

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

Nummer 3064/291

Betreft zaak: 3064/ Asfaltzware wegenprojecten Noord-Nederland

Inhoudsopgave

| | | |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 | INLEIDING | 3 |
| 1.1 | AANWIJZINGEN EN ONDERZOEK | 3 |
| 1.2 | HET RAPPORT | 5 |
| 1.3 | HET INBRENGEN VAN ZIENSWIJZEN, DE VERDERE VOORBEREIDING VAN HET BESLUIT | 7 |
| 1.4 | GEEN BOETE VOOR “DE DRIE” | 8 |
| 1.5 | OPZET VAN DIT BESLUIT | 8 |
| 2 | BESPREKING VAN DE ZIENSWIJZEN OMTRENT FORMELE ASPECTEN | 10 |
| 2.1 | DE ZIENSWIJZEN IN VERBAND MET ONAFHANKELIJKHEID EN VOORINGENOMENHEID | 10 |
| 2.2 | DE ZIENSWIJZEN OP DE PROCEDURE | 11 |
| 2.2.1 | <i>Zienswijzen op de aanvang van de procedure</i> | <i>12</i> |
| 2.2.2 | <i>Zienswijzen op de toegang tot het dossier</i> | <i>13</i> |
| 2.2.2.1 | <i>Onderzoeken en dossieropbouw</i> | <i>14</i> |
| 2.2.2.2 | <i>Inzage in alle bij een bedrijfsbezoek meegenomen stukken</i> | <i>17</i> |
| 2.2.2.3 | <i>Specifieke als vertrouwelijk aangemerkte stukken</i> | <i>17</i> |
| 2.2.2.4 | <i>Conclusie zienswijzen toegang tot dossier</i> | <i>19</i> |
| 2.2.3 | <i>Zienswijzen op de termijnen</i> | <i>20</i> |
| 2.2.4 | <i>Zienswijzen op de boeterelevante informatie</i> | <i>20</i> |
| 2.3 | DE ZIENSWIJZEN OP HET ONDERZOEK | 21 |
| 3 | FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN, HET BEWIJS | 27 |
| 3.1 | DE ZIENSWIJZEN OP HET BEWIJS IN HET RAPPORT, ALGEMEEN | 27 |
| 3.2 | VIJF BEWIJSMIDDELEN | 29 |
| 3.2.1 | <i>Het Verslag Reiskas (rapport rnrs 17-26; dossier nr 36 en 3)</i> | <i>30</i> |
| 3.2.2 | <i>De Snitjer-administratie (rapport rnrs 27-43; dossier nr 3)</i> | <i>38</i> |
| 3.2.3 | <i>De KWS-administratie (rapport rnrs 44-48; dossier nr 32)</i> | <i>52</i> |
| 3.2.4 | <i>Persoonlijk agenda's (rapport rnr 53; dossier nr 3)</i> | <i>54</i> |
| 3.2.5 | <i>De gegevens afkomstig van de aanbestedende diensten (rapport rnrs 54-82; dossier nrs diverse)</i> | <i>54</i> |

| | | |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.3 | DE FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN..... | 63 |
| 3.3.1 | <i>De conclusies van de d-g NMa ten aanzien van de feiten en omstandigheden</i> | <i>63</i> |
| 3.3.2 | <i>De zienswijzen van de betrokken ondernemingen op de conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden</i> | <i>70</i> |
| 3.3.3 | <i>De slotconclusie ten aanzien van de feiten en omstandigheden</i> | <i>73</i> |
| 4 | DE JURIDISCHE BEOORDELING..... | 74 |
| 5 | TE NEMEN MAATREGELEN, BOETE..... | 79 |
| 5.1 | HET JURIDISCH KADER; DE MEDEDINGINGSWET EN DE RICHTSNOEREN BOETETOEMETING | 79 |
| 5.2 | TOEPASSING VAN DE RICHTSNOEREN | 81 |
| 5.2.1 | <i>Betrokken omzet</i> | <i>81</i> |
| 5.2.2 | <i>De boetegrondslag</i> | <i>84</i> |
| 5.2.3 | <i>De zwaarte van de overtreding.....</i> | <i>85</i> |
| 5.2.4 | <i>Economische context en ernst van de overtreding; basisboete</i> | <i>85</i> |
| 5.2.5 | <i>Boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden.....</i> | <i>86</i> |
| 5.2.6 | <i>Berekening boetebedrag; wettelijk maximum.....</i> | <i>88</i> |
| 5.2.7 | <i>Matiging van de boete, algemene beginselen van behoorlijk bestuur.....</i> | <i>88</i> |
| 6 | BESLUIT | 91 |

1 Inleiding

1.1 Aanwijzingen en onderzoek

1. Ambtenaren van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) hebben onderzoek gedaan naar mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) door de volgende wegenbouwondernemingen:
 - a) Ballast Nedam Infra Noord Oost B.V. (hierna: Ballast Nedam)¹.
De onderneming heeft als doel de uitvoering en het onderhoud van wegenbouwwerken en is een dochter van Ballast Nedam Infra B.V., welke onderdeel uitmaakt van Ballast Nedam N.V.
 - b) Wegenbouwmaatschappij JHeijmans B.V. (hierna: Heijmans).
De onderneming houdt zich bezig met weg- en waterbouw, grondwerken, en andere bouwwerken, en is een dochter van Heijmans Infrastructuur B.V., welke onderdeel uitmaakt van de Heijmans N.V.
 - c) Koop Tjuchem B.V. (hierna Koop Tjuchem).
De onderneming houdt zich bezig met wegenbouw, de productie van asfalt en het aannemen van civieltechnische werken, en is een dochter van Koop Grond Weg- en Waterbouw B.V., een onderdeel van de Koop Holding B.V.
 - d) Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. (hierna: KWS).
De onderneming is actief in de grond-, wegen- en waterbouw, burgerlijke en utiliteitsbouw, en is een dochter van Volker Wessels Stevin Verkeersinfra B.V., welke deel uitmaakt van de Koninklijke Volker Wessels Stevin-groep.
 - e) Oosterhof-Holman Infra B.V. (hierna: Oosterhof-Holman)².
De onderneming stelt zich de aanneming en uitvoering van wegen- en waterbouwwerken ten doel en maakt deel uit van Oosterhof-Holman Beheer B.V.
 - f) Gruno Wegenbouw B.V. (hierna Gruno).
De onderneming maakt eveneens deel uit van Oosterhof-Holman Beheer B.V.
 - g) Gerrit Ooms B.V. (hierna: Gerrit Ooms); Gerrit Ooms is per 30 december 2000 opgehouden te bestaan als gevolg van een juridische fusie. De verkrijgende rechtspersoon is HBG Civiel B.V.. HBG Civiel B.V. (hierna: HBG) heeft als doel het aannemen van onder andere grond-, wegen- en waterbouwwerken, en is een dochter van de Hollandsche Beton Groep N.V., welke onderdeel is van de Koninklijke BAM NBM N.V.

¹ Van 18 december 1998 tot 20 oktober 2000 was de statutaire naam Ballast Nedam Grond en Wegen Noord Oost B.V..

² Van 31 december 1981 tot 12 maart 2002 was de statutaire naam Oosterhof-Holman Wegenbouw B.V..

- h) Reef Wegenbouw B.V. (hierna: Reef).
Deze onderneming stelt zich ten doel het aannemen en uitvoeren van wegen-, grond- en waterbouwwerken, en is een dochter van Reef Beheer B.V.
- i) Snitjer B.V. (hierna: Snitjer). Snitjer is reeds enkel jaren niet meer actief; de onderneming is voortgezet door de enig aandeelhouder, te weten BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V. (hierna: BAM NBM). Deze onderneming houdt zich bezig met het aannemen en uitvoeren van bouw- en grondwerken en wegen- en waterbouwkundige werken, en is onderdeel van Koninklijke BAM NBM N.V..
- j) Vermeer Infrastructuur B.V. (hierna: Vermeer)³. De onderneming heeft als doel het uitvoeren van grondwerken, heiverken, waterbouwkundige en wegenbouwkundige werken, en is een dochter van Dura Vermeer Infrastructuur B.V., onderdeel van de Dura Vermeer Groep N.V.
- k) [XXX]
- l) [XXX]
- m) [XXX]⁴.

De tien ondernemingen onder a. tot en met j. zijn in het rapport aangeduid als “de tien”; de drie ondernemingen onder k. tot en met m. als “de drie”.

2. Aanleiding voor het onderzoek waren aanwijzingen voor in artikel 6, eerste lid, Mw verboden overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot het aanbesteden van zo genoemde asfaltzware werken in Friesland, Groningen en Drenthe. Die aanwijzingen bleken onder meer uit gegevens die NMa-ambtenaren voorheen hadden aangetroffen tijdens een bedrijfsbezoek op 23 april 2002 aan het regiokantoor van KWS te Leek en aan het hoofdkantoor van KWS te Utrecht. De aanwijzingen werden versterkt door gegevens, aangetroffen bij een bedrijfsbezoek op 19 juni 2002 bij Oosterhof-Holman en Gruno. Ter uitvoering van het onderzoek hebben NMa-ambtenaren op 21 augustus 2002 een bedrijfsbezoek gebracht aan Ballast Nedam (locaties Groningen en Harlingen), aan Snitjer te Tynaarlo en Reef (locaties Oldenzaal en Emmen). De NMa heeft voorts op 18 oktober 2002 gegevens over de in het geding zijnde aanbestedingen opgevraagd bij de aanbestedende diensten.
3. Na afloop van het onderzoek had de directeur-generaal van de NMa (hierna: d-g NMa) een redelijk vermoeden dat de betrokken ondernemingen een overtreding als bedoeld in artikel 6, eerste lid, Mw hadden begaan en dat daarvoor een boete diende te worden opgelegd. De

³ Tot 5 mei 1997 was de statutaire naam Vermeer Grond- en Wegen B.V..

⁴ [XXX]

d-g NMa heeft derhalve een rapport, als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw doen opmaken (hierna: het rapport).

1.2 Het rapport

4. De in het rapport vermelde ondernemingen Gruno en Oosterhof-Holman hebben laten weten dat Gruno sedert 5 december 1997 een volle dochter is van Oosterhof-Holman en dat Gruno sedert de overname niet meer als autonome eenheid heeft geopereerd. Omdat dat laatste wordt bevestigd door de stukken in het dossier, merkt de d-g NMa Oosterhof-Holman en Gruno zoveel mogelijk als één betrokken onderneming aan, aangeduid als Oosterhof-Holman. Om de aansluiting met de terminologie van het rapport te behouden, wordt de term “de tien” in dit besluit nog gehandhaafd, waar thans negen ondernemingen bedoeld zijn.

De bewijsmiddelen in het rapport

5. In het rapport is gebruik gemaakt van gegevens, aangetroffen tijdens de bedrijfsbezoeken aan het hoofdkantoor KWS te Utrecht, aan het regiokantoor KWS te Leek, aan Oosterhof-Holman en aan Snitjer. Het verslag van ambtshandelingen (hierna: vva) van elk van die bezoeken maakt deel uit van het dossier zoals dat conform artikel 60 Mw ter inzage is gelegd⁵.
6. Het rapport behandelt in deel III de feiten en omstandigheden (artikel 57, tweede lid, onder a en b, Mw), welke ieder op zich en door hun onderlinge samenhang en overeenstemming dienen als bewijs voor overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw. Daarbij baseert het rapport zich in het bijzonder op de volgende bewijsmiddelen:
 - het Verslag reiskas, aangetroffen bij de bedrijfsbezoeken aan KWS Leek en Snitjer,
 - de Snitjer-administratie, aangetroffen bij het bedrijfsbezoek aan Snitjer,
 - de KWS-administratie, aangetroffen bij het bedrijfsbezoek aan KWS Utrecht,
 - twee verklaringen van de heer [XXX] (voormalig directeur van een onderdeel van KWS),
 - de administratie van Oosterhof-Holman en Gruno, aangetroffen bij het bedrijfsbezoek aan Oosterhof-Holman en Gruno.
 - persoonlijke agenda's van een werknemer van Snitjer, aangetroffen bij het bedrijfsbezoek aan Snitjer.
 - de gegevens afkomstig van de aanbestedende diensten.

Conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden

⁵ Inventarislijst nummers 32, 36, 35 resp. 3.

7. Het rapport concludeert in de randnummers 106-107 dat - samengevat - “de tien” een afspraak hebben gemaakt en/of hun gedrag hebben afgestemd met betrekking tot asfaltzware werken in de regio Groningen, Friesland en Drenthe, en dat dat heeft geleid tot daadwerkelijke afstemming van hun inschrijfgedrag bij de aanbestedingen van de volgende 9 projecten:
 1. International Businesspark Friesland (IBF) te Heerenveen,
 2. Groot onderhoud provincie Friesland (bestek nr. 99-06),
 3. Rotonde in de Provinciale weg N390 te Harlingen,
 4. Reconstructie Stadsweg Ten Boer,
 5. Asfaltering Nieuwe Boteringestraat te Groningen,
 6. Onderhoud wegen 1999 te Vlagtwedde,
 7. Onderhoudswerken aan provinciale wegen in de provincie Groningen,
 8. Asfaltonderhoudswerkzaamheden te Tytsjerksteradiel, en
 9. Het aanbrengen van asfaltbetonverhardingen met bijkomende werken op de rijkswegen 6 en 31.
8. Bij deze aanbestedingen is steeds tussen “de tien” afgestemd wie als laagste zou inschrijven met als tegenprestatie een op geld waardeerbare vergoeding van de laagste inschrijver aan de andere ondernemingen, mits daadwerkelijk aan één van “de tien” is gegund.
9. Het rapport concludeert verder dat ten aanzien van twee van de negen aanbestedingen, te weten de rotonde te Harlingen en het groot onderhoud in Friesland, in ieder geval ook [XXX], [XXX] en [XXX] (“de drie”) samen met “de tien” hun inschrijfgedrag hebben afgestemd.

De juridische beoordeling in het rapport

10. Het rapport stelt in rnr 109 voorop dat de betrokken ondernemingen kwalificeren als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet.

Voorts concludeert het rapport in de rnr's 113-114 dat “de tien” met boven vermelde afspraak, althans onder met het vermelde onderling afgestemde feitelijk gedrag artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden. Ten aanzien van “de drie” concludeert het rapport dat zij in ieder geval bij twee aanbestedingen samen met “de tien” hun inschrijfgedrag hebben afgestemd (rnr 115).

Daarbij zet het rapport in de rnr's 116-119 uiteen dat het gaat om welbewuste feitelijke samenwerking die wordt geacht mededingingsbeperkend te zijn vanwege haar aard, zodat de concrete gevolgen niet in aanmerking behoeven te worden genomen. Bovendien hebben de gedragingen, zo stelt het rapport, daadwerkelijk de mededinging tenietgedaan.

11. De rechtspersonen waaraan de overtreding kan worden toegerekend, zijn blijkens het rapport: Ballast Nedam, Heijmans, Koop Tjuchem, KWS, Gruno, Oosterhof-Holman, Gerrit Ooms, Peef, BAM NBM en Vermeer. Voorts kan de overtreding, voor zover deze betrekking heeft op het inschrijfgedrag rondom de aanbestedingen van de rotonde te Harlingen en het groot onderhoud te Friesland, volgens het rapport eveneens worden toegerekend aan [XXX], [XXX] en [XXX].
12. Het rapport voegt daaraan nog toe dat in het kader van een procedure op grond van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag reeds eerder een vergelijkbare overtreding is vastgesteld in de vorm van mededingingsbeperkingen binnen de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties (SPO); voorts heeft de d-g NMa naar aanleiding van twee verzoeken om ontheffing⁶ op 20 november 1998 in een voorlopig oordeel gesteld dat hij - wanneer het voorlopige oordeel niet leidt tot intrekking van de verzoeken - zich genoodzaakt zag de verzoeken af te wijzen en tegelijkertijd een rapport op te maken in de zin van artikel 59 Mw (rnrs 121-124).

1.3 Het inbrengen van zienswijzen, de verdere voorbereiding van het besluit

13. Overeenkomstig artikel 59, derde lid, Mw hebben de betrokken ondernemingen afschrift van het rapport gekregen en overeenkomstig artikel 60 zijn zij in de gelegenheid gesteld hun zienswijze op het rapport naar voren te brengen. Alle betrokken ondernemingen, behoudens Gerrit Ooms, hebben tijdig hun schriftelijke zienswijze ingebracht. De ondernemingen zijn voorts in de gelegenheid gesteld om tijdens hoorzittingen op 3 en 10 juli 2003 hun zienswijzen naar voren te brengen. Aanvankelijk wilden zij, behoudens Gerrit Ooms, van die gelegenheid gebruik maken en zijn zij ook verschenen op de hoorzitting op 3 juli 2003. Tijdens de hoorzitting verzochten zij evenwel het horen voor een aantal weken of maanden te schorsen, omdat zij niet tijdig over bepaalde, op dat moment niet langer als vertrouwelijk aangemerkte stukken beschikten en daardoor stelden te zijn gehinderd in de voorbereiding van de verdediging. Dat verzoek is ter zitting afgewezen op grond dat het disproportioneel was, waarna bedoelde partijen ervan afzagen op 3 dan wel op 10 juli 2003 te worden gehoord.
14. Het ging de betrokken ondernemingen in het bijzonder om beschikking over de bij de va's gevoegde lijsten van meegenomen stukken. De NMa heeft daags na de hoorzitting op

⁶ Een verzoek van de SPO en andere ondernemersverenigingen uit de bouwsector van 31 maart 1998 om ontheffing ex artikel 17 Mw met betrekking tot de zogenaamde Voorlopige uitvoeringsinstructie en de Erecode 1993; en een verzoek van de Stichting Marktwerking Bouwnijverheid (SMB) van 22 februari 1996 om ontheffing ex artikel 10 Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen met betrekking tot de zo genoemde Algemene inschrijvingsvoorwaarden.

3 juli 2003 die stukken per fax naar partijen verzonden en hen medegedeeld dat het horen zou worden voortgezet op de reeds geplande tweede hoorzittingsdag (10 juli 2003). Behoudens Heijmans hebben partijen van die gelegenheid geen gebruik gemaakt en hun besluit daartoe schriftelijk gemotiveerd.

15. Van de hoorzittingen is een verslag gemaakt, dat aan ieder van de deelnemers is toegezonden.
16. Met het oog op de vaststelling van de boetes is ten slotte aan de betrokken ondernemingen en aan de aanbestedende diensten gevraagd om mededeling van de omzetten die met de aanbestede werken zijn gerealiseerd (eindafrekeningen). Aan de betrokken ondernemingen is tevens gevraagd om mededeling van de omzet in het jaar 2002, welke omzet bepalend kan zijn voor het wettelijk boetemaximum (artikel 57 Mw). De gevraagde omzetcijfers zijn tijdig verstrekt.

1.4 Geen boete voor “de drie”

17. Mede naar aanleiding van de zienswijzen van “de drie” heeft de d-g NMa geconcludeerd dat de bewijsmiddelen onvoldoende zijn om te kunnen vaststellen dat “de drie” bij de aanbesteding van het project rotonde te Harlingen en de aanbesteding van het project groot onderhoud in Friesland artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden. De d-g NMa ziet derhalve ervan af aan “de drie” een boete op te leggen.
18. De d-g NMa zal in het vervolg van dit besluit niet verder ingaan op hetgeen “de drie” overigens in hun zienswijzen naar voren hebben gebracht. Onder betrokken ondernemingen worden hierna alleen “de tien” verstaan.

1.5 Opzet van dit besluit

19. In het vervolg van dit besluit (deel 2) bespreekt de d-g NMa eerst de zienswijzen van de betrokken ondernemingen op de meer formele aspecten van de besluitvorming (onafhankelijkheid en vooringenomenheid van de NMa; de door de NMa gevolgde procedure en het door de NMa verrichte onderzoek). Vervolgens worden in deel 3 de bewijsmiddelen behandeld op basis waarvan in het rapport is vastgesteld dat een overtreding is begaan; per bewijsmiddel wordt tevens ingegaan op de zienswijzen die ter zake van dat middel naar voren zijn gebracht. Aan het slot van deel 3 geeft de d-g NMa aan welke conclusies hij trekt uit de bewijsmiddelen en de zienswijzen daarop, waarna hij zijn eindconclusie geeft over hetgeen hij als bewezen vaststelt. Deel 4 behandelt de juridische kwalificatie van het bewezene en de zienswijzen daarop. Deel 5 bevat de overwegingen omtrent het opleggen van een boete en de op dat punt

ingebrachte zienswijzen, waarna in deel 6 het dictum van het besluit volgt.

20. Waar het om de ingebrachte zienswijzen gaat, blijkt dat die zich voor een groot deel richten op dezelfde onderwerpen en dezelfde strekking hebben. Voor zover dat het geval is, worden in dit besluit de zienswijzen aangehaald of samengevat zonder daarbij te verwijzen naar de individuele ondernemingen die de betreffende zienswijzen hebben ingebracht. Voor zover de zienswijze van een onderneming veeleer een individueel karakter heeft, bijv. waar het gaat om feiten of belangen die enkel die onderneming raken, wordt de zienswijze besproken onder vermelding van de naam van de onderneming.

2 Bespreking van de zienswijzen omtrent formele aspecten

2.1 De zienswijzen in verband met onafhankelijkheid en vooringenomenheid

21. De betrokken ondernemingen hebben in de schriftelijke zienswijzen en tijdens de hoorzitting op 3 juli 2003 de volgende bedenkingen naar voren gebracht.
- De NMa functioneert niet als onafhankelijk en onpartijdig gerecht, zoals voorgeschreven in artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM).
 - De NMa heeft lopende het onderzoek naar de bouw Boeterichtsnoeren gepubliceerd die specifiek op de bouw zijn toegesneden en die tot exorbitante boetes voor bouwondernemingen leiden, hetgeen in strijd is met het verbod van vooringenomenheid (artikel 2:4 Awb).
 - De NMa heeft bij herhaling en bij voorbaat de bouwsector in het openbaar zwart gemaakt en hoge boetes aangekondigd, terwijl het onderzoek nog niet was afgerond, nog geen rapport was uitgebracht, de zienswijzeprocedures nog moesten beginnen en nog geen enkel besluit was genomen. Evenzo heeft de NMa in het jaarverslag 2002 gesproken over prijsopdrijving in de bouw en gesteld dat de afnemers ruwweg 10 procent teveel hebben moeten betalen. Aldus handelde de NMa in strijd met het verbod van vooringenomenheid en met het beginsel van hoor en wederhoor. Dit is des te ernstiger, nu de NMa niet alleen onderzoeker maar ook rechter in eigen zaak is.

Beoordeling

22. Het feit dat de NMa niet als onafhankelijk gerecht fungeert, is inherent aan de keuze van de wetgever voor een bestuurlijke boete. Aan de door artikel 6 EVRM voorgeschreven toegang tot de rechter wordt invulling gegeven door de mogelijkheid van beroep in twee instanties bij de rechter.
23. De d-g NMa weersprekt dat hij bij de vaststelling van de Richtsnoeren Boetetoemeting⁷ in het bijzonder de bouwsector voor ogen had, laat staan dat vooringenomenheid jegens de bouwsector daarbij een rol heeft gespeeld. Het enige element in die Richtsnoeren waarbij aan de bouwsector is gedacht (maar niet alleen aan die sector) betreft aanbestedingsafspraken. In rnr 11 van de Richtsnoeren Boetetoemeting worden aanbestedingsafspraken tot de categorie horizontale marktverdelingsafspraken gerekend, hetgeen een logische kwalificatie is. Voorts voorziet rnr 16 van de Richtsnoeren Boetetoemeting in de mogelijkheid om in geval van een aanbestedingsafpraak als

⁷ Richtsnoeren boetetoemeting m.b.t. opleggen boetes Mededingingswet, 19-12-2001, Stcrt.2001, 248.

betrokken omzet voor elke deelnemer afzonderlijk aan te merken de omzet die op basis van het winnende bod kan worden gerealiseerd. Die voorziening is om begrijpelijke redenen toegevoegd, omdat anders de boete nihil zou bedragen voor ondernemingen die wel aan de aanbestedingsafpraak hebben deelgenomen, maar zelf geen projecten hebben uitgevoerd. Dat zou in strijd zijn met de uitgangspunten van de Richtsnoeren Boetetoemeting (zie ook hierna onderdeel 5.2.1).

24. Naar aanleiding van de stelling dat de NMa door de publiciteit die aan het onderzoek in de bouwsector is gegeven de presumptie van onschuld en het verbod van vooringenomenheid heeft geschonden, merkt de d-g NMa het volgende op.
- Hetgeen door de NMa in deze zaak naar buiten is gebracht betreft niet meer dan waartoe het onderzoek en het naar aanleiding daarvan opgestelde rapport een basis bieden. Nadat het rapport aan de betrokken ondernemingen is toegezonden, nemen de werkzaamheden in verband met de uitvoering van de artikelen 60, 61 en 62 Mw een aanvang. De ambtenaren die deze werkzaamheden hebben uitgevoerd, zijn niet betrokken geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek. Hiermee is een waarborg tegen vooringenomenheid gegeven. Het feit dat via de media communicatie plaatsvindt over de bevindingen van de NMa naar aanleiding van het onderzoek, doet daaraan niet af.⁸ Teneinde informatie te geven over de financiële consequenties van mededingingsbeperkingen, is in het jaarverslag 2002 een schatting van die consequenties gegeven op basis van de 3465 vermoede mededingingsbeperkende afspraken die zijn opgenomen in de zo genoemde Koop Tjuchem boekhouding (hierna: KT-boekhouding). Daaruit kunnen geen conclusies worden getrokken met betrekking tot overtreding van de Mededingingswet en financiële consequenties in individuele gevallen.

Conclusie

25. Bovenstaande bedenkingen zijn ongegrond en hebben geen consequenties voor de in artikel 62 Mw bedoelde bevoegdheid tot het opleggen van een boete.

2.2 De zienswijzen op de procedure

26. De betrokken ondernemingen hebben in hun zienswijzen, in nadien aan de NMa verzonden stukken en tijdens de hoorzitting op 3 juli 2003, bedenkingen geuit tegen de wijze waarop de NMa de procedure van hoofdstuk 7, par 2, Mw heeft uitgevoerd. De bedenkingen betroffen de aanvang van de procedure, de toegang tot het dossier, de

⁸ De NMa geeft in haar communicatie met de pers steeds aan in welk stadium van het proces een zaak zich bevindt. Met betrekking tot rapporten wordt vermeld dat het gaat om een vermoeden van een overtreding en dat de NMa nog geen definitief oordeel heeft gegeven over de inbreuk en een eventueel op te leggen boete.

termijnen voor de zienswijzen en het ontbreken van informatie die van belang is voor de hoogte van een eventuele boete.

2.2.1 Zienswijzen op de aanvang van de procedure

27. Omtrent de aanvang van de procedure hebben de betrokken ondernemingen het volgende naar voren gebracht.
- Alvorens het rapport aan de betrokken ondernemingen werd toegezonden of de ondernemingen anderszins werden geïnformeerd over de tegen hen bestaande verdenking, werden bij de ondernemingen reeds met het oog op een boete-oplegging omzetgegevens opgevraagd.
 - De betrokken ondernemingen zijn niet overeenkomstig artikel 6, derde lid, EVRM onverwijld op de hoogte gesteld van de aard en reden van de beschuldiging. In ieder geval was op 6 december 2002 een volledig rapport beschikbaar maar aan de betrokken ondernemingen werd slechts een zo genoemd "kop-staartrapport" van enkele bladzijden gezonden waaruit niet viel op te merken welke verdenking tegen hen bestond. Het kop-staartrapport voldeed ook niet aan de inhoudseisen van artikel 59, tweede lid, Mw. Pas op 28 januari 2003 werd het volledige rapport toegezonden maar dat zuivert niet het eerdere verzuim.
 - Ook werd op 6 december 2002 een persbericht met naam en toenaam uitgebracht, derhalve op een moment dat de betrokken ondernemingen nog niet wisten waarvan zij verdacht werden en zij zich nog niet teweer konden stellen. Desondanks vermeldde het persbericht: "De dertien" ondernemingen kunnen nu reageren op het rapport". Dat is een situatie die artikel 6 EVRM beoogt te voorkomen.
 - Een en ander is aanleiding om af te zien van boete-oplegging of voor matiging van een eventuele boete.

Beoordeling

28. De NMa heeft inderdaad aan enkele ondernemingen om omzetgegevens gevraagd, terwijl de NMa hen nog niet eerder had laten blijken dat zij voorwerp waren van onderzoek. In de betreffende brief werd echter verwezen naar het onderzoek door de NMa en werden omzetgegevens gevraagd die gerelateerd zijn aan wegenbouw waarbij asfalt is gebruikt. Aldus bleek uit de brief dat die ondernemingen voorwerp van onderzoek waren in verband met vermoedelijke overtreding van de Mededingingswet bij de wegenbouw met asfalt.
29. De d-g NMa bestrijdt dat uit het kop-staartrapport niet viel op te maken welke verdenking tegen de betrokken ondernemingen bestond. Het kop-staartrapport geeft in rnr 2 aan tegen welke ondernemingen de verdenking bestond en vat in rnr 113 de verdenking samen: de afspraak en gedragsafstemming, de soort werken, de regio, het aantal aanbestedingen, de wijze van afstemming en de duur van de overtreding. Ook geeft het kop-staartrapport

inzicht in de bewijsmiddelen. Aldus zijn de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 6, derde lid, EVRM onverwijld na afronding van het onderzoek geïnformeerd.

