

Nederlandse Mededingingsautoriteit

RAPPORT

Rapport van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de Mededingingswet.

Nummer 4155_1/50.R19

Betreft GWW-activiteiten

RAPPORT GWW-activiteiten

1	INLEIDING	2
2	HET DOOR CLEMENTIEVERZOEKERS AANGEDRAGEN BEWIJS.....	4
3	DE AANBESTEDING VAN WERKEN	5
4	FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN	7
4.1	VOOROVERLEG	7
4.2	EÉN SYSTEEM VAN VOOROVERLEG.....	10
4.3	OMVANG VAN HET SYSTEEM VAN VOOROVERLEG	13
4.4	DEELNAME AAN HET SYSTEEM VAN VOOROVERLEG.....	15
4.5	VERSCHILLENDE METHODIEKEN VAN VOOROVERLEG	17
4.6	DUUR VAN HET SYSTEEM VAN VOOROVERLEG	25
4.7	GEOGRAFISCH GEBIED WAARBINNEN HET SYSTEEM VAN VOOROVERLEG PLAATSVOND	26
4.8	CONCLUSIE NAAR AANLEIDING VAN DE FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN	27
5	BEOORDELING	27
5.1	ARTIKEL 6, EERSTE LID, MW	27
5.2	ONDERNEMINGEN	28
5.3	OVEREENKOMST EN/OF ONDERLING AFGESTEMD FEITELIJK GEDRAG	28
5.4	VERBODEN KARAKTER VAN DE GEDRAGINGEN EN AFSPRAKEN	33
5.5	MERKBAARHEID	35
5.6	BEOORDELING ARTIKEL 6, DERDE LID, MW	35
5.7	CONCLUSIE BEOORDELING ARTIKEL 6 MW	37
5.8	BEOORDELING ARTIKEL 81 EG-VERDRAG	38
5.9	CONCLUSIE BEOORDELING ARTIKEL 81 EG-VERDRAG.....	41
6	CONCLUSIE.....	42
7	TOEREKENING	42

Rapport van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de Mededingingswet

Nummer: 4155_1/50.R19

1 Inleiding

1. Dit rapport ziet op mededingingsrechtelijk relevante gedragingen van ondernemingen, die hebben plaatsgevonden in relatie tot een aantal soorten bouwactiviteiten binnen de grond-, weg- en waterbouw-sector. De activiteiten waarop deze gedragingen betrekking hebben behelzen uitvoering van werken op het gebied van: wegenbouw, namelijk het leggen van gesloten verhardingen door middel van asfalt- of betonverhardingen; rioleringswerk; straatwerk, namelijk het leggen van bestratingen (open verhardingen); grondwerk ten behoeve van de aanleg van infrastructuur en terreinen; bodemsanering; kust- en oeverwerk, inclusief kleinschalig baggeren, rijs- en stortwerk en havendammen; droge waterbouw, hetgeen inhoudt het bouwen van kunstwerken van beton zoals viaducten, tunnels, bruggen en waterzuiveringsinstallaties in Nederland. Deze activiteiten worden in dit rapport gezamenlijk aangeduid als: “GWW-activiteiten” en de werken worden aangeduid als “GWW-werken”.
2. Dit rapport is tot stand gekomen tegen de volgende achtergrond.
3. De ontvangst van een schaduwadministratie van het bouwbedrijf Koop Tjuchem eind 2001 is voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) aanleiding geweest tot het openen van ambtshalve onderzoek naar overtredingen van de Mededingingswet in de bouwsector. Het onderzoek van de NMa heeft inmiddels geresulteerd in elf sanctiebesluiten die gericht zijn tot in totaal 35 ondernemingen. Daarnaast heeft de Tweede Kamer in februari 2002 besloten een parlementaire enquête in te stellen. De Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid diende onder andere de aard en omvang van de onregelmatigheden in de bouwnijverheid nader te onderzoeken alsmede het incidentele dan wel structurele karakter daarvan. Op 12 december 2002 heeft de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid haar eindrapport gepubliceerd.¹
4. Op 20 februari 2004 heeft het kabinet², naar aanleiding van nieuwe berichten over onregelmatigheden in de bouwsector, een beroep gedaan op het bouwbedrijfsleven om overtredingen van de Mededingingswet te melden aan de NMa. Mede naar aanleiding van deze oproep hebben in enkele honderden ondernemingen een clementieverzoek zoals bedoeld in de Richtsnoeren Clementietoezegging³ ingediend bij de NMa ter zake van gedragingen van

¹ Eindrapport Parlementaire Enquêtecommissie bouwnijverheid, TK 2002-2203, 28 244, nrs. 5-6.

² TK 2003-2004, 28 244, nr 64.

³ Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG-Verdrag juncto artikelen 56, 57 en 62

ondernemingen in de sector bouwnijverheid in Nederland in de ruimste zins des woords (hierna: Bouwsector). Daarvan hebben ruim honderd ondernemingen verklaringen ingediend en/of documenten en ander bewijsmateriaal aangedragen betreffende gedragingen ter zake van GWW-activiteiten.

5. Bovenbedoelde verklaringen en documenten zijn betrokken in NMa onderzoek naar overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mededingingwet en artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag ter zake van GWW-activiteiten.
6. Ingevolge artikel 11, lid 4 van Raadsverordening 1/2003 heeft de NMa op 28 september 2004 de Europese Commissie in kennis gesteld van het voornemen het onderhavige rapport vast te stellen en is de Europese Commissie voorzien van de voor deze in kennisstelling benodigde informatie.
7. Bij het onderzoek naar gedragingen van ondernemingen ter zake van GWW-activiteiten is gebleken van een redelijk vermoeden dat overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mededingingwet en artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag zijn begaan. Dit is de aanleiding geweest voor het gelijktijdig uitbrengen van twee rapporten, namelijk het rapport in zaak 3183 en het onderhavige rapport (zaak 4155).
8. Bij het onderzoek in het kader van het onderhavige rapport is gebleken dat ondernemingen die in Nederland GWW-activiteiten uitvoeren, in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 in wisselende samenstelling deel hebben genomen aan vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland. De afzonderlijke vooroverleggen ten aanzien van de aanbesteding van GWW-werken in Nederland hingen met elkaar samen en vormden samen één voortdurend systeem van afstemming over werkverdeling en over het inschrijfgedrag. Het gemeenschappelijk doel van deze gedragingen van de ondernemingen was het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland.
9. Ten aanzien van de ondernemingen die worden genoemd in bijlage 1 bij dit rapport⁴, heeft het onderzoek uitgewezen dat zij aan bovenbedoeld systeem van vooroverleg hebben deelgenomen. Deze ondernemingen worden hierna gezamenlijk aangeduid met "Deelnemende Ondernemingen."
10. Van de reikwijdte van dit rapport zijn uitgesloten de gedragingen die ten grondslag liggen aan het sanctiebesluit van de d-g NMa d.d. 25 april 2003 in zaak 3055/ Scheemda. Omdat de

Mededingingswet, Stcrt. 1 juli 2002, nr. 122, gewijzigd bij besluit van de d-g NMa van 28 april 2004 en gepubliceerd in Stcrt. 29 april 2004, nr. 82.

⁴ Bijlage 1 [Vertrouwelijk] maakt integraal onderdeel uit van het onderhavige rapport.

gedragingen die onderwerp zijn van het besluit in zaak 3055/ Scheemda, voor zover ze het desbetreffende project betroffen, reeds in dat besluit zijn behandeld, worden die gedragingen van de reikwijdte van dit rapport uitgesloten.

11. Los van het algemene systeem van vooroverleg zoals vermeld in randnummer 8, en dat voorwerp is van dit rapport, maakten relatief kleine groepen van bouwondernemingen in 'besloten kring', voor langere perioden en met specifieke doelen op het oog, concurrentiebeperkende afspraken, in het kader van een bepaalde categorie, of een samenhangende groep, bouwwerken. Voorbeelden daarvan zijn de afspraken beschreven in de sanctiebesluiten van de d-g NMa d.d. 18 december 2003 in de zaken 2873/ Noord Holland 8 en 3064/ Asfaltzware werken wegenprojecten en het in randnummer 7 vermelde rapport in zaak 3183. Deze afspraken in 'besloten kring' over een bepaalde categorie of groep werken enerzijds, en het in randnummer 8 beschreven algemene systeem van vooroverleg in wisselende samenstelling anderzijds, bestonden ieder zelfstandig naast elkaar. Eventuele "claims" en verplichtingen die opgebouwd werden tussen de deelnemers aan de 'besloten kring', werden afzonderlijk geadministreerd en vormden een gesloten systeem. Deze afspraken in 'besloten kring' vallen derhalve niet binnen de reikwijdte van het onderhavige rapport.⁵

2 Het door clementieverzoekers aangedragen bewijs

12. Ruim honderd ondernemingen die GWW-activiteiten verrichten, hebben een clementieverzoek ingediend ter zake van gedragingen op dat gebied. Zij hebben in het kader van hun clementieverzoek door middel van ondertekende schriftelijke verklaringen aangegeven dat zij betrokken waren bij gedragingen betreffende het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan inschrijvingen op aanbestedingen van GWW-werken in Nederland.
13. Voorts is in het kader van de clementieregeling schriftelijk en digitaal bewijsmateriaal ingediend door clementieverzoekers, onder andere in de vorm van notities, handgeschreven aantekeningen, schaduwadministraties, verrekenlijsten, aantekeningen van bijeenkomsten, notulen van vooroverleg, projectadministraties en projectinformatie. De clementieverzoekers die het aangaat hebben elk verklaard dat het betreffende materiaal afkomstig is uit dan wel gebaseerd is op hun eigen administratie. Enkele tientallen ondernemingen hebben significante hoeveelheden schriftelijk en digitaal bewijsmateriaal overgelegd ter staving van hun schriftelijke verklaringen. Een aantal clementieverzoekers heeft verklaard dat zij het schriftelijke en digitale bewijsmateriaal dat betrekking had op de onderhavige gedragingen eind 2001 of in 2002 vernietigd hebben.

⁵ Voor het besluit in zaak 3272/ Moker geldt dat dit op grond van de periode waarin de overtreding plaatsvond buiten de reikwijdte van dit rapport valt. Voor de overige besluiten (in zaken 3054, 3687, 3689, 3690, 3691 en 3692) geldt dat zij reeds op basis van de bedrijfsactiviteiten waarop de litigieuze gedragingen betrekking hadden niet binnen de reikwijdte van dit rapport vallen.

14. De door de verschillende clementieverzoekers, onder wie zowel grote als kleine bouwondernemingen in Nederland, ingediende schriftelijke verklaringen en het door hen ingediende schriftelijke en digitale bewijsmateriaal van de betrokken gedragingen, bevestigen elkaar en geven blijk van een grote coherentie en onderlinge consistentie. De in dit rapport gebruikte verklaringen en het overgelegde (overige) bewijsmateriaal betreffen de periode 1998 tot en met 2001.

3 De aanbesteding van werken

15. In randnummer 1 is aangegeven dat dit rapport ziet op gedragingen van ondernemingen ter zake van GWW-activiteiten. Werken waarin deze activiteiten de belangrijkste component vormen, zoals de aanleg van wegen en het bouwen van bruggen, tunnels, viaducten en dergelijke, worden doorgaans geïnitieerd door de Rijksoverheid en lagere overheden. Zij treden derhalve veelal op als aanbesteder en opdrachtgever.
16. Voor de feitelijke realisatie van een GWW-werken wordt door de opdrachtgevende overheid een bouwonderneming ingeschakeld. Met uitzondering van de gevallen waarin slechts één bouwonderneming wordt benaderd door de opdrachtgever voor de uitvoering van een werk (enkelvoudige uitnodiging), zal de opdrachtgever doorgaans door middel van *aanbesteding* op zoek gaan naar het bouwbedrijf dat de meest voordelige offerte indient voor de aanleg van het betreffende werk. In dit rapport wordt onder het begrip “aanbesteding” verstaan de, al dan niet gelijktijdige, uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een offerte in te dienen voor een opdracht tot de uitvoering van een werk.⁶ De enkelvoudige uitnodiging valt daar dus niet onder.
17. Er zijn verschillende soorten aanbestedingsprocedures. De voor de aanbesteding van GWW-werken belangrijkste procedures uit de destijds vigerende Nederlandse regelgeving staan in onderstaande tabel samengevat.⁷

⁶ Vgl. artikel 1, sub b Besluit Vrijstelling Combinatieovereenkomsten.

⁷ Zie E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, Tweede druk, Sdu Den Haag, 1999, Hoofdstuk 5.

Openbare procedure	Aanbestedingsprocedure in één ronde, die algemeen bekend wordt gemaakt en waaraan iedere geïnteresseerde aanbieder kan deelnemen. De opdrachtgever mag geschiktheidscriteria opstellen en bepalen dat enkel de inschrijvers die aan de opgestelde criteria voldoen, voor verlening van de opdracht in aanmerking komen.
Aanbesteding met voorafgaande selectie	Procedure in twee ronden, die algemeen bekend wordt gemaakt. In de eerste ronde kan iedere geïnteresseerde aanbieder zich als gegadigde aanmelden. Tot de tweede ronde (de eigenlijke inschrijving) wordt door de opdrachtgever een aantal gegadigden (ten minste drie) toegelaten dat aan de door de opdrachtgever opgestelde criteria voldoet.
Onderhandelingsprocedure	Procedure die algemeen bekend wordt gemaakt. Iedere geïnteresseerde aanbieder kan zich melden als gegadigde. In de tweede ronde pleegt de opdrachtgever met een aantal (ten minste drie) door hem zelf gekozen aanbieders overleg. Door middel van onderhandelingen worden de contractuele voorwaarden vastgesteld. Onderscheidend is derhalve de mogelijkheid om onderhandelingen te voeren alvorens tot gunning over te gaan.
Onderhandse aanbesteding	Aanbesteding hoeft niet algemeen bekend gemaakt te worden. De opdrachtgever nodigt ten minste twee aannemers uit tot het doen van een inschrijving. De opdrachtgever heeft de vrije hand bij zijn keuze voor degene die hij uitnodigt. Er mag niet met de inschrijvers worden onderhandeld.

18. Op grond van Europese richtlijnen voor de gunning van overheidsopdrachten⁸ zijn overheden verplicht opdrachten voor het uitvoeren van GWW-werken aan te besteden; voor GWW-werken is de Richtlijn Werken de meest relevante. Deze richtlijnen zijn in Nederlandse regelgeving geïmplementeerd door de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen 1993 en de bijbehorende algemene maatregelen van bestuur (Besluit overheidsaanbestedingen en het Besluit aanbestedingen nutssector). Voorts zijn voor de GWW-werken van belang het Uniform Aanbestedingsreglement 1986 (werken onder de Europese drempelbedragen, geldig tot 1 september 2001), het Uniform Aanbestedingsreglement 2001 (voor werken onder de Europese drempelbedragen, geldig vanaf 1 september 2001) en het Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991 (voor werken boven de Europese drempelbedragen). Deze reglementen bevatten een verder uitgewerkte aanbestedingsplicht met betrekking tot opdrachten voor werken voor het Rijk (tot 1 september 2001) en vanaf 1 september 2001 (als gevolg van een verandering van de wettelijke basis) de bouwdiensten van de ministeries van VROM, Verkeer en Waterstaat en Defensie.

⁸ In het onderhavige geval Richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG, alle aangepast door Richtlijn 97/52/EG en de Richtlijn 93/38/EEG, zoals aangepast door Richtlijn 98/4/EG.

19. Kenmerkend voor alle vormen van aanbesteding is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Dit stelt de aanbestedende partij in staat om de meest efficiënte ‘inkoop’ te doen voor de uitvoering van een bepaald werk. De beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders komt tot uitdrukking in de verschillende aanbiedingen waartoe de gegadigden elk zelfstandig zijn gekomen. Dit ‘model’ veronderstelt dat de aanbieders in de fase vóór de indiening van de offerte onderling geen contact hebben over de betreffende opdracht, en -met name- niet over de parameters waarop de individuele aanbieders bij de inschrijving onderling concurreren, zoals de inschrijfprijs, onderliggende calculaties, en in voorkomende gevallen bijvoorbeeld ook het ontwerp.
20. Het is evident dat de werking van de aanbesteding ernstig wordt verstoord indien aanbieders door onderlinge afstemming in de fase vóórafgaande aan de inschrijving (‘vooroverleg’) de uitslag van de aanbesteding sturen en aldus de mededinging te beperken. Immers, de onderlinge concurrentie die juist kenmerkend is voor een aanbesteding zou op die manier teniet worden gedaan, althans aanzienlijk worden beperkt.

4 Feiten en omstandigheden

21. Uit onderzoek van de documenten en verklaringen die zijn ingeleverd door de clementieverzoekers blijkt, al dan niet in samenhang bezien, het volgende feitencomplex.

4.1 Vooroverleg

22. De ingediende schriftelijke verklaringen van de clementieverzoekers zijn eensluidend over het feit dat de Deelnemende Ondernemingen, in wisselende samenstelling, vooroverleg pleegden te voeren voorafgaande aan inschrijvingen op aanbestedingen van GWW-werken in Nederland.
23. Bij een vooroverleg ging het er steeds om te bepalen i) welke van de, specifiek bij het vooroverleg voor een bepaald werk aanwezige, ondernemingen het werk zou gaan uitvoeren (veelal aangeduid als “*rechthebbende*”⁹), ii) voor welk inschrijfcijfer (bedrag) het werk uitgevoerd zou worden en iii) welke onderlinge “claims”¹⁰ daarmee opgebouwd werden tussen de, bij het betreffende vooroverleg voor een bepaald werk, aanwezige ondernemingen. De “prijs” die de “rechthebbende” “betaalt” voor het recht om als laagste bieder in te schrijven op het werk, is een claim van de overige ondernemingen op hem, de “rechthebbende”, bij een

⁹ Deze terminologie werd gehanteerd door bouwondernemingen. Het gebruik van deze term in het rapport mag uitdrukkelijk niet begrepen worden als bevestiging en/ of kwalificatie van de juridische status ervan door de NMa.

¹⁰ Claims worden ook wel tegoeden, rechten, pepernoten, monopoliegeld en dergelijke genoemd. Deze terminologie werd gehanteerd door bouwondernemingen. Het gebruik van deze term in het rapport mag uitdrukkelijk niet begrepen worden als bevestiging en/ of kwalificatie van de juridische status ervan door de NMa.

toekomstig werk.

24. Oosterhof Holman Infra B.V. (hierna: Oosterhof Holman)¹¹ bevestigt dit in haar verklaring als volgt: *“ In dit vooroverleg, dat meestal 1 of 2 uur voor de aanbesteding plaatsvond, werd onderling het inschrijfgedrag afgestemd. Het doel was om onderling vast te stellen welk bouwbedrijf het recht zou krijgen om het laagste inschrijffijfer neer te leggen met betrekking tot een aanbesteding, met als uiteindelijke doel het onderling verdelen van projecten onder de deelnemende bouwbedrijven. Naast het laagste inschrijffijfer werd tevens een “tegoed” bepaald voor de niet aannemende partijen. Dit tegoed werd in het algemeen vereffend met andere aanbestedingen uit het verleden en met toekomstige aanbestedingen”*.
25. Dura Vermeer Groep N.V. (hierna: Dura Vermeer)¹² bevestigt het bovenstaande ook in haar verklaring: *“ dat het per project belegde vooroverleg tot doel had om tot overeenstemming te komen over de rechthebbende of gegadigde en meestal ook het inschrijffijfer. De rechthebbende was degene die het recht kreeg om binnen de kring van aan het vooroverleg deelnemende ondernemingen als laagste in te schrijven”*.
26. Ook de verklaring van Heijmans N.V. (hierna: Heijmans)¹³ wijst dit uit: *“ Het vooroverleg had uiteindelijk altijd tot doel te bepalen wie als laagste zou inschrijven, voor welk bedrag de aannemers inschreven en welk bedrag men met elkaar verrekende”*.
27. In dit verband wordt tevens gewezen op het navolgende citaat uit de verklaring van Ballast Nedam N.V. (hierna: Ballast Nedam)¹⁴: *“De procedure van overleg en/ of de aard van de afspraken kon per aanbesteding verschillen, maar kwam in de basis op hetzelfde neer: men bepaalde wie het werk mocht hebben, tegen welke prijs door gegadigden werd ingeschreven en hoe hoog de claimrechten waren die aan ondernemingen die het werk niet hadden gekregen, werden toegekend. De verschillen zaten voornamelijk in de uitwerking”*.
28. Ten slotte wordt het bovenstaande bevestigd door de verklaring van NTP Infra B.V. (hierna: NTP)¹⁵, waarin staat vermeld: *“ Vervolgens werd tijdens de vergadering gezamenlijk de hoogte van het bedrag bepaald waarvoor de laagste inschrijver ging inschrijven. Daarna werd bepaald welk bedrijf als laagste kon inschrijven”*.

¹¹ 00312003000003. De in deze en volgende voetnoten genoemde nummering is een verwijzing naar de betreffende pagina van het document, afkomstig van een clementieverzoeker, zoals dat is opgenomen in het dossier van de NMa.

¹² 00037009000010

¹³ 00040007000175 en 00040007000176

¹⁴ 00034009000006

¹⁵ 00318002000002

29. Op grond van bovenvermelde verklaringen en diverse andere gelijklopende verklaringen¹⁶ van clementieverzoekers, zowel op zichzelf beschouwd als in onderlinge samenhang bezien, waarbij de verklaringen elkaar bevestigen en versterken, staat vast dat het vooroverleg betrekking had op het verdelen van de aanbestede GWW-werken in Nederland. De bij het vooroverleg aanwezige ondernemingen stelden vast wie als laagste op het betreffende werk mocht inschrijven (de “rechthebbende”) en stemden daarmee hun inschrijfgedrag af. Het afstemmen van het inschrijfgedrag bestond uit het door de bij het vooroverleg aanwezige ondernemingen onderling vaststellen voor welk bedrag zij zouden inschrijven, de inschrijfcijfers. Verder stelden de bij het vooroverleg aanwezige ondernemingen vast welke onderlinge “claims” er opgebouwd werden.
30. Het feit dat er afspraken gemaakt worden over de onderlinge verdeling van werken door middel van het aanwijzen van een “rechthebbende”, brengt met zich mee dat automatisch afspraken worden gemaakt over de hoogte van de verschillende inschrijfcijfers. Immers, de “rechthebbende” zal de laagste prijs moeten indienen, zodat ten minste afstemming daaromtrent is vereist.
31. De samenstelling van het vooroverleg voor een bepaald werk was afhankelijk van de in dat werk (potentieel) geïnteresseerde ondernemingen of de door de opdrachtgever van het betreffende werk uitgenodigde ondernemingen. De vooroverlegsituaties vonden zodoende plaats in een steeds wisselende samenstelling van aanwezige ondernemingen. Er was derhalve geen sprake van een vaste groep van ondernemingen die in steeds dezelfde samenstelling vooroverleg voerde. Dit staat vast op basis van de navolgende verklaringen en diverse andere gelijklopende verklaringen¹⁷ van clementieverzoekers, zowel op zichzelf beschouwd als in onderlinge samenhang bezien, waarbij de verklaringen elkaar bevestigen en versterken.
32. H4A Infrabouw¹⁸ verklaart in haar clementieverzoek over de steeds wisselende samenstelling van ondernemingen: “*In het geval van een onderhandse aanbesteding werd zo snel mogelijk uitgezocht welke bedrijven een uitnodiging voor dat betreffende werk hadden. Met deze aannemers werd kort voor de aanbesteding een afspraak bevestigd, waarbij bepaald werd wie het werk wilde*”

¹⁶ Zie in dit verband onder meer Koninklijke BAM Groep N.V. (hierna: BAM), 00038017000040, 00038017000037 en 00038017000038; Koninklijke Volker Wessels Stevin N.V. (hierna: KWWS), 00035013000048; Slot Beheer Vinkeveen B.V. (hierna: Slot Beheer), 00167001000003; H4A Infrabouw B.V. (hierna: H4A Infrabouw), 00214002000001; Aannemingsbedrijf Verboon Maasland B.V. (hierna: Verboon), 00227001000004; Roelofs Wegenbouw B.V. (hierna: Roelofs), 00303003000002; Verhoeve Groep B.V. (hierna: Verhoeve), 00304002000002 en 00304002000003; Rasenberg Wegenbouw B.V. (hierna: Rasenberg), 00308002000002; Temmink Wegenbouw B.V. (hierna: Temmink), 00321002000002; Van Den Biggelaar Groep (hierna: Van Den Biggelaar), 00339004000005 en Dostal's Aannemersbedrijf B.V. (hierna: Dostal's Aannemersbedrijf), 00373002000002

¹⁷ Zie in dit verband onder meer Reef Infra B.V. (hierna: Reef), 00089003000002 en Rasenberg, 00308002000003

¹⁸ 00214002000001

uitvoeren".

33. Mourik Groot-Amers B.V.¹⁹ bevestigt dit door te verklaren: "*De kring van de deelnemende ondernemingen verschilde van project tot project*". Ook de verklaring van Dusseldorp Infra, Sloop en Milieutechniek B.V. (hierna: Dusseldorp)²⁰ bevestigt dit: "*Ca. twee uur voordat een prijs werd ingediend, werd er een vooroverleg belegd met de bestekhouders. Dit waren per gemeente c.q. provincie vaak geheel verschillende samenstellingen*".
34. Ten slotte bevestigt de verklaring van Verhoeve²¹ het bovenstaande: "*Het vooroverleg vond plaats om tot werkverdeling te komen. De procedures om tot werkverdeling te komen waren divers, afhankelijk van plaats, deelnemers, project en tijdstip. De deelnemers wisselden ook voortdurend*".

4.2 Een systeem van vooroverleg

35. Afzonderlijke vooroverleggen kunnen niet op zichzelf worden gezien. Uit de diverse verklaringen van clementieverzoekers blijkt, zoals hieronder nader zal worden toegelicht, dat de afzonderlijke vooroverleggen en afspraken verband hielden met elkaar en één voortdurend systeem vormden van afstemming over de onderlinge verdeling van werken en over het inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland.
36. Kort en bondig formuleert BAM²² het bestaan van één systeem van vooroverleg ter zake van GWW-activiteiten als volgt: "*Er valt geen andere structuur aan te wijzen dan dat vóór overleg een wijdverbreide praktijk is geweest die men als één systeem of een cultuur kan aanmerken*".
37. Dit wordt bevestigd door de verklaring van Rasenberg²³: "*Wij zien het als één Kartel daar voor ons de gehanteerde afspraken door het hele werkgebied uitwisselbaar waren zowel qua onderliggende werkmaatschappijen als geografisch gezien*".
38. De afstemming bij en verdeling van GWW-werken door de Deelnemende Ondernemingen vond plaats met behulp van een aantal voor de Deelnemende Ondernemingen bekende methodieken of varianten²⁴, waarbij als resultante wederzijdse "rechten" en "plichten"²⁵ ontstonden (de "claims"). Door het opbouwen van deze "rechten" en "plichten" stonden de Deelnemende Ondernemingen tot elkaar in een verhouding van onderlinge afhankelijkheid

¹⁹ 00267005000002

²⁰ 00272002000003

²¹ 00304002000002

²² 00038017000041 en 00038017000034

²³ 00308002000002

²⁴ De verschillende methodieken worden nader uitgelegd in paragraaf 4.5.

²⁵ Deze terminologie werd gehanteerd door bouwondernemingen. Het gebruik van deze term in het rapport mag uitdrukkelijk niet begrepen worden als bevestiging en/of kwalificatie van de juridische status ervan door de NMa.

(crediteur – debiteur), waarbij duidelijk was dat tijdens een eerder vooroverleg opgebouwde “rechten” in de toekomst bij een volgende aanbesteding weer als inzet konden worden gebruikt. De afspraken die met betrekking tot een bepaalde aanbesteding werden gemaakt hadden dus direct of indirect gevolgen voor het vooroverleg bij andere aanbestedingen. Derhalve hingen de afzonderlijke vooroverleggen en afspraken ter zake van GWW-activiteiten met elkaar samen. Door het opbouwen van “rechten” en “plichten” jegens andere bouwondernemingen kon een basis voor een systematiek ontstaan.

39. Dat deelname aan vooroverleg en het elkaar toekennen van “rechten” en “plichten” doorwerkt naar andere ondernemingen en vooroverleggen ter zake van GWW-activiteiten en leidt tot één systeem van vooroverleg staat vast op basis van de navolgende verklaringen en diverse andere gelijkkluidende verklaringen²⁶ van clementieverzoekers.
40. Over de onderlinge verbondenheid van de vooroverleggen ter zake van GWW-activiteiten verklaart Dura Vermeer²⁷: *“In die zin zijn alle individuele afstemmingen in feite met elkaar verbonden: omzettegoeden en vergoedingen toegekend tijdens vooroverleg in het ene geval hadden slechts waarde, indien zij bij dat latere vooroverleg op enigerlei wijze als inzet konden worden gebruikt”*. Dura Vermeer²⁸ licht als volgt toe dat het bereiken van een evenwichtige verdeling van in te zetten capaciteit door de Deelnemende Ondernemingen het handhaven van één doorgaand systeem van afstemming vereist: *“Die evenwichtige verdeling kon vanzelfsprekend niet bereikt worden door één of enkele projecten te verdelen maar enkel door langdurige structurele afstemming terzake van dergelijke verdelingen”*.
41. Ballast Nedam²⁹ verklaart over de onderlinge verbondenheid van de vooroverleggen het volgende: *“Er zij op gewezen dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling was de daimrechten of pepernoten daadwerkelijk uit te keren. Ondernemingen streefden ernaar deze te laten wegvallen tegen aan anderen uit te keren vergoedingen. In feite dienden de pepernoten als wisselgeld voor andere aanbestedingen waaraan een wegenbouwer deelnam. Opgebouwde rechten werden ingezet om elders werk te bemachtigen. Dit systeem had onder andere tot gevolg dat sommige ondernemingen vaak louter en alleen deelnamen aan een aanbesteding, veelal buiten het gebied van waaruit zij opereerden, om pepernoten te incasseren”*.
42. Bovenstaande wordt bevestigd door de verklaring van KVWS³⁰: *“...en waarbij de afrekening in “pepernoten” door elk van de deelnemers aan het vooroverleg werd meegenomen in de grote stapel van “pepernoten” die door het land heen bij vooroverleg werden ingezet om werken in de wacht te slepen ...”*. Dit wordt verder bevestigd in de verklaring van Koninklijke Sjouke Dijkstra en Zoon

²⁶ Zie in dit verband onder meer Plegt-Vos Infra & Milieu B.V., 00360001000001 en 00360001000002 en Oosterhof-Holman, 00312003000003

²⁷ 00037009000012

²⁸ 00037009000004

²⁹ 00034009000007

³⁰ 00035013000049

B.V. (hierna: Dijkstra)³¹: *“Zo werden we op achterstand gezet door aannemers die ook elders in het land opereerden. De daar vergaarde pepernoten werden in het Noorden ingezet om werk aan te nemen”*.

43. Ten slotte wordt het bovenstaande bevestigd door de verklaring van Reef³² dat: *“Met ‘wisselgeld’ trachtte men een tegood op te bouwen, zodat men bij de projecten die men daadwerkelijk wilde hebben, een hoog wisselgeld kon inzetten, ten einde de opdracht te verkrijgen”*.
44. Dat de afzonderlijke vooroverleggen niet op zichzelf moeten worden beschouwd maar onderling samenhangen, blijkt ook uit het feit dat de Deelnemende Ondernemingen de tijdens het vooroverleg gemaakte afspraken in onderling verband pleegden te administreren. Uit de ingediende verklaringen van clementieverzoekers³³ blijkt dat het vast gebruik was voor een onderneming dergelijke afspraken bij te houden in een zogenaamde schaduwadministratie³⁴. Een schaduwadministratie is over het algemeen opgezet in de vorm van een grootboek. Aan iedere (divisie van een) bouwonderneming, waarmee (een groepsonderneming van) de bouwonderneming tijdens vooroverleg afspraken heeft gemaakt en daarmee een relatie onderhoudt, zijn namelijk een of meer regels of bladzijden toegekend. De tijdens het vooroverleg voor een bepaald werk gemaakte afspraken met andere ondernemingen, in de vorm van toegekende “rechten” en “plichten”, worden in de schaduwadministratie per onderneming geregistreerd. Op die manier wordt bijgehouden welke “rechten” en/of “plichten” de onderneming heeft ten opzichte van de andere ondernemingen waarmee men één of meerdere keren vooroverleg heeft gevoerd.
45. In dit verband wordt verwezen naar schaduwadministraties, zoals onder andere overgelegd door Dura Vermeer³⁵, Ballast Nedam³⁶, Bouwgroep Buitenhuis B.V.³⁷, Jansma Wegen en Milieu B.V. (hierna: Jansma)³⁸, Strukton Groep N.V. (hierna: Strukton)³⁹, TBI Holdings B.V. (hierna: TBI)⁴⁰, BAM⁴¹ en Heijmans⁴². Diverse ondernemingen⁴³ hebben verklaard een schaduwadministratie te hebben bijgehouden maar deze te hebben vernietigd.

³¹ 00338003000004

³² 00089003000002

³³ Van Den Biggelaar, 00388004000005; Jansma, 00356003000003; Oosterhof Holman, 00312003000003; Heijmans, 00040007000179 en Dura Vermeer, 00037009000012

³⁴ Ook wel schaduwboekhouding, clearingoverzichten, claimregistratie of staffel genoemd.

³⁵ 39510060000002 tot en met 39510060000006 en 39510060000026 tot en met 39510060000063

³⁶ 00034008000218 tot en met 00034008000256

³⁷ 00472004000001 tot en met 00472004000005

³⁸ 00356002000001

³⁹ 00036011000042 tot en met 00036011000227

⁴⁰ 00039025000003 tot en met 00039025000118

⁴¹ 00038022000038 tot en met 00038022000175

⁴² 00040007000315 tot en met 00040007000378

⁴³ Zie onder meer Aannemingsbedrijf De Bokx B.V., 00118005000001; Slot Beheer, 00167001000004; Verhoeve, 00304002000003; NTP, 00318002000004 en Dijkstra, 00338003000006

46. Op grond van de bovenvermelde verklaringen van clementieverzoekers, zowel op zichzelf beschouwd als in onderlinge samenhang gezien, waarbij de verklaringen elkaar bevestigen en versterken, staat vast dat de vooroverleggen onderling samenhangen en onderdeel waren van één voortdurend systeem. Het gemeenschappelijk doel van dit systeem was het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland.

4.3 Omvang van het systeem van vooroverleg

47. Ballast Nedam⁴⁴ verklaart over de omvang van het systeem van vooroverleg: *“Dat het een gebruik was waaraan iedere aannemer die actief was in de Nederlandse markt, inclusief buitenlandse aannemers, zich conformeerde. In feite was sprake van een soort erecode.”* Ballast Nedam⁴⁵ verklaart verder dat: *“het usance was in de GWW sector om voorafgaand aan aanbestedingen (te pogen) afspraken te maken en inschrijfgedrag op elkaar af te stemmen”*.
48. Dit wordt bevestigd door de verklaring van Oosterhof Holman⁴⁶ die stelt: *“Met name in de wegenbouw was het plegen van vooroverleg voorafgaande aan de feitelijke aanbesteding heel gebruikelijk. Bij een middelgroot bedrijf als Oosterhof Holman kwam het regelmatig voor dat er meerdere vooroverleggen per dag plaatsvonden”*.
49. Dusseldorp⁴⁷ bevestigt dit tevens in haar verklaring: *“Naar wij inschatten deed ca. 98% van de aannemers in Nederland aan deze vooroverleggen mee”*.
50. Ook KVWS⁴⁸ bevestigt dit door te stellen: *“Uit de informatie die is vergaard blijkt wederom dat binnen de GWW-sector structureel overleg plaatsvond over alle onderhands aanbestede werken. Ook hier geldt dat de gehele sector bij het vooroverleg betrokken was. Bij KWS is geen enkele significante uitzondering op deze regel bekend”*.
51. Ten slotte verklaart BAM⁴⁹: *“Het verschijnsel van vooroverleg was algemeen en sectorbreed. In meer dan 95% van de gevallen van bestedingen vond vooroverleg plaats of werd in elk geval besproken of vooroverleg kon plaatsvinden; in feite deed nagenoeg iedereen daaraan mee”*.
52. Met betrekking tot de situatie en de gedragsregels bij aanbestedingen van GWW-werken is de verklaring van Jansma⁵⁰ kenmerkend: *“Wij zijn als huidige directie bij toetreding tot deze branche geconfronteerd met regels en structuren die als normale en gangbare gedragsnormen werden*

⁴⁴ 00034009000010 en 00034009000011

⁴⁵ 00034009000003 en 00034009000020

⁴⁶ 00312003000002

⁴⁷ 00272001000001, blad 6

⁴⁸ 00035013000048

⁴⁹ 00038017000041 en 00038017000034

⁵⁰ 00356003000001

opgelegd".

53. Heijmans⁵¹ verklaart over de gedragsregels bij aanbestedingen van GWW-werken: *"Het bestaan van vooroverleg over aanbestedingen was algemeen bekend, onder meer uit de overlevering. Men werd hiervan op de hoogte gesteld door de voorganger binnen de onderneming"*.
54. In dit verband is ook de verklaring van Dura Vermeer⁵² kenmerkend: *"Deze structurele samenwerking bestond uit een stilzwijgende consensus dat in Nederland aan te besteden projecten in de bouwsector door bouwondernemingen stelsmatig verdeeld werden, meestal in combinatie met afspraken over het inschrijffijfer"*.
55. Dat het systeem van vooroverleg een bijna continue betrokkenheid met zich bracht blijkt uit de verklaring van Dusseldorp⁵³: *"Het speelveld was destijds zodanig, dat je je feitelijk niet kon permitteren om niet mee te doen aan vooroverleggen"*.
56. Dit wordt bevestigd door het volgende citaat uit de verklaring van Ballast Nedam⁵⁴: *"Het systeem hield iedereen als het ware in het gareel. Iedereen realiseerde zich dat men een volgende keer zelf met behulp van het systeem een werk moest proberen te bemachtigen"*.
57. Ook de verklaring van de raadsman van Welling Didam B.V.⁵⁵ bevestigt dit: *"In zoverre kan tevens worden gesteld dat diënten door de werking van het systeem wel werden gedwongen aan dat vooroverleg mee te doen. Niet meedoen leverde immers uitsluitingen op en dus perspectief dat gedurende een zekere termijn geen opdrachten van grote opdrachtgevers zouden kunnen worden verworven. Daarnaast werd het niet meedoen aan het vooroverleg binnen de branche als buitengewoon a-collegiaal beschouwd"*.
58. Voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland was het usance voor nagenoeg alle ondernemingen die GWW-activiteiten verrichtten om vooroverleg te voeren. Dit staat vast op grond van de bovenstaande verklaringen en diverse andere gelijkkluidende verklaringen⁵⁶ van clementieverzoekers, zowel op zichzelf beschouwd als in onderlinge samenhang gezien, waarbij de verklaringen elkaar bevestigen en versterken.

⁵¹ 00040007000175

⁵² 00037009000003

⁵³ 00272002000001, blad 6

⁵⁴ 00034009000010 en 00034009000011

⁵⁵ 00198001000001

⁵⁶ Zie in dit verband onder meer de verklaringen van Verboon, 00227001000004; Jansma, 00356003000001 en Van Dijk Maasland Groep B.V., 00333001000001

4.4 Deelname aan het systeem van vooroverleg

59. In de randnummers 47 tot en met 51 kwam reeds ter sprake dat ter zake van GWW-activiteiten sprake was van een algemeen en sectorbreed gebruik om voorafgaande aan de aanbesteding van een werk vooroverleg te voeren. Meerdere ondernemingen hebben verklaard dat 'nagenoeg alle ondernemingen die GWW-activiteiten verrichtten, participeerden in dit systeem'.
60. Artikel 59, tweede lid, Mw verlangt dat deelname aan een overtreding nader wordt geconcretiseerd naar individuele ondernemingen. De NMa heeft derhalve onderzoek gedaan naar de deelname van individuele ondernemingen. Dit onderzoek is verricht op basis van een aantal categorieën bewijsmiddelen waarover de NMa beschikt, en welke afkomstig zijn van clementieverzoekers die hebben verklaard aan het systeem te hebben deelgenomen:
- a) clementieverklaringen en –formulieren. In het kader van verzoeken tot clementie hebben clementieverzoekers -onder meer- aan de NMa opgave gedaan van de identiteit van de andere ondernemingen die deelnemer zijn geweest aan (het systeem van) vooroverleg ter zake van GWW-activiteiten. Dit geschiedde doorgaans door het overleggen van lijsten met daarop namen van deelnemende ondernemingen;
 - b) schaduwadministraties: in schaduwadministraties hebben de clementieverzoekers nauwkeurig en systematisch geordend bijgehouden welke contacten de betreffende onderneming had met andere ondernemingen in het kader van vooroverleg over werken, en welke afspraken er met deze ondernemingen zijn gemaakt voor een bepaald werk. Verder staan in de schaduwadministraties overzichten die door de clementieverzoekers werden opgesteld met het oog op de (jaarlijkse) onderlinge verrekening van openstaande onderlinge "rechten" en "plichten". Uit deze overzichten blijkt wat een onderneming tegoed heeft van dan wel verschuldigd is aan andere ondernemingen als resultaat van afspraken in de vooroverleggen;
 - c) notulen en (handgeschreven) aantekeningen van vooroverleg: de notulen en (handgeschreven) aantekeningen van vooroverleg waarover de NMa beschikt, vaak gedateerd en voorzien van een bedrijfslogo, bevatten doorgaans namen van aanwezigen bij het betreffende vooroverleg danwel namen van ondernemingen die betrokken zijn bij de afspraken rond een bepaald werk.
61. Het in het vorige randnummer opgesomde, aan de NMa ter beschikking staande, materiaal is door de NMa geordend en voor onderzoek toegankelijk gemaakt. De gegevens uit het materiaal die zien op de deelnemers en de werken zijn ingevoerd in overzichten waarin dwarsverbanden in het van verschillende bronnen afkomstige materiaal zichtbaar konden worden gemaakt. Uit dit onderzoek blijkt dat de gegevens afkomstig uit verschillende bronnen een grote overlap vertonen en elkaar derhalve bevestigen, voor wat betreft i) de periode van (het systeem van) vooroverleg en ii) de namen van ondernemingen die betrokken zijn bij (het systeem van) vooroverleg. Tevens hebben de clementieverzoekers die het aangaat verklaard dat het betreffende materiaal afkomstig is uit, dan wel gebaseerd is op, hun administratie.

62. Ten aanzien van de clementieverzoekers geldt dat deelname is vastgesteld aan de hand van hun eigen verklaring en dat is onderzocht of deze bevestigd wordt door of in één van de overige bewijsmiddelen waarover de NMa beschikt, zoals de verklaringen van andere clementieverzoekers of het schriftelijke bewijsmateriaal, zoals schaduwadministraties en notulen. Voor de clementieverzoekers die op de lijst in bijlage 1 bij dit rapport staan vermeld geldt dat dit het geval is, en dat hun deelname bij vooroverleg bewezen is verklaard.
63. Voor wat betreft de vaststelling van deelname van de overige ondernemingen die staan vermeld op de lijst in bijlage 1 bij dit rapport, geldt het volgende. De NMa heeft onderzocht welke ondernemingen zijn gemeld door twee of meer clementieverzoekers die elk opgave hebben gedaan van de identiteit van de andere ondernemingen die deelnemer zijn geweest aan vooroverleg ter zake van GWW-activiteiten in de periode 1998-2001. De NMa heeft voorts onderzocht of deze verklaringen worden bevestigd in het overige hierboven genoemde bewijsmateriaal doordat een onderneming daarin expliciet als zodanig wordt vermeld. Indien de verklaringen worden bevestigd door twee of meer (andere) schriftelijke bewijsmiddelen, is deelname bewezen verklaard. Voor de ondernemingen, niet zijnde clementieverzoekers, die op de lijst in bijlage 1 bij dit rapport staan vermeld geldt dat dit het geval is, en dat hun deelname bij vooroverleg op basis van meerdere onafhankelijke bronnen is vastgesteld.
64. Bij hetgeen in de randnummers 62 en 63 is vermeld, dient te worden bedacht dat deelname door een onderneming aan vooroverleg, hoe weinig frequent of onregelmatig ook, tot gevolg heeft dat in relatie tot de andere deelnemers aan het systeem “rechten” en “plichten” worden opgebouwd door de deelnemende onderneming. Deze “rechten” en “plichten” werken door bij afstemming over andere (toekomstige) werken en bij onderlinge verrekeningen.
65. Uit de lijst in bijlage 1 bij dit rapport blijkt dat er ook buitenlandse ondernemingen hebben deelgenomen aan het hierboven beschreven systeem van vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken. Het betreft met name ondernemingen uit België en Duitsland. Het feit dat buitenlandse ondernemingen deelnamen aan het systeem van vooroverleg ter zake van GWW-activiteiten wordt bevestigd door de onderstaande ingediende verklaringen van clementieverzoekers.
66. Zo verklaart KVWS⁵⁷: *“Uit de bijlagen blijkt dat buitenlandse – meer in het bijzonder Belgische – ondernemingen die regelmatig op de Nederlandse markt actief waren op gelijke voet aan het overleg deelnamen als binnenlandse ondernemingen”*.
67. Dit wordt bevestigd door de verklaring van Ballast Nedam⁵⁸: *“Dat het een gebruik was waaraan iedere aannemer die actief was in de Nederlandse markt, inclusief buitenlandse aannemers, zich conformeerde”*.

⁵⁷ 00035010000096

⁵⁸ 00034009000010 en 00034009000011

68. Uit het ter beschikking staande bewijsmateriaal blijkt, dat de buitenlandse ondernemingen zich bij de deelname aan het vooroverleg niet anders hebben opgesteld dan Nederlandse ondernemingen, noch dat zij daarbij een andere positie innamen. Zo waren bijvoorbeeld twee Belgische ondernemingen vaste deelnemer aan de jaarlijkse onderlinge verrekening tussen 27 ondernemingen in de (deel)sector beton- en waterbouw.⁵⁹

4.5 Verschillende methodieken van vooroverleg

69. Binnen het gehanteerde systeem van vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland zijn varianten te onderscheiden in de manier waarop de werken onderling werden verdeeld en de inschrijfcijfers werden vastgesteld.
70. Dura Vermeer⁶⁰ verklaart: “ *Per segment binnen de bouwsector en ook binnen deze segmenten (soms regionaal soms per opdrachtgever of per grootte van werken) bestonden verschillende varianten ten aanzien van de wijze waarop de verdeling van werken en afspraken over het inschrijfcijfer tot stand kwamen. Dit neemt niet weg dat elk van deze varianten een uitvloeisel was van de eerdergenoemde stilzwijgende consensus tussen vrijwel alle bedrijven in de Nederlandse bouwsector om te komen tot het stelselmatig verdelen van de aan te besteden projecten, meestal in combinatie met afspraken over het inschrijfcijfer*”.
71. KWS⁶¹ bevestigt dit door te verklaren dat: “ *Van geval tot geval werden de procedureafspraken gemaakt waarover de deelnemers aan het betreffende vooroverleg consensus bereikten*”.⁶²
72. Er zijn drie fases te onderkennen bij het vooroverleg. Dit betreft I) het zoeken van contact en maken van procedureafspraken, II) het houden van het vooroverleg en III) het verrekenen van de gemaakte afspraken.

Contact zoeken en procedure afspraken

73. Over het feit dat de Deelnemende Ondernemingen ter zake van GWW-activiteiten voorafgaand aan een individuele aanbesteding onderling contact zochten en hadden en vervolgens gezamenlijk bepaalden op welke wijze zij tot verdere afstemming zouden komen, zijn diverse verklaringen ingediend.
74. Jansma⁶³ verklaart hierover: “ *De meest gereede partij maakte overwegend de afspraken m.b.t. tijd en plaats van samenkomst. Het geen plaats vond vlak voor de daadwerkelijke aanbesteding. Bij het*

⁵⁹ Zie hierover bijvoorbeeld Dura Vermeer, 00037009000003 en KWS, 00035010000101

⁶⁰ 000370090000003

⁶¹ 00035013000052

⁶² Zie bijvoorbeeld ook BAM, 00038017000035, waar de algemene gang van zaken bij vóór overleg wordt geschetst en opgemerkt wordt dat er van geval tot geval variaties optreden.

⁶³ 00356003000002

vooroverleg werd er een voorzitter benoemd, welke in overleg met de overige deelnemers de procedure vaststelde”.

75. De verklaring van BAM⁶⁴ op dit punt luidt als volgt: *“In het algemeen één dag voor de echte aanbesteding kwamen op initiatief van één van de deelnemers de inschrijvers bij elkaar. Dat vond soms plaats in één van de kantoren, maar meestal op neutraal terrein, bijv. in een wegrestaurant. De aanwezigen zijn i.h.a. het (regio)-directieniveau van de deelnemers. Soms een tweede man of een hoofd calculatie. De voorzitter wordt meestal ter plekke (en tegen wil en dank) aangewezen. De rol van de voorzitter is slechts de leider van het proces”.*
76. Op grond van bovenvermelde verklaringen en diverse andere gelijkkluidende verklaringen⁶⁵ van clementieverzoekers, zowel op zichzelf beschouwd als in onderlinge samenhang gezien, waarbij de verklaringen elkaar bevestigen en versterken, staat vast dat het vooroverleg inhield dat de ondernemingen die door een opdrachtgever waren uitgenodigd om een offerte te doen dan wel van plan waren om in te schrijven op een bepaald werk, voorafgaand aan de aanbesteding van dat werk bij elkaar kwamen, althans contact hadden. Hiertoe nam in beginsel één van de ondernemingen het initiatief en benaderde de overige (potentieel) geïnteresseerde of uitgenodigde ondernemingen om hen uit te nodigen voor het vooroverleg met betrekking tot dat werk. Het bijeenroepen verliep niet via een vast systeem, maar gebeurde willekeurig door één van de in het betreffende werk geïnteresseerde ondernemingen. Dit betrof meestal degene die verwachtte aan de beurt te zijn voor het werk of anderszins een sterke voorkeur had voor het werk. Om te achterhalen welke ondernemingen nog meer geïnteresseerd waren in het werk, werd gebruik gemaakt van diverse bronnen⁶⁶, zoals het rondbellen door en tussen geïnteresseerde ondernemingen, de inlichtingendag van de opdrachtgever waarop de geïnteresseerde ondernemingen verschenen, leveranciers van materialen en mogelijke onderaannemers. Zoals in randnummer 31 reeds is vastgesteld was de samenstelling van het vooroverleg voor een bepaald werk dus afhankelijk van de in dat werk (potentieel) geïnteresseerde onderneming of de door de opdrachtgever van het betreffende werk uitgenodigde ondernemingen. De vooroverlegsituaties vonden zodoende plaats in een per werk wisselende samenstelling van ondernemingen.
77. In het ingeleverde schriftelijke materiaal van onder meer Ballast Nedam⁶⁷, De Roo B.V. (hierna: De Roo)⁶⁸, B.V. Aannemingsbedrijf J Bruins en Zoon (hierna: J Bruins)⁶⁹, Aannemingsbedrijf Van Eck B.V.⁷⁰, Strukton⁷¹, TBI⁷², BAM⁷³, KWWS⁷⁴ en Heijmans⁷⁵ bevinden zich ook talloze

⁶⁴ 00038017000037

⁶⁵ Strukton, 00036011000007; Heijmans, 00040007000176; Verboon, 00227001000005 en Dusseldorp, 00272002000003

⁶⁶ Zie in dit verband: Heijmans, 00040007000176; NTP 00318002000002; Temmink, 00321002000002 en Dijkstra 00338003000004

⁶⁷ 00034008000003 tot en met 000340080000217

⁶⁸ 00178002000001 tot en met 001780020000202

⁶⁹ 00082020000001 tot en met 00082020000010

⁷⁰ 00081031000001

aantekeningen en verslagen van vooroverleg. Uit deze aantekeningen blijkt duidelijk dat de Deelnemende Ondernemingen bijhielden welke ondernemingen er bij het vooroverleg voor een bepaald werk aanwezig waren.

Vooroverleg voeren

78. Hieronder wordt kort een aantal methodieken geschetst waarmee tijdens het vooroverleg de “rechthebbende” werd bepaald. Aan de hand van de gekozen methodiek wordt tevens het inschrijfcijfer van de “rechthebbende” bepaald. Voorts werden gewoonlijk de inschrijfcijfers en de volgorde van de andere aan bij het vooroverleg aanwezige ondernemingen bepaald. Ten slotte werd afgesproken welke “claims” er opgebouwd werden tussen de bij het vooroverleg aanwezige ondernemingen.
79. In de eerste plaats werd gebruik gemaakt van het “blanken”. Het blankcijfer is de door een onderneming individueel berekende kostprijs voor een werk, waarbij een onderneming in deze kostprijs rekening houdt met mogelijk te verrekenen “claims”. Het blankcijfer was lager dan het uiteindelijke inschrijfcijfer. Heijmans⁷⁶ verklaart het volgende over blanken: *“Alle aanwezige aannemers dienen elk afzonderlijk hun calculatieprijs in (vaak op een papiertje onder de asbak of koffiepote). De voorzitter bepaalt op basis van de laagste calculatieprijs wie de rechthebbende is. Vervolgens wordt met elkaar bepaald wat de hoogte van de rekenvergoeding is en de volgorde van inschrijving”*.
80. Slot Beheer⁷⁷ verklaart over blanken het volgende: *“Voorafgaand aan een aanbesteding werd, tijdens een zogenaamde voorvergadering, aan de hand van een inschrijving onder de aanwezigen middels zogenaamde blankcijfers vastgesteld wie de laagste inschrijver en daarmee de rechthebbende was. De inschrijver met het laagste blankcijfer was daarmee gerechtigd het laagste cijfer bij de aanbesteding te presenteren. Het blankcijfer was gewoonlijk aanmerkelijk lager dan het begrotingscijfer om in aanmerking te kunnen komen voor de positie van rechthebbende. Vervolgens werd in onderling overleg een redelijk, markt conform, inschrijfcijfer voor de laagste (rechthebbende) vastgesteld. [...] Indien de rechthebbende bij de besteding wel laagste was geworden, en het project aan hem gegund werd, werd het verschil tussen het blankcijfer en het inschrijfcijfer onder de aanwezigen van de voorvergadering verdeeld volgens een tijdens deze vergadering vastgestelde sleutel in een zogenaamde uitkering per kop”*.

⁷¹ 00036011000228 tot en met 00036011000291

⁷² 39510011000024 tot en met 39510011000046

⁷³ 00038022000176 tot en met 00038022000469

⁷⁴ 00035010000244 tot en met 00035010000266

⁷⁵ 00040007000252 tot en met 00040007000314

⁷⁶ 00040007000177

⁷⁷ 00167001000001

81. In het ingeleverde schriftelijke materiaal van onder meer Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge B.V.⁷⁸, Ballast Nedam⁷⁹, KWS⁸⁰ en Strukton⁸¹ bevinden zich aantekeningen en verslagen van vooroverleg, waarin de werken verdeeld zijn volgens de methode van blanken.
82. Op grond van de bovenvermelde verklaringen en diverse andere gelijklopende verklaringen⁸² van clementieverzoekers, en het bovenvermelde schriftelijke materiaal, staat vast dat het blanken inhield dat bij het vooroverleg aanwezige ondernemingen de zogenaamde “blankcijfers” met elkaar vergeleken. Vervolgens werd met elkaar bepaald wat de hoogte was van de “claims” die de “rechthebbende” aan de overige aanwezige ondernemingen verschuldigd werd door het feit dat hij het recht op het betreffende werk verkreeg. Ten slotte werd de volgorde van inschrijving op het betreffende werk onderling bepaald. De volgorde van de blankcijfers bepaalde in beginsel ook de volgorde van inschrijven op een werk. De onderneming bij het vooroverleg met het laagste blankcijfer kreeg het werk, daarna werd dat blankcijfer opgehoogd met het totale bedrag aan “claims” op dat werk om tot het inschrijfcijfer te komen.
83. Daarnaast werd gebruik gemaakt van het “italianen”. Ballast Nedam⁸³ verklaart: *“Vervolgens werd bepaald wat men aan de andere gegadigden bij wijze van daimrechten (de zogenaamde pepernoten) wilde uitkeren. De aanwezigen legden wederom een briefje op tafel, thans met het bedrag dat men bereid was aan de overigen uit te keren. De indiener van het hoogste bedrag kreeg het werk”*.
84. Dit wordt bevestigd door de verklaring van Roelofs⁸⁴: *“De bij het overleg betrokken ondernemingen, konden op een aanbesteding een bod doen, waarna de onderneming met het hoogste bod de aanbesteding verkreeg”*.
85. In het ingeleverde schriftelijke materiaal van onder meer BAM⁸⁵, Pannekoek GWW B.V.⁸⁶ en Heijmans⁸⁷ bevinden zich aantekeningen van vooroverleg, waarin de werken verdeeld zijn volgens de methode van “italianen”.

⁷⁸ 00059005000002

⁷⁹ 00034008000029, 00034008000047 en 00034008000077

⁸⁰ 00035010000245 tot en met 00035010000254

⁸¹ 00036011000266

⁸² Zie onder meer Dura Vermeer 00037009000011; BAM 00038017000041 en 00038017000037 en Jansma, 00356003000001

⁸³ 00034009000006

⁸⁴ 00303003000002

⁸⁵ 00038017000786, 00038022000208 en 00038022000209

⁸⁶ 00364002000001

⁸⁷ 00040007000252 tot en met 00040007000259

86. Op grond van bovenvermelde verklaringen en diverse andere gelijkkluidende verklaringen⁸⁸ van clementieverzoekers en het bovenvermelde schriftelijke materiaal, staat vast dat het “italianen” inhield dat het werk werd verdeeld doordat de aan het vooroverleg deelnemende ondernemingen onderling boden op het werk door de hoogte aan te geven van de “claims” die ze, als ze het werk zouden krijgen, aan de andere deelnemers aan het vooroverleg zouden willen toekennen. Degene met het hoogste bod werd de “rechthebbende” op het werk, die mocht inschrijven voor het laagste - reeds eerder vastgestelde - inschrijfcijfer.
87. Een andere methode was dat één van de aanwezige ondernemingen tijdens het vooroverleg vroeg om preferentie. Dura Vermeer⁸⁹ verklaart hierover: “ *Vaak trachtte een onderneming, die – bijvoorbeeld vanuit capaciteitsoverwegingen of vanwege de relatie met de opdrachtgever – geïnteresseerd was rechthebbende te worden, te verzoeken om preferentie*”.
88. Temmink⁹⁰ bevestigt dit door te verklaren: “ *Zo kon het bijvoorbeeld zijn dat een aannemer aan de overige deelnemers om preferentie voor een specifiek project vroeg. Soms werd het project dan inderdaad aan deze aannemer gegund onder de voorwaarde dat deze een vergoeding zou betalen aan de andere aannemers*”.
89. In het ingeleverde schriftelijke materiaal van onder meer J Bruins⁹¹, KWWS⁹² en De Roo⁹³ bevinden zich aantekeningen van vooroverleg over aanbestedingen waarin om preferentie wordt gevraagd en/of waarin preferentie is gegeven.
90. Op grond van bovenvermelde verklaringen en diverse andere gelijkkluidende verklaringen⁹⁴ van clementieverzoekers en het bovenvermelde schriftelijke materiaal, staat vast dat het door een aanwezige onderneming vragen om preferentie betekende dat deze onderneming aan de overige ondernemingen bij het vooroverleg vroeg om af te zien van het werk, zodat hij verzekerd zou zijn van het werk. De overige aanwezige ondernemingen bij het vooroverleg kregen een claim. Veelal werd preferentie gebaseerd op basis van in het verleden opgebouwde “claims”.

