkt uit het volgende.

---

<sup>87</sup> Cobouw, 13 januari 2004, onder punt d.

151. In het algemeen worden opdrachten voor onderhoud van openbaar groen en vergelijkbaar onderhoud uit overwegingen van doelmatigheid voor een duur van drie tot vijf jaar gegund, zoals ook van de zijde van de ondernemingen tijdens de hoorzitting is aangegeven. Ook de voorgaande aanbestedingen van het onderhoud van de vergelijkbare rayons in de gemeente Maastricht hadden telkens betrekking op periodes van vier jaar. Bovendien kon de gemeente Maastricht aanbestedingsrechtelijk voor de twee verlengingsjaren niet zonder meer om de winnende ondernemingen heen. Redelijkerwijs mochten de ondernemingen derhalve verwachten dat de onderneming die als laagste voor een rayon had ingeschreven, onder normale omstandigheden ook in het tweede en derde jaar het onderhoud van het betreffende rayon zou mogen uitvoeren.
152. De juistheid van die verwachting blijkt ook hieruit dat onmiddellijk na de aanbesteding de gemeente Maastricht voor ieder rayon exclusieve onderhandelingen begon met de winnende onderneming (of combinatie van ondernemingen). De gemeente aanvaardde derhalve de laagste inschrijver als de onderneming waaraan het werk diende te worden gegund. De onderhandelingen gingen ook van meet af aan over gunning van het werk voor een periode van drie jaar. De als slot van de onderhandelingen gesloten schriftelijke overeenkomsten bevatten dan ook opdrachten voor de duur van drie jaar.
153. Ook de betrokken ondernemingen zagen de aanbesteding als basis voor een driejarige opdracht, zoals blijkt uit de toelichting van BTL op haar clementieverzoek: *“De bestekken zijn op 19 februari 2004 openbaar aanbesteed en hebben een looptijd van drie jaar”*.<sup>88</sup>
154. Aldus kon op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, gedurende drie jaar omzet worden gerealiseerd. Maar ook los van de letterlijke tekst van randnummer 16 van de Richtsnoeren brengt de opzet van de Richtsnoeren mee dat voor de betrokken omzet moet worden uitgegaan van de omzet die met de opdracht voor drie jaar is gerealiseerd, zoals uit het volgende blijkt.
155. Zoals boven reeds inzake de boetesystematiek van de Richtsnoeren is gemotiveerd, gaat het erom de door de overtreding besmette omzet als startpunt voor de boetebepaling te nemen. De verboden aanbestedingsafspraken hield in dat de markt tussen de betrokken ondernemingen werd verdeeld. De aanbestedingsuitslagen, waarin de afgestemde marktverdeling naadloos tot uitdrukking kwam, zijn door de gemeente Maastricht gerespecteerd. Overeenkomstig de aanbestedingsuitslagen heeft de gemeente voor een periode van drie jaar opdrachten gegeven aan de betrokken ondernemingen. Aldus waren de betrokken ondernemingen erin geslaagd overeenkomstig de tussen hen afgestemde marktverdeling voor drie jaar werk te verkrijgen waarmee zij gedurende drie jaar omzet

---

<sup>88</sup> 4014-3/15

konden realiseren. Aldus is niet alleen de omzet voor het eerste jaar maar de driejarige omzet besmet door de overtreding. In de opzet van de Richtsnoeren is het die besmette omzet welke het startpunt vormt voor de bepaling van de boete. De driejarige omzet is dus de juiste betrokken omzet.

156. Naar aanleiding van de door de betrokken ondernemingen aan de orde gestelde formulering “waarde die is behaald” merkt de Raad tot slot op dat randnummer 15 van de Richtsnoeren spreekt over de “waarde van alle transacties”. Een transactie in 2004 kan uiteraard betrekking hebben op werkzaamheden en omzet in latere jaren. Dat ook toekomstige omzet tot de betrokken omzet behoort, blijkt ook uit randnummer 16, waarin wordt gesproken over omzet “die kan worden gerealiseerd”. De waarde opleverende transacties waarom het in casu gaat, zijn de in december 2004 gesloten overeenkomsten tussen gemeente en ondernemingen.
157. Nu de bedenkingen van de betrokken ondernemingen inzake de betrokken omzet en de wijze waarop die wordt vastgesteld, ongegrond zijn, kan hierna de betrokken omzet per onderneming worden vastgesteld.

