

## Nederlandse Mededingingsautoriteit

### BESLUIT

Nummer 5698/242

Betreft zaak: Openbaar Groen Maastricht (Aanvulling)

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet

*Hoofdzaak 4014 / Openbaar Groen Maastricht*

1. Op 7 april 2004 heeft de gemeente Maastricht zich tot de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa") gericht in verband met een vermoeden dat voorafgaande aan vijf openbare aanbestedingen op 19 februari 2004 voor het onderhoud van groenvoorzieningen in de gemeente Maastricht met besteknummers W&G-01-2004, W&G-02-2004, W&G-03-2004, W&G-04-2004 en W&G-05-2004 ("de Aanbestedingen") sprake is geweest van (verboden) vooroverleg door de hoveniersbedrijven die op de Aanbestedingen hebben ingeschreven.
2. Op 16 april 2004 is de NMa een onderzoek gestart naar een mogelijke overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet ("Mw") en artikel 81 van het EG-Verdrag door ondernemingen die actief zijn op het gebied van onderhoud van openbaar groen.
3. Na afloop van het onderzoek bestond een redelijk vermoeden dat artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag waren overtreden en dat daarvoor een boete diende te worden opgelegd. De directeur van de Directie Concurrentietoezicht van de NMa ("de directeur CT") heeft op 17 mei 2005 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw opgemaakt. Het rapport richtte zich niet mede tegen Van der Linden Groen B.V. ("Van der Linden").
4. Bij besluit van 15 december 2005 heeft de Raad van Bestuur van de NMa ("de Raad") vastgesteld dat BTL Uitvoering B.V. ("BTL"), Dolmans Kulturtechnik B.V.,

P. Henssen Hoveniersbedrijf B.V.,<sup>1</sup> Hoveniers- en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V., Krinkels B.V., Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V., Kultuurtechniek Rooden B.V. en Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V. in de periode voorafgaand aan de Aanbestedingen overleg met elkaar hebben gehad over de Aanbestedingen. Dit vooroverleg heeft ertoe geleid dat zij hebben afgesproken wie van hen deze werken al dan niet zouden mogen uitvoeren. De betrokken ondernemingen waren voldoende op de hoogte van elkaars prijsniveau om te zorgen voor zodanige inschrijfcijfers dat de Aanbestedingen ook volgens afspraak zouden verlopen. De genoemde ondernemingen hebben overeenkomstig het tijdens het vooroverleg besprokene ingeschreven, waarna de gemeente Maastricht schriftelijke overeenkomsten heeft gesloten met de partijen die volgens afspraak in het vooroverleg de opdracht zouden verwerven.

5. De Raad heeft in het besluit van 15 december 2005 de genoemde gedragingen van de betrokken ondernemingen gekwalificeerd als overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en de overtreding toegerekend aan de in het vorige randnummer genoemde rechtspersonen en voorts aan B.T.L. Beheer B.V., Dolmans Landscaping Group B.V., P. Henssen Holding B.V., Krinkels Holding B.V. en Holding H.J. Rooden B.V. Voor het begaan van de overtreding heeft de Raad boetes opgelegd.
6. Met uitzondering van Hoveniers- en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V., tekenden bovenvermelde ondernemingen tegen het besluit van 15 december 2005 bezwaar aan.<sup>2</sup>
7. Gedurende de sanctie- en bezwaarfase van zaak 4014 zijn door de betrokken ondernemingen (aanvullende) verklaringen afgelegd die duiden op de eventuele deelname van Van der Linden aan de geconstateerde overtreding. Op 10 mei 2006 heeft de voorzitter van de Raad de directeur CT verzocht om de informatie omtrent de mogelijke betrokkenheid van Van der Linden bij de geconstateerde overtreding te onderzoeken.

---

<sup>1</sup> Sinds 11 april 2005 door statutaire naamswijziging Henssen B.V.

<sup>2</sup> Zie het besluit op bezwaar van 16 oktober 2007, gecorrigeerd bij besluit van 14 november 2007. Zes van de acht beboete ondernemingen tekenden beroep aan. Zie de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 6 mei 2009, AWB 07/4212, AWB 07/4213, AWB 07/4215, AWB 07/4289, AWB 07/4308 en AWB 07/4309. De rechtbank handhaaft voor het overgrote deel de opgelegde boetes. Op één onderdeel onderschrijft de rechtbank het oordeel van de Raad niet. Op dit punt heeft de Raad hoger beroep aangetekend.

