Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

26 JULI 2007

Nederlandse Mededingingsautoriteit
Juridische Dienst
t.a.v. mr. M.T.P.J. van Oers
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

Afd.: JD/CT
Registratiedatum: 26 JUL 2007
Nr.: 4014-1/338

Datum	*Uw kenmerk*	*Ons kenmerk*	*Bijlage(n)*
25 juli 2007			1

Onderwerp
Nader advies in zaak 4014

Geachte mevrouw Van Oers,

Hierbij doe ik u toekomen het nader advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet in zaak 4014, Openbaar Groen Maastricht. Dit nader advies is vastgesteld op 23 juli 2007.

Met vriendelijke groet,

Mr. H.H.B. Vedder
secretaris Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

Secretariaat *Postbus 16326* *2500 BH Den Haag* *Muzenstraat 81* *2511 WB Den Haag* *T: [070] 330 33 30* *F: [070] 330 33 70*

Advies naar aanleiding van het nader onderzoek in zaaknr. 4014 Openbaar Groen Maastricht

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: prof. mr J. Borgesius (voorzitter), prof. dr J.A.H. Maks, mr M. Sikkens, mr M.J.S. Korteweg-Wiers en mr H.H.B. Vedder (tevens secretaris)

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 15 december 2005 in zaaknummer 4014 (hierna: het bestreden besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) vast dat Krinkels B.V. en Krinkels Holding B.V. (hierna Krinkels), P. Henssen Hoveniersbedrijf B.V. (hierna Henssen), Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V. (hierna Oosterloo), Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V. (hierna Vaessen), 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), Kultuurtechbiek Rooden en Holding H.J. Rooden B.V. (hierna Rooden) en Hoveniers- en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V. (hierna Hollanders) een inbreuk hebben gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) waarvoor een boete is opgelegd aan Krinkels, Henssen, Oosterloo, Vaessen, BTL, Dolmans, Rooden en Hoveniers- en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V. (hierna: gezamenlijk aan te duiden als: de ondernemingen)

2. Naar aanleiding van het advies is door de NMa een nader onderzoek gedaan naar de rol van de gemeente Maastricht. De resultaten van het onderzoek zijn neergelegd in bijgevoegd dossierstuk 5698/122.B760, getiteld "Onderzoeksbevindingen Directie Concurrentietoezicht naar de rol van de gemeente Maastricht" met retroacta (hierna: nader onderzoek).

3. Gelet op artikel 7:9 Awb is besloten de ondernemingen in de gelegenheid te stellen gehoord te worden over het nader onderzoek.

4. Bij brief van 27 maart 2007 werd aan de ondernemingen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit medegedeeld dat op 12 april 2007 een hoorzitting zou plaatsvinden van de Adviescommissie. Op 12 april 2007 vond deze hoorzitting plaats waarbij de ondernemingen en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: prof. mr J. Borgesius (voorzitter), prof. dr J.A.H. Maks, mr M. Sikkens, en mr H.H.B. Vedder (tevens secretaris).

5. Het verslag van de hoorzitting, dat aan dit advies is gehecht, is op 13 juni 2007 aan de ondernemingen en de NMa gezonden.

2. Opmerkingen naar aanleiding van het nader onderzoek

Betrokkenheid van de gemeente Maastricht

6. Vaessen en Henssen voeren aan dat uit het nader onderzoek blijkt dat de gemeente Maastricht zich in de persoon van wethouder Keijmis actief heeft bemoeid om het onderhoud van het openbaar groen in de regio te houden. Binnen de gemeente bestond een tegenstroming in de persoon van een ambtenaar die aangaf dat openbare aanbesteding zou moeten plaatsvinden. Vaessen en Henssen voeren aan dat deze ambtenaar nooit aanwezig was bij overleg met de ondernemingen. De aldus binnen de gemeente bestaande twijfels ter zake van de houdbaarbaarheid van de

wens het werk binnen de regio te houden zijn nooit aan de ondernemingen bekendgemaakt. Vaessen en Henssen wijzen erop dat daarentegen de gesprekken met de ondernemingen doorgingen. Zij wijzen in dit verband op het overleg in het Mabi hotel en het overleg dat op 31 oktober 2003 plaatsvond op initiatief van wethouder Keijmis tussen vertegenwoordigers van de gemeente en Henssen.

7. Dolmans en Rooden wijzen erop dat gedurende het jaar 2003 door de gemeente meermalen de wens is geuit om het onderhoud van het openbaar groen in de regio te houden. Het beeld dat binnen de gemeente twee stromen bestonden, waarbij een stroming voor aanbesteding zou zijn en een andere stroming het onderhoud van het openbaar groen buiten aanbesteding om zou willen regelen, dient volgens Dolmans en Rooden te worden genuanceerd. De stroming gericht op openbare aanbesteding heeft zich beperkt tot het stellen dat openbare aanbesteding "de beste keuze" zou zijn.[1] Daarmee werd de mogelijkheid van een regeling buiten openbare aanbesteding om opengelaten. Ook Rooden en Dolmans wijzen op een aantal overleggen tussen vertegenwoordigers van de gemeente en de ondernemingen en discussies binnen de gemeente waaruit blijkt dat de keuze voor openbare aanbesteding allerminst duidelijk was voor de ondernemingen. Volgens Rooden en Dolmans heeft de gemeente in 2003 noch in januari en februari 2004 een signaal afgegeven op grond waarvan de ondernemingen konden weten dat het nu anders zou gaan. Zij constateren dat de rol van de gemeente intensiever was en langer duurde dan eerst werd vermoed.

8. BTL wijst erop dat de gemeente Maastricht haar handen in onschuld lijkt te willen wassen. De afwezigheid van de gemeente bij de hoorzitting en de slechts vage herinnering van de vertegenwoordigers van de gemeente dragen bij aan dit beeld. BTL merkt verder op dat de analyse van het nader onderzoek in de schriftelijke toelichting weinig toevoegt.

9. De NMa verwijst naar de schriftelijke toelichting en constateert dat het nader onderzoek alleen het al in het bestreden besluit aan de orde gekomen beeld bevestigd. Daarbij vond tot juli 2003 overleg plaats tussen de gemeente en de ondernemingen. Later in 2003 vond alleen overleg plaats tussen de gemeente en individuele ondernemingen. Verder konden de ondernemingen uit het uitblijven van een besluit over een regeling van het onderhoud zonder openbare aanbestedingen afleiden dat de gemeente de keuze heeft gemaakt voor een openbare aanbesteding.

Beoordeling

10. De Adviescommissie wijst op het bestreden besluit en haar advies (met name randnummers 31, 36 en 81) waaruit blijkt dat de gemeente Maastricht een rol heeft gespeeld bij de inbreuk. In het bestreden besluit is vastgesteld dat de rol van de gemeente ziet op het overleg dat laatstelijk plaatsvond in juli 2003. Naar aanleiding hiervan is een boetevermindering van 30% toegekend. De Adviescommissie constateert dat het nader onderzoek aantoont dat de betrokkenheid van de gemeente zich uitstrekt tot tenminste 31 oktober 2003, de datum waarop het overleg met Henssen plaatsvond. Dat dit overleg plaatsvond met slechts één onderneming, en niet met alle ondernemingen tegelijkertijd, doet niet af aan de relevantie van dit gegeven voor de beoordeling van de rol van de gemeente Maastricht. Daarnaast is het de vraag of de ondernemingen niet ook na 31 oktober 2003 niet duidelijk zijn geïnformeerd en in onzekerheid zijn gebleven.

11. Uit het nader onderzoek blijkt dat wethouder Keijmis (zie p. 6, 3e vraag van de verklaring van Keijmis) zelf verklaart dat hij (pas) in december 2003 op de hoogte is

---

1 Prismanr. 5698/45, bijlage 13.

gekomen van het feit dat er aanbesteed zou worden.[2] Hij wist niet of de ondernemingen daarover zijn geïnformeerd (zie p. 7, 5e vraag) en merkt op dat de aannemers al vanaf 1 januari 2004 aan het werk waren (zie p. 7, laatste vraag) terwijl de aanbestedingen pas op 14 januari 2004 in het vakblad Cobouw zijn gepubliceerd.[3] Dit is het jaar waarop de aanbesteding betrekking heeft.

12. In de verklaring van ambtenaar Merkx (zie p. 9) staat: "*Vraag NMa:* Ergens eind 2003 wordt kennelijk besloten dat openbaar wordt aanbesteed. De constructie met MTB is dan van tafel. Hoe is dat gecommuniceerd? *Antwoord Merkx*: Dat is mij niet bekend, in ieder geval niet door mij."[4]

13. Ook de verklaring van ambtenaar Visser bevestigt de twijfel over de communicatie van de Gemeente Maastricht richting aannemers, hij verklaart (zie p. 16 van zijn verklaring; "In elk geval is er door mij niet actief richting ondernemers per brief of zo gezegd dat de gemeente er mee stopte en dat we over zouden gaan op openbare aanbesteding."[5]

14. 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).[6]

Gevolgen van de betrokkenheid van de gemeente Maastricht voor de boetetoemeting

15. Volgens Vaessen en Henssen moet de rol van de gemeente Maastricht leiden tot een boetevermindering van meer dan 30%.

16. Dolmans en Rooden zijn van mening dat de boete substantieel gematigd moet worden gelet op de onbillijkheid van de aanpak van de NMa.

17. De NMa wijst op randnummers 181 en 184 van het bestreden besluit en de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven in de notarissenzaak.[7] Daaruit blijkt dat de eventuele betrokkenheid van de overheid de ondernemingen niet ontslaat van de eigen verantwoordelijkheid niet te handelen in strijd met de wet.

Beoordeling

18. Uit randnummers 62 en 63 van het bestreden besluit volgt dat de betrokkenheid van de gemeente Maastricht naar de mening van de NMa heeft geduurd tot juli 2003, terwijl in oktober 2003 is besloten om tot openbare aanbesteding over te gaan. Op grond hiervan is besloten om 30% boetevermindering toe te kennen, zo volgt uit randnummers 177 tot en met 185 van het bestreden besluit. Uit het nader onderzoek blijkt dat de betrokkenheid van de gemeente Maastricht, in de vorm van het contact

---

2 Bijlage bij VVA 5698/70.O316, p. 6.
3 Bijlage bij VVA 5698/70.O316, p. 7.
4 Bijlage bij VVA 5698/68.O316, p. 9.
5 Bijlage bij VVA 5698/69.O316, p. 16.
6 Bijlage bij VVA 5698/70.O316, p. 4.
7 Uitspraak CBb van 12 maart 2004, LJN: AO6479.

tussen de gemeente en Henssen, heeft voortgeduurd tot en met december 2003 en wellicht zelfs tot 14 januari 2004. Naar de mening van de Adviescommissie dient het gegeven dat de betrokkenheid van de gemeente Maastricht maanden langer heeft geduurd dan de periode die in het bestreden besluit heeft geleid tot 30% boetevermindering te worden verdisconteerd in de boetevermindering.

3. Nader advies

De Adviescommissie is van mening 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%.

De Adviescommissie merkt ten overvloede op dat het nader onderzoek naar haar mening zorgvuldiger uitgevoerd had kunnen worden. Zo had de voor aanbestedingen verantwoordelijke wethouder Hoogma ondervraagd kunnen worden.

Prof. mr. J. Borgesius
Voorzitter

mr H.H.B. Vedder
secretaris

23 juli 2007