### *De vaststelling van de betrokken omzetten*

158. In het onderhavige geval is sprake van een verboden aanbestedingsafspraken, zodat randnummer 16 van de Richtsnoeren en de daarop geënte praktijk kunnen worden gevolgd. Ten aanzien van Hollanders en Henssen is van belang dat zij geen projectomzet hebben gerealiseerd, terwijl zij niettemin artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden. Zij worden voor alle aanbestede projecten beschouwd als niet-uitvoerende ondernemingen, zoals boven uiteengezet.
159. Het aantal niet-uitvoerende ondernemingen heeft effect op de hoogte van de boetes voor de betrokken ondernemingen. Het effect wordt veroorzaakt doordat de aan iedere niet-uitvoerende onderneming toe te rekenen omzet bestaat uit de projectomzet van de uitvoerende onderneming, gedeeld door het aantal niet-uitvoerende ondernemingen, zoals hierboven uiteengezet. Van de zijde van de betrokken ondernemingen is onder meer met verwijzing naar dat effect verzocht om te onderzoeken of niet meer (niet-uitvoerende) ondernemingen bij de overtreding waren betrokken dan de acht in het rapport genoemde ondernemingen. Hierboven in onderdeel 2.5 heeft de Raad afgezien van nader onderzoek onder de bereidheid rekening te houden met het effect van een eventueel groter aantal ondernemingen op de boete. Gelet op enkele verklaringen acht de Raad in casu niet uitgesloten dat het werkelijk aantal bij de overtreding betrokken, niet-uitvoerende ondernemingen groter is dan de acht in het rapport genoemde. Daarbij neemt de Raad aan dat het aantal in ieder geval niet groter is dan 16, zijnde het aantal ondernemingen die bij

een of meer van de Aanbestedingen hebben ingeschreven. Bij de vaststelling van de betrokken omzet overeenkomstig de boven beschreven systematiek zal de Raad daarom uitgaan van telkens 15 (16 minus de onderneming die het project uitvoert-1) niet-uitvoerende ondernemingen per project.

160.[vertrouwelijk]

161. De boetegrondslag wordt, zoals boven vermeld, gevonden door 10% van de betrokken omzet te nemen. In onderstaande tabel wordt per onderneming de boetegrondslag vermeld.

Tabel 2

	<i>Betrokken omzet:</i>	<i>Boetegrondslag (10%):</i>
BTL	€ 765.856	€ 76.585
Dolmans	€ 1.676.986	€ 167.698
Oosterloo	€ 1.052.093	€ 105.209
Vaessen	€ 1.780.881	€ 178.088
Rooden	€ 1.907.999	€ 190.799
Krinkels	€ 1.048.200	€ 104.820
Henssen	€ 411.200	€ 41.120
Hollanders	€ 411.200	€ 41.120

## 5.2.2 Ernstfactor en basisboete

162. De basisboete wordt overeenkomstig de Richtsnoeren berekend door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een factor die de ernst van de overtreding weergeeft. De ernstfactor hangt af van de zwaarte van het soort overtreding en van de concrete economische context van de overtreding.

163. Randnummer 10 van de Richtsnoeren onderscheidt drie typen overtredingen, te weten zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Een verboden aanbestedingsafspraken is volgens randnummer 11 een zeer zware overtreding. Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van randnummer 20 van de Richtsnoeren dat de boetegrondslag wordt vermenigvuldigd met een factor die ligt tussen 1,5 en 3.

164. De bandbreedte van 1,5 tot 3 maakt het volgens randnummer 14 en 25 van de Richtsnoeren mogelijk de ernst van de overtreding in te vullen naar gelang van de concrete economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden.

165. De Raad hecht voor de ernst van de overtreding onder meer betekenis aan het feit dat de betrokken ondernemingen in Maastricht en omgeving een sterke marktpositie innamen, zoals hierboven in onderdeel 4.1.4 is uiteengezet. Voorts acht de Raad van belang dat betrokken ondernemingen in casu een zodanige positie innamen dat zij de inschrijvingen in hoge mate konden regisseren. Ten slotte acht de Raad de ernst van de overtreding vergroot door het feit dat de Aanbestedingen uit publieke middelen betaalde werken betroffen.
166. Gelet op de zwaarte en de economische context acht de d-g NMa een ernstfactor van 2 aangewezen.
167. In onderstaande tabel wordt per onderneming de basisboete vermeld (basisboete = boetegrondslag x 2,0, afgerond naar beneden op hele euro's).

Tabel 3

	<i>Boetegrondslag (10%):</i>	<i>Basisboete:</i>
BTL	€ 76.585	€ 153.170
Dolmans	€ 167.698	€ 335.397
Oosterloo	€ 105.209	€ 210.418
Vaessen	€ 178.088	€ 356.176
Rooden	€ 190.799	€ 381.598
Krinkels	€ 104.820	€ 209.640
Henssen	€ 41.120	€ 82.240
Hollanders	€ 41.120	€ 82.240

### 5.2.3 Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

#### *Boeteverhogende omstandigheden*

168. Zoals in randnummer 26 van de Richtsnoeren is vermeld, neemt de Raad bij de boetevaststelling boeteverhogende of -verlagende omstandigheden in aanmerking.<sup>89</sup> In randnummer 27 van 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”*. Aansluitend bij dit voorbeeld ziet de Raad vier omstandigheden, die plaatsvonden voordat de overtreding plaatsvond of werd voltooid, die tot verhoging van de boete aanleiding geven.

<sup>89</sup> In casu is geen toepassing gegeven aan de aan randnummer 23 waarbij uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking het bedrag van de boete kan worden aangepast in verband met het gewicht van de onderneming.

169. In 1992 heeft de Commissie boetes opgelegd wegens mededingingsbeperkende aanbestedingspraktijken in Nederland, welke onder meer voortvloeiden uit de 'Uniforme Prijsregelende Reglementen' en de 'Erecode voor Ondernemers in het Bouwbedrijf'. Het daartegen ingestelde beroep<sup>90</sup> en hoger beroep<sup>91</sup> werden verworpen. Een en ander is destijds genoegzaam bekend geworden onder opdrachtnemende ondernemingen in Nederland.
170. Vanaf het begin van haar bestaan in 1998 heeft de NMa in haar persuitlatingen bij herhaling bekend gemaakt dat afspraken tussen ondernemingen met betrekking tot Aanbestedingen in strijd zijn met het kartelverbod.<sup>92</sup>
171. In november 2001 werden in het TV-programma Zembla onthullingen gedaan over prijsafspraken in de bouw (de zo genoemde Bos-boekhouding). Op 6 december 2001 werd eerst een tijdelijke parlementaire commissie onderzoek bouwfraude ingesteld en vervolgens de parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid (PEC). Op 12 december 2002 heeft de PEC haar eindrapport gepubliceerd dat daarna in 2003 door de Tweede Kamer is behandeld. De ontwikkelingen sedert Zembla zijn uitgebreid in de media aan de orde gekomen; zo werden de openbare verhoren van de PEC rechtstreeks op TV uitgezonden.
172. Als vierde omstandigheid noemt de Raad de grote politieke verontrusting die begin 2004 ontstond, nadat bekend was geworden dat nog steeds verboden aanbestedingsafspraken voorkwamen. De Tweede Kamer stelde daarover vragen aan de verantwoordelijke ministers. De antwoorden op die vragen werden op 17 februari 2004 in een spoeddebat met de Tweede Kamer behandeld, derhalve rond dezelfde dag als die waarop de betrokken ondernemingen in België vooroverleg hadden. Tijdens en na het spoeddebat deed de regering een oproep aan de ondernemingen in de bouw- en aanverwante sector die zich schuldig hadden gemaakt aan overtreding van de mededingingsregels, om zich vóór 1 mei 2004 bij de NMa te melden teneinde schoon schip te maken.
173. Gelet op bovenstaande alom, en zeker in de kring van opdrachtnemers bekende omstandigheden hadden de betrokken ondernemingen meer dan ooit kunnen en moeten begrijpen dat hun gedragingen rond de vijf Aanbestedingen zonder meer verboden waren en dat bij ontdekking streng tegen hen zou worden opgetreden.
174. De Raad ziet in het bovenstaande aanleiding om de boetes te verhogen met 30%.

