

Nederlandse Mededingingsautoriteit**BESLUIT**

Nummer 2873/ 334

Betreft zaak: Noord-Holland Acht

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

1.	INLEIDING EN ACHTERGROND.....	3
	<i>1.1 INLEIDING.....</i>	<i>3</i>
	<i>1.2 PARTIEN</i>	<i>9</i>
	<i>1.3 HET RAPPORT.....</i>	<i>12</i>
2.	FEITELIJKE BEOORDELING.....	13
	<i>2.1 INLEIDING.....</i>	<i>13</i>
	2.2 BESPREKINGEN BINNEN NH8 IN DE PERIODE 1992-AUGUSTUS 2000:	
	<i>VERGADERVERSLAGEN EN NOTITIES.....</i>	<i>14</i>
	<i>A. Inleiding.....</i>	<i>14</i>
	<i>B. Overleg in NH7-verband.....</i>	<i>15</i>
	<i>C. Voorstel verdeling Rijkswaterstaatwerken in NH8-verband.....</i>	<i>15</i>
	<i>D. Verdeling omzetten/marges tussen de ondernemingen Ballast Nedam, Heijmans, HWZ, Koop, KWS, NBM, Ooms en Vermeer in de periode vanaf 1998.....</i>	<i>17</i>
	<i>E. Conclusie.....</i>	<i>26</i>
	2.3 KOOP TUCHEM-ADMINISTRATIE ("KT-ADMINISTRATIE").....	27
	<i>A. Verklaringen van de heer Bos over herkomst, aard en inhoud van de KT-administratie.....</i>	<i>27</i>
	<i>B. Verklaringen van de heer Bos over Schiphol Club, Schiphol Acht en Noord Holland Acht.....</i>	<i>27</i>
	<i>C. Inhoud KT-administratie: de werken Noord-Oost Hoek, D-Pier, J-Gebied en Rijksweg A-5.....</i>	<i>28</i>
	<i>(i) Noord-Oost Hoek:.....</i>	<i>29</i>

	(ii) D-Pier:.....	30
	(iii) J-Gebied:.....	32
	(iv) Rijksweg A5 (A5-Zuid, verlengde Westrandweg):.....	32
	D. Conclusie t.a.v. Noord-Oost Hoek, D-Pier, J-Gebied en Rijksweg A-5	33
	2.4 ZEVEN OVERZICHTSBLADEN (NBM)	35
	A. Twee overzichtsbladen op A-4 formaat getiteld "NH8 VERDELING GROTE WERKEN"	36
	B. Vijf overzichtsbladen op A-3 formaat	40
	(i) Bladen III, IV en V	40
	(ii) Bladen VI en VII	45
	C. Twee overzichtsbladen (Vermeer)	52
	D. Conclusie t.a.v. de overzichtsbladen	53
	2.5 DOCUMENT "STAFFEL SCHIPHOL WERKEN"	58
	Conclusie t.a.v. document "Staffel Schiphol werken"	59
	2.6 GROTE WERKEN: VERKLARINGEN EN AGENDA'S	60
	A. Verklaringen van de heer Bos over afspraken m.b.t. grote werken, waaronder de Rijksweg A5	60
	B. Data besprekingen grote werken	60
	CONCLUSIE NAAR AANLEIDING VAN DE FEITEN	61
3	JURIDISCHE BEOORDELING	62
	3.1 PROCEDURELE ASPECTEN	62
	A. Preliminair opmerkingen van partijen	62
	B. Vooringomenheid	63
	C. Toezenden rapport	64
	D. Onderzoeken, dossieropbouw en terinzagelegging	65
	E. KT-administratie, verklaringen en documenten van Landelijk Parket	70
	E. Onderzoek	74
	3.2 MATERIËLE ASPECTEN	80
	A. Artikel 6, eerste lid, Mw	80
	B. Onderneming in de zin van artikel 6 Mw	80
	C. Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen	80
	D. Mededingingsbeperkingen	83
	E. Conclusie met betrekking tot overeenkomsten/gedragingen	87
	F. Toerekening	87
4.	SANCTIE	89
	4.1 HET JURIDISCH KADER; DE MEDEDINGINGSWET EN DE RICHTSNOEREN	
	BOETETOEMETING	89
	4.2 TOEPASSING VAN DE BOETERICHTSNOEREN	91

(i) Betrokken omzet	91
(ii) Boetegrondslag.....	94
(iii) Zwaarte van de overtreding.....	95
(iv) Economische context en ernst van de overtreding; vaststelling basisboete	96
(v) Boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden	97
(vi) Berekening boetebedrag, wettelijk maximum.....	99
(vii) Matiging van de boete, algemene beginselen van behoorlijk bestuur	100
5. BESLUIT	102

1. Inleiding en achtergrond

1.1 Inleiding

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) heeft in de loop van 2001 en 2002 ambtshalve een onderzoek ingesteld naar mogelijke overtredingen van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) in de bouwsector.
2. In dit besluit oordeelt de d-g NMa, dat een aantal bouwondernemingen artikel 6, eerste lid, Mw heeft overtreden door met elkaar overeenkomsten aan te gaan, danwel hun feitelijke gedragingen onderling af te stemmen, met betrekking tot de (uitvoering van) aanbestedingen door Rijkswaterstaat, Schiphol, de Provincie Noord-Holland en de gemeente Haarlemmermeer, vanaf 1 januari 1998 tot en met eind oktober 2000, een en ander door voorafgaand aan de aanbestedingen hun vertrouwelijke inschrijfprijzen uit te wisselen en de prijs alsmede de identiteit van de laagste inschrijver vast te stellen.
3. Aanleiding voor het onderzoek was het overleggen op 13 november 2001 van drie ordners van A3-formaat oftewel de zogenaamde Koop Tjuchem-administratie (hierna: KT-administratie) door de heer A.M. Bos (hierna: de heer Bos), tot 1 december 1998 directeur van Koop Tjuchem B.V., aan de Minister van Justitie en de NMa. Het Korps Landelijke Politiediensten (hierna: KLPD) heeft vervolgens op 26 november 2001 een gewaarmerkte kopie van de KT-administratie aan de NMa ter beschikking gesteld.¹
4. In de KT-administratie is uitwerking gegeven aan afspraken tussen (dochterondernemingen van) Koop Tjuchem en andere bouwondernemingen, welke afspraken mogelijk in strijd

¹ Documenten 2873/2 en 2873/79.

waren met de Mededingingswet. Naast de pagina's van de KT-administratie die gewijd zijn aan afspraken betreffende individuele bouwondernemingen zijn vijf A3 pagina's van de KT-administratie uitsluitend gewijd aan de "*Schipholdub*" en de "*Schiphol Acht*".²

5. Naar aanleiding van het voorgaande hebben toezichthoudende ambtenaren van de NMa op 21 december 2001 een verklaring omtrent de hiervoor genoemde KT-administratie van de heer Bos afgenomen.³
6. Bij brief van 18 februari 2002 is Schiphol Group om informatie gevraagd over aanbestedingen van infrastructurele werken op de luchthaven Schiphol.⁴
7. Op 1 maart 2002 hebben toezichthoudende ambtenaren van de NMa inlichtingen ingewonnen bij medewerkers van Schiphol Group. Tijdens het overleg en bij brieven van 7, 13 en 15 maart 2002 is door Schiphol Group aanvullende informatie verstrekt over aanbestedingen van werken op Schiphol.⁵
8. Op 23, 24, 25, 26 april en 1 mei 2002 hebben toezichthoudende ambtenaren van de NMa, onderzoek gedaan bij een aantal ondernemingen, waaronder KWS te Utrecht.⁶ Tijdens deze onderzoeken zijn schriftelijk en digitaal vastgelegde gegevens meegenomen door het maken van een kopie.
9. Bij brief van 24 mei 2002 is het Landelijk Parket van het Openbaar Ministerie (hierna: OM) verzocht, conform het bepaalde in artikel 4 van het Convenant tussen het College van procureurs-generaal en de d-g NMa⁷ (hierna: het Convenant), om afschriften te verstrekken van bepaalde gegevens en bescheiden welke door het KLPD zijn verkregen in het kader van door het KLPD verricht onderzoek in de bouwsector in maart 2002.⁸ Deze stukken zijn op 17 juli 2002 door de NMa ontvangen.⁹ Ook bij brieven van 21 augustus 2002 en 27 september 2002 is het Landelijk Parket verzocht, conform het bepaalde in artikel 4 van het Convenant, afschriften van bepaalde gegevens en bescheiden te verstrekken.¹⁰ Deze

² Zie ook randnummer 38 van het rapport in onderhavige zaak.

³ Documenten 2873/3 2873/4, 2873/82 en 2873/83.

⁴ Document 2873/6.

⁵ Documenten 2873/9, 2873/10 en 2873/11.

⁶ Document 2873/77.O47.

⁷ Convenant van 21 maart 2002, Stcrt. 11 april 2002, nr. 70, p. 12.

⁸ Documenten 2873/64 en 2873/88.O47.

⁹ Documenten 2873/66 en 2873/86.O47.

¹⁰ Document 2873/89.O47.

stukken zijn op 10 oktober 2002 door de NMa ontvangen.¹¹

10. Op 23 juli 2002 is het Directoraat-Generaal Rijkswaterstaat van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat door de NMa om informatie verzocht.¹² Bij brief van 29 juli 2002 is de gevraagde informatie door de NMa ontvangen.¹³
11. Bij brief van 23 juli 2002 is de Schiphol Group verzocht aanvullende informatie aan de NMa te zenden.¹⁴ Bij brief van 30 juli 2002 is de gevraagde informatie door de NMa ontvangen.¹⁵
12. Tijdens bedrijfsbezoeken op 3, 4 en 5 september 2002 hebben toezichthoudende ambtenaren van de NMa onderzoek verricht bij:
 - Ballast Nedam Infra Noord West BV te Zaandam;¹⁶
 - Ballast Nedam Infra BV te Nieuwegein;¹⁷
 - HBG Civiel West-Noord te Amsterdam;¹⁸
 - HBG Civiel BV te Gouda;¹⁹
 - NBM Noord-West BV te Zaandam;²⁰
 - Ooms Avenhorn BV te Scharwoude;²¹
 - Vermeer Infrastructuur BV en Dura Vermeer Infra BV te Hoofddorp;²²
 - Vermeer Infrastructuur BV, regio Noord-West, te Badhoevedorp;²³
 - Vermeer Infrastructuur BV, Rayon Schiphol-Aalsmeer, te Cruquius;²⁴
 - Combinatie Mainport Schiphol v.o.f. te Vijfhuizen;²⁵
 - Teerbau GmbH te Uden.²⁶

¹¹ Document 2873/91.O113.

¹² Documenten 2873/44 en 45.

¹³ Document 2873/15.

¹⁴ Document 2873/14.

¹⁵ Document 2873/16.

¹⁶ Document 2873/19.O47.

¹⁷ Document 2873/20.O338.

¹⁸ Document 2873/21.O351.

¹⁹ Document 2873/22.O325.

²⁰ Document 2873/23.O042.

²¹ Document 2873/24.O343.

²² Document 2873/25.O056.

²³ Document 2873/28.O351.

²⁴ Document 2873/27.O056.

²⁵ Document 2873/29.O042.

²⁶ Document 2873/26.O47.

Tijdens de bedrijfsbezoeken van 3, 4 en 5 september 2002 zijn schriftelijk en digitaal vastgelegde gegevens meegenomen door het maken van een kopie.

13. Bij brieven van 8 november 2002 is aan de Schiphol Group,²⁷ de gemeente Haarlemmermeer,²⁸ de provincie Noord-Holland²⁹ en het Directoraat-Generaal Rijkswaterstaat van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat³⁰ (hierna: Rijkswaterstaat) om informatie verzocht omtrent de aanbesteding van een aantal werken. De gevraagde informatie is bij brieven van respectievelijk 21 november 2002,³¹ 26 november 2002,³² 28 november 2002³³ en 28 november 2002³⁴ door de NMa ontvangen. Aan de provincie Noord-Holland is op 10 december 2002 om aanvullende informatie verzocht,³⁵ welke op 18 december 2002 is ontvangen.³⁶
14. Op 26 november 2002 hebben toezichthoudende ambtenaren van de NMa nogmaals inlichtingen ingewonnen bij medewerkers van de Schiphol Group. Tevens heeft de NMa aanvullende informatie over aanbestedingen van de Schiphol Group ontvangen.³⁷
15. Op 3 december 2002 hebben toezichthoudende ambtenaren getracht naar aanleiding van het bestaan van een aantal documenten bestaande uit twee bladzijden A4-formaat en 5 bladen op A3-formaat de heren [XXX], [XXX] en [XXX], respectievelijk adjunct-directeur, directeur en hoofd calculatie van NBM Noord-West BV te Zaandam, te horen. Deze heren hebben echter geweigerd om een verklaring aan de ambtenaren af te leggen, zich daarbij beroepend op artikel 53 Mw.³⁸
16. Op 4 december 2002 zijn door een ambtenaar van de NMa inlichtingen ingewonnen bij de heer [XXX], hoofd bedrijfsbureau van HBG Civiel West-Noord te Amsterdam, alsmede bij de heer [XXX], directeur van HBG Civiel West-Noord te Amsterdam met betrekking tot documenten waaruit blijkt dat [XXX] en [XXX] aan c.q met bestanden hadden gewerkt vanaf

²⁷ Document 2873/ 58.b113.

²⁸ Document 2873/ 59.b113.

²⁹ Document 2873/ 60.b113.

³⁰ Document 2873/ 61.b113.

³¹ Document 2873/ 70.

³² Document 2873/ 75.

³³ Document 2873/ 78.

³⁴ Document 2873/ 93.

³⁵ Document 2873/ 126.

³⁶ Document 2873/ 143.

³⁷ Documenten 2873/ 76 en 2873/ 142.

³⁸ Document 2873/ 118.O47.

diskette danwel de harde schijf van de computer met de namen: "Staffel schipholalgemeen.xls" en "NH8 verdeling grote werken met totaal.xls".³⁹

17. Op 17 december 2002 zijn door een ambtenaar van de NMa inlichtingen ingewonnen bij een oud-medewerker van de Schiphol Group.⁴⁰
18. Uit het onderzoek, zoals hiervóór omschreven, is een redelijk vermoeden gerezen dat artikel 6, eerste lid, Mw is overtreden door de volgende ondernemingen die werkzaam zijn in de bouwsector, te weten Ballast Nedam Infra Noord West B.V., Ballast Nedam Infra B.V., Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V., HBG Civiel B.V., Vermeer Infrastructuur B.V., Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., NBM Noord-West B.V., Wegenbouwmaatschappij J Heijmans B.V., Koop Tjuchem B.V. en Ooms Avenhorn B.V. (hierna gezamenlijk ook aangeduid als "de betrokken ondernemingen" of "partijen").
19. Na afloop van het onderzoek heeft de d-g NMa op 16 januari 2003 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw doen opmaken.
20. Het feit dat HBG Civiel B.V., Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V., NBM Noord-West B.V., Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. en Vermeer Infrastructuur B.V. zich verzetten tegen ter inzagelegging en gebruik van het rapport en het daarbij behorende dossier, heeft de d-g NMa ervan weerhouden het gehele rapport op 16 januari 2003 aan de betrokken ondernemingen toe te sturen. Om partijen in de gelegenheid te stellen kennis te nemen van de inhoud en strekking van het rapport, heeft de NMa op dat moment aan alle geadresseerden enkele hoofdstukken van het rapport gestuurd (hierna: kop-staart rapport).⁴¹
21. Op 7 januari heeft Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. een civielrechtelijk kort geding-procedure in een andere zaak⁴² aanhangig gemaakt tegen de NMa/Staat der Nederlanden met het doel om de voorgenomen terinzagelegging van bepaalde gegevens tegen te houden. De NMa heeft er in deze zaak toen mee ingestemd om hangende de procedure niet over te gaan tot de terinzagelegging, als bedoeld in artikel 60 Mw, van bedoelde informatie. Op 22 januari 2003 heeft de voorzieningenrechter de NMa verboden de als vertrouwelijk aangemerkte gegevens in het kader van de procedure als bedoeld in Hoofdstuk 7 §2 Mededingingswet ter inzage te leggen voor of openbaar te maken aan

³⁹ Document 2873/ 104.

⁴⁰ Document 2873/ 148.

⁴¹ Documenten 2873/ 182-189.

⁴² Zaak 3064.

andere ondernemingen dan de geadresseerden van het desbetreffend rapport.⁴³

22. Bij brief van 25 februari 2003 heeft de NMa aan partijen medegedeeld, dat zij in de uitkomst van de genoemde kort geding-procedure geen aanleiding ziet om een ander oordeel omtrent de vertrouwelijkheid van de aan partijen toegezonden stukken te geven.
23. Op 21 maart 2003 is vervolgens het gehele rapport met bijlagen⁴⁴ toegezonden aan de betrokken ondernemingen.
24. Bij brief van 21 mei 2003 is een overzicht van de planning van de procedure in deze zaak aan alle geadresseerden van het rapport gestuurd. Daarbij is, mede op aandringen van partijen, rekening gehouden met de omstandigheid dat dezelfde ondernemingen eveneens betrokken zijn in een aantal andere zaken⁴⁵ die toepassing van de mededingingsregels op aanbestedingen betreffen, waarbij deze ondernemingen zich doorgaans door dezelfde gemachtigde laat vertegenwoordigen. Wat de onderhavige zaak betreft, zijn partijen er in bedoelde brief van op de hoogte gesteld:
 - dat de terinzagelegging op 26 mei 2003 zou plaatsvinden;
 - dat de uiterste datum voor het indienen van een schriftelijke zienswijze 15 augustus 2003 zou zijn, en
 - dat de hoorzitting op 28 augustus 2003 zou plaatsvinden.
25. Op 26 mei 2003 is het dossier, als bedoeld in artikel 60 Mw, aan de betrokken ondernemingen toegezonden. Daarbij zijn de betrokken ondernemingen uitgenodigd om deel te nemen aan de hoorzitting en mondeling hun zienswijzen omtrent het bovengenoemde rapport naar voren te brengen. Verder is andermaal de uiterste datum voor het indienen van een schriftelijke zienswijze aangegeven alsmede de datum van de hoorzitting.
26. Mede naar aanleiding van de brieven van Vermeer Infrastructuur B.V. van 11 juli 2003 en Koop Tjuchem B.V. van 9 juli 2003 zijn op 31 juli 2003 nog enkele stukken aan partijen toegezonden.⁴⁶
27. Op 15 augustus 2003 hebben Vermeer Infrastructuur B.V., Wegenbouwmaatschappij J. Heijmans B.V. en Koop Tjuchem B.V. hun schriftelijke zienswijzen ingediend.

⁴³ KG 03/20, Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. v. de Staat der Nederlanden, 22 januari 2003.

⁴⁴ Bijlagen I t/m XI.

⁴⁵ Zaken 3064, 3020 en 3054.

⁴⁶ Documenten 2873/280.b243, 2873/281.b243, 2873/279.b243, 2873/279.b243, 2873/279.b243.

28. Bij brief van 15 augustus 2003 hebben NBM Noord-West B.V., Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V., en HBG Civiel B.V. de d-g NMa bericht dat zij niet in staat waren een schriftelijke zienswijze in te dienen omdat de NMa inbreuk zou hebben gemaakt op de rechten van de verdediging. Bij brief van gelijke datum hebben Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., Ballast Nedam Infra Noord West B.V. en Ballast Nedam Infra B.V. een voorlopige zienswijze ingediend met vergelijkbare argumenten. Deze zullen in hoofdstuk 3 van dit besluit worden besproken.
29. Bij brief van 26 augustus 2003 hebben NBM Noord-West B.V., Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V., HBG Civiel B.V., en Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., de d-g NMa medegedeeld, dat zij de geplande hoorzitting niet zouden bijwonen. Ballast Nedam Infra Noord West B.V. en Ballast Nedam Infra B.V. hebben gesteld, dat zij een waarnemer naar de hoorzitting zouden sturen.
30. Op 28 augustus 2003 vond, overeenkomstig het bepaalde in artikel 60, eerste lid, Mw ten kantore van de NMa een hoorzitting plaats. Vermeer Infrastructuur B.V., Wegenbouwmaatschappij J Heijmans B.V., Koop Tjuchem B.V. en Ooms Avenhorn B.V. hebben mondeling hun zienswijze omtrent het bovengenoemde rapport naar voren gebracht. Ballast Nedam Infra Noord West B.V. en Ballast Nedam Infra B.V. hebben conform hun brief een waarnemer gestuurd. De waarnemer heeft tijdens de hoorzitting gemeld, dat hij slechts als toehoorder aanwezig was en dat hij niets toe te voegen had aan de ingediende schriftelijke zienswijze. Aangezien Ooms Avenhorn B.V. heeft afgezien van het indienen van een schriftelijke zienswijze, heeft zij haar zienswijze mondeling op de geplande hoorzitting gegeven.
31. Van de hoorzitting is ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw een verslag gemaakt⁴⁷ dat op 14 oktober 2003 aan de betrokken partijen is toegezonden. Abusievelijk is het verslag pas op 20 november 2003 aan Wegenbouwmaatschappij J Heijmans B.V. verzonden.

1.2 Partijen

32. Ballast Nedam Infra B.V. (hierna: Ballast Nedam Infra) is statutair gevestigd te Nieuwegein.⁴⁸ Sinds 1989 is Ballast Nedam Infra enig aandeelhouder en bestuurder van Ballast Nedam G&W (hierna ook: Ballast Nedam G&W).⁴⁹ Ballast Nedam Infra houdt zich bezig met de uitoefening van het aannemingsbedrijf in het algemeen waaronder begrepen

⁴⁷ Document 2873/323.

⁴⁸ De statutaire naam van Ballast Nedam Infra was voorheen Ballast Nedam Bouw B.V.

⁴⁹ Ook wel handelend onder de naam Ballast Nedam Infra.

zijn: wegenbouw, zandophogingen, zandhandel, spoorbanen, onderhoud wegen etc. Ballast Nedam Infra is onderdeel van het concern Ballast Nedam N.V.

33. Ballast Nedam Infra Noord West B.V.⁵⁰ is statutair gevestigd te Nieuwegein. De statutaire naam van Ballast Nedam Infra Noord West B.V. (hierna: Ballast Nedam Infra NW) was tot 20 oktober 2000 Ballast Nedam Grond en Wegen Noord-West B.V. Tot 20 oktober 2000 was Ballast Nedam G&W enig aandeelhouder van Ballast Nedam Infra NW. Sinds 20 oktober 2000 is Ballast Nedam Infra (zie vorige randnummer) enig aandeelhouder van Ballast Nedam Infra NW. Ballast Nedam Infra NW houdt zich bezig met het uitvoeren of doen uitvoeren van wegenbouw, straat-, riool-, grond- en waterwerken en is onderdeel van het concern Ballast Nedam N.V. De rechtspersonen Ballast Nedam Infra en Ballast Nedam Infra NW tezamen zullen hieronder ook wel verkort worden aangeduid als Ballast Nedam.
34. HBG Civiel B.V. (hierna: HBG) is statutair gevestigd te Gouda. HBG is actief in de grond-, wegen-, leidingen, beton- en waterbouw en heeft onder meer een nevenvestiging te Amsterdam onder de handelsnaam HBG Civiel West-Noord. HBG is per 31 maart 2000 opgericht om de wegenbouwactiviteiten van Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V. (hierna: HWZ) respectievelijk de beton- en waterbouwactiviteiten van Hollandsche Beton- en Waterbouw B.V. (hierna: HBW) in onder te brengen. De drie rechtspersonen maken alle onderdeel uit van het concern Koninklijke BAM NBM N.V. HWZ heeft als huidige handelsnaam HWZ Milieu en is statutair gevestigd te Rijswijk. Tot april 2000 bestonden de activiteiten van HWZ (onder meer) uit het aannemen en uitvoeren van werken in de wegenbouw. Haar activiteiten bestaan thans uit het uitvoeren van werken op het gebied van milieutechniek en grondsanering. HBW, statutair gevestigd te Gouda, houdt zich thans onder meer bezig met het ontwerpen, aannemen, uitvoeren en doen uitvoeren van werken en het kopen, verkopen en verwerken van bouwmaterialen en verwante artikelen.
35. Vermeer Infrastructuur B.V. (hierna: Vermeer) is statutair gevestigd te Hoofddorp en is onderdeel van het concern van Dura Vermeer Groep N.V. Enig aandeelhouder van Vermeer is sinds 29 december 2000 Dura Vermeer Infra B.V., eveneens gevestigd te Hoofddorp. Vermeer heeft ten behoeve van haar werkzaamheden in de regio Noord-West een regiokantoor in Cruquius, ten behoeve van haar werkzaamheden in het rayon Schiphol/Aalsmeer een kantoor in Badhoevedorp en ten behoeve van haar werkzaamheden in het rayon Amstelland een kantoor in Amsterdam. Vermeer houdt zich onder andere bezig met het ontwerpen, aannemen, uitvoeren en doen uitvoeren van grondwerken, heiverken, waterbouwkundige en wegenbouwkundige werken.

⁵⁰ Tevens handelend onder de naam Ballast Nedam Grond en Wegen regio Noord-West.

36. Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. (hierna: KWS) is statutair gevestigd te Utrecht. Enig aandeelhouder van KWS is sinds 23 april 1998 Volker Wessels Stevin Verkeersinfra B.V., onderdeel van de divisie Infrastructuur van Koninklijke Volker Wessels Stevin N.V. KWS heeft een nevenvestiging te Duivendrecht onder de handelsnaam KWS Noord-Holland. KWS is actief in de grond-, wegen- en waterbouw (hierna ook: GWW), burgerlijke en utiliteitsbouw en het sloopbedrijf.
37. NBM Noord-West B.V. (hierna: NBM) is statutair gevestigd te Zaandam. Het aannemen en uitvoeren van bouw- en grondwerken, wegen- en waterbouwkundige werken behoren tot haar activiteiten. Enig aandeelhouder van NBM Noord-West B.V. is BAM NBM Wegenbouw B.V., onderdeel van BAM NBM Infra, onderdeel van het concern Koninklijke BAM NBM N.V.
38. Wegenbouwmaatschappij J Heijmans B.V. (tevens handelend onder de naam Heijmans Wegenbouw) is statutair gevestigd te Rosmalen. Enig aandeelhouder van Wegenbouwmaatschappij J Heijmans B.V. (hierna: Heijmans) is Heijmans Infrastructuur en Milieu B.V., onderdeel van het concern Heijmans N.V. Heijmans houdt zich bezig met het aannemen en uitvoeren of doen uitvoeren van werken op het gebied van weg- en waterbouw, grondwerken en andere bouwwerken alsmede de handel in goederen daarop betrekking hebbende.
39. Koop Tjuchem B.V. (hierna: Koop) is statutair gevestigd te Groningen. Enig aandeelhouder van Koop is sinds 28 december 1995 Koop Grond- Weg- en Waterbouw B.V., onderdeel van het concern Koop Groep B.V. Koop houdt zich onder meer bezig met wegenbouw, de productie van asfalt en het aannemen van civieltechnische werken.
40. Ooms Avenhorn B.V. (hierna: Ooms) is statutair gevestigd te Avenhorn. Ooms is een dochtermaatschappij binnen de divisie grond, weg- en waterbouw van Ooms Avenhorn Holding B.V. Ooms houdt zich bezig met het aannemen en uitvoeren van grond-, weg en waterbouwkundige werken en burgerlijke utiliteitsbouw.
41. Ballast Nedam, HWZ en HBG, Vermeer, KWS, NBM, Heijmans, Koop en Ooms worden in het rapport gezamenlijk aangeduid als 'de acht betrokken ondernemingen'. De betrokken ondernemingen behoren alle, althans de concerns waarvan zij deel uitmaken, met uitzondering van Ooms, tot de grootste bouwconcerns in Nederland.

1.3 Het rapport

42. Krachtens artikel 59, eerste lid, Mw doet de d-g NMa een rapport opmaken indien hij na afloop van het onderzoek een redelijk vermoeden heeft dat een overtreding als bedoeld in artikel 56, eerste lid, Mw is begaan.
43. In het rapport van 16 januari 2003, zoals aan partijen verzonden per 21 maart 2003, worden - kort en zakelijk weergegeven - de volgende bevindingen uit het onderzoek vermeld.
44. Volgens het rapport zouden Ballast Nedam Infra NW, Ballast Nedam Infra, HWZ, HBG, Vermeer, KWS, NBM, Heijmans, Koop en Ooms zijn overeengekomen en/of hun gedrag hebben afgestemd om vijftien grote infrastructurele werken in en rondom de regio Haarlemmermeer, waaronder de luchthaven Schiphol, onderling te verdelen. Daartoe wordt gewezen op de (voortdurende) vergaderingen van de betrokken ondernemingen, die tenminste tot en met 1 november 2000 aanhielden waarbij het onderliggende uitgangspunt was de omzetten en marges ten aanzien van deze werken stelselmatig en pondsgewijs tussen de betrokken ondernemingen te verdelen.
45. De overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen blijken volgens het rapport uit zeven overzichtsbladen, de KT-administratie en de verklaringen van de heer Bos, verschillende verslagen van vergaderingen en notities, de "Staffel Schiphol werken" en de agendagegevens, welke afkomstig zijn van de betrokken ondernemingen.
46. De vijftien grote infrastructurele werken betreffen: Herinrichting Noord-Oost Hoek, Aanpassen Infrastructuur D-Pier, Tijdelijke opstelplaatsen J-Gebied, B-pier, E-pier, T-106, Zuidtangent, Inpassing vijfde baan, Vijfde baan, A5-Zuid (verlengde Westrandweg), Knoop N22, Wegtracé Zuidtangent en N22, A10 West, N22 Zuid en Van Heuven Goedhartlaan (hierna ook: Heuven Goedhartlaan). Deze vijftien werken zijn aanbesteed in de periode vanaf 1 januari 1998 tot en met 27 januari 2000. Volgens het rapport is met deze grote werken een omzet gemoeid van in totaal NLG 551.678.270, ofwel EUR 250.340.685.
47. Tijdens de genoemde bijeenkomsten bepaalden de betrokken ondernemingen volgens het rapport voorafgaand aan de inschrijving wie van hen welk werk zou mogen maken. In dit verband hebben de acht betrokken ondernemingen hun inschrijfgedrag feitelijk afgestemd, danwel daarover afspraken gemaakt, en wel zodanig dat de door hen op voorhand aangeduide onderneming(en) de laagste inschrijfprijs zou(den) indienen. Volgens het rapport vormt het voorgaande een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw die wordt geacht mededingingsbeperkend te zijn vanwege haar aard.

48. In het rapport oordeelt de d-g NMa, dat de acht bouwondernemingen artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden door met elkaar overeenkomsten aan te gaan, danwel hun feitelijke gedragingen onderling af te stemmen, met betrekking tot de (uitvoering van) aanbestedingen door Rijkswaterstaat, Schiphol, de Provincie Noord-Holland en de gemeente Haarlemmermeer, vanaf 1 januari 1998 tot en met eind oktober 2000, een en ander door voorafgaand aan de aanbestedingen hun vertrouwelijke inschrijfprijzen uit te wisselen en de prijs alsmede de identiteit van de laagste inschrijver vast te stellen.

2. Feitelijke beoordeling

2.1 Inleiding

49. In de randnummers 51 e.v. van dit besluit worden de feiten en omstandigheden die aan dit besluit ten grondslag liggen, weergegeven. Het feitenmateriaal betreft in de eerste plaats 22 verslagen van vergaderingen en notities over de periode december 1992 tot september 2000 (zie randnummers 51-87). Daarnaast betreft het enkele administraties, althans overzichtsbladen waarop werken werden geregistreerd en verklaringen (met name die van de heer Bos) daarover (zie randnummers 88-194). Deze overzichtsbladen werden gehouden in de administraties van de ondernemingen Koop, NBM en Vermeer, althans bevonden zich bij deze ondernemingen. Vervolgens betreft het een document getiteld "Staffel Schiphol werken" (zie randnummers 195-204). Ten slotte betreft het enkele verklaringen en gegevens uit agenda's over zogenoemde "Grote Werken" (zie randnummers 205-209). Op basis van genoemde verslagen en notities, administraties en verklaringen daarover, de "Staffel Schiphol werken" alsmede de verklaringen en agendagegevens betreffende "Grote Werken", zowel afzonderlijk als in onderlinge samenhang gezien, concludeert de d-g NMa, dat de betrokken ondernemingen vijftien grote infrastructurele werken onderling hebben verdeeld met als uitgangspunt de (ponds-pondsgewijze) verdeling van de omzetten en marges te behalen met deze werken. Het betreft de navolgende werken: Herinrichting Noord-Oost Hoek; Aanpassen Infrastructuur D-Pier; Tijdelijke opstelplaatsen J-Gebied; B-pier; E-pier; T-106; Zuidtangent; Inpassing Vijfde baan; Vijfde Baan; A5-Zuid (verlengde Westrandweg); Knoop N22; Wegtracé Zuidtangent en N22; A10 West; N22 Zuid; en Van Heuven Goedhartlaan.

50. De vergaderverslagen en notities zijn opgenomen in Bijlage X van het rapport.⁵¹ De genoemde administraties zijn opgenomen in de Bijlagen I tot en met IX van het rapport.⁵²

2.2 Besprekingen binnen NH8 in de periode 1992-augustus 2000: vergaderverslagen en notities

A. Inleiding

51. Genoemde verslagen en notities zijn opgemaakt door, althans bevonden zich bij, één of meer van de acht betrokken ondernemingen. De d-g NMa concludeert, zoals hierna nader uiteen te zetten, dat het hier verslagen en notities van onder meer besprekingen van de betrokken ondernemingen betreft. Al deze ondernemingen worden in vrijwel alle verslagen en notities alle gezamenlijk dan wel in wisselende samenstellingen vermeld, al dan niet onder de noemer "NH8".
52. De verslagen en notities maken melding van overleg, onderhandelingen en afspraken tussen de betrokken ondernemingen. Verder worden vijftien grote infrastructurele werken vermeld, die ook in voornoemde administraties althans in overzichtsbladen voorkomen. Op grond van de in de Bijlagen I tot en met XI opgenomen gegevens concludeert de d-g NMa dat het de navolgende vijftien werken betreft:⁵³ Herinrichting Noord-Oost Hoek; Aanpassen Infrastructuur D-Pier; Tijdelijke opstelplaatsen J-Gebied; B-pier; E-pier; T-106; Zuidtangent; Inpassing vijfde baan; Vijfde Baan (5P); A5-Zuid (verlengde Westrandweg);⁵⁴ Knoop N22; Wegtracé Zuidtangent en N22; A10 West; N22-Zuid; en Van Heuven Goedhartlaan.⁵⁵
53. In deze verslagen en notities wordt voorts melding gemaakt van marktontwikkelingen, voorstellen tot het maken van afspraken over de verdeling van toekomstige werken voor een periode van tien jaar, het 'in huis houden' van de omzet, afspraken over prijzen van

⁵¹ De betreffende Bijlage verwijst naar de stukken in het ter inzage gelegde dossier.

⁵² Deze Bijlagen verwijzen naar de betreffende stukken in het ter inzage gelegde dossier. Deze Bijlagen bij het rapport alsmede de overige Bijlagen bij het rapport (Bijlagen X en XI) worden hierna, kortheidshalve, aangeduid als: Bijlage (met nummer).

⁵³ Deze werken zijn aanbesteed door N.V. Luchthaven Schiphol, Schiphol Area Development Company N.V., Provincie Noord-Holland, gemeente Haarlemmermeer en het Directoraat-Generaal Rijkswaterstaat (Directie Noord-Holland) van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat (zie Bijlage XI).

⁵⁴ Het werk A5 Zuid betreft het aanleggen van het werk A5, de verlengde Westrandweg, hetgeen blijkt uit de aanbestedingsinformatie in Bijlage XI.

⁵⁵ Zie voor een overzicht van deze werken Bijlage XI.

werken, winstdeling, omzet- en resultaatsverdeling van 12,5% per bedrijf. Ook wordt de houding van de betrokken ondernemingen ten opzichte van het marktgedrag van andere, niet tot de betrokken ondernemingen behorende, ondernemingen besproken.

B. Overleg in NH7-verband

54. Op grond van de gegevens vermeld in de in Bijlage X opgenomen documenten genoemd onder a tot en met c,⁵⁶ concludeert de d-g NMa, dat de ondernemingen Ballast Nedam, KWS, HWZ, Vermeer, NBM, Koop en Ooms onder de naam "NH7" (Heijmans maakte blijkaar geen deel uit van de NH7), in elk geval sinds 1992 onderling regelmatig overleg hebben gevoerd over de onderlinge verdeling van (infrastructurele) werken, welke werden aanbesteed in de provincie Noord-Holland, waaronder – zo concludeert de d-g NMa uit de documenten genoemd in Bijlage X onder a en b – werken op de luchthaven Schiphol. In het kader van deze onderlinge verdeling werden – blijkens genoemde documenten – zogenoemde staffels⁵⁷ bijgehouden.
55. In het verslag van een vergadering d.d. 5 mei 1993 (zie document genoemd in Bijlage X onder c),⁵⁸ wordt naar aanleiding van een opmerking van HWZ over haar achterstand in de "staffel NH7" opgemerkt: "Daarnaast wijst NBM op toekomstige RWS-werken ten bedrage van 5,3 miljard tot 2003, zodat HWZ niet bevreesd hoeft te zijn voor afgesproken quotum." Hieruit concludeert de d-g NMa dat de NH7-partijen de bedoeling hadden om de situatie van verdeling van werken gedurende een langere periode te laten voortbestaan. Immers, de NH7-partijen gaan er klaarblijkelijk van uit dat HWZ, gelet op de hoeveelheid potentiële omzet die er met Rijkswaterstaatwerken gemoeid zal zijn tot 2003 (op dat moment een periode van 10 jaar in de toekomst), in elk geval nog tot 2003 gelegenheid heeft om haar kennelijke achterstand in de NH7-staffel ten opzichte van de andere partijen, in te lopen.

C. Voorstel verdeling Rijkswaterstaatwerken in NH8-verband

56. Op basis van het document "Voorstel werkgroep verdeling rijkswaterstaatwerken in NH8-verband" (hierna ook "Voorstel"; zie document genoemd in Bijlage X onder d),⁵⁹ is de d-g NMa van oordeel, dat de ondernemingen Ballast Nedam, Heijmans, HWZ, Koop, KWS NBM, Ooms, Vermeer, die gezamenlijk het "NH8-verband" vormen (zie hierna, randnummer 97), in een "werkgroep" gesproken hebben over een voorstel om "alle (asfaltzware) rijkswaterstaatwerken" in de provincie Noord-Holland onderling te verdelen.

⁵⁶ Voetnoten 1-3 uit Bijlage X bij het rapport: documentnummer 2873/91.O113 met als bijlage document 2771/208.

⁵⁷ Een staffel is een administratie waarbij steeds het saldo duidelijk wordt.

⁵⁸ Voetnoten 1-3 uit Bijlage X bij het rapport: documentnummer 2873/91.O113 met als bijlage document 2771/208.

⁵⁹ *Ibid.*

Melding wordt gemaakt van een "*Resultaatsverdeling*" en een "*verdeling van de asfalttonnen*". Voor de "*Resultaatsverdeling*" zal volgens het Voorstel een percentage gelden van 12,5% per bedrijf, oftewel: iedere betrokken onderneming 1/8-deel. Voor de verdeling van de asfalttonnen wordt voorgesteld om "*het APNH-percentage*" te hanteren. Dit percentage is – zo wordt vermeld – gemiddeld eveneens 12,5% ("*1/8 deel van het totaal*"). Voorts wordt vermeld, dat het percentage voor de asfalttonnen-verdeling ook "*als richting*" wordt gebruikt "*voor de te maken omzet*". In het Voorstel wordt voorts het uitgangspunt geformuleerd "*dat de omzet in principe aan de tafel blijft*".

57. Op basis van het bovenstaande (en de daaraan ten grondslag liggende stukken in het dossier), concludeert de d-g NMa dat aan de onderlinge verdeling in NH8-verband van Rijkswaterstaatwerken in (de provincie) Noord-Holland, een bepaalde omzet- en resultaatsverdeling ten grondslag ligt. Blijkens het Voorstel zou eenieder van de betrokken ondernemingen recht op 12,5% hebben, oftewel 1/8 deel. Met de vermelding van het "*aan tafel houden*" van de omzet, wordt naar het oordeel van de d-g NMa kennelijk bedoeld dat de betrokken ondernemingen de omzet, voortvloeiende uit deze werken, zo veel mogelijk binnen de kring van de betrokken ondernemingen trachten te houden.
58. In het Voorstel staat voorts dat na 1 jaar een evaluatie dient plaats te vinden, alsmede dat elk tweede jaar "*de staffel*" dient te worden "rechtgetrokken". Het Voorstel voorziet, zo concludeert de d-g NMa, derhalve in het bijhouden, dat wil zeggen controleren en administreren, in "NH8-verband" van omzet- en resultaatsverdeling met betrekking tot Rijkswaterstaatwerken. Het "rechttrekken" van de staffel (ieder tweede jaar) wijst erop, dat partijen in het Voorstel van zins zijn om iedere twee jaar te bezien of de verdeling van de werken en omzetten in overeenstemming is met de afgesproken percentages en, zo nodig, te nivelleren.
59. De door de "werkgroep" gedane voorstellen zouden volgens het Voorstel moeten gelden voor een periode van 5 jaar, ingaande op 1 oktober 1996 (en derhalve eindigend op 1 oktober 2001), met een optie tot verlenging van 5 jaar (derhalve tot 1 oktober 2006). Op grond hiervan concludeert de d-g NMa, dat het klaarblijkelijk de bedoeling van de werkgroep is om de voorgestelde verdelingsafspraken tussen de betrokken ondernemingen voor meerdere jaren te maken. Uit vornoemd document van 5 mei 1993 (zie document genoemd in Bijlage X onder c), blijkt volgens de d-g NMa ook reeds de intentie van de aldaar genoemde ondernemingen om de situatie van verdeling van werken gedurende een langere periode (in casu 10 jaar) te laten voortduren en bij de onderlinge onderhandelingen en besprekingen over toedeling van werken meerdere (toekomstige) werken tegelijk te betrekken, opdat een verdeling tussen de betrokken ondernemingen voor eenieder acceptabel kan zijn.

D. Verdeling omzetten/marges tussen de ondernemingen Ballast Nedam, Heijmans, HWZ, Koop, KWS, NBM, Ooms en Vermeer in de periode vanaf 1998.

60. In een handgeschreven notitie d.d. 14 januari 1998 van een overleg bij Vermeer,⁶⁰ worden de werken Noord-Oost Hoek, A5 (verlengde Westrandweg) en N22 vermeld. Bij het werk Noord-Oost Hoek wordt vermeld dat HWZ en Ooms "*kandidaat 1*" zijn, met daarbij een bedrag vermeld van 35/50 miljoen. Tevens wordt vermeld dat er in "*N-Holland - afspraken met 8*" zijn, waarbij is geschreven: "*Eerst met HWZ-Ooms, daarna zover -> Heymans, Ballast*". Ook doet Koop een "*Voorstel*" voor een aantal werken: "*W'Randweg*": "*Vermeer*", "*KWS*", "*Koop*", "*NBM*" en "*alt. + HBG*". "*N22*": "*Heijmans*", "*Koop*" en "*NBM*". "*NO*": "*HBG*", "*Vermeer*", "*KWS*", "*Ballast*" en "*alt. % HBG (+ Heijmans)*". Daaronder is nog bijgeschreven: "*Vermeer: wil ook bij N22 (accoord)*". De notitie wordt afgesloten met de opmerking: "*2 februari - paraplu afspraken, duidelijk overleggen*".
61. Op grond van voornoemde notitie concludeert de d-g NMa, dat ten aanzien van de werken Noord-Oost Hoek, A5 (verlengde Westrandweg) en N22 tussen de acht betrokken ondernemingen overleg heeft plaatsgevonden over de wijze van verdeling van deze werken. Dit overleg vond voor alle in deze notitie genoemde werken plaats vóór de data van aanbesteding van de betreffende werken, hetgeen kenbaar is uit de door de aanbestedende diensten terzake verstrekte aanbestedingsinformatie (zie Bijlage XI). Een en ander blijkt, volgens de d-g NMa, (voorts) onder meer uit het in randnummer 60 genoemde door Koop gedane voorstel om de uitvoering van de werken A5 ("*W'Randweg*"), N22 en Noord-Oost Hoek ("*NO*") toe te kennen aan de bij deze werken vermelde ondernemingen. Het betreft hier een voorstel. Kennelijk wordt, zo oordeelt de d-g NMa, terzake door de betrokken ondernemingen 'onderhandeld' over de vraag wie van hen welk werk zal gaan maken, althans na onderlinge afstemming als laagste zou mogen inschrijven.
62. In het document d.d. 26 januari 1998, genoemd in Bijlage X onder f,⁶¹ wordt verwezen naar een afspraak die in oktober 1997 klaarblijkelijk tussen HWZ, Vermeer, KWS, Koop, Ooms, Heijmans, NBM en Ballast Nedam is gemaakt met betrekking tot "*procedures voor grote werken*". Uit dit verslag volgt naar het oordeel van de d-g NMa, dat een afspraak van oktober 1997 kennelijk inhield om bij werken waarbij meer dan 10.000 ton asfalt betrokken is, het "*Resultaat hoofdelijk*" te verdelen. Over de omzet wordt opgemerkt: "*Omzetverdeling 1/8*" en "*omzet in huis houden!*". Hieruit leidt de d-g NMa af, dat er tussen de genoemde acht ondernemingen een afspraak bestaat om de omzetten te realiseren met werken

⁶⁰ Zie document genoemd in Bijlage X onder e, aangetroffen bij KWS.

⁶¹ Dit document is aangetroffen bij Ballast Nedam en betreft een verslag van een vergadering d.d. 26 januari 1998, waarbij blijkens de aanhef aanwezig waren: HWZ, Vermeer, KWS, Koop, Ooms, Heijmans, NBM en Ballast Nedam.

waarbij meer dan 10.000 ton asfalt gemoeid is, onderling te verdelen volgens de sleutel 'ieder 1/8', en dat er voorts werd gestreefd om de omzetten binnen de groep van deze acht ondernemingen te houden.

63. Voorts leidt de d-g NMa uit bovengenoemd document d.d. 26 januari 1998, af dat de acht aanwezige ondernemingen HWZ, KWS, Ooms, NBM, Vermeer, Koop, Heijmans en Ballast Nedam op die datum hebben gesproken over de werken Noord-Oost Hoek, 5P (Vijfde Baan), A5 en N22/ Zuidtangent.
64. Nadat eerst de "*procedures voor grote werken*" zijn besproken, worden in bedoeld document onder de noemer "*werken*" de in het vorige randnummer genoemde werken besproken, waarvan de aanbestedingsdata blijkens door de aanbestedende diensten verstrekte gegevens ná de datum van deze bespreking liggen (zie Bijlage XI). Voorts is een schema opgenomen waarin deze werken staan vermeld, alsmede de acht betrokken ondernemingen. Per werk zijn kruisjes geplaatst bij één of meer van deze ondernemingen. Op deze manier wordt kennelijk – zo concludeert de d-g NMa – aangegeven, welke van de acht betrokken ondernemingen in aanmerking wenst te komen om de betreffende werken uit te voeren, althans na onderlinge afstemming als laagste zou mogen inschrijven.⁶²
65. Bij het project Noord-Oost Hoek zijn (omcirkelde) kruisjes geplaatst bij HWZ en Ooms. Blijkens de door de aanbestedende dienst verstrekte gegevens hebben HWZ en Ooms ook daadwerkelijk als laagste voor dit project ingeschreven en de opdracht gegund gekregen (zie Bijlage XI). Bij het project 5P (Vijfde Baan) staan kruisjes geplaatst bij KWS, Ooms, Ballast Nedam, Heijmans en Vermeer. De kruisjes van KWS, Ballast Nedam, Heijmans en Vermeer zijn in het document omcirkeld. Blijkens de door de aanbestedende dienst verstrekte informatie hebben deze ondernemingen onder de naam Combinatie Mainport Schiphol ook daadwerkelijk als laagste ingeschreven en de opdracht gegund gekregen (zie Bijlage XI). Bij de projecten A5 en N22/ Zuidtangent zijn wel kruisjes geplaatst, maar zijn geen kruisjes omcirkeld. De kruisjes zijn bij het werk A5 geplaatst bij KWS, HWZ, NBM en Vermeer. Deze ondernemingen maakten blijkens de door de aanbestedende dienst verschaftte gegevens deel uit van de combinatie A5, die daadwerkelijk als laagste heeft ingeschreven en de opdracht gegund heeft gekregen (zie Bijlage XI). Bij de N22/ Zuidtangent, waarvan in hetzelfde document d.d. 26 januari 1998 wordt opgemerkt dat dit werk "*in drieën*" komt, zijn kruisjes geplaatst bij Ooms, NBM en Heijmans. Blijkens de gegevens van de aanbestedende dienst behoorden Ooms en NBM bij de inschrijvers

⁶² De onderlinge toebedeling op een bepaald moment zal niet in alle gevallen overeenkomen met het uiteindelijke inschrijfgedrag van betrokken partijen. Uit documenten (zie, bijvoorbeeld, documenten genoemd in Bijlage X onder e, f, g en h) blijkt namelijk dat de onderlinge verdeling van de verschillende werken in samenhang wordt afgewogen. Denkbaar is dat er om die reden in de loop van de tijd wijzigingen optreden.

aan wie het werk N22 Knoop is gegund, Heijmans bij de inschrijvers aan wie het werk N22/ Zuidtangent is gegund en Heijmans en Ooms bij de inschrijvers aan wie het werk N22/ Zuid is gegund (zie Bijlage XI).

66. Ook de zinsnede “*Koop stelt HWZ van A5 af. Gevolg HWZ ook naar Zuidtangent/N22*” uit hetzelfde document d.d. 26 januari 1998,⁶³ wijst er – naar het oordeel van de d-g NMa – op dat de acht betrokken ondernemingen samen bepalen wie van hen welk werk wil en mag uitvoeren. Bovendien volgt hieruit dat er samenhang bestaat tussen de verdeling van werken, gelet op het feit dat Koop zich meldt voor de A5, hetgeen consequenties heeft voor HWZ in relatie met het werk N22/ Zuidtangent.
67. De in Bijlage X onder g, opgenomen (ongedateerde) handgeschreven notitie,⁶⁴ aangetroffen bij NBM Noord-West B.V. bevestigt hetgeen hiervóór is geconstateerd. Uit deze notitie leidt de d-g NMa af, dat Ballast Nedam, HBG, Heijmans, Koop, KWS, NBM, Ooms en Vermeer hebben gesproken over “*grote werken*”. Dat het om deze acht ondernemingen gaat, volgt uit de opsomming van deze ondernemingen onderaan de notitie, waarachter bepaalde – kennelijke – uitlatingen vermeld staan. De werken die in deze notitie worden genoemd zijn: Noord Oost-Hoek, P5,⁶⁵ verlengde Westrandweg⁶⁶ en Zuidtangent N22. Dit zijn dezelfde werken die worden genoemd in het hierboven in randnummers 62 tot en met 66 besproken document. Achter deze werken staan ondernemingen vermeld, soms met een vermelding van een vraagteken achter de naam van een onderneming. Naar het oordeel van de d-g NMa is het aannemelijk, dat de vermelding van de namen van ondernemingen per werk betekent, dat een onderneming het werk wil uitvoeren danwel in de onderlinge verhoudingen binnen de acht ondernemingen zijn deel van het “recht” opeist om een werk te mogen uitvoeren. De ondernemingen die achter de vier opgenomen werken staan vermeld, komen vrijwel exact overeen met de namen van de ondernemingen die achter dezelfde werken staan vermeld in het document d.d. 26 januari 1998⁶⁷ (zie randnummers 62 tot en met 66). Bij dit laatstgenoemde document is al opgemerkt, dat de genoemde namen per werk grotendeels overeenkomen met de ondernemingen die uiteindelijk voor de betreffende werken daadwerkelijk als laagste hebben ingeschreven.

⁶³ Zie voetnoot 10 uit Bijlage X: document 2873/ 20 0960004.

⁶⁴ Zie voetnoot 11 uit Bijlage XI: document 2873/ 23 10202.

⁶⁵ De afkorting “P5” is gelijk aan 5P, welke afkorting voor het werk de Vijfde Baan wordt gehanteerd (zie aanbestedingsinformatie in Bijlage XI en document 2873/ 76).

⁶⁶ *Supra* noot 54.

⁶⁷ *Supra* noot 56.

68. In genoemde (ongedateerde) handgeschreven notitie, worden de getallen bij de vier opgenomen werken⁶⁸ bij elkaar opgeteld, waarna het totaal van deze getallen wordt gedeeld door 8. Het is aannemelijk dat de getallen staan voor bedragen betreffende de naar verwachting met de opgenomen vier werken te behalen omzetten van de acht betrokken ondernemingen. Dat het resultaat gedeeld wordt door 8, wijst in de ogen van de d-g NMa op een omzetverdeling tussen de acht betrokken ondernemingen.
69. Ook uit de opsomming, onder aan de handgeschreven notitie, van de genoemde acht ondernemingen met daarachter hun – kennelijke – uitlatingen, kan worden afgeleid dat sprake is geweest van een bespreking van werken. Bovendien kan tevens worden afgeleid, dat bij de verdeling de verschillende werken in samenhang worden afgewogen. Meer specifiek wijzen de volgende teksten hierop:
“HBG: handhaven kruisje bij de Westrandweg”,
“NBM: ziet al de werken bij elkaar niet los te koppelen”,
“KWS: kan van Hattum⁶⁹ sturen dus kruisjes blijven”, (voetnoot toegevoegd door d-g NMa)
“Vermeer: er verandert niets. Zelfde afspraken als bij NBM”.
70. De verwijzing naar de plaatsing van kruisjes bij werken in relatie met andere werken en de verwijzing naar de afspraken bij NBM, wijzen erop, zoals hiervóór reeds is geconstateerd, dat de acht betrokken ondernemingen hebben gesproken over de genoemde werken en dat deze ondernemingen afspraken maken over wie recht heeft op de uitvoering van een bepaald werk, althans na onderlinge afstemming als laagste zou mogen inschrijven.
71. Uit de, in Bijlage X onder h opgenomen, handgeschreven notitie d.d. 23 februari 1998, aangetroffen bij Ballast Nedam te Nieuwegein, leidt de d-g NMa af, dat op die datum (in ieder geval) Ballast Nedam, Heijmans, HWZ, Koop, KWS, NBM en Vermeer hebben gesproken over de werken D-Pier, Zuidtangent, A5 (verlengde Westrandweg) en de Vijfde Baan. De datum van deze bespreking ligt vóór de datum van aanbesteding van deze werken (zie Bijlage XI).
72. In genoemde notitie d.d. 23 februari 1998, wordt een schema weergegeven voor de verlengde Westrandweg, Vijfde Baan, N22 en de D-Pier. Direct onder de namen van deze werken staat telkens een rijtje met namen van één of meerdere van de acht betrokken ondernemingen vermeld, met uitzondering van de D-Pier waarbij geen namen staan vermeld.

⁶⁸ *Supra* noot 64.

⁶⁹ Van Hattum staat, naar het oordeel van de d-g NMa, voor Van Hattum en Blankevoort, een dochteronderneming van KWS.

73. Naar het oordeel van de d-g NMa is het aannemelijk, dat de vermelding van de namen van ondernemingen per werk betekent, dat deze ondernemingen het werk willen uitvoeren dan wel in de onderlinge verhoudingen binnen de acht betrokken ondernemingen, hun deel van het 'recht' opeisen om een werk uit te voeren. Uit de informatie van de aanbestedende diensten, zoals opgenomen in Bijlage XI, blijkt voor de werken verlengde Westrandweg (A5) en Vijfde Baan, dat de in de notitie d.d. 23 februari 1998 genoemde ondernemingen ook daadwerkelijk voor deze werken als laagste hebben ingeschreven en de opdrachten gegund hebben gekregen.
74. Het in Bijlage X onder l, opgenomen document,⁷⁰ betreft blijkens de aanhef ervan een "NH8-overleg" van 15 januari 1999; "NH8" bestaat, zoals in randnummer 56 is aangegeven, uit de volgende acht ondernemingen: Ballast Nedam, HWZ, KWS, Vermeer, NBM, Heijmans, Koop en Ooms. Tijdens dit overleg is, zo leidt de d-g NMa af uit dit document, gesproken over de werken B-pier en E-pier. Blijkens de door de aanbestedende dienst terzake verstrekte informatie, liggen de aanbestedingsdata van deze werken ná de datum van voornoemd overleg, te weten 18 januari 1999 voor het werk B-pier en 21 januari 1999 voor het werk E-pier (zie Bijlage XI). Derhalve blijkt uit dit document, dat voorafgaand aan de aanbestedingen van deze werken, deze acht ondernemingen gesproken hebben over deze werken. Uit de tekst "1. Koop E" en "KWS/Ver B" leidt de d-g NMa af, dat afgesproken is dat de uitvoering van de E-pier wordt toebedeeld aan Koop en de uitvoering van de B-pier aan KWS en/of Vermeer. Uit de door de aanbestedende dienst verstrekte aanbestedingsgegevens blijkt, dat het werk B-pier daadwerkelijk is gegund aan KWS en het werk E-pier aan Koop (en Gebr. Von der Wettern).
75. Uit de, in Bijlage X onder m opgenomen, handgeschreven notitie d.d. 11 februari 1999,⁷¹ leidt de d-g NMa af, dat er op deze datum is gesproken over de werken N22-Knoop, Zuidtangent en T106. Dit is derhalve vóór de aanbestedingsdatum van deze werken (zie Bijlage XI). Bij het werk N22-Knoop staat de vermelding "NH8". Bij het werk T106 staat de vermelding "onder afspraak". De verwijzingen naar "NH8" en "onder afspraak" duiden op afspraken voor deze werken tussen de acht betrokken ondernemingen voorafgaande aan de betreffende aanbestedingen.
76. Uit het in Bijlage X onder n, opgenomen document d.d. 16 april 1999,⁷² leidt de d-g NMa af, dat in een presentatie voor de Raad van Bestuur door een rayonkantoor van Vermeer Infrastructuur B.V. wordt gesproken over "Overleg met collega's (NH8 noodgedwongen samenwerking defensief)". Blijkens de tekst gaat het daarbij onder meer om werken voor

⁷⁰ Zie voetnoot 16 uit Bijlage X: document met kenmerk 02873/21.3040163.

⁷¹ Zie voetnoot 17 uit Bijlage X: document met kenmerk 02873/21.3040112.

⁷² Zie voetnoot 18 uit Bijlage X: document 2873/135.O113.

Rijkswaterstaat, Provinciale Waterstaat Noord-Holland en de onderhandse markt. Uit de aangehaalde opmerking kan worden afgeleid, dat er in NH8-verband, derhalve tussen de acht betrokken ondernemingen, overleg plaatsvond over dit soorten werken.

77. Uit de, in Bijlage X onder o, opgenomen handgeschreven notitie d.d. 26 april 1999,⁷³ aangetroffen bij NBM, maakt de d-g NMa op, dat er gesproken werd over “*Kruisjes*”, “*grote werken*” en “*Grote RWS werken*”. Deze notitie is – blijkens de vermeldingen in dit document – een verslaglegging van een bespreking tussen de acht betrokken ondernemingen. Onder meer de werken N22, Elzenhof,⁷⁴ Inpassingsmaatregelen en T106 staan vermeld. Bij de werken N22 en Elzenhof staan rijtjes met namen van ondernemingen genoemd, waaronder de acht betrokken ondernemingen. Bij het werk N22 staan Ooms en NBM (alsmede de ondernemingen Boka en Grontmij) als eerste vermeld, bij het werk Elzenhof staat Ballast Nedam als eerste vermeld, met daarachter de opmerking “*als Ooms NBM Boka Grontmij N22 mogen maken*”. Deze opmerking duidt er volgens de d-g NMa op, dat in de onderlinge verhoudingen tussen de acht betrokken ondernemingen kennelijk geldt, dat Ballast Nedam voor het werk Elzenhof als laagste mag inschrijven als Ooms en NBM op hun beurt als laagste voor het werk N22 mogen inschrijven. Uit de informatie van de aanbestedende diensten blijkt dat Ballast Nedam daadwerkelijk als laagste heeft ingeschreven voor het werk Zuidtangent (Elzenhof) en dat Ooms, NBM, Boka en Grontmij daadwerkelijk als laagste hebben ingeschreven bij het werk N22 (Knoop), alsmede dat deze ondernemingen de werken gegund hebben gekregen. Ook blijkt uit deze informatie dat dit overleg plaatsvond vóór de aanbestedingsdata van de betreffende werken, zijnde 9 september 1999 respectievelijk 11 mei 1999 (zie Bijlage XI). Naar het oordeel van de d-g NMa kan derhalve uit de notitie worden afgeleid, dat voorafgaande aan de aanbesteding door de betrokken ondernemingen is gesproken over deze werken en dat men de uitvoering van deze werken onderling heeft verdeeld.
78. Het document opgenomen in Bijlage X onder v,⁷⁵ betreft eveneens een afspraak in het kader van het werk N22/Knoop. Uit dit document, evenals uit het in Bijlage X onder o opgenomen document, maakt de d-g NMa op, dat de ondernemingen Ooms, NBM, Boka en Grontmij in onderling overleg de uitvoering van het werk N22/Knoop toebedeeld hebben gekregen. Voorts is een lijst met namen van andere ondernemingen opgenomen,

⁷³ Zie voetnoot 19 uit Bijlage X: document met kenmerk 02873/23 113 107 en -108.

⁷⁴ Dit is een gedeelte van het werk Zuidtangent, bestaande uit de Elzenhof bij Schiphol, alsmede een weggedeelte bij Hoofddorp (Bijlage XI). Op de bladen I en II (zie Bijlagen I en II) wordt dit werk aangeduid als “Zuidtangent Hoofddorp-A4”, op blad III (zie Bijlage III) als “Zuidtangent fase 1 en 2”, op bladen IV en V (zie bijlagen IV en V) als “Zuidtangent Hoofddorp-Schiphol” en op bladen VI en VII (zie Bijlagen VI en VII) als “Zuidtangent”. Zie tevens documenten 2873/66 en 2893/91.

⁷⁵ Zie document 2873/23 090019.

waaronder de namen van de acht betrokken ondernemingen. Blijkens de door de aanbestedende dienst overgelegde informatie (Bijlage XI), komen de namen welke op dit document staan vermeld, exact overeen met de namen van de ondernemingen welke uiteindelijk voor het betreffende werk hebben ingeschreven. Ook blijkt uit de aanbestedingsinformatie dat de combinatie Ooms/NBM/Boka/Grontmij als laagste heeft ingeschreven en het werk gegund heeft gekregen (zie Bijlage XI). Bovendien staat in het document genoemd in Bijlage X onder v, achter de ondernemingen welke deel uitmaken van de groep van de acht betrokken ondernemingen telkens vermeld "*echte omzet*". Bij de overige ondernemingen staat telkens een geldbedrag genoemd, welk bedrag per onderneming verschilt. Hieruit leidt de d-g NMa af, dat in onderlinge afstemming is bepaald dat de ondernemingen Ooms, NBM, Boka en Grontmij het werk N22/Knoop mogen uitvoeren. Als tegenprestatie hiervoor hebben de overige ondernemingen uit de kring van de acht betrokken ondernemingen kennelijk recht op "*echte omzet*" in de toekomst. Aan de andere ondernemingen daarentegen is, zo oordeelt de d-g NMa, teneinde zeker te stellen dat de betrokken ondernemingen lager zouden inschrijven, door de combinatie Ooms/NBM/Boka/Grontmij kennelijk een geldbedrag aangeboden. In de kolommen welke zijn gewijd aan Ooms, NBM en Boka staat kennelijk weergegeven hoe één ander dient te worden gecompenseerd. Bij de acht betrokken ondernemingen staat op deze plaats telkens vermeld: "*per bedrijf 1/3 gww-omzet*".

79. Uit het, in Bijlage X onder t, opgenomen handgeschreven document,⁷⁶ aangetroffen bij Ballast Nedam, volgt dat er gesproken is over het werk A10 West. De volgende opmerking wordt in dit document gemaakt: "*in de 8 brengen*". Het is aannemelijk dat deze opmerking wijst op het bespreken van de A10 West binnen het verband van de betrokken ondernemingen. Dat terzake van de A10 West tussen de betrokken ondernemingen overleg heeft plaatsgevonden, blijkt naar het oordeel van de d-g NMa eveneens uit de in het volgende randnummer te bespreken document.
80. Het document opgenomen in Bijlage X onder u, betreft een notitie van 20 september 1999.⁷⁷ Uit de door de aanbestedende dienst verstrekte informatie met betrekking tot de A10 West, leidt de d-g NMa af, dat de aanbesteding van dit werk heeft plaatsgevonden op 24 september 1999 en is gegund aan de combinatie KWS/Vermeer/Koop/HWZ/NBM. Inschrijvers waren de navolgende combinaties (met vermelding van hun inschrijfsommen, zie Bijlage XI):

⁷⁶ Zie document 2873/20 00960016.

⁷⁷ Zie voetnoot 26 uit Bijlage X: document met kenmerk 02873/21 3040070.

- a) Comb. Koninklijke Wegenbouw Stevin BV/ Dura Vermeer Group BV/ Hollandsche Wegenbouw Zanen BV/ Koop Holding Europe BV/ NBM Amstelland Bouw en Infra BV (NLG 40.387.000,-).
 - b) Combinatie Ballast Nedam Grond en Wegen Projecten BV/ Heijmans Nederland BV/ Ooms Avenhorn Holding BV (NLG 41.930.000,-).
 - c) Teerbau GmbH (NLG 42.880.000,-).
 - d) Comb. Bruil Ede BV/ Reef Wegenbouw/ Koninklijke BAM Groep NV/ BALM BV/ Aannemingsmij Van Gelder (NLG 44.074.000,-).
81. Uit voornoemd document d.d. 20 september 1999 blijkt, dat reeds vóór de datum van inschrijving de door de inschrijvers onder b), c) en d) in te dienen inschrijfsommen, onderling, doch in ieder geval aan HWZ, één van de combinanten van inschrijver onder a) bekend zijn gemaakt, dit – kennelijk – om er zeker van te zijn, dat de inschrijfsom die de combinatie KWS/ Vermeer/ HWZ/ Koop/ NBM op de inschrijvingsdatum van 24 september 1999 zou indienen, de laagste zou zijn en derhalve het werk gegund zou krijgen. De d-g NMa concludeert dan ook, dat over de toebedeling van dit werk afstemming heeft plaatsgevonden, alsmede over de door bovengenoemde inschrijvers in te dienen inschrijfsommen. Immers, de bedragen vermeld in het document opgenomen in Bijlage X onder u, komen exact overeen met de door deze inschrijvers ingediende inschrijfsommen. Voor de inschrijver onder a) was in het onderhavig document geen bedrag genoemd en uit de aanbestedingsdocumenten blijkt dat deze inschrijver als laagste heeft ingeschreven met een bedrag van NLG 40.387.000,- en vervolgens de opdracht gegund heeft gekregen.
82. Het document in Bijlage X opgenomen onder r, is een ongedateerde handgeschreven notitie,⁷⁸ aangetroffen bij NBM. Bij het werk A10 West staat vermeld “*laagste inschr KWS-Vermeer-HWZ-NBM-Koop 17-9-‘99*”. Bij het werk T106 staat vermeld: “*NH8 + Teerbau*”, onder vermelding van “*8-10-‘99*”. Bij het werk Zuidtangent, tracé fase 1-2 staat vermeld: “*Bruil-Reef-Ballast-KWS*” en “*9-9 indienen*”. Bij het werk Van Heuven Goedhartlaan staat vermeld: “*Vermeer-NBM-Ooms?*” en “*13-9 indienen*”. Bij het werk Inpassingsmaatregelen 5P Schiphol staat vermeld: “*HWZ-Koop (sti)NH8 bedrijven*”.
83. Uit deze notitie volgt naar het oordeel van de d-g NMa, dat de acht betrokken ondernemingen overleg hebben gehad over de onderlinge verdeling van deze werken. In onderling overleg is kennelijk afgesproken dat de combinatie KWS/ Vermeer/ HWZ/ NBM/ Koop als laagste zou inschrijven voor het project A10 West,

⁷⁸ *Supra* noot 56.

althans over deze aanbesteding onderling contact hebben gehad. Uit de gegevens van de aanbestedende dienst blijkt dat dit werk op 24 september 1999 is aanbesteed en gunning heeft plaatsgevonden aan de combinatie KWS/ Vermeer/ HWZ/ NBM/ Koop, die de laagste inschrijving heeft ingediend (zie Bijlage XI). Gelet op de vermelding “*NH8*” bij de werken T106 en Inpassing 5P, kan worden geconcludeerd dat de betrokken ondernemingen hebben afgestemd, dat ook dit werk door één van hen zou worden gemaakt. Uit de gegevens van de aanbestede dienst blijkt dat het werk T106 op 8 oktober 1999 is aanbesteed en is gegund aan KWS en het werk Inpassing 5P op 15 december 1999 is aanbesteed en gegund aan Ooms; Ooms en KWS zijn twee van de betrokken ondernemingen (zie Bijlage XI). De vermeldingen bij het werk Zuidtangent duiden er volgens de d-g NMa op, dat de inschrijving voor het werk op 9 september 1999 moet worden ingediend, hetgeen overeenkomt met de door de aanbestede dienst verstrekte informatie over de aanbestedingsdatum van het werk (zie Bijlage XI). Gelet op de vermelding “*9-9 indienen*” is het aannemelijk dat deze notitie is opgemaakt vóór 9 september 1999, derhalve voor de aanbestedingsdata (zie Bijlage XI) van de in deze notitie genoemde werken. Kortom, ook onderhavige notitie geeft de d-g NMa aanleiding te concluderen, dat de betrokken ondernemingen hebben onderhandeld, althans contact hebben gehad over de verdeling van werken, te weten de werken A10 West, T106, Zuidtangent, Van Heuven Goedhartlaan en Inpassing Vijfde Baan.

84. Het in Bijlage X onder w, weergegeven document betreft een verslag van een vergadering d.d. 25 augustus 2000, van de combinatie aan wie door de luchthaven Schiphol de realisatie van de Vijfde Baan is gegund. In dit document wordt melding gemaakt van een korting van NLG 5 miljoen op de ingediende aanneemsom, waardoor deze niet NLG 145 miljoen bedraagt, maar NLG 140 miljoen. Vervolgens wordt vermeld “*NH8 informeren*” over deze korting. Uit dit document leidt de d-g NMa af, dat het werk Vijfde Baan onderwerp van afstemming is geweest binnen de acht betrokken ondernemingen (zie tevens o.m. randnummers 63, 71 en 73).
85. In de notitie, genoemd in Bijlage X onder o, wordt behalve een datum voor een volgende vergadering van de acht betrokken ondernemingen, tevens vermeld: “*6 mei 19.00 uur grote werken kantoor Zaandam*”. In de directieagenda van Ballast Nedam wordt dit overleg bevestigd, onder vermelding van “*N22 knoop*”.⁷⁹
86. Hieruit leidt de d-g NMa af, dat de betrokken ondernemingen overleg hebben over “grote werken”. In dit verband kan tevens worden gewezen op het verslag genoemd in randnummer 62 en de vergadervermeldingen opgenomen in randnummers 207 tot en met

⁷⁹ Uit randnummer 75 van dit besluit blijkt, dat het overleg over het werk Knoop N22 plaatsvond vóór de aanbestedingsdatum van dit werk, te weten 11 mei 1999.

209 van dit besluit. Daaruit blijkt dat op verschillende data is gesproken over “*Staffel grote werken*”, “*NBM Staffel grote werken*” en “*NBM grote werken*”. Het is naar het oordeel van de d-g NMa aannemelijk, dat hiermee wordt bedoeld op de afspraken over de verdeling van werken zoals die zijn geadministreerd op de zeven overzichtsbladen⁸⁰ (zie hierna, randnummer 118 e.v.), welke zijn aangetroffen bij NBM. Blad III van de zeven overzichtsbladen is getiteld “*Staffel grote werken*”. Daarnaast zijn op enkele bladen de aanduidingen “*jwe*” aangetroffen, waarvan eenmaal in combinatie met een (digitale) bestandsnaamaanduiding. Het is aannemelijk dat met “*jwe*” wordt bedoeld op de heer [XXX], werkzaam als hoofd calculatie van NBM Noord-West (zie randnummer 15). Blijkens documenten van NBM wordt de naam van [XXX] in interne stukken afgekort als “*JWE*”.⁸¹ Eveneens blijkt hieruit dat de heer [XXX] zelf deze afkorting gebruikt.

E Conclusie

87. Op grond van de besproken verslagen van vergaderingen en notities concludeert de d-g NMa, dat de betrokken ondernemingen Ballast Nedam, Heijmans, HWZ, Koop, KWS, NBM, Ooms en Vermeer, infrastructurele werken in de regio Haarlemmermeer, waaronder Schiphol, hebben verdeeld. Daarbij werd als uitgangspunt gehanteerd, dat ieder van deze ondernemingen recht heeft, danwel had, op 1/8 deel van de omzetten en marges behorend bij deze werken. Voorts blijkt (zie randnummers 49-59), dat de acht betrokken ondernemingen in de periode vóór 1998 reeds een traditie kenden van onderlinge afstemming en verdeling van (infrastructurele) werken in de provincie Noord-Holland, waaronder werken op luchthaven Schiphol. Naar het oordeel van de d-g NMa blijkt bovendien, dat de betrokken ondernemingen ten aanzien van Rijkswaterstaatwerken in 1996 (zie document genoemd in Bijlage X onder d) onderling hebben voorgesteld om bij de verdeling van deze werken als uitgangspunt een (ponds-pondsgewijze) omzet- en resultaatsverdeling te hanteren. De d-g NMa concludeert tevens, dat de betrokken ondernemingen de intentie hadden de voorgestelde afspraken met betrekking tot de verdeling van Rijkswaterstaatwerken voor meer jaren te doen laten gelden, doorlopend tot in ieder geval eind 2001 en mogelijk tot en met 2006.

⁸⁰ Document 2873/ 66.

⁸¹ Document 2873/ 135.

2.3 Koop Tjuchem-administratie ("KT-administratie")

A. Verklaringen van de heer Bos over herkomst, aard en inhoud van de KT-administratie

88. De heer Bos verklaarde op 21 december 2001 tegenover ambtenaren van de NMa ten aanzien van de werkwijze van de in de KT-administratie genoemde aannemers: *“Voordat die aanbestedingen worden bezocht treft men elkaar en dan wordt de aanbesteding eigenlijk echt gedaan. Wordt de prijs afgemaakt. Kijken wie de laagste is”*.⁸²
89. De heer Bos verklaarde voorts tegenover ambtenaren van de NMa dat iedere bouwonderneming over een dergelijke administratie beschikt.⁸³
90. Gevraagd naar de persoon die de KT-administratie bijhield, antwoordde de heer Bos: *“[XXX]....., ... [XXX]..... (..), en: “Ja, zijn handschrift herken ik als geen ander”*.⁸⁴
91. Gevraagd naar de personen, van wie de heer [XXX] de gegevens kreeg voor de verwerking in de KT-administratie, verklaarde de heer Bos tegenover ambtenaren van de NMa: *“Hij verzamelt dat zo. Uit het land vandaan. Hij is [een] soort schrijf..schrijfknecht zeggen ze altijd. Hij verzamelt dat bij de subhoofdjes, de regiohoofdjes”*.⁸⁵
92. De heer Bos heeft over de kolomindeling van de KT-administratie het volgende verklaard: *“Daarin wordt in de ene kolom een code genoemd en een datum van de aanbestedingsbrief, het besteknummer wordt genoemd en de opdrachtgever, het bedrag waarvoor de laagste officieel inschrijft. Dan een paar kolommen waarin men iets tegoed heeft of verschuldigd is en dan de laatste kolom, de grootste en de breedste kolom, daarin staat hoe men tot de afspraak is gekomen”*.⁸⁶

B. Verklaringen van de heer Bos over Schiphol Club, Schiphol Acht en Noord Holland Acht

93. Naar aanleiding van de KT-administratie heeft de heer Bos ten overstaan van ambtenaren van de NMa over de SchipholClub, Schiphol Acht en Noord Holland Acht het navolgende verklaard: *“(...) ze hebben allerlei dubjes erbij. Een Schipholdub en een Noord Holland dub en*

⁸² Document 2873/3, p. 2.

⁸³ Document 2873/3, p. 15.

⁸⁴ Document 2873/3, p. 5 en 9.

⁸⁵ Document 2873/3, p. 6.

⁸⁶ Document 2873/3, p. 7.

*een Zuid Holland dub (...)."*⁸⁷

94. Ten aanzien van de Schipholclub verklaarde de heer Bos: "(...) *die Koop is pas later in die Schipholdub terechtgekomen zo was het. Dat liep al, een lopende, lopende dub en later in '97, '98 of zo '96 zijn ze bijgeboekt, zo was het. (...) Het is een lopende dub van, noem ze maar Ballast, KWS, vier, vijf, zes, zeven grote aannemers en Koop was later, vocht zich er in. Koop is een groeiende onderneming hè of was een*".⁸⁸
95. Op de vraag of deze afspraken betrekking hadden op alle aanbestedingen op Schiphol, antwoordde heer Bos bevestigend.⁸⁹
96. Volgens de heer Bos zijn er twee of drie Schipholclubs: de Schipholclub en de Schiphol Acht. Bij bespreking van de desbetreffende pagina's in de KT-administratie wordt bevestigd door de heer Bos dat de Schipholclub bestaat uit BNGW, KWS, HWZ en Vermeer met de opmerking: "*Zo zijn ze begonnen*".⁹⁰
97. Voorts verklaarde de heer Bos over de "NH7": "*dat is hetzelfde als APNH*".⁹¹ De heer Bos heeft verklaard dat "NH" voor "Noord Holland" staat. Door een uitbreiding is dit de "NH8" geworden. De heer Bos verklaarde dat de volgende ondernemingen in de NH8 zitten: "*KWS, HWZ, Ooms, Koop, Vermeer, NBM en Ballast. (...) en Heijmans is nummer 8*".⁹²

C. Inhoud KT-administratie: de werken Noord-Oost Hoek, D-Pier, J-Gebied en Rijksweg A-5

98. De KT-administratie is kennelijk opgezet als grootboek. Aan iedere (divisie van een) bouwonderneming, waarmee (een groepsonderneming van) Koop een financiële relatie onderhoudt, zijn één of meer bladzijden toegekend.

⁸⁷ Document 2873/3, p. 8.

⁸⁸ Document 2873/3, p. 14.

⁸⁹ Document 2873/3, p. 14.

⁹⁰ Document 2873/3, p. 15.

⁹¹ "APNH" staat voor Asfalt Productie Noord-Holland. De aandeelhouders van deze asfaltcentrale zijn Ballast Nedam Infra B.V., Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., Vermeer Infrastructuur B.V., NBM Noord-West B.V., Koop Tjuchem B.V., Ooms Avenhorn B.V. en HBG Civiel B.V.

⁹² Document 2873/3, p. 26.

99. In de KT-administratie zijn de bladzijden 549, 550, 551, 552 en 554,⁹³ zoals er letterlijk op staat vermeld, gewijd aan: “*De Schipholdub en/of de Schiphol Acht*”. Met de “*Schipholdub*” wordt blijkens de aanhef van deze pagina’s gedoeld op de ondernemingen BNGW, HWZ, KWS en Vermeer. Met “*Schiphol Acht*” worden blijkens de aanhef van deze pagina’s de voornoemde vier ondernemingen alsmede de ondernemingen Heijmans, Koop, NBM en Ooms aangeduid. In de in Bijlagen I tot en met VII en X genoemde documenten wordt naar dezelfde acht ondernemingen verwezen met de termen “*Noord Holland Acht*”, “*Nrd. Holl 8*”, “*N-Holland-afspraken met 8*”, “*NH8 bedrijven*”, “*NH8*”, “*NH8-overleg*”, “*NH8-verband*”, “*NH8 projecten*” en “*NH8 vergaderingen*”. Deze acht ondernemingen zijn dezelfde als de in randnummer 97 besproken “NH-8”-ondernemingen.
100. Van de op deze pagina’s uit de KT-administratie genoemde werken, zijn er vier aanbesteed ná 1 januari 1998. Dit betreft de werken: Noord-Oost Hoek, D-Pier, J-Gebied Opstelplaatsen en A5-Zuid (verlengde Westrandweg). Deze werken zijn aanbesteed in de periode tot november 1998. De KT-administratie is sinds 16 november 1998 niet meer in het bezit van de onderneming Koop Tjuchem B.V.⁹⁴ Werken die ná november 1998 werden aanbesteed, zijn dan ook niet vermeld in de KT-administratie.
101. De inhoud van de regels die aan deze werken zijn gewijd, is hieronder (en in Bijlage IX) weergegeven. De heer Bos heeft verklaard dat de laatste kolom een weerslag is van de tussen de acht betrokken ondernemingen gemaakte afspraken ten aanzien van de desbetreffende werken (zie randnummer 92).
- (i) Noord-Oost Hoek.⁹⁵
102. Op bladzijde 550 van de KT-administratie, met als aanhef “*De Schipholdub (= BNGW/HWZ/KWS/Vermeer)*” en “*De Schiphol Acht (= BNGW/Heijmans/HWZ/KWS/Koop/NBM/Ooms en Vermeer)*” staat vermeld:

Nr.	Datum van aanbesteding	Besteknummer	Opdrachtgever	Datum van oplevering	Inschrijfprijs	Verrekend	Met/via	
9570	19-02-1998	A85-CT Noordoosthoek	NV Luchthaven Schiphol	01-12-1998	f47.263.000,-	+f971.250,-	Ooms HWZ	**

⁹³ Document 2873/ 2, p. 549, 550, 551, 552 en 554. De paginanummering van de KT-administratie is aangebracht door het KLPD.

⁹⁴ Document 2873/ 171.

⁹⁵ Document 2873/ 2, p. 246, 468, 550, 551, 552 en 680.

** Hier staat de volgende afspraak vermeld:

“ Voorselectie 8x: f Combi Ooms/ HWZ, KWS, BNGW, NBM, Vermeer, Hochtief, Heijmans, Koop/ V.d. Wettern.

Uitkering v/d/ combi: Ooms/ HWZ: f971.250,- totaal.

Koop keert f100.000,- uit aan V.d. Wettern.

Krijgt van de comb 150.000,-.”

103. Op bladzijde 551 van de KT-administratie (zie Bijlage IX) staat bij het werk Noord-Oost Hoek in de rechter kolom vermeld *“ Koop ontvangt v/d combi Ooms/ HWZ f971.250,-. Koop betaalt v.d.W. f100.000,-.”* De ondernemingen Ooms en HWZ staan ook vermeld in de kolom *“ Met/via”*.
104. Het werk Noord-Oost Hoek wordt in de KT-administratie eveneens vermeld op de pagina's welke zijn gewijd aan Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V., Aann. En Wegenb. Bedrijf v/ h Fa. J Ooms + Zn B.V.⁹⁶ en Von der Wettern GmbH (zie Bijlage IX). Op deze pagina's staat bij het werk Noord-Oost Hoek respectievelijk vermeld: *“ Voor uitkering zie Schiphol Acht”*, *“ Voor uitkering zie Schipholcombi-Acht”*, *“ Voor afspraak zie ‘Schiphol Acht’”*.

(ii) D-Pier:⁹⁷

105. Op bladzijde 550 van de KT-administratie, met als aanhef *“ De Schipholdub (= BNGW/ HWZ/ KWS/ Vermeer)”* en *“ De Schiphol Acht (= BNGW/ Heijmans/ HWZ/ KWS/ Koop/ NBM/ Ooms en Vermeer)”* staat vermeld:

⁹⁶ Dit was tot 19 december 1997 de statutaire naam van Ooms Avenhorn B.V.

⁹⁷ Document 2873/2, p. 22, 204, 227, 245, 325, 342, 428, 468, 550, 551, 552, 593, 628 en 680.

Nr.	Datum aanbesteding	Besteknummer	Opdrachtgever	Datum van oplevering	Inschrijfprijs	Verrekend	Met/via	
10206	29-05-1998	D-Pier infra	NV Luchthaven Schiphol	01-07-1999	f16.615.000,-	-/ -f636.250,- = 50% -/ -124.000,- = 50% -/ - -/ -225.000,- -/ -225.000,- = 100% Koop	Heijmans HWZ KWS NBM Ooms Vermeer Teerbau Hochtief (100% BNGW) V.d. Wettern	**

** Hier staat de volgende afspraak vermeld:

“ Voorselectie 6x: f BNGW/Koop, V.d. Wettern, Teerbau, Heijmans, Hochtief, Vermeer.

Uitkering v/d Combi: BNGW/Koop: f1.970.550,- totaal 50/50.

Verdeling: Heijmans/HWZ/KWS/NBM/Ooms/Vermeer v/d combinatie f1.272.500,- :2= f636.250,- 50%.

Door de combi aan Teerbau f248.000,- :2= f124.000,- 50%.

BNGW keert 100% uit aan Hochtief = f225.000,-

Koop keert slechts uit aan V.d. Wettern = f150.000,- ipv de opgegeven f225.000,- a/d

Schipholdclub (Verschil = 75.000,-). Koop vangt de 1/2 v/h verschil tussen V.d.

Wettern/Schipholdclub van BNGW = +f37.500,-”.

106. Op bladzijde 551 van de KT-administratie staat bij hetzelfde werk: *“ Uitkering totaal f1.970.000,- 50/50. Uitk. A/d NH8, en aan Teerbau -/ - 248.000,-; Hochtief -/ - 225.000,- = 100% Ballast, vd Wettern f225.000,- = 100% Koop.”*
107. Het werk D-Pier wordt in de KT-administratie eveneens vermeld op de pagina's welke zijn gewijd aan Ballast Nedam Grond- en Wegenbouw B.V. regio Noord-West, Wegenbouw J Heijmans B.V., Hochtief, Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V., Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., Koop Tjuchem B.V., NBM Noord-West B.V., Aann. En Wegenb. Bedrijf v/h Fa. J Ooms + Zn B.V., Teerbau, Aann. Mij Vermeer Grond en Wegen⁹⁸ en Von der Wettern GmbH (zie Bijlage IX).

⁹⁸ Dit was tot 5 mei 1997 de statutaire naam van Vermeer Infrastructuur B.V.

(iii) J-Gebied:⁹⁹

108. Op bladzijde 550 van de KT-administratie, met als aanhef “*De Schipholdub (= BNGW/HWZ/KWS/Vermeer)*” en “*De Schiphol Acht (= BNGW/Heijmans/HWZ/KWS/Koop/NBM/Ooms en Vermeer)*” staat vermeld:

Nr.	Datum van aanbesteding	Besteknummer	Opdrachtgever	Datum van oplevering	Inschrijfprijs	Verrekend	Met/via	
10767	24-08-1998	A104-5160-E7, Jgebied opstelplaatsen	NV Luchthaven Schiphol	01-07-1999	f14.459.000,- -	+f289.000,-	NBM Heijmans	**

** Hier staat de volgende afspraak vermeld:

“*Voorselectie: f Combi NBM/Heijmans, Koop/ V.d.Wettern, KWS, Ooms, HWZ, Teerbau, BNGW, Vermeer.*

Afspr: Schrijfcijfer 11.880. -/- kp 10.000 = 1.880. -/-. Teerbau 125 V.d.Wettern 62.500 = 1.639:8= 214.000,- + uit ET 100:8= 12.500,- = f226.500,-. De Combi NBM/Heijmans keert uit 226.500,- + 62.500,- = f289.000,-.*

**Koop keert f50.000,- uit aan V.d.Wettern.”*

109. Het werk J-Gebied Opstelplaatsen wordt in de KT-administratie eveneens vermeld op de pagina's welke zijn gewijd aan Wegenbouw J Heijmans B.V., NBM Noord-West B.V., Teerbau en Von der Wettern GmbH (zie Bijlage IX).

(iv) Rijksweg A5 (A5-Zuid, verlengde Westrandweg):¹⁰⁰

110. Op bladzijde 549 van de KT-administratie, met als aanhef “*De Schipholdub (= BNGW/HWZ/KWS/Vermeer)*” en “*De Schiphol Acht (= BNGW/Heijmans/HWZ/KWS/Koop/NBM/Ooms en Vermeer)*” staat vermeld:

Nr.	Datum van aanbesteding	Besteknummer	Opdrachtgever	Datum van oplevering	Inschrijfprijs	Verrekend	Met/via	
10726	25-09-1998	NHK-61588 RW-A5/ Knooppunt De Hoek RW-4 Knooppunt Raasdorp RW-9	RWS-ZH	- -200.	f123.217.000,-			**

⁹⁹ Document 2873/2, p. 203, 428, 550, 551, 554, 593 en 680.

¹⁰⁰ Document 2873/2, p. 22, 203, 211, 256, 305, 342, 428, 549 en 627.

** Hier staat de volgende afspraak vermeld:

“ Voorselectie 3x: 1^e Combi KWS/Koop/HBW/NBM/Vermeer.

2^e Combi BNGW/Ballast Beton, 3^e Combi = J Heijmans/Boka/Kon. Van Drunen¹⁰¹.

Afspraak.”

111. Het werk Rijksweg A5 wordt in de KT-administratie eveneens vermeld op de pagina's welke zijn gewijd aan Ballast Nedam Grond en Wegen, regio Noord-West, Wegenbouw J Heijmans B.V., Kon. Aann. Mij Van Drunen B.V., H.B.W., Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., Koop Tjuchem B.V., NBM Noord-West B.V. en Aann. Mij Vermeer Grond en Wegen B.V. (zie Bijlage IX).

D. Conclusie t.a.v. Noord-Oost Hoek, D-Pier, J-Gebied en Rijksweg A-5

112. Ten aanzien van het werk Noord-Oost Hoek leidt de d-g NMa uit de KT-administratie af, dat de deelnemers aan de Schiphol Acht, oftewel de betrokken ondernemingen, onderling hebben afgesproken dat de combinatie HWZ/ Ooms als laagste voor het werk zou inschrijven. De terzake door de aanbestedende dienst verstrekte gegevens bevestigen dat HWZ en Ooms daadwerkelijk als laagste hebben ingeschreven, alsmede dat gunning van het werk aan deze combinatie HWZ/ Ooms heeft plaatsgevonden (zie Bijlage XI). Voorts begrijpt de d-g NMa de administratie aldus dat aan Koop en Von der Wettern kennelijk als “tegenprestatie” voor het als laagste mogen inschrijven door de combinatie HWZ/ Ooms. (zie randnummers 102 en 103) “uitkeringen” zijn aangeboden.
113. Ten aanzien van het werk D-Pier concludeert de d-g NMa op grond van de KT-administratie, dat de betrokken ondernemingen, onderling hebben afgesproken dat de combinatie Ballast Nedam/ Koop als laagste voor dit werk zal inschrijven. De terzake door de aanbestedende dienst verstrekte gegevens bevestigen dat de combinatie Ballast Nedam/ Koop daadwerkelijk als laagste heeft ingeschreven alsmede dat gunning van het werk aan deze combinatie heeft plaatsgevonden (zie Bijlage XI). Voorts begrijpt de d-g NMa de administratie aldus dat aan de overige ondernemingen uit de Schiphol Acht (in randnummer 106 vermeld als “*Uitk. A/d NH8*”) en aan de derde-ondernemingen Teerbau, Hochtief en Von der Wettern kennelijk als “tegenprestatie” voor het als laagste mogen inschrijven door de combinatie Ballast Nedam/ Koop “uitkeringen” zijn aangeboden (zie randnummers 105 en 106).

¹⁰¹ Koninklijke Aannemingsmaatschappij Van Drunen B.V. was ten tijde van de overtreding een dochteronderneming van Heijmans Beton-en Waterbouw B.V.

114. Met betrekking tot het werk J-Gebied leidt de d-g NMa uit de KT-administratie af, dat de betrokken ondernemingen (en de ondernemingen Teerbau en Von der Wettern) onderling hebben afgesproken, dat de combinatie NBM/Heijmans als laagste voor het werk zou inschrijven. De terzake door de aanbestedende dienst verstrekte gegevens bevestigen, dat de combinatie NBM/Heijmans daadwerkelijk als laagste heeft ingeschreven alsmede dat gunning van het werk aan deze combinatie heeft plaatsgevonden (zie Bijlage XI). Voorts leidt de d-g NMa uit de administratie af, dat aan de overige ondernemingen uit de Schiphol Acht en aan Teerbau en aan Von der Wettern kennelijk als “tegenprestatie” voor het als laagste mogen inschrijven door de combinatie NBM/Heijmans “uitkeringen” zijn aangeboden (nader beschreven in randnummer 108). De terzake verstrekte uitkeringen van 226.500,- en 62.500,- worden ook bevestigd door het document genoemd in Bijlage X onder i, waarin met betrekking tot het werk J-Gebied is opgenomen: “*comb nbm-heijmans/koop (wettern/kws/ooms/hwz/teerbau/ballst/vermeer uitk. 1999 226500 + 62500+=totaal 289*”.
115. Op bladzijde 549 van de KT-administratie staat bij het werk Rijksweg A5, genoemd in randnummer 110, vermeld: “*Voorselectie: 3x 1^o Combi KWS/Koop/HBW/NBM/Vermeer. 2^o combi BNGW/Ballast Nedam Beton. 3^o combi= J Heijmans/Boka/Kon. Van Drunen*”.¹⁰² Daaronder staat vermeld: “*Afspraak*”. Uit de aanbestedingsinformatie, zoals opgenomen in Bijlage XI, blijkt dat de combinatie KWS/Koop/HBW/NBM/Vermeer als laagste heeft ingeschreven en het werk ook heeft gekregen. Hieruit leidt de d-g NMa af, dat de vermelding in de KT-administratie “*Voorselectie: 1^o combi KWS/Koop/HBW/NBM/Vermeer*” betekent dat deze vijf ondernemingen het recht hebben gekregen als laagste in te schrijven en daardoor het werk kregen toebedeeld. Uit de vermelding “*afpraak*” blijkt, in het licht van het bovenstaande, dat er een afspraak moet zijn gemaakt tussen de genoemde ondernemingen.
116. Uit het document genoemd in Bijlage X onder j, leidt de d-g NMa af, dat er een afspraak is gemaakt in het kader van de A5. In dat document staat immers vermeld: “*voorsel. Comb.kws/koop/hbw/nbm/vermeer afsp:kp vaststellen + 7% ak/winst delen door 9(= nh 8 + bosk*”. Uit dit citaat maakt de d-g NMa op, dat de afspraak eruit bestond dat de kostprijs zou worden vastgesteld, inclusief een percentage van 7% voor algemene kosten (AK). Voorts werd bepaald, dat de winst zou worden gedeeld door 9 ondernemingen, te weten de “*nh8+ bosk*”. Het is naar het oordeel van de d-g NMa, aannemelijk dat hiermee wordt bedoeld op de betrokken ondernemingen en Boskalis. Dat er in het kader van de A5 een afspraak is gemaakt, wordt tevens ondersteund door de verklaring van de heer Bos (zie randnummer 205).

¹⁰² *Ibid.*

117. Gelet op het bovenstaande, en gezien de desbetreffende stukken in samenhang met de overige stukken en verklaringen in het dossier, komt de d-g NMa tot de conclusie, dat uit de KT-administratie en onder meer de documenten, genoemd in Bijlage X onder i en j, blijkt dat de acht betrokken ondernemingen de uitvoering van de werken Noord-Oost Hoek, D-Pier, J-Gebied en A5 onderling hebben verdeeld. Voorts blijkt uit deze administratie, dat ingeval zich bij een aanbesteding ondernemingen aandienen, die geen deel uitmaken van de groep van de acht betrokken ondernemingen ('derden'), tussen de acht betrokken ondernemingen werd gesproken over het aanbieden van een op geld waardeerbare tegenprestatie aan deze 'derden' (zie randnummers 112 - 114). Het is naar het oordeel van de d-g NMa aannemelijk, dat dit geschiedde om te voorkomen dat deze derden lager zouden inschrijven dan één van de acht betrokken ondernemingen. Op deze wijze trachtten de betrokken ondernemingen kennelijk veilig te stellen, dat de gemaakte onderlinge afspraken over de toebedeling van werken niet zou worden verstoord.

2.4 Zeven overzichtsbladen (NBM)

118. Bij NBM Noord-West B.V. is door het KLPD een tweetal bladen op A-4 formaat en een vijftal bladen op A-3 formaat in beslag genomen. Deze zijn aangetroffen in een kast welke zich bevond in de kamer van de heer [XXX], werkzaam in de functie van adjunct-directeur van NMB. Gewaarmerkte kopieën van deze bladen heeft het KLPD bij brief van 16 juli 2002 aan de NMa ter beschikking gesteld.¹⁰³ In het vervolg van het besluit worden deze zeven bladen ook aangeduid als 'overzichtsbladen'.¹⁰⁴
119. Genoemde zeven overzichtsbladen betreffen overzichten van verschillende infrastructurele werken waarbij per werk onder meer worden vermeld de omzet(ten), de resultaten (marges), de (toekomstige) uitvoerders, alsmede bepaalde kosten (zie verder randnummers 123 tot en met 194).
120. De twee bladen op A-4 formaat (zie Bijlagen I en II) hebben als titel "*NH8 VERDELING GROTE WERKEN*" en bevatten grotendeels identieke overzichten.
121. De vijf bladen op A-3 formaat bestaan uit:
1. Een blad met als titel "*Staffel¹⁰⁵ grote werken*" (zie Bijlage III);
 2. Een blad zonder titel, maar met een indeling gelijk aan voornoemde "*Staffel grote werken*" (zie Bijlage IV);

¹⁰³ Documenten 2873/65, 2873/66, 2873/86 en 2873/87.

¹⁰⁴ Zie Bijlagen I-VII (en document 2873/66).

¹⁰⁵ *Supra* noot 57.

3. Een blad met als titel "*Staffel Schiphol 19.05.00.*" (zie Bijlage V);
 4. Een blad zonder titel, doch met bovenaan de kenmerken "*jwe*" en "*Page: 1*" vermeld en gedateerd op "*28-9-00 10:24.*" (zie Bijlage VI);
 5. Een blad zonder titel, doch met bovenaan de kenmerken "*jwe*" en "*page: 1*" vermeld en gedateerd op "*2-10-00 18:10*" en met onderschriften "*file: jwe grote werken*" en "*subject: schiphol 02.10.00.*" (zie Bijlage VII).
122. Hieronder wordt de inhoud van deze zeven overzichtsbladen beschreven.
- A. Twee overzichtsbladen op A-4 formaat getiteld "NH8 VERDELING GROTE WERKEN"*
123. De twee bladen op A-4 formaat (zie Bijlagen I en II) hebben als titel "*NH8 VERDELING GROTE WERKEN*" en bevatten beide een overzicht, ingedeeld in kolommen en rijen. De overzichten zijn grotendeels identiek. Onder beide overzichten staat vermeld: "*bijgewerkt per 31-8-1999*". Het overzicht van Bijlage I is hieronder weergegeven, inclusief de op het origineel aangebrachte grijze arcering.

NH8 VERDELING GROTE WERKEN

Bedragen x 1000	Totaal omzet	BNGW	Heymans	HWZ	Koop	KWS	NBM	Ooms	Vermeer	DERDEN
OMZET										
Te veel=+/te kort=-	1	1.308	2.093	563	1.189	4.405	1.593	2.063	4.405	
Rechten per bedrijf	Totaal:8=	68.533	68.533	68.533	68.533	68.533	68.533	68.533	68.533	
Omzet per bedrijf	548.264	67.225	66.440	67.970	67.344	72.938	66.940	66.470	72.938	
Omschrijving werken:										
19-02-98 N-O hoek	35.940			17.970				17.970		
29-05-98 D-pier	14.450	7.225			7.225					
24-08-98 Jgebied	11.880		5.940				5.940			
23-09-98 A5 zuid	150.000			30.000	30.000	30.000	30.000		30.000	BOKA/vO.ACZ
01-09-99 5P	100.000	25.000	25.000			25.000			25.000	
23-12-98 N22/Zuidtangent	10.500		8.000					2.500		BOKA/REBRU
18-01-99 B-pier	25.875					12.938			12.938	
21-01-99 E-pier	12.619				12.619					
11-05-99 Knoop N-22	17.000						8.500	8.500		BOKA 8.000
12-05-99 Zuidtangent Elzenhof	-									Teerbau 3.780
17-09-99 A10 west	40.000	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000	
08-10-99 asfalt T106	5.000			5.000						
08-10-99 Zuidt Hoofdd.-A4	10.000	10.000								
15-10-99 N22-zuid	20.000		10.000					10.000		BAM 10.000
Zuidt. 4+5+ vGHlaan	30.000	10.000		10.000			10.000			
Vuilstort Vijfhuizerweg	10.000	10.000								
Inpassingsmaatr. 5P	15.000							15.000		
H-pier ???? ¹⁰⁶										
Uitbreiding J gebied ¹⁰⁷	25.000		12.500		12.500					

¹⁰⁶ De vraagtekens zijn geciteerd uit het originele document.

¹⁰⁷ Dit werk, alsmede de genoemde bedragen daarachter, zijn in de door het KLPD aan de NMa verstrekte kopie doorgestreep.

Zuidtangent	15.000						7.500	7.500		
Haarlem										

Bijgewerkt per 31-8-1999

124. De – vanaf links – eerste van de in totaal elf kolommen heeft als omschrijving “*bedragen x 1000*”, de tweede heeft als omschrijving “*Totaal omzet*”. De volgende acht kolommen zijn gewijd aan de navolgende acht ondernemingen:

“*BNGW, Heymans, HWZ, Koop, KWS, NBM, Ooms, Vermeer.*”

125. Dit zijn dezelfde acht ondernemingen welke vermeld worden in de in Bijlage X besproken verslagen van vergaderingen en notities en in de KT-administratie (opgenomen in Bijlage IX). In de besproken verslagen van vergaderingen en notities worden deze acht ondernemingen eveneens aangeduid met de term “NH8”. In de KT-administratie worden de acht betrokken ondernemingen aangeduid onder de noemer “*Schiphol Acht*” (zie randnummer 98).
126. Voorts is er een kolom “*DERDEN*”. In de rijen van de kolom “*DERDEN*” worden de vermeldingen “*BOKA*”, “*vO.ACZ*”, “*Teerbau*”, “*BAM*” en “*REBRU*” gebruikt. Uit de onder meer door de aanbestedende diensten verstrekte informatie ten aanzien van de werken waarbij voornoemde derden worden vermeld (zie Bijlage XI), kan worden afgeleid dat het hier gaat om de volgende ondernemingen: Boskalis (BOKA), van Oord ACZ (vO.ACZ), Teerbau, BAM, Reef en Bruil (REBRU). Bij deze ondernemingen wordt een aantal keren een bedrag vermeld.
127. Het overzicht bestaat uit twee delen. In het onderste deel, na “*Omschrijving werken*”, staat een twintigtal werken vermeld, waarbij – bij het merendeel van de opgenomen werken – een datum staat vermeld. De vermelde data hebben betrekking op 1998 en 1999. De data welke staan vermeld bij de werken die gearceerd zijn weergegeven, liggen in tijd ná de datum van bijwerking van het document, die onderaan het document is aangebracht, namelijk “*31-8-1999*” (zie randnummer 123).
128. Per werk wordt, in de kolom met gelijklopende omschrijving, een “*Totaal omzet*” gegeven.¹⁰⁸ In de rijen van de verschillende werken, worden in de kolommen van de acht betrokken ondernemingen eveneens omzetten genoemd. Per werk verschilt de hoogte van de omzetten en eveneens is er verschil bij welke ondernemingen de omzetten worden genoemd. Voor alle werken geldt dat, indien men de omzetten die bij de ondernemingen staan vermeld in de rij van een bepaald werk bij elkaar optelt, dit resulteert in de omzet die

¹⁰⁸ Met uitzondering van de werken Zuidtangent Elzenhof en de H-pier.

in de kolom "*Totaal omzet*" achter een bepaald werk staat vermeld. De bedragen die per werk bij de ondernemingen staan vermeld, geven kennelijk een verdeling van de totaalomzet over de genoemde ondernemingen.

129. Ook voor de werken in het gearceerde gedeelte is een totaalomzet opgenomen, en worden omzetten bij één of meerdere van de acht betrokken ondernemingen vermeld. Al deze omzetten zijn "hele" bedragen, eindigend op een aantal nullen, in tegenstelling tot de omzetten in het niet-gearceerde deel.
130. In het bovenste gedeelte van het overzicht worden de waarden uit het onderste gedeelte gesommeerd. In de vijfde rij van het bovenste gedeelte staat, in de kolom "*Totaal omzet*" een bedrag van 548.264 vermeld. Dit bedrag kan verkregen worden door alle omzetten, welke in het onderste gedeelte in dezelfde kolom zijn vermeld bij de opgenomen werken, op te tellen.
131. De vierde rij vermeldt als omschrijving "*rechten per bedrijf*". Hierachter staat in kolom "*Totaal omzet*" de omschrijving "*totaal : 8 =*". In de daaropvolgende kolommen wordt, onder elk van de in randnummer 124 genoemde ondernemingen, een bedrag van 68.533 vermeld. Dit bedrag kan verkregen worden door het hiervoor genoemde totaal bedrag van 548.264 door 8 te delen. In de rij "*rechten per bedrijf*" wordt de totaalomzet van de opgenomen werken dus gelijkelijk verdeeld onder de acht betrokken ondernemingen.
132. De vijfde rij vermeldt als omschrijving "*Omzet per bedrijf*". In de daaropvolgende kolommen worden, onder de acht betrokken ondernemingen, verschillende bedragen genoemd. Deze bedragen kunnen worden verkregen door de bedragen, welke bij de acht betrokken ondernemingen staan vermeld bij de werken in het onderste deel van het overzicht, per onderneming op te tellen. In het bovenste deel van het werkblad worden kennelijk in de rij "*Omzet per bedrijf*" de omzetwaarden, genoemd per werk in het onderste deel, gesommeerd voor elk van de acht genoemde ondernemingen.
133. De derde rij vermeldt als omschrijving "*te veel = + te kort = -*". Hierachter wordt in de eerste kolom melding gemaakt van "*f*". Daarna volgen verschillende, positieve dan wel negatieve, bedragen in de kolommen van de in randnummer 124 genoemde ondernemingen. Indien het bedrag genoemd per onderneming in de rij "*rechten per bedrijf*" wordt afgetrokken van het bedrag genoemd per onderneming in de rij "*Omzet per bedrijf*", resulteert dit per onderneming in het bedrag genoemd in de derde rij ("*te veel = + / te kort = -*"). In de rij "*te veel = + te kort = -*" wordt kennelijk per onderneming het verschil weergegeven tussen het bedrag genoemd bij "*rechten per bedrijf*" en het bedrag genoemd bij "*Omzet per bedrijf*".

134. Het overzicht op blad II is grotendeels identiek aan het overzicht op blad I. De navolgende verschillen kunnen worden vermeld. De arcering, welke op blad I is aangebracht bij de werken die dateren van ná voornoemde datum van 31 augustus 1999, ontbreekt. Bij deze werken op blad II ontbreken ook de bedragen per bedrijf. Wel zijn op deze plaatsen enkele handgeschreven aantekeningen aangebracht. Zo is achter het werk "A10 west" bij elk van de acht genoemde ondernemingen het cijfer "5" aangebracht. Ook zijn achter een tweetal werken handmatig kruisjes weergegeven bij enkele van de acht genoemde ondernemingen. Dit betreft de werken "N2-zuid" (kruisjes bij Heijmans en Ooms) en het werk "Zuidt. 4+5-vHGHlaan" (kruisjes bij HWZ, NBM en Vermeer). Het werk "Zuidtangent Haarlem" wordt niet vermeld op blad II. De bedragen vermeld in de rij "omzet per bedrijf" corresponderen niet met de bedragen genoemd in dezelfde rij op blad I. Dit verschil ontstaat omdat, zoals gezegd, kan worden verklaard doordat op blad II geen bedragen zijn opgenomen bij de werken die dateren van ná 31 augustus 1999. Ten slotte verschilt het bedrag van "Totaal omzet" met het bedrag opgenomen op dezelfde plaats op blad I. Op blad I is, zoals gezegd, op die plaats een bedrag opgenomen van 548.264; op blad II staat hier een bedrag vermeld van 378.264. Dit bedrag wordt verkregen door de bedragen, welke bij de werken die dateren van vóór 31 augustus 1999 staan vermeld in de kolom "Totaal omzet", bij elkaar op te tellen.

B. Vijf overzichtsbladen op A-3 formaat

135. De vijf bladen op A-3 formaat zijn genummerd als Bijlagen III, IV, V, VI en VII. De bladen III, IV en V hebben grotendeels dezelfde indeling gelet op de tweedeling "Norm/Recht" en "Werkelijk", doch de inhoud van de bladen verschilt op enkele punten. Bij de omschrijving van de bladen zal zowel op de feitelijke inhoud als op de verschillen tussen de bladen ingegaan worden.

(i) Bladen III, IV en V

136. De bladen III, IV en V bevatten elk een tweetal tabellen. De bovenste tabel heeft steeds als aanduiding "Norm/Recht", de onderste tabel heeft steeds als aanduiding "Werkelijk". Blad III heeft verder als aanduidingen: bovenaan "Staffel grote werken" en onderaan "Pagina 1". Blad IV heeft als aanduiding onderaan "Pagina 1" en blad V heeft als aanduiding bovenaan "Staffel Schiphol 19.05.00". Deze laatste aanduiding heeft naar alle waarschijnlijkheid betrekking op de datum van bewerking en/of afdrukken. Blad V zal bij de bespreking hieronder als uitgangspunt dienen.

–Blad V

137. De tabel “*Norm/Recht*” en de tabel “*WERKELIJK*” bevatten, in kolom A, – van boven naar beneden –, dezelfde werken, namelijk:
- Noord-Oost hoek;
 - D-Pier;
 - J-Gebied;
 - B-Pier;
 - E-pier;
 - A5;
 - N22 Knoop;
 - N22 Zuidtangent;
 - A10 West;
 - Zuidtangent H’ dorp-Schip;
 - N22 zuid raambestek;
 - T 106 afbouw;
 - Heuven Goedhartlaan;
 - Inpassing 5^e baan;
 - Zuidtangent Haarlem;
 - 5 P.
138. De kolommen achter kolom A geven bijzonderheden per project. De kolommen zullen hieronder van links naar rechts worden besproken. In kolom B staat achter enkele van de genoemde werken een “*R*” vermeld. Dit zijn dezelfde werken welke op de bladen VI en VII zijn aangeduid als “*RAAMBESTEKKEN*”. In kolom C is een waarde genoemd die wordt aangeduid als “*ct+et*”. In kolom D wordt een waarde genoemd die wordt aangeduid als “*et*”. In kolom E wordt een waarde genoemd die wordt aangeduid als “*Totaal Omzet*”. De waarde aangeduid als “*Totaal Omzet*” is gelijk aan de waarde “*ct+et*” minus de waarde “*et*” en is dus op te vatten als een waarde “*ct*”.
139. In kolom F zijn per werk de namen genoemd van één of meerdere van de ondernemingen HWZ, KWS, NBM, Koop, Heijmans, Ooms, Vermeer en BNGW, met uitzondering van het werk Zuidtangent Haarlem, waarbij staat vermeld “*3en Rebru*”.
140. In kolom G, “*Omzet 3en*” staan bij de werken N22 Knoop, N22 zuidtangent, A10 West, N22 zuid raambestek, Heuven Goedhartlaan en Zuidtangent Haarlem bedragen genoemd. In de kolom H staan achter de in kolom G genoemde bedragen de volgende omschrijvingen: bij N22 Knoop: “*boka 1/3*”, bij N22 Zuidtangent: “*rebru + boka*”, bij A10 West: “*12p: 4/ 12*”, bij N22 zuid raambestek: “*25% bam*”, bij Van Heuven Goedhartlaan: “*bam*” en bij

Zuidtangent Haarlem: “100% rebru”. In kolom H staan dus de derden genoemd, zijnde andere ondernemingen dan de acht betrokken ondernemingen en in kolom G staat het deel van de omzet dat bij deze derde-onderneming(en) hoort.

141. In kolom I staat een waarde die is omschreven als “Marge”. In kolom J “M in % net. omz.”, staan bij de verschillende werken percentages vermeld welke men verkrijgt indien het bedrag, per werk genoemd onder “Marge”, als percentage wordt genomen van het bedrag, dat vermeld wordt in kolom AK onder “Totaal Omzet”. In de kolommen K en L staat respectievelijk als omschrijving vermeld: “X omz.” en “X Mar”. In deze kolommen wordt bij elk werk het cijfer “8” vermeld.
142. Vanaf kolom M is er voor elk van de acht betrokken ondernemingen een kolom “Omzet” en een kolom “Marge”. In de tabel “Norm/Recht” worden de “Totaal Omzet”, zoals vermeld in kolom AK, en de totale “Marge”, zoals genoemd in kolom I, gelijkelijk over de acht ondernemingen verdeeld. Bij het eerstgenoemde werk bijvoorbeeld, “Noord-Oost Hoek”, staat bij elk van de acht ondernemingen onder “Omzet” een bedrag vermeld van 4.493 en bij “Marge” een bedrag van 666. Bij het genoemde werk Noord-Oost Hoek is het bedrag 4.493 het resultaat van de rekensom 35.940 (“Totaal Omzet”) : 8. In rij 38 worden de verschillende bedragen genoemd onder “Omzet” en “Marge” per onderneming opgeteld onder de aanduiding “Totaal generaal”. Omdat de bedragen onder “Omzet” en “Marge” per onderneming en per werk gelijk zijn, zijn de totaalbedragen per onderneming ook gelijk, te weten 65.346 (omzet) en 6.562 (marge).
143. In de kolom AK “Totaal Omzet” wordt per werk een totaalbedrag gegeven gelijk aan de “Totaal Omzet” in kolom E. Indien in kolom G “Omzet 3er” een bedrag is opgenomen, wordt het bedrag genoemd in kolom AK verminderd met het bedrag genoemd in kolom G. In rij 38 is het “Totaal generaal” van kolom AK weergegeven, zijnde een bedrag van 522.764. Daaronder staat een bedrag weergegeven van 60.561 onder vermelding van “omzet aan derden buiten NH8”. Voorts staat in dezelfde rij in kolom E, met als titel “Totaal Omzet”, het bedrag 583.325.
144. De onderste tabel draagt als naam “WERKELIJK”. De indeling in kolommen en rijen is identiek aan de bovenste tabel. Wat verschilt ten opzichte van de bovenste tabel, zijn de ingevulde bedragen per werk per onderneming. Per werk worden slechts bedragen genoemd bij die ondernemingen, welke bij dat betreffende werk staan vermeld in kolom F voor zover dit één van de acht betrokken ondernemingen betreft. Bij het genoemde werk Noord-Oost Hoek zijn dit bijvoorbeeld HWZ en Ooms. Slechts in de kolommen van deze twee ondernemingen verschijnt bij dit werk een bedrag onder “Omzet” en “Marge”. Dit bedrag is bij genoemde ondernemingen in het voorbeeld hetzelfde, namelijk 17.970 (omzet) en 2.663 (marge). Het bedrag aan omzet wordt verkregen door het bedrag,

genoemd bij het werk Noord-Oost Hoek onder "*Totaal Omzet*" (35.940) te delen door 2. Zo gaat dit bij ieder werk. Bij het werk A5 bijvoorbeeld staat als "*Totaal Omzet*" een bedrag van 150.000 vermeld en staan in kolom F de volgende vijf ondernemingen genoteerd: KWS, HWZ, NBM, Koop en Vermeer. In de kolommen van deze ondernemingen staat onder "*Omzet*" bij het werk A5 een bedrag van 30.000 (zijnde 150.000:5). Bij de overige drie ondernemingen (BNGW, Heijmans en Ooms) staat geen bedrag ingevuld. Voor de bedragen genoemd onder "*Marge*" geldt dezelfde systematiek.

145. In rij 77, "*Totaal generaal*", wordt bij elk van de acht betrokken ondernemingen een totaalbedrag genoemd aan "*Omzet*" en "*Marge*". In kolom AK is in rij 78 een bedrag opgenomen van -60.561 onder vermelding van "*omzet aan derden buiten NH8*". Dit bedrag kan worden verkregen door de bedragen genoemd in kolom G, "*Omzet 3en*" bij elkaar op te tellen.
146. In de rijen 80, 81 en 82 worden gegevens uit rij 38 (bovenste tabel) en rij 77 (onderste tabel) samengevoegd. Per onderneming wordt in de kolommen "*Omzet*" en "*Marge*" een bedrag genoemd. Deze bedragen kunnen worden verkregen door per onderneming het "*totaal generaal*" van de tabel "*Werkelijk*" (onderste tabel, rij 77) af te trekken van het "*Totaal generaal*" van de tabel "*Norm/Recht*" (bovenste tabel, rij 38). Hierdoor ontstaat per onderneming een positief dan wel negatief bedrag zoals vermeld in rij 81. Hetzelfde geldt voor de bedragen genoemd onder "*Marge*". In rij 82 is dit door middel van percentages weergegeven. Daarbij is het bedrag onder "*WERKELIJK*" kennelijk berekend als percentage van het bedrag onder "*Norm/Recht*". Bij sommige ondernemingen resulteert dit in een percentage van meer dan 100%; bij andere in een percentage van minder dan 100%. Ter illustratie een voorbeeld ten aanzien van HWZ: indien van het bedrag vermeld in rij 38, kolom M (65.346), het bedrag vermeld in rij 77, kolom M (57.696), wordt afgetrokken, resulteert dat in het bedrag genoemd in rij 81, kolom M (7.650). Vervolgens wordt het bedrag vermeld in rij 77, kolom M (57.696), gedeeld door het bedrag vermeld in rij 38, kolom M (65.346), en vermenigvuldigd met 100%, waardoor er een percentage gekregen wordt zoals vermeld in rij 82, kolom M (88,3%).

–Bladen III en IV

147. Bladen III en IV lijken qua opzet in grote mate op de hierboven beschreven blad V. Ook hier is sprake van tabellen getiteld "*Norm/recht*" en "*Werkelijk*", waarin kolommen zijn gewijd aan dezelfde acht ondernemingen. De werken die hierin worden genoemd komen overeen met die genoemd op blad V, met dien verstande dat het werk A5 op de bladen III

en IV staat vermeld onder de naam "*Westrandweg*",¹⁰⁹ alsmede dat het werk "Zuidtangent H'dorp-Schip" op blad III staat aangeduid als "*Zuidtangent fase 1 en 2*" en op bladen IV als "*Zuidtangent Hoofddorp-Schiphol*". Op blad IV staat voorts het werk "Zuidtangent Haarlem" vermeld; dit werk wordt niet op de bladen III en V genoemd. Voorts wordt voor de systematiek verwezen naar hetgeen hiervoor is opgemerkt ten aanzien van blad V.

148. In de bladen III en IV is in tegenstelling tot blad V een "*Subtotaal in uitvoering*" berekend. Ook wordt per werk melding gemaakt van de "*status*". Onder deze kop wordt bij werken vermeld hetzij "*in uitvoering*", hetzij "*pm*", hetzij niets. Bij de projecten boven "*Subtotaal in uitvoering*" is hier vermeld "*in uitvoering*".
149. Wat opvalt zijn de bedragen die in de tabellen op de bladen III en IV zijn ingevuld bij de werken vanaf het werk E-pier. Het betreft de werken waarbij de vermelding "*in uitvoering*" ontbreekt. Deze bedragen betreffen bedragen uitgedrukt in hele miljoenen (guldens) in tegenstelling tot de bedragen welke in de tabellen in blad V bij deze werken zijn opgenomen en in tegenstelling tot de bedragen die in de tabellen op de bladen III en IV bij de overige werken zijn opgenomen. Dit geldt zowel voor de bedragen bij "*Omzet*" als bij "*Marge*". Voor deze bedragen geldt overigens dat het bedrag genoemd onder "*Marge*" bij ieder werk telkens 10% is van het bedrag genoemd bij "*Omzet*" bij ditzelfde werk.
150. Aan de rechterkant naast de tabellen staan op de bladen III en IV nog diverse opmerkingen vermeld. Deze zijn op blad III: bij N22 knoop "*NLG 8.000.000.00 omzet Boskalis*"; bij N22 Zuidtangent "*NLG 11.500.000.00 omzet Reebru*"; bij N22 zuid raambestek "*NLG 7.500.000.00 omzet BAM*". Deze zijn op blad IV: bij het werk N22 knoop: "*5000 omzet Boskalis*", bij het werk N22 Zuidtangent: "*8000 omzet Reebru 4500 omzet Boka*", bij het werk A10 West: "*omzet over 12 partijen*", bij het werk N22 zuid raambestek: "*7500 omzet BAM*" en bij het werk Zuidtangent Haarlem: "*7500 omzet reebru*".
151. Onder aan de bladen III en IV worden per onderneming, vergelijkbaar met blad V, de gegevens uit de tabellen "*Norm/Recht*" en "*Werkelijk*" samengevoegd. Per onderneming wordt het "*Totaal generaal*" van de tabel "*Norm/Recht*" afgetrokken van het "*Totaal generaal*" van de tabel "*Werkelijk*". Dit resulteert per onderneming in een positief, dan wel negatief bedrag. De positieve dan wel negatieve resultaten zijn opgenomen onder de rij "*Tenivelleren totaal*". Tenslotte is op blad IV een bedrag opgenomen van 45.833, onder vermelding van "*omzet aan 3en buiten NH8/nog niet verdeeld*".

¹⁰⁹ Het werk A5 Zuid betreft het aanleggen van het werk A5, de verlengde Westrandweg. Dit blijkt uit de aanbestedingsinformatie in Bijlage XI.

152. Voorts staat op blad III de handgeschreven notitie “nog te publiceren: werk Zd tangent H’meer- H’Iem wegenbestek inkl één K.W. ± 15 miljoen!”.

(ii) Bladen VI en VII

153. Deze twee grotendeels identieke bladen hebben als kenmerk links bovenaan “jwe”. Op blad VI word rechts bovenaan vermeld: “28-9-00 10:24”. Blad VII vermeldt rechts bovenaan: “2-10-00 18.10”. Deze aanduidingen hebben naar alle waarschijnlijkheid betrekking op datum en tijdstip van bewerking en/of afdrukken. Onderaan blad VII staan verder de vermeldingen “file: jwe grote werken” en “subject: schiphol 02 10.00”. Op blad VI staan meerdere handgeschreven aantekeningen. Onder andere is erop te lezen: “BAM hoeft niet te betalen”, “aansluiting HSL”, “N22 H’Iem: Reef-Bruil 20 milj.” en - bij het werk J-Gebied - “62.500 v. Weteren”. Blad VII zal hieronder als uitgangspunt van de beschrijving dienen.

154. In de kolommen, die lopen van kolom A tot en met kolom W, wordt een vijftiental van de in de hierboven beschreven bladen genoemde werken vermeld. Elk werk beslaat twee kolommen met daarin ongeveer 40 rijen. Het blad bevat een tweedeling in de vermelding van de werken. De bovenste helft van het blad (rijen 0 tot en met 40) vermeldt de navolgende negen werken:

Noord-Oost Hoek;
D-Pier;
J-Gebied;
B-pier;
E-pier;
T106;
Zuidtangent;
inpassing 5P;
5P.

155. De onderste helft van het blad vermeldt de navolgende zes werken, in rij 43 van kolom A als “RAAMBESTEKKEN” aangeduid:

A5 Zuid;
N22 Knoop;
N22 Zuidtangent;
A10 West;
N22-zuid;

Heuven Goedhartlaan.

156. Aan de rechterkant van blad VII en onder de opsomming van de genoemde werken worden kentallen van deze werken gesommeerd en worden er berekeningen mee uitgevoerd. De kentallen en kenmerken die per werk worden gegeven, zijn per werk verdeeld over twee kolommen. Voor de negen werken genoemd in de bovenste helft geldt dat onder elk van deze werken, in rij 2, de naam of namen van één of meerdere van de acht eerder genoemde ondernemingen worden vermeld: BNGW, HWZ, Vermeer, KWS, Heijmans, NBM, Koop en Ooms. Daaronder staat per werk een datum vermeld.
157. Van de eerste negen projecten worden voorts de volgende kentallen en kenmerken genoemd. Na de aanduiding van het betreffende werk (rij 1), namen van één of meerdere van de acht betrokken ondernemingen (rij 2) en een datum (rij 3) worden de “*aanneemsom*” (rij 7) genoemd en de “*totale kosten*” (rij 18). De aanneemsom bestaat bij alle negen werken in elk geval uit een “*CT bestek*” (rij 5) en bij enkele tevens uit een “*ET bestek*” (rij 6). De totale kosten zijn opgebouwd uit een aantal kostenposten (rijen 9 tot en met 17), waaronder “*garantiedijfer CT*” en een aantal posten met daarachter de naam van een onderneming, welke niet tot de betrokken ondernemingen behoort. De volgende ondernemingen, anders dan de betrokken ondernemingen, worden vermeld: bij het werk Noord-Oost Hoek: “*stork*” (met vermelding “*ET*”), “*possehl*”, “*hochtief*” en “*vd wetteren*”, bij het werk D-Pier: “*Stork*” (met vermelding “*ET*”), “*hochtief*”, “*vd wetteren*” en “*teerbau*”, bij het werk J-Gebied: “*teerbau*” en “*vd wetteren*”, bij het werk B-pier: “*hochtief*”, bij het werk E-pier: “*cobeton*” en “*vd wetteren*”, bij het werk T106: “*v gelder*” en “*reef-bruil*”, bij het werk Zuidtangent: “*bruil-reef-bam*”, “*teerbau*”, “*markus-boka*”, “*hochtief*” en “*vd wetteren*”, bij het werk Inpassing 5P: “*h'man + h'birk*”, “*teerbau*”, “*nelis-de ruitter*” en “*bam-verhoef*” en bij het werk 5P: “*besix*”, “*hochtief*”, “*boka*”, “*vd wetteren*” en “*teerbau*”.
158. De bedragen genoemd naast “*aanneemsom*” (rij 7) bij elk van de werken worden horizontaal bij elkaar opgeteld in rij 7, kolom T. Een dergelijke optelsom heeft niet plaatsgevonden in Bijlage VI.
159. Indien het bedrag van rij 18, “*totale kosten*” wordt afgetrokken van het bedrag in rij 7, “*aanneemsom*”, dan resulteert dit in het bedrag dat staat vermeld in rij 20 bij “*RESULTAAT*”. Indien men de bedragen die bij de verschillende werken staan vermeld in de rij “*RESULTAAT*” horizontaal bij elkaar optelt, resulteert dit in het bedrag genoemd in dezelfde rij, kolom T (27.746.000).
160. Rij 21 heeft als titel “*aantal deelnemers*”. Onder elk werk wordt in deze rij het getal “*8*” vermeld. Rij 22 heeft als titel “*RESULTAAT per deelnemer*”. Het bedrag dat per werk staat genoemd bij “*RESULTAAT per deelnemer*” kan worden verkregen door per werk het bedrag

onder “*RESULTAAT*” (rij 20) te delen door het “*aantal deelnemers*”, zijnde 8. Onder elk werk wordt hieronder een verschillend bedrag genoemd. Indien de bedragen genoemd bij alle werken in de rij “*RESULTAAT per deelnemer*” (rij 22) bij elkaar worden opgeteld, resulteert dit in het bedrag dat staat vermeld in dezelfde rij, kolom T.

161. Rij 24 heeft als titel “*R % netto omzet NH8*”. Onder elk werk wordt in deze rij een verschillend percentage genoemd. Indien men per werk het bedrag genoemd in rij 20 met als opschrift “*RESULTAAT*”, neemt als percentage van het bedrag genoemd bij “*aanneemsom*”, resulteert dit per werk in het genoemde percentage in de rij getiteld “*R % netto omzet NH8*”. Indien het gemiddelde van deze percentages wordt genomen, resulteert dit in het percentage zoals genoemd in dezelfde rij, in kolom T, met daarachter in kolom U de vermelding “*R gem. %*.”
162. Rij 26 geeft de “*ASFALT hoeveelheden*” per werk. Indien deze hoeveelheden bij elkaar worden opgeteld, resulteert dit in het getal zoals genoemd in dezelfde rij, kolom T, met daarachter in kolom U de vermelding “*ton asfalt*”.
163. Vanaf rij 30 wordt per werk het “*RESULTAAT*” van rij 20 verdeeld over de acht genoemde ondernemingen “*nbm, kws, bngw, vermeer, hwz, koop, heijmans, ooms*”. Bij de ondernemingen die niet bij het betreffende werk in rij 2 (overgenomen in rij 29) staan genoemd, is een negatieve waarde opgenomen gelijk aan het “*RESULTAAT per deelnemer*” (zie rij 22). Bij de ondernemingen die wel in rij 2 bij het betreffende werk staan genoemd, is een waarde opgenomen gelijk aan het “*RESULTAAT*” (rij 20), gedeeld door het aantal genoemde ondernemingen in rij 2. Het aantal genoemde ondernemingen in rij 2 staat per werk eveneens vermeld in rij 39, getiteld “*aantal werkers*”. Dus als bij een werk bovenaan twee ondernemingen staan vermeld, staat er bij dat betreffende werk in de rij “*aantal werkers*” het getal “2”. In rij 40, tenslotte, wordt per werk opnieuw een bedrag vermeld.
164. De kolommen T, U, V en W laten zich, ter hoogte van de rijen 20 tot en met 38, als volgt weergeven:

rij	A	B t/m S (niet weergegeven)	T	U	V	W
20	RESULTAAT		27.746.000			
21	Aantal deelnemers		8			
22	RESULTAAT per deelnemer		3.468.250			
23						
24	R% netto omzet NH8		10,07%	Rgem %		
25						
26	ASFALT hoeveelheden		380.500	Ton asfalt		
27						
28						
29	Resultaat		Rechten		Totaal+	
30	Nbm		3.468.250	Nbm	875.000	2.592.750
31	Kws		3.468.250	Kws	5.195.500	1.727.250-
32	Bngw		3.468.250	Bngw	4.790.000	1.321.750-
33	Vermeer		3.468.250	Vermeer	4.579.500	1.111.250-
34	Hwz		3.468.250	Hwz	2.663.000	805.250
35	Koop		3.468.250	Koop	2.522.500	945.750
36	Heijmans		3.468.250	Heijmans	3.683.000	214.750-
37	Ooms		3.468.250	Ooms	3.437.000	31.250
38			27.746.000		27.746.000	

165. Indien alle bedragen genoemd in rij 20 ("**RESULTAAT**") horizontaal bij elkaar worden opgeteld, geeft dat het totaalbedrag zoals genoemd in kolom T van deze rij. Dit bedrag gedeeld door het getal "8", zoals vermeld in kolom T van rij 21, resulteert in het bedrag genoemd in kolom T van rij 22, 3.468.250, zijnde de gecumuleerde bedragen in de rij getiteld "**RESULTAAT per deelnemer**". Dit bedrag ad 3.468.250 wordt eveneens vermeld bij elk van de acht genoemde ondernemingen in kolom T, in de rijen 30 tot en met 37 onder "**rechten**". De bedragen genoemd in de rijen 30 tot en met 37 van kolom V, "**totaal +**", kunnen worden verkregen door de eventuele positieve bedragen, welke per onderneming (in de rijen 30 tot en met 37) staan genoemd bij de verschillende werken, per onderneming op te tellen. Voor de onderneming die als tweede wordt genoemd, bijvoorbeeld KWS, wordt het bedrag 5.195.000 verkregen door de positieve bedragen die bij KWS in rij 31 staan vermeld bij de verschillende werken, zijnde 1.772.000, 616.000 en 2.807.500, op te tellen.

Versie website

166. In de uiterst rechtse kolom W staat per onderneming de uitkomst van “*rechten*” minus “*totaal +*”.
167. De onderste helft van het blad (rijen 43 tot en met 79), met de vermelding “*RAAMBESTEKKEN*”, heeft een bijna identieke indeling. De volgende werken worden genoemd: “*A5 Zuid*”, “*N22 Knoop*”, “*N22 Zuidtangent*”, “*A10 West*”, “*N22 zuid*” en “*Heuven Goedhartlaan*”. De onderste helft kan schematisch als volgt worden weergegeven:

Rij	A	B t/m M (niet weergegeven)	N	O	P	Q
43	RAAMBESTEKKEN					
46	Aanneemsom:					
47	Totaal aanneemsom		282.413.000	Omzet totaal		
48	Omzet 3en		40.578.000	Omzet 3en		
50	Netto omzet NH8		241.835.000	Omzet NH8		
...						
52	Totale kosten					
...						
61	R% netto omzet NH8		24.183.500			
62	Aantal deelnemers		8			
63	RESULTAAT per deelnemer		3.022.938			
64						
65	ASFALT hoeveelheden		535.600	Ton asfalt		
...						
68	Resultaat		Rechten		Totaal+	
69	Nbm		3.022.938	Nbm	4.711.705	1.688.768-
70	Kws		3.022.938	Kws	3.538.680	515.743-
71	Bngw		3.022.938	Bngw	635.875	2.387.063
72	Vermeer		3.022.938	Vermeer	4.174.555	1.151.618-
73	Hwz		3.022.938	Hwz	4.174.555	1.151.618-
74	Koop		3.022.938	Koop	4.162.780	1.139.843-
75	Heijmans		3.022.938	Heijmans	1.124.100	1.898.838
76	Ooms		3.022.938	Ooms	1.661.250	1.361.688
77			24.183.500		24.183.500	-
78	Aantal werkers					

168. In rij 47 onder kolom N staat een bedrag vermeld, met daarachter, in kolom O, de vermelding “*omzet totaal*”. Het bedrag dat hier is vermeld, correspondeert met het bedrag dat men verkrijgt indien men alle bedragen welke per werk worden vermeld in rij 47 met als titel “*totaal aanneemsom*” (in de kolommen B tot en met M), bij elkaar optelt.
169. Van de laatste zes projecten worden de volgende kentallen en kenmerken genoemd. Na de aanduiding van het werk (rij 43) en de namen van één of meer van de betrokken ondernemingen (rij 44) worden de “*netto omzet NH8*” (rij 50) en de totale kosten (rij 57) genoemd. De “*netto omzet NH8*” kan worden verkregen door van de “*totaal aanneemsom*” (rij 47) de “*omzet 3en*” (rij 48) af te trekken. In rij 50 van kolom N is de totale “*netto omzet NH8*” voor de zes betreffende werken gezamenlijk weergegeven.
170. Achter “*omzet 3en*” staat per werk, met uitzondering van werk A5 Zuid, een bedrag genoemd met daarachter de vermelding van een aantal namen. De volgende vermeldingen komen voor: bij werk N22 Knoop: “*boka: 1/3*”, bij werk N22 Zuidtangent: “*rebru*”, bij werk A10 West: “*12p: 4/12*”, bij N22 Zuid: “*bam 1/4*” en bij werk Heuven Goedhartlaan: “*bam!!*”. Indien men de bedragen genoemd in rij 48, in de kolommen B tot en met M, bij elkaar optelt, resulteert dit in het bedrag genoemd in kolom N, met daarachter, in kolom O, de vermelding “*omzet 3en.*”
171. De “*totale kosten*” (rij 57) kunnen verkregen worden door de bedragen per werk genoemd in de rijen 52 tot en met 56 bij elkaar op te tellen. Slechts bij de werken N22 Knoop, N22 zuid en Van Heuven Goedhartlaan staan in deze rijen bedragen vermeld. Achter deze bedragen staan bij de werken N22 Knoop en Van Heuven Goedhartlaan namen genoemd van de volgende ondernemingen. Bij N22 Knoop: “*v gelder*”, “*havekort*”, “*vbk*”, “*hegeman*” en “*teerbau*”, bij Van Heuven Goedhartlaan: “*bam-bruil-reef*” en “*Boka*”. Indien de “*totale kosten*” worden afgetrokken van het bedrag genoemd in rij 50 “*netto omzet NH8*”, levert dat het bedrag op genoemd in rij 59.
172. In rij 61, getiteld “*R% netto omzet NH8*”, is per werk telkens een bedrag opgenomen zijnde 10% van het bedrag per werk genoemd in rij 50 “*netto omzet NH8*”. Indien het bedrag dat in rij 61 wordt genoemd, gedeeld wordt door het getal “*8*” zoals genoemd in rij 62, met als titel “*aantal deelnemers*”, resulteert dit in het getal dat vermeld staat in rij 63 met de titel “*RESULTAAT per deelnemer*”.
173. Vanaf rij 68 wordt het resultaat van rij 61 verdeeld over de acht betrokken ondernemingen. Bij de ondernemingen die niet bij het betreffende werk in rij 44 (overgenomen in rij 68) staan genoemd is een waarde opgenomen gelijk aan het negatieve bedrag genoemd bij “*RESULTAAT per deelnemer*” (rij 63). Deze waarde staat ook in rij 79. Bij de ondernemingen die wel bij het werk in rij 44 staan genoemd, is een waarde opgenomen gelijk aan het

bedrag genoemd in rij 61 (“*R% netto omzet NH8*”) gedeeld door het aantal in rij 44 genoemde ondernemingen. Dit aantal ondernemingen staat vermeld in rij 78, getiteld “*aantal werkers*”.

174. Ook in de onderste helft is – aan de rechterzijde van de genoemde werken – een kolom “*rechten*” en een kolom “*totaal +*” opgenomen, waarin bedragen staan vermeld achter de namen van de acht betrokken ondernemingen. De systematiek is identiek aan de systematiek van de bovenste helft, welke hiervóór reeds is beschreven. De bedragen genoemd in kolom Q, in de rijen 69 tot en met 76, kunnen worden verkregen door de bedragen genoemd per onderneming in de kolommen N en P, onder “*rechten*” respectievelijk “*totaal +*”, van elkaar af te trekken.

Rij	R	S	T	U	V	W
49	Omzet	241.835.000	271.174.000	NH8	513.009.000	
50				3en <100%	40.578.000	40.578.000
51				ReBru 100%	19.983.000	19.983.000
52					573.570.000	60.561.000
...						
...						
61	Resultaat	24.183.500	27.746.000	NH8	51.929.500	
...						
65	Asfalt	535.600	380.500	NH8	915.100	
...						
68	→	raambestek	Std. Bestek		Totaal	
69	(nbm)	1.688.768-	2.592.750	Nbm	903.983	
70	(kws)	515.743-	1.727.250-	Kws	2.242.993-	
71	(bngw)	2.387.063	1.321.750-	Bngw	1.065.313	
72	(vermeer)	1.151.618-	1.111.250-	Vermeer	2.262.868-	
73	(hwz)	1.151.618-	805.250	Hwz	346.368-	
74	(koop)	1.139.843-	945.750	Koop	194.093-	
75	(heijmans)	1.898.838	214.750-	Heijmans	1.684.088	
76	(ooms)	1.361.688	31.250	Ooms	1.392.938	
77		-	-		-	

175. In rij 49, kolom R, staat de vermelding “*omzet*”. Daarachter staan de totale omzetten van respectievelijk de laatste zes werken tezamen, de eerste negen werken tezamen en de totale omzet van de 15 werken tezamen (onder vermelding van “*NH8*”). Indien men de bedragen genoemd in kolom V naast “*3en < 100%*” en “*ReBru 100%*” optelt bij het bedrag

“NH8”, dan resulteert dit in het totaalbedrag in kolom V, rij 52, 573.570.000.

176. De waarde 51.929.500, genoemd in kolom V, rij 61, is de optelsom van de totaalbedragen onder de noemer “*resultaat*” in de bovenste helft zoals vermeld in rijen 20 en 61, kolom T (27.746.000) en onderste helft zoals vermeld in rij 61, kolom S (24.183.500). Ook voor de hoeveelheden asfalt, genoemd in kolom V, rij 65 (916.100 ton), geldt dat dit cijfer een optelling is van de totaalhoeveelheden in de bovenste helft (380.500 ton) en de onderste helft (535.600 ton).
177. Uiterst rechts, onderaan, worden de verschillen tussen de kolommen “*rechten*” en “*totaal+*” overgenomen voor respectievelijk de laatste zes werken (onder het kopje “*raambestek*” in rij 68, kolom S) en de eerste negen werken (onder het kopje “*std. Bestek*” in rij 68, kolom T) en worden deze tenslotte gesommeerd (onder het kopje “*totaal*” in rij 68, kolom V). Deze laatste waarden geven voor alle werken gesommeerd per onderneming het verschil weer tussen de gelijkelijk onder de acht betrokken ondernemingen verdeelde “*rechten*” en de verdeling van het resultaat over de ondernemingen die bij de werken bovenaan genoemd zijn.
178. Voorts staat op blad VII de handgeschreven notitie “[*XXX*] uitkeringen”.¹¹⁰

C. Twee overzichtsbladen (Vermeer)

179. Tijdens de in randnummer 12 genoemde bedrijfsbezoeken van september 2002 zijn de in randnummers 123 e.v. besproken overzichtsbladen II en III,¹¹¹ eveneens aangetroffen in de aktetas van de heer [*XXX*], directeur van Dura Vermeer Infra B.V., de moedermaatschappij van Vermeer. De bij [*XXX*] aangetroffen documenten¹¹² zijn, zoals gezegd, identiek aan de bladen II en III. Er zijn echter andere handgeschreven notities op aangebracht. Het betreft de volgende notities: in de rij van het werk asfalt T106 is handgeschreven de volgende naam aangebracht: “*HWZ*”; in de rij van het werk Zuidt. Hoofdd.-A4 is handgeschreven de volgende naam aangebracht: “*Ballast*”; in de rij van het werk N22-zuid zijn handgeschreven de volgende namen aangebracht: “*Bam, Ooms, Heijmans en Ballast*”; in de rij van het werk Zuidt. 4+5+vHGHlaan zijn handgeschreven de volgende namen aangebracht: “*NBM en Vermeer*”.

¹¹⁰ De heer [*XXX*] was ten tijde van het bedrijfsbezoek werkzaam in de functie van directeur grote projecten van Vermeer. Voorheen was de heer [*XXX*] rayon-directeur van Vermeer Infrastructuur.

¹¹¹ Zie document 2873/66.

¹¹² Documenten met kenmerk 02873/25 0670040 105, -106 en -107.

D. Conclusie t.a.v. de overzichtsbladen

180. De zeven overzichtsbladen, welke in de Bijlagen I tot en met VII zijn opgenomen en zijn besproken in randnummers 118 tot en met 179, betreffen overzichten van verschillende infrastructurele werken waarbij per werk onder meer wordt vermeld de omzet(ten), de resultaten(marges), de (toekomstige) uitvoerders, alsmede bepaalde kosten. Alle werken die in de hierboven besproken verslagen en notities (zie hiervóór randnummer 50 e.v.) aan de orde zijn geweest, zijn opgenomen in de zeven overzichtsbladen.
181. Op de zeven verschillende overzichtsbladen worden telkens de volgende acht ondernemingen vermeld: BNGW, Heijmans, HWZ, Koop, KWS, NBM, Ooms en Vermeer. Bovenaan blad I en blad II staat vermeld: “*NH8 VERDELING GROTE WERKEN*”. Ook op de bladen IV, V, VI en VII komt de term “*NH8*” voor in relatie tot de genoemde acht ondernemingen. Het is naar het oordeel van de d-g NMa aannemelijk, dat met “*NH8*” wordt bedoeld op de genoemde acht ondernemingen. Deze zienswijze wordt bevestigd door de heer Bos, die heeft verklaard dat ‘*NH8*’ staat voor “Noord-Holland 8” en die voornoemde acht ondernemingen noemde als deelnemers aan de “*NH8*” (zie randnummer 97). Deze gedachte vindt ook steun in diverse verslagen van vergaderingen en notities, waarin met betrekking tot de in de zeven overzichtsbladen genoemde werken wordt gerefereerd aan de acht betrokken ondernemingen.
182. Zoals gezegd in randnummer 179 zijn de bladen II en III van de zeven overzichtsbladen, behalve bij NBM, eveneens aangetroffen bij Vermeer. Deze bladen werden door de heer [XXX], directeur van Dura Vermeer Infra B.V. (voorheen directeur van Vermeer Infrastructuur B.V.), sinds 29 december 2000 moedermaatschappij van Vermeer Infrastructuur B.V., in zijn aktetas gehouden. Tevens blijkt uit het document in Bijlage X, onder q, dat de heer [XXX] – destijds directeur van HWZ en thans directeur van HBG Civiel West-Noord –, op 25 augustus 1999 heeft gewerkt met, althans in zijn (digitale) administratie hield, een (digitaal) document getiteld “*NH8 VERDELING GROTE WERKEN.met totaal.XLS*”.¹¹³ De bladen I en II van de zeven overzichtsbladen dragen dezelfde titel, en zijn blijkens het onderschrift van deze twee bladen “bijgewerkt” enkele dagen ná de datum waarop de heer [XXX] een document met dezelfde naam heeft geopend dan wel bijgewerkt, namelijk op 31 augustus 1999. Bovenstaande duidt op bekendheid van (delen van de) de zeven overzichtsbladen bij (vertegenwoordigers van) Dura Vermeer en HWZ. Uit de randnummers 85 en 86 bleek ook al de bekendheid met de zeven overzichtsbladen bij (in elk geval) NBM en Ballast Nedam.

¹¹³ Uit document 2873/ 135 (opgenomen in Bijlage X, onder q) blijkt – uit de vermelding A:\ –, dat het document zich bevond op een diskette.

183. Uit de zeven overzichtsbladen leidt de d-g NMa af, dat de daarin genoemde werken tussen de betrokken ondernemingen zijn verdeeld, met als onderliggend uitgangspunt dat omzetten en marges ten aanzien van deze werken stelselmatig en ponds-pondsgewijs tussen de acht betrokken ondernemingen zouden worden verdeeld. In de navolgende randnummers wordt dit toegelicht.
184. Op de bladen I en II (zie Bijlagen I en II) wordt gesproken over “*rechten per bedrijf*” en “*Omzet per bedrijf*” in combinatie met de term: “*totaal: 8=*”. Rij 4 van de tabel op blad I is getiteld “*rechten per bedrijf*” (opgenomen in de kolom getiteld “*OMZET*”). In deze rij staat in de kolommen die zijn gewijd aan de ondernemingen BNGW, KWS, HWZ, Vermeer, NBM, Heijmans, Koop en Ooms hetzelfde bedrag vermeld, welk bedrag gelijk is aan de totale cumulatieve omzet van de in de tabel opgenomen werken, gedeeld door 8. Dit is kennelijk de omzet waarop elke onderneming “recht” heeft. In de rij daaronder, met de titel “*Omzet per bedrijf*”, staat per onderneming de daadwerkelijk met de uitvoering van werken behaalde omzet. Deze twee bedragen worden van elkaar afgetrokken, waarna het resultaat in de derde rij, met als titel “*te veel = + / te kort =*”, wordt vermeld. Op deze wijze wordt, zo concludeert de d-g NMa, voor elk van de betrokken ondernemingen bijgehouden of zij in werkelijkheid ten aanzien van de opgenomen werken meer dan wel minder gerealiseerde omzet heeft behaald dan waar zij “recht” op heeft. Het bestaan van “rechten” in NH8-verband, volgt naar het oordeel van de d-g NMa overigens ook uit het document opgenomen in Bijlage X, onder p, waarin ten aanzien van NH8-projecten staat vermeld: “*HWZ is gelijkwaardig aan de andere partijen en heeft dezelfde rechten en plichten*”.
185. De bladen III, IV en V kennen een soortgelijk onderscheid naar “*Norm/Recht*”-omzet en “*Werkelijk*” behaalde omzet (zie Bijlagen III, IV en V en de beschrijving in randnummers 136 tot en met 152) als op de bladen I en II. Op elk van deze bladen worden dezelfde ondernemingen en dezelfde werken genoemd. Per werk wordt in de tabel “*Norm/Recht*” bij elke onderneming hetzelfde bedrag aan omzet genoemd. Dit bedrag is telkens gelijk aan de (geschatte) omzet van het betreffende werk, gedeeld door 8. Naar het oordeel van de d-g NMa duidt dit erop, dat elke onderneming “recht” heeft op een zelfde (=1/8) gedeelte van de omzet die met de uitvoering van een werk wordt behaald.
186. In de tabel “*Werkelijk*” op de Bijlagen III, IV en V is eveneens een bedrag aan omzet per werk opgenomen. Dit bedrag wordt echter slechts vermeld bij de ondernemingen die het betreffende werk hebben uitgevoerd. Bij toekomstige werken¹¹⁴ wordt een geschatte omzet genoemd, welke staat vermeld bij de ondernemingen die als gevolg van de onderlinge verdeling van werken de uitvoering van een toekomstig werk kennelijk toebedeeld hebben

¹¹⁴ Slechts op de bladen III en IV is sprake van toekomstige werken, aangezien op de datum van opmaak van blad V, zijnde 19 mei 2000, alle opgenomen werken reeds waren aanbesteed.

gekregen (zie ook randnummers 191 tot en met 193). Bij de overige ondernemingen wordt het getal "0" vermeld. De balans wordt vervolgens onderaan de bladen opgemaakt. Dit wordt met name duidelijk bij de bladen III en IV waarop de opmerking "*te nivellere*n totaal" staat vermeld en vervolgens de optel-/aftreksom wordt gemaakt per werk en per onderneming van de omzet volgens "*norm/recht*" en de omzet zoals deze "*werkelijk*" is behaald. Kennelijk houden de betrokken ondernemingen derhalve – vergelijkbaar aan de systematiek op blad I –, bij op welk bedrag aan omzet iedere onderneming "recht" heeft en welke omzet elke onderneming daadwerkelijk heeft gerealiseerd met de genoemde werken. Dit onderlinge saldo dient, blijkens het onderschrift, vervolgens "*genivelleerd*" te worden. Hieruit leidt de d-g NMa af, dat deze onderlinge aanspraken op omzet worden gebruikt bij de verdeling van (de omzetten van) toekomstige werken. Eenzelfde systematiek wordt gehanteerd ten aanzien van de marges, te behalen met de opgenomen werken.

187. De bladen VI en VII kennen een eigen opzet. Ook uit deze bladen kan naar het inzicht van de d-g NMa worden opgemaakt dat de betrokken ondernemingen onderling hebben afgesproken om omzetten en marges binnen de "NH8" te houden en onderling te verdelen. In de eerste plaats wordt op verschillende plaatsen melding gemaakt van de "*omzet NH8*" of "*netto omzet NH8*" en tevens van de "*omzet 3er*". Dit duidt er naar het oordeel van de d-g NMa op, dat nauwgezet wordt bijgehouden wat de bij de in de zeven overzichtsbladen opgenomen werken te behalen omzet is voor de betrokken ondernemingen van de "NH8", respectievelijk voor derde-ondernemingen.
188. In de tweede plaats wordt bij alle op de bladen VI en VII genoemde werken het te behalen "*RESULTAAT*" gedeeld door het "*aantal deelnemers*", zijnde 8, hetgeen resulteert in een "*RESULTAAT per deelnemer*", dat bij elk van de acht betrokken ondernemingen wordt vermeld. De "resultaten per deelnemer" per werk worden bij elkaar opgeteld, in een kolom getiteld "*rechten*". In de kolom "*totaal +*" wordt bijgehouden hoeveel resultaat de uitvoerende ondernemingen met de werken daadwerkelijk hebben behaald. De bedragen van "*rechten*" en "*totaal +*" worden van elkaar afgetrokken en per onderneming vermeld. Hetzelfde gebeurt met de "*RAAMBESTEKKEN*" op de onderste helft van het blad. Verder wordt het totaalbedrag van het verschil tussen "*rechten*" en werkelijk behaalde resultaten per onderneming rechts onderaan, onder het kopje "*totaal*", weergegeven. De systematiek is derhalve vergelijkbaar met de hierboven genoemde bladen I tot en met V.
189. Op basis van de door aanbestedende diensten verstrekte informatie (zie Bijlage XI) blijkt met betrekking tot de Bijlagen VI en VII voorts het volgende. De op blad VI genoemde bedragen bij de "*aanneem*som" (regel 4), stemmen bij het merendeel van de vijftien aldaar genoemde werken overeen met de inschrijfsommen van de inschrijvers aan wie de opdrachten zijn gegund. Voor blad VII wordt vastgesteld dat de op dit blad genoemde bedragen bij de "*aanneem*som" (regel 4) bij het merendeel van de aldaar genoemde werken

overeenstemmen met de gunningsbedragen. Opvallend is in dit verband dat wanneer de gunningsbedragen afwijken van de inschrijfsommen, deze afwijkingen voor (nagenoeg) alle werken waarbij een afwijking aan de orde is, te weten de D-Pier, 5P en Inpassing 5P, door de “winnaars” van deze aanbestedingen aan de overige betrokken ondernemingen zijn gemeld, althans in de zeven overzichtsbladen zijn verwerkt. In dit verband kan worden gewezen op een bij Ballast Nedam aangetroffen gespreksverslag d.d. 25 augustus 2000 (zie document genoemd in Bijlage X onder w), van een bespreking ten kantore van KWS inzake het werk 5P (Vijfde Baan). Uit dit verslag maakt de d-g NMa op, dat een korting van kennelijk NLG 5 miljoen door de “winnaar” van het werk is verstrekt aan de aanbestedende dienst, luchthaven Schiphol, alsmede dat de NH8 over deze korting moet worden geïnformeerd. Uit blad VII volgt naar het oordeel van de d-g NMa, dat deze melding daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Bij het werk 5P wordt namelijk in blad VI het bedrag NLG 145.975.000,- vermeld en in blad VII wordt hierbij het bedrag ad NLG 140.975.000 vermeld. Beide bedragen, de inschrijfsom respectievelijk het gunningsbedrag, stemmen overeen met de gegevens terzake verstrekt door de aanbestedende dienst.

190. Samenhangend met de hierboven geconstateerde afspraak om ten aanzien van de vijftien in de zeven overzichtsbladen genoemde werken de omzetten en marges onderling pondsgewijs te verdelen, werd door de betrokken ondernemingen onderling (mede) bepaald welke onderneming dan wel combinatie van de acht betrokken ondernemingen “recht” had op de uitvoering van een bepaald werk. Het is naar het oordeel van de d-g NMa aannemelijk, dat de actuele onderlinge stand wat betreft “rechten” en daadwerkelijk (te realiseren) omzet en marge, zoals deze werd geadministreerd op de zeven overzichtsbladen (zie Bijlagen I tot en met VII), bepalend was voor de vraag wie er “aan de beurt” was om een werk te maken. Deze onderneming/ combinatie mocht dan als laagste inschrijven voor het betreffende werk.
191. Dat de betrokken ondernemingen op voorhand, dat wil zeggen vóór de datum van aanbesteding van een bepaald werk, onderling bepaalden wie als laagste voor het betreffende werk zou inschrijven, volgt naar het oordeel van de d-g NMa uit de zeven overzichtsbladen. Immers op de bladen in Bijlagen I en II staan bij de werken waarvan de aanbestedingsdatum in tijd ligt ná de datum van bijwerking van de documenten, te weten 31 augustus 1999, al wél bedragen en namen van ondernemingen ingevuld. Dit zijn echter geen definitieve bedragen, maar op hele miljoenen afgeronde, geschatte bedragen. Hieruit concludeert de d-g NMa, dat de betrokken ondernemingen reeds vóór elk werk onderling hadden bepaald, welke (combinatie van) onderneming(en) uit hun midden het betreffende werk zou mogen maken, met andere woorden als laagste zou inschrijven, en tevens dat ze reeds een inschatting hebben gemaakt van de naar hun verwachting bij de betreffende werken te genereren omzet.

192. Deze conclusie wordt ondersteund door bladen III en IV. Op deze bladen is geen datum vermeld. Wél wordt er bij de werken Noord-Oost Hoek, D-Pier, J-Gebied en B-Pier vermeld dat deze werken “*in uitvoering*” zijn. Bij deze werken zijn in de kolom “*Totaal Omzet*” geen afgeronde, doch concrete bedragen ingevuld. Uit de voor deze werken door de aanbestedende diensten verstrekte gegevens blijkt dat deze bedragen, op één na,¹¹⁵ exact overeenkomen met de gunningsbedragen voor deze werken (zie Bijlage XI). Bij de overige in de bladen III en IV genoemde werken staat niet vermeld dat ze “*in uitvoering*” zijn. In plaats van concrete gunningsbedragen, staan bij deze werken dan ook afgeronde, geschatte bedragen ingevuld. Deze werken waren kennelijk op de datum van opmaak van dit blad nog niet aanbesteed. Ter vergelijking: in de tabellen op blad V, welke dateert van 29 mei 2000, staan wél bij alle werken de concrete gunningsbedragen en geen afgeronde of geschatte bedragen vermeld. Dit spreekt voor zich, aangezien op 29 mei 2000 reeds alle vijftien werken waren aanbesteed, hetgeen blijkt uit de door de aanbestedende diensten terzake verstrekte aanbestedingsgegevens (zie Bijlage XI).
193. Net als op de bladen I en II staan op de bladen III en IV bij de toekomstige werken wél reeds omzetbedragen ingevuld bij één of meer van de betrokken ondernemingen. Ook hieruit leidt de d-g NMa af, dat de betrokken ondernemingen reeds vóór de aanbestedingsdatum van elk werk onderling hadden bepaald welke (combinatie van) onderneming(en) uit hun midden het betreffende werk zou mogen maken, met andere woorden als laagste zou inschrijven en tevens dat ze reeds een inschatting hadden gemaakt van de naar hun verwachting bij de betreffende werken te realiseren omzet. Op blad III is bij toekomstige werken tevens een geschatte marge opgenomen. Uit de bedragen die als te verwachten marge zijn opgenomen, blijkt de betrokken ondernemingen als marge aanhielden een bedrag van 10% van de (te verwachten) omzet. Overigens blijkt uit diverse documenten dat in de periode voorafgaande aan de inschrijvingsdatum wijzigingen optreden in de onderlinge toewijzing van werken (vergelijk onder andere de in de Bijlage X opgenomen documenten onder e, f, g en h).
194. Gelet op het bovenstaande blijkt uit de overzichtsbladen, dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen en/of hun gedrag hebben afgestemd om vijftien grote infrastructurele werken onderling te verdelen. Het betreft infrastructurele werken in en rondom de regio Haarlemmermeer, waaronder de luchthaven Schiphol. Daarbij was het onderliggende uitgangspunt dat omzetten en marges ten aanzien van deze werken stelselmatig en pondsgewijs tussen de betrokken ondernemingen zouden worden verdeeld.

¹¹⁵ Dit betreft het werk J-Gebied.

2.5 Document "Staffel Schiphol werken"

195. Naast de zeven overzichtsbladen is bij NBM een document aangetroffen, opgenomen in Bijlage VIII, bestaande uit twee tabellen, de één getiteld "*Norm/Recht*" en de ander getiteld "*Werkelijk*".¹⁶ Het opschrift van het document luidt: "*Staffel Schiphol werken In duizenden guldens*", hierna te noemen "Staffel Schiphol werken".
196. De opzet van het document, alsmede de lay-out en het gebruikte lettertype zijn identiek aan de hierboven beschreven overzichtsbladen III, IV en V.
197. De ondernemingen, aan wie in de tabel kolommen zijn gewijd, zijn de volgende: "*HWZ*", "*KWS*", "*NBM*", "*Koop*", "*Heijmans*", "*Ooms*", "*Vermeer*" en "*BNGW*". Dit betreft dezelfde acht ondernemingen die vermeld staan in de hierboven besproken zeven overzichtsbladen en zijn de betrokken ondernemingen.
198. De werken die in de tabellen zijn genoemd, zijn de volgende:
Noord-Oost Hoek;
D-Pier;
J-Gebied;
B-Pier;
E-Pier;
Westrandweg;
Zuid-Tangent N22.
199. Daarnaast zijn met de hand de volgende werken bijgeschreven:
N22 Zuidtangent, 5P en A10 West. Deze (en de in het vorige randnummer genoemde) werken zijn ook opgenomen in de zeven overzichtsbladen.
200. Bij een aantal van deze werken staat vermeld "*in uitvoering*". De systematiek van dit document is eveneens identiek aan de overzichtsbladen III en IV: in de tabel "*Norm/Recht*" staat per werk bij iedere onderneming hetzelfde bedrag aan omzet en marge ingevuld, zijnde per onderneming het bedrag bij het desbetreffende werk aan "*Totaal Omzet*", respectievelijk "*Marge*", gedeeld door 8. Dit resulteert voor alle genoemde werken bij elkaar opgeteld per onderneming in een bedrag, weergegeven onder "*totaal generaal*" van NLG 36.654,- aan omzet en NLG 3.782,- aan marge.

¹⁶ Document 2873/91.O113 met als bijlage document 2771/208. Dit document is in beslag genomen door de KLPD bij NBM Noord-West. Blijkens de administratie van het KLPD, bevond deze map zich in de kast van de heer [xxx], die tijdens de inbeslagname werkzaam was als adjunct-directeur bij NBM.

201. In de onderste tabel, met als opschrift "*Werkelijk*", zijn slechts bij één of enkele van de genoemde acht ondernemingen bedragen aan omzet en marge genoemd. De "werkelijke" omzet is een bedrag dat per werk slechts bij de uitvoerende ondernemingen wordt vermeld. Het verschil tussen de "Norm/Recht"-omzet en de "werkelijke" omzet wordt per onderneming onderaan de pagina weergegeven en is – blijkens het bijschrift – aanleiding om onderling "*Te nivelleren*". Hetzelfde geldt voor de marges te behalen met de opgenomen werken.
202. De in de tabellen ingevulde bedragen komen overeen met de bedragen welke zijn ingevuld in de tabellen op overzichtsblad III.
203. Bij werken die (op het moment van opmaak van het document) in de toekomst zullen worden aanbesteed (welke blijkens de vermelde "*status*" nog niet "*in uitvoering*" zijn) zijn slechts hele, afgeronde omzetbedragen genoemd, welke wel reeds zijn ingevuld bij één of meer van de acht betrokken ondernemingen. Hieruit concludeert de d-g NMa – vergelijkbaar met zijn oordeel betreffende de bladen III en IV –, dat de betrokken ondernemingen reeds op voorhand, dus vóór de aanbestedingsdatum van elk werk, onderling hadden bepaald, welke (combinatie van) onderneming(en) uit hun midden het betreffende werk zou mogen maken, met andere woorden als laagste zou inschrijven. Tevens volgt hier naar het oordeel van de d-g NMa uit, dat de betrokken ondernemingen reeds een inschatting hebben gemaakt van de bij de betreffende werken naar hun verwachting te realiseren omzet.

Conclusie t.a.v. document "Staffel Schiphol werken"

204. Gelet op het bovenstaande ondersteunt de "*Staffel Schiphol werken*" de conclusie ten aanzien van de zeven overzichtsbladen, te weten dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen en/of hun gedrag hebben afgestemd om vijftien grote infrastructurele werken onderling te verdelen. Het betreft infrastructurele werken in en rondom de regio Haarlemmermeer, waaronder de luchthaven Schiphol. Daarbij was het onderliggende uitgangspunt, dat omzetten en marges ten aanzien van deze werken stelselmatig en pons-ponsgewijs tussen de betrokken ondernemingen zouden worden verdeeld.

2.6 Grote werken: verklaringen en agenda's

A. Verklaringen van de heer Bos over afspraken m.b.t. grote werken, waaronder de Rijksweg A5

205. De heer Bos verklaarde op 30 januari 2002 tegenover ambtenaren van de NMa, dat bij een aantal grote werken afspraken zijn gemaakt door aannemers. Met betrekking tot deze werken zijn opzetten gemaakt om de prijs van het werk te verhogen en tevens afspraken gemaakt over verdeling van gelden. De heer Bos noemde in dit verband de A5-Zuid (verlengde Westrandweg). Bij dit werk zijn volgens de heer Bos door negen grote aannemers afspraken gemaakt.¹¹⁷
206. Uit het in Bijlage X opgenomen document genoemd onder j, blijkt tevens dat negen aannemers hebben gesproken over de Rijksweg A5, waaronder de betrokken ondernemingen en de onderneming "bosk".

B. Data besprekingen grote werken

207. In de directieagenda van Ballast Nedam Zaandam over het jaar 2000 zijn onder andere de volgende drie afspraken opgenomen, onder vermelding van het daarbij genoteerde onderwerp. Deze afspraken staan vermeld bij de heer [XXX], destijds directeur van Ballast Nedam Noord-West B.V.¹¹⁸

Op 2 oktober 2000, om 16.00 uur: "NBM staffel grote werken".

Op 1 november 2000, om 07.00 uur: "overleg staffel grote werken Z'dam" met daarboven geschreven "CDD NBM".

Op 28 november 2000, om 09.00 uur: "staffel grote werken".

208. De eerstgenoemde bijeenkomst, op 2 oktober 2000, valt samen met de op blad VII van de zeven overzichtsbladen (aangetroffen bij NBM) vermelde datum: "02-10-00".
209. In de elektronische agenda van [XXX], werkzaam als hoofd Bedrijfsbureau bij HBG Civiel West-Noord te Amsterdam,¹¹⁹ zijn de volgende afspraken aangetroffen, onder vermelding van het onderwerp.¹²⁰

¹¹⁷ Document 2873/ 4, pag. 2.

¹¹⁸ Documenten: 2873/ 19 047 0726; 2873/ 19 047 0741; en 2873/ 19 047 0755.

¹¹⁹ De heer [XXX] was voorheen werkzaam als calculator bij HWZ.

¹²⁰ Document 2873/ 135, bijlagen 2 en 3.

- Op 4 september 2000: “Grote werken NBM” (met daarbij vermeld: “*priority: 9, sensitivity: 9, importance: 9*”) en
- Op 1 november 2000: “Grote werken NBM”.

De afspraak van 1 november 2000 komt, zoals hierboven reeds is weergegeven, ook terug in de agenda van de heer [XXX] van Ballast Nedam.

Conclusie naar aanleiding van de feiten

210. Op grond van alle feiten en omstandigheden, zoals hierboven beschreven, wordt het volgende geconcludeerd.
211. Op basis van de verslagen van vergaderingen en notities, de zeven overzichtsbladen, de KT-administratie, de “*Staffel Schiphol werken*” alsmede de verklaringen en agendagegevens betreffende “Grote werken”, welke afkomstig zijn van de betrokken ondernemingen, zowel afzonderlijk als in onderlinge samenhang gezien, concludeert de d-g NMa, dat de ondernemingen Ballast Nedam, KWS, HWZ, Vermeer, NBM, Heijmans, Koop en Ooms vijftien grote infrastructurele werken in en rondom de regio Haarlemmermeer, waaronder de luchthaven Schiphol, onderling hebben verdeeld met als uitgangspunt de (pondspondsgewijze) verdeling van de omzetten en marges te behalen met deze werken.
212. Het betreft de navolgende werken: Herinrichting Noord-Oost Hoek; Aanpassen Infrastructuur D-Pier; Tijdelijke opstelplaatsen J-Gebied; B-pier; E-pier; T-106; Zuidtangent; Inpassing Vijfde baan; Vijfde Baan; A5-Zuid (verlengde Westrandweg); Knoop N22; Wegtracé Zuidtangent en N22; A10 West; N22 Zuid; en Van Heuven Goedhartlaan.
213. Deze vijftien werken zijn aanbesteed in de periode vanaf 1 januari 1998 tot en met 27 januari 2000.
214. De onderlinge verdeling van de betreffende werken vond plaats vóórafgaande aan de inschrijving voor onderhavige werken. Aannemelijk is, dat bij de onderlinge verdeling werd gelet op de onderlinge stand van zaken tussen de betrokken ondernemingen, in het licht van de omzet waar eenieder “recht” op heeft en de daadwerkelijk behaalde omzet per onderneming tot dan toe. Voorts vond naar het oordeel van de d-g NMa onderlinge afstemming plaats over de door de betrokken ondernemingen in te dienen inschrijfprijzen. Naar het oordeel van de d-g NMa gebeurde dit teneinde te bewerkstelligen dat de uit de kring van de betrokken ondernemingen aangewezen onderneming, danwel combinatie van ondernemingen, die “recht” heeft op de uitvoering van het werk, ook daadwerkelijk als

laagste inschrijft, zodat kan worden aangenomen dat zij de opdracht gegund krijgt. De uitwerking en uitvoering hiervan vond plaats tijdens bijeenkomsten van de betrokken ondernemingen.

215. Indien zich bij een aanbesteding ondernemingen aandienden, die geen deel uitmaken van de groep van de acht betrokken ondernemingen (“derden”), werd kennelijk, zo concludeert de d-g NMa, tussen de betrokken ondernemingen gesproken over het aanbieden van een op geld waardeerbare tegenprestatie aan deze “derden”. Het is aannemelijk dat dit geschiedde om te voorkomen dat deze derden lager zouden inschrijven dan één van de betrokken ondernemingen, danwel een combinatie van deze ondernemingen, waaraan in onderling overleg het werk was toebedeeld. Op deze wijze trachtten de betrokken ondernemingen kennelijk veilig te stellen, dat de gemaakte onderlinge afspraken over de toebedeling van werken niet zou worden verstoord en de omzet binnen de kring van de betrokken ondernemingen zou worden gehouden. Deze handelwijze ten aanzien van derden blijkt uit de KT-administratie, wat de daarin genoemde werken Noord-Oost Hoek, D-Pier, Opstelplaatsen J-Gebied en Rijksweg A5 betreft (zie randnummers 112-114), en uit het document genoemd in Bijlage X onder v, wat het werk N22 Knoop betreft.

3 Juridische beoordeling

3.1 Procedurele aspecten

216. In het kader van de procedure zoals in hoofdstuk 1 is uiteengezet, hebben partijen hun zienswijzen gegeven. Hieronder zullen de verschillende zienswijzen - kort en zakelijk samengevat - worden weergegeven. De d-g NMa zal per onderdeel de verweren van partijen bespreken. Waar de zienswijzen onderling grote overeenstemming vertonen worden deze per onderwerp uiteengezet.

A. Preliminare opmerkingen van partijen

–Opvatting van partijen

217. Een aantal partijen heeft in hun zienswijzen preliminair aangevoerd, dat zij niet de beschikking zouden hebben over alle stukken uit het dossier en daardoor niet in staat zijn geweest zich op adequate wijze inhoudelijk te verweren tegen de door de d-g NMa in zijn rapport opgenomen weergave van feiten en conclusies. Derhalve hebben de door deze partijen ingediende zienswijzen volgens hen slechts een voorlopig karakter. Ballast Nedam, NBM, HWZ en HBG hebben aangegeven enkel de procedurele aspecten te hebben behandeld in hun (voorlopige) schriftelijke zienswijzen. Een aantal partijen heeft

aangegeven zich het recht voor te voorbehouden om hun zienswijze in een later stadium nog aan te vullen.

–Beoordeling

218. De d-g NMa volgt partijen niet in hun stelling dat zij niet in staat zouden zijn geweest een volledige zienswijze in te dienen respectievelijk zich inhoudelijk te verweren tegen de door de d-g NMa opgenomen feiten en conclusies in het rapport. Conform artikel 59, tweede lid, Mw vermeldt het rapport van 16 januari 2003 alle feiten en omstandigheden op grond waarvan is vastgesteld dat een overtreding is begaan. Op 21 maart 2003 is aan partijen het rapport gestuurd met daarbij als bijlagen aangehecht de voornaamste bewijsstukken. Het volledige ter inzage gelegde dossier is vervolgens op 26 mei 2003 aan alle partijen toegezonden. Daarbij zijn de betrokken ondernemingen uitgenodigd om deel te nemen aan de hoorzitting en mondeling hun zienswijzen omtrent het bovengenoemde rapport naar voren te brengen. Op 31 juli 2003 zijn mede naar aanleiding van vragen en opmerkingen van Koop en Vermeer nog stukken aan het dossier toegevoegd. De hoorzitting heeft vervolgens plaatsgevonden op 28 augustus 2003. De d-g NMa merkt op dat slechts Vermeer en Koop vragen over het inzage dossier hebben gesteld. Op grond van het bovenstaande ziet de d-g NMa niet in waarom partijen stellen geen (volledige) zienswijze te kunnen indienen. De keuze van partijen om geen of slechts gedeeltelijk gebruik te maken van de gelegenheid voor het geven van een zienswijze respectievelijk gehoord te worden, staat partijen vrij.
219. De d-g NMa ziet, mede gezien de gevolgde procedure, geen aanleiding om partijen de gelegenheid te bieden om nogmaals hun zienswijze – al dan niet in definitieve vorm – naar voren te brengen.

B. Vooringenomenheid

–Opvatting partijen

220. Partijen stellen dat de NMa door de publiciteit die aan het onderzoek in de bouwsector is gegeven, onzorgvuldig heeft gehandeld en de presumptie van onschuld en het verbod van vooringenomenheid heeft geschonden.

–Beoordeling

221. 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 bij deze werkzaamheden zijn betrokken, zijn niet betrokken geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek. Hiermee is een extra

waarborg tegen vooringenomenheid gegeven. Het feit dat via de media communicatie plaatsvindt over de bevindingen van de NMa naar aanleiding van het rapport, doet daaraan niet af. In aanvulling hierop geldt dat de NMa in haar communicatie met de pers steeds aangeeft 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, dat partijen nog gehoord worden en dat de NMa nog geen definitief oordeel heeft gegeven over de inbreuk en de eventueel op te leggen sanctie.

C. Toezenden rapport

–Opvatting van partijen

222. Partijen hebben aangevoerd dat de NMa hen op 16 januari 2003 een onvolledig (zogenoemd “kop-staart”) rapport heeft toegezonden. Partijen zouden daarmee niet onverwijld op de hoogte zijn gesteld van de feiten en omstandigheden op grond waarvan is vastgesteld dat er een redelijk vermoeden is van een overtreding. Partijen stellen pas op 21 maart 2003 in het bezit gesteld te zijn van het volledige rapport. Hiermee zou de d-g NMa volgens partijen in strijd met artikel 59, tweede lid, Mw en artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) hebben gehandeld.

–Beoordeling

223. De d-g NMa volgt partijen niet in hun klacht dat hen niet onverwijld het rapport is toegezonden. Conform artikel 59, eerste lid, Mw heeft de d-g NMa de betrokken partijen het rapport doen toekomen. Aangezien HBG, HWZ, NBM, KWS en Vermeer zich aanvankelijk hebben verzet tegen terinzagelegging en gebruikmaking van gegevens in het rapport en het daarbij behorende dossier onder de overige geadresseerden van het rapport, kon de NMa niet het gehele rapport op 16 januari 2003 aan de geadresseerden toesturen. Om partijen in de gelegenheid te stellen kennis te nemen van de inhoud en strekking van het rapport, heeft de NMa naar alle geadresseerden een zogenoemd “kop-staart” rapport gestuurd. Daaruit konden partijen afleiden conform artikel 59, tweede lid, Mw om welke feiten en omstandigheden het ging, welk wettelijk voorschrift in het geding was, welke ondernemingen de overtreding hebben begaan en aan welke ondernemingen de overtreding wordt toegerekend. Dat partijen niet het volledige rapport kon worden toegezonden is te wijten aan het verzet van partijen tegen de voorgenomen terinzagelegging en hun eigen wens om eerst de uitkomst van lopende civiele procedures over een dergelijke kwestie, af te wachten. Zodra de uitkomst van deze procedures duidelijk was, heeft de d-g NMa partijen, op 21 maart 2003, het volledige rapport met de voornaamste bewijsstukken in de bijlagen aan partijen toegezonden. Het dossier is vervolgens, conform het bepaalde in artikel 60 Mw, ter inzage gelegd. Naar het oordeel van

de d-g NMa is wat de toezending van het rapport en de terinzagelegging van het dossier betreft, van schending van rechten van verdediging dan ook geen sprake.

D. Onderzoeken, dossieropbouw en terinzagelegging

–Opvatting van partijen

224. Partijen hebben aangevoerd dat de d-g NMa met betrekking tot de terinzagelegging in strijd zou hebben gehandeld met artikel 60, tweede lid, Mw, artikel 5:13 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en artikel 6 EVRM. Tevens zou de d-g NMa de Wet Openbaarheid van Bestuur (hierna: Wob) onjuist hebben toegepast.
225. Zo hebben partijen aangevoerd, dat ingevolge artikel 60 Mw alle op de zaak betrekking hebbende stukken volledig ter inzage dienen te worden gelegd. Partijen merken in dit kader op dat zij niet de mogelijkheid hebben gehad om alle op de zaak betrekking hebbende stukken in te zien, omdat door de d-g NMa een aantal stukken als (gedeeltelijk) vertrouwelijk is aangemerkt. Dit geldt in het bijzonder voor de lijsten van meegenomen stukken van de bedrijfsbezoeken en het plan van aanpak behorende bij de bedrijfsbezoeken, de drie ordners met de KT-administratie en de in de zaak gebruikte verklaringen van de heer Bos. De beschikking in de zin van artikel 62 Mw mag volgens partijen uitsluitend gebaseerd worden op stukken die de belanghebbenden hebben kunnen inzien. Daarbij is door partijen gewezen op de vergelijkbare bepaling van artikel 5.4.2.2 van het Voorontwerp van de vierde tranche Awb en de Memorie van Toelichting behorende bij dit artikel. Tevens wordt gewezen op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake *NEA/NMa*¹²¹ en de arresten inzake *Edwards vs. United Kingdom*¹²² en *Rowe and Davis vs. United Kingdom*¹²³ van het Europees Hof voor de Bescherming van de rechten van de Mens (hierna: EHRM), waaruit blijkt dat zowel materiaal voor als tegen de beschuldigde inzichtelijk moet worden gemaakt.
226. Tevens hebben partijen inzage verzocht in de stukken van andere bij de NMa nog aanhangige zaken in de bouwsector, met name van zaken 2876 en 2771. Stukken uit deze zaken zouden in het onderhavige dossier zijn opgenomen. Volgens partijen dient de d-g NMa (ook) stukken uit die zaken die hij wellicht niet relevant acht niettemin ter inzage te leggen zodat partijen kunnen bepalen of de desbetreffende stukken voor de verdediging van belang zijn. Door dit verzoek tot inzage niet te honoreren zou de d-g NMa naar het

¹²¹ Rechtbank Rotterdam 26 november 2002, MEDED 00/1002-SIMO.

¹²² EHRM 16 december 1992.

¹²³ EHRM 16 februari 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-II, Hudoc Reference: REF00001380.

oordeel van partijen in strijd met artikel 6 EVRM hebben gehandeld, waarbij partijen nogmaals verwijzen naar de zaak *Edwards v. United Kingdom*.¹²⁴

227. Ten slotte stelt Koop dat de d-g NMa in strijd met artikel 60, tweede lid, Mw zou hebben gehandeld. Op 31 juli 2003 heeft de d-g NMa een aantal stukken ter completering van het dossier aan partijen gestuurd. Volgens Koop zou dit in strijd zijn met artikel 60, tweede lid, Mw aangezien de zienswijze uiterlijk op 15 augustus diende te worden ingediend. Daarbij stelt Koop dat de d-g NMa geen uitstel verleend heeft voor het indienen van de zienswijze, terwijl de d-g NMa dit aan partijen in andere zaken wel heeft gedaan. Door geen redelijke termijn te hebben gesteld zou de d-g NMa tevens in strijd met artikel 6 EVRM hebben gehandeld.

–Beoordeling

228. De zienswijzen van partijen inzake de toegang tot het dossier worden hieronder besproken aan de hand van:

- een korte uiteenzetting over de wijze waarop het toezicht en de onderzoeken in de bouwsector zijn aangepakt,
- een uiteenzetting over de dossiervorming in het algemeen, en
- een toespitsing van een en ander op de zaak NH8.

Daarna volgt de beoordeling van de zienswijzen met betrekking tot de inzage in de bij bedrijfsbezoeken meegenomen documenten en de inzageprocedure in onderhavige zaak.

De initieel uitgevoerde onderzoeken in de bouwsector

229. Teneinde zicht te krijgen op concrete gevallen van verboden afspraken en afgestemd gedrag in de bouwsector zijn aanvankelijk door de NMa bedrijfsbezoeken uitgevoerd bij die ondernemingen die werden verdacht van stelselmatige betrokkenheid bij een groot aantal gelijksoortige overtredingen van de Mededingingswet. Aanwijzingen voor de stelselmatige betrokkenheid lagen onder meer in de KT-administratie en in verklaringen van informanten. Die bedrijfsbezoeken hebben verdere aanwijzingen en bewijzen opgeleverd voor een groot aantal te onderscheiden overtredingen van de Mededingingswet, op basis waarvan verdere onderzoeken door de NMa konden worden geëntameerd.
230. 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

¹²⁴ EHRM 16 december 1992.

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.

231. 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 handhavingsmaatregelen. 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

232. 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.
233. 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 één of meerdere interne NMa-stukken. De verantwoordelijkheid voor de beslissing omtrent het onderzoek lag bij de d-g NMa of zijn plaatsvervanger.
234. Van ieder bedrijfsbezoek werd voorts een verslag van verrichte ambtshandelingen (hierna: Vva) 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

235. 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.
236. 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.

237. Indien een bedrijfsbezoek voor het bewijs in een zaak relevant materiaal oplevert, wordt het Vva steeds 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 de documenten waaruit de wijze van verkrijging blijkt.

De zaak NH8

238. Zoals reeds uiteengezet in hoofdstuk 1 van dit besluit is de NMa een onderzoek gestart naar aanleiding van de overhandiging van de KT-administratie. Uit de KT-administratie is toen gebleken dat naast de pagina's van de KT-administratie die gewijd zijn aan afspraken betreffende individuele bouwondernemingen, vijf A3-pagina's van de KT-administratie uitsluitend gewijd zijn aan de "Schipholclub" en de "Schiphol Acht". Dit werd tevens bevestigd door verklaringen van de heer Bos en de gegevens verkregen van de Schiphol Group. Op grond van deze aanwijzingen is eerst een bedrijfsbezoek gebracht aan KWS Utrecht. Later, na verkrijging van de zeven overzichtsbladen van het Landelijk Parket, zijn bedrijfsbezoeken gebracht aan Ballast Nedam Infra NW, Ballast Nedam Infra, HBG Civiel West-Noord te Amsterdam, HBG Civiel BV te Gouda, NBM, Ooms, Vermeer Infrastructuur BV en Dura Vermeer Infra BV te Hoofddorp, Vermeer Infrastructuur BV, regio Noord-West, te Badhoevedorp, Vermeer Infrastructuur BV, Rayon Schiphol-Aalsmeer, te Cruquius, Combinatie Mainport Schiphol v.o.f. , en Teerbau GmbH.
239. Alle Vva's van voorgenoemde bedrijfsbezoeken zijn in het dossier opgenomen. Waar die bezoeken bewijsmiddelen opleverden zijn de Vva's als onderdeel van het dossier ter inzage gelegd. Hierdoor is de herkomst van de bewijzen bekend.
240. Bij brief van 31 juli 2003, mede naar aanleiding van verzoeken van partijen, heeft de d-g NMa de lijsten van documenten die bij de bedrijfsbezoeken zijn meegenomen, ter inzage gegeven; voor bepaalde bedrijfsbezoeken was er, anders dan voorheen, 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.
241. 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.

242. Aldus hebben de bij de zaak betrokken ondernemingen inzicht in de totstandkoming van “de zaak” en 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.

Inzage in alle bij een bedrijfsbezoek meegenomen documenten

243. Waar het gaat om de alsnog ter inzage gegeven lijsten met meegenomen documenten, hebben de betrokken ondernemingen niet alleen gevraagd om inzage van die lijsten maar tevens om inzage in alle documenten die op die lijsten voorkomen. Van de op de lijsten voorkomende documenten zijn de stukken die relevant zijn voor deze zaak, aan het dossier toegevoegd. Andere op de lijsten voorkomende documenten zijn niet relevant voor deze zaak en maken geen deel uit van het dossier. Omdat de betrokken ondernemingen daarbij geen belang kunnen hebben, heeft de d-g NMa het verzoek om inzage in die documenten afgewezen.

Inzageprocedure

244. De d-g NMa volgt partijen niet in hun klacht dat zij, kort samengevat, in hun verdediging zijn geschaad omdat niet alle stukken uit het dossier in hun geheel, dan wel niet conform artikel 60 Mw ter inzage zijn gelegd.
245. Blijkens de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij artikel 60 Mw dienen alle voor de zaak relevante stukken ter inzage te worden gelegd. In onderhavige zaak zijn alle op de zaak betrekking hebbende stukken, waarop de conclusie in het rapport is gebaseerd dat er sprake is van een redelijk vermoeden van een overtreding van de Mededingingswet, ter inzage gelegd. Dat niet alle stukken uit het dossier in hun geheel ter inzage zijn gelegd, doet daaraan niet af. Artikel 60 Mw dwingt niet tot het integraal ter inzage leggen van een op de zaak betrekking hebbend stuk. De d-g NMa kan, zo volgt immers uit artikel 60 Mw, in verband met artikel 3:11, tweede lid, Awb en het daarin van overeenkomstige toepassing verklaarde artikel 10 Wob, voor bepaalde stukken of gedeelten van stukken het vertrouwelijke karakter laten prevaleren.
246. De als vertrouwelijk aangemerkte (gedeelten van) stukken kunnen ten aanzien van de partijen die de inhoud van deze informatie niet kennen, niet dienen ter staving van de conclusie dat sprake is van een inbreuk op de Mededingingswet. Van de voor partijen wel inzichtelijke informatie kan ten aanzien van partijen wel gebruik gemaakt worden. Deze wijze van toepassen van artikel 60 Mw, hetgeen in dit geval is gedaan, is niet in strijd met artikel 6 EVRM. Tevens is op juiste wijze toepassing gegeven aan artikel 10, lid 2, Wob. Ten aanzien van alle als vertrouwelijk aangemerkte (gedeelten van) stukken is door de d-g NMa de in genoemd artikel vereiste belangenafweging gemaakt.

247. Het beroep van partijen op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake *NEA/NMa*¹²⁵ en de arresten van het EHRM inzake *Edwards vs. United Kingdom*¹²⁶ en *Rowe and Davis vs. United Kingdom*¹²⁷ treft geen doel. Partijen hebben inzage gehad in alle op de zaak betrekking hebbende stukken op basis waarvan de d-g NMa tot een oordeel komt omtrent de feiten en omstandigheden als vermeld in het rapport. Voorts hebben partijen de gelegenheid gehad om (ontlastende) stukken aan het dossier toe te voegen. Dergelijke stukken zouden vervolgens evenzeer deel uitmaken van het dossier op basis waarvan de d-g NMa tot voornoemd oordeel komt.
248. De d-g NMa volgt Koop ten slotte niet in haar klacht dat het ter inzage gelegde dossier niet conform artikel 60, tweede lid, Mw vier weken ter inzage heeft gelegen. Op 26 mei 2003 heeft de d-g NMa partijen een kopie van het ter inzage gelegde dossier toegezonden en op 31 juli 2003 heeft de d-g NMa een aantal stukken ter completering van het dossier¹²⁸ aan partijen gestuurd. Uit praktische overwegingen en om partijen tegemoet te komen, wordt een afschrift van het ter inzage gelegde dossier aan de geadresseerden van het rapport gestuurd. Tevens hebben partijen de mogelijkheid om het dossier ter kantore van de NMa in te zien. De d-g NMa is van mening dat door het toezenden van het ter inzage gelegde dossier is voldaan aan de termijn van vier weken uit artikel 60, tweede lid, Mw. Dat de NMa op 31 juli 2003, vier weken vóór de hoorzitting, nog aanvullende stukken aan partijen heeft gezonden, doet hier niet aan af. De d-g NMa neemt hierbij in aanmerking, dat partijen ter hoorzitting van 28 augustus 2003 nog de mogelijkheid hebben gehad om hun zienswijze (met betrekking tot deze stukken) mondeling aan te vullen.

E. KT-administratie, verklaringen en documenten van Landelijk Parket

–Opvatting van partijen

249. Partijen hebben aangevoerd dat de KT-administratie en de verklaringen van de heer Bos om verschillende redenen door de d-g NMa niet als bewijs gebruikt mogen worden.
250. Zo is door partijen onder meer aangevoerd dat de authenticiteit van de voor deze zaak gebruikte administratie van Koop niet vast is te stellen. Niet is zeker dat de administratie die de NMa in haar bezit heeft ook dezelfde is als die op 16 november 1998 bij een medewerker van Koop is ontvreemd.

¹²⁵ Rechtbank Rotterdam 26 november 2002, MEDED 00/1002-SIMO.

¹²⁶ EHRM 16 december 1992.

¹²⁷ EHRM 16 februari 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-II, Hudoc Reference: REF00001380.

¹²⁸ De op 31 juli 2003 toegezonden stukken betroffen deels betere kopieën van de al op 26 mei 2003 toegestuurde stukken en deels enkele aanvullende stukken (zie noot 46).

251. Door partijen is voorts aangevoerd dat de overhandiging van de KT-administratie en enige andere stukken door het KLPD aan de NMa onrechtmatig is. Dit zou strijd met de Wet Politie registers (hierna: Wpr) en de Wet Bescherming Persoonsgegevens (hierna: Wbp) opleveren. De overhandiging is volgens partijen tevens in strijd met de geheimhoudingsplicht van ambtenaren, neergelegd in de Ambtenarenwet en de Awb. Voorts betwisten partijen de rechtmatigheid van het Convenant tussen de NMa en het OM. Daarnaast merken partijen op dat het Convenant pas in werking getreden is na de overdracht van de KT-administratie aan de NMa. Partijen merken verder op dat op basis van het Convenant de NMa van het KLPD documenten, waarbij wordt verwezen naar Bijlagen I-VIII en X sub a-d en r van het rapport, heeft verkregen die het KLPD door middel van haar doorzoekingbevoegdheid heeft verkregen, een bevoegdheid die de NMa zelf niet heeft.
252. Heijmans stelt voorts dat de KT-administratie onrechtmatig is verkregen omdat deze administratie een door een derde gestolen dossier betreft; de opsporingsambtenaren van Justitie hebben ertoe bijgedragen dat zij daar de beschikking over kregen. Volgens partijen is gebleken dat de heer Bos de KT-administratie niet zonder financiële tegemoetkoming aan de Minister van Justitie wilde overhandigen. Justitie heeft toen volgens partijen de heer Bos bedreigd met het feit dat hij zelf ook verdacht werd van medeplichtigheid bij valsheid in geschrifte en omkoping. Uit twee uitspraken van de Hoge Raad¹²⁹ volgt volgens partijen dat het gebruik van door een derde gestolen dossiers onrechtmatig is, indien aannemelijk is dat de opsporingsambtenaren ertoe hebben bijgedragen dat zij de beschikking kregen over betreffende documenten.
253. Ten aanzien van de verklaringen van de heer Bos wordt er door partijen op gewezen dat hij in onmin leeft met zijn voormalige werkgever, Koop. Dit zou volgens partijen reden moeten zijn om de verklaringen van de heer Bos in twijfel te trekken en voor de bewijsvoering buiten beschouwing te laten.

–Beoordeling

254. De d-g NMa verwerpt de door partijen aangevoerde klachten met betrekking tot de KT-administratie en de verklaringen van de heer Bos.
255. Er bestaat volgens de d-g NMa geen reden om aan de authenticiteit van de administratie te twijfelen.¹³⁰ Het verslag van verrichte ambtshandelingen met betrekking tot de overdracht

¹²⁹ HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 175 en HR 11 april 1995, NJ 1995, 537.

¹³⁰ De Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid (PEC) is tevens van mening dat over de authenticiteit van de KT-administratie geen twijfel bestaat. Eindrapport PEC, p. 86.

van de kopie van de KT-administratie door het KLPD aan de NMa¹³¹ en het proces-verbaal van afgifte van diefstal van 18 november 1998¹³² van drie A3-mappen in samenhang met de verklaring van de heer Bos,¹³³ waarin deze stelt dat binnen het bedrijfsbureau van Koop in Hoofddorp de boekhouding werd bijgehouden door de heer [XXX], werkzaam bij Koop, laten redelijkerwijs geen ruimte over voor een andere conclusie dan dat het hier gaat om de bij die medewerker van Koop ontvreemde administratie die in bezit van de heer Bos is gekomen en door hem aan het OM en de NMa is overhandigd.

256. Bij de overhandiging van de KT-administratie op 13 november 2001 waren zowel de NMa als het OM vertegenwoordigd. Een van de voorwaarden van de heer Bos voor overhandiging van de KT-administratie was dat de NMa daarvan een kopie kreeg. Uit praktisch oogpunt is toen besloten dat de KT-administratie eerst door het OM zou worden gekopieerd. Het KLPD heeft op 26 november 2001 de gewaarmerkte kopie van de KT-administratie aan de NMa ter beschikking gesteld.¹³⁴
257. Op grond hiervan concludeert de d-g NMa dat, aangezien de KT-administratie gelijktijdig aan het OM en aan de NMa is overhandigd (hoewel zij daarvan later een kopie heeft verkregen), de Wpr niet van toepassing is. De op 13 november 2001 aan de NMa overhandigde KT-administratie heeft immers nimmer deel uitgemaakt van enig politieregister. De Wpr kan überhaupt niet materieel van toepassing zijn op de KT-administratie en de van het KLPD verkregen documenten aangezien het geen verzameling van persoonsgegevens betreft die langs geautomatiseerde weg of systematisch is aangelegd. Bovendien is de KT-administratie niet door de politie zelf aangelegd ten dienste van de uitvoering van de politietaak.¹³⁵ Aangezien de KT-administratie tevens rechtstreeks aan de NMa is overhandigd, kan er bovendien geen sprake zijn van een schending van de geheimhoudingsplicht van de politie.
258. Ten aanzien van de stelling dat de Wbp zou zijn geschonden, merkt de d-g NMa op dat de Wbp niet van toepassing is op het gebruik van gegevens in een NMa-procedure en derhalve ook niet op het gebruik van de KT-administratie en van het KLPD verkregen documenten. De Mededingingswet biedt, in combinatie met de Algemene wet bestuursrecht en de Ambtenarenwet, uitputtende waarborgen voor het gebruik van gevoelige gegevens, waaronder mogelijkpersoonsgegevens. De Mededingingswet in

¹³¹ Documenten 2873/ 1 en 2873/ 2.

¹³² Document 2873/ 171.

¹³³ Document 2873/ 3, p. 5 en 6.

¹³⁴ Document 2873/ 2.

¹³⁵ Zie ook artikel 1, eerste lid, onder c, Wpr.

combinatie met de Algemene wet bestuursrecht en Ambtenarenwet¹³⁶ geeft uitvoering aan het bepaalde in artikel 8, sub c respectievelijk sub e, Wbp en dient dan ook gekwalificeerd te worden als een *lex specialis* van de Wbp, die prevaleert boven de Wbp.¹³⁷

Toepasselijkheid van de Wbp is – los van het voorgaande – bovendien ook al uitgesloten onder meer omdat de KT-administratie en de van het KLPD verkregen documenten geen feitelijke gegevens over natuurlijke personen, maar gegevens over ondernemingen bevat, welke in de regel niet onder de werkingssfeer van de Wbp vallen.¹³⁸

259. De d-g NMa volgt partijen ook niet in hun stelling, dat Bijlagen I-VIII en X (sub a-d en r), die op basis van het Convenant door de NMa van het Landelijk Parket zijn verkregen, in deze procedure niet als bewijs gebruikt mogen worden. Op 21 maart 2002 hebben de d-g NMa en het College van procureurs-generaal een Convenant gesloten inzake onderzoeken bouw. De gemaakte afspraken hebben betrekking op (resultaten van) opsporings- en onderzoekshandelingen die onder meer verband houden met onderzoeken naar aanleiding van de KT-administratie. Hierdoor wordt een belangrijke bijdrage geleverd aan de doelmatigheid en doeltreffendheid van deze onderzoeken. Het Convenant, en in het bijzonder artikel 1, bepaalt dat het OM en de NMa informatie kunnen uitwisselen. Bijlagen I-VIII en de informatie weergegeven in Bijlage X (sub a-d en r) zijn verkregen met inachtneming van deze procedure. Op grond hiervan concludeert de d-g NMa dat de desbetreffende informatie rechtmatig is verkregen.
260. Partijen hebben beweerd dat de KT-administratie onrechtmatig door een derde zou zijn verkregen. Wat hier ook van zij, ook ingeval bewijs onrechtmatig verkregen zou zijn betekent dit niet dat zodanig bewijs niet mag worden gebruikt. Niet toelaatbaar is slechts het gebruik van 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 gelaten¹³⁹. Daar is hier geenszins sprake van. Onjuist is in ieder geval 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.”¹⁴⁰ Hier is volgens de dg-NMa in casu geen sprake van.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Zie ook par. 5 van de MvT op de Wbp, Tweede Kamer, 1997-1998, 25892, nr. 3.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 45-50.

¹³⁹ HR 1-7-1992, BNB 1992/306.

¹⁴⁰ HR 31-05-1994, nr 96870, NJ 1995/29.

261. De stelling dat de verklaring van de heer Bos in twijfel moet worden getrokken vanwege diens vermeende rancuneuze houding ten opzichte van zijn voormalige werkgever, brengt de d-g NMa niet tot de overtuiging dat aan het waarheidsgehalte van deze verklaring moet worden getwijfeld. De verklaring van de heer Bos is in de eerste plaats belangrijk omdat deze een uitleg geeft aan de regels van de KT-administratie, zoals de Schiphol-pagina's.¹⁴¹ Daarnaast geeft de verklaring inzicht in de interne systemen (procedures, administratie, verantwoordelijke personen) die binnen KWS, respectievelijk, Koop waren opgezet om de verboden afstemmingen en de daaruit voortvloeiende "rechten en verplichtingen" te beheren. Voorts is de verklaring relevant omdat het de "cultuur" bij in ieder geval twee van de betrokken ondernemingen laten zien. Ten slotte heeft de NMa uiteraard de stellingen van de heer Bos van meet af aan getoetst mede in het licht van haar eigen onderzoek. Tijdens de hoorzitting in de zaak Scheemda¹⁴² zijn door de NMa aan partijen vragen gesteld over de heer Bos en is er gekeken naar de stellingen van en stukken van partijen. Op grond hiervan heeft de d-g NMa geconcludeerd dat er geen reden was om hetgeen de heer Bos heeft verklaard in twijfel te trekken. Met name speelt daarbij een rol dat de verklaring aansluit bij uit het dossier sprekende feiten.¹⁴³

E Onderzoek

–Opvatting van partijen

262. Partijen stellen zich op het standpunt dat de verschillende bedrijfsbezoeken in de onderhavige zaak onrechtmatig waren en dat het bij deze bezoeken vergaarde bewijsmateriaal mitsdien als onrechtmatig verkregen terzijde dient te worden gelegd.
263. Partijen stellen dat de bedrijfsbezoeken onevenredig waren en aldus in strijd met artikel 5:13 Awb. Volgens partijen zouden er geen, althans geen behoorlijke en/of te ruime, doelomschrijving van de bezoeken zijn aangegeven in strijd met artikel 8 EVRM en het arrest *Colas Est* van het EHRM. Tevens zou er geen rechterlijke machtiging zijn verstrekt. Daarnaast stellen partijen dat de NMa haar onderzoeksbevoegdheden te buiten is gegaan, door onder meer in strijd met afdeling 5.2 Awb respectievelijk 8 EVRM te "doorzoeken". Daarbij zou de NMa kennis hebben genomen van geprivilegieerde documenten en deze in strijd met artikel 51 Mw hebben gekopieerd. Tevens zouden NMa ambtenaren zich toegang

¹⁴¹ Zie ook randnummer 38 van het rapport in onderhavige zaak.

¹⁴² Besluit d-g NMa d.d. 25 april 2003, *Onderhandse aanbesteding door de gemeente Scheemda*, randnummer 126.

¹⁴³ Deze conclusie is in overeenstemming met die van de PEC. Daarin werd geconcludeerd, dat de zogeheten "schaduwadministratie van de heer A. Bos" ofwel de zogeheten "Bos-administratie" feitelijk geen administratie betreft van de heer Bos, "maar betreft een onderdeel van de administratie die binnen Koop Tjuchem - de vroegere werkgever van de heer Bos - werd bijgehouden.", Eindrapport PEC (hiervóór aangehaald in voetnoot 130), p. 82.

hebben verschaft tot een privé-woning zonder daarvoor de bevoegdheid te hebben en ten tijde van de bedrijfsbezoeken intimiderend hebben gehandeld, hetgeen volgens partijen onbehoorlijke bewijsvergaring oplevert.

264. Ballast Nedam heeft voorts aangevoerd dat bij de bedrijfsbezoeken gehele computerbestanden zijn gekopieerd, zonder dat nader is gepreciseerd waarnaar de toezichthoudend ambtenaren op zoek waren. In de visie van Ballast Nedam levert dit een met artikel 52 Mw juncto de artikelen 5:13, 5:15, 5:17 en 5:18 Awb strijdige 'fishing expedition' op.
265. Partijen stellen dat de NMa in strijd met artikel 24 Wet op de Parlementaire Enquete (hierna: WPE) heeft gehandeld door zich te laten leiden door de kennis die tot haar is gekomen via de openbare verhoren van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid (hierna ook: PEC). De dag voorafgaand aan en de dag waarop het openbare verhoor van twee werknemers van NBM plaatsvond heeft de NMa bij NBM een bedrijfsbezoek gehouden. Hierbij zou inzage zijn gevorderd in de documenten die deze werknemers ten behoeve van dat verhoor hadden opgesteld en verzameld. Dit is volgens NBM in strijd met het evenredigheidsbeginsel, de zorgvuldigheid en het immunitetsbeginsel.

–Beoordeling

266. De d-g NMa volgt partijen niet in hun stellingen ten aanzien van de door de NMa afgelegde bedrijfsbezoeken.
267. In de onderhavige zaak heeft de NMa gebruik gemaakt van materiaal verkregen bij bedrijfsbezoeken aan KWS Utrecht,¹⁴⁴ Ballast Nedam Infra NW te Zaandam,¹⁴⁵ Ballast Nedam Infra te Nieuwegein,¹⁴⁶ HBG Civiel West-Noord te Amsterdam,¹⁴⁷ HBG Civiel BV te Gouda,¹⁴⁸ NBM,¹⁴⁹ Ooms,¹⁵⁰ Vermeer Infrastructuur BV en Dura Vermeer Infra BV te Hoofddorp,¹⁵¹ Vermeer Infrastructuur BV, regio Noord-West, te Badhoeverdorp,¹⁵² Vermeer

¹⁴⁴ Document 2873/ 77.O47.

¹⁴⁵ Document 2873/ 19.O47.

¹⁴⁶ Document 2873/ 20.O338.

¹⁴⁷ Document 2873/ 21.O351.

¹⁴⁸ Document 2873/ 22.O325.

¹⁴⁹ Document 2873/ 23.O042.

¹⁵⁰ Document 2873/ 23.O343.

¹⁵¹ Document 2873/ 25.O056.

¹⁵² Document 2873/ 28.O351.

Infrastructuur BV, Rayon Schiphol-Aalsmeer, te Cruquius,¹⁵³ Combinatie Mainport Schiphol v.o.f. ,¹⁵⁴ en Teerbau GmbH.¹⁵⁵

Vordering medewerking

268. 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 voorzover 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 gaat 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 de desbetreffende ondernemingen is meegedeeld.¹⁵⁶ 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.
269. 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 alvorens 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 een 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.

¹⁵³ Document 2873/27.O056.

¹⁵⁴ Document 2873/29.O042.

¹⁵⁵ Document 2873/26.O047.

¹⁵⁶ Vgl. Vznr. 's-Gravenhage, 9 april 2003, L.N: AF7087, KG 2003, 117 (Van Hattum e.a./de Staat) rov. 4.7. Vgl. voorts: College van beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) 28 maart 2003, L.N: AF7150 (EON Benelux Generation N.V.) ten aanzien van de (met artikel 5:17 Awb vergelijkbare) bevoegdheid van artikel 7 Elektriciteitswet 1998 van de directeur Dte om inlichtingen te vorderen.

Artikel 8 EVRM

270. De NMa heeft de hiervóór 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 zake *Colas Est*.¹⁵⁷ 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.¹⁵⁸ Gezien de context van de nationale wetgeving in de zaak *Colas Est* en gezien de beperkte strekking van het onderzoek van de NMa is geen sprake van een situatie waarin artikel 8, eerste lid, EVRM kan worden ingeroepen.

271. 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 hiervóór 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 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.

Geen doorzoeking

272. Hierboven, in randnummers 229-231, 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* (in de termen van partijen) dan wel van het willekeurig onderzoeken van objecten.

273. 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

¹⁵⁷ EHRM 16 april 2002.

¹⁵⁸ Zie ook de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 18 juni 2003, zaak MEDED 01/621-RIP.

gegevens die langs elektronische weg zijn vastgelegd.¹⁵⁹ Voor de vraag of het nader onderzoek van de digitale kopieën een doorzoeking oplevert waartoe de NMa-ambtenaren niet bevoegd zijn, is de door de betrokken ondernemingen aangehaalde uitspraak van de voorzieningsrechter 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.(...)"

274. 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 of privé-gegevens naar voren gekomen. De betrokken ondernemingen hebben ook niet gesteld dat de stukken in het ter inzage gelegde dossier, dergelijke gegevens bevatten. Alleen stukken die in het dossier zijn opgenomen (en tevens ter inzage zijn gegeven), mogen in onderhavige zaak als bewijs worden gebruikt. Ook al zou de NMa zich bij het maken van "forensic images" niet geheel hebben gehouden aan de – destijds nog niet bekende – in de aangehaalde uitspraak vermelde voorwaarden en de wijze waarop de NMa daaraan verdere inhoud heeft gegeven,¹⁶⁰ dan zouden de betrokken ondernemingen daardoor in het onderhavige geval in hun verdediging niet zijn geschaad.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ Werkwijze Nederlandse Mededingingsautoriteit met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden, d.d. 6-6-2003.

275. Voor zover partijen stellen dat de d-g NMa artikel 51 Mw heeft geschonden, wordt opgemerkt dat partijen geenszins motiveren waarom, en op welke wijze, de NMa in strijd met dit artikel zou hebben gehandeld. Slechts door Vermeer is aangegeven dat NMa ambtenaren inzage zouden hebben gehad in een ordner met zogenaamd geprivilegieerde stukken als bedoeld in artikel 51 Mw. Tijdens de hoorzitting van 28 augustus 2003 zijn hieromtrent vragen gesteld. Daarbij is door Vermeer bevestigd dat deze stukken niet tot het ter inzage gelegde dossier behoren en ook niet gebruikt zijn als bewijs in de onderhavige zaak. Tevens zijn deze stukken ook niet door NMa-ambtenaren gekopieerd.

Rechtmatigheid bezoek woonhuis

276. De d-g NMa is, anders dan partijen, van oordeel dat de bezoeken aan woonhuizen van natuurlijke personen in onderhavige zaak rechtmatig hebben plaatsgevonden. Artikel 5:15, eerste lid, Awb bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. Uit voornoemd artikel volgt, dat een toezichthouder bevoegd is met toestemming van de bewoner een woning binnen te treden.
277. Naar het oordeel van de d-g NMa is de bewering van partijen dat de betreffende ambtenaren zich toegang zouden hebben verschaft tot woonhuizen gezien het voorgaande onterecht. Blijkens het dossier zijn er geen woningen binnentreden zonder toestemming. Voorts is in geen van de gevallen sprake geweest van enig vorm van dwang of pressie ten aanzien van de bewoner. Van overschrijding van de bevoegdheden van de artikelen 5:15, 5:16 en 5:17 Awb is, gelet op het voorgaande, geen sprake.

Slotopmerking

278. Toezichthoudende ambtenaren zijn op grond van artikel 5:16 Awb bevoegd inlichtingen te vorderen. Artikel 5:20 Awb geeft invulling aan voornoemd artikel doordat "een ieder" verplicht is medewerking te verlenen. Volgens de recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in *Texaco* vormt de enige beperking op de regel dat van een ieder inlichtingen kunnen worden gevormd, het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb.¹⁶¹ Ook andere bevoegdheden van afdeling 5.2 Awb kunnen ten aanzien van individuele medewerkers worden uitgeoefend.
279. Hierboven onder randnummers 229-231 heeft de d-g NMa reeds uiteengezet hoe de bedrijfsbezoeken werden voorbereid. Bij de voorbereiding daarvan heeft de NMa rekening gehouden met haar eigen onderzoek, haar onderzoeksbevoegdheden, haar eigen planning en beschikbare mankracht. De d-g NMa heeft – in tegenstelling tot hetgeen partijen stellen

¹⁶¹ Rechtbank Rotterdam 7 augustus 2003, 02/259 MEDED (*Texaco*).

– haar bedrijfsbezoeken in het onderhavige geval niet laten leiden door de openbare verhoren die zijn afgenomen door de PEC. Ook heeft de NMa geen gebruik gemaakt van materiaal gerelateerd aan de PEC voor het onderhavige onderzoek en besluit. Gezien het voorgaande concludeert de d-g NMa dat van schending van artikel 24 WPE geen sprake kan zijn.

3.2 Materiële aspecten

A. Artikel 6, eerste lid, Mw

280. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt, kort gezegd, overeenkomsten tussen ondernemingen 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. Voor de uitlegging van dit verbod is richtinggevend de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna ook: de Commissie) en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna ook: Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: ook GvEA).¹⁶²

B. Onderneming in de zin van artikel 6 Mw

281. De betrokken ondernemingen waren ten tijde van de gedragingen waarop dit besluit betrekking heeft, alle actief in de grond-, weg- en waterbouw. Zij verrichtten economische activiteiten en zijn derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

C. Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

282. 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.¹⁶³ 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

¹⁶² Zie: MvT bij de Mededingingswet, Tweede kamer 24 707, nr. 3, p. 9; NAV, Tweede Kamer 24 707, nr. 6, p. 11.

¹⁶³ Zie o.m. GvEA, 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./ Commissie (PVC II)*, gev. zaken T-305/94 e.a., Jurispr. blz. II-931, pt. 715.

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.¹⁶⁴

283. 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.

284. 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.¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶

285. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen is in artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag 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.¹⁶⁷ Dit betekent evenwel niet dat een aantal gedragingen die hetzelfde mededingingsbeperkende doel hebben en waarvan elke gedraging, op zich beschouwd, onder het begrip overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of besluit van een ondernemersvereniging valt, niet verschillende verschijningsvormen van één enkele inbreuk op artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag, 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.¹⁶⁸ Het is in een dergelijk geval derhalve niet noodzakelijk de inbreuk uitsluitend als één van beide vormen te kwalificeren.

¹⁶⁴ Zie o.a. Beschikking van de Commissie 86/398 van 10 juli 1986, *Polypropyleen*, PB. L. 230/1 van 18 augustus 1986. Dit is later bevestigd door het GvEA, *Polypropyleen*, zaak T-7/89, pt. 262-264.

¹⁶⁵ HvJ, 16 december 1975, *Suiker Unie e.a./Commissie*, gev. zaken 40-48/73 e.a., Jurispr. 1975, p. 1663.

¹⁶⁶ HvJ, 14 juli 1972, *Imperial Chemical Industries/Commissie*, 48/69, Jurispr. 1972, p. 619, pt. 64.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pt. 64.

¹⁶⁸ HvJ, 8 juli 1999, *Commissie/Anic Partecipazioni*, zaak C-49/92 P, Jurispr. 1999, p. I-4125, pt. 112-114. Zie ook GvEA, 20 maart 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a./Commissie*, zaak T-9/99, pt. 188, n.n.g.

286. In deze omstandigheden mag de dubbele kwalificatie niet aldus worden opgevat, dat zij vereist dat gelijktijdig en cumulatief wordt bewezen, dat elk van die bestanddelen zowel de kenmerken van een overeenkomst als die van onderling afgestemde feitelijke gedragingen vertoont, maar moet zij worden gezien als de aanduiding van een complex geheel van feitelijke bestanddelen waarvan sommige zijn aangemerkt als overeenkomst en andere als onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag (en derhalve van artikel 6, eerste lid, Mw), dat voor dit soort complexe inbreuken niet in een specifieke kwalificatie voorziet.¹⁶⁹
287. De d-g NMa concludeert dat tussen de betrokken ondernemingen sprake is geweest van overeenkomsten en/ of van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. De betrokken ondernemingen zijn overeengekomen en/ of hebben hun gedrag afgestemd om vijftien grote infrastructurele werken onderling te verdelen. De d-g NMa hecht in dit verband met name waarde aan de (voortdurende) vergaderingen van de betrokken ondernemingen, die ten minste tot en met oktober 2000 aanhielden (zie randnummer 54 e.v.) waarbij het onderliggende uitgangspunt was de omzetten en marges ten aanzien van deze werken stelselmatig en pons-ponsgewijze tussen de acht betrokken ondernemingen te verdelen (zie randnummer 56 e.v., m.n. randnummers 62, 68 en 78). Het betreft hier, zoals vermeld in randnummer 52 e.v., de navolgende vijftien werken: Herinrichting Noord-Oost Hoek; Aanpassen Infrastructuur D-Pier; Tijdelijke opstelplaatsen J-Gebied; B-pier; E-pier; T-106; Zuidtangent; Inpassing vijfde baan; Vijfde baan; A5-Zuid (verlengde Westrandweg); Knoop N22; Wegtracé Zuidtangent en N22; A10 West; N22 Zuid; en Van Heuven Goedhartlaan. In dit kader vond onderlinge afstemming plaats over de door de betrokken ondernemingen in te dienen inschrijfprijzen (zie o.m. de vergaderverslagen en notities, randnummer 56 e.v.). De uitwerking en uitvoering van deze overeenkomsten en/ of afgestemde gedragingen vond, zoals blijkt uit genoemde vergaderverslagen en notities, plaats tijdens bijeenkomsten van de betrokken ondernemingen. Er was derhalve sprake van een voortdurend proces van onderlinge afstemming hoe zij zich ten aanzien van de betrokken grote infrastructurele werken, jegens elkaar – en in bepaalde gevallen ook jegens derde-ondernemingen – zouden gedragen of zich van een bepaald gedrag zouden onthouden.
288. Uit het vorige randnummer blijkt, dat de betrokken ondernemingen afspraken hebben gemaakt over hoe zij zich op de markt zouden gedragen.¹⁷⁰ De beschreven gedragingen

¹⁶⁹ HvJ 8 juli 1999, *Hercules Chemicals/ Commissie*, zaak C-51/92P, pt. 264 en GvEA, 20 maart 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a.*, *supra* vorige voetnoot, pt. 187.

¹⁷⁰ De heer Bos verklaarde op 21 december 2001 aan de NMa (zie document 2873/3): "Voordat die aanbestedingen worden bezocht treft men elkaar en dan wordt de aanbesteding eigenlijk echt gedaan. Wordt de prijs afgemaakt. Kijken wie de laagste is."

kunnen dan ook worden gekwalificeerd als overeenkomsten in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, tussen betrokken ondernemingen.

289. Voor zover er geen sprake zou zijn van overeenkomsten in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, is sprake van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. De betrokken ondernemingen hebben immers door hun onderlinge coördinatie de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangen door een feitelijke samenwerking (zie randnummer 287 en de daar genoemde randnummers).¹⁷¹
290. De d-g NMa is dan ook van oordeel dat sprake is van overeenkomsten dan wel onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw tussen de betrokken ondernemingen. De d-g NMa wijst in dit verband nog eens op de administraties die zijn aangetroffen en de vorderingen c.q. verrekeningen die zijn gemaakt.¹⁷²

D. Mededingingsbeperkingen

291. 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.
292. Wanneer wordt vastgesteld dat een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, verhinderen of vervalsen behoeven voor de toepassing van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag en bijgevolg artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van een overeenkomst, dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging niet nader te worden onderzocht.¹⁷³ Om de strekking van een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging te bepalen, is voorts het oogmerk of de bedoeling van de betrokken ondernemingen niet relevant. Het volstaat dat de overeenkomst, dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging van dien aard is, dat zij de mededinging verhindert, beperkt of vervalst.¹⁷⁴
293. Een overtreding op artikel 6, eerste lid, Mw, kan behalve in een geïsoleerde handeling ook bestaan in een reeks handelingen of een voortdurend gedrag. Deze interpretatie wordt niet

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Zie o.m. randnummers 88 e.v. van dit besluit.

¹⁷³ Zie *supra* *Commissie/Anic Partecipazioni*, noot 168, pt. 99; zaak 56 en 58/64, 13 juli 1966, *Consten-Grundig Commissie*, Jurispr. 1966, p. 449.

¹⁷⁴ Zie zaak 56/65, 13 juni 1966, *Société Technique Minière*, Jurispr. 1966, p. 391; zaak 19/77, *Miller/Commissie*, Jurispr. 1978, p. 131, pt. 7.

aangetast door de mogelijkheid dat één of meer elementen van een reeks handelingen van een voortdurend gedrag op zich zelf genomen een schending van artikel 6, eerste lid, Mw zouden kunnen uitmaken.¹⁷⁵

294. Het samenhangend geheel van overeenkomsten en/ of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in deze zaak had tot doel dat de mededinging werd beperkt. De verschillende overeenkomsten en/ of gedragingen maken deel uit van een geheel van opeenvolgende activiteiten van de betrokken ondernemingen met als gemeenschappelijke doelstelling de uitschakeling of de beperking van de mededinging. Het geheel van opeenvolgende activiteiten past in het kader van een aantal door de acht betrokken ondernemingen ondernomen stappen die waren gericht op de werkenverdeling en ponds-pondsgewijze verdeling van omzetten en marges behorende bij de betreffende vijftien werken, genoemd in randnummer 287. Het zou derhalve gekunsteld zijn, deze voortgezette gedraging, die wordt gekenmerkt door één enkel doel, op te splitsen in verschillende gedragingen en als even zovele inbreuken te beschouwen.¹⁷⁶
295. Het gehele complex van de hiervóór beschreven werkenverdeling en ponds-pondsgewijze verdeling van omzetten en marges behorende bij de betrokken vijftien werken, vormt dan ook één enkele voortgezette overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw.
296. Voor een situatie waarin sprake is van aanbesteding hecht de d-g NMa waarde aan het arrest van het 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".¹⁷⁷ Dit betoog van de Commissie wordt door het Hof van Justitie onderschreven.¹⁷⁸
297. De overwegingen van het Hof van Justitie in het vorige randnummer besproken arrest,¹⁷⁹ zijn voor diverse aanbestedingsregelingen en -praktijken van verschillende verenigingen

¹⁷⁵ Vgl.: *supra Anic Partecipazioni/Commissie*, noot 168, pt. 81.

¹⁷⁶ Zie: GvEA, 17 december 1991, *Enichem Anic SpA/Commissie*, zaak T-6/89, Jurispr. 1991, p. II-1623, pt. 203 en 204 en *Anic Partecipazioni/Commissie*, *supra* noot 168, pt. 77. Zie ook: Beschikking van van de Commissie, 21 oktober 1998, *Voorgeïsoleerde buizen*, Pb. L 24/ 1, pt. 131.

¹⁷⁷ HvJ, 16 december 1975, *Suiker Unie e.a./Commissie*, gev. zaken 40-48/ 73 e.a., Jurispr. 1975, p. 1663, pt. 173-174, pt. 191-192 en pt. 559.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pt. 565.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pt. 173-174, pt. 191-192 en pt. 559.

waarvan Nederlandse bouwondernemingen direct of indirect lid waren, later specifiek bevestigd door het GvEA in haar arrest van 21 februari 1995.¹⁸⁰ *“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 85, eerste lid¹⁸¹ van het Verdrag oplevert”* (pt. 123).

298. Naast bovengenoemde jurisprudentie inzake aanbestedingen heeft het verdelen van de markt volgens artikel 81, eerste lid, onder c, EG-Verdrag ten doel de mededinging te beperken en is derhalve op grond van dit artikel, en dus ook op grond van artikel 6, eerste lid, Mw, verboden.¹⁸²
299. De onderhavige systematiek van verdeling van werken met als uitgangspunt een ponds-pondsgewijze verdeling van omzetten en marges is te vergelijken met marktaandeelquotasystemen waarvan de Commissie eerder expliciet heeft aangegeven dat deze verboden zijn op grond van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.¹⁸³ Immers, de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen dan wel hebben onderling afgestemd vijftien infrastructurele werken onderling te verdelen. Daarbij was het onderliggende uitgangspunt dat de omzetten en marges te behalen met deze werken onderling tussen de betrokken ondernemingen ponds-pondsgewijs zouden worden verdeeld.
300. In randnummer 287 is aangegeven, dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen en/ of hun gedrag hebben afgestemd om vijftien infrastructurele werken onderling te verdelen. De uitwerking en uitvoering van de gemaakte afspraken vonden plaats tijdens bijeenkomsten van de betrokken ondernemingen. In deze bijeenkomsten bepaalden de betrokken ondernemingen voorafgaand aan de inschrijving wie van hen welk werk zou mogen maken. In dit verband hebben de betrokken ondernemingen feitelijk afgestemd dan wel afspraken gemaakt over hun inschrijfgedrag en wel zodanig dat de door hen op voorhand aangeduide onderneming dan wel ondernemingen de laagste inschrijfprijs

¹⁸⁰ GvEA, 21 februari 1995, *SPO e.a./Commissie*, T-29/92, Jurispr. 1995, p. II-289 en Hof van Justitie, 25 maart 1996, *SPO/Commissie*, C-137/95-P, Jurispr. 1996, p. I-1611.

¹⁸¹ Thans artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.

¹⁸² Zie Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3/2, 6 januari 2001, paragraaf 18.

¹⁸³ Zie Commissie, *Voorgeïsoleerde buizen*, *supra* noot 176 pt. 147 en Beschikking van de Commissie d.d. 23 april 1986, *Polypropyleen*, Pb. L 230, pt. 80.

zou(den) indienen. Door deze handelwijze van de betrokken ondernemingen werd de kans op gunning van het werk aan een onderneming dan wel een combinatie van ondernemingen komend uit het midden van deze acht ondernemingen, zeker gesteld althans aanzienlijk vergroot. Indien zich derde-ondernemingen aandienden bij een aanbesteding, werd er kennelijk door de betrokken ondernemingen gesproken over het aan deze derde-ondernemingen aanbieden van op geld waardeerbare vergoedingen. Het is aannemelijk dat dit geschiedde om te voorkomen dat deze derden lager zouden inschrijven dan één van de betrokken ondernemingen (zie randnummer 215). Het vorenstaande wordt bevestigd door de verstrekte informatie van de betrokken aanbestedende diensten, zoals opgenomen in Bijlage XI, waaruit blijkt dat alle vijftien werken zijn gegund aan (combinaties van) de betrokken ondernemingen.

301. Gelet op het bovenstaande wordt vastgesteld, dat onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van de betrokken ondernemingen erop waren gericht de onderlinge (normaliter tussen hen bestaande) concurrentie ten aanzien van de vijftien betreffende werken te beperken. Bovendien werd ten aanzien van alle vijftien werken de concurrentie met derde-ondernemingen vervalst, beperkt dan wel verhinderd. De betrokken ondernemingen hebben derhalve ten aanzien van onderhavige vijftien werken welbewust feitelijke samenwerking in de plaats gesteld van concurrentierisico's.
302. Gezien de mededingingsbeperkende strekking van de betrokken gedragingen is in beginsel gegeven dat de mededinging merkbaar wordt beperkt en derhalve in strijd is met artikel 6 Mw. In dat verband moet tevens worden opgemerkt dat partijen geenszins aannemelijk hebben gemaakt dat de invloed op de mededinging zodanig gering is geweest dat geen sprake was van een overtreding van het verbod van artikel 6 Mw.
303. De betrokken gedragingen hebben (tevens) ten gevolge dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Zoals gezegd in randnummer 41 van dit besluit, behoren Ballast Nedam, Heijmans, HWZ, HBG, Koop, KWS, NBM en Vermeer, althans de concerns waarvan zij deel uit maken, tot de grootste bouwondernemingen in Nederland. Zij nemen een groot deel op het gebied van het aannemen en uitvoeren van infrastructurele werken in Nederland voor hun rekening. Derhalve hebben de betrokken gedragingen reeds hierom gevolgen voor de mededinging gehad.¹⁸⁴ Dat de betrokken gedragingen ook daadwerkelijke gevolgen hebben gehad, volgt voorts uit het feit dat alle betreffende vijftien werken zijn gegund aan (een combinatie van) de acht betrokken ondernemingen. Ten gevolge van de beperking van de concurrentie, hebben de aanbestedende diensten ten aanzien van deze werken dan ook niet kunnen profiteren van op basis van concurrentie tot stand gekomen prijzen. Zoals in randnummer 300 is aangegeven, hebben de betrokken ondernemingen

¹⁸⁴ Zie ook GvEA, 17 december 1991, *Enichem Anic SpA/Commissie*, zaak T-6/89, Jurispr. 1991, p. II-1623, pt. 216.

kennelijk gesproken over het aanbieden van op geld waardeerbare vergoedingen aan derde-ondernemingen teneinde te voorkomen dat deze derden lager zouden inschrijven dan één van de betrokken ondernemingen, hetgeen betekent dat door deze derden tegen een niet-concurrerende prijs zou worden ingeschreven. De concurrentie bij de aanbesteding van de vijftien werken is door de betrokken ondernemingen dan ook geheel althans grotendeels tenietgedaan.

304. Overigens wordt opgemerkt, dat uit het voorgaande ook reeds volgt, dat geen sprake is van een “zeer geringe” beïnvloeding van de betrokken markt. Zeven van de acht betrokken bouwondernemingen behoren tot de grootste bouwondernemingen in Nederland. Ook hun positie ten opzichte van de aanbestedende instanties (zoals Schiphol en Rijkswaterstaat) was er niet een van zwakte. Gezien hun deelname aan de aanbestedingen (na aanschrijving daartoe van de betrokken instanties), kan niet worden geoordeeld dat de betrokken ondernemingen een dermate zwakke positie op de markt hebben, dat moet worden aangenomen, dat zij slechts een minieme invloed konden uitoefenen op de concurrentie. Zoals hiérvóór is aangegeven, blijkt dat door hun overeenkomsten cq. gedragingen de betrokken bouwondernemingen in staat waren de concurrentie uit te schakelen danwel te vervalsen en dit ook hebben gedaan.

E. Conclusie met betrekking tot overeenkomsten/gedragingen

305. Ballast Nedam (Ballast Nedam Infra en Ballast Nedam Infra NW), HWZ en HBG, Vermeer, KWS, NBM, Heijmans, Koop en Ooms hebben met elkaar overeenkomsten gesloten danwel hun feitelijke gedragingen onderling afgestemd met betrekking tot de (uitvoering van de) aanbesteding (door Rijkswaterstaat, Schiphol, de Provincie Noord-Holland en de gemeente Haarlemmermeer) van vijftien in randnummer 287 genoemde infrastructurele werken, in de periode 1 januari 1998 t/m eind oktober 2000.
306. De d-g NMa concludeert dat genoemde overeenkomsten cq. gedragingen, zowel afzonderlijk als gezamenlijk, de mededinging hebben beperkt, verhinderd danwel vervalst in strijd met het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw.

F. Toerekening

307. De d-g NMa is van oordeel dat de geconstateerde overtredingen die zijn begaan door de ondernemingen zoals vermeld in randnummer 305 kunnen worden toegerekend aan Ballast Nedam Infra en Ballast Nedam Infra NW, HWZ en HBG, Vermeer, KWS, NBM, Heijmans, Koop en Ooms.

308. Wat Ballast Nedam Infra betreft dient het volgende te worden opgemerkt. Volgens het rapport is Ballast Nedam Infra onder haar toenmalige naam (Ballast Nedam Grond en Wegen) bij diverse van de betrokken vijftien projecten als partij betrokken. Partijen hebben echter in hun zienswijze opgemerkt dat Ballast Nedam Infra niet onder de handelsnaam 'Ballast Nedam Grond en Wegen' heeft gehandeld en ook niet de nog bestaande rechtspersoon Ballast Nedam Grond en Wegen BV (hierna ook: Ballast Nedam G&W) heeft opgevolgd. Hoe dit ook zij, Ballast Nedam Infra is sinds 1989 enig aandeelhouder en bestuurder van Ballast Nedam G&W.¹⁸⁵ Wanneer een moedermaatschappij 100% van de aandelen in een dochtermaatschappij bezit, mag ervan worden uitgegaan dat de moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed heeft op het gedrag van haar dochter.¹⁸⁶ De d-g NMa rekent derhalve de overtreding die begaan is door Ballast Nedam G&W en Ballast Nedam Infra geheel toe aan Ballast Nedam Infra.
309. Wat Ballast Nedam Infra NW betreft geldt het volgende. In het rapport werd opgemerkt dat de inbreuk zowel aan Ballast Nedam Infra NW als aan Ballast Nedam Infra dient te worden toegerekend. Partijen merkten in hun zienswijze op dat Ballast Nedam Infra pas sinds 20 oktober 2000 enig aandeelhouder van Ballast Nedam Infra NW is. Echter vóór 20 oktober 2000 was Ballast Nedam G&W enig aandeelhouder van Ballast Nedam Infra NW terwijl Ballast Nedam Infra sinds 1989 enig aandeelhouder van Ballast Nedam G&W is. De d-g NMa concludeert derhalve dat Ballast Nedam Infra tijdens de gehele duur van de overtreding enig aandeelhouder (al dan niet via Ballast Nedam G&W) van Ballast Nedam Infra NW is geweest. De d-g NMa concludeert hieruit dat Ballast Nedam Infra metterdaad, op basis van haar directe danwel indirecte 100% aandeelhouderschap, een beslissende invloed heeft op het gedrag van zowel Ballast Nedam Infra NW als Ballast Nedam G&W.¹⁸⁷ De overtreding van Ballast Nedam Infra NW wordt derhalve aan zowel Ballast Nedam Infra NW als Ballast Nedam Infra toegerekend, waarbij beide rechtspersonen, voor zover de sanctie een boete betreft, gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel.
310. Wat HBG en HWZ betreft dient het volgende te worden opgemerkt. Ten tijde van de overtreding, per april 2000, zijn de bij deze zaak betrokken activiteiten van HWZ (en HBW) ondergebracht bij HBG. De d-g NMa concludeert daarmee dat HWZ en HBG ten tijde van de overtreding afzonderlijk betrokken zijn geweest bij de overtreding op grond waarvan

¹⁸⁵ Ook wel handelend onder de naam Ballast Nedam Infra.

¹⁸⁶ Zie ook HvJ16 november 2000, zaak C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Commissie*, Jurispr. 2000, p. I-9925, pt. 29.

¹⁸⁷ *Ibid.*

hun de overtreding kan worden toegerekend. Voorts concludeert de d-g NMa dat HBG ook als economische opvolger van HWZ en HBW de overtreding toegerekend kan worden.¹⁸⁸

311. De d-g NMa is van mening dat het nuttig effect van de mededingingsregels wordt doorkruist indien ondernemingen, middels een wijziging in de rechtsvorm waarbij de in een zaak betrokken activiteiten van de ene rechtspersoon worden ondergebracht in een andere (nieuw opgerichte) rechtspersoon, mogelijke sancties door overtreding van de Mededingingswet zouden kunnen ontlopen. Dit kan onder omstandigheden ook gelden indien eerstgenoemde rechtspersoon op de datum van de vaststelling van de beschikking waarbij de overtreding wordt vastgesteld, nog steeds bestaat.¹⁸⁹
312. De d-g NMa rekent de overtreding met betrekking tot de activiteiten die ten tijde van de overtreding zijn overgegaan van HWZ naar HBG aan beide toe, waarbij beide rechtspersonen, voor zover de sanctie een boete betreft, gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel. De d-g NMa rekent de overtreding van HBG met betrekking tot de activiteiten die ten tijde van de overtreding zijn overgegaan van HBW naar HBG¹⁹⁰ geheel toe aan HBG.

4. Sanctie

4.1 Het juridisch kader; de Mededingingswet en de Richtsnoeren Boetetoemeting

313. 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 Boeterichtsnoeren).¹⁹¹
314. Bij het opstellen van de Boeterichtsnoeren 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

¹⁸⁸ Wat de economische opvolging van HWZ door HBG betreft kan opgemerkt worden dat deze conclusie ondersteund wordt door het gegeven dat HWZ in ieder geval in de periode 2000 tot en met 2002 geen omzet heeft gegenereerd.

¹⁸⁹ Zie GvEA EG 11 maart 1999, zaak T-134/94, *NMH Stahlwerke GmbH/Commissie*, Jurispr. 1999, p. II-239, pt. 127-138.

¹⁹⁰ Project A5-zuid, verlengde Westrandweg.

¹⁹¹ Zie Stcrt. 2001, nr. 248.

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 Boeterichtsnoeren (randnummer 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 mededinging,¹⁹² komt in de Boeterichtsnoeren tot uitdrukking in respectievelijk de zwaarte van de overtreding en de economische context.

315. 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 over de producten of diensten en het voordeel dat is behaald.¹⁹³ 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 (dus geen “beloning” van slecht ondernemingsbeleid), evenwel met dien verstande dat de boete niet een faillissement waarschijnlijk moet maken.¹⁹⁴
316. Ingevolge artikel 4:84 Awb dient de d-g NMa overeenkomstig de Boeterichtsnoeren te handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.
317. De boetesystematiek conform de Boeterichtsnoeren incorporeert een evenredigheidstoets. 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 de beoogde preventie, tot de potentiële gevolgen van de overtreding ((potentiële) voordeel voor de overtreder en de (potentiële) schade aan de mededinging) en tot de boetes die wegens dezelfde overtreding aan andere ondernemingen zijn opgelegd.¹⁹⁵
318. Voor het geval de systematiek niettemin tot een onredelijk resultaat mocht leiden, bepalen de Boeterichtsnoeren aan het slot,¹⁹⁶ dat de d-g NMa de boete vaststelt met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur en dat de d-g NMa van de Boeterichtsnoeren kan afwijken, indien onverkorte toepassing daarvan tot evidente onbillijkheid leidt. Tevens kan de d-g NMa krachtens randnummer 30 van de Boeterichtsnoeren onder bijzondere omstandigheden een symbolische boete opleggen. Ten slotte wordt een onredelijk hoge boete tegengegaan door het in artikel 57 Mw geregelde wettelijk maximum, terwijl artikel

¹⁹² Zie Regeringsstandpunt over inhoud Mededingingswet in adviesaanvraag aan SER (PG Mw, pag 83)

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Tweede Kamer, 24 707, nr. 3, p. 88-89 (toelichting op artikel 57 Mw).

¹⁹⁵ Boeterichtsnoeren, randnummer 8.

¹⁹⁶ *Ibid.*, randnummer 29.

56, derde lid, Mw een boete uitsluit in geval de betrokkene aannemelijk maakt dat hem geen verwijt kan worden gemaakt.

319. Toepassing van de Boeterichtsnoeren leidt volgens de d-g NMa in tegenstelling tot wat partijen hebben aangevoerd niet tot onevenredig hoge boetes. De d-g NMa ziet derhalve geen reden om af te wijken van de in de Boeterichtsnoeren beschreven systematiek.
320. De d-g NMa concludeert dat hij overeenkomstig de Boeterichtsnoeren mag en dient te handelen.

4.2 Toepassing van de Boeterichtsnoeren

321. Hieronder wordt de boete voor de betrokken ondernemingen aan de hand van de Boeterichtsnoeren 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.

(i) Betrokken omzet

322. Op grond van randnummer 15 van de Boeterichtsnoeren 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 en/ of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft.
323. De betrokken omzet kan blijkens randnummer 16 van de Boeterichtsnoeren niet in alle gevallen op bovenstaande wijze worden vastgesteld, zoals in geval van een verboden aanbestedingsafpraak (*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: "projectomzet" of "gegunde projectbedrag").¹⁹⁷ 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 (zie hieronder randnummer 324). Daarnaast doet zich de situatie voor dat bij één aanbesteding het project niet aan een van de betrokken ondernemingen is gegund maar aan een derde onderneming (project *Wegtracé Zuidtangent en N22, onderdeel Spieringweg*). Dat wil zeggen dat aan geen van de betrokken ondernemingen het project is gegund, terwijl zij onmiskenbaar artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden. Voor dat

¹⁹⁷ In casu is uitgegaan van de gegunde projectbedragen conform Bijlage XI, zie ook randnummer 325.

geval kan de betrokken omzet niet overeenkomstig randnummer 15 van de Boeterichtsnoeren worden vastgesteld.

-Toepassing Ficht snoeren

324. Bij een verboden aanbestedingsafspraken wordt - bezien 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). Daarom heeft de d-g NMa bij dit besluit gebruik gemaakt van de in randnummer 16 van de Boeterichtsnoeren geboden mogelijkheid om voor elke deelnemer afzonderlijk uit te gaan van de projectomzet. Teneinde een redelijke verhouding tussen het totaal van de boetes en de totale betrokken omzet te verzekeren, heeft de d-g NMa de in randnummer 16 geboden mogelijkheid echter niet ten volle gebruikt maar een middenweg gekozen. Daarover het volgende.
325. De d-g NMa stelt voor alle duidelijkheid voorop dat de betrokken omzet voor de aannemer die het project uitvoert (hierna: de uitvoerende aannemer), overeenkomstig randnummer 15 van de Boeterichtsnoeren kan worden vastgesteld. In casu heeft de d-g NMa deze systematiek conform randnummer 15 van de Boeterichtsnoeren gevolgd door uit te gaan van de gegunde bedragen van de projecten, zoals vermeld in Bijlage XI, ter bepaling van de betrokken omzet per uitvoerende aannemer.¹⁹⁸
326. Het voordeel van de niet-uitvoerende aannemers kan verschillende vormen aannemen, waaronder aanspraak op geld en aanspraak op werk. In de praktijk lopen de verschillende vormen 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.
327. Aansluitend bij die aanname heeft de d-g NMa besloten voor de niet-uitvoerende aannemers *gezamenlijk* als betrokken omzet éénmaal de gegunde projectbedragen te nemen. Voor iedere afzonderlijke niet-uitvoerende aannemer is de betrokken omzet dan

¹⁹⁸ Waar hierna de term 'gerealiseerde projectomzet(ten)' of 'projectomzet(ten)' gebruikt wordt dient dan ook 'gegund(e) projectbedragen(en)' gelezen te worden

gelijk aan het gegunde projectbedrag, gedeeld door het aantal niet-uitvoerende aannemers. Dit komt erop neer dat per niet-uitvoerende aannemers 1/7 van het projectbedrag dat hem niet gegund is hun tot zijn betrokken omzet wordt gerekend. Gezien de systematiek van de Boeterichtsnoeren werken deze verhoudingen door in de op te leggen boetes. De d-g NMa meent met deze opzet een evenredige toepassing aan de randnummers 15 en 16 van de Boeterichtsnoeren te hebben gegeven.

328. Deze opzet is, evenals andere onderdelen van de boetesystematiek van de Boeterichtsnoeren, 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 potentiële of daadwerkelijke kartelvoordeel of naar de verdeling daarvan, danwel naar de omvang van de (potentiële) schade.

-Toepassing Boeterichtsnoeren op niet gegund project

329. Indien een project niet aan een van de betrokken ondernemingen is gegund maar aan een derde-onderneming, hebben de betrokken ondernemingen geen van alle omzet gerealiseerd. In deze zaak heeft zich die omstandigheid voorgedaan bij het project *Wegtracé Zuidtangent en N22, onderdeel Spieringweg*. Ondanks dat met betrekking tot dit werk geen bedrag gegund is aan één van de betrokken ondernemingen, hebben de betrokken ondernemingen ook in het kader van de desbetreffende aanbesteding artikel 6 Mw overtreden en dient derhalve aan hen een met betrekking tot deze overtreding een gepaste sanctie te worden opgelegd. Wel moet ten behoeve van de boetetoemeting de betrokken omzet dan op andere wijze worden vastgesteld dan overeenkomstig randnummer 15 van de Boeterichtsnoeren; randnummer 16 van bedoelde Boeterichtsnoeren geeft daarvan voorbeelden.
330. De d-g NMa heeft overwogen de betrokken omzet op dezelfde wijze vast te stellen als in de andere gevallen van *bidrigging* en daartoe het aan de "derde" aannemer gegunde projectbedrag hoofdelijk toe te rekenen. Omdat project *Wegtracé Zuidtangent en N22, onderdeel Spieringweg*, noch aan de door partijen beoogde uitvoerende aannemer (Heijmans) evenmin als aan andere betrokken partijen is gegund, zou het onevenredig zijn de beoogde uitvoerende aannemer zwaarder te beboeten dan de niet-uitvoerende aannemers. De d-g NMa heeft daarom besloten het gegunde projectbedrag van het werk *Wegtracé Zuidtangent en N22, onderdeel Spieringweg*, over de niet-uitvoerende aannemers hoofdelijk te verdelen, derhalve te delen door acht. Ook dit acht de d-g NMa een evenredige toepassing van randnummers 15-16 van de Boeterichtsnoeren.

(ii) Boetegrondslag

331. Als *boetegrondslag* wordt conform de Boeterichtsnoeren 10% van de betrokken omzet genomen.¹⁹⁹ Hieronder zijn per onderneming de boetegrondslagen weergegeven op grond van de gegunde projectbedragen. Voor de berekening van de boetegrondslag per betrokken onderneming geldt het volgende. Ingeval het project gegund is aan één van de betrokken ondernemingen, is het hele gegunde projectbedrag aan die onderneming toebedeeld. Indien een project gegund is aan meerdere ondernemingen is het totale gegunde bedrag gedeeld in gelijke porties over het aantal ondernemingen (inclusief “derde” aannemers) dat het project heeft uitgevoerd. In het kader van de toepassing van de Boeterichtsnoeren kan de d-g NMa van een dergelijke evenredige verdeling van de gunningsbedragen uitgaan.

332. De eigen betrokken projectomzet per betrokken onderneming is door de d-g NMa als volgt vastgesteld (bedragen in Euro's en exclusief BTW):

a) Ballast Nedam		EUR 29.434.907
waarvan - Ballast Nedam Infra NW	EUR 3.225.810	
- Ballast Nedam Infra	EUR 26.209.097	
c) HBG en HWZ		EUR 28.909.195
waarvan - HWZ en HBG gezamenlijk	EUR 17.614.681	
- HBG afzonderlijk ²⁰⁰	EUR 11.294.514	
d) Vermeer		EUR 34.178.604
e) KWS		EUR 47.731.589
f) NBM		EUR 23.286.954
g) Heijmans		EUR 26.257.991
h) Koop		EUR 24.126.238
j) Ooms		EUR 18.000.100
Totaal		EUR 231.952.596

Deze bedragen vertegenwoordigen de projectomzet per betrokken onderneming.²⁰¹

334. De d-g NMa concludeert dat Vermeer in zijn verweer onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het gegunde bedrag voor wat betreft het project Vijfde Baan anders dient te luiden dan volgt uit Bijlage XI. Voorts heeft Vermeer onvoldoende aannemelijk gemaakt waarom de d-g NMa niet zou mogen uitgegaan van de gegunde bedragen zoals die blijken uit Bijlage XI.

¹⁹⁹ *Ibid.*, randnummer 18.

²⁰⁰ Dit betreft de overgenomen activiteiten van HBW.

²⁰¹ Het totaalbedrag omvat niet het werk Spieringweg, onderdeel van project *Wegtraac Zuidtangent en N22*, ten bedrage van EUR 3.353.346.

335. Door toepassing van de hierboven beschreven, op randnummers 15 en 16 van de Boeterichtsnoeren gebaseerde, systematiek komt de boetegrondslag per onderneming op de volgende bedragen neer (bedragen in Euro's):

a)Ballast Nedam	EUR 5.878.133
waarvan -Ballast Nedam Infra en Ballast Nedam Infra NW gezamenlijk	EUR 1.789.902
-Ballast Nedam Infra afzonderlijk	EUR 4.088.231
b)HBG en HWZ	EUR 5.833.072
waarvan - HBG en HWZ gezamenlijk	EUR 3.232.549
- HBG afzonderlijk	EUR 2.600.523
c)Vermeer	EUR 6.284.735
d)KWS	EUR 7.446.420
e)NBM	EUR 5.351.165
f)Heijmans	EUR 5.605.825
g)Koop	EUR 5.423.104
h)Ooms	EUR 4.898.006

Deze bedragen vertegenwoordigen, conform de hierboven vermelde systematiek, per onderneming, 10% van de eigen gegunde projectbedragen, plus 1/7 van 10% van de gegunde projectbedragen van de niet-uitvoerende aannemers, plus 1/8 van 10% van het werk Spieringweg (gegunde bedrag: EUR 353.346)

(iii) Zwaarte van de overtreding

335. Randnummer 11 van de Boeterichtsnoeren merkt verboden aanbestedingsafspraken (*bidrigging*), waarvan in casu sprake is aan als zeer zware overtredingen. Uit het voorafgaande blijkt, dat het gaat om verboden aanbestedingsafspraken, zodat de overtreding als zeer zwaar moet worden gekwalificeerd. Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van randnummer 20 van de Boeterichtsnoeren 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.
336. Vermeer heeft gesteld dat het in casu vijftien complexe industriële werken betreft, die elkaar op korte termijn opvolgden. Volgens Vermeer kwamen de acht betrokken ondernemingen k elkaar tegen door de aard van de werken en de gekozen aanbestedingsprocedure, en door de korte termijn waarbinnen deze werken gerealiseerd dienden te worden bestond er een noodzaak voor deze ondernemingen de beschikbare

capaciteit op verantwoorde wijze in te zetten. Derhalve dient de NMa deze overtredingen niet te kwalificeren als “zeer zware overtredingen”.

337. De d-g NMa acht bovenstaande argumenten niet valide om de overtreding anders dan zeer zwaar te kwalificeren.

(iv) Economische context en ernst van de overtreding; vaststelling basisboete

338. De hiervóór vermelde bandbreedte van 1,5 tot 3 maakt het mogelijk de ernst van de overtreding nader in te vullen naar gelang de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband kan de d-g NMa afhankelijk van het geval betekenis toekennen aan onder meer, 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.²⁰²
339. Bij de boeteoplegging in deze zaak neemt de d-g NMa met name het navolgende in acht. Zoals eerder aangegeven behoren zeven van de acht betrokken ondernemingen tot de grootste bouwondernemingen in Nederland en in het bijzonder in de grond-, wegen- en water sector (hierna: gww-sector).
340. In de gww-sector worden de meeste orders toegekend op basis van inschrijvingsprocedures waarvan de bedoeling is dat de gegadigden om de aanbestedingen concurreren. Ook in onderhavig geval hebben luchthaven Schiphol en Rijkswaterstaat, gemeente Haarlemmeer en Provincie Noord-Holland aanbestedingsprocedures uitgeschreven. Ondernemingen en overheden die aanbestedingsprocedures uitschrijven, hebben de rechtmatige verwachting dat de ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de deelnemers.²⁰³ In het onderhavige geval is deze verwachting ernstig geschonden doordat de betrokken ondernemingen onderlinge afspraken omtrent hun inschrijfgedrag hebben gemaakt.
341. Als gevolg hiervan hebben alle aan de aanbesteding deelnemende ondernemingen hun vertrouwelijke inschrijfprijzen uitgewisseld voorafgaand aan de aanbesteding, en tevens de prijs van de laagste inschrijver vastgesteld. Zij wisten, dat zolang de prijs van de laagste inschrijver binnen het budget van de aanbestedende instanties zou blijven, de laagste inschrijver de opdracht zou krijgen.

²⁰² Boeterichtsnoeren, randnummers 14 en 25.

²⁰³ Beschikking van de Commissie, *Voorgeïsoleerde buizen*, *supra* noot 183, pt.165.

342. De opvatting dat in een stelsel van aanbesteding de mededinging bij uitstek tot zijn recht dient te komen, geldt in het bijzonder voor de aanbesteding van publieke werken. Bij Europese aanbestedingsrichtlijnen en nationale aanbestedingsregelgeving is immers voorzien in verplichtingen ter zake van de door aanbestedende diensten in geval van aanbesteding van werken te volgen procedures, met het doel een grotere transparantie te bewerkstelligen door alle belangstellenden in staat te stellen onder vergelijkbare voorwaarden op de concrete vraag te reageren. Aldus wordt een situatie gecreëerd, waarin de aanbieders gelijke kansen hebben. Die moet niet worden vervalst door een systeem van onderlinge afstemming tussen de aanbieders, dat voorziet in systematisch belegde bijeenkomsten ter verdeling van werken en ter bepaling van inschrijfprijzen voorafgaande aan de inschrijving.
343. Op grond van het voorgaande is de d-g NMa van oordeel dat de overtreding een grote economische weerslag op de markt heeft en dat de (potentiële) schade als gevolg van deze overtreding voor luchthaven Schiphol, Rijkswaterstaat, gemeente Haarlemmermeer en Provincie Noord-Holland en de mededinging navenant is.
344. Gelet op de aard van de overtreding en de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden, waarbij met name wordt gewezen op het voortgezette en structurele karakter van de overtreding, de grootte en het belang van projecten waarop de overtreding betrekking heeft (grote infrastructurele werken), de grootte van de betrokken ondernemingen en de (potentiële) schade, acht de d-g NMa een rekenfactor van 2,25 aangewezen.
345. De basisboete (boetegrondslag maal 2,25), welke conform het voorgaande is vastgesteld kan overeenkomstig de volgende stappen worden aangepast op grond van individuele factoren.

(v) Boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden

346. De d-g NMa oordeelt dat partijen niet onkundig konden zijn van het verboden karakter van afspraken en gedragingen zoals de onderhavige. 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).²⁰⁴ 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. De inhoud en strekking van de SPO-beschikking kan partijen niet zijn ontgaan.

347. In dit verband is tevens van belang dat bij de inwerkingtreding van de Mw in het openbaar en specifiek is stilgestaan bij de 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.²⁰⁵
348. Ook de d-g NMa heeft in zijn persuitlatingen regelmatig bekend gemaakt dat bepaalde aanbestedingsregelingen in strijd zijn met het kartelverbod (zie bijvoorbeeld persbericht d.d. 23 november 1998, '*Voorlopig oordeel NMa: diverse aanbestedingsregelingen verboden*', zie ook persbericht van 17 december 2001, '*NMa handhaaft eerder verbod op aanbestedingsregelingen schildersbranche*').
349. Overeenkomstig de randnummers 26 tot en met 28 van de Boeterichtsnoeren, kan de d-g NMa de basisboete verhogen of verminderen in verband met boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen. De d-g NMa ziet op grond van bovenstaande overwegingen aanleiding de boete voor ieder van de betrokken ondernemingen te verhogen met 10%.
350. Vermeer heeft gesteld dat ten aanzien van boeteverlagende omstandigheden de overheid zelf kartelvorming bevordert heeft tot 1992, waarbij Vermeer verwijst naar een brief van toenmalig minister-president Lubbers aan de Europese Commissie d.d. 31 januari 1992. Ook daarna is volgens Vermeer de overheid niet direct opgetreden tegen deze overtredingen. Voorts stelt Vermeer niet op de hoogte te zijn geweest van de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie.
351. Wat er zij van de verwachtingen welke zouden zijn gewekt in de door Vermeer vermelde brief van een politieke ambtsdrager, deze kunnen geen geldig verweer opleveren voor schending van een wettelijke norm. Bovendien kan na de handhaving van het kartelverbod in de bouwsector door de Europese Commissie en het Hof van Justitie²⁰⁶ over de gelding

²⁰⁴ Europese Commissie, *Bouwnijverheid in Nederland*, Pb. L 92/1. De beschikking is onherroepelijk geworden bij het arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 1996, C-137/95-D *SPO v. Commissie*, Jurispr. 1996, p. I-1611. Zie ook GvEA EG, zaak T-29/92, 21 februari 1995, *SPO v. Commissie*, Jurispr. 1995, p. II-289, pt. 119.

²⁰⁵ Tweede Kamer 24 707, nr. 6, p. 5-6.

²⁰⁶ *Supra* voetnoot 204.

van die norm geen onduidelijkheid hebben bestaan. Het beroep op de beweerde onduidelijkheid kan in elk geval niet slagen.

352. De d-g NMa ziet derhalve geen aanleiding om de boetes te verlagen.

(vi) Berekening boetebedrag, wettelijk maximum

353. Per onderneming is de boetegrondslag vermenigvuldigd met rekenfactor 2,25 waarna de uitkomst in verband met het hierboven in randnummers 346-349 met 10% is verhoogd. De d-g NMa heeft vervolgens overeenkomstig artikel 57 Mw ambtshalve getoetst of de boete hoger zou zijn dan 450.000 EURO dan wel, indien dat meer is, hoger dan 10% van de netto-omzet van partijen in het jaar 2002. Deze bedragen worden voor de boeteoplegging naar beneden afgerond naar het meest dichtstbijzijnde duizendtal. De boetebedragen luiden als volgt (bedragen in Euro's):

a) Ballast Nedam Infra NW en Ballast Nedam Infra	EUR 14.548.000
<i>-waarvan beide gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor EUR 4.430.000, en</i>	
<i>-Ballast Nedam Infra afzonderlijk aansprakelijk wordt gesteld voor EUR 10.118.000²⁰⁷</i>	
b) HBG en HWZ	EUR 14.436.000
<i>-waarvan beide gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk wordt gesteld voor EUR 8.000.000, en</i>	
<i>-HBG afzonderlijk²⁰⁸ aansprakelijk wordt gesteld voor EUR 6.436.000²⁰⁹</i>	
c) Vermeer	EUR 11.248.000
d) KWS	EUR 18.429.000
e) NBM	EUR 12.190.000
f) Heijmans	EUR 13.874.000
g) Koop	EUR 6.283.000
h) Ooms	EUR 3.604.000

²⁰⁷ De verdeling tussen het gezamenlijke en het afzonderlijke deel is gebeurd door de gezamenlijke boetegrondslag van partijen, voor zover die gebaseerd is op de gegunde projectbedragen van niet-uitvoerende aannemers (1/7 van 10% van de aan niet-uitvoerende aannemers gegunde projectbedragen) en het aan een derde gegunde project (1/8 van 10% van het gegunde bedrag van het werk Spieringweg) gelijkelijk over de twee rechtspersonen te verdelen om vervolgens op te tellen bij de eigen, op de eigen totale projectomzet gebaseerde, boetegrondslag.

²⁰⁸ Boete op basis van de activiteiten die van HBW zijn overgegaan naar HBG.

²⁰⁹ *Supra* noot 207

(vii) Matiging van de boete, algemene beginselen van behoorlijk bestuur

354. De Boeterichtsnoeren geven in randnummers 29 en 30 de mogelijkheid een boete te matigen (algemene beginselen van behoorlijk bestuur, evidente onbillijkheid, symbolische boete).
355. 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 winst).
356. 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 Boeterichtsnoeren de boete een afgeleide is van de omzet die is behaald met de transacties waarmee de overtreding verband houdt. De basisboete is volgens de Boeterichtsnoeren maximaal 30% van de betrokken omzet (10% grondslag maal rekenfactor 3) en belooft in casu 22,5% (rekenfactor 2,25). De d-g NMa acht dat een redelijke verhouding. 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).
357. Ook waar het gaat om cumulatie, is van belang dat de boete een afgeleide is van de betrokken omzet. Zoals hierboven is uiteengezet, wordt daarmee beoogd dat de boete van meet af aan in een redelijke verhouding staat tot het (potentiële) voordeel voor de overtreder, tot de (potentiële)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 elementen. 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 gescheiden overtredingen heeft gerealiseerd. De d-g NMa hecht er aan de betrokken omzet als initiële en objectief te bepalen boetemaatstaf te handhaven, (juist) ook in geval van cumulatie.
358. Voor alle duidelijkheid herinnert de d-g NMa aan de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat de financiële positie van de onderneming in beginsel geen rol speelt bij de boetetoemeting.²¹⁰ Bovendien heeft geen van de betrokken ondernemingen feiten aangedragen waaruit de d-g NMa kan afleiden dat het vaststellen van een sanctie, rekening houdende met het bepaalde in artikel 57, eerste

²¹⁰ Tweede Kamer, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

lid, Mw tot evidente onbillijkheid zal leiden.

359. Een boete mag evenwel niet een faillissement waarschijnlijk maken. 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. In zoverre kan worden gesteld dat rekening wordt gehouden met cumulatie. Omdat bij oplegging van de een opvolgende boete rekening wordt gehouden met alle omstandigheden, wordt ook rekening gehouden met de eerder opgelegde boete. Van dreigend faillissement van de betrokken ondernemingen is in casu echter niet gebleken.
360. Concluderend ziet de d-g NMa geen aanleiding tot matiging van de boetes. De d-g NMa acht de bedragen in overeenstemming met de uitgangspunten zoals neergelegd in de Boeterichtsnoeren en de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur.

5. Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit legt:

- I. Ballast Nedam Infra Noord West B.V. en Ballast Nedam Infra B.V., statutair gevestigd te Nieuwegein een boete op van EUR 14.548.000, waarvan beide rechtspersonen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor EUR 4.430.000 en Ballast Nedam Infra B.V. afzonderlijk aansprakelijk wordt gesteld voor EUR 10.118.000.
- II. HBG Civiel B.V., statutair gevestigd te Gouda, en Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V., statutair gevestigd te Rijswijk, een boete op van EUR 14.436.000, waarvan beide rechtspersonen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor EUR 8.000.000 en HBG Civiel B.V. afzonderlijk aansprakelijk wordt gesteld voor EUR 6.436.000.
- III. Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., statutair gevestigd te Utrecht, een boete op van EUR 18.429.000.
- IV. Koop Tjuchem B.V., statutair gevestigd te Groningen, een boete op van EUR 6.283.000.
- V. NBM Noord-West B.V., statutair gevestigd te Zaandam, een boete op van EUR 12.190.000.
- VI. Ooms Avenhorn B.V., statutair gevestigd te Avenhorn, een boete op van EUR 3.604.000.
- VII. Vermeer Infrastructuur B.V., statutair gevestigd te Hoofddorp, een boete op van EUR 11.248.000.
- VIII. Wegenbouwmaatschappij J Heijmans B.V., statutair gevestigd te Rosmalen, een boete op van EUR 13.874.000.

Versie website

Dit besluit richt zich tot ieder van de hierboven genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

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