Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 4014 / 368
Betreft zaak: Openbaar Groen Maastricht

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) op de bezwaren gericht tegen het besluit van de Raad van 15 december 2005, kenmerk 4014_1-209.

1 Verloop procedure

1. Bij besluit van 15 december 2005 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad vastgesteld dat Kultuurtechniek Rooden B.V. en Holding H.J. Rooden B.V. (hierna: Rooden), Krinkels B.V. en Krinkels Holding B.V. (hierna: Krinkels)[1], Henssen B.V. en P. Henssen Holding B.V. (hierna: Henssen), BTL Uitvoering B.V. en B.T.L. Beheer B.V. (hierna: BTL), Dolmans Kultuurtechniek B.V.en Dolmans Landscaping Group B.V. (hierna: Dolmans), Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V. (hierna: Vaessen), Hoveniers -en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V. (hierna: Hollanders), Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V. (hierna: Oosterloo) een inbreuk hebben gemaakt op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) wegens het maken van afspraken over een vijftal aanbestedingen door
de gemeente Maastricht.

2. Op grond van de vastgestelde overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw heeft de Raad aan
de bovengenoemde ondernemingen een boete opgelegd.

[1] Op basis van de statutenwijziging, waarvan aan de NMa een afschrift is toegezonden d.d. 17 juli 2006, is de naam van Krinkels intussen gewijzigd in Hogenboom Beplantingen Maastricht B.V. (hierna: Hogenboom). Hieronder wordt in de overwegingen nog van Krinkels gesproken, omdat de naam van de onderneming ten tijde van de indiening van het bezwaar en de hoorzitting nog Krinkels luidde; in het dictum zal de onderneming worden aangeduid als Hogenboom.

3. Tegen het besluit zijn bezwaarschriften ingediend door Rooden, Krinkels, Henssen, BTL, Dolmans, Oosterloo en Vaessen (hierna: de bezwaarden). Hollanders heeft geen bezwaarschrift ingediend.
4. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, Mw heeft de Raad deze bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).

5. Op 8 juni 2006 zijn de bezwaarden, met uitzondering van Oosterloo, alsook de Raad naar aanleiding van de ingediende bezwaren door de Adviescommissie gehoord. Van dit horen is een verslag opgemaakt, dat op 28 juni 2006 aan bezwaarden en de Raad is toegestuurd.

6. Op 1 september 2006 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). De Adviescommissie adviseert de Raad het besluit op bezwaar vorm te geven onder toewijzing dan wel verwerping van de bezwaren als in het Advies aangegeven. De Adviescommissie heeft de Raad tevens geadviseerd om een nader onderzoek in te stellen naar de rol van de gemeente Maastricht om zeker te zijn van de juistheid van
de toerekening van het onrechtmatige gedrag en de sanctionering van de bezwaarden. Tevens heeft de Adviescommissie de Raad geadviseerd nader onderzoek in te stellen naar de mogelijke betrokkenheid van andere ondernemingen bij de bij het besluit van 15 december vastgestelde overtreding van de Mededingingswet.

7. De Raad heeft besloten om het Advies met betrekking tot het doen van nader onderzoek naar de rol van de Gemeente Maastricht en de rol van andere ondernemingen te volgen. Dit laatstgenoemde onderzoek heeft erin geresulteerd dat voor Van der Linden een separate boeteprocedure is gevolgd teneinde haar alle waarborgen te geven die de Mededingingswet en de Awb bieden.[2]

8. Op 17 oktober 2006 heeft de Raad de directeur van de Directie Concurrentietoezicht verzocht om nader onderzoek te doen naar de rol van de gemeente Maastricht.[3]
Bij het nadere onderzoek zijn onder meer verklaringen opgenomen van de voormalig wethouder van Stadsbeheer en Sport van de gemeente Maastricht en van een tweetal bij de gemeente Maastricht werkzame ambtenaren. Van deze verklaringen zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt die zijn opgenomen in het dossier.[4]Tevens zijn alle

[2] Zie het sanctiebesluit in zaak 5698 van gelijke datum als dit besluit.

[3] 5698/42.

[4] 5698/68 -70.

betrokken ondernemingen verzocht nadere inlichtingen te verschaffen over de rol van de gemeente Maastricht.

9. Naar aanleiding van de bevindingen van het nadere onderzoek naar de rol van de gemeente Maastricht zijn de betrokken ondernemingen, inclusief Van der Linden, op 12 april 2007 door de Adviescommissie in de gelegenheid gesteld om te worden gehoord. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat aan partijen is toegezonden. Het aanvullende Advies van de Adviescommissie naar aanleiding van dit aanvullende onderzoek is vastgesteld op
23 juli 2007.

10. De Raad heeft zich ervan vergewist dat beide Adviezen zorgvuldig zijn tot stand gekomen.

2 Hoofdlijnen van dit besluit

11. De Raad neemt bij dit besluit het Advies alsmede het aanvullende Advies deels over. Meer in het bijzonder betreft dat het advies over de volgende bezwaren:
    - vooringenomenheid (ongegrond);
    - partijdigheid (ongegrond);
    - beperkt verband tussen vooroverleg en overeenkomsten met de gemeente (ongegrond);5
    - hantering van de Scheemda-lijn (ongegrond);
    - geen korting voor kleine ondernemingen (ongegrond);
    - evident onbillijke boete (ongegrond);
    - toerekening aan moedermaatschappij BTL (ongegrond);
    - toerekening aan moedermaatschappij Krinkels(ongegrond);
    - geen boetevermindering voor niet-zittende ondernemingen (gegrond);
    - rekenfactor 2 (ongegrond);
    - alleen boetevermindering wegens betaalde schadevergoeding bij niet-betwisten (ongegrond);
    - boete leidt tot faillissement Oosterloo (ongegrond);
    - te weinig vermindering wegens door Oosterloo betaalde schadevergoeding (ongegrond).

[5] De Raad bevestigt dat de uitleg die de Adviescommissie geeft aan randnummer 106 van het besluit in primo (in randnummer 44 van het advies) de juiste is, in die zin dat in dit randnummer ten aanzien van de feiten wordt geconcludeerd dat de schriftelijke overeenkomsten zijn gesloten met de partijen die volgens de afspraak in het vooroverleg de opdracht zouden verwerven.

12. Eerder al had de Raad het advies opgevolgd om nader onderzoek te doen naar de rol van de gemeente Maastricht en naar de rol van Van der Linden. Het resultaat van het onderzoek naar de rol van de gemeente Maastricht komt hierna onder III aan de orde. Het onderzoek naar de rol van Van der Linden heeft aanleiding gegeven tot een separate sanctieprocedure onder nummer 5698.

13. Voor zover van de Adviezen is afgeweken is dat hierna onder III per bezwaar aangegeven en gemotiveerd.

14. Onder IV van dit besluit behandelt de Raad tot slot enkele bezwaren waarover de Adviescommissie geen specifiek inhoudelijk advies heeft uitgebracht

15. Beide Adviezen zijn aan dit besluit gehecht en maken hiervan integraal onderdeel uit, voor zover daarvan niet is afgeweken. Ter motivering van het onderhavige besluit verwijst
de Raad derhalve ex artikel 3:49 Awb naar de Adviezen en tevens naar de hieronder opgenomen motiveringen.

3 Behandeling bezwaren voor zover de Raad afwijkt van de Adviezen

Bezwaar tegen te weinig boetevermindering vanwege de rol van de gemeente Maastricht

16. Naar aanleiding van de nadere onderzoeksbevindingen overweegt de Adviescommissie in randnummer 14 van het aanvullende Advies: “Uit deze aanwijzingen tezamen genomen, bezien in hun context, volgt naar het oordeel van de Adviescommissie dat het aannemelijk is dat de ondernemingen tot en met december 2003, en wellicht zelfs tot 14 januari 2004, niet op de hoogte waren van het feit dat de Gemeente het groenonderhoud niet via haar eigen sociale werkvoorzienings- c.q. groenonderhoudsonderneming MTB, met onderaanneming waar nodig, zou willen uitvoeren in 2004 maar via openbare aanbesteding, waarbij nog zij aangetekend dat wethouder Keijmis voorstander was en is van de MTB constructie (zie de verklaring van Keijmis onderaan p. 4).”

17. De Adviescommissie concludeert daarom “dat de uitkomst van het nader onderzoek dient te leiden tot een boetevermindering van meer dan 30%, nu de betrokkenheid van de gemeente Maastricht zich uitstrekt over een langere periode dan die in het bestreden besluit heeft geleid tot een boetevermindering van 30%.”

18. De Raad overweegt dat in het besluit in primo een boetevermindering van 30% is toegepast in verband met het feit dat de gemeente Maastricht in de eerste helft van 2003 regelmatig overleg heeft gevoerd met de zittende ondernemingen over de voortzetting van
de bestaande relatie en, toen toch werd besloten tot openbare aanbesteding over te gaan, de ondernemingen daarvan niet tevoren op de hoogte heeft gesteld.

19. Voorts overweegt de Raad dat de conclusie van de nadere onderzoeksbevindingen met betrekking tot de rol van de gemeente Maastricht, luidt: "(..) Uit de verklaringen van Maar en de informatieverstrekking van Henssen (geen zittende aannemer)blijkt echter dat Vissers zich ook nog na het verschijnen van de notitie van 7 juli 2003 inzette voor de constructie MTB. Door de betrokken ondernemingen is, met uitzondering van het gesprek van
31 oktober 2003 dat Henssen heeft genoemd, niet meer informatie over de gemeente Maastricht boven tafel gekomen waaruit zou blijken dat de gemeente tot op het laatste moment voor de aanbesteding voortzetting van haar eerdere verhoudingen met
de betrokken ondernemingen ambieerde. Van contact tussen de gemeente Maastricht en
de betrokken ondernemingen zoals dat in het eerste halfjaar van 2003 nog regelmatig plaatsvond, was in het najaar van 2003 geen sprake. (..)"

20. Uit het nadere onderzoek is naar het oordeel van de Raad derhalve niet gebleken dat de gemeente een andere rol heeft gespeeld dan waarvan in het besluit in primo is uitgegaan. De rol van de gemeente bestond er uit dat zij voorafgaand aan de aanbesteding
de ondernemingen de indruk had gegeven dat het werk als vanouds verdeeld zou worden
en dat geen openbare aanbesteding zou plaatsvinden.

21. De gemeente stond op een gegeven moment voor de keus over te gaan tot openbare aanbesteding dan wel ervoor te kiezen het werk te laten doen door MTB, waar nodig met onderaanneming. De gemeente koos uiteindelijk voor openbare aanbesteding. Vanaf dat moment was van een verplichting of stimulering van de kant van de gemeente voor de ondernemingen om tot vooroverleg over te gaan geen sprake meer.
De omstandigheid die in het besluit in primo tot boetevermindering heeft geleid, is met name het feit dat de gemeente de ondernemingen met haar gedrag voorafgaand aan de aanbesteding op het verkeerde been had gezet.

22. Naar het oordeel van de Raad is uit het nadere onderzoek niet gebleken van een verdergaande of langer durende rol van de gemeente dan waarvan in het besluit in primo al was uitgegaan.

23. Op grond hiervan besluit de Raad het aanvullend Advies niet te volgen, het bezwaar ongegrond te verklaren en vast te houden aan een boeteverminderingvan 30%.

Bezwaar tegen toepassing van de algemene Boeterichtsnoeren

24. De Adviescommissie is met de Raad van oordeel dat toepassing van de wijze van boetetoemeting zoals die is gehanteerd voor enkele deelsectoren in de "bouw"[6] niet in aanmerking komt, maar vindt anderzijds dat onverkorte toepassing van de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting[7] achterwege dient te blijven. De Adviescommissie is van mening dat de Raad, voor zover hij onderscheid had wensen te maken tussen zaken van vóór en na de schoon schip oproep, dit aan de ondernemingen in de sector kenbaar had moeten maken, temeer omdat de keuze voor de Richtsnoeren boetetoemeting een feitelijke verzwaring betekent.

25. De Raad wijst erop dat tijdens de besprekingen in de Tweede Kamer die geleid hebben tot de oproep van het kabinet aan de "bouw" en aanverwante sectoren om schoon schip te maken, zowel het kabinet als de Tweede Kamer de bedoeling hebben uitgesproken af te rekenen met de overtredingen die in het verleden waren begaan om vervolgens met een schone lei verder te kunnen. Zowel het kabinet als de Tweede Kamer waren van mening dat in dit kader de overtredingen die zijn begaan in de periode van januari 1998 tot 1 januari 2003 moesten worden aangemeld bij de NMa. De oproep van het kabinet om schoon schip te maken heeft dan ook expliciet betrekking op het geven van openheid van zaken over het verleden "ten aanzien van handelen in strijd met het mededingingsrecht in de periode vanaf 1 januari 1998 tot 1 januari 2003".[8] Het vóór 1 mei 2004 bij de NMa aanmelden van de uit deze periode daterende overtredingen zou ertoe leiden dat de betrokken ondernemingen niet door de (Rijks)overheid zouden

---

[6] Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-deelsector (Stcrt. 14 oktober 2004, nr. 198), Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de Installatie-deelsector (Stcrt. 22 april 2005, nr. 78) en Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke & utiliteitsbouw (Stcrt. 6 september 2005, nr. 172) en Rectificatie boetetoemeting mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke & utiliteitsbouw (Stcrt. 12 oktober 2005, nr.198).

[7] Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, besluit van de d-g NMa van 19 december 2001 (Stcrt. 19 december 2001, nr. 248).

[8] TK 28 244, nr. 64, Enquête Bouwnijverheid, brief van de ministers van Economische Zaken en van Justitie.

worden uitgesloten van nieuwe opdrachten.
Daarnaast zou vrijwillige aanmelding leiden tot boeteclementie van de NMa.
Tegen overtredingen die nog waren begaan na 1 januari 2003, zou blijkens de parlementaire discussie daarentegen hard opgetreden moeten worden. Waar de vele overtredingen in
de "bouw" en aanverwante sectoren, die in het kader van de schoon schip procedure vóór
1 mei 2004 bij de NMa zijn aangemeld, een doelmatige, vereenvoudigde afhandeling behoefden, heeft de NMa een specifieke procedure en een specifieke bekendmaking inzake de boetetoemeting vastgesteld.

26. De overtredingen in de onderhavige zaak dateren echter van februari 2004 en vallen alleen al daarom duidelijk buiten de periode waarvoor de specifieke aanpak van de zaken en ook de specifieke bekendmakingen inzake de boetetoemeting zijn ontwikkeld.

27. Aangezien de specifieke bekendmakingen inzake de boetetoemeting voor de "bouw"- en de "groen"-sector, zoals ook door de Adviescommissie wordt beaamd, niet in aanmerking komen, staat daarmee naar het oordeel van de Raad tevens vast dat de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting moeten worden toegepast. Anders dan de Adviescommissie ziet de Raad geen reden waarom dit tevoren aan de sector kenbaar had moeten worden gemaakt. In de specifieke bekendmakingen zelf is immers duidelijk gemaakt waarom en voor welke gevallen is afgeweken van de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting en in plaats daarvan de betrokken specifieke bekendmakingen zijn toegepast. De Raad herinnert in dit verband aan artikel 4.84 Awb, waarin een bestuursorgaan wordt verplicht te handelen overeenkomstig een door dat orgaan vastgestelde beleidsregel. De Raad heeft daarom besloten het Advies van de Adviescommissie op dit punt niet te volgen en het bezwaar ongegerond te verklaren.

Bezwaar tegen berekening betrokken omzet over drie jaar

28. In het besluit in primo is de Raad uitgegaan van de omzet die daadwerkelijk op basis van
de aanbesteding is behaald. De aanbesteding zag op één jaar met de mogelijkheid van verlenging tot drie jaar. Aangezien de mogelijkheid tot verlenging ter beoordeling stond van de gemeente, is de Adviescommissie van oordeel dat de boete berekend zou moeten worden op basis van de omzet die met het bod kon worden behaald tot aan de verlenging, dus over één jaar.

29. Het doel van het vooroverleg in de onderhavige zaak was om de aanbesteding te ondergraven en ervoor te zorgen dat het werk gedaan zou kunnen worden door de partij

die daarvoor in het vooroverleg was aangewezen. De exclusieve onderhandelingen die de gemeente vervolgens met deze partij is aangegaan, hebben geresulteerd in een contract voor drie jaar. De onderling tussen partijen overeengekomen werkverdeling heeft
de concurrentie derhalve gedurende drie jaar beperkt en de omzet die dankzij het vooroverleg is behaald kan dus beschouwd worden als de omzet die "kon worden gerealiseerd op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend."

30. In tegenstelling tot wat partijen op dit punt aanvoeren, gaat het hier niet om de verwachting die partijen op het moment van het vooroverleg hadden over de periode waarvoor
de concurrentiebeperking zou gelden, maar om de daadwerkelijk gerealiseerde duur van de concurrentiebeperking. Dat geldt ook voor een kartel dat los van een aanbestedingsprocedure wordt overeengekomen. Ook daar kan de duur afhankelijk zijn van externe omstandigheden en niet alleen van de wil van partijen en ook daar geldt dat de omzet die gedurende de looptijd van het kartel is gerealiseerd, de grondslag vormt voor de berekening van de boete.

31. In de onderhavige zaak is de concurrentie gedurende drie jaar daadwerkelijk beperkt. De Raad houdt daarom onder ongegrond verklaring van het bezwaar vast aan de in het besluit in primo gekozen lijn om de omzet van drie jaar als de betrokken omzet aan te merken.

Bezwaar tegen 10% van de betrokken omzet als grondslag voor de boetebepaling

32. In het verlengde van haar advies om de Richtsnoeren boetetoemeting niet onverkort toe te passen, adviseert de Adviescommissie te motiveren waarom in casu 10% van de betrokken omzet het aangewezen percentage is als grondslag voor de boetebepaling.

33. De Raad wijst erop dat in de Richtsnoeren boetetoemeting is aangegeven dat de NMa een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet van de betreffende onderneming hanteert. Dit geldt in zijn algemeenheid voor alle ondernemingen die een boete krijgen opgelegd wegens overtreding van artikel 6 of 24 Mw. De verdere wijze van boetetoemeting biedt de mogelijkheid de boete af te stemmen op de eisen van proportionaliteit per geval. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor. De specifieke omstandigheden van iedere onderneming kunnen vervolgens leiden tot een verhoging of verlaging van het op deze wijze berekende boetebedrag, waarna nog een toetsing aan het boetemaximum en de billijkheid volgt De Raad wijst er voorts op dat het systeem van de Richtsnoeren boetetoemeting, met inbegrip van de boetegrondslag van 10%, door de rechter is

aanvaard.9 Hierom en omdat de Raad geen aanleiding ziet om de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting niet onverkort toe te passen, zoals hiervoor aangegeven, is er naar de mening van de Raad geen reden om een nadere motivering te geven voor de hantering van het percentage van 10% als grondslag voor de boetebepaling. De Raad acht derhalve het bezwaar tegen de boetegrondslag ongegrond.

Bezwaar tegen boeteverhoging wegens voorafgaande openbare bouwfraude-problematiek

34. In het verlengde van haar advies om de Richtsnoeren boetetoemeting niet onverkort toe te passen en omdat de Adviescommissie van mening was dat de Raad het onderzoek niet voldoende zorgvuldig had uitgevoerd, achtte de Adviescommissie het in haar eerste Advies onbillijk om de boetes te verhogen met 30%.

35. De Raad wijst er in de eerste plaats op dat in navolging van het eerste Advies van de BAC nader onderzoek is gedaan. De Raad acht dit argument tegen de boeteverhoging van 30% daarom niet meer aan de orde.

36. Vervolgens wijst de Raad erop dat onder meer de volgende omstandigheden de Raad aanleiding gaven om de boetes te verhogen: alle publiciteit en ontwikkelingen in het kader van het vooroverleg bij de aanbestedingen in de bouw, zoals de Europese besluitvorming en jurisprudentie over de Nederlandse aanbestedingsafspraken, de aandacht daarvoor in
de media in de periode 1993-1999 (onder meer Cobouw), de Zembla-uitzending, het instellen van de parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid (PEC), het door de PEC uitgebrachte eindrapport, de verontwaardiging die over de daarin beschreven conclusies in de samenleving ontstond, de gedragscode die de bouwsector naar aanleiding daarvan voor zichzelf had opgesteld, de algemene roep om schoon schip te maken, het feit dat de Telegraaf op de zaterdagochtend voorafgaand aan de dinsdag waarop partijen bijeen kwamen in Lanaken, publiceerde dat zij de beschikking had gekregen over een tweede schaduwboekhouding (over de utiliteitssector), de commotie die daarover in het weekend ontstond en ten slotte het in reactie daarop gevoerde overleg in de Tweede Kamer
(op diezelfde dinsdag als waarop het gewraakte vooroverleg plaatsvond) en de oproep van het kabinet om schoon schip te maken. Ondernemingen, die onder dergelijke omstandigheden een verboden aanbestedingsafspraak maken hebben naar het oordeel van de Raad een strenge aanpak nodig. Dit is dan ook de reden dat de Raad besloten heeft in deze zaak boeteverhogende omstandigheden aanwezig te achten, evenals het geval is geweest in een eerdere zaak. Zo heeft de Raad in zaak 3272 (herprofilering

[9] Recentelijk bijvoorbeeld bij de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de zaak van de Mobiele Operators, zaak 2658, randnummer 264.

Amsterdam-Noord) het percentage van de boete met 20% verhoogd in verband met de publiciteit die toen al had plaats gevonden rond de bouwfraude. De schoon schip-oproep was toen nog niet gedaan.

37. De Raad acht derhalve het bezwaar ongegrond.

Rekenfactor

38. De Adviescommissie acht onder verwijzing naar de Dakdekkers-zaken een rekenfactor van 2.00 in onderhavig geval te hoog, omdat enkel sprake is van werkverdeling, partijen van te voren niet aan elkaar bekend hebben gemaakt welke inschrijfprijzen zij zouden hanteren en er geen rekenvergoeding is afgesproken. De Adviescommissie is daarom van mening dat
de rekenfactor in het besluit op bezwaar 1.75 dient te zijn.

39. De Raad wijst erop dat bij marktverdeling de concurrentie geheel en al ophoudt; bij een volledige marktverdeling kan iedere onderneming zich als monopolist gedragen. Marktverdeling is daarom een zeer ernstige overtreding, ook (of juist) als dat gebeurt in de vorm van een aanbestedingsafspraak. Op de prijs die voor het op deze wijze verdeelde werk tot stand komt, heeft de concurrentie geen invloed gehad. Dat was ook in
de onderhavige zaak het geval. De ondernemingen hadden het werk onderling verdeeld en wisten van elkaar tegen welke prijzen zij moesten inschrijven om die onderlinge verdeling tot stand te brengen. Zij zijn er dan ook in geslaagd de aanbesteding zodanig te beïnvloeden dat de resultaten daarvan overeenkwamen met de tijdens het vooroverleg afgesproken werkverdeling. Dat in de onderhavige zaak geen rekenvergoeding is afgesproken, betekent daarom niet dat sprake is van een minder ernstige beperking van
de concurrentie.

40. De Raad is van oordeel dat een rekenfactor 2.00 op zijn plaats is voor de onderhavige overtreding en acht het bezwaar ongegrond.

Bezwaar tegen lagere boetevermindering wegens door Rooden betaalde schadevergoeding

41. De Adviescommissie is van mening dat de omstandigheid dat Rooden thans de feiten van het rapport niet betwist en een schikking met de gemeente heeft bereikt, dezelfde korting rechtvaardigt die aan de andere ondernemingen wegens schadeloosstelling is toegekend.

42. De Raad wijst erop dat alleen dan sprake is van "uit eigen beweging meewerken" aan het onderzoek van de NMa in de zin van de Boeterichtsnoeren, als ondernemingen

voorafgaand aan het besluit de feiten zoals in het rapport niet betwisten. De NMa is pas echt gebaat bij het meewerken als dat tijdens het onderzoek gebeurt, maar in ieder geval vóór het boetebesluit. Alleen in die situatie is er aanleiding tot vermindering van de boete. De Raad is daarom van mening dat er geen aanleiding is tot boeteverlaging over te gaan als pas in de bezwaarfase sprake is van het niet-betwisten van de feiten. De betrokken ondernemingen zijn in de primaire fase bij herhaling geïnformeerd over de beloning voor het niet-betwisten van de feiten in uitsluitend die fase en Rooden heeft, naar mag worden aangenomen, bewust en bij herhaling in de primaire fase afgezien van het niet-betwisten.
De Raad volgt daarom het Advies op dit punt niet en verklaart het bezwaar ongegrond.

4 Overige bezwaren

(vertrouwelijk)

43. (vertrouwelijk)

44. (vertrouwelijk)

Bezwaar Krinkels tegen toerekening combinatie-omzet

45. Krinkels stelt dat de Raad ten onrechte de gehele omzet van de combinatie van Krinkels met Henssen aan Krinkels heeft toegerekend.

46. Ten aanzien van het bezwaar tegen de toerekening door de NMa van de gehele omzet van de combinatie Henssen/Krinkels aan Krinkels, merkt de Raad op dat mede op basis van
de verklaringen van Krinkels zelf, vastgesteld moet worden dat Henssen in de praktijk geen werkzaamheden heeft verricht en dus geen omzet heeft behaald. Er is ook na de zitting van de Adviescommissie door Henssen noch Krinkels bewijs overgelegd op grond waarvan geconcludeerd zou moeten worden dat dit anders was. De Raad ziet derhalve geen aanleiding het besluit in primo op dit punt aan te passen.

5 Aanvulling

47. In verband met de met ingang van 1 oktober 2007 in werking getreden wijziging van de Mededingingswet en met name de daarin opgenomen uitbreiding van artikel 7 Mw, stelt de Raad het volgende vast.

48. Ervan uitgaande dat de aanbodzijde van de relevante markt bij een aanbesteding bestaat uit de ondernemingen die op de aanbesteding hebben ingeschreven en gelet op het feit dat in casu acht van de zestien ondernemingen die op de aanbesteding hebben ingeschreven, bij het vooroverleg betrokken waren, waaronder enkele grote landelijk opererende ondernemingen, kan er van worden uitgegaan dat het marktaandeel van de bij
de overtreding betrokken ondernemingen groter was dan 5%. De overtreding valt derhalve niet onder de uitzondering van het tweede lid van artikel 7 Mw.

6 VII (vertrouwelijk)

49. (vertrouwelijk)

7 BESLUIT

I. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit herroept het besluit van 15 december 2005, behoudens voor zover het betreft Hollanders; in de plaats daarvan legt de Raad

aan Kultuurtechniek Rooden B.V. en Holding H.J. Rooden B.V.,
beide statutair gevestigd te Meerssen, een boete op van € 267.000, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

aan Hogenboom Beplantingen Maastricht B.V., statutair gevestigd te Maastricht, een boete op van € 21.800,

aan Henssen B.V. en P. Henssen B.V., beide statutair gevestigd te Schinnen, een boete op van € 82.000, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

aan BTL Uitvoering B.V. en B.T.L. Beheer B.V., beide statutair gevestigd te Haaren, een boete op van € 71.500, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
aan Dolmans Kultuurtechniek B.V. en Dolmans Landscaping Group B.V., beide statutair gevestigd te Bunde, een boete van € 302.500, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

aan Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V., statutair gevestigd te Meerssen, een boete op van € 167.500;

aan Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V., statutair gevestigd te Maastricht, een boete op van € 74.000.

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

Besluit van 16 oktober 2007, zoals hersteld bij besluit van 14 november 2007.

Datum: 14 november 2007

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,

Namens deze,
overeenkomstig het door de Raad genomen besluit,

(w.g.) P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

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