---

<sup>90</sup> GvEA 21 februari 1995, zaak T-29/92, *Jur.* 1995, p. II-289 (*SPO / Commissie*).

<sup>91</sup> HvJ EG 25 maart 1996, zaak C-137/95 P, *Jur.* 1996, p. I-1611 (*SPO / Commissie*).

<sup>92</sup> 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*). Zie ook het persbericht van 17 december 2001 inzake de schildersbranche.



175. De betrokken ondernemingen hebben aangevoerd dat de verwijzing naar de oproep om schoon schip te maken zou neerkomen op een plicht aan de oproep gehoor te geven. Voorts menen zij dat boven bedoelde omstandigheden alleen de bouw betreffen en niet de sector (fijn)groen. Tot slot beroepen zij zich op eerdere NMa-besluiten, waarin een lagere verhoging is toegepast.
176. De verwijzing naar de schoon schip oproep impliceert geenszins een plicht daaraan gehoor te geven. Het gaat er slechts om dat de betrokken onderneming ook uit die oproep hadden moeten begrijpen dat nieuwe verboden aanbestedingsafspraken absoluut niet meer konden worden getolereerd. Wat aldus voor bouwondernemingen in strikte zin duidelijk was, was even duidelijk voor alle andere ondernemingen die te maken hebben met aanbesteding. In enkele eerdere NMa-besluiten is een lagere verhoging toegepast, omdat de twee laatstgenoemde omstandigheden (PEC en schoon schip-oproep) zich ten tijde van de overtreding nog niet hadden voorgedaan. In een NMa-besluit van 18 december 2003 is de boete met 20% verhoogd; daar hadden zich alleen de omstandigheden rond de oproep nog niet voorgedaan<sup>93</sup>.

### *Boeteverlagende omstandigheden, rol gemeente Maastricht*

177. Verschillende betrokken ondernemingen stellen in hun zienswijzen dat de beweerde overtreding niet los kan worden gezien van de rol van de gemeente Maastricht en dat die rol gevolgen moet hebben voor de kwalificatie van de overtreding of als boeteverlagende omstandigheid moet worden aangemerkt.
178. Wat betreft de gemeente Maastricht was het beleid erop gericht werken boven € 100.000,- openbaar aan te besteden (zie hiervoor randnummer 58). Zoals hierboven in onderdeel 3.1 is beschreven, heeft evenwel ten aanzien van de onderhavige Aanbestedingen (mede) op initiatief van de gemeente Maastricht geruime tijd vóór de aanbesteding regelmatig overleg plaatsgevonden over voortzetting van de bestaande relatie tussen de gemeente en Rooden, BTL, Dolmans, Vaessen en Oosterloo (hierna: de zittende ondernemingen). De gemeente stelde: “*dat alles in het werk zou worden gesteld om na 2003 met elkaar verder te gaan*”.
179. Het uiteindelijke besluit het onderhoud openbaar aan te besteden is op een relatief laat moment (oktober 2003) genomen. Volgens enkele zittende ondernemingen heeft de gemeente echter tegelijkertijd bij herhaling gezegd dat de gemeente niettemin met hen verder wilde.
180. Tijdens de hoorzitting op 9 september 2005 heeft de gemeente geen antwoord kunnen geven op de vraag hoe bij de gemeente de overgang richting openbaar aanbesteden is verlopen, met name niet hoe een en ander aan de betrokken ondernemingen is kenbaar

---

<sup>93</sup> zaak 3272 (herprofilering Amsterdam-Noord)

gemaakt. Wel blijkt uit de door partijen overgelegde stukken en uit de discussie tijdens de hoorzitting dat er binnen de gemeente Maastricht verschillende opvattingen bestonden over de opdrachtverlening. In ieder geval heeft de gemeente de betrokken ondernemingen niet adequaat (dat wil zeggen expliciet, consequent, formeel en tijdig) geïnformeerd over de overgang en de consequenties daarvan.

181. Op grond van bovenstaande en van hetgeen de betrokken ondernemingen naar voren hebben gebracht, stelt de Raad samenvattend vast dat de gemeente als opdrachtgever op de volgende wijze bij de Aanbestedingen een rol heeft gespeeld.
182. De gemeente Maastricht heeft enkele malen initiatieven genomen die waren gericht op voortzetting van de relaties met de zittende ondernemingen onder vermindering van openbare aanbesteding. Zonder adequate informering is de gemeente ten slotte overgegaan tot openbare aanbesteding. In de beleving van de zittende ondernemingen kon daardoor de gemeente er nog steeds op gericht zijn de bestaande relaties zoveel mogelijk voort te zetten. Voor zover van de zijde van de gemeente tijdens de aanbestedingsprocedure aan de zittende ondernemingen kenbaar werd gemaakt dat de gemeente ondanks de openbare aanbesteding met hen verder wilde, gaf de gemeente die ondernemingen geen aanleiding aan de voorkeur van de gemeente te twijfelen en konden zij zich door de gemeente gesteund voelen in pogingen van hun kant om in weerwil van de openbare aanbestedingsprocedure het gewenste resultaat te bereiken.
183. De Raad voegt daar nog aan toe dat één van de zittende ondernemingen, Oosterloo, een dochteronderneming van die gemeente is, waarmee de gemeente regelmatig overleg pleegde en waarvoor de gemeente als grootaandeelhouder verantwoordelijkheid droeg.<sup>94</sup> De ondernemingen konden dat ervaren als een impliciete committering van de gemeente aan de verboden aanbestedingsafspraken.
184. Een en ander laat uiteraard onverlet dat iedere onderneming een eigen verantwoordelijkheid heeft voor het naleven van de wet. De gemeente Maastricht heeft - anders dan de ondernemingen lijken te betuigen - zeker ook geen regelrechte druk of dwang op de zittende ondernemingen uitgeoefend om een betrokken afspraak te maken, welke druk van zodanige aard is dat van een vrije bewegingsruimte en daarmee van een overtreding van de mededingingsregels geen sprake meer kan zijn.

---

<sup>94</sup> Met ingang van 2003 is Oosterloo overgenomen door de sociale werkplaats van de gemeente (Yonder MTB regio Maastricht), terwijl de gemeente Maastricht grootaandeelhouder van Yonder MTB is. Blijkens een rapport van de Rekenkamer van de gemeente Maastricht vond regelmatig overleg plaats tussen de gemeente en Oosterloo, dat in 2003 38% van de omzet van Yonder MTB leverde.

185. In boven beschreven rol van de gemeente Maastricht als opdrachtgever vindt de Raad aanleiding voor een verlaging met 30% van de boete voor de zittende ondernemingen.

*Boeteverlagende omstandigheden, zienswijze Hollanders*

186. Hollanders stelt dat zij slechts een passieve rol heeft gespeeld en uit dien hoofde voor boeteverlaging in aanmerking dient te komen. Zij heeft dit echter niet nader gemotiveerd. Uit het dossier blijkt niets anders dan dat Hollanders net als de betrokken ondernemingen heeft deelgenomen aan de overeenkomst en haar bijdrage aan de werkverdeling heeft geleverd (zie met name de boven in randnummer 91 opgenomen verklaring). De Raad ziet derhalve in het gestelde geen boeteverlagende omstandigheid en ook geen reden om te spreken van een minder ernstige overtreding.

*Saldo van verhoging en verlaging wegens omstandigheden*

187. Voor de vijf zittende ondernemingen is enerzijds sprake van een boeteverhoging met 30%, anderzijds van een verlaging met 30%, zodat de eerder berekende basisboete onveranderd blijft. Voor de drie andere ondernemingen wordt het bedrag van de basisboete met 30% verhoogd met het volgende resultaat:

*Krinkels* € 272.532

*Henssen* € 106.912

*Hollanders* € 106.912.

#### **5.2.4 Berekening boetebedrag, toetsing aan boetemaximum**

188. De regeling van het boetemaximum (450.000 EUR of, indien dat meer is, 10% van de jaaromzet) betekent dat de boete voor ondernemingen met een jaaromzet onder 4.500.000 EUR meer kan bedragen dan 10% van de jaaromzet. Uit oogpunt van billijkheid en gelijkheid heeft de Raad besloten ook voor die kleinere ondernemingen in beginsel de boete eveneens niet hoger vast te stellen dan 10% van de jaaromzet. De Raad meent hiermee in belangrijke mate te zijn tegemoetgekomen aan de bedenkingen tegen de hoogte van de boete, welke Hollanders en Oosterloo met een beroep op het billijkheidsbeginsel hebben ingebracht.
189. De toetsing aan dit maximum leidt voor Oosterloo, Vaessen, Rooden en Hollanders tot verlaging van de basisboetes (zie hierna tabel 4).

### 5.2.5 Clementie

190. Krinkels en BTL hebben, zoals in onderdeel 1.1 vermeld, vrijwillig informatie verstrekt aan de NMa en zij hebben daarvoor een clementietoezegging ontvangen in de zin van de Richtsnoeren Clementietoezegging.<sup>95</sup> Op basis van de gedane toezeggingen vermindert de Raad de boete, zoals tot dusver berekend, voor Krinkels met 75% en voor BTL met 35%.

191. [vertrouwelijk]

### 5.2.6 Boeteverlaging wegens betaalde schadeloosstelling

192. Zoals in onderdeel 1.2 is vermeld, is de Raad bereid de boete te verlagen met 50% van een door de onderneming aan de gemeente Maastricht betaalde schadeloosstelling onder de voorwaarde dat de onderneming de conclusie omtrent de feiten in het rapport niet zou betwisten. BTL, Dolmans en Krinkels hebben omtrent schadeloosstelling een minnelijke schikking met de gemeente getroffen en hebben de feiten in het rapport niet betwist. Zij komen daarom in aanmerking voor de in het vooruitzicht gestelde verlaging (tabel 4).

193. Oosterloo, Vaessen en Rooden hebben eveneens met de gemeente een schikking getroffen maar niet aan bedoelde voorwaarde voldaan van niet-betwisten of daarover, ook desgevraagd, onvoldoende duidelijkheid gegeven. Omdat de Raad positief staat tegenover het feit dat ook deze ondernemingen uit eigen beweging, voorafgaande aan de besluitvorming door de Raad de schadevergoeding hebben geregeld en aansluitend bij hetgeen randnummer 28 van de Richtsnoeren daarover stelt, ziet de Raad aanleiding in casu de boete met 30% van de schadeloosstelling te verlagen.

194. Na toetsing aan het boetemaximum, verwerking van de clementietoezeggingen en verlaging wegens betaalde schadeloosstelling resulteren de volgende boetebedragen, naar beneden afgerond op veelvouden van 500.

---

<sup>95</sup> Stcrt. 2002, nr. 122, p. 16, gewijzigd Stcrt. 2004, nr. 82, p. 40.

Tabel 4.

	<i>Boete incl omstandig heden.</i>	<i>Boete na toetsing boetemaximum</i>	<i>Boete na aftrek clementie</i>	<i>Boete na aftrek deel schadeloosstelling</i>	<i>Boete na afroning</i>
BTL	€ 153.170		€ 98.028	€ 81.894	€ 81.500
Dolmans	€ 335.397			€ 302.730	€ 302.500
Oosterloo	€ 210.418	€ 83.923		€ 74.123	€ 74.000
Vaessen	€ 356.176	€ 170.089		€ 167.989	€ 167.500
Rooden	€ 381.598	€ 285.225		€ 267.225	€ 267.000
Krinkels	€ 272.532		€ 65.407	€ 36.907	€ 36.500
Henssen	€ 106.912				€ 106.500
Hollanders	€ 106.912	€ 69.500			€ 69.500

### 5.2.7 Matiging boete, beginselen van behoorlijk bestuur

195. De Richtsnoeren geven in de randnummers 29-30 de mogelijkheid een boete te matigen (algemene beginselen van behoorlijk bestuur, evidente onbillijkheid, symbolische boete bij bijzondere omstandigheden).

#### *De zienswijzen*

196. Mede met het oog op die matigingsmogelijkheid hebben de betrokken ondernemingen als zienswijze ingebracht dat de eventueel te verwachten boetes te hoog zijn in relatie tot de omzet en de winst van de bedrijven; ook moet rekening worden gehouden met het bedrijfsresultaat, dat in de betrokken jaren vaak negatief was; daar komt bij dat de boetes fiscaal niet aftrekbaar zijn.

197. Hollanders stelt dat de boete dient te worden gematigd, omdat een faillissement van Hollanders anders onvermijdelijk is.

198. Na het inbrengen van de zienswijzen heeft ook Oosterloo gesteld dat als gevolg van de boete een faillissement dreigt.

### *Beoordeling zienswijzen*

199. Waar het gaat om de relatie van de boete tot de winst, herinnert de Raad eraan dat blijkens de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet de financiële positie van de onderneming in beginsel geen rol speelt bij de boetebepaling (zie hierboven onderdeel 5.1).
200. Waar het gaat om de relatie tot de betrokken omzet, wijst de Raad erop dat het een wezenlijk kenmerk is van de op preventie gerichte boetesystematiek in de Richtsnoeren dat de boete voor een zeer zware overtreding een substantiële proportie is van de besmette omzet. Overigens is in casu geen van de op te leggen boetes groter dan 20% van de betrokken omzet. Voor zover de ondernemingen met hun zienswijzen in het bijzonder doelen op het toerekenen van betrokken omzet aan niet-uitvoerende aannemers, is in onderdeel 5.2.1 uitvoerig gemotiveerd waarom het noodzakelijk is ook niet-uitvoerende ondernemingen te beboeten.
201. Voor zover partijen doelen op de relatie van de boete tot de jaaromzet van de onderneming, stelt de Raad voorop dat hij in alle gevallen als maximum boete 10% van de jaaromzet heeft genomen, hetgeen voor een viertal ondernemingen tot een belangrijke reductie van de boete heeft geleid (zie hierboven onder 5.2.4). Indien in een bijzonder geval een boete tot 10% van de jaaromzet tot onoverkomelijke problemen (faillissement) zou leiden, dient dat per geval te worden beoordeeld op basis van door de onderneming verschaft en controleerbare informatie. Mede gelet op het feit dat de boete op zorgvuldige wijze via een groot aantal in de richtsnoeren neergelegde "redelijke" criteria wordt vastgesteld, zal het niet gauw nodig zijn een boete op billijkheidsgronden te matigen.
202. De overwegingen die BTL aandraagt voor boetematiging, duiden geenszins op een dreigend faillissement en maken ook overigens niet dat de boete onredelijk zou zijn.
203. Ten aanzien van Hollanders is van belang dat de boete reeds door het maximum van 10% afdoende is verminderd.
204. Ook de boete voor Oosterloo is door het maximum van 10% aanmerkelijk verminderd (van 292.475 Euro tot 83.923 Euro). De in laat stadium overgelegde financiële gegevens zijn te beperkt om de boete verder te matigen.
205. Over het feit dat de boete fiscaal niet-afrekbaar is, merkt de Raad op dat het een bewuste keuze van de wetgever is geweest dat bestuurlijke (en andere) boetes niet als kosten kunnen worden afgetrokken van de bruto winst maar ten laste komen van de netto winst.

### *Conclusie*

206. De Raad ziet geen aanleiding tot matiging van de boetes op grond van billijkheid.

## 6 Besluit

I. De Raad:

- a. legt aan Kultuurtechniek Rooden B.V. en Holding H.J. Rooden B.V., beide statutair gevestigd te Meerssen, een boete op van € 267.000, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- b. legt aan Krinkels B.V. en Krinkels Holding B.V. beide statutair gevestigd te Wouw, een boete op van € 36.500, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- c. legt aan Henssen B.V. en P. Henssen Holding B.V., beide statutair gevestigd te Schinnen een boete op van € 106.500, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- d. legt aan BTL Uitvoering B.V. en B.T.L. Beheer B.V, beide statutair gevestigd te Haaren, een boete op van € 81.500, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- e. legt aan Dolmans Kultuurtechniek B.V.en Dolmans Landscaping Group B.V., beide statutair gevestigd te Bunde, een boete op van € 302.500, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- f. legt aan Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V., statutair gevestigd te Maastricht, een boete op van € 167.500.
- g. legt aan Hoveniers -en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V., statutair gevestigd te Meerssen, een boete op van € 69.500.
- h. legt aan Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V., statutair gevestigd te Maastricht, een boete op van € 74.000.

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



Openbaar

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 de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.*