*Zaak 5698 / Openbaar Groen Maastricht (Aanvulling)*

8. De NMa heeft aanvullend onderzoek gedaan naar de mogelijke betrokkenheid van, onder andere, Van der Linden bij de bij besluit van 15 december 2005 vastgestelde overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw.
9. Na afloop van het aanvullend onderzoek bestond een redelijk vermoeden dat Van der Linden had deelgenomen aan het genoemde vooroverleg omtrent de Aanbestedingen en dat Van der Linden hiermee artikel 6, eerste lid, Mw had overtreden. De directeur CT heeft op 12 december 2006 tegen Van der Linden een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw opgemaakt.
10. Bij besluit van 16 oktober 2007 ("het bestreden besluit") heeft de Raad geoordeeld dat niet genoegzaam kan worden vastgesteld dat Van der Linden betrokken is geweest bij vooroverleg omtrent de Aanbestedingen. Derhalve kon de Raad niet vaststellen dat Van der Linden artikel 6, eerste lid, Mw heeft overtreden.
11. Dolmans Cultuurtechniek B.V. en Dolmans Landscaping Group B.V., Hogenboom Beplantingen B.V.,<sup>3</sup> Kulturtechniek Rooden B.V. en Holding H.J Rooden B.V. en Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V. hebben tegen het besluit van 16 oktober 2007 (rechtstreeks) beroep aangetekend bij de rechtbank Rotterdam ("de rechtbank").
12. De rechtbank heeft op 6 mei 2009 uitspraak gedaan.<sup>4</sup> De rechtbank leidt uit de gedingstukken en de door Van der Linden op 1 september 2006 afgelegde verklaring af dat Van der Linden reeds jarenlang op de hoogte was van onderlinge afspraken van ondernemingen binnen zijn eigen sector bij al dan niet onderhandse aanbestedingen. Uit de verklaring van Van der Linden leidt de rechtbank af dat Van der Linden kort voor het moment van inschrijving op de openbare aanbesteding niet alleen vermoedde, maar ook wist dat de betrokken ondernemingen, waaronder zijn compagnon BTL, conform de bestaande praktijk (voor)overleg hadden gehad en dat de markt van tevoren was verdeeld en daarmee de mededinging was en zou worden verhinderd, beperkt of vervalst. Omdat Van der Linden niet heeft afgezien van inschrijving (in combinatie met BTL) en zich niet uitdrukkelijk heeft gedistantieerd van de gedragingen van de andere betrokken ondernemingen

---

<sup>3</sup> Vóór statutaire naamswijziging Krinkels B.V.

<sup>4</sup> Rechtbank Rotterdam 6 mei 2009, AWB 08/903-906 MEDED-T1.

(voorafgaande aan de inschrijving, ten tijde van de inschrijving en daarna), heeft Van der Linden volgens de rechtbank artikel 6 Mw overtreden. Door zijn wetenschap en zijn gedrag is Van der Linden deelnemer geweest aan door artikel 6 Mw verboden onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Voor de vaststelling van een overtreding van het verbod van artikel 6 Mw acht de rechtbank, anders dan de NMa, niet doorslaggevend of op overtuigende wijze kan worden bewezen dat Van der Linden bij één van de (voor)overleggen in Lanaken in persoon aanwezig is geweest. De rechtbank verklaart de beroepen gegrond, vernietigt het bestreden besluit en bepaalt dat de Raad, met inachtneming van de uitspraak, ten aanzien van Van der Linden opnieuw dient te beslissen omtrent de toepassing van artikel 56, eerste lid, aanhef en onder a, Mw.

13. Van der Linden heeft afgezien van het instellen van hoger beroep. Ook de Raad heeft hiervan afgezien, omdat hij zich, mede gelet op hetgeen Van der Linden tijdens de zitting bij de rechtbank heeft verklaard,<sup>5</sup> kan vinden in de conclusie van de rechtbank.
14. De onderhavige procedure is gericht op de totstandkoming van het door de rechtbank bedoelde nieuwe besluit.
15. De NMa heeft Van der Linden en Schinnen Groen Holding B.V., de enige aandeelhouder van Van der Linden, aan wie de vermoede overtreding in het rapport mede werd toegerekend, uitgenodigd een zienswijze te geven. Namens bovenvermelde rechtspersonen heeft de heer Van der Linden tijdens de hoorzitting van 15 september 2009 mondeling een zienswijze naar voren gebracht.
16. Van het horen is een verslag opgemaakt, dat op 16 oktober 2009 aan Van der Linden en Schinnen Groen Holding B.V. is toegezonden.