30. De d-g NMa tekent daarbij aan dat met toezending van een kop-staartrapport wordt beoogd enerzijds partijen tijdig te informeren over de tegen hen bestaande verdenking en anderzijds geen gegevens kenbaar te maken waarvan sommige partijen wellicht menen dat die vertrouwelijk zijn en niet aan andere partijen ter kennis mogen worden gebracht. Toezending van het volledige rapport liep vertraging op door discussies met partijen over de vraag of het rapport vertrouwelijke elementen bevatte, en met name door een tweetal volgtijdige gerechtelijke procedures waarbij daaromtrent een verzoek om een voorlopige voorziening werd gevraagd.
31. Het is beleid van de NMa om onmiddellijk na ondertekening en verzending van een rapport een persbericht uit te brengen. Ook in casu heeft de d-g NMa dat na verzending van het (kop-staart-)rapport gedaan. De d-g NMa acht dat een wijze van informatieverstrekking die past bij een zich publiek verantwoordend bestuursorgaan en bij een transparante beleidsuitvoering, en die bovendien verhindert dat onnodig geruchten met onjuiste informatie de ronde doen. De vertraging in het toezenden van het volledige rapport was onvoorzien, zoals boven bleek, en in ieder geval is het volledige rapport onmiddellijk na afloop van de gerechtelijke procedures aan partijen toegezonden. De d-g NMa ziet overigens niet in hoe deze gang van zaken gevolgen kan hebben voor het besluit omtrent de boete.

Conclusie

32. De d-g NMa heeft niet in strijd met artikel 6 EVRM gehandeld en de betrokken ondernemingen zijn door de handelwijze van de NMa niet in hun belangen geschaad. Er is geen sprake van onrechtmatig handelen bij de aanvang van de procedure dat verhindert dat de d-g NMa een besluit omtrent boete-oplegging neemt of dat de hoogte van een eventuele boete beperkt.

2.2.2 Zienswijzen op de toegang tot het dossier

33. Omtrent de toegang tot het dossier hebben de betrokken ondernemingen de volgende bedenkingen naar voren gebracht.
- Het dossier is willekeurig samengesteld en incompleet; bovendien zijn grote delen ervan als vertrouwelijk aangemerkt. De betrokken ondernemingen zijn daardoor geschaad in de verdediging.
 - De vraag welke stukken op de zaak betrekking hebben, moet ook worden gezien vanuit het perspectief van de betrokken ondernemingen. Partijen hebben geen inzicht in de selectie van de stukken. Met name gaat het hen om materiaal dat niet door de d-g

NMa als bewijs is gebruikt maar wellicht als tegenbewijs kan dienen of in ieder geval een ander licht op het bewijs kan werpen (*unused material, material for and against the accused*). De betrokken ondernemingen verwijzen daarbij naar jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), het Hof van Justitie van de EG (hierna: HvJEG) en de Rechtbank Rotterdam. Tot het *unused material* behoren volgens de betrokken ondernemingen alle stukken die door de NMa zijn meegenomen in het kader van het onderzoek naar de bouw en in ieder geval de stukken die deel uitmaken van de dossiers in zaken waaruit de NMa in casu heeft geput, te weten zaak 2771 en zaak 2876.

- De betrokken ondernemingen verzoeken om inzage in alle stukken met betrekking tot het onderzoek in de bouwsector.
 - Van belang voor de verdediging is met name volledige toegang tot het memo voorgenomen bedrijfsbezoeken, de verklaringen van de in rnr 6 gememoreerde heer [XXX] en de lijsten met bij een bedrijfsbezoek meegenomen stukken. Een op de zaak betrekking hebbend document kan niet als vertrouwelijk worden aangemerkt vanwege het belang van onderzoek in andere zaken (artikel 10, tweede lid, onder d, Wet openbaarheid van bestuur (hierna: WOB)); het belang van de verdediging behoort in punitieve procedures steeds zwaarder te wegen dan dat belang.
 - Als vertrouwelijk aangemerkte stukken kunnen in ieder geval niet als bewijs fungeren.
34. De d-g NMa stemt in met de zienswijzen van de betrokken ondernemingen dat vertrouwelijke stukken niet als bewijs kunnen fungeren, zoals ook de Rechtbank Rotterdam heeft bevestigd⁹. De zienswijzen inzake de toegang tot het dossier (de eerste twee bedenkingen) worden hieronder besproken aan de hand van:
- een korte uiteenzetting over de wijze waarop het toezicht en de onderzoeken in de bouwsector door de NMa zijn aangepakt;
 - een uiteenzetting over de dossiervorming in het algemeen;
 - een toespitsing van een en ander op de zaak Reiskas.
- Daarna volgt de beoordeling van de zienswijzen met betrekking tot inzage in alle bij een bedrijfsbezoek meegenomen stukken en met betrekking tot inzage in specifieke stukken.

2.2.2.1 Onderzoeken en dossieropbouw

De initieel uitgevoerde onderzoeken

35. Teneinde zicht te krijgen op concrete gevallen van onderlinge afstemming en afgestemd gedrag in de bouwsector zijn aanvankelijk bedrijfsbezoeken uitgevoerd bij die ondernemingen die werden verdacht van stelselmatige betrokkenheid bij een groot aantal gelijksoortige overtredingen van de Mededingingswet. Aanwijzingen voor de stelselmatige

⁹ Uitspraak van 26-11-2002 inzake NEA, nr. 00/1002 MEDED.

betrokkenheid lagen onder meer in de KT-boekhouding en in verklaringen van informanten. Die bedrijfsbezoeken hebben verdere aanwijzingen en bewijzen opgeleverd voor een aantal te onderscheiden overtredingen van de Mededingingswet, op basis waarvan verdere onderzoeken konden worden geëntameerd.

36. Op basis van de diverse aanwijzingen zijn concrete zaken geselecteerd die geschikt waren voor een onderzoek in de zin van de Mededingingswet: concrete naspeuringen of al dan niet een bepaalde overtreding is begaan (artikel 1, onder k, Mw). Een dergelijke selectie was nodig, omdat in beginsel alleen een rapport kan worden opgesteld en een boete kan worden opgelegd, indien voldoende duidelijk is welke nauwkeurig te begrenzen overtreding wordt vermoed, welke met name te noemen ondernemingen betrokken zijn, en op basis van welke feiten en omstandigheden de overtreding is vastgesteld. Van een concrete zaak is bijvoorbeeld sprake indien aanwijzingen duiden op afspraken van bepaalde ondernemingen tot afstemming van prijzen of inschrijfgedrag bij bepaalde aanbestedingen dan wel tot verdeling van de markt of productie.
37. De selectie van zaken was niet alleen afhankelijk van de hardheid en precisie van de aanwijzingen maar ook van nadere prioritering op basis van bijvoorbeeld de ernst van de overtreding of de noodzaak van handavingsmaatregelen. Aldus heeft de d-g NMa voorkomen dat willekeurig onderzoek werd gedaan en dat de onderzoekscapaciteit van de NMa ondoelmatig werd ingezet.

De verdere bedrijfsbezoeken

38. Op basis van de selectie zijn bedrijfsbezoeken of andere vormen van onderzoek uitgevoerd om te komen tot een nadere selectie of tot aanvulling van bewijs. Een aantal bedrijfsbezoeken was gericht op bewijsgaring in meerdere zaken.
39. Aan ieder bedrijfsbezoek ging een zorgvuldige beoordeling van de noodzaak en van de uitvoeringswijze vooraf, waarbij de evenredigheid en doelmatigheid van het onderzoek werden beoordeeld. Voorts zijn doel, betrokken personen en te onderzoeken objecten steeds duidelijk gepreciseerd. Een en ander is neergelegd in een of meerdere interne NMa-stukken. De verantwoordelijkheid voor de beslissing omtrent het onderzoek lag bij de d-g NMa of zijn plaatsvervanger. Van ieder bedrijfsbezoek werd voorts een wa gemaakt en, indien bij een bedrijfsbezoek documenten waren meegenomen, werd een lijst met die documenten bij het verslag gevoegd (hierna: lijst van meegenomen documenten). Het verslag werd toegezonden aan de bezochte onderneming. Deze handelwijze is niet specifiek voor de in de bouwsector uitgevoerde onderzoeken maar wordt in het algemeen door de NMa gevolgd.

Dossievorming in het algemeen

40. Vanaf het moment dat een concrete zaak op basis van aanwijzingen en prioritering wordt geselecteerd, wordt een afzonderlijk dossier met een (nieuw) intern archiefnummer gevormd. Overigens wil het feit dat een document een nummer heeft, niet zeggen dat dat nummer een zaak in de hier bedoelde zin representeert. Ieder gearchiveerd stuk heeft binnen de NMa een nummer (het zo genoemde Prisma-nummer) en de nummering is primair een administratieve aangelegenheid, geen beleidskeuze.
41. Anders dan de betrokken ondernemingen veronderstellen, maken aanwijzingen niet als regel deel uit van het dossier. Wel wordt een aanwijzing die tevens relevant is voor het bewijs, bijvoorbeeld een verklaring van een informant, steeds als bewijsmiddel in het dossier opgenomen.
42. Indien een bedrijfsbezoek voor het bewijs in een zaak relevant materiaal oplevert, wordt het verslag van ambtshandelingen aan het dossier van die zaak toegevoegd. Het kan dan later deel uitmaken van de ter inzage gelegde stukken, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de herkomst van het materiaal. Meer in het algemeen wordt ieder bewijsmiddel in het dossier opgenomen alsmede ieder document waaruit de wijze van verkrijging blijkt.

De zaak Feiskas

43. In casu kwamen de eerste schriftelijke bewijzen voor een concrete overtreding voort uit twee bedrijfsbezoeken bij KWS, welke hierboven in paragraaf 1.1 zijn vermeld. KWS werd verdacht van stelselmatige overtreding van artikel 6 Mw; die verdenking berustte met name op de zo genoemde KT-boekhouding en op verklaringen van de heer [XXX]. De wa's van die bedrijfsbezoeken zijn in het dossier opgenomen, zodat de herkomst van de bewijzen bekend is.
44. Bij het verdere onderzoek in casu zijn inlichtingen gevraagd van de opdrachtgevers en zijn bedrijfsbezoeken gebracht aan enkele ondernemingen (zie paragraaf 1.1). Waar die bezoeken bewijsmiddelen opleverden zijn de wa's als onderdeel van het dossier ter inzage gelegd. Naar aanleiding van verzoeken van partijen heeft de d-g NMa de lijsten van stukken die bij de bedoelde bedrijfsbezoeken zijn meegenomen, ter inzage gegeven; er was op dat moment geen onderzoeksbelang meer dat mogelijk kon worden geschaad. Door de terinzagelegging kunnen alle betrokken ondernemingen de herkomst en selectie van tot bewijs dienende stukken controleren.
45. Waar de bedrijfsbezoeken geen relevant materiaal hebben opgeleverd, is het wa niet ter inzage gelegd maar wel steeds aan de bezochte onderneming gezonden. Ook is bij ieder bedrijfsbezoek aangegeven van welke digitale gegevensdrager een kopie is gemaakt. De

betrokken onderneming is daardoor in staat na te gaan welke gegevens van de onderneming bij de NMa liggen.

46. Aldus hebben de bij de zaak betrokken ondernemingen inzicht in de totstandkoming van “de zaak” en van het dossier met alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Voorts hebben zij tezamen of afzonderlijk kennis van, dan wel overzicht over, hetzelfde relevante materiaal als dat bij de NMa aanwezig is. Er is geen sprake van willekeur of van het onttrekken van relevant materiaal aan inzage.

2.2.2.2 Inzage in alle bij een bedrijfsbezoek meegenomen stukken

47. Waar het gaat om de alsnog ter inzage gegeven lijsten met meegenomen stukken, hebben de betrokken ondernemingen niet alleen gevraagd om inzage in die lijsten maar tevens om inzage van *alle stukken die op die lijsten voorkomen*. Van de op de lijsten voorkomende stukken zijn de stukken die relevant zijn voor de onderhavige zaak, aan het dossier toegevoegd. Andere op de lijsten voorkomende stukken zijn niet relevant voor de onderhavige zaak en maken geen deel uit van het dossier. Omdat de betrokken ondernemingen daarbij dus geen belang hebben, wijst de d-g NMa het verzoek om inzage in die stukken af.
48. Daarnaast ligt het, waar het gaat om eventueel ontlastend materiaal, voor de hand dat dergelijk materiaal veeleer kan worden gevonden bij de betrokken ondernemingen zelf dan in willekeurige dossiers in andere zaken. Meer in het algemeen hebben de betrokken ondernemingen als comparatief voordeel dat zij inzage hebben in al hun eigen stukken, terwijl de NMa slechts beschikt over bij een bedrijfsbezoek verkregen uitsneden daaruit. De betrokken ondernemingen zijn daarom bij uitstek zelf in staat ontlastend materiaal te ontdekken en zij hebben het volle recht dat materiaal in de procedure in te brengen. Evenzo zijn de betrokken ondernemingen bekend met personen die als getuige uitsluitel kunnen geven over de vermoede betrokkenheid van de onderneming bij de in het geding zijnde gedragingen.
49. De betrokken ondernemingen kunnen dan ook redelijkerwijs niet stellen dat zij geschaad zijn in de verdediging doordat de NMa niet alle dossiers van het bouwonderzoek ter inzage heeft gelegd of niet alle dossiers waaruit een stuk is ontleend.

2.2.2.3 Specifieke als vertrouwelijk aangemerkte stukken

50. De d-g NMa stelt voorop dat hij op 4 juli 2003 alsnog de lijsten met meegenomen stukken ter inzage heeft gegeven, zoals hierboven is toegelicht.

Van de als vertrouwelijk aangemerkte stukken resteren daarna de volgende stukken:
Stuk 7: een intern NMa-memo inzake voorgenomen bedrijfsbezoeken (zie hierna),
Stuk 26: een alinea in een brief van de provincie Groningen over aanbesteding van asfaltonderhoud,
Stuk 33 en 34: gedeelten in de twee verklaringen van de heer [XXX],
Stuk 36: de omzetcijfers in het overzicht van aanbestedingen dat bij Oosterhof-Holman is aangetroffen,
Stuk 65: een lijst van stukken die door de heer [XXX] aan de NMa zijn overgelegd,
Stuk 89: de vertrouwelijke versie van het rapport.
Een aantal stukken inzake omzet en vertrouwelijkheid.

51. Van boven bedoelde (delen van) stukken zijn er slechts enkele rechtstreeks relevant voor het bewijs van de vermoede overtreding, namelijk stuk 33, 34 en 36. In dit besluit zijn die stukken niet als bewijsmiddel gebruikt (zie hierna par 3.2). Waar het gaat om de essentie van het rapport, de in artikel 59, tweede lid, Mw bedoelde “feiten en omstandigheden op grond waarvan is vastgesteld dat een overtreding is begaan”, hebben de betrokken ondernemingen dus in ieder geval volledige inzage in het dossier.

Vertrouwelijkheid intern NMa-memo voorgenomen bedrijfsbezoeken

52. Dit memo is een beleidsnotitie ten behoeve van intern beraad waarin de juridische positie van de NMa aan de orde komt. Een dergelijk stuk is op zichzelf geen op de zaak betrekking hebbend stuk.¹⁰ Het stuk is niettemin aan het dossier toegevoegd, omdat het een functie kan hebben bij een eventuele rechterlijke controle van de rechtmatigheid van het onderzoek. Alsdan kan de rechter in het kader van artikel 8:29 Awb beslissen over kennisneming van het stuk.
53. Het memo bevat een voorstel aan de (plv) d-g NMa voor bedrijfsbezoeken aan een drietal ondernemingen in het kader van het Reiskas-onderzoek en nog twee andere onderzoeken. Omdat het overwegingen, doel en werkwijze met betrekking tot de bedrijfsbezoeken bevat, kan terinzagelegging afbreuk doen aan de effectiviteit van toekomstige bedrijfsbezoeken en aldus het in artikel 10, tweede lid, onder d, WOB bedoelde belang schaden (inspectie, controle en toezicht). Blijkens de jurisprudentie strekt deze weigeringgrond er onder meer toe controletechnieken en -strategieën te beschermen en te verhinderen dat lopend onderzoek wordt gefrustreerd¹¹. Het gaat daarom te ver aan het belang van de verdediging een absolute betekenis te geven, zoals de betrokken ondernemingen lijken te eisen¹².

¹⁰ Vgl. president rechtbank 's-Gravenhage, 20-05-2003, KG 03/524.

¹¹ Vgl. RvSt, 13-12-90, R01.88.5009 en president rechtbank Rotterdam 14-12-99, VWOB 99/2397-GS.

¹² Zie ook Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), 24-06-2003, nr. 39482/98, rnr 42.

De d-g NMa handhaaft derhalve de vertrouwelijkheid van het memo.

Vertrouwelijkheid alinea in brief provincie Groningen over aanbesteding asfaltonderhoud

54. Deze alinea heeft betrekking op werkzaamheden die buiten het betrokken bestek zijn uitgevoerd en dus niet relevant zijn voor de in het geding zijnde aanbesteding.

Vertrouwelijkheid lijst van stukken die door de heer [XXX] aan de NMa zijn overgelegd

55. De lijst bevat stukken die niet relevant zijn voor de zaak Reiskas en die bij terinzagelegging ander onderzoek kunnen schaden.

Vertrouwelijke versie van het rapport

56. Het rapport bevat gegevens die in andere op de zaak betrekking hebbende stukken als vertrouwelijk zijn aangemerkt. In de versie van het rapport die aan de betrokken ondernemingen is toegestuurd, zijn die gegevens uiteraard weggelaten. De vertrouwelijke versie van het rapport is de versie waarin de vertrouwelijke gegevens volledig zijn opgenomen, en die versie is dus per definitie vertrouwelijk. Met het vertrouwelijk verklaren daarvan worden niet meer gegevens als vertrouwelijk aangemerkt dan in de andere dossierstukken is gebeurd.

Vertrouwelijkheid stukken inzake omzet en vertrouwelijkheid

57. Het gaat hier om stukken met omzetgegevens dan wel om stukken waarin standpunten worden ingenomen over de vertrouwelijkheid van gegevens. Deze stukken zijn in het belang van de betrokken ondernemingen als vertrouwelijk aangemerkt. De d-g NMa zal de stukken alsnog ter inzage leggen, indien de betrokken ondernemingen uitdrukkelijk laten weten niet langer aan vertrouwelijke behandeling van de van hen afkomstige stukken te hechten. Tot dusver is dat niet gebeurd.

2.2.2.4 Conclusie zienswijzen toegang tot dossier

58. Het geheel overziende kan niet worden gesteld dat het dossier onvolledig is of dat de verdediging wordt geschaad doordat een groot deel van de stukken als vertrouwelijk is aangemerkt. Alle op de zaak betrekking hebbende stukken zijn in het dossier opgenomen. De d-g NMa handhaaft gemotiveerd de vertrouwelijkheid van een beperkt aantal stukken, welke in het rapport (en in dit besluit) niet zijn gebruikt als bewijs van de overtreding. Er is in dit opzicht geen sprake van onrechtmatig handelen dat verhindert dat de d-g NMa een besluit omtrent boete-oplegging neemt of dat de hoogte van een eventuele boete kan beperken.

2.2.3 Zienswijzen op de termijnen

59. De betrokken ondernemingen hebben in de schriftelijke zienswijzen, in nadien aan de NMa verzonden stukken en tijdens de hoorzitting op 3 juli 2003 bedenkingen geuit tegen de termijnen voor het schriftelijk en mondeling uitbrengen van hun zienswijze en tegen de beperkte tijd ter voorbereiding van de hoorzitting. Zij hebben voorgesteld de hoorzitting enkele weken of maanden uit te stellen.
60. De d-g NMa stelt voorop dat het uitgebreide rapport, waarin de relevante bewijsmiddelen vrijwel volledig zijn aangehaald, reeds een aantal maanden vóór het begin van de zienswijzeprocedure aan de betrokken ondernemingen is toegezonden, zodat zij vroegtijdig op adequate wijze met de voorbereiding van de verdediging konden beginnen. Voorts heeft de d-g NMa, nadat het dossier ter inzage was gelegd, een in het Nederlands bestuursrecht gebruikelijke en redelijk geachte termijn van 6 weken gegeven voor het inbrengen van een schriftelijke zienswijze. Bovendien heeft de NMa, rekening houdend met verhinderdata van de gemachtigden, twee mogelijkheden geboden zich na het uitbrengen van de schriftelijke zienswijzen te doen horen.
61. Op verzoek van de betrokken ondernemingen heeft de d-g NMa daags na de eerste hoorgelegenheid alsnog de lijsten met meegenomen stukken per fax ter inzage gegeven. De controle die de lijsten mogelijk maken, vergt een geringe tijdsinspanning, zodat de resterende tijd voldoende was om vóór of tijdens de tweede hoorzitting adequaat op die lijsten te reageren.

Conclusie

62. De betrokken ondernemingen hebben voldoende tijd gehad om zich op de schriftelijke zienswijze en het horen voor te bereiden. De d-g NMa zag en ziet geen aanleiding het horen over het rapport enkele weken of maanden uit te stellen of opnieuw een gelegenheid tot horen te geven. Er is geen sprake van onrechtmatig handelen dat verhindert dat de d-g NMa een besluit omtrent boete-oplegging neemt of dat de hoogte van een eventuele boete beperkt.

2.2.4 Zienswijzen op de boeterelevante informatie

63. De zienswijzen bevatten de volgende bedenkingen tegen het rapport in verband met de beperkte boeterelevante informatie.
- Het rapport (het voornemen om een boete op te leggen) en de stukken geven onvoldoende informatie over de hoogte van een eventuele boete, waardoor de rechten van de verdediging worden geschaad. De betrokken ondernemingen weten niet waartegen zij zich moeten verweren.

- De betrokken omzet is de belangrijkste boetefactor. Het niet-vermelden daarvan is in strijd met de in artikel 3:2 Awb bedoelde zorgvuldigheid en met artikel 6, derde lid, EVRM. Zo kunnen zij niet beoordelen of de eventuele boete evenredig is (punt 7-8 Richtsnoeren Boetetoemeting). Bij het rapport in zaak 3055 (Scheemda) is de betrokken omzet wel aangegeven.
 - De betrokken ondernemingen wensen in het rapport of in een nader stuk meer informatie over de grondslagen en andere factoren die van belang zijn voor de hoogte van een eventuele boete teneinde zich op dat punt te kunnen verdedigen alvorens de d-g NMa omtrent de boete beslist.
64. Artikel 59, tweede lid, Mw schrijft voor wat het rapport moet vermelden. Daaruit blijkt dat het rapport informatie moet bevatten over de overtreding (feiten, omstandigheden, waar, wanneer, de betrokken onderneming). Niet is voorgeschreven dat het rapport of een nadien uit te brengen stuk ook andere informatie moet bevatten die specifiek van belang is voor de bepaling van de hoogte van de boete. Binnen het systeem van de wet is het dus heel wel mogelijk dat eerst bij het besluit tot oplegging van een boete kenbaar wordt wat de hoogte van de boete is en welke gegevens en kwalificaties bij de bepaling van de boete een rol hebben gespeeld. De rechten van de verdediging komen dan tot uitdrukking in de mogelijkheid tegen het boetebesluit bezwaar te maken en vervolgens in de mogelijkheid van beroep bij de rechter in twee instanties.
65. Voorts is voor de verdediging van belang dat de d-g NMa op 19 december 2001 de eerder genoemde Richtsnoeren Boetetoemeting heeft vastgesteld (beleidsregels), terwijl ook diverse besluiten zijn genomen waaruit de praktijk van de boetemeting door de d-g NMa blijkt. Een en ander maakt het de betrokken ondernemingen mogelijk anticiperend hun zienswijze op een eventuele boete-oplegging te geven, en diverse ondernemingen hebben dat ook adequaat gedaan.

Conclusie

66. Het feit dat het rapport slechts beperkte informatie bevat die relevant is voor een eventuele boete, is niet onrechtmatig en verhindert niet dat de d-g NMa overgaat tot het nemen van een besluit omtrent boete-oplegging. De d-g NMa komt niet tegemoet aan de wens om een aanvullend rapport met informatie met het oog op een eventuele boete.

2.3 De zienswijzen op het onderzoek

67. De betrokken ondernemingen achten het onderzoek op de volgende gronden onrechtmatig.
- Bij de bedrijfsbezoeken aan KWS Utrecht, KWS Friesland-Groningen, Oosterhof-Holman en BAM (Snitjer) hebben de NMa-ambtenaren het doel van het onderzoek

niet of onvoldoende specifiek aangegeven; bij het bedrijfsbezoek aan KWS Friesland-Groningen hebben de NMa-ambtenaren inzage gevraagd in "alle gegevens en bescheiden die wij wensten in te zien". De betrokken ondernemingen konden daardoor niet verifiëren of het onderzoek en de gevorderde medewerking binnen de grenzen van de wet vielen (de in artikel 5:13 Awb bedoelde evenredigheid).

- De NMa-ambtenaren hebben de bedrijfsruimten zonder rechterlijke machtiging doorzocht en daardoor in strijd met artikel 8 EVRM gehandeld. Partijen verwijzen daarbij naar het arrest *Colas Est* van het EHRM.
- De NMa heeft in strijd met de bescherming tegen zelfincriminatie onder dwang inzage verkregen in gegevens en bescheiden en aldus gehandeld in strijd met artikel 6, tweede lid, EVRM.
- Bij het bedrijfsbezoek aan BAM (Snitjer) is de cautie niet gegeven en is geweigerd de komst van een advocaat af te wachten; bij het bedrijfsbezoek aan Oosterhof is de cautie te laat gegeven. De NMa-ambtenaren hebben in strijd gehandeld met artikel 53 Mw en artikel 6 EVRM.
- De onderzoeken waren een *fishing expedition* en de bedrijfsruimten zijn *doorzocht*. Onduidelijk is of het onderzoek was gericht op de negen in het rapport bedoelde aanbestedingen. Bij het bedrijfsbezoek zijn ook documenten meegenomen over asfaltproductie. Willekeurig en zonder beperkingen zijn kasten, laden en computerbestanden geopend en doorzocht. Bij het maken van *forensic images* van centrale servers heeft de NMa zich niet gehouden aan de minimum voorwaarden, zoals vervat in de uitspraak van de President van de Rechtbank 's-Gravenhage van 9 april 2003 (nr. 03/341); de NMa-ambtenaren hebben voor de onderneming niet toegankelijke gegevens, privé gegevens en geprivilegieerde correspondentie meegenomen.

Beoordeling vordering medewerking

68. Ingevolge artikel 5:20, eerste lid, Awb is een ieder verplicht een toezichthouder alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Ingevolge artikel 5:13 Awb maakt een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Noch in deze bepalingen noch in de Mededingingswet kan een grondslag worden gevonden voor de verplichting om bij een bedrijfsbezoek omtrent het doel van het onderzoek een verdergaande mededeling te doen dan dat het ging om handhaving van de Mededingingswet. Ook indien artikel 5:13 Awb ertoe zou nopen dat in een enkel geval wel een aanduiding van het doel wordt gegeven, dan kan daaruit nog niet worden afgeleid dat die aanduiding specifiek dient te zijn dan wat in dit geval door de toezichthoudende ambtenaren aan KWS is meegedeeld. Daarbij merkt de d-g NMa op dat onderzoeksbelangen zich in de regel zullen verzetten - en zich in dit geval ook hebben verzet - tegen een al te gedetailleerde aanduiding van het doel van het onderzoek. In dat

geval zou de betrokken onderneming immers de gelegenheid worden geboden om belastend materiaal dat specifiek op het onderzoeksdoel betrekking heeft te verwijderen dan wel gelegenheid worden geboden om natuurlijke personen of andere betrokken ondernemingen te waarschuwen.

69. Waar het gaat om de gedachte dat het doel van het bedrijfsbezoek in detail dient te worden meegedeeld teneinde de onderneming in staat te stellen de rechtmatigheid van de vordering tot medewerking te beoordelen, merkt de d-g NMa op dat de in artikel 5:13 Awb vermelde toets door de toezichthouder intern dient te worden uitgevoerd voordat tot gebruik van de bevoegdheden wordt overgegaan. Het is aan de rechter om zich in een eventuele latere procedure over de rechtmatigheid van die toets uit te spreken. Voor voorafgaande beoordeling door de onderneming ten aanzien waarvan de bevoegdheid wordt uitgeoefend, kan noch in de Awb, noch in de Mededingingswet, noch ook in het EVRM een grondslag worden gevonden.

Beoordeling artikel 8 EVRM

70. De NMa heeft de hiervoor genoemde bedrijfsbezoeken uitgevoerd zonder rechterlijke machtiging. Er is geen wettelijk vereiste (of procedure) die in een dergelijke machtiging voorziet. Anders dan partijen lijken te veronderstellen verplicht ook artikel 8 EVRM niet tot een dergelijke machtiging. Een verplichting tot een rechterlijke machtiging valt ook niet af te leiden uit het arrest van het EHRM inzake *Colas Est*.¹³ Uit dat arrest blijkt dat een rechtspersoon niet in alle gevallen aan artikel 8 EVRM een recht op privacy ontleent: volgens dit arrest kan dit "onder bepaalde omstandigheden" het geval zijn. In dat kader is van belang dat het Franse onderzoek dat tot het arrest *Colas Est* heeft geleid, wat aantal bedrijven en reikwijdte van de uitgeoefende bevoegdheden betreft, veel verstrekkender was dan het onderzoek van de toezichthoudende ambtenaren van de NMa bij de hiervoor genoemde partijen. Gezien de context van de nationale wetgeving in de zaak *Colas Est* en de beperkte strekking van het onderzoek van de NMa is geen sprake is van een situatie waarin artikel 8, eerste lid, EVRM aan de orde is.
71. Bovendien, indien al zou moeten worden aangenomen dat zich inbreuken op artikel 8, eerste lid, EVRM hebben voorgedaan, dan waren deze gerechtvaardigd op grond van artikel 8, tweede lid, EVRM. In dat verband overweegt de d-g NMa dat de inmenging bij wet is voorzien. Ingevolge artikel 5:17, eerste lid, Awb is een toezichthouder bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden. Krachtens deze wettelijke bepaling waren de toezichthoudende ambtenaren van de NMa bevoegd inzage te vorderen in de zakelijke gegevens en bescheiden van de hiervoor genoemde bedrijven. Verder is de inmenging naar het oordeel van de d-g NMa noodzakelijk in de zin van artikel 8, tweede lid, EVRM. De

¹³ EHRM, 16 april 2002, nr. 37971/97.

beperking van het recht op privacy is evenredig aan het te beschermen legitieme belang – het toezicht op de naleving van de Mededingingswet – dat met de beperking wordt gediend.

Beoordeling zelfincriminatie, artikel 6 EVRM

72. Anders dan betrokken ondernemingen lijken te betogen, is de uitoefening van dwang bij de vordering tot inzage van gegevens op zichzelf niet onverenigbaar met artikel 6 EVRM. De ratio van die bepaling, alsmede van het zwijgrecht en het beginsel van “nemo tenetur” die daarin besloten liggen, is dat een persoon waartegen vervolging is ingesteld, wordt beschermd tegen overmatige overheidsdwang. In dat kader heeft het EHRM inzake *Saunders vs. Verenigd Koninkrijk*¹⁴ geoordeeld dat artikel 6 EVRM zich niet verzet tegen het gebruik voor bewijs van onder dwang door een verdachte afgegeven materiaal, zoals documenten, dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.¹⁵
73. Daargelaten of ten tijde van bedoelde bedrijfsbezoeken reeds sprake was van vervolging in de zin van artikel 6 EVRM, stelt de d-g NMa vast dat sprake is geweest van een eerlijke behandeling zoals genoemd in die bepaling. De vordering om inzage te verlenen zag in het bijzonder op gegevens en bescheiden in de bedrijfspanden waar het bedrijfsbezoek plaatsvond. De “dwang” die is uitgeoefend om mee te werken, bestond met name uit de waarschuwing dat bij niet-meewerken een boete zou worden opgelegd, terwijl niet ook al eerder een boete was opgelegd voor dezelfde overtreding. Bovendien zijn de ondernemingen niet gedwongen om actief bepaalde gegevens en bescheiden te selecteren en aan de NMa te overhandigen. Op al deze punten verschilde de omstandigheden bij bedoelde bedrijfsbezoeken van de omstandigheden die hebben geleid tot het door de betrokken ondernemingen genoemde arrest *JB vs. Zwitserland*¹⁶. Zo bij de bedrijfsbezoeken al sprake was van dwang, was de dwang wezenlijk geringer. Gelet op het bovenstaande is de d-g NMa van oordeel dat de dwang die is uitgeoefend, zodanig was dat de grenzen waarbinnen gesproken kan worden van een eerlijke behandeling als bedoeld in artikel 6 EVRM, niet zijn overschreden.

Beoordeling cautie en komst advocaat

74. Krachtens artikel 5:16 Awb is een toezichthouder bevoegd inlichtingen te vorderen en krachtens artikel 5:20 Awb is een ieder verplicht aan de toezichthouder alle medewerking te geven, mits die redelijkerwijs kan worden gevorderd. Waar het gaat om de bevoegdheid inlichtingen te vorderen bestaat de medewerking in het naar waarheid antwoorden. Artikel 53 Mw maakt een uitzondering op de medewerkingsplicht in relatie tot die bevoegdheid. Bij

¹⁴ EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699.

¹⁵ Zo oordeelde ook de Hoge Raad, HR 21 oktober 1997, NJ 1998/173.

¹⁶ EHRM, 3 mei 2001, nr. 31827/96.

een redelijk vermoeden van overtreding is er aan de zijde van de onderneming geen verplichting een verklaring ter zake af te leggen (zwijgrecht); de betrokkenen worden hiervan in kennis gesteld, voordat hun mondeling ter zake om een verklaring wordt gevraagd (cautie). Zwijgrecht en cautie zijn dus gekoppeld aan de vorderingsbevoegdheid van artikel 5:16 Awb. Bij een bedrijfsbezoek, zoals aan Snitjer en Oosterhof, gaat het evenwel om de uitoefening van de inzagebevoegdheid als bedoeld in artikel 5:17 Awb (en de betredingsbevoegdheid van artikel 5:15 Awb) en om de verplichting in relatie tot die bevoegdheid mee te werken. De medewerking kan bijvoorbeeld bestaan uit het toegang geven tot lokalen, het openen van kasten of het mededelen van wachtwoorden voor PC's. De bevoegdheid van artikel 5:16 Awb is daarbij niet aan de orde, zodat geen cautie hoeft te worden gegeven. Alleen als bij een bedrijfsbezoek tevens iemand wegens verdenking (van de onderneming) een verklaring wordt gevraagd, moet voordien de cautie worden gegeven. Bij de door de betrokken ondernemingen bedoelde bedrijfsbezoeken ging het evenwel alleen om het vorderen van inzage, zodat geen cautie behoefde te worden gegeven. Waar het gaat om de komst van een advocaat, zijn de onderzoeksambtenaren van de NMa in ieder geval bereid een half uur te wachten en is bij de in het geding zijnde bedrijfsbezoeken veelal langer gewacht. Aldus is voldoende tijd gegeven.

Beoordeling fishing expedition, doorzoeking

75. Hierboven onder punt 2.2.2.1 heeft de d-g NMa reeds uiteengezet hoe de bedrijfsbezoeken werden voorbereid. Het doel van het bedrijfsbezoek, de bij de vermoede overtreding betrokken personen en de te onderzoeken objecten waren steeds duidelijk gepreciseerd, zodat geen sprake is van een *fishing expedition* dan wel van het willekeurig onderzoeken van objecten.
76. Waar het gaat om digitale kopieën, waaronder zo genoemde *forensic images*, stelt de d-g NMa voorop dat artikel 5:17 Awb de bevoegdheid geeft inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan kopieën te maken. De term "gegevens" omvat ook gegevens die langs elektronische weg zijn vastgelegd.¹⁷ Voor de vraag of het nader onderzoek van de digitale kopieën een doorzoeking oplevert waartoe de NMa-ambtenaren

¹⁷ De voorzieningsrechter heeft dit ook geaccepteerd: "Voorzover HBG heeft betoogd dat artikel 5:17 Awb, waarin de bevoegdheid van de toezichthouder is neergelegd om inzage te vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan kopieën te maken, strikt moet worden uitgelegd en het op grond van dit artikel niet is toegestaan om kopieën van complete harde schijven van computers te vervaardigen, kan zij daarin niet worden gevolgd. In dit verband zij verwezen naar de memorie van toelichting bij artikel 5:17 Awb (Kamerstukken II 23 700, nr. 3, p. 144), waarin is vermeld dat de term 'gegevens' in dat artikel ook gegevens omvat die langs elektronische weg zijn vastgelegd. Daaronder kunnen in beginsel ook de door de NMa vervaardigde 'forensic images' worden begrepen. Dit zijn op de keper beschouwd niet anders dan kopieën". Rechtbank 's-Gravenhage, 9 april 2003, KG 03/342.

niet bevoegd zijn, is de door de betrokken ondernemingen aangehaalde uitspraak van de voorzieningenrechter van belang. Daarin wordt omtrent begrip “doorzoeking overwogen”:

"(..) Hoewel de grens tussen enerzijds onderzoeken in het kader van toezicht en anderzijds doorzoeken (zoals dat gebeurt in het strafrecht) niet altijd scherp is te trekken, kan in dit geval niet met de hier vereiste hoge mate van aannemelijkheid worden gezegd dat de ambtenaren van de NMa op dit punt buiten de grenzen van de Awb en/of het EVM zijn getreden. Daartoe is het navolgende redengevend. "Doorzoeken" impliceert een alomvattendheid (volledigheid) en een bepaalde, mogelijk hoge, mate van willekeurigheid(..)"

77. De gekopieerde gegevensdragers zijn bij uitstek de plaatsen waar gegevens kunnen worden verwacht die de neerslag vormen van de vermoede overtredingen van de Mededingingswet, zoals vergaderstukken, afspraken over inschrijfcijfers, overzichten van financiële verplichtingen en betalingen, enz. Anders dan de betrokken ondernemingen lijken te betogen, kan het zoeken in digitale bestanden derhalve niet gelijk worden gesteld aan het zoeken op willekeurige en ongebruikelijke plaatsen. Bij het verdere onderzoek van het gekopieerde digitaal materiaal is voorts uitsluitend en gericht onderzocht of zich in de gekopieerde gegevensdragers gegevens bevinden die verband houden met de vermoede overtreding waarop het bedrijfsbezoek is gericht. Uit dat onderzoek zijn geen voor de onderneming niet toegankelijke gegevens, privé gegevens of geprivilegieerde correspondentie naar voren gekomen. De betrokken ondernemingen hebben ook niet gesteld dat de stukken die in de dossiers zijn opgenomen, dergelijke gegevens bevatten, terwijl alleen stukken in het dossier opgenomen (en ter inzage zijn gegeven) stukken voor het bewijs mogen worden gebruikt. Ook al zou de NMa zich bij het maken van forensic images niet geheel hebben gehouden aan de voorwaarden die zijn vervat in de aangehaalde – destijds nog niet gedane – uitspraak¹⁸, dan zouden de betrokken ondernemingen daardoor in het onderhavige geval in hun verdediging niet zijn geschaad.

Conclusie

78. De onderzoeken zijn rechtmatig uitgevoerd. Er is in casu geen sprake van onrechtmatig verkregen bewijs.

¹⁸ Of aan de wijze waarop de NMa daaraan verdere inhoud heeft gegeven in de “Werkwijze Nederlandse Mededingingsautoriteit met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden”, 11-6-2003, Stcrt 2003, 109.

3 Feiten en omstandigheden, het bewijs

3.1 De zienswijzen op het bewijs in het rapport, algemeen

79. De betrokken ondernemingen hebben de volgende algemene opmerkingen over het bewijs gemaakt, zoals in het rapport gebruikt ter onderbouwing van de daarin vastgestelde feiten.
- In het rapport wordt niet uitgelegd wat met de term “Reiskas” wordt bedoeld en het rapport laat onbewezen dat de betrokken ondernemingen die term kenden. Het is daardoor onduidelijk waarvan de betrokken onderneming wordt verdacht.
 - Waar het gaat om een punitieve sanctie, dienen strenge eisen te worden gesteld aan het bewijs en de motivering van de sanctie; de bewijslast ligt bij de overheid/NMa.
 - Omdat het bewijs is verzameld met het oog op het opleggen van een boete, mag onrechtmatig verkregen informatie niet als bewijs worden gebruikt, ook niet als de verkrijging alleen onrechtmatig was jegens een andere onderneming dan de geadresseerde.
 - Aan documenten die bij een bepaalde onderneming zijn gevonden, kan geen bewijskracht worden toegekend ten aanzien van andere ondernemingen, als de NMa onbewezen laat dat die ondernemingen (de inhoud van) die documenten kenden.
 - Het rapport laat onbewezen dat de betrokken ondernemingen aanwezig waren op bijeenkomsten waarbij inschrijvingen zouden zijn afgestemd.
 - De in het rapport vaak gehanteerde term “in ieder geval” is speculatief, bijvoorbeeld in rnr 107 (de afstemming heeft geduurd tot in ieder geval 17 juni 1999).
80. De term “Reiskas” wordt in het rapport consistent gebruikt ter aanduiding van een vermoed kartel waarvoor de basis is gelegd tijdens een bijeenkomst van tien ondernemingen op 25 juni 1998 en dat voorzag in afstemming van inschrijfgedrag voor asfaltzware werken in het noorden van Nederland. Voorts is zonder meer duidelijk dat de betrokken ondernemingen in het rapport worden verdacht van voorafgaande afstemming bij negen aanbestedingen.
81. Hetgeen de betrokken ondernemingen stellen omtrent het bewijs, de bewijslast en de motivering van de sanctie komt overeen met de uitgangspunten die de d-g NMa heeft gehanteerd bij dit besluit. De d-g NMa tekent daarbij aan dat het aan de overtreder is aannemelijk te maken dat hem geen verwijt treft (artikel 56, derde lid, Mw).
82. Afgezien van het feit dat in casu geen sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs, zou onrechtmatige verkrijging nog niet betekenen dat zodanig bewijs niet mag worden gebruikt. Niet toelaatbaar is slechts het gebruik van dat bewijs, indien het is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag

worden verwacht, dat het terzijde moet worden gelaten¹⁹. Onjuist is verder de stelling dat bewijs dat ten aanzien van een bepaalde betrokkene niet mag worden gebruikt omdat de verkrijging jegens hem onrechtmatig was, daarom ook niet ten aanzien van andere betrokkenen mag worden gebruikt. Van bewijsmateriaal dat niet tot bewijs mag meewerken, *kan* sprake zijn “indien bewijsmateriaal uitsluitend ten gevolge van onrechtmatig optreden van de politie is verkregen en het de verdachte is die door bedoeld handelen is getroffen in een belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen.”²⁰

83. In zaken waarin ondernemingen worden verdacht van structurele door artikel 6 Mw verboden samenwerking (kartelvorming), gaat het voorts primair om het bewijs van een kartel als zodanig. Het bestaan en het functioneren van het kartel behoeven niet ten aanzien van iedere deelnemer afzonderlijk te worden bewezen. Indien het bestaan en het functioneren van het kartel zijn bewezen, is dat ten aanzien van een ieder bewezen. Los daarvan kan per ondernemer de vraag aan de orde komen in hoeverre die ondernemer partij bij het kartel was.
84. Ook hoeft niet ieder bewijsmiddel, bijv. een bepaald document, bij elk van de karteldeelnemers te worden gezocht en gevonden. Evenzo hoeft niet ten aanzien van iedere onderneming te worden bewezen dat die aanwezig was bij elk verboden overleg over aanbestedingen. De d-g NMa wijst erop dat materiaal dat bewijs van overtreding van de Mededingingswet oplevert, in het algemeen niet vrijwillig door ondernemingen ter beschikking wordt gesteld maar veeleer verborgen wordt gehouden of zelfs wordt vernietigd. Veelal ook worden met de Mededingingswet strijdige afspraken, verrekeningen e.d. doelbewust niet schriftelijk vastgelegd. Het is dus bijvoorbeeld geenszins bijzonder maar inherent aan “kartelonderzoek” dat een document dat bij één onderneming wordt aangetroffen, niet tevens wordt aangetroffen bij andere ondernemingen, ofschoon het evenzeer de andere ondernemingen aangaat. Dat de “eigen” onderneming niettemin bij de in het geding zijnde gedraging is betrokken, moet dan worden afgeleid uit elders aangetroffen bewijsmateriaal en uit de omstandigheden. Onjuist is in ieder geval de stelling dat het feit dat geen documenten bij de eigen onderneming zijn aangetroffen, een bewijs van onschuld is.
85. Evenmin is het feit dat aanwezigheid bij een bepaalde bijeenkomst niet is bewezen, een bewijs van onschuld. Overigens vereist een kartel niet bijeenkomsten in fysieke zin. Informatie-uitwisseling en het maken van afspraken zijn ook op afstand via telecommunicatie mogelijk, derhalve zonder gelijktijdige aanwezigheid op één plaats van

¹⁹ HR 1-7-1992, BNB 1992/306.

²⁰ HR 31-05-1994, nr 96870, NJ 1995/29.

ieder van de deelnemers.

86. Aan de uiteenzetting in de voorgaande drie randnummers voegt de d-g NMa het volgende toe. Een onderneming kan voor een geheel kartel aansprakelijk worden gesteld wanneer zij wist of noodzakelijkerwijs moest weten dat de heimelijke verstandhouding waaraan zij deelnam, deel uitmaakte van een plan, alsook dat dit plan alle bestanddelen van het kartel dekte. Is zulks het geval, dan kan het feit dat de betrokken onderneming niet rechtstreeks aan alle bestanddelen van het gehele kartel heeft deelgenomen, haar niet disculperen van de aansprakelijkheid voor het betrokken verboden gedrag.²¹ Bovendien kan een onderneming die aan een veelvoudige inbreuk op de mededingingsregels heeft deelgenomen door eigen gedragingen die een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel in de zin van artikel 6 Mw danwel artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag vormen, en die een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beogen te leveren, voor de gehele duur van haar deelneming aan deze inbreuk tevens aansprakelijk zijn voor de gedragingen van andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk, wanneer vaststaat dat de betrokken onderneming de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden.²²
87. Naar aanleiding van de bedenkingen tegen het gebruik van de formulering “in ieder geval” in het rapport merkt de d-g NMa op dat hij die formulering in dit besluit niet heeft gebruikt.

Conclusie

88. Het rapport getuigt niet van een onjuiste opvattingen over het te leveren bewijs of de bewijslastverdeling.

3.2 Vijf bewijsmiddelen

89. Het rapport bevat zeven bewijsmiddelen. Twee daarvan hebben slechts een betrekkelijke betekenis voor het bewijs in casu, te weten:
- Stuk 33 en 34: gedeelten in de twee verklaringen van de heer [XXX],
 - Stuk 36: de omzetcijfers in een het overzicht van aanbestedingen dat bij Oosterhof-Holman is aangetroffen.

²¹ Vgl. Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA), 14 mei 1998, *Europa Carton AG t. Commissie*, T 304/94, Jur. 1998, EG II-869, r.o. 76 en Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvEG), 8 juli 1999, *Commissie/Anic Participazioni*, C-49/92P, Jur. 1999, blz. 04125, r.o. 83.

²² HvEG, 8 juli 1999, *Commissie/Anic Participazioni*, C-49/92 P, Jur. 1999, I-4125, r.o. 203, zie ook: *HvEG*, 20 maart 2002, *Sigma Technologie di rivestimento tegen Commissie*, r.o. 40.

De d-g NMa maakt in dit besluit geen gebruik van die twee bewijsmiddelen.

90. Bij de hierna te bespreken vijf bewijsmiddelen wordt telkens aangegeven onder welke randnummers die bewijsmiddelen in het rapport zijn behandeld en onder welk nummer (welke nummers) de stukken in het dossier zijn opgenomen; in voetnoten worden waar nodig de precieze vindplaatsen binnen die stukken aangegeven.
91. De afzonderlijke bewijsstukken leveren niet altijd ieder voor zich dwingend bewijs op voor een of meer van de gedragingen die in het rapport zijn vastgesteld. Voor de bewijsvoering (zie hierna par 3.3) gaat het dan met name om de onderlinge versterking en bevestiging van de diverse bewijsstukken. De opbouw van het rapport en dit besluit houdt in dat eerst een in beginsel "neutrale" beschrijving of uitleg van ieder bewijsmiddel wordt gegeven en dat vervolgens de conclusies ten aanzien van de feiten en omstandigheden worden getrokken door de bewijsmiddelen in hun onderlinge samenhang te beoordelen.

3.2.1 *Het Verslag Reiskas (rapport nr's 17-26; dossier nr 36 en 3)*

92. NMa-ambtenaren hebben tijdens een bedrijfsbezoek op 23 april 2002 aan KWS, district Friesland-Groningen te Leek onder meer inzage gevorderd in een ordner met de naam: "Friesland-Groningen 9".²³ In deze ordner bevond zich onder andere een document (met bijlagen), genaamd: "Verslag bijeenkomst Reiskas 25 juni 1998" (hierna: "Verslag Reiskas").²⁴ Deze ordner met de bijbehorende inhoud bevond zich in een kast van het secretariaat van de heer [XXX], regiodirecteur van KWS. Hiervan zijn kopieën gemaakt.
93. NMa-ambtenaren hebben tijdens een bedrijfsbezoek op 21 augustus 2002 op het adres Handelsweg 26-28 te Tynaarlo, alwaar onder meer zijn gevestigd Snitjer en BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V., onder meer inzage gevorderd in een map, genaamd "Reiskas", die zich bevond in een kast op de kamer van de heer [XXX], manager voorbereiding van BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V. Tot 1 januari 2002 was [XXX] tevens rayonmanager/ manager voorbereiding van Snitjer B.V. In deze map "Reiskas" bevond zich eveneens het bovengenoemde document Verslag Reiskas.²⁵
94. Het Verslag Reiskas bevat onder andere een verslag van een bespreking van 25 juni 1998. Daarbij waren volgens het Verslag Reiskas medewerkers aanwezig van "de tien".

²³ Document 3064/36.O056.

²⁴ Document 3064/36.O056.

²⁵ Document 3064/3.O056.

95. Voorts bevat het Verslag Reiskas een agenda voor een bespreking op 10 juli 1998 om 12.00 uur.
96. Tevens bevat het “Verslag Reiskas een voorstel van Koop Tjuchem, alsmede een zevental daartoe behorende bijlagen (hierna: Voorstel Koop). In de bijlagen wordt tevens gesproken over de “reisclub”. Bij KWS²⁶ bevonden zich alle bijlagen (inclusief voorbladen) 1 t/m 6, alsmede het voorblad van bijlage 7. De rest van bijlage 7 werd niet aangetroffen bij KWS. Bij Snitjer²⁷ bevonden zich de bijlagen (inclusief voorbladen) 1 t/m 7.
97. Bijlage 1 en 2 bij het gespreksverslag zijn opgesteld *“om inzicht te verkrijgen hoe tot nu toe de asfaltzware werken zijn verlopen”*. Bijlagen 3 t/m 7 betreffen varianten om prijsverhogingen te verdelen. Bij het Verslag Reiskas is een toelichting van de bijlagen opgenomen.
98. Hieronder volgt een integrale weergave van het voorblad van het Verslag Reiskas met de agenda voor de bespreking van 10 juli 1998, het verslag van de bespreking van 25 juni 1998, het voorstel Koop en de toelichting van de bij het voorstel Koop behorende bijlagen²⁸.

Verslag bijeenkomst Reiskas 25 juni 1998

| | | |
|----------|---------------|-------|
| Aanwezig | Ballast Nedam | [XXX] |
| | Snitjer | [XXX] |
| | | [XXX] |
| | Vermeer | [XXX] |
| | G. Ooms | [XXX] |
| | OHW | [XXX] |
| | Heymans | [XXX] |
| | Reef | [XXX] |
| | KWS | [XXX] |
| | | [XXX] |
| | Koop | [XXX] |
| | | [XXX] |

Agenda 10 juli 1998. 12.00 uur

²⁶ Zie randnummer 92.

²⁷ Zie randnummer 93.

²⁸ Document 3064/3.O056, 15 t/m 18 van 3064-03-056-324-011.

Opening
Notulen
Inventariseren voorstellen uit de groep
Bespreken voorstellen
Inventariseren standpunt partijen
Bespreken uitbreiding groep
Verdere afspraken concretiseren
Rondvraag
Sluiting

Koop zal zorgen voor broodjes

98. Hieronder volgt een integrale weergave van het verslag van de bespreking van 25 juni 1998.²⁹

-De groep is bijeengekomen om te praten over asfaltzware werken. Om inzicht te krijgen hoe tot nu toe de asfaltzware werken zijn verlopen, worden 2 lijstjes uitgedeeld. Eén met de deelnemers aan de inschrijving, de andere een overzicht van het prijsniveau en ingeschatte bedragen wat de aannemerij heeft laten "liggen" bij de opdrachtgever. De partijen zijn het eens dat er geprobeerd moet worden dit geld in de aannemerij te houden. Hoe en binnen welke groep is nog de vraag.

Groepssamenstelling

[XXX] In principe zou [XXX] nodig zijn om iets te bereiken. Gezien de aangenomen werken door [XXX] en het beleid wat zij op dit moment voeren, leeft de gedachte om hem er eerst van buiten te laten. Hij kan altijd nog toegevoegd worden. Volgens Snitjer is [XXX] welwillend voor een gesprek.

Huidige vorm Indien het ramingsniveau van de directie bereikt zou willen worden, is het nodig de groep flink uit te breiden. Om voorzichtig te proberen de bodem eruit te halen, willen uiteindelijk alle partijen toch proberen met deze groep te beginnen. De gedachte leeft om de nog te maken afspraken in ieder geval voor een bepaalde periode te laten gelden. Wel is van belang dat de partijen respect hebben voor een ieders positie.

Werkverdelen

Het grootste deel van de groep ziet geen heil in het eventueel verdelen van de werken. De eerste komen er altijd het beste vanaf. Een aantal partijen hebben hier slechte ervaringen mee.

Verdeling verhoging

Koop zal de volgende vergadering met een voorstel komen. Gedacht wordt aan een deel naar de aannemer voor een stukje risico, een deel in een pot voor "slechtere" tijden en de rest hoofdelijk

KWS brengt het idee aan om de hoogste het meest te lonen

Ooms vraagt zich af hoeveel werken je mist bij welk prijsniveau

Reef brengt naar voren wachturen van asfaltsets te betalen uit de pot

Conclusies

Alle partijen zullen gaan nadenken over de regels en hoe te verdelen

Koop zal een voorstel doen over de regels en de verdeling

²⁹ Document 3064/3.O056, p. 15 t/m 18 van 3064-03-056-324-011.

99. Hieronder volgt een integrale weergave van het Voorstel Koop ter bespreking op 10 juli 1998.³⁰

Voorstel Koop

Doel

Geld wat nu bij de opdrachtgever blijft i.v.m. lage prijsniveau (evt.deels) proberen binnen de aannemerij te houden.

Werk binnen de groep houden.

Regels

Altijd vergaderen

Gokelement → uitsluiten = heilloos (zoveel mogelijk)

Niet met elkaar kijken op vergaderingen

Bij iemand uit buitenbos gelederen gesloten houden

Afspraakgebied is Groningen, Friesland en Drenthe met als grens de ACD grens

Kijken op maakcijfer is inkl. Contr / NVWB / WAC

laagste wordt nooit verhoogd. (maakcijfer)

mag wel achteraanluiten

Twee cijfers op papier, maakcijfer en inschrijfcijfer

Gemiddeld inschrijfcijfer wordt inschrijfcijfer waarbij de laagste het laatste woord heeft

Periode

De gemaakt afspraken zullen gelden tot 31 december 1999

Tussentijds evalueren, afhankelijk aanbod asfaltzware werken 1 keer per 3 maand

Discussies tijdens vergaderingen van de werken beperken (uitpraten in een in te lassen vergadering, niet tijdens de werkvergaderingen)

Verdeling

Positief verschil tussen maak- en inschrijfcijfer

0, 1 of 2 ?????? % over het inschrijfcijfer is voor de aannemer (risico)

20 % van de verhoging in de pot

rest verdelen, zie varianten

Negatief verschil tussen maak- en inschrijfcijfer (ivm "grens" werken)

vergoeding uit de pot ???

100. Hieronder volgt een integrale weergave van de toelichting van de zeven bij het voorstel Koop gevoegde bijlagen.³¹

³⁰ Document 3064/3.O056, p. 15 t/ m 18 van 3064-03-056-324-011.

³¹ Document 3064/3.O056, pagina 15 t/ m 18 van 3064-03-056-324-011.

Toelichting bijlagen

Bijlage 1 Overzicht van de inschrijvers bij zware asfaltwerken 1998

Het grijze vakje geeft aan wie de aannemer is

Bijlage 2 Overzicht van de inschrijvers bij zware asfaltwerken 1998

Hierbij is aangegeven het prijsverschil met de gedachte raming en de concurrent welke niet bij de Feisclub zit

Bijlage 3 Variant A

Overzicht bestedingen, waarbij het **ramingsniveau** is aangegeven. Op basis van het voorstel van Koop en de ramingscijfers is een voorbeeld toegevoegd hoe de verdeling eruit zou zien.

Bijlage 4 Variant B

Overzicht bestedingen, waarbij het **niveau tov de concurrentie (6%)** is aangegeven. Op basis van het voorstel van Koop en de concurrentiecijfers is een voorbeeld toegevoegd hoe de verdeling eruit zou zien. Hierbij is het risico van de aannemer teruggebracht naar 2%.

Bijlage 5 Variant C

Overzicht bestedingen, waarbij het **niveau tov de concurrentie (10%)** is aangegeven. Op basis van het voorstel van Koop en de concurrentiecijfers is een voorbeeld toegevoegd hoe de verdeling eruit zou zien. Hierbij is het risico van de aannemer teruggebracht naar 2%.

Bijlage 6 Variant D

Overzicht bestedingen, waarbij het **niveau tov de concurrentie (10%)** is aangegeven. Op basis van het voorstel van Koop en de concurrentiecijfers is een voorbeeld toegevoegd hoe de verdeling eruit zou zien. Hierbij is het risico van de aannemer teruggebracht naar 0%.

Bijlage 7 Variant E

Fiktief

De hoogste vangt het meest

De zienswijzen van de betrokken ondernemingen op het Verslag Feiskas

101. De betrokken ondernemingen hebben de volgende opmerkingen gemaakt over de betekenis van het verslag voor het bewijs en over de interpretatie van onderdelen van het verslag.

- Het verslag is kennelijk opgesteld door een werknemer van één onderneming, die suggereert dat medewerkers van andere ondernemingen aanwezig waren tijdens een bepaalde bijeenkomst; daarmee is de daadwerkelijke deelname van andere ondernemingen niet bewezen. Daarvoor zou bij die andere ondernemingen aangetroffen bewijs nodig zijn. Los daarvan is er geen bewijs dat (andere) ondernemingen de inhoud van het verslag als juist aanvaardden.
- Uit het in het verslag neergelegde voorstel blijkt niet dat afspraken zijn gemaakt. Het verslag geeft slechts enkele gedachteswisselingen weer; geen element in het verslag wijst erop dat daadwerkelijk afstemming heeft plaatsgevonden.

- De d-g NMa levert geen enkel bewijs dat de betrokken ondernemingen beschikken over het in het verslag vermelde voorstel van Koop.
- De d-g NMa levert geen enkel bewijs dat op 10 juli 1998 een (vervolg)bespreking heeft plaatsgevonden en dat de betrokken ondernemingen daarbij aanwezig waren en het voorstel hebben aanvaard.
- Het Verslag Reiskas vermeldt dat het grootste deel van de groep geen heil ziet in het eventueel verdelen van de werken, waaruit kan worden afgeleid dat er geen wilsovereenstemming bestond tussen de betrokken ondernemingen.
- Niet gemotiveerd is de interpretatie dat de bijlagen 3-7 varianten zijn “om prijsverhogingen te verdelen”.
- Het is onbegrijpelijk hoe de bijlagen, waarin niet wordt gesproken over de 9 aanbestedingen, bewijs kunnen zijn van de beweerde overtreding; ook is niet aangetoond dat sprake is van onderling afgestemde gedragingen; er is geen begin van uitvoering geweest.

Beoordeling

102. Voor het Verslag Reiskas is van belang dat het bij twee verschillende ondernemingen is aangetroffen, te weten: KWS en Snitjer. Dat bevestigt de authenticiteit van het verslag (zie in dit verband ook wat in par 3.1 over bewijs in het algemeen is opgemerkt). Er is mede daarom geen reden te veronderstellen dat de overige participanten niet beschikten over een exemplaar van het verslag en in ieder geval alle reden te veronderstellen dat zij daarvan kennis droegen. De d-g NMa gaat er in ieder geval vanuit van het verslag authentiek is, dat de bijeenkomst op 25 juni heeft plaatsgevonden, en dat de in het verslag vermelde ondernemingen daarbij vertegenwoordigd waren.
103. Het Verslag Reiskas levert voorts bewijs van een mededingingsbeperkende afspraak en het voornemen daaraan uitvoering te geven. De zienswijzen hebben daarover bij de d-g NMa geen twijfel opgeroepen, integendeel. Naar de mening van de d-g NMa hield de bespreking door zijn expliciete doelstelling en de ter realisering daarvan gemaakte keuzes en vervolgspraken reeds op zichzelf een verboden mededingingsbeperkende overeenkomst in.
104. Ook al zou het Verslag Reiskas op zich geen dwingend bewijs opleveren dat op 10 juli 1998 de geplande vervolgbijeenkomst daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, dan kan in samenhang met andere bewijsstukken daaraan de conclusie worden verbonden dat op 10 juli 1998 en op eventuele latere momenten vervolgspraken zijn gemaakt waarbij de afspraken in de bespreking van 25 juni 1998 zijn geconcretiseerd (zie voor de bewijsvoering onderdeel 3.3.1).

105. Het Verslag Reiskas bevat onder het kopje *werkverdelen* inderdaad de zin: *Het grootste deel van de groep ziet geen heil in het eventueel verdelen van de werken*. Deze zin is blijkens de voorgaande passages in het verslag onderdeel van de discussie over de vraag hoe moet worden geprobeerd geld in de aannemerij te houden. Een van de twee besproken methoden duidt het verslag aan als *werkverdelen*. Daarin ziet de groep blijkens de aangehaalde zin geen heil en de daarop volgende zin geeft de reden daarvoor: *De eerste komen er altijd het beste vanaf. Een aantal partijen hebben hier slechte ervaringen mee*. Kennelijk heeft de groep het hier over een toerbeurtsysteem. De tweede methode duidt het verslag aan als *verdeling verhoging*. Daarin ziet de groep wel heil, zoals blijkt uit het vervolg van het verslag (*Koop zal de volgende vergadering met een voorstel komen. Gedacht wordt aan*); en dat blijkt eveneens uit de conclusies in het verslag. Uit de door de betrokken ondernemingen aangehaalde zin kan dus niet worden afgeleid dat er geen wilsovereenstemming bestond tussen de betrokken ondernemingen. Integendeel, partijen zijn het uitdrukkelijk eens over het doel van de bespreking (*geprobeerd moet worden dit geld in de aannemerij te houden*; dit geldt is: *wat de aannemerij heeft laten 'liggen' bij de opdrachtgever*). Kennelijk zijn de betrokken ondernemingen het ook eens over de methode. Daarom is een volgende bijeenkomst afgesproken om onder meer voorstellen te bespreken en verdere afspraken te concretiseren.
106. Waar het gaat om de interpretatie in het rapport van de bijlagen 3-7 bij het voorstel Koop (varianten *om prijsverhogingen te verdelen*), wijst de d-g NMa in de eerste plaats op de tekst van het voorstel. Dat bevat een alinea met het opschrift *Verdeling*, gevolgd door de woorden *positief verschil tussen maak- en schrijfcijfer*. Vervolgens staat er *20% van de verhoging in de pot*, gevolgd door *rest verdelen, zie varianten*. Kennelijk heeft dat laatste betrekking op de rest van de verhoging. Onder de toelichting op de bijlagen 3-6 blijkt voorts dat steeds een voorbeeld is toegevoegd *hoe de verdeling er uit zou zien*. Uit de voorbeelden in de bijlagen 3-7 zelf blijkt onmiskenbaar dat het te verdelen bedrag het bedrag is waarmee het maakcijfer is verhoogd om te komen tot het inschrijfcijfer. Aldus kan worden gemotiveerd dat de bijlagen 3-7 varianten zijn *om prijsverhogingen te verdelen*.
107. De bijlagen bij het voorstel Koop zijn onderdeel van het bewijs dat een afspraak is gemaakt om in de toekomst, bij nog onbekende aanbestedingen, het inschrijfgedrag af te stemmen. De bijlagen zijn op zich dus geen bewijs voor daadwerkelijke afstemming bij de negen in het geding zijnde aanbestedingen. Dat daarbij daadwerkelijk is afgestemd, blijkt uit andere bewijsmiddelen in samenhang met het verslag Reiskas.

Conclusie

108. Het Verslag Reiskas levert op zich reeds voldoende bewijs dat de in het verslag genoemde vertegenwoordigers van “de tien” bijeen zijn gekomen, dat zij mededingingsbeperkende afspraken hebben gemaakt en dat zij voornemens waren daaraan uitvoering te geven. De

zienswijzen hebben daarover bij de d-g NMa geen twijfel opgeroepen, integendeel. Naar de mening van de d-g NMa hield de bespreking door zijn expliciete doelstelling en de ter realisering daarvan gemaakte keuzes en vervolgspraken reeds op zichzelf een verboden mededingingsbeperkende overeenkomst in.

3.2.2 De Snitjer-administratie (rapport nr 27-43; dossier nr 3)

109. Snitjer hield een administratie bij onder de naam "Reiskas". Deze administratie bevond zich in dezelfde map als waarin het in randnummer 92 e.v. genoemde "Verslag Reiskas" zich bevond. Deze administratie bevatte elf met het programma Excel van Microsoft vervaardigde spreadsheets (hierna: Snitjer-administratie).³² Twee van deze spreadsheets bevonden zich eveneens op de server van Snitjer en BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V.³³ Sommige spreadsheets leggen in geld uitgedrukte verbanden tussen de negen aanbestedingen en "de tien"; andere leggen in geld uitgedrukte verbanden tussen "de tien". In onderlinge samenhang gezien bevatten zij een complex geheel van financiële verbanden tussen de negen aanbestedingen en "de tien".
110. In de Snitjer-administratie bevindt zich een document met de naam "Overzicht Reiskas". Dit document was op de server van Snitjer en BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V. opgeslagen onder de naam "reiskas.xls". Het betreft een overzicht van negen werken, die in 1999 door diverse opdrachtgevers zijn aanbesteed en waarvoor Snitjer zich heeft ingeschreven. Bij iedere aanbesteding is aangegeven welke onderneming de laagste inschrijver is. Dit betreft zonder uitzondering tot "de tien" behorende ondernemingen. Het "Overzicht Reiskas" geeft voorts een overzicht van (kennelijk) financiële relaties tussen "de tien", verband houdend met de weergegeven aanbestedingen. Daarbij worden Gruno en Oosterhof-Holman gezamenlijk weergegeven als OHW. Tevens wordt vermeld welke bedragen ten aanzien van welke aanbestedingen (kennelijk) aan derden zijn verschuldigd. Het document "Overzicht Reiskas" is hieronder weergegeven (hierna: het eerst aangehaalde Overzicht Reiskas).³⁴ In de Snitjer-administratie is het "Overzicht Reiskas" verschillende malen aangetroffen, afwijkend op het aantal vermelde aanbestedingen. Het blijkt dat indien nieuwe aanbestedingen worden toegevoegd aan het document, de som van de kolommen eveneens verandert vanwege toevoeging van bij die nieuwe aanbestedingen behorende bedragen.

³² Document 3064/3.O056, p. 1 t/m 11 van 3064-03-056-324-011.

³³ Document 3064/50.O056, bijlagen 1 en 2.

³⁴ Document 3064/50.O056, bijlage 2.

Overzicht Reiskas

| d.d | bestek nr. | Omschrijving | laagste | Maakcijfer | schrijfcijfer | % schrijff. | verschil | derden | Hoofdelijk | omzet | bedrag van de omzet |
|---------|------------|----------------------------|------------------------|------------------------|------------------------------|-------------|--------------|-------------|---------------|------------|---------------------|
| 12-3-99 | 98239 | IBF Heerenveen | Koop (50% reiskas) !!! | fl 4.736.000 50 % = | fl 5.336.000 fl 2.668.000 | 22,14 | fl 600.000 | fl 120.000 | Fl 120.000 | fl 120.000 | 181.659 |
| 23-3-99 | 99-06 | Groot Onderh. Friesland | Snitjer | fl 2.600.000 | fl 3.380.000 | 28,05 | fl 780.000 | fl 150.000 | Fl 315.000 | fl 315.000 | 230.150 |
| 20-4-99 | 98-15 | Rotonde Harlingen | Koop | fl 389.000 | fl 521.000 | 4,32 | fl. 132.000 | fl 24.000 | Fl 54.000 | fl 54.000 | 36.446 |
| 20-4-99 | 99055 | Stadsweg TenBoer | Snitjer | fl 452.000 | fl 535.000 | 4,44 | fl 83.000 | fl 24.000 | Fl 29.500 | fl 29.500 | 36.430 |
| 20-5-99 | 68-1998 | Nw.Botering sestr c.a. | Vermeer | fl 647.000 | fl 679.000 | 5,63 | fl 32.000 | fl - | Fl. 16.000 | fl. 16.000 | 46.194 |
| 27-5-99 | 99039 | Asfaltonderh Vlagtwedde | OHW | fl 626.000 | fl 626.000 | 5,19 | | | | | 42.584 |
| 1-6-99 | BT 01 | Asf.Onderh provGroningen | Reef | fl 2.176.000 | fl 2.612.000 | 21,67 | fl 436.000 | | Fl 218.000 | fl 218.000 | 177.802 |
| 17-6-99 | 99-02 | Asfaltonderh Tytsjerkstera | Heijmans/ Reef | fl 846.000 | fl 1.032.000 | 8,56 | fl 186.000 | fl 50.000 | Fl 68.000 | fl 68.000 | 70.235 |
| 2-7-99 | NNI-2883 | Asfaltonderh RW 31 en 6 | Koop/Hem/ KW / Reef | fl 5.541.000 | | | Mislukt !!!! | | Mislukt !!!! | | |
| | | | | | fl 12.053.000 | 100,00 | | | Fl 820.500 | fl 820.500 | fl 820.500 |
| | | | | | | | | per bedrijf | Fl. 91.166,66 | | |

Het optellen van de bedragen in de verschillende kolommen geeft de volgende cijfers:

- De som van de bedragen in kolom "maakcijfer" is NLG 10.104.000.³⁵
- De som van de bedragen in kolom "verschil" is NLG 1.949.000.³⁶
- De som van de bedragen in de kolom "derden" is NLG 308.000.³⁷
- De som van de bedragen in de kolom "verschil" minus de som van de bedragen in de kolom "derden" is NLG 1.641.000.
- De som van de bedragen in de kolom "bedrag vd. omzet" is NLG 821.500. De som die is ingevuld bedraagt echter NLG 820.500.

111. De bedragen in de kolom "verschil" geven de verschillen weer tussen de bedragen in de kolom "maakcijfer" en "schrijfcijfer". Onder in de sheet wordt het bedrag "per bedrijf" van

³⁵ Dit is inclusief 50% van NLG 4.736.000 (50% reiskas m.b.t. "IBF Heerenveen").

³⁶ Dit is inclusief 50% van NLG 600.000 (50% reiskas m.b.t. "IBF Heerenveen").

³⁷ Dit is inclusief 50% van NLG 120.000 (50% reiskas m.b.t. "IBF Heerenveen").

NLG 91.166,66 weergegeven. Dit is het quotiënt van de som van de bedragen in de kolom "hoofdelijk" en de negen ondernemingen.

112. De kolom "% schrijfcf." bevat percentages die de verhouding weergeven tussen elk schrijfcijfer en de som van alle schrijfcijfers (groot NLG 12.053.000). De bedragen in de kolom "bedrag vd omzet" zijn verkregen door elk percentage in de kolom "% schrijfcf." te vermenigvuldigen met het totaal van de bedragen in de kolom "omzet" (NLG 820.500).
113. Hierboven is enkel de digitaal opgeslagen versie van het "Overzicht Reiskas" weergegeven. In de map "Reiskas" zaten twee geprinte versies van het "Overzicht Reiskas".³⁸ Een daarvan komt exact overeen met de hierboven weergegeven versie, met dit verschil dat de gegevens welke betrekking hebben op de aanbesteding IBF Heerenveen (besteknummer 98239) handmatig zijn doorgehaald. De andere uitgedraaide versie wijkt in zoverre af dat de aanbesteding met betrekking tot IBF Heerenveen wel wordt vermeld, maar dat de bedragen in de kolommen "hoofdelijk", "omzet" en "bedrag van de omzet" niet zijn ingevuld. In de kolom "laagste" staat achter Koop vermeld (0% Reiskas). Dientengevolge zijn de berekeningen in de diverse kolommen veranderd. Het bedrag "per bedrijf" is geworden NLG 77.833. Deze versie van het "Overzicht Reiskas" is hieronder weergegeven.

³⁸ Document 3064/03.O056, p. 2 en 4 van 3064-03-056-324-011.

Overzicht Reiskas

| d.d. | bestek nr | omschrijving | laagste | maakcijfer | schrijfcijfer | % schrijff. | verschil | derden | hoofdelijk | omzet | bedrag van de omzet |
|---------|-----------|----------------------------|-----------------------|------------------------|---------------|-------------|--------------|-------------|---------------|------------|---------------------|
| 12-3-99 | 98239 | IBF Heerenveen | Koop (0% reiskas) !!! | fl 4.736.000 50 % = | fl 5.336.000 | | fl 600.000 | fl 120.000 | | | |
| 23-3-99 | 99-06 | Groot Onderh. Friesland | Snitjer | fl 2.600.000 | fl 3.380.000 | 36,02 | fl 780.000 | fl 150.000 | fl 315.000 | fl 315.000 | fl. 253.320 |
| 20-4-99 | 98-15 | Rotonde Harlingen | Koop | fl 389.000 | fl 521.000 | 5,55 | fl. 132.000 | fl 24.000 | fl 54.000 | fl 54.000 | fl. 38.877 |
| 20-4-99 | 99055 | Stadsweg TenBoer | Snitjer | fl 452.000 | fl 535.000 | 5,70 | fl 83.000 | fl 24.000 | fl 29.500 | fl 29.500 | 39.929 |
| 20-5-99 | 68-1998 | Nw.Botering sestr c.a. | Vermeer | fl 647.000 | fl 679.000 | 7,23 | fl 32.000 | fl - | fl. 16.000 | fl. 16.000 | 50.646 |
| 27-5-99 | 99039 | Asfaltonderh Vlagtwedde | OHW | fl 626.000 | fl 626.000 | 6,67 | | | | | 46.723 |
| 1-6-99 | BT 01 | Asf.Onderh provGroningen | Reef | fl 2.176.000 | fl 2.612.000 | 27,83 | fl 436.000 | | fl 218.000 | fl 218.000 | 194.950 |
| 17-6-99 | 99-02 | Asfaltonderh Tytsjerkstera | Heijmans/ Reef | fl 846.000 | fl 1.032.000 | 11,00 | fl 186.000 | fl 50.000 | fl 68.000 | fl 68.000 | 77.055 |
| 2-7-99 | NNI-2883 | Asfaltonderh RW 31 en 6 | Koop/ Hem/ KW / Reef | fl 5.541.000 | | | Mislukt !!!! | | Mislukt !!!! | | |
| | | | | | fl 9.385.000 | 100,00 | | | fl 700.500 | fl 700.500 | fl 700.500 |
| | | | | | | | | per bedrijf | fl. 77.833,00 | | |

114. In de Snitjer-administratie bevond zich voorts een document dat op de server van Snitjer en BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V. is opgeslagen onder de naam "Reiskas II.xls"³⁹ Het betreft een overzicht van de tot "de tien" behorende ondernemingen en een nadere specificatie van de in het "Overzicht Reiskas" weergegeven (kennelijke) financiële relatie tussen "de tien". Daarbij worden Gruno en Oosterhof-Holman gezamenlijk weergegeven als OHW. Het document "Reiskas II.xls" is hieronder weergegeven (hierna: het document Reiskas II).

³⁹ Document 3064/50.O056, bijlage 1.

Reiskas II.xls

| | ontv.hoofd | Ontv.omzet | te betalen | totaal ontv. | totaal bet. |
|---------------|--------------------|--------------------|--------------------|---------------|-------------------|
| Ballast Nedam | fl. 91.166,00 | Fl - | fl - | fl 91.166,00 | |
| Heymans | fl. 91.166,00 | Fl 35.117,00 | fl 68.000,00 | fl 58.283,00 | |
| 111. Koop | 112. fl. 91.166,00 | 113. Fl 217.105,00 | 114. fl 348.000,00 | 115. | 116. fl 39.729,00 |
| KWS | fl. 91.166,00 | Fl - | fl - | fl 91.166,00 | |
| OHW | fl. 91.166,00 | Fl 42.584,00 | fl - | fl 133.750,00 | |
| Ooms | fl. 91.166,00 | Fl - | fl - | fl 91.166,00 | |
| Reef | fl. 91.166,00 | Fl 212.920,00 | fl 504.000,00 | | fl 199.914,00 |
| Snitjer | fl. 91.166,00 | Fl 266.580,00 | fl 689.000,00 | | fl 331.254,00 |
| Vermeer | fl. 91.166,00 | Fl 46.194,00 | fl 32.000,00 | fl 105.360,00 | |
| | fl. 820.494,00 | Fl 820.500,00 | fl 1.641.000,00 | fl 570.891,00 | fl 570.897,00 |

115. In bovenstaand overzicht kan het verschil tussen de som van de bedragen in kolom “ontv. hoofd” (NLG 820.494) en de som van de bedragen in kolom “ontv. omzet” (NLG 820.500) worden verklaard door afrondingsverschillen.⁴⁰
116. Het document Reiskas II kan worden gelieerd aan het in randnummer 110 genoemde “Overzicht Reiskas”.⁴¹ Het in document Reiskas II in de kolom “Ontv. omzet” vermelde bedrag per onderneming komt overeen met het per onderneming genoemde bedrag in de kolom “bedrag vd. omzet” van het “Overzicht Reiskas”.
117. De bedragen in de kolom “te betalen” van het document Reiskas II kunnen ook met behulp van het “Overzicht Reiskas” worden uitgerekend. Deze kolom “te betalen” bevat per onderneming de som van de bedragen in de kolom “verschil” minus “derden” uit het “Overzicht Reiskas”.⁴²
118. Is de som per rij van de kolom “ontv hoofd” en “ontv. omzet” minus het bedrag in de kolom “te betalen” positief, dan is deze som weergegeven in de kolom “totaal ontv”.⁴³ Is deze som negatief, dan is dat weergegeven in de kolom “totaal bet”.

⁴⁰ Het quotiënt van de som in kolom 3 en het aantal bedrijven is 91.166,666.

⁴¹ Indien op Overzicht Reiskas bij één aanbesteding meerdere ondernemingen staan genoemd in kolom “laagste” wordt het bedrag in de kolom “bedrag vd omzet” gedeeld te worden door het aantal genoemde ondernemingen in de kolom “laagste”.

⁴² Voorbeeld, Snitjer (kolom “verschil”) – (kolom “derden): 780.000 – 150.00 = 630.000; 83.000 – 24.000 = 59.000; 630.000 + 59.000 = 689.000.

⁴³ Vermeer: 91.166 + 46.194 = 137.360 - 32.000 = 105.360.

Versie website

119. In de Snitjer-administratie bevond zich ook een versie van dit document waarbij rekening is gehouden met het niet meetellen van de met de aanbesteding van IBF Heerenveen gemoeide bedragen. Dit document wordt hieronder weergegeven.⁴⁴

| | ontv.hoofd | Ontv.omzet | te betalen | totaal ontv. | totaal bet. |
|---------------|----------------|---------------|---------------|---------------|----------------|
| Ballast Nedam | fl. 77.833,00 | Fl - | fl - | fl 77.833,00 | |
| Heymans | fl. 77.833,00 | fl 38.527,00 | fl 68.000,00 | fl 48.360,00 | |
| Koop | fl. 77.833,00 | fl 38.877,00 | fl 108.000 | fl 8.710,00 | |
| KWS | fl. 77.833,00 | fl - | fl - | fl 77.833,00 | |
| OHW | fl. 77.833,00 | fl 46.723,00 | fl - | fl 124.566,00 | |
| Ooms | fl. 77.833,00 | fl - | fl - | fl 77.833,00 | |
| Reef | fl. 77.833,00 | fl 233.478,00 | fl 504.000,00 | | fl 192.689,00 |
| Snitjer | fl. 77.833,00 | fl 292.249,00 | fl 689.000,00 | | fl 318.918,00 |
| Vermeer | fl. 77.833,00 | fl 50.646,00 | fl 32.000,00 | fl 96.479,00 | |
| | fl. 700.497,00 | fl 700.500,00 | fl 1.401.000 | fl 511.604,00 | fl. 511.607,00 |

VERSCHIL TUSSEN REISKAS IBF 50% EN 0,00 %: 331000-318000=13000

120. In de map "Reiskas" in de Snitjer-administratie bevond zich voorts een document met een voorstel voor onderlinge afrekening van ontstane (kennelijk) financiële relaties (hierna: Voorstel onderlinge afrekening).⁴⁵ Het totaalbedrag van de kolom "Omzet", te weten NLG 9.385.000, komt overeen met de cumulatieve schrijfcijfers per onderneming uit het "Overzicht Reiskas".

| | Omzet | Inbreng | Aan- hoofdelijk | Deel Omzet | Totaal | Ontvangen/ Betalen |
|---------------|-----------------|-----------------|--------------------|---------------|-----------------|-----------------------|
| 1 Ballast | fl 0,00 | | fl 77.500,00 | fl 0,00 | fl 77.500,00 | fl 77.500,00 |
| 2 Gerrit Ooms | fl 0,00 | | fl 77.500,00 | fl 0,00 | fl 77.500,00 | fl 77.500,00 |
| 3 <H> | fl 516.000,00 | fl 68.000,00 | fl 77.500,00 | fl 38.349,49 | fl 115.849,49 | fl 47.849,49 |
| 4 Koop | fl 521.000,00 | fl 108.000,00 | fl 77.500,00 | fl 38.721,10 | fl 116.221,10 | fl 8.221,10 |
| 5 KWS | fl 0,00 | | fl 77.500,00 | fl 0,00 | fl 77.500,00 | fl 77.500,00 |
| 6 OHW | fl 626.000,00 | fl 0,00 | fl 77.500,00 | fl 46.524,77 | fl 124.024,77 | fl 124.024,77 |
| 7 Reef | fl 3.128.000,00 | fl 504.000,00 | fl 77.500,00 | fl 232.475,23 | fl 309.975,23 | fl 194.024,77- |
| 8 Snitjer | fl 3.915.000,00 | fl 689.000,00 | fl 77.500,00 | fl 290.965,64 | fl 368.465,64 | fl 320.534,36- |
| 9 Vermeer | fl 679.000,00 | fl 26.000,00 | fl 77.500,00 | fl 50.463,77 | fl 127.963,77 | fl 101.963,77 |
| 10 Derden | | | | | | |
| Totaal | fl 9.385.000,00 | fl 1.395.000,00 | fl 697.500,00 | fl 697.500,00 | fl 1.395.000,00 | fl 0,00 |

| Voorstel | Betalen | Aan | Bedrag |
|----------|---------|-----|--------|
|----------|---------|-----|--------|

⁴⁴ Document 3064/03.O056, p. 5 van 3064-03-056-324-011.

⁴⁵ Document 3064/03.O056, p. 3 van 3064-03-056-324-011.

| afrekening | | | | |
|------------|---------|-------------|---------------|---------------|
| | Koop | Ballast | | |
| | Reef | Ballast | fl 77.500,00 | |
| | Reef | Gerrit Ooms | fl 77.500,00 | |
| | Reef | <H> | fl 39.024,77 | fl 194.024,77 |
| | Snitjer | <H> | fl 8.824,72 | fl 47.849,49 |
| | Snitjer | KWS | fl 77.500,00 | |
| | | OHW | fl 124.024,77 | |
| | | Verneer | fl 101.963,77 | |
| | | Koop | fl 8.221,10 | fl 320.534,36 |

121. In de map "Reiskas" van de Snitjer-administratie bevonden zich tevens twee handgeschreven aantekeningen (hierna: Handgeschreven Aantekeningen), welke betrekking hebben op een tweetal aanbestedingen, zoals genoemd in het "Overzicht Reiskas".⁴⁶ Het betreft een aanbesteding van 25 maart 1999 van de provincie Friesland met betrekking tot het groot onderhoud te Friesland, onder besteknummer 9906, alsmede een aanbesteding van 20 april 1999 van de provincie Friesland met betrekking tot een rotonde te Harlingen, onder besteknummer 98-15. De Handgeschreven Aantekeningen zijn in uitgetypte vorm integraal weergegeven.

122. Hieronder volgen de Handgeschreven Aantekeningen omtrent de aanbesteding van het groot onderhoud te Friesland (besteknummer 99-06).

| | | | | 9906 Prov.Friesland |
|---|----------|-----------|-----------|---------------------|
| | | | | 25 mrt '99 |
| | MC | Raming | | Schrijfcijfer |
| 1 | KWS | 3.240.000 | 3.580.000 | 3.780.000 |
| 2 | G. Ooms | 3.350.000 | 3.480.000 | 3.795.000 |
| 3 | Heijmans | 2.982.000 | 3.200.000 | 3.640.000 |
| 4 | OHW | 2.916.000 | 3.366.000 | 3.586.000 |
| 5 | [XXX] | 3.217.000 | 3.497.000 | |
| 6 | Reef | 2.786.000 | 3.400.000 | 3.566.000 |
| 7 | V + F | 3.217.000 | 3.497.000 | 3.760.000 |
| 8 | BN } | 2.734.000 | 3.400.000 | 3.514.000 |

⁴⁶ Document 3064/03.O056, p. 12, 13 en 14 van 3064-03-056-324-011.

Versie website

| | | | | | |
|----------------------------------|-------------------|-----------|-----------------------------------------|---------------------------------------|-----------|
| 9 | Vermeer | | | | |
| 10 | Snitjer | 2.600.000 | 3.450.000 +780.000 | | 3.380.000 |
| 11 | [XXX] | 2.680.000 | 3.600.000 | | 3.460.000 |
| 12 | Koop | 3.043.000 | 3.483.000 | | 3.686.000 |
| Voorstel: | | | | | |
| 2 cijfers, 1. Maakcijfer | | | | | |
| 2. maakcijfer | | | | | |
| verhoging Hfdzakelijk Hfdelijk | | | | | |
| comb. Delen Hfd mee in uitkering | | | | | |
| 780.000 | verd. | ==> | 50.000 / man - eind '99 | | |
| | | * 11 = | 550.000 - totaal | | |
| | | | 3.380.000 | | |
| | | | 550.000 | | |
| | | | 2.830.000 | | |
| Z.O.Z | | | | | |
| | | | 780.000 | | |
| V + F | | | 50.000 | | |
| [XXX] | | | 50.000 | | |
| | | | 680.000 | | |
| [XXX] | | | 50.000 ==> | Vervalt in ruil voor stille combinant | |
| | | | 630.000 | op werk DWZ [XXX] draait 15 dgn | |
| | | II | | Tegen tonnenprijs voor verwerken | |
| | | II | | | |
| | | II | | | |
| | | | | | 315.000 |
| | Naar Reiskas 1999 | | 50% Hoofdelijk | 9 | 35.000 |
| | | | 50% Omzet | | 315.000 |
| | | | Retour | | 350.000 |
| Anneemsom | | | 3.380.000 | | |
| (630.000 - 350.000) | | | 280.000 Reiskas (netto) (bruto 630.000) | | |
| | | | 100.000 [XXX] + [XXX] | | |
| | | | 3.000.000 Opbrengst van het werk | | |

Uitkering totaal 380.000 van Snitjer aan Overigen

123. Hieronder zijn weergegeven de Handgeschreven Aantekeningen omtrent de aanbesteding de rotonde te Harlingen (besteknummer 98-15).

| Rotonde Harlingen n N390 | | 20.4 –99 | | | |
|------------------------------|-------------|------------|----------------------------|---------------|--------------------|
| Bestek 98-15 Prov. Frijslân | | | | | |
| | | Maakcijfer | Verschil | Schrijfcijfer | Inschrijfcijfer |
| 1. | Snitjer 3 | 438.000 | (117.000) | 555.000 | 532.000 |
| 2. | BHGW | 578.000 | | 578.000 | 555.000 |
| 3. | [XXX] (*) 2 | 594.000 | | 504.000 | 524.000 |
| 4. | Gorms | nee | | - | - |
| 5. | Vermeer | nee | | - | - |
| 6. | V + F (*) | 585.000 | | 695.000 | 565.000 |
| 7. | Koop 1 | 389.000 | (73.000) | 465.000 | 521.000 |
| 8. | Jansen (*) | 520.000 | | 580.000 | 547.000 |
| 9. | Heijmans | 580.000 | | 625.000 | 562.000 |
| 10. | OHW | 565.000 | | 610.000 | 550.000 |
| 11. | Pof 5 | 459.000 | | 530.000 | 540.000 |
| 12. | KKS 4 | 450.000 | | 540.000 | 534.000 |
| Uitkering f 8.000,- van Koop | | | einde jaar ? | | |
| - - - - -> of Reiskas ? | | | 521.000 | | |
| | | | 389.000 | | |
| | | | <u>132.000</u> | | |
| (*) 3 * 8.000 | | | 24.000 | | |
| | | | <u>108000</u> naar Reiskas | | |
| | | | bruto | | |
| | | | 108.000 : 2 = 54.000 | | 54.000 : 9 = 6.000 |
| | | | 60.000 retour Koop | | Netto kas 48.000 |

124. Op de server van Snitjer en BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V. bevond zich voorts onder de naam Koop Klaverblad.xls het volgende document.⁴⁷ Dit document bevat gegevens die corresponderen met hetgeen in het "Overzicht Reiskas" wordt vermeld met

⁴⁷ Document 3064/50.O056, bijlage 3.

betrekking tot de aanbesteding IBF Heerenveen.

Koop Klaverblad.xls

| | | | |
|------------------------------------------|--------------------|----|-----------------|
| IBF te Heerenveen bestek 98239 | | | |
| aanbesteding d.d. 12maart 1999 | | | |
| blikcijfer Koop, alternatief | | fl | 4.736.000,00 |
| kostprijs Koop, alternatief, zie bijlage | | | fl 4.880.300,00 |
| kosten, [XXX] | 40000 | fl | 30.000,00 |
| kosten V F en [XXX] | | fl | 80.000,00 |
| | | fl | 120.000,00 |
| | | fl | 110.000,00 |
| | Totaal | fl | 4.856.000,00 |
| Inschrijfcijfer Koop, alternatief | | fl | 5.336.000,00 |
| in reiskas | | fl | 480.000,00 |
| hoofdelijk 50% : 9 | fl 26.666,00 x 7 = | fl | 186.600,00 |
| | | fl | 186.600,00 |
| Kosten koop totaal, alternatief | | | fl 5.176.900,00 |
| Inschrijfcijfer Koop, alternatief | | | fl 5.336.000,00 |
| | verschil | | fl 159.100,00 |
| | per bedrijf | | fl 79.550,00 |

De zienswijzen op de Snitjer-administratie

125. Van de zijde van de betrokken ondernemingen is het volgende naar voren gebracht.
- De documenten zijn niet gedateerd.
 - Het handgeschreven document inzake groot onderhoud Friesland heeft als datum 25 maart 1999, hetgeen twee dagen na de aanbesteding is; het kan dus niet als bewijs van voorafgaand afstemming dienen.
 - De betekenis van termen als maakcijfer is onbekend.
 - Van het "Overzicht Reiskas" bestaan meerdere sterk afwijkende versies.
 - De stelling in rnr 28 dat de laagste inschrijver zonder uitzondering tot de "tien" behoort, is niet juist, omdat er andere ondernemingen zijn die lager hebben

ingeschreven; een document met zoveel onduidelijkheden kan geen belangrijk bewijsmiddel zijn.

- Uit de term “mislukt” op het overzicht bij de aanbesteding asfaltonderhoud rijksweg 31 kan niet worden afgeleid dat sprake is geweest van afstemming; bovendien ontbreekt in het overzicht een schrijfcijfer.
- De handgeschreven documenten geven slechts de mening van (een werknemer van) Snitjer over onderlinge financiële relaties; de auteur van de handgeschreven documenten is onbekend.
- De d-g NMa heeft niet aangetoond dat de betrokken ondernemingen elkaar gegevens hebben verstrekt. Uit de documenten kan niet worden afgeleid dat de betrokken ondernemingen hebben deelgenomen aan overleg.
- Zonder motivering stelt het rapport dat het document in rnr 28 een overzicht geeft van een financiële relatie tussen de ondernemingen en dat het document in rnr 33 daarvan een specificatie is.

Beoordeling

126. Zoals partijen stellen, is het juist dat nagenoeg geen van de documenten gedateerd is. Het rapport en ook dit besluit veronderstellen echter geen datering op een bepaald moment, bijvoorbeeld voorafgaande aan een inschrijving, maar concluderen op basis van de inhoud van de documenten.
127. De datum van aanbesteding groot onderhoud Friesland is op de overzichten Reiskas (23 maart 1999) kennelijk fout ingevuld; die datum moet zijn 25 maart 1999. Het betreffende handgeschreven document bevat de correcte datum 25 maart 1999. De datum op dat document is (dus) niet de datum waarop het document is geschreven maar de datum van de aanbesteding (voor analogie: het handgeschreven document inzake rotonde Harlingen).
128. De term maakcijfer is in de wereld van aannemerij algemeen bekend.
129. De versies van het “Overzicht Reiskas” verschillen naar gelang het aantal verwerkte projecten. In het rapport zijn de twee meest volledige versies opgenomen, namelijk die waarin alle en op één na alle projecten zijn verwerkt. Ook in dit besluit wordt alleen gebruik gemaakt van die twee versies (waarin overigens geen doorhalingen voorkomen).
130. De stelling in rnr 28 van het rapport dat de laagste inschrijver zonder uitzondering tot “de tien” behoort, heeft alleen betrekking op het in dat randnummer besproken overzicht. Dat op het overzicht geen derden voorkomen (al dan niet als laagste inschrijver) kan juist worden gezien als een bevestiging dat de schrijfcijfers van “de tien” werden bepaald vóór de inschrijvingsdatum, derhalve voordat bekend kon zijn of eventueel een derde lager had ingeschreven dan de laagste van “de tien”.

131. Uit de term “mislukt” op het overzicht bij de aanbesteding asfaltonderhoud rijksweg 31 kan niet zonder meer worden afgeleid dat sprake is geweest van afstemming. Dat sprake is van afstemming blijkt veeleer uit het feit dat dit project is opgenomen in de Overzichten Reiskas. De opzet om projecten binnen de groep te houden is niet geslaagd, omdat een andere onderneming dan een van “de tien” als laagste had ingeschreven (Gebr. Van de Lee VOF; zie hierna onderdeel 3.2.5). In zoverre kan de afstemming als mislukt worden beschouwd en bevestigt de term “mislukt” dat de betrokken ondernemingen hebben afgestemd.
132. Het feit dat de auteur van de handgeschreven documenten onbekend is, doet niet af aan de bruikbaarheid ervan als bewijsmiddel. De authenticiteit en betrouwbaarheid van die documenten staan afdoende vast; de erin voorkomende gegevens die aan de hand van andere documenten kunnen worden geverifieerd, komen overeen met de gegevens in de andere documenten, terwijl de opzet van de handgeschreven documenten aansluit bij het voorstel Koop in het Verslag Reiskas.
133. De Snitjer-administratie vormt op zichzelf wellicht geen volledig bewijs dat de betrokken ondernemingen informatie hebben uitgewisseld en hebben deelgenomen aan overleg, maar het vormt daartoe een belangrijke bewijspijler die in samenhang met andere documenten volledig bewijs kan opleveren voor het feit (zie hierna onder 3.3.1). De uit de Snitjer-administratie voortkomende documenten geven een grote hoeveelheid op meerdere plaatsen aangetroffen documenten welke betrekking hebben op “de tien” in combinatie met de negen in het geding zijnde aanbestedingen. Uit de hoge mate van consistentie en overeenstemming in gegevens en structuur tussen de uiteenlopende documenten kan bovendien worden afgeleid dat aan de authenticiteit en betrouwbaarheid van de documenten niet hoeft te worden getwijfeld. Overigens levert de Snitjer-administratie op zich reeds voldoende bewijs dat informatie tussen “de tien” is uitgewisseld, omdat die deels niet-openbare gegevens van andere betrokken ondernemingen bevat (bijv. maakcijfers of verrekeningen).
134. Dat het eersteaangehaalde Overzicht Reiskas (rnr 113) en het document Reiskas II (rnr 117) een overzicht geven van *financiële* relaties tussen de ondernemingen, kan wellicht niet dwingend uit alleen die twee documenten worden afgeleid, maar wel in samenhang met andere documenten uit de Snitjer-administratie, en zeker in samenhang met het Verslag Reiskas en de KWS-administratie. Vooruitlopend op de conclusies in onderdeel 3.3.1 geeft de d-g NMa hieronder een motivering waaruit blijkt dat bedoelde documenten de financiële relaties tussen de ondernemingen weergeven, en wel relaties conform de in het voorstel Koop besloten samenwerkingsopzet.

Bewijs dat de overzichten financiële relaties bevatten

135. In het eerstaangehaalde Overzicht Reiskas is in de kolom *verschil* steeds het verschil opgenomen tussen het maakcijfer en het schrijfcijfer. Vervolgens blijkt dat het bedrag in de kolom *verschil* wordt verdeeld in twee bedragen, *hoofdelijk en omzet*, en soms ook nog in een derde bedrag, *derden*. Reeds op het eerst gezicht lijkt het daarbij te gaan om een verdeling van de verhoging als bedoeld in het Voorstel Koop (rnr 95) bij het Verslag Reiskas, zie onderdeel 3.2.1. Een en ander wordt bevestigd door het document Reiskas II. Dat document bevat een kolom *te betalen* en het daarin opgenomen bedrag is gelijk aan het bedrag in de kolom *verschil* minus het bedrag in de kolom *derden*, beide uit het Overzicht Reiskas. Het gaat dus, zo concludeert de d-g NMa, om het verschil maakcijfer – schrijfcijfer (de verhoging) minus wat blijkbaar aan derden toekomt. De onderneming waaraan het project is gegund, heeft dit bedrag kennelijk ingebracht (zie ook de term “inbreng” voor de overeenkomstige bedragen in het Voorstel onderlinge afrekening).
136. Het document Reiskas II bevat voorts een kolom *ontv. hoofd* (kennelijk: ontvangen hoofdelijk); het daarin opgenomen bedrag is gelijk aan het bedrag *per bedrijf* onder in de kolom *hoofdelijk* van het Overzicht Reiskas (dat bedrag is het saldo van die kolom gedeeld door het aantal ondernemingen). Document Reiskas II bevat evenzo een kolom *ontv. omzet* (kennelijk: ontvangen omzet) en het daarin opgenomen bedrag is gelijk aan het saldo per onderneming van de kolom *bedrag van de omzet* in het eerste overzicht Reiskas⁴⁸. Beide bedragen tezamen (ontv. hoofd plus ontv. omzet) geven kennelijk het door iedere onderneming ontvangen “voordeel” aan: hoofdelijk voor alle ondernemingen, terwijl de onderneming waaraan een of meer projecten is gegund, daarenboven het bedrag van de omzet krijgt. Deze systematiek is ook terug te vinden in de bijlagen bij het voorstel Koop. Het verschil tussen de inbreng en het ontvangen voordeel is per onderneming te vinden in de laatste twee kolommen van document Reiskas II.
137. De gegevens en de structuur van het Overzicht Reiskas en het document Reiskas II (alle projecten) worden bevestigd in het tweede aangehaalde Overzicht Reiskas en het document “Reiskas II uit de map” (alle projecten minus IBF Heerenveen). En de gegevens en structuur van het document Reiskas II map worden bevestigd door het Voorstel onderlinge afrekening (rnr 123)⁴⁹.

⁴⁸ Het *bedrag van de omzet* is een correctie op de *omzet*; het bedrag van de omzet is gelijk aan de totale omzet (acht “gelukte” projecten) maal het percentage in kolom 7 dat het aandeel van een schrijfcijfer op het totaal van de schrijfcijfers weergeeft.

⁴⁹ De gegevens in dit Voorstel verschillen soms licht van die in het document Reiskas II, vermoedelijk door een iets anders berekende correctie van de omzet.

138. Ten slotte laten de twee Handgeschreven Aantekeneningen van de Snitjer-administratie naar het oordeel van de d-g NMa zien hoe werd bepaald wie de “winnende” onderneming was, en hoe het verschil maakcijfer – schrijfcijfer precies werd verdeeld in geval een deel van het verschil aan derden werd betaald, waarna het restant weer over “de tien” werd verdeeld langs de lijn *hoofdelijk* en de lijn *omzet*. Het Voorstel onderlinge afrekening (nr 123) bevat ten slotte een voorstel voor efficiënte onderlinge afrekening.

139. Uit bovenstaande kan niets anders worden afgeleid dan dat het Overzicht Reiskas laat zien hoe uit de concrete afstemming per project de verplichting van de winnende aannemer ontstaat om een deel van de aanneemsom in te brengen en hoe de aanspraak van de andere ondernemingen op een deel van die inbreng wordt bepaald. In het document Reiskas II worden vervolgens de verplichtingen en aanspraken gesaldeerd waardoor netto betalende en netto ontvangende worden onderscheiden. Aldus kan worden gesproken van overzichten van financiële relaties tussen “de tien”, en wel relaties als beoogd in de Reiskas-opzet.

3.2.3 De KWS-administratie (rapport nrns 44-48; dossier nr 32)

140. NMa-ambtenaren hebben tijdens een bedrijfsbezoek op 23 april 2002 aan het hoofdkantoor van KWS te Utrecht inzage gevorderd in gegevens, opgeslagen in de daar aanwezige centrale server. Deze centrale server doet tevens dienst voor de districtskantoren van KWS. Op de centrale server bleek zich een geautomatiseerd gegevensbestand te bevinden onder de naam “[XXX]\Nieuwe Map\Mijn Documenten\Mijn documenten\Nieuwe Map\Verrekeningen.xls”⁵⁰ (hierna te noemen: “KWS-administratie”). Dit geautomatiseerd gegevensbestand stond opgeslagen in een werkmap, die stond op naam van de heer [XXX], financieel directeur van het district Friesland-Groningen. Dit bestand betreft een spreadsheet met zeven werkbladen, vervaardigd met het programma Excel van Microsoft. Van dit bestand is een kopie gemaakt.

141. In het werkblad met de tab-aanduiding “Snitjer” zijn onder meer de volgende regels opgenomen:

| | | | | | | | | |
|-----|------------|----------------------|---------|---------|---------|--|----|-------------|
| 210 | 25-3-99 | PWS Friesland reisk. | Snitjer | fl 0,00 | fl 0,00 | | 14 | |
| 280 | 29-4-99 | Ten Boer reisk. | Snitjer | fl 0,00 | fl 0,00 | | 14 | |
| 990 | 31-12-1999 | Reiskas afr.99 | Snitjer | fl 0,00 | fl 0,00 | | 14 | 1999 afger. |

142. In het werkblad met de tabaanduiding “Blad 1” – dat als opschrift “Verrekenen” draagt – zijn onder meer de volgende regels opgenomen:

| Nr. | Datum | Werkomschr. | te bet. | te ontv. | saldo | Naam | Memo |
|-----|------------|----------------------|---------|----------|---------|------|-------------|
| | 25-3-99 | PWS Friesland reisk. | fl 0,00 | fl 0,00 | -252200 | 14 | Snitjer/NBM |
| | 29-4-99 | Ten Boer reisk. | fl 0,00 | fl 0,00 | -252200 | 14 | Snitjer/NBM |
| | 31-12-1999 | Reiskas afr.99 | fl 0,00 | fl 0,00 | -252200 | 14 | Snitjer/NBM |

143. In het werkblad “som” – dat als opschrift “Verrekenen” draagt – zijn onder meer de volgende regels opgenomen:

| Nr. | Datum | Werkomschr. | te ontv. | te bet. | Nr. | Naam | Memo | |
|-----|------------|----------------------|----------|---------|-----|-------------|------|-------------|
| | 25-3-99 | PWS Friesland reisk. | - | - | 14 | Snitjer/NBM | | 368.250,00- |
| | 29-4-99 | Ten Boer reisk. | - | - | 14 | Snitjer/NMB | | 368.250,00- |
| | 31-12-1999 | Reiskas afr.99 | - | - | 14 | Snitjer/NBM | | 368.250,00- |

⁵⁰ Document 3064/32.O056.

De hier genoemde aanbestedingen komen beide eveneens voor in het Overzicht Reiskas in de Snitjer-administratie.

De zienswijzen van de betrokken ondernemingen op de KWS-administratie

144. Van de zijde van de betrokken ondernemingen is het volgende naar voren gebracht.
- De drie werkbladen die bij KWS zijn aangetroffen bevatten diverse onduidelijkheden (betekenis schema's, betekenis getallen).
 - De stelling dat uit de schema's zou blijken dat KWS vorderingen met Snitjer heeft vereffend, kan daaruit niet worden afgeleid.
 - Het door het rapport gestelde verband met het Overzicht Reiskas (Snitjer-administratie) blijkt (juist) niet uit de bedragen; het bedrag van 77.500 in het overzicht is niet terug te vinden.

Beoordeling

145. Evenals in het rapport trekt de d-g NMa in dit besluit niet enkel op basis van de KWS-administratie de conclusie dat KWS Reiskas-vorderingen met Snitjer heeft vereffend. Veeleer gaat het erom dat de KWS-administratie een bevestiging geeft van samenhangen die uit andere bewijsmiddelen worden afgeleid. In dat verband ligt het belang van de administratie hierin dat in één digitaal bestand sprake is van:

- De bestandsnaam *verrekeningen.xls*,
- De afkortingen afr. 99 en afger. 99, welke betrekking kunnen hebben op afrekenen,
- Reiskas-ondernemingen, namelijk Snitjer en KWS,
- 2 van de 9 Reiskas-aanbestedingen,
- Meervoudig gebruik van de term Reiskas.

Gegeven deze relatief beperkte betekenis voor het bewijs, treffen de bedenkingen van de betrokken ondernemingen tegen de KWS-administratie geen doel.

3.2.4 *Persoonlijk agenda's (rapport rnr 53; dossier nr 3)*

146. Tijdens het genoemde bedrijfsbezoek aan Snitjer werd ook inzage gevorderd in persoonlijke agenda's. Uit de persoonlijke agenda's over de jaren 1998 en 1999 van de heer [XXX], rayonmanager/ manager voorbereiding van Snitjer, bleek dat hij op 25 juni 1998 om 19.00 een afspraak had vermeld onder vermelding "Koop", alsmede op 10 juli 1998 om 12.00 uur een afspraak onder vermelding "Asfalt a 9 – Koop". Eveneens staan in de agenda van de heer [XXX] afspraken op 25 augustus 1998 (bij Koop), 10 maart 1999 (bij Koop Tjuchem), 15 maart 1999, 28 juni 1999, 13 juli 1999, 17 november 1999 (bij Ballast Nedam), 22 november 1999 (bij Ballast Nedam) onder vermelding van "Reiskas".⁵¹
147. Van de zijde van de betrokken ondernemingen is gesteld dat uit de agenda slechts volgt dat besprekingen hebben plaatsgevonden tussen Snitjer en Koop.
148. Zoals al eerder opgemerkt gaat het niet alleen of niet zozeer om hetgeen uit een afzonderlijk bewijsmiddel kan worden opgemaakt maar om wat uit de onderlinge samenhang blijkt. In de bewijsvoering (zie hierna onderdeel 3.3.1) wordt de agenda onder meer gebruikt om het plaatsvinden van en het bijwonen van bijeenkomsten te onderbouwen.

3.2.5 *De gegevens afkomstig van de aanbestedende diensten (rapport rnr's 54-82; dossier nrs diverse)*

149. NMa-ambtenaren hebben bij diverse aanbestedende diensten gegevens opgevraagd omtrent de in het "Overzicht Reiskas" genoemde aanbestedingen.⁵² Uit die gegevens blijkt welke ondernemingen voor welke bedragen op de betreffende aanbestede werken hebben ingeschreven, alsmede welke onderneming tegen welk inschrijfbedrag het betreffende aanbestede werk is gegund.

- *IBF Heerenveen*

150. Op 12 maart 1999 heeft het Oranjewoud Bouw en Infra B.V. in opdracht van International Businesspark Friesland een openbare aanbesteding gehouden met betrekking tot de aansluiting van het Businesspark op de Rijksweg A7. Zij heeft deze aanbesteding gehouden onder besteknummer 98239.

⁵¹ Document 3064/3.O056.

⁵² Zie randnummer 110.

Volgens het proces-verbaal van aanbesteding hebben de hieronder genoemde ondernemingen ingeschreven voor de naast die onderneming vermelde prijzen:⁵³

| Inschrijvers | Inschrijfsommen ex btw | Alternatief |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|--------------|
| Koop Tjuchem B.V. | | f. 5.159.000 |
| Koop Tjuchem B.V. | | f. 5.336.000 |
| Reef Wegenbouw B.V. | | f. 5.449.000 |
| Koop Tjuchem B.V. | | f. 5.450.000 |
| Koop Tjuchem B.V. | | f. 5.495.000 |
| De Vries & Van der Wiel B.V./[Verhoeve en Faber B.V./Oosterhof Holman Wegenbouw B.V./Broekert aannemingsmij. BV. | f. 5.548.000 | |
| Koop Tjuchem B.V. | f. 5.561.000 | |
| Snitjer B.V./Fernhout Aannemingsbedrijf B.V. | f. 5.561.000 | |
| Reef Wegenbouw B.V. | f. 5.585.000 | |
| Schagen Zwolle B.V. | f. 5.641.000 | |
| Heijmans B.V./Middelkoop Beton- en Utiliteitsbouw | f. 5.828.000 | |
| Ballast Nedam Grond en Wegen regio Noord-Oost | f. 6.200.000 | |
| Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. | f. 6.278.000 | |
| Vermeer Infrastructuur B.V. | f. 6.298.000 | |
| Jansma Wegen en Milieu B.V. | f. 6.324.000 | |
| Gerrit Ooms B.V. | f. 6.324.000 | |

Bij brief van 4 mei 1999 heeft de Oranjewoud Bouw en Infra B.V. het werk gegund aan Koop Tjuchem B.V. voor een bedrag van NLG 5.336.000 exclusief BTW.⁵⁴

- Groot Onderhoud provincie Friesland

151. Op 25 maart 1999 heeft de provincie Friesland een openbare aanbesteding gehouden met betrekking tot het uitvoeren van "Groot Onderhoud" op de provinciale wegen N356, N361, N383 en N384 met bijkomende werken te Friesland. Zij heeft deze aanbesteding gehouden onder besteknummer 99-06.

⁵³ Document 3064/51.

⁵⁴ Document 3064/51.

Volgens het proces-verbaal van aanbesteding hebben de hieronder genoemde ondernemingen ingeschreven voor de naast die onderneming vermelde prijzen:⁵⁵

| Inschrijvers | Inschrijfsommen ex btw |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|
| Snitjer B.V. te Tynaarlo | f. 3.380.000 |
| Fernhout Aannemingsbedrijf B.V. | f. 3.460.000 |
| Ooms Avenhorn B.V. | f. 3.486.000 |
| Combinatie Ballast Nedam Grond en Wegen, regio Noord Oost te Harlingen/ Vermeer Infrastructuur B.V. te Leek | f. 3.514.000 |
| Reef Wegenbouw B.V. te Emmen | f. 3.566.000 |
| Oosterhof Holman Wegenbouw B.V. te Grijpskerk | f. 3.586.000 |
| Wegenbouwmij. J. Heijmans B.V. te Drachten | f. 3.640.000 |
| Combinatie Aannemings- en Wegenbouwmij. L. Schreuder en Zn. B.V. te Veendam/ De Wilde Wegenbouw B.V. te Groningen | f. 3.647.000 |
| Combinatie Ulrich Jbh. Evers GmbH & Co. KG te Bunde/ Karl Huneke Strassen- und Tiefbau GmbH te Leer | f. 3.670.000 |
| Koop Tjuchem B.V. te Groningen | f. 3.686.000 |
| Jansma Wegen en Milieu B.V. | f. 3.760.000 |
| Verhoeve en Faber B.V. te Inrsum | f. 3.760.000 |
| Wegenbouwbedrijf F.J Thomassen te Akkrum | f. 3.777.000 |
| Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. te Drachten | f. 3.780.000 |
| Gerrit Ooms B.V. te Drachten | f. 3.795.000 |

Bij brief van 19 april 1999 heeft de provincie Friesland het werk gegund aan Snitjer B.V. voor een bedrag van NLG 3.380.000 exclusief BTW.⁵⁶

- *Rotonde in de Provinciale weg N390 te Harlingen*

152. Op 20 april 1999 heeft de provincie Friesland een openbare aanbesteding gehouden met betrekking tot de aanleg van een rotonde in de Provinciale weg N390 te Harlingen. Zij heeft deze aanbesteding gehouden onder besteknummer 98-15.

Volgens het proces-verbaal van aanbesteding hebben de hieronder genoemde ondernemingen ingeschreven voor de naast die onderneming vermelde prijzen:⁵⁷

⁵⁵ Document 3064/ 1.

⁵⁶ Document 3064/ 1.

⁵⁷ Document. 3064/ 28.

| Inschrijvers | Inschrijfsommen ex btw |
|-------------------------------------------------------------|------------------------|
| Koop Tjuchem B.V. te Groningen | f. 521.000 |
| Fernhout Aannemingsbedrijf B.V. te Zwolle | f. 524.000 |
| Jost Visser Aannemingsbedrijf te Nijehaske | f. 525.000 |
| Snitjer te Vries | f. 532.000 |
| Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. te Leek | f. 534.000 |
| Reef Wegenbouw B.V. te Emmen | f. 540.000 |
| Jansma Wegen en Milieu B.V. | f. 547.000 |
| Oosterhof Holman Wegenbouw B.V. te Grijpskerk | f. 550.000 |
| Ballast Nedam Grond en Wegen, regio Noord-Oost te Harlingen | f. 555.000 |
| Wegenbouw J. Heijmans B.V. te Drachten | f. 562.000 |
| Verhoeve en Faber B.V. te Irnsum | f. 563.000 |
| Wegenbouwbedrijf F.J. Thomassen B.V. te Akkrum | f. 567.000 |

De conclusie van de provincie Friesland na toetsing van het bedrag van de laagste inschrijfsom was dat deze te hoog was. Na onderhandeling met Koop Tjuchem B.V. is een gewijzigde aanbidding gedaan ten bedrage van NLG 490.000 excl. BTW.

Bij brief van 14 juni 1999 heeft Gedeputeerde Staten van Friesland de werken gegund aan Koop Tjuchem B.V. voor een bedrag van NLG 490.000 exclusief BTW.⁵⁸

- reconstructie Stadsweg te Ten Boer

153. Op 29 april 1999 heeft de gemeente Ten Boer een openbare aanbesteding gehouden met betrekking tot de reconstructie Stadsweg te Ten Boer. Zij heeft deze aanbesteding gehouden onder besteknummer 99055.

Volgens het proces-verbaal van aanbesteding hebben de hieronder genoemde ondernemingen ingeschreven voor de naast die onderneming vermelde prijzen:⁵⁹

| Inschrijvers | Inschrijfsommen ex btw |
|---------------------------------------------------|------------------------|
| Snitjer B.V. te Tynaarlo | f. 535.000 |
| Reef Wegenbouw B.V. te Emmen | f. 536.500 |
| Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. te Leek | f. 539.000 |
| De Roo Wegenbouw- en Milieutechniek te Emmen | f. 546.000 |
| Aannemingsbedrijf Simon Benus B.V. te Stadskanaal | f. 539.000 |

⁵⁸ Document 3064/28.

⁵⁹ Document 3064/29.

| | |
|------------------------------------------------------------|------------|
| B.V. Aannemings- en Wegenbouw Mij. Gruno te Groningen | f. 553.000 |
| Wegenbouw J Heijmans B.V. te Groningen | f. 558.000 |
| Ballast Nedam Grond en Wegen Regio Noord-Oost te Loppersum | f. 559.000 |
| Gerrit Ooms B.V. te Leek | f. 563.000 |
| Vermeer Grond en Wegen B.V. te Leek | f. 567.000 |
| Aannemingsbedrijf K. Westerman B.V. te Groningen | f. 573.000 |
| Hazelaar Aanneming B.V. te Coevorden | f. 584.000 |
| Roelofs Wegenbouw B.V. te Den Ham | f. 588.000 |
| Koop Tjuchem B.V. te Groningen | f. 592.000 |
| Verhoeve en Faber B.V. te Irnsum | f. 593.000 |
| Koninklijke Sjouke Dijkstra en Zn. B.V. te Zuidhorn | f. 598.000 |
| De Wilde Wegenbouw B.V. te Groningen | f. 617.000 |
| Wegenbouwbedrijf F.J Thomassen te Akkrum | f. 620.000 |
| Alternatief Snitjer B.V. te Tynaarlo | f. 495.000 |

Bij brief van 16 juni 1999 heeft de gemeente Ten Boer het werk gegund aan Snitjer voor een bedrag van NLG 495.000 exclusief BTW.⁶⁰

- Asfaltering Nieuwe Boteringsestraat te Groningen

154. Op 20 mei 1999 heeft de gemeente Groningen een openbare aanbesteding gehouden met betrekking tot de asfaltering Nieuwe Boteringsestraat te Groningen. Zij heeft deze aanbesteding gehouden onder besteknummer 68-1998.

Volgens het proces-verbaal van aanbesteding hebben de hieronder genoemde ondernemingen ingeschreven voor de naast die onderneming vermelde prijzen.⁶¹

| Inschrijvers | Inschrijfsommen ex btw |
|-----------------------------------|------------------------|
| Vermeer Infra te Leek | f. 677.000 |
| Gruno B.V. te Groningen | f. 705.000 |
| Gerrit Oom B.V. te Leek | f. 709.000 |
| J Heijmans B.V. te Groningen | f. 709.000 |
| KWS-Noord te Leek | f. 732.000 |
| Reef Wegenbouw B.V. te Emmen | f. 736.000 |
| Roelofs Wegenbouw B.V. te Den Ham | f. 750.000 |

⁶⁰ Document 3064/ 29.

⁶¹ Document 3064/ 23.

| | |
|---------------------------------------|------------|
| Koop Tjuchem B.V. te Groningen | f. 763.000 |
| Hazelaar B.V. te Coevorden | f. 766.900 |
| Verhoeve en Faber B.V. te Irnsum | f. 768.000 |
| Snitjer B.V. te Vries | f. 778.000 |
| Jansma B.V. te Drachten | f. 792.000 |
| Kon. Sjouke Dijkstra B.V. te Zuidhorn | f. 798.000 |
| Ballast Nedam te Loppersum | f. 798.000 |
| De Wilde Wegenbouw B.V. te Groningen | f. 798.000 |
| Jost Visser te Nijehaske | f. 798.000 |

Bij brief van 8 juli 1999 heeft de gemeente Groningen het werk gegund aan Vermeer Infrastructuur B.V. voor een bedrag van NLG 677.000 exclusief BTW.⁶²

- *Onderhoud wegen 1999 te Vlagtwedde*

155. Op 27 mei 1999 heeft de gemeente Vlagtwedde een openbare aanbesteding gehouden met betrekking tot het onderhoud van wegen in 1999 in de gemeente Vlagtwedde. Zij heeft deze aanbesteding gehouden onder besteknummer 99039. De aanbesteding is uitgevoerd door Ingenieursbureau Oranjewoud B.V.

Volgens het proces-verbaal van aanbesteding hebben de hieronder genoemde ondernemingen ingeschreven voor de naast die onderneming vermelde prijzen:⁶³

| Inschrijvers | Inschrijfsommen ex btw |
|------------------------------------------------------|------------------------|
| B.V. Aannemings- & Wegenbouw Mij. Gruno te Groningen | f. 626.000 |
| Snitjer B.V. te Vries | f. 659.000 |
| De Roo Wegenbouw- en Milieutechniek te Emmen | f. 668.000 |
| Reef Wegenbouw B.V. te Emmen | f. 668.000 |
| Simon Benus B.V. te Stadskanaal | f. 674.000 |
| Fühler B.V. Aannemings- en verhuurbedrijf | f. 674.400 |
| Roelofs Wegenbouw B.V. te Den Ham | f. 682.000 |
| Gerrit Ooms B.V. te Leek | f. 686.000 |
| Ballast Nedam Grond en Wegen te Loppersum | f. 689.000 |
| Aannemingsbedrijf K. Westerman B.V. te Groningen | f. 689.000 |
| Wegenbouw J. Heijmans B.V. te Groningen | f. 712.000 |

⁶² Document 3064/23.

⁶³ Document 3064/24.

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Hazelaar Aanneming B.V. te Coevorden | f. 719.000 |
| Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. te Leek | f. 732.000 |
| Koop Tjuchem B.V. te Groningen | f. 741.000 |
| Vermeer Grond en Wegen B.V. | f. 746.000 |
| Combinatie De Wilde Wegenbouw B.V. & Aann, en Wegenb. Mij. L. Schreuder & Zonen B.V. te Groningen | f. 780.000 |

Bij brief van 17 juni 1999 heeft de gemeente Vlagtwedde Ingenieursbureau Oranjewoud B.V. gemachtigd het werk op te dragen aan B.V. Aannemings- en Wegenbouw maatschappij Gruno voor een bedrag van NLG 626.000 exclusief BTW.⁶⁴

- Onderhoudswerken aan provinciale wegen in de provincie Groningen

156. Op 1 juni 1999 heeft de Dienst beheer Wegen en Kanalen van de provincie Groningen een openbare aanbesteding gehouden met betrekking tot het uitvoeren van onderhoudswerken aan provinciale wegen. Zij heeft deze aanbesteding gehouden onder besteknummers BT01/ 1999, BT02/ 1999 en BT03/ 1999.

Volgens het proces-verbaal van aanbesteding hebben de hieronder genoemde ondernemingen ingeschreven voor de naast die onderneming vermelde prijzen:⁶⁵

| Inschrijvers | Inschrijfsommen ex btw |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|
| Reef Wegenbouw B.V. te Emmen | f. 2.612.000 |
| Shitjer te Tynaarlo, samen met Vermeer Infrastructuur te Leek en Ballast Nedam Grond en Wegen te Loppersum | f. 2.655.000 |
| Jansma Wegen en Milieu te Drachten | f. 2.713.000 |
| De Roo Wegenbouw en Milieutechniek te Emmen | f. 2.721.000 |
| Koop Tjuchem B.V. te Groningen | f. 2.723.000 |
| Oosterhof Holman Wegenbouw B.V. te Grijpskerk | f. 2.725.000 |
| Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. te Leek | f. 2.810.000 |
| Gerrit Ooms B.V. te Leek | f.2.844.000 |
| J Heijmans B.V. te Groningen | f. 2.883.000 |
| F.J Thomassen B.V. te Akkrum | f. 3.280.000 |

⁶⁴ Document 3064/24.

⁶⁵ Document 3064/26.

Bij brief van 3 juni 1999 heeft de Dienst beheer Wegen en Kanalen van de provincie Groningen de werken gegund aan Reef Wegenbouw B.V. voor een bedrag van NLG 2.612.000 exclusief BTW.⁶⁶

- asfaltonderhoudswerkzaamheden te Tytsjerksteradiel

157. Op 17 juni 1999 heeft de gemeente Tytsjerksteradiel een openbare aanbesteding gehouden met betrekking tot asfaltonderhoudswerkzaamheden in de gemeente Tytsjerksteradiel. Zij heeft deze aanbesteding gehouden onder besteknummer 99-02/ OWRR.

Volgens het proces-verbaal van aanbesteding hebben de hieronder genoemde ondernemingen ingeschreven voor de naast die onderneming vermelde prijzen:⁶⁷

| Inschrijvers | Inschrijfsommen ex btw |
|---------------------------------------------------------------------------|------------------------|
| Combinatie Heijmans Wegenbouw te Drachten en Reef Wegenbouw B.V. te Emmen | f. 1.032.000 |
| Oosterhof Holman Wegenbouw B.V. te Grijpskerk | f. 1.048.000 |
| K. Westerman B.V. te Groningen | f. 1.067.000 |
| Combinatie Vermeer Grond en Wegen B.V. en Gerrit Ooms B.V. | f. 1.069.000 |
| Wegenbouwbedrijf F.J. Thomassen B.V. te Akkrum | f. 1.077.000 |
| KWS Friesland/ Groningen | f. 1.096.000 |
| Koop Tjuchem B.V. te Groningen | f. 1.120.000 |
| De Roo Wegenbouw te Emmen | f. 1.138.000 |
| Verhoeve en Faber B.V. te Irnsum | f. 1.142.000 |
| Roelofs Wegenbouw te Den Ham | f. 1.148.000 |
| Ballast Nedam Grond en Wegen te Surhuisterveen | f. 1.157.000 |
| Snitjer B.V. te Vries | f. 1.164.000 |
| Koninklijke Sjouke Dijkstra en Zn. B.V. te Zuidhorn | f. 1.170.000 |
| Jansma Wegen en Milieu B.V. te Drachten | f. 1.170.000 |
| Wegenbouw De Wilde B.V. te Groningen | f. 1.228.000 |
| EVM B.V. te Kerkdriel | f. 1.295.000 |

Bij brief van 17 juni 1999 heeft de gemeente Tytsjerksteradiel het werk gegund aan Wegenbouwmij. J Heijmans B.V., in combinatie met Reef Wegenbouw b.v. voor een bedrag van NLG 1.032.000,– exclusief BTW.⁶⁸

⁶⁶ Document 3064/ 26.

⁶⁷ Document 3064/ 25.

⁶⁸ Document 3064/ 25.

- Aanbrengen van asfaltbetonverhardingen met bijkomende werken op de rijkswegen 6 en 31

158. Op 2 juli 1999 heeft het Directoraat-Generaal Rijkswaterstaat, directie Noord-Nederland, van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat een openbare aanbesteding gehouden met betrekking tot het aanbrengen van asfaltbetonverhardingen met bijkomende werken op de rijkswegen 6 en 31 in de dienstkring Friesland. Het heeft deze aanbesteding gehouden onder besteknummer NN-2883.

Volgens het proces-verbaal van aanbesteding hebben de hieronder genoemde ondernemingen ingeschreven voor de naast die onderneming vermelde prijzen:⁶⁹

| Inschrijvers | Inschrijfsommen ex btw |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|
| Gebr. Van der Lee V.O.F. te Hagestein | f. 6.357.000 |
| Ooms Avenhorn B.V. te Avenhorn | f. 6.600.000 |
| Combinatie Koop Tjuchem B.V. te Groningen, Heijmans Wegenbouw B.V. te Drachten, Reef Wegenbouw B.V. te Emmen, en Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. te Leek. | f. 6.847.000 |
| Combinatie Snitjer te Vries, HWZ Regio Noord te Drachten en [XXX] te Zwolle | f. 6.923.000 |
| Vermeer Infrastructuur B.V. te Leek | f. 6.947.000 |
| Aann. Mij van Gelder B.V. te Elburg | f. 7.000.000 |
| Combinatie Verhoeve en Faber B.V. te Irnsum en Jansma Wegen en Milieu B.V. te Drachten | f. 7.089.000 |
| Combinatie Hazelaar Aanneming B.V. te Assen en Gebr. Van Kessel Wegenbouw B.V. te Buren | f. 7.121.000 |
| Oosterhof Holman Wegenbouw B.V. te Grijpskerk | f. 7.185.000 |
| Combinatie F.J. Thomassen te Akkrum en K. Westerman B.V. te Groningen | f. 7.430.000 |
| Combinatie Aannemersbedrijf Krans V.O.F. te Borger en M.K.L. Beheer B.V. te Varik | f. 8.777.000 |
| Alternatief Combinatie Koop Tjuchem B.V. te Groningen, Heijmans Wegenbouw B.V. te Drachten, Reef Wegenbouw B.V. te Emmen, en Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. te Leek. | f. 6.447.000 |

Het Directoraat-Generaal Rijkswaterstaat, directie Noord-Nederland heeft het werk gegund aan Gebr. Van der Lee V.O.F. voor een bedrag van NLG 6.357.000 exclusief BTW.⁷⁰

⁶⁹ Document 3064/ 27.

⁷⁰ Document 3064/ 83.

Zienswijze Vermeer

159. Vermeer stelt dat haar geen verboden afstemming kan worden verweten waar het gaat om de aanbesteding rotonde Harlingen, omdat zij daarvoor niet heeft ingeschreven.
160. Het feit dat een onderneming niet heeft ingeschreven voor een van de projecten, sluit naar de mening van de d-g NMa niet uit dat sprake is van een verboden afspraak of afstemming ter zake. Niet-inschrijven is – naast hoger inschrijven dan de onderneming die het project “mag” uitvoeren – ook een vorm van het nakomen van verboden aanbestedingsafspraken.

3.3 De feiten en omstandigheden

3.3.1 De conclusies van de d-g NMa ten aanzien van de feiten en omstandigheden

161. De d-g NMa heeft bij de hierna volgende conclusies ten aanzien van de feiten en omstandigheden nauw aangesloten bij de conclusies daaromtrent in het rapport. Mede naar aanleiding van de in de volgende paragraaf (3.3.2) te bespreken zienswijzen heeft de d-g NMa de conclusies aangevuld of op onderdelen aangepast.

De bespreking op 25 juni 1998

162. Uit het Verslag Reiskas, het daarin opgenomen verslag van de bespreking van 25 juni 1998, de daarbij gevoegde agenda van te behandelen onderwerpen op de vergadering van 10 juli 1998 en het daarbij gevoegde voorstel Koop, alsmede uit de persoonlijke agenda van de heer [XXX] van Snitjer (notering voor die datum: “Koop”) blijkt dat tijdens een bijeenkomst op 25 juni 1998 onder de naam Reiskas, door “de tien” gesproken is over - zoals zij zelf noemen - "asfaltzware werken". Blijkens de genoemde stukken heeft men gesproken over het prijsniveau van een zevental in 1998 gedane aanbestedingen, over de deelnemers aan die aanbestedingen en over de ingeschatte bedragen die de "aannemerij heeft laten 'liggen' bij de opdrachtgever"; partijen waren het er over eens dat er geprobeerd moest worden dit geld voortaan in de aannemerij te houden. Tevens is gesproken over de vraag hoe en binnen welke groep van ondernemingen dat moest gebeuren. Conclusie van deze bespreking was dat "alle partijen zullen gaan nadenken over de regels en hoe te verdelen" en dat Koop Tjuchem daartoe een voorstel zou doen.

De bespreking op 10 juli 1998

163. Uit de bij het Verslag Reiskas gevoegde agenda voor een bespreking van 10 juli 1998 en het tevens biagevoegde voorstel Koop met betrekking tot het inschrijfgedrag voor “asfaltzware werken” leidt de d-g NMa af dat op 10 juli 1998 vervolgoverleg heeft plaatsgevonden. Dat blijkt ook uit de persoonlijke agenda van de heer [XXX] van Snitjer. De notering in die agenda (“Asfalt a 9 – Koop”) komt overeen met het onderwerp van de bespreking, namelijk "asfaltzware" werken, met het aantal deelnemers aan de bespreking, namelijk 9,

en met de rol die Koop Tjuchem vervult in de besprekingen, namelijk degene die een voorstel voor de verdeling van prijsverhogingen doet en met de mededeling dat Koop voor broodjes zal zorgen. Uit een en ander kan ook worden afgeleid dat de betreffende bespreking plaatsvond bij Koop Tjuchem.

164. Dat de bespreking heeft plaatsgevonden wordt bevestigd door de bij Snitjer en KWS aangetroffen administraties van de latere aanbestedingen, welke administraties qua terminologie en details aansluiten bij het op die datum te bespreken voorstel Koop. Aldus acht de d-g NMa afdoende bewezen dat het voor 10 juli 1998 geplande overleg daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. In ieder geval is duidelijk dat daadwerkelijk eenmaal of meermalen vervolgoverleg heeft plaatsgevonden waarbij de methodiek van de afstemming en de verdeling is afgesproken.
165. De bespreking op 10 juli 1998 ging met name over het voorstel Koop met betrekking tot het toekomstig inschrijfgedrag ten aanzien van "asfaltzware werken". Het doel van het besproken voorstel was: *"geld wat nu bij de opdrachtgever blijft ivm lage prijsniveau (evt deels) proberen binnen de aannemerij te houden" en "werk binnen de groep te houden"*. Het voorstel voorzag in spelregels voor de keuze van de aannemer die de aanbesteding mocht "winnen", de verhoging van inschrijfprijzen, alsmede een vijftal varianten voor verdeling van deze prijsverhoging.
- De Snitjer-administratie; overeenstemming met het Verslag Reiskas*
166. Op de kamer van de heer [XXX] (werkzaam bij Snitjer) en op de server van Snitjer en BAM NBMis de Snitjer-administratie aangetroffen. Voor zover deze administratie in fysieke vorm is aangetroffen, bevond deze zich in dezelfde map als het Verslag Reiskas. De heer [XXX] staat in het Verslag Reiskas vermeld als vertegenwoordiger van "Snitjer".
167. Uit de bij Snitjer aangetroffen gegevensbestanden en afdrucken daarvan blijkt dat Snitjer een administratie van de Reiskas voerde. Het is aannemelijk dat de in die Snitjer-administratie aangetroffen twee Handgeschreven Aantekeningen (rnr 124), evenals de andere daarin aangetroffen documenten, zijn opgesteld door een medewerker van Snitjer. In ieder geval werden de Handgeschreven Aantekeningen als onderdeel van de Snitjer-administratie bewaard door Snitjer, en met name door [XXX].
168. Het boven in onderdeel 3.2.2 eersaangehaalde Overzicht Reiskas uit de Snitjer-administratie (rnr 113), vertoont wat systematiek betreft gelijkenissen met het voorstel Koop en hetgeen overigens is besproken op 25 juni 1998. Deze gelijkenissen zien op:
- (i) dezelfde ondernemingen als betrokken bij de genoemde besprekingen;
 - (ii) de verschillen tussen maakcijfers en schrijfcijfers;
 - (iii) het verdelen van dit verschil tussen maakcijfer en schrijfcijfer;

- (iv) het hoofdelijk uitkeren van bedragen;
 - (v) het betalen van gelden aan derden;
 - (vi) het gebruik van asfalt in de betreffende werken;
 - (vii) de periode waarbinnen de afspraak tussen “de tien” in ieder geval volgens het voorstel operationeel zou moeten zijn, namelijk t/ m 31 december 1999, en
 - (viii) het gebruik van de term "reiskas".
- In onderdeel 3.2.2. is uiteengezet dat het overzicht financiële relaties tussen de daarin vermelde ondernemingen betreft.

De Snitjer-administratie; nadere analyse

169. In de Snitjer-administratie is het “Overzicht Reiskas” verschillende malen aangetroffen, afwijkend op het aantal vermelde aanbestedingen. Het blijkt dat indien nieuwe aanbestedingen worden toegevoegd aan het document, de som van de kolommen eveneens verandert vanwege toevoeging van bij die nieuwe aanbestedingen behorende bedragen.
170. De in het eerstaangehaalde Overzicht Reiskas weergegeven regels uit de Snitjer-administratie stemmen overeen met de gegevens betreffende de bestekken van de in onderdeel 3.2.5 vermelde aanbestedingsgegevens, alsmede de in verband daarmee gevoerde correspondentie tussen de aanbestedende diensten en de betrokken bouwondernemingen, en wel op de navolgende punten: datum van aanbesteding, besteknummer, omschrijving van het bestek, vermelding van de “laagste” (bedoeld zal zijn: laagste inschrijver) en de inschrijfcijfers.
- Deze regels vermelden voorts het maakcijfer van de laagste inschrijver en vertonen ook overigens overeenstemming met de methodieken in het Voorstel Koop.
171. De in het eerstaangehaalde Overzicht Reiskas weergegeven regels stemmen op de navolgende punten overeen met de gegevens aangetroffen in de Handgeschreven Aantekeningen uit de Snitjer-administratie met betrekking tot het groot onderhoud te Friesland (nr 125): datum van aanbesteding; besteknummer; in de Snitjer-administratie staat als omschrijving “Groot onderh. Friesland”, terwijl in de aantekeningen staat “9906 Prov. Friesland”; in de Snitjer-administratie staat “Snitjer” in de kolom de “laagste” en staat in dezelfde regel bij schrijfcijfer “fl. 3.380.000”, hetgeen overeenkomt met het schrijfcijfer van Snitjer uit de aantekeningen dat daar ook het laagste bedrag is; het maakcijfer van Snitjer is even hoog volgens de Snitjer-administratie en de aantekeningen; het “verschil” van de Snitjer-administratie stemt exact overeen met het te verdelen bedrag van NLG 780.000, dat in de aantekeningen diverse malen is vermeld; het bedrag onder het kopje “derden” van de Snitjer-administratie stemt exact overeen met het bedrag van NLG 150.000, dat aan [XXX], [XXX] en [XXX] wordt betaald volgens de aantekeningen; het bedrag onder het kopje “hoofdelijk” van de Snitjer-administratie stemt exact overeen met het

bedrag van NLG 315.000 dat in de aantekeningen staat vermeld achter “50% Hoofdelijk”; het bedrag onder het kopje “omzet” van de Snitjer-administratie stemt exact overeen met het bedrag van NLG 315.000 dat in de aantekeningen staat vermeld achter “50% omzet”.

172. De in het eerstaangehaalde Overzicht Reiskas weergegeven regels uit de Snitjer-administratie stemmen voorts overeen met de gegevens aangetroffen in de handgeschreven aantekeningen inzake de rotonde te Harlingen (rnr 126) op de navolgende punten: omschrijving van de aanbesteding, datum van aanbesteding; besteknummer; in de Snitjer-administratie staat “Koop” in de kolom de “laagste” en staat in dezelfde regel bij schrijfcijfer “fl. 521.000”, hetgeen overeenkomt met het inschrijfcijfer van Koop uit de aantekeningen dat daar ook het laagste bedrag is; maakcijfer van Koop van NLG 389.000; het “verschil” van de Snitjer-administratie stemt exact overeen met het te verdelen bedrag van NLG 132.000 dat in het verslag is vermeld; het bedrag onder het kopje “derden” van de Snitjer-administratie stemt exact overeen met het bedrag van NLG 24.000 dat aan [XXX], [XXX] en [XXX] wordt betaald volgens de aantekeningen; het bedrag onder het kopje “hoofdelijk” van de Snitjer-administratie stemt exact overeen met het in de aantekeningen vermelde bedrag van NLG 54.000; het bedrag onder het kopje “omzet” van de Snitjer-administratie opgeteld bij het bedrag onder het kopje “hoofdelijk” van de Snitjer-administratie, komt exact overeen met het in de aantekeningen vermelde NLG 108.000 “naar Reiskas”.
173. De in het eerstaangehaalde Overzicht Reiskas weergegeven regels uit de Snitjer-administratie stemmen voorts overeen met de gegevens aangetroffen in het in onderdeel 3.2.3 weergegeven document Reiskas II (rnr 127) inzake IBF Heerenveen op de navolgende punten: omschrijving van aanbesteding; datum van aanbesteding; besteknummer; maakcijfer (in “Koop Klaverblad.xls” blikcijfer genoemd) van Koop Tjuchem; het “verschil” van de Snitjer-administratie stemt exact overeen met de bedragen (na aftrek van betaling aan derden) genoemd in “Koop Klaverblad.xls”; het bedrag onder het kopje “derden” van de Snitjer-administratie stemt exact overeen met het bedrag van NLG 120.000 dat aan [XXX], [XXX] en [XXX] wordt betaald volgens “Koop Klaverblad.xls”.
174. Zoals in onderdeel 2.2.2. al is opgemerkt, bevat het Voorstel onderlinge afrekening (rnr 123) uit de Snitjer-administratie⁷¹ kennelijk een voorstel tot onderlinge afrekening van ontstane financiële relaties. Die uitleg wordt bevestigd wanneer het voorstel in samenhang wordt gelezen met de overige documenten uit de Snitjer-administratie. Het totaalbedrag van de kolom “Omzet”, te weten NLG 9.385.000, komt overeen met de cumulatieve schrijfcijfers per onderneming uit het eerst aangehaalde Overzicht Reiskas.

⁷¹ Document 3064/03.O056, p. 3 van 3064-03-056-324-011.

De Handgeschreven Aantekeningen in de Snitjer-administratie

175. De gegevens betreffende de bestekken met betrekking tot de rotonde te Harlingen (besteknummer 98-15) en het groot onderhoud te Friesland (besteknummer 99-06) en de in verband daarmee gevoerde correspondentie tussen de diverse aanbestedende diensten en de betrokken bouwondernemingen stemmen overeen met de gegevens aangetroffen in de uit de Snitjer-administratie afkomstige Handgeschreven Aantekeningen (rnr 124) met betrekking tot deze aanbestedingen. De overeenstemming betreft: de datum van aanbesteding, de inschrijvende ondernemingen en de "inschrijfsommen" van voornoemde ondernemingen.
176. Bij vergelijking van de Handgeschreven Aantekeningen uit de Snitjer-administratie, het document "Koop Klaverblad.xls", het Verslag Reiskas en de Snitjer-administratie blijkt overeenstemming op de navolgende punten:
- (i) alle aanbestedingen hebben betrekking op werk in de provincies Friesland en Groningen; in het "Verslag Reiskas" is vermeld: "*Afspraakgebied is Groningen, Friesland en Drenthe met als grens de ACD grens*".
 - (ii) in de Handgeschreven Aantekeningen worden mc's genoteerd, terwijl in de Snitjer-administratie en het "Verslag Reiskas" meerdere malen melding wordt gemaakt van een "maakcijfer"; kennelijk wordt op hetzelfde gedoeld;
 - (iii) in de Handgeschreven Aantekeningen en het document "Koop Klaverblad.xls" worden schrijfcijfers dan wel inschrijfcijfers genoteerd, hetgeen ook in het "Verslag Reiskas" en de Snitjer-administratie wordt genoemd; kennelijk wordt op hetzelfde gedoeld;
 - (iv) in de Handgeschreven Aantekeningen betreffende groot onderhoud te Friesland (besteknummer bestek 99-06) staat: "*Voorstel : 2 cijfers 1. Maakcijfer 2. Schrijfcijfer*"; dit stemt overeen met hetgeen in het "Voorstel Koop" in het "Verslag Reiskas" staat: "*Twee cijfers op papier: maakcijfer en inschrijfcijfer*". In het verslag betreffende Bestek 99-06 staat: "*verhoging hfdzakelijk hfdelijk*" en "*50% Hoofdelijk*". Dit stemt overeen met het "Verslag Reiskas", waarin onder het kopje "*Verdeling verhoging*" staat: "*en de rest hoofdelijk*". In variant A van de bijlagen bij het "Verslag Reiskas" wordt melding gemaakt van een "*ramingsniveau*". In het verslag betreffende groot onderhoud te Friesland (bestek 99-06) staat per inschrijvende onderneming een "*Raming*" ingevuld; in de verrekensystematiek wordt aangehaakt bij de uitgangspunten van het "Verslag Reiskas" voor zover het betreft de verdeling van het bedrag van NLG 630.000 onder "de tien".

De KWS-administratie; bevestiging gegevens uit andere documenten

177. De KWS-administratie (onderdeel 3.2.3) bevat gegevens omtrent twee aanbestedingen, welke ook genoemd worden in de Snitjer-administratie, namelijk de aanbesteding met

betrekking tot groot onderhoud te Friesland (besteknummer 99-06) en de aanbesteding met betrekking tot de reconstructie Stadsweg te Ten Boer (besteknummer 99055). Dit blijkt uit de overeenkomsten in omschrijving van de werken, de data van aanbesteding, de vermelding van Snitjer, welke blijkens de gegevens van de betreffende aanbestedende diensten als laagste heeft ingeschreven op deze twee aanbestedingen. In de KWS-administratie worden deze afspraken in verband gebracht met "reisk.", hetgeen gezien de daarop volgende regel met vermelding "reiskas" en gezien de relatie in de Snitjer-administratie van de betreffende aanbesteding met reiskas, niet anders gelezen kan worden dan "reiskas".