⁸⁸ Zie over het systeem van “italianen” onder meer Dura Vermeer, 00037009000011; Heijmans, 00040007000178 en Dusseldorp, 00272002000005

⁸⁹ 00037009000010

⁹⁰ 00321002000002

⁹¹ 00082020000004 en 00082020000009

⁹² 00035010000244 tot en met 00035010000266

⁹³ 00178002000108

⁹⁴ Zie over het systeem van preferentie onder meer Strukton, 00036011000007 en 00036011000008; Ballast Nedam, 00034009000007; BAM, 00038017000041 en 00038017000035; Van Den Biggelaar, 00339004000005

Verrekenen

91. “Claims” werden uitgedrukt in tegoeden, rechten, pepernoten, monopoliegeld etc. Reef⁹⁵ verklaart hierover: *“Gegeven de aldus bepaalde inschrijffers, schreven de deelnemende ondernemingen op wat zij bereid waren aan “wisselgeld” (...) aan andere ondernemingen toe te kennen. Reef Infra hecht eraan op te merken dat het bij dit “wisselgeld” niet ging om bedragen die ook daadwerkelijk betaald dienden te worden. Met “wisselgeld” trachtte men een tegoed op te bouwen, zodat men bij projecten die men daadwerkelijk wilde hebben, een hoog wisselgeld kon inzetten, ten einde de opdracht te verkrijgen”.*
92. Strukton⁹⁶ bevestigt dit in haar verklaring: *“Met andere woorden, de deelnemers aan de vergadering die niet als laagste mochten inschrijven verkregen een vordering op de winnaar van de vergadering, terwijl de winnaar van de vergadering een schuld aan de overige aanwezigen opbouwde”.*
93. Op grond van bovenvermelde verklaringen en diverse andere gelijklopende verklaringen⁹⁷ van clementieverzoekers, zowel op zichzelf beschouwd als in onderlinge samenhang gezien, waarbij de verklaringen elkaar bevestigen en versterken, staat vast dat de Deelnemende Ondernemingen, door middel van de voortdurende afstemmingen per aan te besteden werk, over en weer “claims” - bestaande uit “rechten” en “plichten” – opbouwden.
94. Een claim leidt dus tot een recht van de overige ondernemingen op de “rechthebbende” op werk A bij een toekomstig werk en tegelijkertijd tot een verplichting van de “rechthebbende” ten opzichte van de overige bij het vooroverleg met betrekking tot werk A aanwezige ondernemingen. Opgebouwde “rechten” en “plichten” werden door de Deelnemende Ondernemingen ingezet bij vooroverleg over andere toekomstige werken. De “claims” werden dus in principe onderling verrekend tussen bouwondernemingen bij toekomstige werken en niet direct tussen hen betaald of afgerekend.
95. Dit wordt bevestigd door de navolgende verklaringen van clementieverzoekers. Dura Vermeer⁹⁸ verklaart hierover: *“Bouwondernemingen wisten immers dat zij tijdens eerder vooroverleg opgebouwde vergoedingen konden verrekenen met vergoedingen die zij door een laag maakijfer te presenteren zouden moeten uitkeren aan de overige deelnemers aan later overleg”.*
96. Verboon⁹⁹ bevestigt dit en verklaart: *“De vergoedingen werden in de kantlijn genoteerd. Op deze wijze ontstonden tegoeden die konden worden gebruikt om te zien wie voor een bepaald werk aan de*

⁹⁵ 00089003000002

⁹⁶ 00036011000008

⁹⁷ BAM, 00038017000041 en 00038017000038; Van Den Biggelaar, 00339004000005 en Jansma, 00356003000002.

⁹⁸ 00037009000012

⁹⁹ 00227001000005

beurt was. Het principe van deze tegoden was werk voor werk".

97. Ook Van Den Biggelaar¹⁰⁰ bevestigt dit in haar verklaring: *"In zoverre vertegenwoordigde het claimrecht een aanspraak op omzet/werk. De aannemer met een hoog saldo aan claimrechten, kan, wil hij graag het werk maken, een zeer laag kijkcijfer indienen of een hoog biedcijfer afgeven. Aldus verzekerde hij zich van het werk terwijl hij de verleende hoge claims kon afboeken op zijn saldo".*
98. De Deelnemende Ondernemingen administreerden de gemaakte afspraken door middel van een claimregistratie.¹⁰¹ Aan de hand van de claimregistratie konden de werken worden verdeeld en de "rechten" op toekomstige opdrachten worden bijgehouden. Van Den Biggelaar¹⁰² verklaart hierover dat: *"De vergoeding die op deze wijze door de aannemer werd verkregen, placht deze te registreren in een eigen zogenaamde claimregistratie ook wel aangeduid als registratie van rechten en plichten in het kader van werkverdeling".*
99. Dit wordt bevestigd door de verklaring van Dijkstra¹⁰³: *"De aanbestedingen waar vooroverleg had plaatsgevonden werden intern vastgelegd op een A4-tje (de registratie). Hierop werden de volgende zaken vermeld: de inschrijvers, de raming van de inschrijvers, de inzet in pepernoten, de inschrijfsommen van de betreffende inschrijvers en het moment waarop de pepernoten werden verrekend".*
100. Ook Heijmans¹⁰⁴ bevestigt dit in haar verklaring: *"De op vestigingsniveau gemaakte afspraken in het vooroverleg werden doorgegeven aan één en dezelfde persoon binnen Heijmans. Dit werd telefonisch of per fax doorgegeven. Deze persoon hield een registratie bij van alle aannemers waarop Heijmans een vordering of schuld had".*
101. Eén of twee maal per jaar bepaalden de Deelnemende Ondernemingen, buiten het verband van een concrete aanbesteding, het saldo van de "rechten" en "plichten" ten opzichte van elkaar. In eerste instantie probeerden de Deelnemende Ondernemingen de openstaande "claims" zoveel mogelijk onderling te verrekenen (ook wel clearen genoemd), door bijvoorbeeld "rechten" en "plichten" tegen elkaar weg te strepen. Indien men bilateraal niet kon clearen, kwam het regelmatig voor dat "rechten" en "plichten" in driehoeksverhoudingen tegen elkaar werden weggestreept. De berekende overblijvende saldi van "rechten" en "plichten" vormden vervolgens de beginstand voor het volgend jaar. Daarmee werd tot uitdrukking gebracht dat de afgesproken "claims" een manier vormden om werken te verdelen, waarbij de opgebouwde "claims" dienden om aanspraken op nieuwe opdrachten geldend te maken.

¹⁰⁰ 00388004000006

¹⁰¹ Zie randnummer 45 voor diverse voorbeelden hiervan.

¹⁰² 00339004000006

¹⁰³ 00338003000005

¹⁰⁴ 00040007000179

102. Reel¹⁰⁵ verklaart over het systeem van het jaarlijkse verrekenen het volgende: “*Het streven was dat op jaarbasis (of mogelijk langer) tussen de betrokken partijen geen saldi van wisselgeld bleven bestaan, omdat men wenste te voorkomen dat daadwerkelijk betalingen dienden te worden verricht. Konden in enig jaar vorderingen of verplichtingen niet geheel worden verevend, dan werd het saldo doorgeschreven naar het volgende jaar*”.
103. Roelofs¹⁰⁶ bevestigt dit in haar verklaring: “*Voor de goede orde wordt opgemerkt dat in alledrie de regio's het zogeheten pepernotensysteem werd gehanteerd. Dat wil zeggen dat Roelofs de vorderingen van de bij het vooroverleg betrokken partijen altijd verrekende in werk en nooit in geld. Aan het eind van het jaar werden tegoeden tegen elkaar weggestreept, waarbij door Roelofs nooit facturering heeft plaatsgevonden*”.
104. Er bestonden ook diverse landelijke en regionale systemen waarbinnen “claims” tussen de Deelnemende Ondernemingen getotaliseerd en zoveel mogelijk vereffend werden. Dura Vermeer¹⁰⁷ verklaart hierover: “*Deze geïnstitutionaliseerde clearingbijeenkomsten hadden de namen OEF, het Oost-Nederlands egalisatiefonds, NEF, het Noord-Nederlands egalisatiefonds, LEF, het Limburgs egalisatiefonds en de BEF, het Brabants egalisatiefonds. Dura Vermeer deelde doorgaans enkel binnen het kader van het NEF en het OEF. (...) Bij het OEF kwamen een zestigtal ondernemingen jaarlijks bij elkaar, meestal in januari en meestal binnen het kantoor van een grote onderneming die vertegenwoordigers kon ontvangen. Binnen het OEF bestond er een aparte staffel voor openbare aanbestedingen en een aparte staffel voor onderhandse selectieve aanbestedingen. Voordat deze jaarlijkse vergadering plaatsvond, werd al zoveel (veelal telefonisch) mogelijk geprobeerd overeenstemming te verkrijgen tussen de verschillende ondernemingen die over en weer claims te “clearen” hadden. De resultaten daarvan werden ingeleverd bij een commissie die berekeningen maakte van de verschillende claims die ondernemingen over en weer hadden en met een eindvoorstel kwam waarin zoveel mogelijk over en weer werd “gedleared”. Het kon voorkomen dat daarna per onderneming nog een saldo aan claims ten opzichte van ander ondernemingen bleef openstaan. Dit saldo aan claims werd overgebracht naar het volgende jaar en kon weer worden ingezet bij het vooroverleg. (...) Anders dan de namen van deze jaarlijkse clearingbijeenkomsten zouden kunnen suggereren, werd deelname aan deze bijeenkomsten niet uitsluitend bepaald door regionale aanwezigheid, meer eerder door de reële mogelijkheid om binnen een bijeenkomst zoveel mogelijk te kunnen clearen*”.
105. Heijmans¹⁰⁸ bevestigt deze verklaring. Zij verklaart hierover: “*De OEF is het enige egalisatiefonds dat na de afschaffing van het gereguleerde systeem in stand is gebleven. Toen het vooroverleg na het verbod op de aanbestedingsregelingen doorging, ontwikkelde OEF zich in toenemende mate tot een “clearing house” voor geheel Nederland. Uiteindelijk leidde dit ertoe dat afspraken van Zuid-*

¹⁰⁵ 00089003000002

¹⁰⁶ 00303003000003

¹⁰⁷ 00037009000014 en 00037009000015

¹⁰⁸ 00040018000007

Limburg tot Oost-Groningen in het kader van OEF gedeclareerd werden”.

106. In het ingeleverde schriftelijke materiaal van onder meer Ballast Nedam¹⁰⁹ en Reef¹¹⁰ bevinden zich voorbeelden van aantekeningen en/of registraties die betrekking hebben op de OEF en de NEF.

4.6 Duur van het systeem van vooroverleg

107. Artikel 59, tweede lid, Mw verlangt dat de duur van de overtreding wordt vastgesteld in het rapport.

108. Enkele verklaringen van clementieverzoekers geven aan dat het systeem van vooroverleg vóór 1 januari 1998 werkzaam was. Opgemerkt wordt dat de onderzoeksbevoegdheid van de NMa ten aanzien van artikel 6, eerste lid, Mw zich niet uitstrekt op de periode vóór 1 januari 1998. Derhalve zijn gedragingen uit dat tijdvak niet in dit rapport opgenomen.

109. Als einddatum waarop het voeren van vooroverleg zou zijn opgehouden wordt door de clementieverzoekers verklaard “eind 2001”. Dit zou samenhangen met een TV-uitzending van het programma Zembla op 9 november 2001, waarin melding wordt gemaakt van kartelgedrag in de bouwsector in Nederland. Niet aannemelijk is dat het vooroverleg direct na het bedoelde programma zou zijn gestopt. De TV-uitzending was immers een onverwachte gebeurtenis en de groep van Deelnemende Ondernemingen” was zeer omvangrijk. Voor wat betreft de einddatum van het systeem van vooroverleg wordt gewezen op de volgende verklaringen.

110. Heijmans¹¹¹ verklaart: “*Er vond door de bedrijven binnen het GWW-segment in relatie tot nagenoeg alle meervoudige onderhandse aanbestedingen vooroverleg plaats. [...] Volgens de geïnterviewden zijn de afspraken eind 2001 beëindigd*”.

111. KVWS¹¹² bevestigt het bovenstaande in haar verklaring: “*Binnen de GWW-markt kunnen de volgende marktsegmenten en activiteiten worden onderscheiden. [...] Binnen deze marktsegmenten werden tot eind 2001 met grote regelmaat afspraken gemaakt tussen ondernemingen in het kader van aanbestedingen*”.

112. Voorts wordt dit door de verklaring van TBI¹¹³ bevestigd: “*De afspraken hadden betrekking op aanbestedingen die in de sector civiele betonbouw hebben plaatsgehad in de periode januari 1998-eind 2001*”.

¹⁰⁹ 00034008000257 tot en met 00034008000952

¹¹⁰ 00089004000001 tot en met 00089004000015

¹¹¹ 00040007000181

¹¹² 00035013000052

¹¹³ 00039030000003

113. De verklaring van Ballast Nedam¹¹⁴ bevestigt ook het bovenstaande: *“Overtredingen waarop het dementieverzoek betrekking heeft, betreffen afspraken tussen [...] die zagen op de verdeling van werken en de afstemming van inschrijfgedrag in de GWW-sector, meer in het bijzonder de wegenbouw, in Nederland in de periode 1 januari 1998 tot ultimo 2001”*.
114. Ten slotte wordt het bovenstaande bevestigd door de verklaring van Rasenberg¹¹⁵: *“Vanaf november 2001 tot heden hebben geen overlegstructuren meer plaatsgevonden.”*
115. Op grond van bovenvermelde verklaringen van dementieverzoekers staat wat de duur van de overtreding betreft vast, dat het hierboven omschreven systeem van vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland in elk geval in de periode januari 1998 tot en met december 2001 heeft plaatsgevonden.

4.7 Geografisch gebied waarbinnen het systeem van vooroverleg plaatsvond

116. Artikel 59, tweede lid, Mw verlangt dat het geografisch gebied, waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden, wordt vastgesteld in het rapport. Het geografisch gebied waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden hangt in het onderhavig geval nauw samen met het geografisch gebied waarbinnen de GWW-werken werden aanbesteed en uitgevoerd.
117. BAM¹¹⁶ verklaart over het geografisch gebied waarbinnen het systeem van vooroverleg plaatsvond: *“De inbreuk waarop het dementieverzoek van BAM betrekking heeft betreft het (structureel) deelnemen aan vormen van vooroverleg en afspraken bij (openbare of onderhandse) aanbestedingen in Nederland”*.
118. Hakkers Werkendam B.V.¹¹⁷ bevestigt dit in haar dementieverzoek: *“Overtredingen zijn gemaakt welke afspraken betreffen tussen collega-aannemers op projecten in de GWW-sector in Nederland”*.
119. Ballast Nedam¹¹⁸ bevestigt dit ook in haar verklaring: *“De overtredingen waarop het dementieverzoek betrekking heeft [...] zagen op de verdeling van werken en de afstemming van inschrijfgedrag om de GWW sector, meer in het bijzonder de wegenbouw, in Nederland in de periode 1 januari 1998 tot ultimo 2001”*.
120. KWWS¹¹⁹ verklaart in vergelijkbare zin: *“De overtreding betreft afspraken tussen nagenoeg alle ondernemingen die actief zijn in de GWW-sector [...] in Nederland”*.

¹¹⁴ 00034009000002

¹¹⁵ 00308002000004

¹¹⁶ 00038017000040

¹¹⁷ 00289001000001

¹¹⁸ 00034009000002

¹¹⁹ 00035013000049

121. Ten slotte verklaart BAM¹²⁰: “ *De inbreuk waarop het clementieverzoek van BAM betrekking heeft betreft het (structureel) deelnemen aan vormen van vóóroverleg en afspraken bij (openbare of onderhandse) aanbestedingen van werken in de wegenbouwsector in Nederland*”.

122. Op grond van bovenvermelde verklaringen, hetgeen vermeld is in de randnummers 103 tot en met 105 met betrekking tot het landelijk verreken van claims en diverse andere gelijklopende verklaringen¹²¹ van clementieverzoekers staat vast dat het hierboven omschreven systeem van vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken plaatsvond en werd toegepast in geheel Nederland. Daarbij bestonden er geen wezenlijke verschillen tussen regionale gebieden.

4.8 Conclusie naar aanleiding van de feiten en omstandigheden

123. Op grond van het bovenstaande staat vast dat ondernemingen ter zake van GWW-activiteiten in Nederland in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 in wisselende samenstelling deel hebben genomen aan vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland. De afzonderlijke vooroverleggen voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland hingen met elkaar samen en vormden samen één voortdurend systeem van afstemming. Het gemeenschappelijk doel van deze gedragingen van de ondernemingen was het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland.

124. Ten aanzien van de in bijlage 1 bij dit rapport genoemde ondernemingen (= de Deelnemende Ondernemingen) staat op grond van het bovengenoemde bewijsmateriaal vast, dat deze ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 hebben deelgenomen aan het bovengenoemde systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland.

5 Beoordeling

5.1 Artikel 6, eerste lid, Mw

125. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen en/ of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens de wetgeschiedenis van de Mededingingswet sluit artikel 6, eerste lid, Mw zo veel mogelijk aan bij

¹²⁰ 00038017000040

¹²¹ Reef 00089003000003 en Dura Vermeer 00037009000008

artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.¹²²

5.2 Ondernemingen

126. De in de bijlage 1 bij dit rapport genoemde Deelnemende Ondernemingen waren ten tijde van de gedragingen waarop dit rapport betrekking heeft, alle actief op het gebied van GWW-werken. Zij oefenden daarmee onmiskenbaar economische activiteiten uit en namen deel aan het economische verkeer. Alle Deelnemende Ondernemingen zijn voor dit rapport derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

5.3 Overeenkomst en/ of onderling afgestemd feitelijk gedrag

127. 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 te gedragen.¹²³

128. Het verbod op onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 6, eerste lid, Mw moet worden begrepen in het licht van het in het begrip 'mededinging' besloten concept dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk commercieel beleid hij zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid staat in de weg aan contact tussen ondernemers, indien dat contact als doel heeft de beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent of de kennisgeving aan zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag.¹²⁴ Aldus valt onder het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw ook elke vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.¹²⁵

129. Op grond van de in hoofdstuk 4 vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat tussen de Deelnemende Ondernemingen sprake is geweest van overeenkomsten en/ of van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

130. Om als overeenkomst en/ of onderling afgestemd feitelijk gedrag te kunnen worden aangemerkt, hoeven gedragingen niet te bestaan uit een op zichzelf staande handeling. Een overeenkomst en/ of onderling afgestemd feitelijk gedrag kan ook bestaan uit een reeks van

¹²² MvT Mw, Kamerstukken II, 1995/ 1996, 24 707, nr. 3, p. 61.

¹²³ GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/ 94 e.a., Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a. vs Commissie (PVCII), Jur. 1999, p. II-931, r.o. 715.

¹²⁴ HvJEG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48/ 73 e.a., Suiker Unie e.a. vs Commissie, Jur. 1975, p. 1663, r.o. 173 en 174.

¹²⁵ HvJEG 14 juli 1972, zaak 48/ 69, Imperial Chemical Industries vs Commissie, Jur. 1972, p. 619, r.o. 64.

handelingen of een voortgezette gedraging.¹²⁶ Het zou immers kunstmatig zijn om een voortgezette gedraging, die wordt gekenmerkt door één enkel doel, op te splitsen in verschillende gedragingen en als even zovele inbreuken te beschouwen.¹²⁷

131. Een kartel kan daarom worden beschouwd als één enkele voortdurende inbreuk voor de duur van zijn bestaan. De gedragingen kunnen in de loop van de tijd variëren. Nieuwe ondernemingen kunnen aan de gedragingen deelnemen en andere ondernemingen kunnen besluiten deze te beëindigen. De mogelijkheid dat één of meer elementen van een geheel van handelingen of van een duurzaam gevolgde gedragslijn, afzonderlijk en op zichzelf een schending van artikel 6, eerste lid, Mw kunnen vormen, doet hieraan niet af.¹²⁸
132. Een aantal gedragingen van verschillende ondernemingen kan de uitdrukking zijn van één enkele overtreding die ten dele onder het begrip overeenkomst en ten dele onder het begrip onderlinge afgestemde feitelijke gedraging valt.¹²⁹ Derhalve kan een dergelijke overtreding als een overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gekwalificeerd, zonder dat gelijktijdig en cumulatief behoeft te worden bewezen dat elk van de feitelijke bestanddelen zowel de karakteristieken van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertoont.¹³⁰
133. In het geval van langdurige kartels, behoeft niet iedere uitvoeringshandeling een juridische kwalificatie te hebben. Zolang het gaat om uitvoeringshandelingen die gebaseerd zijn op een gemeenschappelijk doel, en dus zoals hierboven vastgesteld de voortgezette gedraging kan worden vastgesteld als één enkele inbreuk, kan het plan inclusief uitvoeringshandelingen in algemene zin als een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw worden gekwalificeerd.¹³¹
134. De omstandigheid dat dit gemeenschappelijk doel ten uitvoer werd gelegd door de deelname aan vooroverleg voorafgaand aan individuele aanbestedingen betekent niet dat elk vooroverleg voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw afzonderlijk moet worden onderzocht en juridisch gekwalificeerd. Bij elk vooroverleg werden immers stelselmatig vergelijkbare

¹²⁶ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 81 en GvEA EG 16 december 2003, gevoegde zaken T-5/00 en T-6/00, Nederlandse Federatie Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie B.V. vs Commissie, n.n.g., r.o. 372.

¹²⁷ GvEA EG 17 december 1991, zaak T-7/89, SA Hercules Chemicals vs Commissie, Jur. 1991, p. II-1711, r.o. 263 en 264 en HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 77 en 82, GvEA EG 20 maart 2002, zaak T-9/99, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a. vs Commissie, Jur. 2002, p. II-1487, r.o. 186.

¹²⁸ Beschikking van de Commissie van 21 november 2001, Vitaminen, PbEG 2003 L6/1, ov. 560 en beschikking van de Commissie van 21 oktober 1998, Voorgeïsoleerde buizen, PbEG 1999 L 24/1, ov. 134.

¹²⁹ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 112-114 en GvEA EG 20 maart 2002, zaak T-9/99, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a. vs Commissie, Jur. 2002, p. II-1487, r.o. 188.

¹³⁰ GvEA EG 24 oktober 1991, zaak T-1/89, Rhône-Poulenc SA vs Commissie, Jur. 1991, p. II-867, r.o. 127.

¹³¹ Beschikking van de Commissie van 21 november 2001, Vitaminen, PbEG 2003 L6/1, ov. 558 en beschikking van de Commissie van 21 oktober 1998, Voorgeïsoleerde buizen, PbEG 1999 L 24/1, ov. 133.

afspraken gemaakt in het kader waarvan door de Deelnemende Ondernemingen “rechten” en “plichten” werden opgebouwd. Bij gevolg vormen de vooroverleggen gezamenlijk een onlosmakelijk geheel en moeten de in het kader daarvan gemaakte afspraken en gepleegde gedragingen als één enkele voortdurende inbreuk worden aangemerkt.

135. Op grond van de in hoofdstuk 4 vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat alle gedragingen van de Deelnemende Ondernemingen tezamen uitvoering gaven aan een gemeenschappelijk doel, namelijk het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland. Al deze gedragingen tezamen moeten worden gezien als een voortgezette gedraging die moet worden beschouwd als één enkele voortdurende inbreuk, in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw in de periode januari 1998 tot en met december 2001, waaraan wordt deelgenomen door de Deelnemende Ondernemingen.
136. Gezien het complexe en voortdurende karakter van deze overtreding, waarbij de Deelnemende Ondernemingen, al dan niet in wisselende samenstelling, gedurende een aantal jaren een systeem van vooroverleg hebben gehanteerd voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland, hoeven deze gedragingen niet gekwalificeerd te worden als uitsluitend een overeenkomst of onderling afgestemd feitelijk gedrag.¹³²
137. Een onderneming die deelneemt - in welke vorm dan ook - aan een met artikel 6, eerste lid, Mw strijdige inbreuk door handelingen die bijdragen tot de verwezenlijking van een gemeenschappelijke doelstelling, is aansprakelijk, voor de gehele duur van haar deelname aan de gemeenschappelijke actie, voor de gedragingen van de andere ondernemingen in het kader van dezelfde inbreuk. Dit is zeker het geval wanneer vaststaat dat de Deelnemende Onderneming de onwettige gedragingen van de andere deelnemers kende of deze redelijkerwijs had kunnen voorzien of kennen, en bereid was het risico te aanvaarden.¹³³
138. Bij gebreke van bewijs dat een onderneming zich daarvan openlijk heeft gedistantieerd moet ervan worden uitgegaan dat de desbetreffende onderneming aan de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft deelgenomen. Deze onderneming was immers op de hoogte van de onrechtmatige gedragingen van de andere ondernemingen of had deze redelijkerwijs kunnen voorzien en was bereid de consequenties te aanvaarden.¹³⁴
139. De stilzwijgende instemming en/of goedkeuring van een onrechtmatig initiatief, waarvan niet openlijk afstand wordt genomen en dat niet bij de administratieve instanties wordt

¹³² GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 e.a., Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a. vs Commissie (PVCII), Jur. 1999, p. II-931, r.o. 696-698.

¹³³ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 83 en beschikking van de Commissie van 21 november 2001, Vitaminen, PbEG 2003 L6/1, ov. 562.

¹³⁴ GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95 e.a., Cimenteries CBR e.a. vs Commissie (Cement), Jur. 2000, p. II-491, r.o. 1353 en 3199.

aangegeven, leidt ertoe dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd en de ontdekking ervan wordt bemoeilijkt. Deze medeplichtigheid vormt een passieve deelneming aan de inbreuk waarvoor de onderneming in het kader van één enkele inbreuk aansprakelijk kan worden gesteld.¹³⁵

140. Bovenvermelde inbreuk is noodzakelijkerwijs het uitvloeisel van een samenwerking van de Deelnemende Ondernemingen, die alle medeplegers van de inbreuk zijn, maar wier deelneming verschillende vormen kan hebben afhankelijk van bijvoorbeeld de positie van elke onderneming op de markt. Het enkele feit dat elke onderneming op haar eigen wijze aan de inbreuk deelneemt, volstaat niet om haar aansprakelijkheid voor de gehele inbreuk uit te sluiten, daaronder begrepen voor gedragingen die in feite door andere Deelnemende Ondernemingen zijn begaan, maar die hetzelfde mededingingsbeperkende doel of gevolg hebben.¹³⁶

141. Bij de onderhavige inbreuk doet de mate van betrokkenheid niets af aan de aansprakelijkheid van alle Deelnemende Ondernemingen voor het instandhouden van het systeem en de aansprakelijkheid voor de gehele inbreuk. Alle ondernemingen waarvan vaststaat dat zij aan vooroverleg hebben deelgenomen, zijn deelnemer aan en aansprakelijk voor het instandhouden van het systeem. Het is immers inherent aan het systeem van roulatie van werk dat het systeem blijft bestaan en voortduren door het via vooroverleg voortdurend opbouwen van “rechten” en “plichten” door de Deelnemende Ondernemingen. Om het systeem in stand te houden hoeft een onderneming niet bij elk vooroverleg aanwezig te zijn geweest. Na aanwezigheid bij een vooroverleg heeft een onderneming “rechten” dan wel “plichten” openstaan ten opzichte van andere aanwezige ondernemingen. Het systeem steunt op al deze ondernemingen, omdat de openstaande “rechten” en “plichten” doorwerken en dus gevolgen hebben voor toekomstige vooroverleggen bij volgende aanbestedingen. Op grond van de in hoofdstuk 4 vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat iedere Deelnemende Onderneming op de hoogte was van het bestaan, de werking en het gemeenschappelijke doel van het systeem van vooroverleg. Ieder individueel vooroverleg van de Deelnemende Ondernemingen was gericht op het gemeenschappelijke doel, namelijk het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland.¹³⁷

142. Het feit dat niet iedere Deelnemende Onderneming aanwezig was bij elk afzonderlijk vooroverleg waarbij voor het tijdstip van aanbesteding werken werden verdeeld en de inschrijfprijzen werden afgestemd en dat er tussen de Deelnemende Ondernemingen verschil

¹³⁵ HvJEG 7 januari 2004, zaak C-204/00 P e.a., Aalborg Portland A/S e.a. vs Commissie, n.n.g., r.o. 84.

¹³⁶ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92P Anic Participazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 79 en 80.

¹³⁷ HvJEG 15 oktober 2002, gevoegde zaken C-238/99 P e.a., Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a. vs Commissie, n.n.g., r.o. 518, HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92P Anic Participazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 79, 80 en 88 en GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95 e.a., Cimenteries CBR e.a. vs Commissie (Cement), Jur. 2000, p. II-491, r.o. 4027 en 4109.

zat in de frequentie of de regelmaat van aanwezigheid bij vooroverleggen en dat sommige ondernemingen elkaar nooit zijn tegengekomen in vooroverleggen, doet dus niet af aan het feit dat sprake is van één voortdurende inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. Derhalve zijn Deelnemende Ondernemingen, die alle hebben deelgenomen aan het systeem van vooroverleg en aan de verwezenlijking en instandhouding van de gemeenschappelijke doelstelling, aansprakelijk voor het geheel en derhalve aansprakelijk voor de werkverdeling en de afstemming van het inschrijfgedrag die hebben plaatsgevonden ten aanzien van concrete aanbestedingen (mede)gepleegd door andere Deelnemende Ondernemingen. Iedere onderneming waarvan de NMa de deelname aan het systeem van vooroverleg ter zake van GWW-activiteiten heeft aangetoond¹³⁸, is derhalve voor de gehele duur van het systeem aansprakelijk.

143. Het feit dat een Deelnemende Onderneming niet aan alle bestanddelen van een overtreding heeft deelgenomen of een zeer kleine rol heeft gespeeld bij de onderdelen waaraan zij wel heeft deelgenomen, is niet relevant voor de vaststelling dat zij aan de overtreding heeft deelgenomen. De mate van betrokkenheid kan wel in aanmerking worden genomen bij de sanctiëring.¹³⁹

144. Op grond van de in hoofdstuk 4 vastgestelde feiten en omstandigheden en de bovenvermelde analyse in hoofdstuk 5 staat vast dat ondernemingen deel hebben genomen aan overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw door overeenkomsten te sluiten en/of hun gedrag structureel af te stemmen door middel van het systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland. Hun vorenbedoelde gedragingen hangen nauw met elkaar samen, er is sprake van één systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemd feitelijk gedragingen dat als één voortgezette inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw kan worden aangemerkt. Er was derhalve sprake van een voortdurend proces van onderlinge afstemming hoe de ondernemingen zich ten aanzien van deze werken jegens elkaar zouden gedragen of zich van een bepaald gedrag zouden onthouden.

145. Ten aanzien van de in bijlage 1 bij dit rapport genoemde ondernemingen (= de Deelnemende Ondernemingen) staat op grond van de in hoofdstuk 4 vastgestelde feiten en omstandigheden en de bovenvermelde analyse in hoofdstuk 5 vast, dat deze ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 hebben deelgenomen aan het bovengenoemde systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding

¹³⁸ Zie bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport voor de lijst van deze Deelnemende Ondernemingen.

¹³⁹ HvJEG van 7 januari 2004, zaak C-204/00 P e.a., Aalborg Portland A/S e.a. vs Commissie, n.n.g., r.o. 84 en HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Participazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 90.

van GWW-werken in Nederland.

5.4 Verboden karakter van de gedragingen en afspraken

146. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst of onderlinge afgestemde feitelijke gedraging wanneer zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
147. Op grond van de in hoofdstuk 4 vastgestelde feiten en omstandigheden en de bovenvermelde analyse in hoofdstuk 5 staat vast dat het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland, het gemeenschappelijke doel was van de gedragingen van de Deelnemende Ondernemingen.
148. Afspraken en afstemming van gedragingen die naar hun aard de mededinging beperken, zoals het verdelen van de markt of het vaststellen van prijzen, zijn op grond van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag, en daarbij aansluitend artikel 6, eerste lid, Mw, verboden.¹⁴⁰
149. In dit kader wordt opgemerkt dat de Europese Commissie reeds in 1992, specifiek met betrekking tot de bouwsector in Nederland, heeft geoordeeld dat afspraken tussen ondernemingen omtrent werkverdeling en het inschrijfgedrag bij aanbestedingen in strijd zijn met artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag en daarmee in strijd zijn met artikel 6, eerste lid, Mw.¹⁴¹
150. Het systeem van vooroverleg, met als doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland, vormt één enkele voortgezette inbreuk door de Deelnemende Ondernemingen op artikel 6, eerste lid, Mw.
151. Gelet op het bovenstaande wordt vastgesteld, dat de onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van de Deelnemende Ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 erop waren gericht de onderlinge, normaliter tussen hen bestaande, concurrentie ten aanzien van de verwerving van GWW-werken in Nederland te beperken. Door het hanteren van een voortdurend systeem van werkverdeling en afstemming van inschrijfgedrag hebben de Deelnemende Ondernemingen derhalve ten aanzien van GWW-werken in Nederland welbewust feitelijke samenwerking in de plaats gesteld

¹⁴⁰ Zie bijvoorbeeld de 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.

¹⁴¹ Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), PbEG 1992 L92/1, o.a. ov. 136; zie ook GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, SPO e.a. vs Commissie, Jnr. 1995, p. II-289, en HvJEG 25 maart 1996, C-137/95P, SPO e.a. vs Commissie, Jnr. 1996, p. I-1611.

van concurrentierisico's.¹⁴²

152. Wanneer concurrenten voorafgaand aan een aanbesteding afspraken maken met betrekking tot hun toekomstig inschrijfgedrag, is zulks in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.¹⁴³ Elke onderneming dient autonoom te bepalen wat zij als commercieel aantrekkelijk en haalbaar beschouwt, alsmede daaruit de consequentie voor haar eigen optreden te trekken.¹⁴⁴ Door voorafgaande aan de aanbesteding middels direct of indirect contact danwel overleg af te stemmen tegen welke prijs welke onderneming inschrijft, wordt afgezien van onafhankelijk optreden. Vanaf het moment waarop zij zich hebben voorgenomen om een prijsaanbieding te doen, hebben de Deelnemende Ondernemingen afgezien van een dergelijk onafhankelijk optreden.¹⁴⁵
153. Gelet op het bovenstaande strekt het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland door de Deelnemende Ondernemingen ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, te beperken.
154. Wanneer wordt vastgesteld dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, verhinderen of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet nader te worden onderzocht.¹⁴⁶
155. De betrokken gedragingen hebben (tevens) ten gevolge dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De meeste opdrachten voor de uitvoering van werken worden toegekend op basis van inschrijvingsprocedures waarbij de bedoeling is dat ondernemingen om de verkrijging van het werk concurreren. Opdrachtgevers hebben de rechtmatige verwachting dat de ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de inschrijvende ondernemingen. Ten aanzien van de aanbesteding van GWW-werken in Nederland is deze verwachting in ieder geval in de periode januari 1998 tot en met december 2001 ernstig geschonden, doordat de Deelnemende Ondernemingen onderlinge afspraken hebben gemaakt omtrent werkverdeling en inschrijfgedrag, waardoor de opdrachtgevers het kartel niet of

¹⁴² HvJEG 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries vs Commissie, Jur. 1972, p 619, r.o. 64.

¹⁴³ Zie beschikking van de Commissie, 21 oktober 1998, Voorgeïsoleerde buizen, PbEG 1999 L 24/1, ov. 165 en besluit op bezwaar van de d-g NMa van 17 december 2001, zaak 2414, Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf, ov. 31 en 32.

¹⁴⁴ Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), PbEG 1992 L92/1; zie ook GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1995, p. II-289, en HvJEG 25 maart 1996, C-137/95P, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1996, p. I-1611.

¹⁴⁵ HvJEG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48/73 e.a., Suiker Unie e.a. vs Commissie, Jur. 1975, p. 1663, r.o. 173-174 en 191-192.

¹⁴⁶ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 99.

nauwelijks hebben kunnen ontlopen.¹⁴⁷

156. Ten gevolge van de beperking van de concurrentie, hebben de aanbestedende diensten ten aanzien van deze werken dan ook niet kunnen profiteren van op basis van concurrentie tot stand gekomen prijzen.¹⁴⁸

5.5 Merkbaarheid

157. De onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen leiden tot een merkbare mededingingsbeperking. Zoals aangegeven strekt het onderhavige systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot werkverdeling en afstemming van het inschrijfgedrag ter zake van GWW-activiteiten in Nederland ertoe de concurrentie te beperken en moeten de overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen derhalve in beginsel als merkbaar mededingingsbeperkend worden aangemerkt. Slechts indien de betrokken gedragingen wegens de zwakke positie van de Deelnemende Ondernemingen op de betrokken markt, de markt slechts in zeer geringe mate kunnen beïnvloeden, ontkomen zij aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw. Is daarvan geen sprake, dan is een onderzoek naar de daadwerkelijke effecten in dergelijke gevallen niet noodzakelijk voor de vaststelling dat sprake is van overtreding van de mededingingsregels.¹⁴⁹ Alsdan ligt het op de weg van de Deelnemende Ondernemingen om aan te tonen dat de betrokken gedragingen desondanks niet meer dan in geringe mate afbreuk (kunnen) doen aan de mededinging.
158. Gezien het feit dat in ieder geval alle grote bouwondernemingen in Nederland aan deze overtreding hebben deelgenomen, kan niet worden geoordeeld dat sprake is van een dermate zwakke positie van de Deelnemende Ondernemingen dat op grond daarvan zou moeten worden aangenomen dat zij slechts een verwaarloosbare invloed kunnen uitoefenen op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland.

5.6 Beoordeling artikel 6, derde lid, Mw

159. Alvorens een definitief oordeel te geven over de strijdigheid met artikel 6, eerste lid, Mw van de onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland, dienen de onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen getoetst te worden aan het bepaalde in artikel 6, derde lid, Mw. In dit artikel is een

¹⁴⁷ Zie beschikking van de Commissie, 21 oktober 1998, Voorgeïsoleerde buizen, PbEG 1999 L 24/ 1, ov. 165.

¹⁴⁸ Zie besluit van de d-g NMa van 18 december 2003, zaak 2873, Noord-Holland Acht, ov. 303.

¹⁴⁹ HvJEG 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk vs Vervaecke, Jur. 1969, p. 295, r.o.7, Rb. Rotterdam, 18 juni 2003, MEDED 01/ 621-RIP, X vs d-g NMa (Bredase notarissen), op dit punt bevestigd door het CBB. Zie CBB 12 maart 2004, AWB 03/ 916 en AWB 03/ 946.

wettelijke uitzondering op artikel 6, eerste lid, Mw vervat.

160. Het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland tussen concurrenten strekt er naar zijn aard toe de mededinging te beperken en wordt in de richtsnoeren van de Europese Commissie¹⁵⁰ als een hardcore beperking aangemerkt. Er wordt aangenomen dat deze beperkingen de meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden. De verdeling van werken beperkt immers de keuze waarover afnemers (i.c. de opdrachtgevers) beschikken. Dergelijke beperkingen komen als regel niet in aanmerking voor een beroep op de uitzonderingsregeling neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw, nu zij in het algemeen negatieve marktgevolgen hebben.

161. De gedragingen die het onderwerp vormen van dit rapport verstoren de concurrentie in ernstige mate en benadelen de afnemer. Dergelijke gedragingen kunnen nooit tot een verbetering leiden van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang. De verdeling van werken beperkt de keuze waarover de afnemers beschikken en leidt derhalve tot hogere prijzen. Voorts draagt de verdeling van werken bij tot een vorm van zekerheid voor de Deelnemende Ondernemingen die de concurrentie ernstig verstoort. Onzekerheid is een factor die aanzet tot innovatie en efficiency en daarmee de concurrentie bevordert.¹⁵¹

162. Verder vormen de onderhavige gedragingen een evidente doorkruising van de aanbestedingsprocedures die de (EU)wetgever bindend heeft voorgeschreven en druisen dus in tegen hetgeen de (EU)wetgever met deze aanbestedingsprocedures heeft beoogd (zie randnummer 15 tot en met 20). Kenmerkend voor alle vormen van aanbesteding is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders (i.c. bouwondernemingen) onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Het is evident dat de werking van de aanbesteding wordt verstoord door de werken vooraf onderling te verdelen. Er is geen sprake meer van de beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders om de gunst van de afnemer. Immers, waar voorheen de onderneming autonoom zou handelen, met andere woorden individueel marktgedrag, strekken de onderhavige gedragingen er toe dat de prikkel om dat te doen verdwijnt, met andere woorden collectief marktgedrag, waardoor (overheids)werken niet tegen een zo laag mogelijke prijs worden gerealiseerd.¹⁵²

163. Op grond van het voorgaande staat vast dat van verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang door het systeem van

¹⁵⁰ Zie de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001, PbEG 2001, C3/2, randnummer 25.

¹⁵¹ Zie de Richtsnoeren horizontalen, randnummer 25 en het besluit van de d-g NMa van 25 juli 2003, zaak 3089, Penta Projectontwikkeling B.V., ov. 66.

¹⁵² Zie het besluit van de d-g NMa van 20 december 2002, zaak 231, Medicom Zes, ov. 74.

het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland geen sprake kan zijn.

164. De onderhavige gedragingen leiden tot de onderlinge verdeling van werken en hebben als gevolg van het uitschakelen van de onderlinge concurrentie negatieve marktgevolgen voor de afnemers (i.c. de opdrachtgevers). Nu vast staat dat geen sprake is van economische voordelen, zoals bedoeld onder de eerste ontheffingsvoorwaarde, kunnen deze ook niet aan de afnemers worden doorgegeven. Integendeel, de marktverdeling waarvan hier sprake is, beperkt de keuze waarover de afnemers beschikken en beperkt de prikkel voor de ondernemingen om scherp in te schrijven en leidt derhalve tot hogere prijzen.¹⁵³

165. Opgemerkt wordt dat de vier voorwaarden voor de toepassing van de uitzonderingsregeling krachtens artikel 6, derde lid, Mw cumulatieve voorwaarden zijn en dat bijgevolg reeds wanneer niet voldaan is aan één voorwaarde, a fortiori wanneer aan twee voorwaarden niet is voldaan, zoals in casu, een beroep op artikel 6, derde lid, Mw niet kan slagen.

Conclusie ten aanzien van artikel 6, derde lid, Mw

166. De onderhavige overeenkomsten en/ of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland, voldoet niet aan de eerste en tweede voorwaarde, zoals neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw en komt deze bijgevolg niet in aanmerking voor de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 6, derde lid, Mw.

5.7 Conclusie beoordeling artikel 6 Mw

167. Op grond van de bovenvermelde bewijsmiddelen staat vast dat ondernemingen deel hebben genomen aan overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw door overeenkomsten te sluiten en/ of hun gedrag structureel onderling af te stemmen door middel van het systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland. Hun vorenbedoelde gedragingen hangen nauw met elkaar samen, er is sprake van één systeem van overeenkomsten en/ of onderling afgestemd feitelijke gedragingen dat als één voortgezette inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw kan worden aangemerkt. Er was derhalve sprake van een voortdurend proces van onderlinge afstemming hoe de ondernemingen zich ten aanzien van deze werken jegens elkaar zouden gedragen of zich van een bepaald gedrag zouden onthouden.

¹⁵³ Zie het besluit van de d-g NMa van 20 december 2002, zaak 231, Medicom Zes, ov. 90 en het besluit van de d-g NMa van 25 juli 2003, zaak 3089, Penta Projectontwikkeling B.V., ov. 68.

168. Ten aanzien van de in bijlage 1 bij dit rapport genoemde ondernemingen (= de Deelnemende Ondernemingen) staat op grond van de bovenvermelde bewijsmiddelen vast, dat deze ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 hebben deelgenomen aan het bovengenoemde systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland.

169. Het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland door de Deelnemende Ondernemingen strekt ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, te beperken.

5.8 Beoordeling artikel 81 EG-Verdrag

170. Ingevolge artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die bestaan in: a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden, b) het beperken of controleren van de productie, afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen, of c) het verdelen van markten of van de voorzieningsbronnen.

171. Op grond van artikel 3, eerste lid van Verordening 1/2003 zijn de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten verplicht om artikel 81 van het EG-Verdrag toe te passen op overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, eerste lid, EG welke de handel tussen de Lidstaten in de zin van die bepaling kunnen beïnvloeden, wanneer zij nationaal mededingingsrecht toepassen op deze overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

172. Uit artikel 88 Mw vloeit de bevoegdheid voor de NMa voort om artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag en artikel 82 EG-Verdrag toe te passen in overeenstemming met de uitvoeringsverordeningen op grond van artikel 83 EG-Verdrag en 84 EG-Verdrag.

173. Met betrekking tot de kwalificatie als ondernemingen, overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, met betrekking tot de (merkbare) mededingingsbeperking en met betrekking tot artikel 81, derde lid, EG-Verdrag wordt verwezen naar hetgeen hieromtrent is opgemerkt in de randnummers 126 tot en met 166 omdat toetsing aan artikel 81, eerste en derde lid, EG-Verdrag in dit opzicht op geen enkele wijze afwijkt van de toetsing aan artikel 6, eerste en derde lid, Mw en de beoordelingen en conclusies derhalve dezelfde zijn.

174. Artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag kent echter nog het bijkomende vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten.¹⁵⁴ Het verbod van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag is van toepassing, indien de mededingingsbeperkende afspraak de handel tussen de Lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Aan deze voorwaarde is voldaan zodra, op basis van het geheel van feitelijke en juridische elementen, met een voldoende mate van waarschijnlijkheid is te verwachten dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging “al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op het ruilverkeer tussen Lidstaten een zodanige invloed kan uitoefenen dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen de Lidstaten wordt geschaad”.¹⁵⁵ Deze beïnvloeding van de tussenstaatse handel dient daarnaast “merkbaar” te zijn.¹⁵⁶
175. Het begrip “kunnen beïnvloeden” impliceert dat het mogelijk moet zijn te voorzien dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lidstaten kan beïnvloeden.¹⁵⁷ Voor de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht hoeft niet het bewijs te worden geleverd dat de overeenkomst of gedraging de tussenstaatse handel daadwerkelijk heeft beïnvloed.¹⁵⁸ “Beïnvloeding” is een ‘neutraal begrip, dat niet noodzakelijkerwijs impliceert dat de handel wordt beperkt of verminderd. Het gaat er om dat de handel tussen de Lidstaten zich mét de overeenkomst of gedraging waarschijnlijk anders had ontwikkeld dan de ontwikkeling die zónder de overeenkomst of gedraging te verwachten viel.¹⁵⁹
176. Toepassing van het bovenstaande op de feiten in het onderhavige rapport, leidt tot de conclusie dat er sprake is van een effect op de tussenstaatse handel.
177. Volgens vaste jurisprudentie kunnen horizontale kartels die het hele grondgebied van een Lidstaat bestrijken normaal gesproken de handel tussen Lidstaten beïnvloeden, aangezien zij naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Zie in algemene zin over het vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten, de Bekendmaking van de Commissie betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2004, C 101/81.

¹⁵⁵ HvJEG 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia e.a. vs. Commissie, Jur. 1985, p. 2545, r.o. 22.

¹⁵⁶ HvJEG 25 november 1971, zaak 22/71, Béguelin, Jur. 1971, p. 946, r.o. 16 en HvJEG 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk, Jur. 1969, p. 295, r.o. 7.

¹⁵⁷ HvJEG 14 juli 1981, zaak 172/80, Züchner, Jur. 1981, p. 2021, r.o. 18 en HvJEG 10 december 1985, gevoegde zaken 240/82 e.a., Stichting Sigarettenindustrie, Jur. 1985, p. 3831, r.o. 48 en GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95 e.a., Cimenteries CBR e.a. vs Commissie (Cement), Jur. 2000, p. II-491, r.o. 3930.

¹⁵⁸ GvEA EG 7 oktober 1999, zaak T-228/97, Irish Sugar, Jur. 1999, p. II-2969, r.o. 170.

¹⁵⁹ HvJEG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig, Jur. 1966, p. 450; Bekendmaking van de Commissie betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2004, C 101/81, randnummer 34.

¹⁶⁰ HvJEG 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577, r.o. 95.

178. Dit geldt des te meer in onderhavige zaak, aangezien - zoals ook al door de Europese Commissie bepaald in haar beschikking over de Nederlandse bouwsector¹⁶¹, bevestigd door het Gerecht van Eerste Aanleg¹⁶²- de markt voor bouwwerken welke in een Lidstaat door de overheid of door particulieren worden aanbesteed, niet gereserveerd is, en ook niet gereserveerd mag zijn, voor uitsluitend de bouwondernemingen die in die Lidstaat zijn gevestigd. Voor werken die in opdracht van de overheid worden gerealiseerd geeft Richtlijn Werken¹⁶³ expliciet een verplichting om deze open te stellen voor ondernemingen uit de gehele Gemeenschap. Met name de openbare en de niet-openbare (met voorselectie) procedure zijn daarmee bij uitstek een middel voor buitenlandse bouwbedrijven om door te dringen op de Nederlandse markt.
179. De NMa heeft aan de hand van de door clementieverzoekers ingediende verklaringen en ingediend schriftelijk bewijsmateriaal geconstateerd dat sprake is geweest van een voortdurend systeem van vooroverleg met één gemeenschappelijke doelstelling, te weten het onderling verdelen van werken en het afstemmen van het inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland. Op meerdere van deze werken hebben buitenlandse ondernemingen zich – al dan niet in combinatie met Nederlandse ondernemingen – ingeschreven, dan wel waren zij in de gelegenheid zich in te schrijven.
180. De handel tussen Lidstaten kan bijvoorbeeld worden beïnvloed wanneer de leden van een nationaal kartel trachten de concurrentiedruk af te zwakken die uitgaat van concurrenten uit andere Lidstaten, door hen ofwel ertoe te brengen zich aan te sluiten bij de beperkende overeenkomst, ofwel juist daarbuiten te houden en deze uitsluiting van de overeenkomst die concurrenten een concurrentienadeel oplevert.¹⁶⁴
181. Zoals blijkt uit de vastgestelde feiten (zie randnummer 65) hadden de verboden gedragingen tot gevolg dat de buitenlandse ondernemingen zich in een aanzienlijk aantal gevallen conformeerden aan de door de Nederlandse bouwondernemingen gehanteerde spelregels. Buitenlandse ondernemingen namen hierbij actief deel aan de werkverdelings- en prijsafspraken en waren gelijk de nationale ondernemingen opgenomen in het voor het kartel kenmerkende systeem van “rechten” en “plichten”. Ook waren zij aanwezig bij de zogenaamde clearingbijeenkomsten, bijeenkomsten waarbij de in de loop van het jaar opgebouwde “rechten” en “plichten” tijdens een jaarlijkse bijeenkomst werden verrekend. De deelname aan concurrentiebeperkende gedragingen maakt dat potentiële buitenlandse concurrenten zich bij hun aanbiedingen hebben geconformeerd aan de gemaakte afspraken over bijvoorbeeld

¹⁶¹ Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), PbEG 1992 L92/1.

¹⁶² GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1995, p. II-289. Zie ook HvJEG 25 maart 1996, C-137/95P, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1996, p. I-1611.

¹⁶³ Richtlijn Werken (93/37/EEG) van 14 juni 1993 (PbEG 1993, L 199/54), gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG van 13 oktober 1997 (PbEG 1997, L 328/1).

¹⁶⁴ HvJEG 27 januari 1987, zaak 45/85, Verband der Sachversicherer, Jur. 1981, p. 405, r.o. 50 en HvJEG 28 mei 1998, zaak C-7/95P, John Deere, Jur. 1998, p. I-3111, r.o. 119.

preferentieverlening en de toekenning van vergoedingen.

182. Een en ander maakt dat er sprake was van een merkbaar (potentieel) effect op de handelsstromen tussen Lidstaten. Het behoeft niet te worden aangetoond dat dit effect zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. Het is aannemelijk, dat de handelsstromen zich anders zouden hebben ontwikkeld indien geen sprake was van de concurrentiebeperkende gedragingen. De gemaakte afspraken zijn derhalve van invloed geweest op het biedingsgedrag van de betreffende buitenlandse ondernemingen op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland.
183. Daarnaast wordt vastgesteld dat, gelet op het feit dat het mededingingsbeperkende systeem de gehele Nederlandse grondgebied beslaat en er derhalve een landelijke dekking bestaat en gelet op het feit dat de Deelnemende Ondernemingen gezamenlijk een zeer sterke positie innemen ter zake de verwerving van GWW-werken in Nederland, deze potentiële invloed op de handel merkbaar was.
184. Uit het voorgaande wordt geconcludeerd dat de in dit rapport beschreven overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de tussenstaatse handel ongunstig konden beïnvloeden in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.

5.9 Conclusie beoordeling artikel 81 EG-Verdrag

185. Op grond van de bovenvermelde bewijsmiddelen staat vast dat ondernemingen deel hebben genomen aan overtreding van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag door overeenkomsten te sluiten en/of hun gedrag structureel onderling af te stemmen door middel van het systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland. Hun vorenbedoelde gedragingen hangen nauw met elkaar samen, er is sprake van één systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemd feitelijk gedragingen dat als één voortgezette inbreuk in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag kan worden aangemerkt. Er was derhalve sprake van een voortdurend proces van onderlinge afstemming hoe de ondernemingen zich ten aanzien van deze werken jegens elkaar zouden gedragen of zich van een bepaald gedrag zouden onthouden.
186. Ten aanzien van de in bijlage 1 bij dit rapport genoemde ondernemingen (= de Deelnemende Ondernemingen) staat op grond van de bovenvermelde bewijsmiddelen vast, dat deze ondernemingen hebben deelgenomen aan het bovengenoemde systeem van vooroverleg in de periode januari 1998 tot en met december 2001 met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland.

187. Het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland door de Deelnemende Ondernemingen strekt ertoe de mededinging in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag te beperken.

6 Conclusie

188. De gedragingen zoals omschreven in dit rapport strekken ertoe de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen en vormen als zodanig een redelijk vermoeden van één voortgezette inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag. Gelet op het bovenstaande is een rapport in de zin van artikel 59, eerste lid, Mw opgemaakt.

7 Toerekening

189. Krachtens artikel 1, onder f, Mw dient het in de Mededingingswet gehanteerde begrip “onderneming” op dezelfde wijze te worden gedefinieerd als het begrip “onderneming” in artikel 81 EG-Verdrag. Volgens de communautaire jurisprudentie omvat het begrip “onderneming” elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.¹⁶⁵

190. In de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet wordt gesteld dat in het geval van een groot industrieel concern de sanctiebeschikking veelal wordt gericht tot de holdingmaatschappij vanwege de algemene verantwoordelijkheid die een dergelijke maatschappij pleegt te hebben voor het reilen en zeilen van een concern.¹⁶⁶ Dit standpunt is in overeenstemming met de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg.¹⁶⁷

191. Indien de moedermaatschappij of holding aan de overtreding deelnam, wordt aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor het gedrag van een groepsmaatschappij aangenomen.¹⁶⁸

192. In het onderhavige geval is vastgesteld dat de Deelnemende Ondernemingen deelnamen aan de in dit rapport besproken inbreuk ter zake van GWW-activiteiten in Nederland. Indien meerdere rechtspersonen, behorend tot één groep van ondernemingen die tot elkaar in concernverband staan, deelnemer zijn aan de inbreuk, dienen deze rechtspersonen gezamenlijk als één onderneming te worden aangemerkt.¹⁶⁹

¹⁶⁵ HvJEG 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner & Elser, Jur. 1991, p. I-1979, r.o. 21.

¹⁶⁶ Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86.

¹⁶⁷ GvEA EG 10 maart 1992, zaak T-11/89, Shell vs Commissie, Jur. 1992, p. II-757, r.o. 311-315 en GvEA EG 14 mei 1998, zaak T-352/94, Mo och Domsjö vs Commissie (Karton), Jur. 1998, p. II-1989, r.o. 87-95.

¹⁶⁸ Beschikking van de Commissie van 13 juli 1994, Karton, PbEG 1994 L 243/1, ov. 143.

¹⁶⁹ Beschikking van de Commissie van 13 juli 1994, Karton, PbEG 1994 L 243/1, ov. 143.

193. Het is in overeenstemming met de maatschappelijke en economische realiteit dat verschillende rechtspersonen, die in concernverband staan, in beginsel als een economische eenheid worden beschouwd. Een onderverdeling van een groep in verschillende rechtspersonen langs administratieve, geografische en/ of productgrenzen is een kwestie van interne organisatie van de desbetreffende economische eenheid.¹⁷⁰ De NMa kan slechts rekening houden met dergelijke juridische indeling binnen één onderneming, indien en voor zover de desbetreffende moeder- of holdingmaatschappijen niet in staat zijn het commerciële gedrag van de dochtermaatschappij in kwestie te beïnvloeden.
194. Indien een groepsmaatschappij, haar eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, dient de groep waartoe beide maatschappijen behoren als één onderneming te worden beschouwd.¹⁷¹ Uitsluitende zeggenschap van een moedermaatschappij in het kapitaal van een dochtermaatschappij vormt het belangrijkste criterium voor het vaststellen of een dochtermaatschappij niet werkelijk zelfstandig haar marktgedrag bepaalt en of haar gedragingen aldus mede aan haar moeder kunnen worden toegerekend.¹⁷²
195. Indien een Deelnemende Onderneming bestaat uit meerdere rechtspersonen, die tot elkaar in concernverband staan, rekent de NMa de overtreding toe aan de rechtspersoon, die de uiteindelijke zeggenschap over de groep uitoefent, alsmede – en wel hoofdelijk – aan de andere rechtspersonen van die Deelnemende Onderneming waarvan kan worden vastgesteld dat zij de in dit rapport beschreven inbreuk hebben gepleegd.
196. Indien een rechtspersoon gedurende de loop van de overtreding is overgenomen, wordt de inbreuk voor het geheel aan die rechtspersoon toegerekend en – pro rata – aan de voormalige moedermaatschappij en de nieuwe moedermaatschappij.
197. In dit kader wordt verwezen naar bijlage 1 bij dit rapport, waarin staat vermeld aan welke natuurlijke en rechtspersonen de onderhavige overtreding kan worden toegerekend. Daarbij is volgens bovenstaande overwegingen de toerekening bepaald. Hiervoor is ten aanzien van de Deelnemende Ondernemingen onderzoek gedaan naar de zeggenschapsverhoudingen gedurende de periode van januari 1998 tot en met december 2001 zoals deze blijken uit het Handelsregister (stand van zaken september/ oktober 2004).

Aldus opgemaakt te Den Haag op 13 oktober 2004.

W.g.

Dr. T.B.P.M. Tjin-A-Tsoi

¹⁷⁰ HvJEG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig, Jur. 1966, p. 450.

¹⁷¹ HvJEG 14 juli 1972, zaak 48/69, ICI vs Commissie, Jur. 1972, p. 619, r.o. 132-135.

¹⁷² Zie ook HvJEG 16 november 2000, zaak C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags AB/ Commissie, Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 29.

Directeur Directie Concurrentietoezicht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Bijlage 1 bij rapport 4155_1/3.P81 [Vertrouwelijk]

Lijst van Deelnemende Ondernemingen en lijst van natuurlijke en rechtspersonen aan wie de overtreding kan worden toegerekend.