#### *Zienswijze*

17. De heer Van der Linden heeft aangegeven dat hij voor de aanbesteding in Maastricht met BTL een combinatie was aangegaan, omdat hij daardoor in het vervolg zelfstandig zou voldoen aan de omzetcriteria van de grotere gemeenten. Hij stelt door BTL "om de tuin te zijn geleid" met betrekking tot het al dan niet plegen van vooroverleg. De heer Van der Linden heeft na 2006 geen werk meer gehad van de gemeente Maastricht. Desgevraagd geeft hij aan dat een boete in de

---

<sup>5</sup> Zoals beknopt vastgelegd in het proces-verbaal.

orde van grootte zoals opgelegd aan de in zaak 4014 / Openbaar Groen Maastricht beboete ondernemingen niet tot een faillissement zal leiden.

*Boete*

18. Voor de bepaling van de boete en de motivering daarvan, verwijst de Raad naar de besluiten in zaak 4014 / Openbaar Groen Maastricht: het primaire besluit van 15 december 2005 en het besluit op bezwaar van 16 oktober 2007.<sup>6</sup> Deze besluiten zijn aan dit besluit gehecht en maken hiervan integraal onderdeel uit. In het bijzonder doelt de Raad op de randnummers 126-131 (Algemeen), 136-139 (Betrokken omzet), 158-161 (Vaststelling betrokken omzet), 162-167 (Ernst en basisboete), 168-174 (Boeteverhogende omstandigheden), 177-185 (Boeteverlagende omstandigheden) en 195 en 206 (Matiging boete, beginselen van behoorlijk bestuur) van het primaire besluit en randnummer 11 van het besluit op bezwaar juncto de randnummers 113-115 van het (eerste) advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 1 september 2006.<sup>7</sup>
19. De Raad is hierbij uitgegaan van de Boeterichtsnoeren.
20. Voor Van der Linden is de betrokken omzet EUR 690.684,41. Deze is als volgt opgebouwd:

[ Vertrouwelijk ]

	Rayon		Van der Linden
1	W&G-01-2004	[ vertrouwelijk ]	304.817,41
2	W&G-02-2004		135.620
3	W&G-03-2004		97.834
4	W&G-04-2004		106.914
5	W&G-05-2004		45.500
	Totaal in EUR		690.685,41

21. De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet, te weten EUR 69.068,54.

<sup>6</sup> Gecorrigeerd bij besluit van 14 november 2007. Zie voorts voetnoot 2.

<sup>7</sup> Dit advies – en ook het (tweede) advies van 23 juli 2007 – is aan het besluit op bezwaar gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit, voor zover daarvan niet is afgeweken. Zie de randnummers 4-15 van het besluit op bezwaar.

22. De Raad hanteert, zoals in zaak 4014, een ernstfactor van 2, hetgeen voor Van der Linden resulteert in een basisboete van EUR 138.137,08.
23. De Raad neemt voor Van der Linden de in zaak 4014 in aanmerking genomen boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden over. Aangezien enerzijds sprake is van een boeteverhoging met 30% en anderzijds van een verlaging met 30%, wijzigt dit de basisboete niet.
24. De Raad ziet geen aanleiding de boete te matigen. Naar beneden afgerond op veelvoud van 500 resulteert een boetebedrag van EUR 138.000.
25. Aangezien Schinnen Groen Holding B.V. 100% van de aandelen in Van der Linden bezit, wordt zij geacht een beslissende invloed te hebben op het gedrag van Van der Linden. De Raad rekent de overtreding daarom mede toe aan deze rechtspersoon.

#### **Besluit**

De Raad legt aan Van der Linden Groen B.V. en Schinnen Groen Holding B.V., beide statutair gevestigd te Schinnen, een boete op van EUR 138.000, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel.

Datum: 30 november 2009

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,

namens deze,

overeenkomstig het door de Raad genomen besluit,

w.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur

Openbaar

*Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag*