

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 4374-72

Betreft zaak: 4374 / Hendriks-Infra V.O.F.

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 maart 2005, kenmerk 4374/ 11.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 29 maart 2005 (hierna: het bestreden besluit) heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) vastgesteld dat Hendriks Infra V.O.F. (hierna ook: Deelnemende Onderneming) artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG) heeft overtreden, wegens deelname aan het systeem van vooroverleg zoals uiteengezet in het Rapport dat integraal deel uitmaakt van het bestreden besluit. De overtreding is toegerekend aan G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V., Gijs Hendriks Holding B.V., Heros Beheer B.V. (hierna ook gezamenlijk: de Onderneming).
2. De d-g NMa heeft wegens de hiervoor genoemde overtreding aan de Onderneming een boete opgelegd.
3. Tegen het besluit heeft Hendriks Infra V.O.F. (hierna Hendriks Infra) op 4 mei 2005 pro forma bezwaar aangetekend. De gronden van bezwaar zijn op 27 juni 2005 aangevuld.
4. In overeenstemming met het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit¹ (hierna: de Raad) de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).

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

5. Op 9 december 2005 is Hendriks Infra, alsook de Raad naar aanleiding van de ingediende bezwaren door de Adviescommissie gehoord. Van dit horen is een verslag opgemaakt, dat op 10 april 2006 aan Hendriks Infra en de Raad is toegezonden.
6. Op 27 april 2006 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
7. Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt:.

“4. Conclusie en Advies

De Adviescommissie adviseert – na beoordeling van de bezwaren van partijen – de Raad van Bestuur bij het nemen van het besluit op bezwaar het navolgende in overweging te nemen:

De bezwaren van de partijen moeten naar de mening van de Adviescommissie ongegrond worden verklaard.”

8. De Raad heeft zich ervan vergewist dat het advies zorgvuldig tot stand is gekomen. De Raad besluit voorts conform het Advies. Ter motivering van dit besluit:
 - i. verwijst de Raad ex art. 3:49 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) naar het Advies, meer in het bijzonder naar de beoordeling van de Adviescommissie en het standpunt van de Raad, zoals de Adviescommissie dat heeft samengevat in het Advies;
 - ii. verwijst de Raad naar paragraaf II van dit besluit dat voorziet in een nadere motivering ten aanzien van het standpunt van de Adviescommissie dat de aanbestedingsomzet onder de door de Adviescommissie weergegeven omstandigheden de maatschappelijke schade reflecteert;
 - iii. verwijst de Raad naar paragraaf III van dit besluit dat voorziet in een aanvullende motivering ten aanzien van:
 - a. de rechtmatigheid van de versnelde procedure;
 - b. de mate van betrokkenheid;
 - c. [Vertrouwelijk]

II. Nadere motivering

Aanbestedingsomzet en maatschappelijke schade

9. Hendriks Infra heeft in haar bezwaarschrift betoogd dat onderzocht had moeten worden of de overheid daadwerkelijk schade heeft geleden door het systeem van vooroverleg.
10. De Raad conformeert zich wat dit betoog betreft, aan het standpunt van de Adviescommissie dat uit het bestreden besluit blijkt dat rekening is gehouden met de rol van de overheid bij het instandhouden van de inbreuk en dat de mate waarin rekening is gehouden met deze rol niet kennelijk onredelijk is.
11. Ook conformeert de Raad zich aan het standpunt van de Adviescommissie dat noch uit de Mededingingswet noch uit de parlementaire geschiedenis bij de Mededingingswet kan worden afgeleid dat de NMa gehouden zou zijn de maatschappelijke schade van een overtreding te onderzoeken.
12. Voor zover Hendriks Infra onderzoek verlangt in het kader van de vaststelling van de omvang van de boete, geldt dat schade ziet op de ernst van de overtreding, die in algemene termen reeds tot uitdrukking is gekomen in de boetegrondslag. Dat het systeem van vooroverleg schade (heeft) veroorzaakt, is evident. De opdrachtgever kan door dit systeem niet profiteren van de volle effecten van vrije mededinging tussen de diverse aannemers die zijn toegelaten tot een aanbesteding. Of , zoals de Adviescommissie het in haar Advies formuleert: *“Het is immers niet aannemelijk dat dergelijk vooroverleg zou hebben plaatsgevonden teneinde de aanneemsom zo laag mogelijk te houden.”*²
13. In vervolg op het hiervoor in randnummer 12 weergegeven citaat, merkt de Adviescommissie in haar Advies op: *“In deze omstandigheden reflecteert de aanbestedingsomzet de maatschappelijk schade.”* De Raad legt deze opmerking aldus uit dat het evident is dat bij een percentage van alle aanbestedingen vooroverleg heeft plaatsgevonden en dat dit vooroverleg heeft geleid tot maatschappelijke schade. Het in concreto vaststellen van de schade welke door het verboden gedrag is of kan worden veroorzaakt, vormt evenwel geen onderdeel van de boetevaststelling wat de Bekendmaking Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-deelsector (hierna: Boetebekendmaking)³ betreft en behoeft daar ook geen onderdeel van uit te maken. De Raad voelt zich op basis van het uitgebrachte Advies in deze zaak en daarmee samenhangende procedures gesteund in deze benadering.

² Randnummer 26 van het Advies.

³ Bekendmaking van de d-g NMa van 13 oktober 2004, Stct. 2004, nr. 198, p.33.

III. Aanvullende motivering

Rechtmatigheid van de versnelde procedure

14. Hendriks Infra stelt in bezwaar dat in de begeleidende brief bij het bestreden besluit nieuwe voorwaarden zijn geïntroduceerd voor de deelname aan de versnelde procedure. Volgens Hendriks Infra zijn de gestelde voorwaarden in de bezwaar- en beroepsfase niet van toepassing.
15. Voor zover het bezwaar is gericht tegen het vervallen van de 15% boetevermindering voor deelname aan de versnelde procedure, merkt de Raad het volgende op. Op het moment dat een onderneming besluit niet langer deel te nemen aan de versnelde procedure, dan is haar rechtspositie gelijk aan ondernemingen die voor de reguliere sanctieprocedure hebben gekozen. Dit betekent dat deze onderneming, net als de overige ondernemingen die niet deelnemen aan de versnelde procedure, niet langer recht heeft op de 15% boetevermindering die is toegekend vanwege de bijzondere vorm van medewerking bestaande uit deelname aan de versnelde procedure (en daarmee acceptatie van de daarvoor geldende voorwaarden). Door het beëindigen van de deelname aan de versnelde procedure is de rechtvaardiging die aan de 15% boetevermindering ten grondslag ligt, komen te vervallen. Daarop is Hendriks Infra tijdig en diverse malen gewezen.
16. Behoud van de 15% boetevermindering na het verlaten van de versnelde procedure zou bovendien in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel ten opzichte van de ondernemingen die niet hebben gekozen voor de versnelde procedure of voor het primaire besluit deelname aan de versnelde procedure hebben beëindigd. Een andersluidende opvatting zou ertoe leiden dat een onderneming eerst instemt met de voorwaarden van de versnelde procedure en een boetevermindering van 15% voor medewerking ontvangt, om vervolgens in bezwaar en beroep alsnog in strijd te handelen met deze voorwaarden en de medewerking op deze wijze geheel teniet te doen.
17. Op grond van het vorenstaande concludeert de Raad dat in de begeleidende brief bij het bestreden besluit geen nieuwe voorwaarden zijn geïntroduceerd voor de bezwaar- en beroepsfase van de versnelde procedure.
18. Het bezwaar dient ongegrond te worden verklaard.

Mate van betrokkenheid

19. Hendriks Infra stelt dat de ongelijkheid in de mate van betrokkenheid niet wordt opgeheven door het berekenen van de boete aan de hand van de aanbestedingsomzet, omdat geen rekening is gehouden met de verschillende vormen van aanbesteding (openbaar of onderhands). Voorts stelt Hendriks Infra in haar bezwaarschrift dat de beperkte mate van haar betrokkenheid bij het systeem van vooroverleg niet wordt 'hersteld' door de vermindering van het boetepercentage van 12% naar 10%.
20. Voor zover Hendriks Infra betoogt dat geen rekening is gehouden met de verschillende vormen van aanbesteding, kan dit betoog niet worden gevolgd. Het punt dat het systeem van verboden vooroverleg zich vooral voordeed bij de onderhandse aanbestedingen en niet bij de openbare aanbestedingen, is in de zienswijze voorafgaand aan het bestreden besluit uitgebreid naar voren gebracht door de gemachtigde van Hendriks Infra in zijn generieke zienswijze op het Rapport. In het versnelde besluit heeft de Raad vervolgens het boetepercentage vermindert van 12% naar 10% ter compensatie van het feit dat het niet voldoende aannemelijk was dat, zoals in het Rapport vermeld, het gebruik was voor bijna alle ondernemingen die GWW-activiteiten verrichten om voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland vooroverleg te voeren. Bij brief van 28 januari 2005 heeft de NMa dit aan Hendriks Infra uitdrukkelijk laten weten. In deze brief zijn ook de overige boeteparameters bekend gemaakt en is Hendriks Infra in de gelegenheid gesteld haar deelname aan de versnelde procedure te beëindigen.
21. Anders dan Hendriks Infra stelt, is derhalve met het terugbrengen van het maximale boetepercentage van 12% naar 10% niet beoogd de beweerde geringe mate van betrokkenheid van individuele ondernemingen te herstellen. De mate van betrokkenheid is tot uitdrukking gekomen in de gekozen boetegrondslag, te weten de aanbestedingsomzet 2001. Indien de mate van betrokkenheid gering was, dan is de aanbestedingsomzet 2001 - grofweg - navenant gering.
22. De Raad wijst er voorts op dat – hetgeen Hendriks Infra ook niet ontkent – zij door haar betrokkenheid en deelname heeft bijgedragen aan (de instandhouding van) het systeem van vooroverleg in de GWW-deelsector.
23. De Raad concludeert dat uit het voorgaande volgt dat met de vaststelling van de boetegrondslag, de aanbestedingsomzet 2001 en het boetepercentage, in voldoende mate rekening is gehouden met de mate van betrokkenheid van Hendriks Infra bij de kartelinbreuk.

24. Het bezwaar dient derhalve ongegrond te worden verklaard.

[Vertrouwelijk]

25. [Vertrouwelijk]

26. De Raad stelt vast dat in het bestreden besluit aan Hendriks Infra geen boete is opgelegd, zodat Hendriks Infra geen belang heeft bij dit bezwaar. De Raad verwerpt derhalve dit bezwaar.

Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 27 april 2006 over, inclusief het standpunt van de Raad zoals door de Adviescommissie samengevat in het Advies, zulks aangevuld met de hiervoor opgenomen nadere en aanvullende motivering in paragraaf II en III;
- II. verklaart de bezwaren tegen het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 maart 2005, kenmerk 4374/ 11, ongegrond;
- III. handhaaft de in voornoemd besluit neergelegde beslissing en de daarbij opgelegde boete.

Datum: 9 november 2006

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

overeenkomstig het door de Raad genomen besluit,

W.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur

Openbaar

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