178. De KWS-administratie bevat werkbladen met de aanduiding "verrekenen" en regels met de vermelding "Snitjer", de aanduiding "Reiskas afr. 99" en het jaartal 1999. Hoewel dat op zichzelf geen dwingend bewijs vormt voor vereffening tussen KWS en Snitjer in Reiskasverband, bevestigt de KWS-administratie het uit andere documenten afgeleide bewijs van onderlinge afstemming, verdeling en verrekening.

De gegevens van de aanbestedende diensten

179. De gegevens afkomstig van de aanbestedende diensten stemmen overeen met de administratieve gegevens in de Snitjer-administratie, met de Handgeschreven Aantekeningen en met de gegevens in de KWS-administratie. De overeenstemming betreft de navolgende feiten:
- (i) het aantal en de aanduiding van de betrokken ondernemingen,
 - (ii) de omschrijving van de negen werken, de data van aanbesteding,
 - (iii) de opdrachtgevers,
 - (iv) de gegunde prijzen en
 - (v) de inschrijfprijzen van de betreffende ondernemingen.

Derde-ondernemingen

180. Uit het eerstaangehaalde Overzicht Reiskas, de Handgeschreven Aantekeningen en hetgeen is besproken in het Verslag Reiskas blijkt dat "de tien" hebben geprobeerd bij individuele aanbestedingen ook derde-ondernemingen in de onderlinge afstemming te betrekken. Tussen de "de tien" is een afspraak gemaakt over de onderlinge verdeling van het genoten verschillen tussen het zogenaamd "maakcijfer" en het zogenaamd "inschrijfcijfer" en de wijze waarop concurrerende ondernemingen worden afgekocht, teneinde de betreffende aanbestedingen "binnen de groep" te kunnen houden.

De wijze van afstemming

181. De Handgeschreven Aantekeningen bevatten maakcijfers, ramingen en inschrijfcijfers van *alle* betrokken ondernemingen (en 3 andere ondernemingen) ten aanzien van de aanbestedingen van de rotonde te Harlingen (besteknummer 98-15) en van het groot onderhoud te Friesland (besteknummer 99-06). Alleen reeds op grond van het vertrouwelijk karakter van die cijfers moet worden aangenomen dat de betrokken ondernemingen bijeen zijn gekomen en gegevens hebben uitgewisseld. De uit structuur en bewoordingen van beide aantekeningen blijkende systematiek maakt voorts aannemelijk dat de aantekeningen de neerslag zijn van onderlinge afstemming, voorafgaande aan de aanbesteding van het groot onderhoud te Friesland (besteknummer 99-06) en van de rotonde te Harlingen (besteknummer 98-15), waarbij is afgesproken dat Snitjer met NLG 3.380.000 respectievelijk Koop Tjuchem voor NLG 521.000 als laagste mochten inschrijven. Dat verzekerde Snitjer en Koop Tjuchem ervan dat zij geen concurrentie zouden ondervinden van de andere bij de afspraak betrokken ondernemingen. Ook laten de aantekeningen zien hoe het maakcijfer is verhoogd tot het schrijfcijfer en hoe de verhoging is verdeeld
182. Voorts blijkt een treffende gelijkenis tussen het Verslag Reiskas en de Handgeschreven Aantekeningen uit de Snitjer-administratie, waarin maakcijfers, schrijfcijfers en uitkeringen zijn opgenomen. De Handgeschreven Aantekeningen laten zien hoe in lijn met de Reiskas-overeenkomst daadwerkelijk voorafgaande aan de aanbestedingen gegevens zijn uitgewisseld en inschrijfcijfers zijn afgestemd. En de daaruit ontstane financiële relaties tussen “de tien” worden bevestigd door het Overzicht Reiskas en de overige documenten uit de Snitjer-administratie.
183. Gezien de overeenstemming naar vorm en inhoud tussen de Reiskas-afspraken, het Overzicht Reiskas en de Handgeschreven Aantekeningen inzake de rotonde Harlingen en het groot onderhoud Friesland, is het aannemelijk dat met betrekking tot de zeven andere in het “Overzicht Reiskas” genoemde aanbestedingen op gelijke wijze gegevens zijn uitgewisseld, het inschrijfgedrag is afgestemd en de “verhoging” is verdeeld.
184. Dat een en ander aannemelijk is, blijkt in het bijzonder uit de wijze van verslaglegging in het eerstaangehaalde Overzicht Reiskas van de aanbesteding van het asfaltonderhoud aan de rijkswegen 31 en 6 (besteknummer NNI-2883). Als laagste inschrijver wordt genoemd een combinatie van Koop Tjuchem, Heijmans, KWS en Reef. De kolom "laagste" in het Overzicht Reiskas duidt niet op de uiteindelijk laagste inschrijver, maar duidt alleen op de laagste inschrijver van de Reiskas-ondernemingen. Blijkens het proces-verbaal van aanbesteding van de provincie Groningen, is namelijk niet deze combinatie, maar bouwbedrijf Gebr. van der Lee de laagste inschrijver. Gezien de term "Mislukt", zoals bij deze aanbesteding in het Overzicht Reiskas is vermeld, kan niet anders worden geconcludeerd dan dat de betrokken ondernemingen hebben gepoogd door middel van

onderlinge afstemming de genoemde combinatie van Koop Tjuchem, Heijmans, KWS en Reef als laagste inschrijver naar voren te schuiven, maar tevergeefs; blijkens het proces-verbaal van aanbesteding hebben twee andere ondernemingen tegen een scherpere prijs ingeschreven. Ten aanzien van deze aanbesteding zijn “de tien” er dus niet in zijn geslaagd “*werk binnen de groep te houden*”.

3.3.2 *De zienswijzen van de betrokken ondernemingen op de conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden*

185. De betrokken ondernemingen hebben een aantal bedenkingen geuit tegen de conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden. Hieronder worden de bedenkingen met verwijzing naar het randnummer van het rapport aangehaald en wordt telkens per bedenking het oordeel en de conclusie van de d-g NMa gegeven. Tot slot wordt ingegaan op de zienswijzen met betrekking tot de bewijsvoering als geheel.

Fnr 84, Het tweede Reiskasoverleg op 10 juli 1998

186. De betrokken ondernemingen menen dat het rapport ten onrechte aanneemt dat op 10 juli 1998 overleg is geweest over het voorstel Koop.

187. Naar aanleiding van deze zienswijze heeft de d-g NMa de bewijsvoering ter zake geëxpliciteerd en aangevuld. Zo maakt ook de gang van zaken bij de negen aanbestedingen duidelijk dat vervolgoverleg heeft plaatsgevonden waarbij de methodiek van verdeling is afgesproken die nadien bij de negen aanbestedingen is toegepast. Dat op 10 juli 1998 vervolgoverleg heeft plaatsgevonden blijkt niet alleen uit de agenda met het Voorstel Koop voor die bijeenkomst maar ook uit de agenda van een van de deelnemers (persoonlijke agenda [XXX]).

Fnr 97, Vereffening van vorderingen tussen KWS en Snitjer

188. Uit de KWS-administratie blijkt naar het oordeel van de betrokken ondernemingen niet dat KWS heeft vereffend met Snitjer.

189. De KWS-administratie bevat werkbladen met de aanduiding “verrekenen” en regels met de vermelding “Snitjer”, de aanduiding “Reiskas afr. 99” en het jaartal 1999. De d-g NMa erkent dat dat op zichzelf geen dwingend bewijs vormt voor vereffening tussen KWS en Snitjer in Reiskas-verband maar de KWS-administratie bevestigt (wellicht ten overvloede) het bewijs uit andere middelen van onderlinge afstemming, verdeling en verrekening. In die zin handhaaft de d-g NMa de KWS-administratie als bewijs.

Fnr 98, Overeenkomst met KWS-administratie

190. De betrokken ondernemingen stellen dat de er geen overeenstemming is tussen het voorstel voor onderlinge afrekening (zie onderdeel 3.2.2) en de KWS-administratie.
191. Het gestelde is voor de d-g NMa aanleiding geweest de laatste twee zinnen in rnr 98 van het rapport niet in zijn conclusies over te nemen.

Fnr 100, Gegevens van de aanbestedende diensten

192. De overeenstemming tussen gegevens van de aanbestedende diensten en gegevens in andere bewijsmiddelen kan blijkens de ingebrachte zienswijzen geen betrekking hebben op schulden en vorderingen tussen partijen en in relatie tot andere partijen.
193. Deze zienswijzen zijn juist. Uit de gegevens van de aanbestedende diensten kan niets worden afgeleid over schulden en vorderingen tussen partijen, zodat de d-g NMa het laatste deel van de opsomming aan het slot van dit randnummer niet in zijn conclusies heeft overgenomen. Voor het overige is de in dit randnummer geconstateerde overeenstemming juist.

rnr 103, Aanbesteding rotonde Harlingen en groot onderhoud Friesland

194. De betrokken ondernemingen weerspreken dat de vermeende afspraak inzake groot onderhoud Friesland en rotonde Harlingen Snitjer resp. Koop verzekerde van de laagste inschrijfprijs en dus van gunning.
195. Uiteraard verzekerde de afspraak Snitjer en Koop niet van gunning in relatie tot derden maar alleen voor zover het aan "de tien" lag. Die beperking is ook zonder explicitering duidelijk.

Fnr 106, Duur van de overtreding

196. Omtrent de duur van de overtreding hadden de betrokken ondernemingen de volgende bedenkingen. De vermeende afstemming heeft niet plaatsgevonden van 25 juni 1998 (zie Verslag Reiskas) tot 17 juni 1999 (aanbesteding Tytsjerksteradiel); geen onderzoek is gedaan naar openbare aanbestedingen de periode van 25 juni 1998 tot 12 maart 1999 (aanbesteding IBF Heerenveen), zodat daarover geen uitspraken kunnen worden gedaan; een van de aanbestedingen (Rw 6 en 31) heeft voorts eerst na 17 juni 1999 plaatsgevonden (2 juli 1999).
197. Over de aanvang van de periode van overtreding merkt de d-g NMa op dat de betrokken ondernemingen tijdens de bijeenkomst op 25 juni 1998 zich reeds over en weer zodanig hadden gecommitteerd dat zij daarna niet langer als onafhankelijke concurrenten zouden meedingen naar tijdens de bijeenkomst bedoelde projecten. De d-g NMa bevestigt dat de

laatste van de aanbestedingen plaatsvond na 25 juni 1999, dus na de in randnummer 106 aangegeven periode. Het rapport laat er echter in tal van randnummers geen misverstand over bestaan dat het rapport en de geconstateerde overtreding ook op die laatste aanbesteding betrekking hebben. Het vermelden van de datum 25 juni 1999 is dus een kennelijke vergissing. Duidelijk is dat de periode van overtreding eerst op 2 juli 1999 eindigde. Voor dit besluit is overigens niet zozeer de duur van de overtreding van belang als wel het aantal van negen aanbestedingen waarop de overtreding betrekking had.

Fnr 106, Wilsovereenstemming

198. De betrokken ondernemingen stellen dat een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen vereisen dat sprake is van wilsovereenstemming; daarvan is niet gebleken.
199. De d-g NMa meent dat uit het Verslag Reiskas en de daarop volgende uitvoering afdoende blijkt van wilsovereenstemming tussen “de tien” en verwijst daarvoor naar onderdeel 3.2.1.

De bewijsvoering als geheel in het rapport

200. Naar de mening van de betrokken ondernemingen is geen overtuigend bewijs geleverd dat sprake is van een mededingingsbeperkende afspraak of onderlinge afstemming. De verschillende administraties van KWS, Snitjer en Oosterhof-Holman bestaan slechts uit losse documenten; de door de NMa gestelde verbanden tussen de documenten vinden geen grondslag in de bewijsmiddelen.
201. De d-g NMa weerspreekt dat geen overtuigend bewijs is geleverd. Voorop staat het “Verslag Reiskas” met bijbehorende documenten. Zoals hierboven onder punt 2.4.1 bleek, levert dat verslag naar de mening van de d-g NMa reeds op zichzelf voldoende bewijs op om vast te stellen dat een mededingingsbeperkende afspraak is gemaakt; voor sanctionering daarvan is geen begin van uitvoering nodig. Daarnaast is er voldoende bewijs van uitvoering in de administraties van met name Snitjer en KWS en in de gegevens van de aanbestedende diensten. De wijze van uitvoering sluit bovendien bijna naadloos aan bij de voorstellen Koop in het “Verslag Reiskas”.
202. De stelling dat de als bewijs aangedragen administraties slechts uit losse documenten bestaan, is juist als het daarbij wordt bedoeld op fysiek losstaande documenten. Des te opmerkelijker is dan de inhoudelijke samenhang in de losse documenten met verschillende herkomst. Het rapport laat in hoofdstuk IV ter zake van de negen in het geding zijnde aanbestedingen vele en overtuigende overeenkomsten zien tussen de diverse documenten onderling en van de documenten met het “Verslag Reiskas”. Uit de administraties van Snitjer en KWS kan naar de mening van d-g NMa eenduidig worden afgeleid dat sprake is van een *financiële* relatie tussen “de tien” onderling ter zake van die aanbestedingen. Naar

aanleiding van de ingebrachte zienswijze op de Snitjer-administratie heeft de d-g NMa in zijn conclusies een uitvoerige uiteenzetting opgenomen waaruit onomstotelijk blijkt dat het Overzicht Reiskas de financiële relaties tussen de ondernemingen weergeeft en waarom het Overzicht Reiskas II daarvan een specificatie is.

3.3.3 *De slotconclusie ten aanzien van de feiten en omstandigheden*

203. Op grond van de bewijsmiddelen stelt de d-g NMa vast dat “de tien” een afspraak hebben gemaakt tot afstemming en verrekening - onderling en met derde-ondernemingen - met betrekking aanbestedingen van asfaltzware werken in de regio Groningen, Friesland en Drenthe. De afspraak heeft geduurd van 25 juni 1998 tot 2 juli 1999. Doel van de afspraak was *geld wat nu bij de opdrachtgever blijft ivm lage prijsniveau (evt deels) proberen binnen de aannemerij te houden en werk binnen de groep te houden*. Deze afspraak heeft ten aanzien van de negen in het Overzicht Reiskas genoemde aanbestedingen geleid tot daadwerkelijke afstemming van het inschrijfgedrag. Daarbij hebben “de tien” gezamenlijk en incidenteel met derde-ondernemingen bepaald wie als laagste zou inschrijven met als tegenprestatie een op geld waardeerbare vergoeding van de laagste inschrijver aan de andere ondernemingen voor die gevallen waarin ook daadwerkelijk aan één van ‘de tien’ is gegund. De d-g NMa voegt daaraan toe dat, ook als geen sprake zou zijn van een afspraak, in ieder geval kan worden vastgesteld dat “de tien” feitelijk hun inschrijfgedrag onderling en incidenteel met derde-ondernemingen hebben afgestemd.

4 De juridische beoordeling

204. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en 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 wetsgeschiedenis van de Mededingingswet sluit artikel 6, eerste lid, Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag⁷². Voor de beoordeling of de vastgestelde feiten en omstandigheden een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw opleveren, gaat de d-g NMa hieronder in op vier elementen van de omschrijving van de in artikel 6, eerste lid, Mw verboden gedraging (onderneming, overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedragingen, mededingingsbeperking, gevolgen en merkbaarheid). Vervolgens concludeert de d-g NMa omtrent de juridische kwalificatie van de feiten en omtrent de toerekening aan de ondernemingen.

Onderneming

205. “De tien” verrichten economische activiteiten en zijn derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

Overeenkomst

206. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.⁷³ Hiervan is onder meer sprake wanneer de partijen het eens worden over een gezamenlijk plan dat hun individuele commerciële vrijheid beperkt of waarschijnlijk zal beperken, doordat wordt vastgesteld hoe zij zich op de markt jegens elkaar zullen gedragen of zich van een bepaald gedrag zullen onthouden. Alhoewel zulks gezamenlijke besluitvorming en betrokkenheid bij een gemeenschappelijke regeling impliceert, behoeft dit niet schriftelijk te worden vastgelegd. Er zijn geen vormvereisten en contractuele sancties nodig en handhavingsmaatregelen zijn evenmin verplicht. Het bestaan van een overeenkomst kan derhalve uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen.⁷⁴

⁷² Zie MvT Mw, Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 61.

⁷³ Zie onder andere GvEA, 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. en anderen t. Commissie (PVC II), gevoegde zaken T-305/94 enz., Jurispr. blz. II-931, ro. 715.

⁷⁴ Zie onder andere de beschikking van de Commissie 86/398 van 10 juli 1986, *Polypropyleen*, Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (hierna: PB) L 230/1 van 18 augustus 1986. Dit is later bevestigd door het GvEA, T-7/89, ro. 262-4.

207. De in onderdeel 3.3.3 vastgestelde feiten leveren naar het oordeel van de d-g NMa ontegenzeggelijk een overeenkomst op.
208. *Onderling afgestemde feitelijke gedraging*
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.
209. Deze eis van zelfstandigheid staat onverbiddelijk 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.⁷⁵ 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.⁷⁶
210. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen is in artikel 6 Mw naast de begrippen overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen opgenomen om verschillende vormen van coördinatie en samenspanning tussen ondernemingen onder de verbodsbepalingen van dit artikel te brengen.⁷⁷ Dit betekent evenwel niet dat een aantal gedragingen die hetzelfde mededingingsbeperkende doel hebben en waarvan elke gedraging, op zichzelf beschouwd, onder het begrip overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of besluit van een ondernemersvereniging valt, niet verschillende verschijningsvormen van één enkele inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw kunnen vormen. Bijgevolg kan een aantal gedragingen van verschillende ondernemingen de uitdrukking zijn van één enkele complexe inbreuk die ten dele onder het begrip overeenkomst en ten dele onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging valt.⁷⁸ Het is in een dergelijk geval derhalve niet noodzakelijk de inbreuk uitsluitend als één van beide vormen te kwalificeren.

⁷⁵ HvJEG, 16 december 1975, Suiker Unie en anderen t. Commissie, gevoegde zaken 40-48/73 enz., Jurispr. 1975, blz. 1663.

⁷⁶ HvJEG, 14 juli 1972, Imperial Chemical Industries t. Commissie, 48/69, Jurispr. 1972, blz. 619, ro. 64.

⁷⁷ Arrest ICI/commissie, r.o. 64.

⁷⁸ HvJEG, 8 juli 1999, *Commissie/Anic Partecipazioni*, C-49/92P, Jur. 1999, blz. I 04125, r.o. 112-114. Zie ook GvEA, 20 maart 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a./Commissie*, T-9/99, r.o. 188, nog niet gepubliceerd.

211. Voor zover de in onderdeel 3.3.3 vastgestelde feiten geen overeenkomst zouden opleveren, is in ieder geval sprake van elementen van een overeenkomst en van onderling afgestemde feitelijke gedragingen die tezamen een in artikel 6, eerste lid, Mw verboden afstemming vormen.

Mededingingsbeperking

212. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst of onderling 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.
213. Voor de vraag of sprake is van mededingingsbeperking bij aanbestedingen kan in het bijzonder worden verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna "Hof van Justitie") van 16 december 1975. Het Hof van Justitie overwoog: "(...) dat de Commissie met name betoogt dat in een stelsel van openbare inschrijvingen de concurrentie juist bij uitstek tot zijn recht zou moeten komen en dat zodra de offertes van de deelnemers aan een openbare inschrijving op de kennis van de offertes van de andere deelnemers en op onderlinge afstemming met hen berusten, de werking van de concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt zou worden beperkt".⁷⁹ Dit betoog van de Commissie wordt door het Hof van Justitie onderschreven⁸⁰.
214. De overwegingen van de Europese Commissie die het Hof van Justitie heeft onderschreven in het voorgaande randnummer besproken arrest, waren ook in 1995 voor het Gerecht van Eerste Aanleg bepalend bij zijn beoordeling, in het licht van artikel 85 EG Verdrag (thans 81 EG Verdrag), van de regelingen en praktijken van diverse verenigingen van Nederlandse bouwondernemingen. Het Gerecht overweegt: "Uit het voorgaande volgt dat de Commissie zich terecht in haar beschikking (punt 81) op het standpunt heeft gesteld dat deze afstemming tussen aannemers, waar zij in het bijzonder ten doel en ten gevolge heeft dat het gedrag dat elke aannemer met betrekking tot het werk heeft besloten of van plan is te volgen, aan zijn concurrenten bekend heeft gemaakt (...), en voor zover zij er toe kan leiden dat bepaalde condities van de transactie worden vastgesteld, welbewust een feitelijke samenwerking tussen aannemers in de plaats stelt voor de risico's van de concurrentie (...) en dus een schending van artikel 85⁸¹, eerste lid van het Verdrag oplevert" (r.o. 123)⁸².

⁷⁹ HvJ.EG, 16 december 1975, Suiker Unie e.a./ Commissie, Jur. 1975, p. 1663, r.o. 173-174, 191-192 en 559.

⁸⁰ Idem, r.o. 565, "Dat de beschikking daarmee voldoende met redenen omkleed en het middel niet gegrond is".

⁸¹ Thans artikel 81 EG Verdrag

215. Uit de feiten en omstandigheden blijkt dat “de tien” de onderlinge concurrentie bij negen aanbestedingen hebben vervangen door onderlinge afstemming en in enkele gevallen ook derde-ondernemingen bij de afstemming hebben betrokken. Daarbij hebben de ondernemingen gezamenlijk hun inschrijfprijzen vastgesteld en hield de laagste inschrijfprijs een verhoging in welke onderling werd verdeeld.
216. De d-g NMa stelt mitsdien vast dat onderhavige overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging van “de tien” erop was gericht de concurrentie - onderling en met derde-ondernemingen - uit te sluiten dan wel te beperken. Deze gedraging vormt vanwege haar *strekking* een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw.

Gevolgen

217. Wanneer wordt vastgesteld dat de overeenkomst 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 dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging niet nader te worden onderzocht.⁸³ Niettemin wijst de d-g NMa kort op de gevolgen in casu. Bij elk van de negen in het geding zijnde aanbestedingen hebben de betrokken ondernemingen hun inschrijfcijfers aanzienlijk hoger vastgesteld dan het laagste maakcijfer, en desondanks hebben zij acht van de negen aanbestedingen “gewonnen”. De inschrijvingen waren derhalve niet marktconform en de opdrachtgevers hebben de kwantitatieve en kwalitatieve voordelen moeten missen van een aanbesteding op basis van vrije concurrentie.

Merkbare mededingingsbeperking, zienswijzen betrokken ondernemingen, beoordeling

218. Gezien de mededingingsbeperkende strekking van de betrokken overeenkomst of gedraging is in beginsel gegeven dat de mededinging merkbaar wordt beperkt, zodat sprake is van strijd is met artikel 6, eerste lid, Mw.⁸⁴ De betrokken ondernemingen stellen blijkens hun zienswijzen dat in casu geen sprake is van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw, omdat de gevolgen van de beweerdte gedragingen voor de mededinging niet merkbaar zijn geweest.
219. De d-g NMa kan die stelling in de zienswijzen niet volgen. De betrokken ondernemingen bestreken het grootste deel van de markt voor openbaar aan te besteden asfaltzware

⁸² GvEA, 21 februari 1995, SPO e.a./ Commissie, Jur. 1995, II-289 en HvJEG, 25 maart 196, SPO/ Commissie, C-137/95-P, Jur. 1996, I-1611

⁸³ Zie HvJEG, Commissie/ Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Jur. 1999, I-4125, r.o. 99, zaak 56 en 58/64, Consten-Grundig t. Commissie, Jurispr. 1978, blz. 131, r.o. 7.

⁸⁴ Afspraken die naar hun aard de mededinging beperken - zoals hier het geval is - leveren volgens de Europese Commissie een merkbare beperking van de concurrentie op, zie Pb. 2001 L 368/ 13.

werken in de drie noordelijke provincies van Nederland. Zeven van de negen ondernemingen behoorden destijds tot de tien 10 grootste bouwondernemingen in Nederland. Alle negen waren zij groot in de wegensector en tezamen beheersten zij in belangrijke mate het aanbod van die sector in de drie noordelijke provincies. Door binnen die marktstructuur onderling (en incidenteel met derde-ondernemingen) het inschrijfgedrag af te stemmen hebben de betrokken ondernemingen bij de aanbesteding van de negen projecten de mededinging in belangrijke mate tenietgedaan. De d-g NMa herinnert in dit verband aan de Reiskas-doelstelling, namelijk te proberen het geld dat nu bij de opdrachtgever blijft, binnen de aannemerij te houden (zie onderdeel 3.2.1). Aldus kan zonder meer worden gesproken van een merkbare mededingingsbeperking.

Conclusie overtreding

220. Op grond van bovenstaande kwalificeert de d-g NMa de in onderdeel 3.3.3. vastgestelde gedragingen van “de tien” als overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw.

Toerekening van de overtreding

221. In par 1.1 is reeds vermeld dat Gruno Wegenbouw B.V. en Oosterhof-Holman Infra B.V. in dit besluit worden beschouwd als één onderneming onder de naam Oosterhof-Holman Infra B.V.. Gerrit Ooms is per 30 december 2000 opgehouden te bestaan als gevolg van een juridische fusie waarbij HBG verkrijgende rechtspersoon is (zie rnr 1). Reef heeft bij brief van 23 oktober 2003 laten weten dat Reef Wegenbouw B.V. als zodanig niet meer bestaat en is opgegaan in Reef Infra B.V. In het vervolg van dit besluit staat “Reef” voor Reef Infra B.V.. Aansluitend op het rapport en met inachtneming van bovenstaande ontwikkelingen rekent de d-g NMa de overtreding derhalve toe aan:

- a) Ballast Nedam,
- b) Heijmans B.V.,
- c) Koop Tjuchem,
- d) KWS,
- e) Oosterhof-Holman,
- f) HBG,
- g) Reef,
- h) BAM NBM, en
- i) Vermeer.

5 Te nemen maatregelen, boete

5.1 Het juridisch kader; de Mededingingswet en de Richtsnoeren Boetetoemeting

222. De artikelen 56 en 57 Mw regelen de bevoegdheid van de d-g NMa tot oplegging van een boete in geval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of 24, eerste lid, Mw. Met betrekking tot de hoogte van de boete heeft de d-g NMa op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld: de Richtsnoeren Boetetoemeting (besluit van 19 december 2001; hierna: de Richtsnoeren).
223. Bij het opstellen van de Richtsnoeren heeft de d-g NMa in de eerste plaats de wettelijke bepalingen over de hoogte van de boete in acht genomen. Afgezien van het wettelijk maximum (artikel 57, eerste lid, Mw) is met name van belang het voorschrift dat rekening wordt gehouden met de ernst en duur van de overtreding (artikel 57, tweede lid, Mw). Met de duur van de overtreding wordt in de Richtsnoeren (nrns 15 e.v.) rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt. De ernst van de overtreding, welke wordt bepaald door de aard van de concurrentiebeperking en de gevolgen voor de mededinging⁸⁵, komt in de Richtsnoeren tot uitdrukking in respectievelijk de zwaarte van de overtreding en de economische context (zie hierna onderdeel 5.2.3 en 5.2.4).
224. Voorts heeft de d-g NMa aansluiting gezocht bij de criteria, zoals die blijken uit de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet. Onder meer kunnen worden genoemd de omzet in de producten of diensten en het voordeel dat is behaald⁸⁶. Deze laatste factoren komen eveneens tot uitdrukking in de betrokken omzet. Blijkens de wetsgeschiedenis speelt de financiële positie van de onderneming in beginsel geen rol (geen “beloning” van slecht ondernemingsbeleid), met dien verstande dat de boete niet een faillissement waarschijnlijk moet maken⁸⁷.
225. Ingevolge artikel 4:84 Awb dient de d-g NMa overeenkomstig de Richtsnoeren te handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.
226. De betrokken ondernemingen hebben in hun zienswijzen de volgende bedenkingen tegen de Richtsnoeren ingebracht.

⁸⁵ Regeringsstandpunt over inhoud Mededingingswet in adviesaanvraag aan SER (PG Mw, pag 83).

⁸⁶ Regeringsstandpunt over inhoud Mededingingswet in adviesaanvraag aan SER (PG Mw, pag 83).

⁸⁷ Tweede Kamer, 24707, nr 3, pag 88-89.

- Ten tijde van de vermeende overtreding bestonden de Richtsnoeren nog niet, zodat boetes niet op de Richtsnoeren kunnen worden gebaseerd (strijd met vertrouwensbeginsel).
 - Toepassing van de Richtlijnen leidt tot oplegging van onevenredig hoge boetes.
227. Naar aanleiding van deze bedenkingen stelt de d-g NMa voorop dat de Richtsnoeren geen aanvulling of nadere omschrijving bevatten van het feit waarop in artikel 56 Mw een sanctie is gesteld. Ten tijde van de overtreding gold er voorts geen beleidsregel of vast beleid waarop de betrokken ondernemingen het vertrouwen konden baseren dat de d-g NMa op een andere wijze van de boetebevoegdheid gebruik zou maken dan is voorzien in de Richtsnoeren. De betrokken ondernemingen geven ook niet aan in welk opzicht ten tijde van de overtreding het vertrouwen zou zijn gewekt dat nadien bij de vaststelling van de Richtsnoeren zou zijn geschonden. In ieder geval heeft de d-g NMa geen vertrouwen gewekt dat verhindert dat hij boetes op de Richtsnoeren kan baseren. De Richtsnoeren bewegen zich bovendien binnen de grenzen van de wettelijke boetebevoegdheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zodat toepassing van de Richtsnoeren voor de betrokken ondernemingen geen ongunstiger resultaat oplevert dan “rechtstreekse” toepassing van de wettelijke bevoegdheid.
228. Voor onevenredig hoge boetes door toepassing van de Richtsnoeren hoeft niet te worden gevreesd, omdat de evenredigheid van meet af aan in de boetesystematiek van de Richtsnoeren is ingebouwd. Zo is reeds de eerste stap van die systematiek, het vaststellen van de betrokken omzet, uitdrukkelijk gericht op een redelijke verhouding van de boete tot het voordeel voor de overtreder, tot de schade aan de mededinging, tot de beoogde preventie en tot de boetes die wegens dezelfde overtreding aan andere ondernemingen zijn opgelegd (rnr 8 van de Richtsnoeren). De evenredigheid is ook inherent aan de volgende stappen, waarbij onder meer de ernst van de overtreding en de omstandigheden in de boete worden verdisconteerd. En voor het geval de systematiek niettemin tot een onredelijk resultaat mocht leiden, bepalen de Richtsnoeren aan het slot (rnr 29) dat de d-g NMa de boete vaststelt met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur en dat de d-g NMa van de Richtsnoeren kan afwijken, indien onverkorte toepassing daarvan tot evidente onbillijkheid leidt. Ook kan de d-g NMa krachtens rnr 30 van de Richtsnoeren onder bijzondere omstandigheden een symbolische boete opleggen. Uit het boven aangehaalde artikel 4:84 Awb blijkt bovendien dat de d-g NMa niet overeenkomstig de Richtsnoeren zou mogen handelen, indien dat zou leiden tot onevenredigheid. Ten slotte wordt een onredelijk hoge boete tegengegaan door het in artikel 57 Mw geregelde wettelijk maximum, terwijl artikel 56, derde lid, Mw een boete uitsluit in geval de betrokkene aannemelijk maakt dat hem geen verwijt kan worden gemaakt.
- Toepassing van de Richtsnoeren leidt dus niet tot onevenredig hoge boetes. In dit verband herinnert de d-g NMa voorts aan paragraaf 2.1 van dit besluit, waarin hij de stelling

weerlegt dat de Richtsnoeren in strijd met het verbod van vooringenomenheid specifiek op de bouw zijn toegesneden.

229. De d-g NMa concludeert dat hij overeenkomstig de Richtsnoeren mag en moet handelen.

5.2 Toepassing van de Richtsnoeren

230. Hieronder wordt de boete voor de betrokken ondernemingen aan de hand van de Richtsnoeren stapsgewijs bepaald en gemotiveerd. Voor zover de betrokken ondernemingen in hun zienswijzen bedenkingen hebben geuit die relevant zijn voor de boeteberekening, gaat de d-g NMa bij de motivering op de zienswijzen in.

5.2.1 Betrokken omzet

231. Op grond van rnr 15 van de Richtsnoeren wordt de boete gebaseerd op de *betrokken omzet* van de onderneming. De betrokken omzet is gelijk aan de waarde van alle transacties die door de onderneming tijdens de duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft.

232. De betrokken omzet kan blijkens rnr 16 van de Richtsnoeren niet in alle gevallen op bovenstaande wijze worden vastgesteld, zoals in geval van een verboden aanbestedingsafspraken ("bidrigging"); in dat geval *kan* de d-g NMa voor elke deelnemer afzonderlijk als betrokken omzet aanmerken de omzet die kan worden gerealiseerd op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend (hierna: de projectomzet). Omdat in casu de overtreding uitsluitend betrekking heeft op aanbestedingen, heeft de d-g NMa van die laatste mogelijkheid gebruik gemaakt, zij het niet ten volle, zoals hieronder wordt uiteengezet.

233. Daarnaast doet zich de situatie voor dat bij één aanbesteding het project niet aan een van de betrokken ondernemingen is gegund maar aan een andere onderneming (verhardingen rijkswegen 6 en 31). Dat wil zeggen dat door geen van de betrokken ondernemingen omzet is gemaakt, terwijl zij onmiskenbaar artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden. Ook voor dat geval kan de betrokken omzet niet overeenkomstig rnr 15 worden vastgesteld en wordt hieronder uiteengezet wat de d-g NMa daarover heeft overwogen.

Toepassing Richtsnoeren op bidrigging

234. Bij een verboden aanbestedingsafspraken wordt - gezien per aanbesteed project - de omzet waarop de overtreding betrekking heeft, alleen gerealiseerd door de aannemer die het project uitvoert (of door de combinatie van aannemers die het project gezamenlijk uitvoeren). Tegenover de uitvoerende aannemer staan de aannemers die het project niet

uitvoeren maar die wel hebben deelgenomen aan de verboden afspraak, hun deel van de afspraak zijn nagekomen en bovendien aan de afspraak op enigerlei wijze voordeel hebben ontleend (hierna: de niet-uitvoerende aannemers)⁸⁸. Daarom heeft de d-g NMa uit oogpunt van preventie bij dit besluit gebruik gemaakt van de in rnr 16 van de Richtsnoeren geboden mogelijkheid voor elke deelnemer afzonderlijk uit te gaan van de projectomzet. Teneinde een redelijke verhouding tussen het totaal van de boetes en de gerealiseerde omzet te verzekeren heeft de d-g NMa de in rnr 16 geboden mogelijkheid echter niet ten volle gebruikt maar een middenweg gekozen. Daarover het volgende.

235. De d-g NMa stelt voor alle duidelijkheid voorop dat de betrokken omzet voor de aannemer die het project uitvoert (hierna: de uitvoerende aannemer), op de normale wijze overeenkomstig rnr 15 van de Richtsnoeren kan worden vastgesteld. Ten aanzien van een bepaald project wordt de boete voor de uitvoerende aannemer dus gebaseerd op de door die aannemer met het project gerealiseerde omzet (hierna: projectomzet).
236. Het voordeel van de niet-uitvoerende aannemers kan verschillende vormen aannemen, waaronder een aanspraak op geld en een aanspraak op werk. In de praktijk lopen die vormen vaak door elkaar en blijken bijvoorbeeld aanspraken op werk en aanspraken op geld uitwisselbaar te zijn en ook te kunnen cumuleren. Daardoor kan het zijn dat de niet-uitvoerende aannemers, die zelf geen omzet op een bepaald project maken, delen in het kartelvoordeel (omzet/winst) van de uitvoerende aannemer. Daar waar de d-g NMa inzicht heeft in de prijsvorming bij bidrigging, blijkt bidrigging te leiden tot aanmerkelijke verhoging van de omzet/winst, terwijl een deel van die verhoging op enigerlei wijze kan toevallen aan de gezamenlijke niet-uitvoerende aannemers.
237. Aansluitend bij die aanneme heeft de d-g NMa besloten voor de niet-uitvoerende aannemers gezamenlijk als betrokken omzet (nog eenmaal) de projectomzet te nemen. Voor iedere afzonderlijke niet-uitvoerende aannemer is de betrokken omzet dan gelijk aan de projectomzet, gedeeld door het aantal niet-uitvoerende aannemers⁸⁹. Gezien de boetesystematiek van de Richtsnoeren werkt deze verhouding door in de op te leggen boetes. De d-g NMa meent met deze opzet een evenwichtige toepassing aan de rnr's 15-16 van de Richtsnoeren te hebben gegeven.

⁸⁸ Ook wanneer de afspraak betrekking heeft op meerdere projecten, blijkt doorgaans een scheve verdeling van de daarmee gerealiseerde omzetten over de betrokken aannemers.

⁸⁹ Als een project door meerdere aannemers in combinatie wordt uitgevoerd, wordt voor iedere uitvoerende aannemer de door hem gerealiseerde deelomzet genomen en wordt een bedrag gelijk aan die deelomzet gelijkmatig verdeeld over alle andere betrokken aannemers.

238. Deze opzet is, evenals andere onderdelen van de boetesystematiek van de Richtsnoeren, uitdrukkelijk gebaseerd op algemene aannames. Geenszins betekent deze opzet dus dat het voor de boetetoemeting noodzakelijk is per concreet geval onderzoek te doen naar het potentieel of daadwerkelijk kartelvoordeel of naar de aard en omvang van de mogelijke schade.

Toepassing Richtsnoeren op niet gegund project

239. Indien een project niet aan een van de betrokken ondernemingen is gegund maar aan een derde onderneming, hebben de betrokken ondernemingen geen omzet gerealiseerd. In casu heeft die omstandigheid zich voorgedaan bij het project asfaltbetonverhardingen rijkswegen 6 en 31. Ondanks dat feitelijk geen omzet is behaald, hebben de betrokken ondernemingen artikel 6, eerste lid, Mw overtreden en dient dus aan hen een adequate boete te worden opgelegd. Wel moet ten behoeve van de boetetoemeting de betrokken omzet dan op andere wijze worden vastgesteld dan overeenkomstig rnr 15 van de Richtsnoeren; rnr 16 geeft daarvan voorbeelden.
240. De d-g NMa heeft overwogen de betrokken omzet op dezelfde wijze vast te stellen als in de andere gevallen van bidrigging en daartoe de door de “derde” aannemer gerealiseerde omzet (projectomzet) toe te rekenen aan de door het Reiskas-overleg beoogde uitvoerende aannemer. Omdat in dit geval de beoogde uitvoerende aannemers evenmin als de niet-uitvoerende aannemers de projectomzet hebben gerealiseerd, zou het echter onevenredig zijn de beoogde uitvoerende aannemers zwaarder te beboeten dan de niet-uitvoerende aannemers. De d-g NMa heeft daarom besloten alle betrokken aannemers ten aanzien van de aanbesteding van dit project even zwaar te beboeten door voor de betrokken omzet uit te gaan van de gelijkelijk over de betrokken ondernemingen te verdelen projectomzet. Ook dit acht de d-g NMa een evenwichtige toepassing van rnr's 115-116 van de Richtsnoeren.

De zienswijzen van de betrokken ondernemingen, beoordeling, conclusie

241. De ondernemingen hebben in de zienswijzen gesteld dat de betrokken omzet geen goede maatstaf is en leidt tot boetes die de draagkracht te boven gaan; ook moet rekening worden gehouden met het bedrijfsresultaat dat in de betrokken jaren vaak negatief was; daar komt bij dat de boetes fiscaal niet aftrekbaar zijn.
242. Hierboven is reeds afdoende gebleken dat de betrokken omzet in beginsel een redelijke maatstaf is. Overwegingen omtrent draagkracht, bedrijfsresultaat en fiscale aftrekbaarheid kunnen aan de orde komen bij de vaststelling van de boete overeenkomstig het boven reeds aangehaalde randnummer 29 van de Richtsnoeren, derhalve als het bedrag van de berekende boete bekend is. Het past niet in de systematiek van de boetevaststelling reeds

bij het vaststellen van de grondslagen van de boete met dergelijke individuele factoren rekening te houden.

5.2.2 De boetegrondslag

243. Als *boetegrondslag* wordt 10% van de betrokken omzet genomen (nr 18 van de Richtsnoeren). Hieronder worden per onderneming de boetegrondslagen berekend met als input de omzetten die zijn gerealiseerd op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend. De projectomzetten zijn (alle bedragen in dit deel van het besluit luiden in EUR en zijn ex BTW):

| | | |
|------------------------------------------------------------------------|------------------|-----------|
| International Businesspark Friesland: | Koop Tjuchem | 2.000.549 |
| Groot onderhoud provincie Friesland: | BAM NBM | 1.578.000 |
| Ronde in te Harlingen: | Koop Tjuchem | 213.657 |
| Reconstructie Stadsweeg Ten Boer: | BAM NBM | 270.000 |
| Asfaltering Nieuwe Boteringestraat: | Vermeer | 454.162 |
| Onderhoud wegen 1999 te Vlagtwedde: | Oosterhof-Holman | 381.735 |
| Onderhoud wegen provincie Groningen: | Reef | 760.376 |
| Asfaltonderhoud Tytsjerksteradiel: (Heijmans 256.730, Reef 222.647) | Heijmans en Reef | 479.377 |
| Verhardingen rijkswegen 6 en 31: | derde | 2.923.496 |

Het totaal van de projectomzetten is EUR 9.063.787 met inbegrip van het aan een derde gegunde project.

244. Per betrokken onderneming is de totale eigen projectomzet:

| | |
|----------------------|-----------|
| a) Ballast Nedam: | 0 |
| b) Heijmans B.V.: | 256.730 |
| c) Koop Tjuchem: | 2.212.206 |
| d) KWS: | 0 |
| e) Oosterhof-Holman: | 381.735 |
| f) HBG: | 0 |
| g) Reef: | 983.023 |
| h) BAM NBM: | 1.848.434 |
| i) Vermeer: | 454.162 |

De projectomzet van het aan een derde gegunde project is EUR 2.923.496. Verdeling daarvan over alle betrokken ondernemingen resulteert per onderneming in een extra betrokken omzet van EUR 324.833 (2.923.496/9).

245. Overeenkomstig de hierboven beschreven, op rnr 16 van de Richtsnoeren gebaseerde systematiek is de betrokken omzet driedelig. Per onderneming wordt de som genomen van:

- de totale eigen projectomzet,
- een hoofdelijk deel (1/8) van de projectomzetten van de andere betrokken ondernemingen, en
- het voor iedere onderneming gelijke deel (1/9) van de omzet van het aan een derde gegunde project (EUR 324.833).

De som levert de betrokken omzet per onderneming op. Door van de aldus bepaalde betrokken omzet 10% te nemen wordt de boetegrondslag per onderneming gevonden. De resulterende boetegrondslagen zijn:

| | |
|----------------------|---------|
| a) Ballast Nedam: | 109.207 |
| b) Heijmans: | 131.670 |
| c) Koop Tjuchem: | 307.880 |
| d) KWS: | 109.207 |
| e) Oosterhof-Holman: | 142.608 |
| f) HBG: | 109.207 |
| g) Reef: | 195.221 |
| h) BAM NBM: | 265.976 |
| i) Vermeer: | 148.946 |

5.23 *De zwaarte van de overtreding*

246. De Richtsnoeren merken verboden aanbestedingsafspraken (bidrigging, rnr 11) naar hun aard als zeer zware overtredingen aan. Zoals blijkt uit de hierboven in onderdeel 3.3.3 beschreven overtreding gaat het in casu om een verboden aanbestedingsafpraak, zodat de overtreding als zeer zwaar moet worden gekwalificeerd.

Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van rnr 20 van de Richtsnoeren een rekenfactor van 1,5 tot 3. Met die factor wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd om de ernst van de overtreding in de boete tot uitdrukking te brengen.

5.24 *Economische context en ernst van de overtreding; vaststelling van de basisboete*

247. Bovenvermelde bandbreedte van 1,5– 3 maakt het mogelijk de ernst van de overtreding nader in te vullen naar gelang van de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden (rnrs 14 en 25 van de Richtsnoeren). In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijk marktaandeel, de structuur van de markt, de geldende regelgeving en de

(potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.

248. In casu acht de d-g NMa het van belang dat de met artikel 6 Mw strijdige overeenkomst een overkoepelend karakter had en leidde tot structurele afstemming bij de aanbesteding van projecten. De betrokken ondernemingen bestreken daarbij het grootste deel van de markt voor openbaar aan te besteden asfaltzware werken in de drie noordelijke provincies van Nederland; zij slaagden erin acht van de negen in het geding zijnde projecten “binnen de eigen groep te houden”. Zeven van de negen ondernemingen behoorden destijds tot de 10 grootste bouwondernemingen in Nederland; alle negen waren zij groot in de wegensector en tezamen beheersten zij in belangrijke mate het aanbod in de drie noordelijke provincies. Voorts acht de d-g NMa van belang dat de negen aanbestedingen overwegend publieke werken betroffen. Naar het oordeel van de d-g NMa geldt bij uitstek voor de aanbesteding van publieke werken, dat daarbij de vrije mededinging tot zijn recht moet komen.
249. Waar het gaat om de (potentiële) schade aan afnemers, stelden betrokken ondernemingen in hun zienswijzen dat de boete diende te worden gematigd, omdat geen van de opdrachtgevers schade heeft geleden; alle inschrijvingen waren marktconform op basis van concurrentiepositie. De d-g NMa weerspreekt die laatste stelling onder verwijzing naar hetgeen hij in deel 4 over de gevolgen van de overtreding heeft opgemerkt.
250. Gelet op het voortgezette en structurele karakter van de overtreding, op de omvang van de bestreken markt, op de grootte van de meeste betrokken ondernemingen en op de (potentiële) schade acht de d-g NMa een rekenfactor van 2 aangewezen.
251. De tot en met deze stap per onderneming berekende boete wordt de *basisboete* genoemd. De basisboete kan overeenkomstig de volgende stappen worden aangepast op grond van individuele ondernemingsfactoren.

5.2.5 *Boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden*

252. Overeenkomstig de rnr's 26-28 van de Richtsnoeren kan de d-g NMa boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen. In dat verband acht de d-g NMa van belang dat partijen niet onkundig konden zijn van het verboden karakter van de hierboven vastgestelde overeenkomst en gedragsafstemming.
253. In 1989 heeft de Europese Commissie naar aanleiding van een klacht van de gemeente Rotterdam een procedure ingeleid ten aanzien van de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (hierna: SPO) en de door SPO

vastgestelde Uniforme Prijsregelende Reglementen (hierna: UPR) en de Erecode voor Ondernemers in het Bouwbedrijf. In 1992 heeft de Commissie geconcludeerd dat de statuten van de SPO en de UPR inbreuken vormden op artikel 85, eerste lid, EEG-Verdrag (thans: artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag).⁹⁰ De Commissie heeft destijds aan 27 bouwverenigingen en een stichting boetes opgelegd ter hoogte van in totaal ruim 22.250.000 ECU in verband met hun mededingingsbeperkende praktijken inzake aanbestedingen in Nederland. Ten tijde van de SPO-beschikking waren partijen op de Nederlandse markt actief. De inhoud en strekking van de SPO-beschikking kan partijen niet zijn ontgaan.

254. In dit verband is tevens van belang dat bij de inwerkingtreding van de Mededingingswet in het openbaar en specifiek is stilgestaan bij de het mededingingsrecht in relatie tot de bouw. De wetgever heeft er toen geen misverstand over laten bestaan dat de mededingingsregels van toepassing zijn op de bouwsector.⁹¹
255. Ook de d-g NMa heeft in zijn persuitlatingen regelmatig bekend gemaakt dat bepaalde aanbestedingsregelingen in strijd zijn met het kartelverbod, bijvoorbeeld in een persbericht van 23 november 1998:
- 'Voorlopig oordeel NMa: diverse aanbestedingsregelingen verbodert ;*
- Of in een persbericht van 17 december 2001:
- 'NMa handhaaft eerder verbod op aanbestedingsregelingen schildersbranche.'*
253. De d-g NMa ziet in het bovenstaande aanleiding de boete voor ieder van de betrokken ondernemingen te verhogen met 10%.
256. De betrokken ondernemingen brachten in hun zienswijzen naar voren dat de overtreding van korte duur was en dat de inbreuken zijn beëindigd drie jaar voordat de NMa het onderzoek startte, en zagen daarin aanleiding tot matiging van de boete.
257. De d-g NMa stelt voorop dat de overtreding ruim een jaar duurde (en dan alleen gemeten naar de data van de in het geding zijnde aanbestedingen), zodat zeker niet kan worden gesproken van een korte duur. Minstens even belangrijk als de duur van de overtreding acht de d-g NMa dat het inschrijfgedrag in negen gevallen onderling is afgestemd. Een en ander kan bezwaarlijk worden aangemerkt als een boeteverlagende omstandigheid. Voorts hebben de betrokken ondernemingen niet aangetoond dat zij de overtreding - uit eigen

⁹⁰ Beschikking van de Europese Commissie in *Bouwnijverheid in Nederland, Pb L 92/1*. De beschikking is onherroepelijk geworden bij het arrest van het HvJEG van 25 maart 1996, C-137/95-D *SPO v. Commissie*, Jur. 1996, I-1611. Zie ook GvEA EG, zaak T-29/92, 21 februari 1995, *SPO v. Commissie*, Jur. 1995, II-0289, ov. 119.

⁹¹ TK 24 707, nr. 6, Nota naar aanleiding van het verslag, 23 oktober 1996, p. 5-6.

beweging - hebben beëindigd. Waar het gaat om de duur of omvang van de overtreding is het slechts zo dat de NMa tijdens het onderzoek bewijs heeft gevonden voor negen afstemmingen in de jaren 1998 – 1999; er is geen aanwijzing gevonden van een doelbewuste beëindiging uit eigen beweging en wegens het verboden karakter. De d-g NMa ziet in de zienswijzen geen aanleiding tot boeteverlaging.

5.2.6 *Berekening boetebedrag; wettelijk maximum*

258. Per onderneming is de boetegrondslag vermenigvuldigd met de rekenfactor, waarna de uitkomst met 10% is verhoogd (tezamen een vermenigvuldigingsfactor van 2,2). De d-g NMa heeft vervolgens overeenkomstig artikel 57 Mw ambtshalve getoetst of de boete hoger is dan 450.000 EURO dan wel, indien dat meer is, hoger dan 10% van de omzet van de onderneming in het jaar 2002.

Deze bedragen worden voor de boeteoplegging naar beneden afgerond naar het meest dichtbij zijnde duizendtal. Aldus komt de d-g NMa op de volgende boetebedragen:

| | |
|------------------------------------------|---------|
| a) Ballast Nedam Infra Noord Oost B.V. : | 240.000 |
| b) Wegenbouwmaatschappij JHeijmans B.V. | 289.000 |
| c) Koop Tjuchem B.V.: | 677.000 |
| d) Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V.: | 240.000 |
| e) Oosterhof-Holman Infra B.V.: | 313.000 |
| f) HBG Civiel B.V.: | 240.000 |
| g) Reef Infra B.V.: | 429.000 |
| h) BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V.: | 585.000 |
| i) Vermeer Infrastructuur B.V. : | 327.000 |

5.2.7 *Matiging van de boete, algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

259. De Richtsnoeren geven in rnr's 29-30 de mogelijkheid een boete te matigen (algemene beginselen van behoorlijk bestuur, evidente onbillijkheid, symbolische boete). Mede met het oog daarop hebben de betrokken ondernemingen het volgende ingebracht.

- Er is in de wegenbouwsector sprake van slechte prijzen; wegenbouwbedrijven werken met relatief veel vast personeel wegenbouwbedrijven zijn kwetsbaar voor discontinuïteiten in de orderstroom. De negen onderzochte werken zijn alle aangenomen tegen aanneemsommen die niet of nauwelijks winstgevend zijn maar veeleer verlieslatend. De werken zijn vaak met aanzienlijk verlies uitgevoerd voor prijzen waarvoor de niet-geselecteerde bedrijven ze niet wilden of konden uitvoeren. Van verhoging van prijzen is geen sprake geweest.
- De eventueel te verwachten boetes zijn te hoog in relatie tot de omzet en de winst van de bedrijven; ook rekening moet worden gehouden met het bedrijfsresultaat dat in de

betrokken jaren vaak negatief was; daar komt bij dat de boetes fiscaal niet aftrekbaar zijn.

- Ten aanzien van dezelfde onderneming zijn vaak meerdere rapporten uitgebracht. Onduidelijk is hoe de d-g NMa omgaat met eventuele cumulatie van sancties; de rapporten geven geen inzicht in zodanige cumulatie.

260. Oosterhof-Holman heeft voorts laten weten dat het project onderhoud wegen 1999 te Vlagtwedde met aanzienlijk verlies is afgesloten en dat daarmee bij het opleggen van een eventuele boete rekening dient te worden gehouden.
261. De d-g NMa gaat er vanuit dat ondernemingen een kartelafsprake maken, omdat zij daarvan voordeel verwachten. De d-g NMa hoeft niet te onderzoeken of daadwerkelijk voordeel is behaald en in welke vorm het zich heeft gemanifesteerd (bijvoorbeeld in de vorm van meer winst). In casu was overigens bekend dat het de betrokken ondernemingen erom ging “geld dat bleef liggen bij de opdrachtgevers, binnen de aannemerij te houden”. De betrokken ondernemingen hebben overigens geen bewijs overgelegd dat sprake is van slechte prijzen, dat de negen werken nauwelijks winstgevend maar veeleer verlieslatend waren en dat het bedrijfsresultaat in de betrokken jaren vaak negatief was.
262. Waar het gaat om de relatie van de boete tot de omzet of winst van de bedrijven, wijst de d-g NMa erop dat in de systematiek van de Richtsnoeren de boete een afgeleide is van de omzet die is behaald met de transacties waarmee de overtreding verband houdt. De basisboete is volgens de Richtsnoeren maximaal 30% van de betrokken omzet (10% grondslag maal rekenfactor 3) en belooft in casu 20% (rekenfactor 2). De d-g NMa acht dat een redelijke verhouding. Voor zover de ondernemingen met hun zienswijzen in het bijzonder doelen op het toerekenen van betrokken omzet aan niet-uitvoerende aannemers, merkt de d-g NMa het volgende op. Mede naar aanleiding van deze zienswijzen heeft de d-g NMa besloten voor iedere niet-uitvoerende aannemer als betrokken omzet niet de volledige projectomzet te nemen maar slechts een deel daarvan. In onderdeel 5.2.1 is uitvoerig gemotiveerd dat daarmee een redelijke betrokken omzet is toegerekend aan niet-uitvoerende aannemers. Voorts herinnert de d-g NMa aan het wettelijk maximum, waardoor de boete niet meer kan bedragen dan 10% van de omzet van de onderneming in het jaar voorafgaande aan het boetebesluit (in casu 2002). In casu liggen de meeste boetes overigens ver onder het wettelijk maximum.
263. Ook waar het gaat om cumulatie, is van belang dat de boete een afgeleide is van de betrokken omzet. Zoals eerder in par 5.1 is uiteengezet, wordt daarmee beoogd dat de boete van meet af aan in een redelijke verhouding staat tot het mogelijk voordeel voor de overtreder, tot de mogelijke schade aan de mededinging, tot de beoogde preventie en tot de boetes die wegens dezelfde overtreding aan andere ondernemingen zijn opgelegd.

Indien de boete voor een onderneming wegens cumulatie zou worden verlaagd, zou de boete niet meer in een juiste verhouding staan tot deze factoren. Voorts zou aan een bepaalde karteldeelnemer een lagere boete worden opgelegd dan aan andere deelnemers aan hetzelfde kartel, enkel omdat de eerstbedoelde karteldeelnemer al wegens deelname aan een ander kartel is beboet. Ook zou daardoor verschil in beboeting van een onderneming ontstaan, afhankelijk van de vraag of de onderneming een bepaald bedrag aan omzet in verband met één overtreding of in verband met twee min of meer gescheiden overtredingen heeft gerealiseerd. De d-g NMa hecht er derhalve aan de betrokken omzet als initiële en objectief te bepalen boetemaatstaf te handhaven, (juist) ook in geval van cumulatie.

264. Een boete mag evenwel niet een faillissement waarschijnlijk maken (zie par 5.1). Wanneer een onderneming in zodanige omstandigheden verkeert dat door oplegging van een boete faillissement dreigt, dient de boete te worden aangepast teneinde die dreiging weg te nemen. Tot bedoelde omstandigheden kan een eerder opgelegde boete behoren. Omdat bij oplegging van een volgende boete rekening wordt gehouden met alle omstandigheden, wordt ook rekening gehouden met de eerder opgelegde boete. In zoverre kan worden gesteld dat rekening wordt gehouden met cumulatie van boetes. Van dreigend faillissement is in casu niet gebleken.

Conclusie

265. De d-g NMa acht de boetes in overeenstemming met de uitgangspunten zoals neergelegd in de Richtsnoeren en de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur. De d-g NMa ziet geen aanleiding tot matiging van de boetes.

6 Besluit

- I. De d-g NMa legt geen boete op aan [XXX], [XXX] en [XXX].
- II. De d-g NMa legt de volgende boetes op aan:
 - a) Ballast Nedam Infra Noord Oost B.V., statutair gevestigd te Nieuwegein, een boete van EUR 240.000,
 - b) Wegenbouwmaatschappij JHeijmans B.V., statutair gevestigd te Rosmalen, een boete op van EUR 289.000,
 - c) Koop Tjuchem B.V., statutair gevestigd te Groningen, een boete van EUR 677.000,
 - d) Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., statutair gevestigd te Utrecht, een boete van EUR 240.000,
 - e) Oosterhof-Holman Infra B.V., statutair gevestigd te Grijpskerk, een boete van EUR 313.000,
 - f) HBG Civiel B.V., statutair gevestigd te Gouda, een boete van EUR 240.000,
 - g) Reef Infra B.V., statutair gevestigd te Oldenzaal, een boete van EUR 429.000,
 - h) BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V., statutair gevestigd te Bunnik, een boete van EUR 585.000, en
 - i) Vermeer Infrastructuur B.V., statutair gevestigd te Hoofddorp, een boete van EUR 327.000.
- III Dit besluit richt zich tot ieder van boven genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Versie website

Datum:

Mr. P. Kalbfleisch

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Een bezwaarschrift kan worden gezonden aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag