

**Rapport van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, als bedoeld in artikel 59, eerste lid,  
van de Mededingingswet**

Nummer 3938\_1/11.R19

**Rapport B&U-sector**

|       |                                                                            |    |
|-------|----------------------------------------------------------------------------|----|
| 1     | Inleiding .....                                                            | 2  |
| 2     | Achtergrond en procedure .....                                             | 2  |
| 3     | Aard van het bewijsmateriaal .....                                         | 3  |
| 4     | De aanbesteding van B&U-werken .....                                       | 5  |
| 5     | Feiten en omstandigheden .....                                             | 7  |
| 5.1   | Samenstelling van het vooroverleg .....                                    | 7  |
| 5.2   | Het mechanisme van vooroverleg .....                                       | 9  |
| 5.2.1 | Vaststelling rekenvergoeding .....                                         | 9  |
| 5.2.2 | Bepaling rechthebbende .....                                               | 11 |
| 5.2.3 | Vaststelling inschrijfcijfers .....                                        | 15 |
| 5.2.4 | Conclusie .....                                                            | 18 |
| 5.3   | Reikwijdte van het vooroverleg .....                                       | 19 |
| 5.4   | Eén systeem van afstemming via vooroverleg .....                           | 20 |
| 5.5   | Deelname aan het systeem van vooroverleg .....                             | 24 |
| 5.6   | Vaststelling van de Deelnemende Ondernemingen .....                        | 25 |
| 5.7   | Duur van het systeem van vooroverleg .....                                 | 26 |
| 5.8   | Geografisch gebied waarbinnen het systeem van vooroverleg plaatsvond ..... | 27 |
| 5.9   | Conclusie naar aanleiding van de feiten en omstandigheden .....            | 28 |
| 6     | Juridische beoordeling .....                                               | 29 |
| 6.1   | Artikel 6, eerste lid, Mw .....                                            | 29 |
| 6.1.1 | Ondernemingen .....                                                        | 29 |
| 6.1.2 | Overeenkomst en/of onderling afgestemd feitelijk gedrag .....              | 29 |
| 6.1.3 | Verboden karakter van de gedragingen en afspraken .....                    | 34 |
| 6.1.4 | Merkbaarheid .....                                                         | 37 |
| 6.2   | Artikel 6, derde lid, Mw .....                                             | 37 |
| 6.3   | Artikel 81 EG-Verdrag .....                                                | 39 |
| 7     | Conclusie .....                                                            | 42 |
| 8     | Toerekening .....                                                          | 42 |

## 1 Inleiding

1. Dit rapport ziet op mededingingsrechtelijk relevante gedragingen van ondernemingen met betrekking tot bouwactiviteiten binnen de deelsector burgerlijke en utiliteitsbouw (hierna: 'B&U-sector'). De activiteiten waarop deze gedragingen betrekking hebben, behelzen de uitvoering van werken op het gebied van nieuwbouw en onderhoud, waaronder herstel- en verbouwwerkzaamheden, van gebouwen. Deze activiteiten worden in dit rapport gezamenlijk aangeduid als 'B&U-activiteiten' en deze werken worden hierna aangeduid als 'B&U-werken'.
2. Bij het onderzoek naar gedragingen van ondernemingen ter zake van aanbestedingen van B&U-werken blijkt een redelijk vermoeden dat artikel 6, eerste lid, van de Mededingingwet (hierna: Mw) en artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag zijn overtreden door de ondernemingen die worden genoemd in bijlage 1<sup>1</sup> bij dit rapport (hierna: 'Deelnemende Ondernemingen'). Met het oog op een eventueel op te leggen boete is in opdracht van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 'de Raad') het onderhavige rapport opgemaakt.
3. Uit het onderzoek is gebleken dat de Deelnemende Ondernemingen, in ieder geval in de periode van januari 1998 tot en met december 2001, op structurele basis in wisselende samenstelling deel hebben genomen aan het systeem van overleg voorafgaand aan aanbestedingen van B&U-werken in Nederland met als gemeenschappelijk doel het vaststellen van rekenvergoedingen en het afstemmen van het inschrijfgedrag. De vooroverleggen ten aanzien van de aanbestedingen van B&U-werken in Nederland hingen met elkaar samen en vormden samen één voortdurend systeem.

## 2 Achtergrond en procedure

4. Eind 2001 opende de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) ambtshalve onderzoeken naar overtredingen van de Mededingingswet (hierna: Mw) in de bouwsector in zijn algemeenheid en specifieke deelmarkten daarbinnen in het bijzonder. Deze onderzoeken van de NMa hebben geresulteerd in sanctiebesluiten.
5. Begin februari 2004 verschenen in de media nieuwe berichten over onregelmatigheden in de bouwsector. Op 16 februari 2004 heeft de NMa van het Openbaar Ministerie een schaduwadministratie ontvangen. De betreffende schaduwadministratie<sup>2</sup> was afkomstig van het bouwbedrijf Boele & Van Eesteren. Naar aanleiding van de ontvangst van deze schaduwadministratie is de NMa op 19 februari

---

<sup>1</sup> Bijlage 1 [vertrouwelijk] maakt integraal onderdeel uit van het onderhavige rapport.

<sup>2</sup> 3938\_1/4.

2004 ambtshalve een onderzoek gestart<sup>3</sup> naar een mogelijke overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 81 EG-Verdrag<sup>4</sup> door ondernemingen die werkzaam zijn in de B&U-sector.

6. De NMa heeft voldaan aan haar verplichtingen op grond van artikel 11, derde en vierde lid, van Raadsverordening 1/2003.<sup>5</sup> Conform artikel 11, derde lid, van Raadsverordening 1/2003 heeft de NMa de Commissie op de hoogte gesteld van de eerste formele onderzoeksmaatregel. Conform artikel 11, vierde lid, van Raadsverordening 1/2003 heeft de NMa de Europese Commissie in kennis gesteld van het voornemen het onderhavige rapport vast te stellen en is de Europese Commissie voorzien van de voor deze in kennisstelling benodigde informatie.

### 3 Aard van het bewijsmateriaal

7. Rond de 250 ondernemingen die actief zijn in de B&U-sector, hebben een beroep gedaan op de Richtsnoeren Clementietoezegging.<sup>6</sup> Deze ondernemingen worden hierna gezamenlijk aangeduid als 'de Clementieverzoekers'.
8. Nagenoeg iedere clementieverzoeker heeft in een door hem ondertekende schriftelijke verklaring aangegeven wat de aard van de gedragingen van de overtreding was. In dat kader heeft een groot aantal Clementieverzoekers gebruik gemaakt van het Meldingsformulier Clementie Bouwsector (hierna: 'Meldingsformulier').<sup>7</sup> Hierin hebben zij kernachtig verklaard wat de aard van de overtreding was. De Meldingsformulieren zijn ondertekend door de rechtsgeldige vertegenwoordiger van de betreffende clementieverzoeker. Andere clementieverzoekers hebben in aanvulling op of in plaats van het Meldingsformulier een schriftelijke verklaring overhandigd waarin de aard en omvang van de overtreding wordt beschreven. Deze laatste verklaringen beschrijven vaak zeer gedetailleerd de gang van zaken tijdens het vooroverleg, de afspraken die tijdens een dergelijk vooroverleg werden gemaakt en de betrokkenheid van de gehele sector bij de overtreding. Al deze verklaringen zijn voor wat betreft de gedragingen en de aard van de overtreding onderling consistent en geven blijk van een grote coherentie. Aldus bevestigen en versterken zij elkaar.
9. In de ondertekende verklaringen hebben de Clementieverzoekers aan de NMa ook opgave gedaan van de identiteit van andere ondernemingen die deel hebben genomen aan vooroverleg voorafgaande aan aanbestedingen van B&U-werken in Nederland. De schriftelijke opgaven van de identiteit van andere ondernemingen die deelnemer zijn geweest aan vooroverleg in de B&U-sector, is onder meer gedaan door het overleggen van lijsten met daarop namen van deze ondernemingen.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Startnotitie 3938\_1/1.

<sup>4</sup> De grondslag van bevoegdheid van de NMa met betrekking tot de toepassing van artikel 81, eerste en derde lid, EG-Verdrag is artikel 88 en 89 Mw.

<sup>5</sup> PbEG 2003, L1/1.

<sup>6</sup> Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG-Verdrag juncto artikelen 56, 57 en 62 Mededingingswet, Stcrt. 1 juli 2002, nr. 122, gewijzigd bij besluit van de d-g NMa van 28 april 2004 en gepubliceerd in Stcrt. 29 april 2004, nr. 82.

<sup>7</sup> Beschikbaar via [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

<sup>8</sup> Hieronder wordt ook begrepen het invullen en ondertekenen van het 'meldingsformulier clementieverzoek bouwsector' zoals dat op de website van de NMa is gepubliceerd.

10. Naast de door Clementieverzoekers ingediende verklaringen heeft de NMa ten behoeve van het onderzoek gebruik gemaakt van de schaduwadministratie, zoals genoemd in randnummer 5, en van verklaringen die zijn afgenomen bij ondernemingen die geen clementie hebben verzocht. In deze verklaringen geven rechtsgeldige vertegenwoordigers of natuurlijke personen die direct betrokken zijn geweest bij de overtreding een beschrijving van de gedragingen en de aard en de omvang van de overtreding. Deze verklaringen zijn schriftelijk vastgelegd en ondertekend door degenen die de verklaringen hebben afgelegd. De inhoud en strekking van deze verklaringen wijken niet af van de schriftelijke verklaringen van de Clementieverzoekers. Aldus bevestigen en versterken zij de schriftelijke verklaringen van de Clementieverzoekers.
11. Voorts zijn in het kader van de clementieverzoeken schriftelijke en digitale gegevens overgelegd door de Clementieverzoekers over concrete aanbestedingen van B&U-werken waarbij vooroverleg heeft plaatsgevonden. In de eerste plaats betreft het materiaal dat afkomstig is uit de eigen administraties van de Clementieverzoekers zoals schaduwadministraties en (handgeschreven) aantekeningen. De betreffende clementieverzoekers verklaren over dit materiaal dat het afkomstig is uit hun eigen administratie en dat het materiaal ten tijde van de overtreding is opgesteld ten behoeve van de overtreding. In de schaduwadministraties heeft een aantal ondernemingen nauwkeurig en systematisch geordend bijgehouden welke contacten de betreffende ondernemingen hadden met andere ondernemingen in het kader van vooroverleg. De (handgeschreven) aantekeningen van vooroverleg waarover de NMa beschikt, vaak voorzien van een datum, bevatten doorgaans namen van ondernemingen die betrokken zijn bij de afspraken rond de inschrijving op een bepaald werk.
12. In de tweede plaats betreft het materiaal dat is opgesteld aan de hand van de herinneringen die rechtstreeks betrokken natuurlijke personen binnen de onderneming hebben over hetgeen zich heeft afgespeeld in de B&U-sector. Het betreft Meldingsformulieren en overzichtslijsten met omschrijvingen van B&U-werken waarover vooroverleg heeft plaatsgevonden.
13. Bij de opgaven van B&U-werken waarover vooroverleg heeft plaatsgevonden hebben de ondernemingen die clementie hebben ingediend schriftelijk aangegeven bij welke werken zij betrokken zijn geweest bij vooroverleg en hebben zij per vooroverleg tevens aangegeven welke andere ondernemingen daarbij betrokken zijn geweest en welke afspraken zijn gemaakt voor zover zij dit konden nagaan.
14. De documentatie betreffende concrete aanbestedingen in de B&U-sector waarbij vooroverleg heeft plaatsgevonden (zie randnummers 11 tot en met 13) zal hierna worden aangeduid als 'Projectinformatie'.
15. Niet alleen de verklaringen over de aard en omvang van de overtreding, maar ook de overige door de Clementieverzoekers ingediende schriftelijke en digitale gegevens alsmede het overige bewijsmateriaal bevestigen en versterken elkaar en geven blijk van een grote coherentie en onderlinge consistentie.

## 4 De aanbesteding van B&U-werken

16. In randnummer o is aangegeven dat dit rapport ziet op gedragingen van ondernemingen ter zake van B&U-activiteiten en dat deze activiteiten de uitvoering behelzen van werken op het gebied van nieuwbouw en onderhoud, waaronder herstel- en verbouwwerkzaamheden, van gebouwen. B&U-werken betreffen bijvoorbeeld de bouw van één of meerdere woningen, kantoren, fabriekshallen, ziekenhuizen, kerken of universiteiten. Aan de hand van een onderzoek van het Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid (hierna: EIB) worden in deze paragraaf enkele karakteristieken van de B&U sector beschreven.<sup>9</sup>
17. In 2001 bestonden volgens het EIB 6195 B&U-ondernemingen in Nederland, waarvan 4980 ondernemingen behoorden tot het kleinbedrijf en 1022 tot het middenbedrijf.<sup>10</sup> Slechts circa 3% van de ondernemingen betrof het grootbedrijf.<sup>11</sup> De B&U-ondernemingen boekten in 2001 een totale omzet van 26,834 miljard euro.<sup>12</sup> Dit komt overeen met circa 6% van het Bruto Nationaal Product in 2001.<sup>13</sup> De omzet in 2001 was volgens het EIB als volgt verdeeld over de verschillende activiteiten.

| Objectcategorie            | Verdeling binnenlandse omzet in 2001 (in %) |
|----------------------------|---------------------------------------------|
| Nieuwbouw woningen         | 33,9                                        |
| Nieuwbouw bedrijfsgebouwen | 38,7                                        |
| Onderhoud woningen         | 15,0                                        |
| Onderhoud gebouwen         | 10,0                                        |
| Overige activiteiten       | 2,4                                         |
| Totaal                     | 100,0                                       |

18. Werken waarin de B&U-activiteiten de belangrijkste component vormen, zoals de bouw van woningen en kantoorgebouwen, worden doorgaans geïnitieerd door bedrijven, particulieren en woningbouwcorporaties.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid, *Bedrijfseconomische kencijfers van B&U-bedrijven in 2002*, november 2003. Het EIB-onderzoek is gedaan bij in Nederland gevestigde en in de B&U-sector werkzame bouwbedrijven waarvan de belangrijkste bedrijfskarakteristieken waren: het hebben van personeel in loondienst, het uitvoeren van bouwwerken rechtstreeks in opdracht van de opdrachtgever (hoofdaannemer) en/of het uitvoeren van projecten voor eigen rekening en risico (bouwondernemer).

<sup>10</sup> Het EIB verstaat onder kleinbedrijf: ondernemingen waar 20 werknemers of minder werkzaam zijn en onder middenbedrijf: ondernemingen waar tussen de 20 en 100 medewerkers werkzaam zijn. Zie onder meer Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid, *Bedrijfseconomische kencijfers van B&U-bedrijven in 2002*, november 2003, blz. 16.

<sup>11</sup> Het EIB verstaat onder grootbedrijf: ondernemingen waar 100 werknemers of meer werkzaam zijn. Zie onder meer Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid, *Bedrijfseconomische kencijfers van B&U-bedrijven in 2002*, november 2003, blz. 16.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld ook: Bouwprognoses 2003-2008, VROM, december 2003. In het concentratiebesluit 3085/Dura Vermeer Groep – Dubbers-Malden is de NMa uitgegaan van een hoger bedrag aan totale B&U omzet in 2001, namelijk 32,525 miljard euro.

<sup>13</sup> Het Bruto Nationaal Produkt bedroeg in 2001 429,172 miljard Euro. Statistisch Jaarboek 2003, Centraal Bureau voor de Statistiek, pagina 423.

<sup>14</sup> Respectievelijk 36,3%, 16,9% en 10,6% van de binnenlandse omzet van B&U-ondernemingen in 2001 werd in opdracht van hen gerealiseerd. Slechts 9% van voornoemde omzet is van de overheid (bestaande uit Rijk, provincies, gemeenten, waterschappen en overige publiekrechtelijke lichamen) afkomstig.

## Openbaar

19. Voor de realisatie van een B&U-werk wordt door de opdrachtgever een bouwonderneming ingeschakeld. Dit kan op verschillende wijzen plaatsvinden. De opdrachtgever kan door middel van 'aanbesteding' op zoek gaan naar het bouwbedrijf dat de meest voordelige offerte indient voor de aanleg van het betreffende werk. Onder het begrip 'aanbesteding' wordt in dit rapport verstaan de, al dan niet gelijktijdige, uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een offerte in te dienen voor een opdracht tot de uitvoering van een werk.<sup>15</sup>
20. Andere methoden om opdrachten te verkrijgen zijn de zogenaamde enkelvoudige uitnodiging, het deelnemen aan een bouwteam, projectontwikkeling en bouwen voor eigen risico. Bij de enkelvoudige uitnodiging benadert de opdrachtgever slechts één bouwonderneming voor de uitvoering van een werk. Bij deelname aan een bouwteam wordt door middel van samenwerking tussen de opdrachtgever, de beoogde aannemer en overige adviseurs (bijvoorbeeld een architect) een bestek voorbereid. Van de totale B&U-omzet kwam 74,5% voort uit deze andere methoden.
21. In 2001 werd 25,5% van de B&U-omzet via aanbesteding gerealiseerd.<sup>16</sup> In 2001 was 5,6% van de omzet in de B&U-sector afkomstig uit openbare aanbesteding tegenover 19,9% uit onderhandse aanbesteding.<sup>17</sup> In het geval van een openbare aanbesteding is er sprake van een aanbestedingsprocedure die algemeen bekend wordt gemaakt en waaraan iedere geïnteresseerde aanbieder kan deelnemen.<sup>18</sup> Indien sprake is van een onderhandse aanbesteding hoeft deze niet algemeen bekend gemaakt te worden.<sup>19</sup> Bij een onderhandse aanbesteding nodigt de opdrachtgever ten minste twee aannemers uit tot het doen van een offerte. De opdrachtgever heeft de vrije hand bij zijn keuze voor degene die hij uitnodigt.
22. Kenmerkend voor alle vormen van aanbesteding is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Dit stelt de aanbestedende partij in staat om de meest efficiënte 'inkoop' te doen voor de uitvoering van een bepaald werk. De beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders komt tot uitdrukking in de verschillende aanbiedingen waartoe de gegadigden elk zelfstandig zijn gekomen. Dit 'model' veronderstelt dat de aanbieders in de fase vóór de indiening van de offerte onderling geen contact hebben over de betreffende opdracht, en - met name - niet over de parameters waarop de individuele aanbieders bij de inschrijving onderling concurreren, zoals het inschrijfcijfer, onderliggende calculaties, en in voorkomende gevallen bijvoorbeeld ook het ontwerp.
23. Het is evident dat de werking van de aanbesteding ernstig wordt verstoord indien aanbieders door onderlinge afstemming in de fase vóór de afgaande aan de inschrijving de uitslag van de aanbesteding sturen en aldus de mededinging beperken. Immers, de onderlinge concurrentie die juist kenmerkend is voor een aanbesteding zou op die manier teniet worden gedaan, althans aanzienlijk worden beperkt.

---

<sup>15</sup> Vgl. artikel 1, sub b, Besluit Vrijstelling Combinatieovereenkomsten.

<sup>16</sup> EIB, *Bedrijfs-economische kencijfers van B&U-bedrijven in 2002*, november 2003, blz. 18. Het percentage voor de jaren 1998, 1999 en 2000 is vergelijkbaar.

<sup>17</sup> EIB, *Bedrijfs-economische kencijfers van B&U-bedrijven in 2002*, november 2003, blz. 18.

<sup>18</sup> Zie Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, Derde druk, Hoofdstuk 5, blz. 129 ev.

<sup>19</sup> Idem.

## 5 Feiten en omstandigheden

24. In dit hoofdstuk worden op basis van het in Hoofdstuk 3 beschreven bewijsmateriaal de feiten en omstandigheden van de vermoedelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG-verdrag met betrekking tot de B&U-sector beschreven.
25. In paragraaf 5.1 zal worden bewezen dat voorafgaand aan aanbestedingen van B&U-werken de Deelnemende Ondernemingen in wisselende samenstelling vooroverleg voerden. De samenstelling van de deelnemers aan het vooroverleg was afhankelijk van de in dat werk geïnteresseerde en/of door de opdrachtgever uitgenodigde ondernemingen.
26. Bij het vooroverleg tussen de Deelnemende Ondernemingen werden in essentie steeds dezelfde afspraken gemaakt volgens een vergelijkbaar stramien. De deelnemers aan het vooroverleg kenden elkaar een rekenvergoeding toe, waarvan de hoogte gezamenlijk werd vastgesteld. Zij vergeleken hun “blankcijfers” en bepaalden wie als laagste mocht inschrijven. Tevens werden de inschrijfcijfers gezamenlijk vastgesteld waarbij de som van de rekenvergoedingen bij de opdrachtgever in rekening werd gebracht. Dit zal worden bewezen in paragraaf 5.2.
27. In paragraaf 5.3 zal worden aangetoond dat vooroverleg voorafgaande aan aanbestedingen van B&U-werken usance was in de B&U-sector. In paragraaf 5.4 zal worden bewezen dat de afzonderlijke vooroverleggen en afspraken onlosmakelijk met elkaar verbonden waren en één voortdurend systeem van vooroverleg vormden. In paragrafen 5.5 en 5.6 zal worden ingegaan op de Deelnemende Ondernemingen. In paragraaf 5.7 zal worden aangetoond dat het systeem van vooroverleg plaatsvond in ieder geval in de periode januari 1998 tot en met eind 2001. In paragraaf 5.8 zal worden vastgesteld dat het systeem van vooroverleg plaatsvond in heel Nederland.

### 5.1 Samenstelling van het vooroverleg

28. Voorafgaande aan de inschrijving op aanbestedingen vond overleg plaats tussen de in een B&U-werk geïnteresseerde ondernemingen. Dit werd ook wel “vooroverleg” of “voor(aan)besteding” genoemd. De samenstelling van de deelnemers aan het vooroverleg verschilde steeds. Er was derhalve geen sprake van een vaste groep van ondernemingen die steeds in dezelfde samenstelling vooroverleg voerde. Dat de samenstelling van deelnemers aan het vooroverleg wisselde, blijkt uit schriftelijke verklaringen van Deelnemende Ondernemingen, waarbij de verklaringen elkaar en het bovenstaande bevestigen en versterken.
29. Dura Vermeer Groep NV (hierna: Dura Vermeer) verklaart met betrekking tot de deelnemers aan het vooroverleg: *“Aan te besteden projecten in de B&U sector werden stelselmatig verdeeld – (...) – door bouwondernemingen in wisselende samenstellingen.”*<sup>20</sup> Verder verklaart zij: *“De vergaderingen werden ad hoc per project belegd en vonden in wisselende samenstellingen plaats.”*<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> 3938\_9/10, 39510260000003.

<sup>21</sup> 3938\_9/10, 395102600000010.

## Openbaar

30. Bouwgroep Moonen Holding BV (hierna: Moonen) bevestigt dit: *“Verder lijkt mij van belang dat de groep die de vooraanbesteding hield in alle gevallen een andere samenstelling had. Er was dus geen sprake van een vaste groep van bedrijven die bij elkaar kwam.”*<sup>22</sup>
31. Ook Heijmans NV (hierna: Heijmans) bevestigt de wisselende samenstelling van Deelnemende ondernemingen die de afspraken maakte. Zij verklaart: *“De overtreding betreft een veelheid van individuele afspraken tussen nagenoeg alle ondernemingen die actief zijn of waren in de sector B&U, waarbij op structurele basis, steeds in wisselende samenstelling, werken verdeeld werden en prijzen vastgesteld werden van werken (..).”*<sup>23</sup>
32. Plegt-Vos Oost BV (hierna: Plegt-Vos Oost) bevestigt dat de groep deelnemers aan het vooroverleg steeds verschildte: *“Plegt-Vos constateert dat de afspraken (...) met steeds wisselende ondernemingen zijn gemaakt en kan derhalve niet aangeven dat een bepaalde groep van ondernemingen gedurende langere tijd regelmatig met elkaar tot afstemming is gekomen.”*<sup>24</sup> De directeur van Sylva Bouw BV (hierna: Sylva Bouw) heeft met betrekking tot de samenstelling van het vooroverleg in dezelfde trant verklaard: *“Ik durf te stellen dat er nooit een vaste samenstelling van aannemers was.”*<sup>25</sup>
33. Riksen Landgraaf-Brunssum BV (hierna: Riksen) geeft aan dat de samenstelling van de groep deelnemers aan het vooroverleg afhankelijk was van de in het werk geïnteresseerde ondernemingen: *“Bij de projecten en de aanbestedingen die ik heb gemeld heeft er tussen de geïnteresseerde aannemers vooroverleg plaatsgevonden.”*<sup>26</sup>
34. Ondanks het feit dat de samenstelling van het vooroverleg telkens wisselde, kon een in het werk geïnteresseerde onderneming vrijwel altijd achterhalen wie de andere potentiële inschrijvers op een werk waren. Op grond van de volgende verklaringen staat vast dat het initiatief tot het bijeenroepen van de deelnemers voor een vooroverleg lag bij één van de belanghebbende ondernemingen, meestal degene die een sterke voorkeur had voor het werk.
35. Zo verklaart Heijmans in haar clementieverzoek: *“Een aannemer die benaderd was door een opdrachtgever in verband met een onderhandse aanbesteding zocht contact met andere aannemers die eveneens door de opdrachtgever benaderd waren. In het algemeen was dit de aannemer die interesse had in het werk. De eerste aannemer had diverse bronnen om te ontdekken welke aannemers nog meer benaderd waren. Deze bronnen waren: de opdrachtgever zelf, de inlichtingendag waarop alle aannemers verschenen, leveranciers van materialen en onderaannemers.”*<sup>27</sup>
36. PBO Holding BV (hierna: PBO) bevestigt dit in haar verklaring: *“De werkwijze van dit vooroverleg ging als volgt: aanbiedende partijen (...) kwamen via informatie, welke vaak verkregen werd via derden (opdrachtgevers en/of leveranciers van voorgeschreven producten) met elkaar in contact. Op deze manier kon achterhaald*

---

<sup>22</sup> 3938\_141/24, 00265024000002.

<sup>23</sup> 3938\_12/14, 00028009000003.

<sup>24</sup> 3938\_198/1, 00384001000004.

<sup>25</sup> 3938\_248/9, 00460009000002.

<sup>26</sup> 3938\_182/12, 00354012000002.

<sup>27</sup> 3938\_12/14, 00028009000135.



## Openbaar

*worden met welke concurrenten men te maken zou hebben in de officiële aanbesteding. Eén van de aanbiedende partijen nam daarna het initiatief om voor de officiële aanbesteding bij elkaar te komen (...).<sup>28</sup>*

37. Over de organisatie van een vooroverleg verklaart hierna Ter Steege Holding BV (hierna: Ter Steege): *“er was geen structuur wie een overleg organiseerde. Je kende elkaar, op directieniveau was er dan contact, men belde elkaar en sprak af om bij elkaar te komen.”<sup>29</sup>* Dit wordt bevestigd door de verklaring van Remmers Bouwgroep BV (hierna: Remmers): *“Bij aanbestedingen is (...) vrij eenvoudigweg vast te stellen wie de inschrijvers gaan worden. Bij grote onderaannemers komen vaak alle offerteaanvragen van de inschrijvers bij elkaar. Middels deze partijen werden vaak de namen van de inschrijvers bekend. Door initiatief van één der inschrijvers kwamen de aannemers bij elkaar (...).”<sup>30</sup>*
38. Over de wijze waarop de Deelnemende Ondernemingen met elkaar in contact traden om een vooroverleg te beleggen verklaart Hillen & Roosen Groep BV (hierna: Hillen & Roosen) het volgende: *“Een geïnteresseerde nam het initiatief om met de andere gegadigden contact op te nemen. Bij openbare aanbestedingen zijn de andere partijen bekend. Ook bij onderhandse bestedingen weet je door de aanwijzingen welke partijen deelnemen. Bij iedere aanbesteding was er altijd wel iemand die het initiatief nam om bij elkaar te komen. Dit gebeurde ad hoc, er was geen vaste initiatiefnemer.”<sup>31</sup>*
39. Op grond van bovenvermelde verklaringen en andere gelijklopende verklaringen,<sup>32</sup> waarbij de verschillende verklaringen elkaar bevestigen en versterken, staat vast dat de samenstelling van de deelnemers aan het vooroverleg steeds wisselde. De samenstelling van de deelnemers aan het vooroverleg was afhankelijk van de in dat werk geïnteresseerde en/of door de opdrachtgever uitgenodigde ondernemingen. Het initiatief tot het bijeenroepen van de deelnemers voor een vooroverleg lag bij één van de belanghebbende ondernemingen, meestal degene die een sterke voorkeur had voor het werk.

## 5.2 Het mechanisme van vooroverleg

40. Bij ieder vooroverleg tussen de Deelnemende Ondernemingen werden in essentie steeds dezelfde afspraken gemaakt volgens een vergelijkbaar stramien. Het vooroverleg bestond uit één of meerdere van de volgende onderdelen. De deelnemers aan het vooroverleg kenden elkaar een rekenvergoeding toe, waarvan de hoogte gezamenlijk werd vastgesteld. Zij vergeleken hun blankcijfers en bepaalden wie als laagste mocht inschrijven. Tevens werden de inschrijfcijfers gezamenlijk vastgesteld waarbij de som van de rekenvergoedingen bij de opdrachtgever in rekening werd gebracht. Hieronder worden de verschillende onderdelen achtereenvolgens bewezen.

### 5.2.1 Vaststelling rekenvergoeding

41. Tijdens het vooroverleg bepaalden de Deelnemende Ondernemingen, zonder medeweten van de opdrachtgever, wat de zogenaamde rekenvergoeding, ook wel ‘calculatievergoeding’, zou worden. De

---

<sup>28</sup> 3938\_92/1, 0001750010001.

<sup>29</sup> 3938\_17/14, 000490140000005.

<sup>30</sup> 3938\_70/57, 001420570000002.

<sup>31</sup> 3938\_41/10, 000870150000001.

<sup>32</sup> Zie Bouwgroep TBI BV, 3938\_15/25, 000310110000004 en Van Wijnen Holding BV, 3938\_16/7, 395102700000007.

## Openbaar

Deelnemende Ondernemingen stelden gezamenlijk de hoogte van de rekenvergoeding vast.

42. Heijmans verklaart: *“Vervolgens wordt met elkaar bepaald wat de hoogte van de “rekenvergoeding” is en de volgorde van inschrijving. Soms werd eerst de hoogte van de “rekenvergoeding” en daarna de rechthebbende bepaald.”*<sup>33</sup>
43. Friso Bouwgroep BV (hierna: Friso) verklaart dat de rekenvergoeding tijdens het vooroverleg op basis van ervaring werd vastgesteld. Zij doet dit als volgt: *“Daarna werd tijdens het vooroverleg de werkelijke te gebruiken rekenvergoeding vastgesteld, (...). Het vaststellen van de totale rekenvergoeding gebeurde op basis van ervaring.”*<sup>34</sup> Ter Steege bevestigt dit: *“De rekenvergoeding werd vastgesteld op basis van een beetje ervaring, omvang gerelateerd. Was het een wat groter werk dan werd er meer rekenvergoeding gerekend.”*<sup>35</sup>
44. Een aantal ondernemingen verklaart dat de rekenvergoeding op dezelfde wijze tot stand kwam als ten tijde van het functioneren van de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties,<sup>36</sup> waarbij de rekenvergoeding een bepaald percentage van de calculatieprijs was. Zo verklaart Aannemingsbedrijf H.J. Jurriëns BV (hierna: Jurriëns): *“Op basis van de oude regelingen uit het UPR (Uniform Prijs Reglement) kon een inschatting worden gemaakt van de eventuele vergoedingen die bij een eventueel vooroverleg bij de prijs zouden worden opgeteld.”*<sup>37</sup> Dit wordt bevestigd door Van Wijnen Holding BV (hierna: Van Wijnen): *“In de jaren 1998 – 2001 werd alleen of voorafgaand aan de opening van de blankbriefjes of direct daarna de hoogte van de calculatievergoeding bepaald. Een aantal ondervraagden heeft verklaard dat de vergoedingen in het algemeen correspondeerden met de vergoedingen die onder de Prijsregelende Organen werden toegekend.”*<sup>38</sup>
45. De Projectinformatie bevestigt dat de Deelnemende Ondernemingen rekenvergoedingen vaststelden. De Clementieverzoekers vermelden bij de door hen aangegeven aanbestedingen waarover vooroverleg is gevoerd concrete afspraken ten aanzien van rekenvergoedingen.<sup>39</sup>
46. Op grond van bovenstaande verklaringen en andere gelijklopende verklaringen van Deelnemende Ondernemingen<sup>40</sup> en de Projectinformatie staat vast dat de Deelnemende ondernemingen tijdens het vooroverleg gezamenlijk een rekenvergoeding ofwel calculatievergoeding vaststelden.

---

<sup>33</sup> 3938\_12/14, 00028009000137.

<sup>34</sup> 3938\_207/74, 00403088000002.

<sup>35</sup> 3938\_17/14, 00049014000002.

<sup>36</sup> Hiermee wordt bedoeld op de brancheregelingen van de Samenwerkende Prijsregelende Organisaties (SPO), waarmee voor de leden van de bij de SPO aangesloten brancheverenigingen regels werden gesteld voor de inschrijving op werken in de bouwnijverheid. In 1992 is door de Europese Commissie vastgesteld dat de regelingen een inbreuk vormden op artikel 85, eerste lid, van het EEG-verdrag (thans: artikel 81 EG-verdrag) en zijn de betrokken verenigingen en organisaties destijds door de Europese Commissie in een sanctieprocedure betrokken. Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92/1.

<sup>37</sup> 3938\_14/10, 00030010000002. Zie ook Heerkens van Bavel Bouw BV, 3938\_36/3, 00075003000006 en Den Hoed Aannemers BV, 3938\_99/9, 00186009000002.

<sup>38</sup> 3938\_16/7, 39510270000008.

<sup>39</sup> Bijvoorbeeld Ter Steege Holding BV, 3938\_17/9, 00049009000006; Bouwgroep Moonen Holding BV, 3938\_141/1; PBO Holding BV, 3938\_92/3; Bouwbedrijf Klanderman BV, 3938\_111/1; Reinbouw BV, 3938\_205/3; BK Bouw BV, 3938\_185/1.

<sup>40</sup> Zie Van Mierlo Bouwmaatschappij BV, 3938\_59/5, 00125005000006; Aannemingsmaatschappij Mulder Obdam, 3938\_83/10, 00163001000001; Bouwbedrijf Berghege BV, 3938\_107/2, 00199002000017; Riksen, 3938\_182/12, 00354012000003.

47. De som van de rekenvergoedingen van alle deelnemers aan een vooroverleg vormde uiteindelijk een onderdeel van de prijzen waarmee de deelnemers aan het vooroverleg inschreven op het betreffende B&U-werk. Dit laatste zal worden aangetoond in paragraaf 5.2.3 dat handelt over de vaststelling van de inschrijfcijfers.

### 5.2.2 Bepaling rechthebbende

48. De deelnemers aan het vooroverleg berekenden, voordat zij naar het overleg gingen, ieder voor zich de prijs waarvoor zij het werk wilden realiseren. Het vooroverleg werd door de Deelnemende Ondernemingen gebruikt om over elkaars prijzen te spreken. De prijzen die tijdens het vooroverleg werden vergeleken, werden ook wel blankcijfers, blankprijzen, calculatiecijfers of maakcijfers genoemd. In dit rapport wordt voor alle gevallen verder de term “blankcijfers” gebruikt.<sup>41</sup>
49. De deelnemers aan het vooroverleg vergeleken onderling de blankcijfers en stelden vast wie de laagste prijs had. De deelnemers aan het vooroverleg bepaalden dat diegene met de laagste blankcijfer het ‘recht’ had het werk te realiseren. Zij bepaalden dat hij met de laagste prijs mocht inschrijven en dat de overige deelnemers aan het vooroverleg dus met een hogere prijs dan hem zouden inschrijven. Hij werd door de deelnemers aan het vooroverleg als ‘rechthebbende’<sup>42</sup> op het werk aangewezen.
50. Bouwgroep TBI BV (hierna: TBI) verklaart over het bepalen van het laagste blankcijfer: *“Na uitwisseling van de wederzijdse inzichten aangaande bijzondere aan het project verbonden risico’s of andere bijzondere aspecten van het project, schreef elke deelnemer aan het overleg zijn zgn. blankcijfer samen met de naam van het bouwbedrijf dat hij vertegenwoordigde op een papiertje, dat na te zijn dichtgevouwen werd overhandigd aan de voorzitter (“onder de asbak”). (...) Vervolgens las de voorzitter alle namen en blankcijfers voor (dat van zichzelf als eerste), waardoor bekend werd wie het laagste blankcijfer op tafel had gelegd.”*<sup>43</sup>
51. Den Hoed Aannemers BV (hierna: Den Hoed) verklaart het volgende: *“Wij berekenden onze prijs waarvoor we het werk wilden maken. Tijdens de vergadering werden alle inschrijfcijfers op tafel onder een asbak gelegd. Iemand werd aangewezen die de inschrijfcijfers bekend maakte. De laagste inschrijfcijfer mocht het werk maken.”*<sup>44</sup>
52. Koninklijke Volker Wessels Stevin NV (hierna: KVWS) bevestigt dat de Deelnemende Ondernemingen tijdens het vooroverleg de rechthebbende bepaalden: *“(…) we leggen eerst een prijs op tafel. (...) Dan werd de prijs op een briefje op tafel gelegd zonder dat de anderen het konden zien. (...) De fungerend voorzitter las dan altijd als eerste zijn eigen prijs op. Hierna noemde hij de andere prijzen op en een ieder schreef de prijzen op. Degene die de laagste was kreeg het werk.”*<sup>45</sup> Bouwbedrijf Gebr. Van der Heijden BV (hierna: V.d. Heijden) bevestigt dit als volgt: *“Ten tijde van een vooroverleg werd individueel door iedere inschrijver op basis van zijn of haar kostprijscalculatie een zogenaamd blankcijfer bepaald. Het blankcijfer was het bedrag*

---

<sup>41</sup> Over het algemeen wordt door de Clementieverzoekers gesproken over blankcijfers of blankprijzen wanneer rekening werd gehouden met reeds in het verleden opgebouwde tegoeden (zie randnummer 62 tot en met 70).

<sup>42</sup> De term ‘rechthebbende’ werd gehanteerd door bouwondernemingen. Het gebruik van deze term in het rapport mag uitdrukkelijk niet begrepen worden als bevestiging en/of kwalificatie van de juridische status ervan door de NMa.

<sup>43</sup> 3938\_15/25, 0031011000004.

<sup>44</sup> 3938\_99/9, 00186009000002.

<sup>45</sup> 3938\_8/33, 00350066000003.

## Openbaar

*waarvoor de betreffende onderneming bereid was het project te realiseren. Deze blankcijfers kwamen aldus ter tafel en aan de hand hiervan werd vastgesteld welke inschrijver de rechthebbende was.”<sup>46</sup>*

53. De reden voor het bepalen van de rechthebbende was volgens Deelnemende Ondernemingen om te voorkomen dat een opdrachtgever andere inschrijvers benaderde om van hen een gunstigere offerte te krijgen, ook wel ‘leuren’ genoemd.
54. Onder meer<sup>47</sup> TBI verklaart: *“Het overleg had tevens tot doel de laagste inschrijver te beschermen tegen zgn. leuren door de opdrachtgever.”<sup>48</sup>* Dit wordt bevestigd door Bouwgroep Peters BV (hierna: Peters), die verklaart: *“Het aanwijzen van een rechthebbende was een belangrijke punt, dat was ook om leuren te voorkomen.”<sup>49</sup>*
55. De rechthebbende kreeg van de andere deelnemers aan het vooroverleg het ‘exclusieve recht’ om met de opdrachtgever te onderhandelen over het werk. In geval de opdrachtgever de andere inschrijvers benaderde, hielden zij dit af.
56. Ter Steege verwoordt dit als volgt: *“(…) bescherming tegen het leuren door de opdrachtgever. De erecode was dat geen enkele aannemer na het overleg nog contact opnam met de opdrachtgever en de opdrachtgever dan geen onderhandelingen kon opstarten met een van de opvolgers.”<sup>50</sup>*
57. Aannemingsbedrijf Van Merksteijn BV (hierna: Van Merksteijn) verklaart hierover: *“De betreffende afspraken hadden tot doel om: (...) 2) Een mogelijkheid te realiseren om “leur-gedrag” van opdrachtgevers, na de datum van aanbesteding, te pareren.”<sup>51</sup>*
58. Niet altijd waren de eigen calculaties van de deelnemers aan het vooroverleg bepalend voor de aanwijzing van de rechthebbende. Indien er een groot verschil zat tussen het laagste blankcijfer en de andere blankcijfers kon degene met het laagste blankcijfer indien hij dat wenste, zich ‘terugtrekken’ en werd de deelnemer aan het vooroverleg met het één na laagste blankcijfer als rechthebbende aangewezen door alle deelnemers aan het vooroverleg.
59. Sylva Bouw verklaart hierover als volgt: *“Indien er een groot verschil was tussen het laagste inschrijfcijfer en de andere inschrijfcijfers dan werd er besproken of de laagste inschrijver rekenfouten had gemaakt.”<sup>52</sup>*
60. Plegt-Vos Oost verklaart dat in geval van het vermoeden van misrekeningen de betreffende onderneming zich mocht terugtrekken. Zij verklaart: *“Gebruikelijk was dat de inschrijver die, aan de hand van een inschrijfcijfer dat substantieel lager lag dan dat van de andere inschrijvers, vermoedde dat hij een rekenfout had gemaakt, zich mocht terugtrekken.”<sup>53</sup>* Friso bevestigt dit als volgt: *“Een enkele maal had een aannemer met het laagste blankcijfer zich verrekend. Die had dan de mogelijkheid om zich terug te trekken en moest*

---

<sup>46</sup> 3938\_129/2, 00242002000001.

<sup>47</sup> Zie in dit verband ook Sylva Bouw, 3938\_248/9, 00460009000001 en Ballast Nedam NV, 3938\_13/7, 00034018000006.

<sup>48</sup> 3938\_15/25, 00310110000003.

<sup>49</sup> 3938\_3/1, 39380030010003.

<sup>50</sup> 3938\_17/14, 00049014000002.

<sup>51</sup> 3938\_115/1, 00216001000007.

<sup>52</sup> 3938\_248/9, 00460009000003.

<sup>53</sup> 3938\_198/1, 00384001000003. Zie ook Heijmans, 3938\_12/14, 00028009000137.

*vervolgens met de hoogste prijs inschrijven. Of een aannemer zich had misrekend bleek bijvoorbeeld uit een heel laag blankcijfer en door een onderlinge vergelijking van onze begrotingen stelden we dan vast of die aannemer zich had vergist.”<sup>54</sup> Ook KVWS verklaart: “Tijdens het vooroverleg konden bedrijven die zich in de prijs vergist hadden (denk met name aan rekenfouten), zich terugtrekken. Het bedrijf dat zich terugtrok moest echter wel de hoogste prijs indienen.”<sup>55</sup>*

61. Voorts kon de aanwijzing van de rechthebbende worden beïnvloed doordat Deelnemende Ondernemingen bij het bepalen van hun blankcijfer zogenaamde ‘tegoeden’ hanteerden.

*De rol van tijdens eerdere vooroverleggen toegekende rekenvergoedingen bij bepaling blankcijfer*

62. Het door de Deelnemende Ondernemingen overeenkomen van rekenvergoedingen tijdens de vooroverleggen leidde tot het over en weer ontstaan van vorderingen op elkaar. De rechthebbende kreeg een schuld aan de overige deelnemers aan een vooroverleg. Deze overige deelnemers kregen zo een tegoed op de rechthebbende. Dit zal meer uitgebreid aan de orde komen en bewezen worden in de randnummers 100 tot en met 104.
63. Met de rekenvergoedingen die zij nog tegoed had van anderen als gevolg van één of meer eerdere vooroverleggen, hield een aantal Deelnemende Ondernemingen rekening bij het bepalen van het blankcijfer.<sup>56</sup> De betreffende ondernemingen verlaagden het blankcijfer met (een gedeelte van) deze rekenvergoedingen om zo meer kans te maken als rechthebbende te worden aangewezen.
64. Bij het bepalen van het blankcijfer werd volgens TBI rekening gehouden met de opgebouwde tegoeden. Het blankcijfer definieert zij als: “(...) de prijs waarvoor het betrokken bouwbedrijf het werk zou willen uitvoeren onder aftrek van (een deel van) de zgn. (werk)tegoeden die hij van de andere deelnemers aan het overleg te vorderen had.”<sup>57</sup>
65. V.d. Heijden verklaart specifiek over de rol van tegoeden bij het bepalen van het blankcijfer het volgende: “Door ons werd, indien een vooroverleg aan de orde was, vooraf vastgesteld wat onze tegoeden c.q. schulden

<sup>54</sup> 3938\_207/74, 00403088000002. Zie ook Hulshof Restauratie BV, 3938\_219/6, 00420006000007.

<sup>55</sup> 3938\_8/8, 00035010000007. Zie ook Bouwgroep TBI BV, 3938\_15/25, 00031011000004; Van Wijnen, 3938\_16/7, 39510270000008; Ballast Nedam NV, 3938\_13/7, 00034018000006; BAM, 3938\_10/22, 00038017000038; Ter Steege, 3938\_17/6, 00049007000003; Van Waning, 3938\_20/13, 00053014000001; Trebbe, 3938\_35/10, 00074010000003; Bot Bouw BV, 3938\_89/16, 00171016000007; Meesterbouw Aannemersbedrijf BV, 3938\_102/1, 00190001000008; Bongaertz, 3938\_103/1, 00191001000008; Bouwbedrijf Berghage BV, 3938\_107/1, 00199002000017; Aannemingsbedrijf Van Merksteijn BV, 3938\_115/1, 00021600100007; Muller Bouw BV, 3938\_119/2, 00220002000004; Hegeman Bouwgroep Beheer BV, 3938\_130/3, 00243003000009; Friso, 3938\_207/74, 00403088000002; Bouwbedrijf Heijneman BV, 3938\_215/1, 00415001000008; Hulshof Restauratie BV, 3938\_219/6, 00420006000007; BV Aannemingsmaatschappij Boers Veenendaal, 3938\_224/1, 04250001000001; Nijssen Bouw BV, 3939\_225/51, 00427051000003; Bouwbedrijf Gebr. Van der Heijden BV, 3938\_129/2, 00242002000001; Bouw- en restauratiebedrijf Abma-Ursem BV, 3938\_240/1, 00450001000002; Sylva Bouw, 3938\_248/9, 00460009000003 en Peters, 3938\_3/1, 39380030010003, NV Holding BVR-Groep, 3938\_188/10, 00366010000003.

<sup>56</sup> De Clementieverzoekers hanteren verschillende termen, zoals ‘(werk)tegoeden’, ‘tegoeden c.q. schulden uit hoofde van het totaal van de (fictieve) calculatievergoedingen’ en ‘tegoeden uit eerdere vooroverleggen’. Hiermee wordt steeds hetzelfde bedoeld, namelijk de tijdens eerdere vooroverleggen opgebouwde rekenvergoedingen.

<sup>57</sup> 3938\_15/25, 00031011000004.

*uit hoofde van het totaal van de fictieve calculatievergoedingen. In geval van een tegoed brachten wij dit in mindering op ons inschrijfcijfer om zodoende onze kans te vergroten.”<sup>58</sup>*

66. Ter Steege bevestigt dit als volgt: *“De prijs die je tijdens het overleg neerlegde (...) was opgebouwd op basis van een reële calculatie. Van dat bedrag trok je een bedrag af dat je op basis van rechten had opgebouwd. De laagste werd de rechthebbende en het bedrag dat door elke aannemer op tafel werd gelegd was het zogenaamde blankcijfer.”<sup>59</sup>* Ter Steege verklaart verder: *“De opgebouwde rekenvergoedingen werden aangewend om de aanneemsom extra te verlagen indien men het werk per se wilde hebben. Dat was de kern van het mechanisme (...).”<sup>60</sup>*
67. TBI verklaart over de mogelijkheid om rekening te houden met tegoeden uit eerdere vooroverleggen: *“In een voorbespreking bij gelegenheid van een volgende aanbesteding hadden de deelnemers de mogelijkheid deze vorderingen te ‘verzilveren’ door bij de vaststelling van het blankcijfer het bedrag van hun vorderingen mede in aanmerking te nemen. Slaagde een bouwbedrijf op deze wijze erin het laagst blankcijfer op tafel te leggen, dan verkreeg het weliswaar het recht als laagste op het werk in te schrijven, doch tegelijk had het zijn vorderingen verbruikt, waarna het weer van voren af aan moest beginnen met het opbouwen van nieuwe vorderingen.”<sup>61</sup>*
68. De verklaring van Hillen & Roosen bevestigt de rol van de tegoeden bij het bepalen van het blankcijfer tijdens het vooroverleg. Zij antwoordt op de vraag of er in het vooroverleg rekening werd gehouden met de tegoeden aan rekenvergoedingen: *“Ja, daar kon je op inspelen. Je wist redelijk wat de tegoeden waren op de partijen die meededen aan het vooroverleg. Daarnaast wist je het totaal aan tegoeden op alle partijen. Je keek naar je kostprijs en als het kon trok een bedrag af om het werk binnen te halen om zodoende de te verstrekken vergoedingen te kunnen verrekenen op je totaal.”<sup>62</sup>* Verder verklaart zij: *“Het rekening houden met tegoeden was een individuele aangelegenheid, er werd niet collectief gesproken over het rekening houden met tegoeden bij aanbestedingen (...).”<sup>63</sup>*
69. Ballast Nedam NV (hierna: Ballast Nedam) verklaart: *“(…) dat het systeem ertoe strekte een tegoedenpot op te bouwen die (gedeeltelijk) werd ingezet bij aanbestedingen waarin men daadwerkelijk geïnteresseerd was.”<sup>64</sup>*
70. Op grond van bovenstaande en gelijklopende<sup>65</sup> verklaringen van Clementieverzoekers staat vast dat een aantal van de Deelnemende Ondernemingen bij het bepalen van haar blankcijfer rekening hield met de bedragen die zij nog tegoed had van anderen als gevolg van één of meer voorgaande vooroverleggen. De

<sup>58</sup> 3938\_129/2, 00242002000001.

<sup>59</sup> 3938\_17/14, 00049014000002. Vergelijk ook Jurriëns, 3938\_14/10, 00030010000002.

<sup>60</sup> 3938\_17/14, 00049007000003.

<sup>61</sup> 3938\_15/25, 00031011000005.

<sup>62</sup> 3938\_41/15, 00087016000004.

<sup>63</sup> 3938\_41/15, 00087016000004.

<sup>64</sup> 3938\_13/7, 00034018000009.

<sup>65</sup> Zie o.a. KVWS, 3938\_8/8, 00035010000008; BAM, 3938\_10/22, 00038017000036 en -0039; Heijmans, 3939\_12/14, 000280090000139; Ballast Nedam, 3938\_13/7, 00034018000007 en -0009; Trebbe, 3938\_35/10, 00074010000003; Bouwbedrijf Berghege BV, 3938\_107/2, 00199002000017; Koenders Bouw BV, 3938\_109/10, 00203010000001; WAM & Van Duren Bouw BV, 3938\_112/3, 00211003000002, Muller Bouw BV, 3938\_119/2, 00220002000004; De Vree & Sliepen BV, 3938\_159/3, 00299003000002; Aannemersbedrijf P. Meijer BV, 3938\_172/2, 00328002000001; Moes Bouwbedrijf BV, 3938\_137/1, 00257001000002; BV Aannemingsmaatschappij Boers Veenendaal, 3938\_224/5, 00425005000003 en Bouwbedrijf Wagemakers BV, 3938\_260/1, 00477002000001.

## Openbaar

betreffende ondernemingen konden de bij de andere deelnemers aan het vooroverleg in te leveren blankcijfer verlagen met het bedrag dat zij nog tegoed hadden op basis van deze eerdere vooroverleggen. Op deze manier konden zij proberen om de laagste prijs op tafel te leggen en dus rechthebbende te worden.

### *De rol van de verwachte rekenvergoeding bij bepaling blankcijfer*

71. Bij het bepalen van het blankcijfer hield een aantal Deelnemende Ondernemingen rekening met de nog vast te stellen rekenvergoeding. Het blankcijfer werd dan - voordat het aan de andere deelnemers aan een vooroverleg werd getoond - verlaagd met een bedrag waarvan verwacht werd dat het, door middel van de door de deelnemers aan het vooroverleg nog vast te stellen rekenvergoeding, zou worden gecompenseerd.
72. Dit blijkt onder andere uit de verklaring van Van Wijnen: *“Voorts werd voor het te hanteren blankcijfer meestal rekening gehouden met de verwachte te ontvangen vergoeding voor calculatiekosten die de aannemers onderling zouden afspreken. Die rekenvergoeding werd dan al op voorhand van de eigen calculatie afgetrokken.”*<sup>66</sup>
73. Friso bevestigt het voorgaande als volgt: *“Het bedrag, waarvan wij dachten dat het de rekenvergoeding zou worden, trokken we van het berekende maakcijfer af. Daarmee kreeg je het blankcijfer, met dit blankcijfer gingen wij naar het vooroverleg.”*<sup>67</sup>
74. Verschillende ondernemingen<sup>68</sup> bevestigen het voorgaande. Zo verwoordt Nijssen Bouw BV (hierna: Nijssen) het aldus: *“Je keek naar het aantal concurrenten en dan deed je een inschatting van de rekenvergoeding van het aantal maal een bedrag. Dat totaalbedrag aan verwachte rekenvergoeding trok je van de calculatie af.”*<sup>69</sup>
75. Op grond van bovenstaande en gelijklopende verklaringen<sup>70</sup> staat vast dat de Deelnemende Ondernemingen tijdens het vooroverleg onderling steeds bepaalden wie van de aanwezige aannemers de ‘rechthebbende’ op het werk was en daarmee wie het werk mocht uitvoeren. Dit gold ook wanneer de hoogte van het blankcijfer met behulp waarvan de ‘rechthebbende’ werd vastgesteld, werd beïnvloed door terugtrekking van degene met het laagste blankcijfer, zoals vermeld in randnummers 58 tot en met 60, en door tegoeden uit eerdere vooroverleggen, zoals vermeld in randnummers 62 tot en met 70, of door anticipatie op de als ‘rechthebbende’ te verkrijgen rekenvergoedingen uit het betreffende vooroverleg zelf, zoals vermeld in randnummers 71 tot en met 74.

### 5.2.3 Vaststelling inschrijfcijfers

76. De inschrijfcijfers van deelnemers aan het vooroverleg, zoals die uiteindelijk werden ingeleverd bij de opdrachtgever, bestonden uit hun blankcijfers vermeerderd met het totaalbedrag aan rekenvergoedingen

---

<sup>66</sup> 3938\_16/7, 39510270000007 en -0008. Zie ook Hillen & Roossen, 3938\_41/15, 00087016000004.

<sup>67</sup> 3938\_207/74, 00403088000002.

<sup>68</sup> Zie Trebbe, 3938\_35/10, 00074010000002; Remmers, 3938\_70/57, 00142057000002; Jorritsma Bouw BV, 3938\_214/69, 00414069000003; Peters, 3938\_3/1, 39380030010003; Hillen & Roosen, 3938\_41/15, 00087016000004.

<sup>69</sup> 3939\_225/51, 00427051000003.

<sup>70</sup> Zie o.a. TBI, 3938\_15/25, 00031011000004 en Ter Steege, 3938\_17/14, 00049014000005.

## Openbaar

zoals die per vooroverleg door deelnemers werden vastgesteld. De blankcijfers van alle deelnemers aan het vooroverleg werden namelijk verhoogd met een bedrag waarvan de hoogte door de Deelnemende Ondernemingen gezamenlijk was vastgesteld. Dit gezamenlijk vastgestelde bedrag werd bij de opdrachtgever zonder zijn medeweten of toestemming in rekening gebracht. Aldus werden de inschrijfcijfers van de Deelnemende Ondernemingen en derhalve ook de volgorde van inschrijving door de deelnemers aan een vooroverleg onderling tussen de ondernemingen maar met uitsluiting van de opdrachtgever vastgesteld.

77. BV Aannemingsbedrijf Hakfoort (hierna: Hakfoort) verklaart over het inschrijfcijfer van de 'rechthebbende': *"Dan werd bekendgemaakt wie de laagste was en die ging dan inschrijven met zijn prijs verhoogd met het totaal van de rekenvergoedingen. Als er werd afgesproken dat de rekenvergoeding 5.000 gulden per kop was en er waren vijf partijen dan was het totaal 25.000 gulden. Als de laagste een prijs had van 100.000 gulden dan ging hij inschrijven voor 125.000 gulden."*<sup>71</sup>
78. Friso verklaart over het vaststellen van de inschrijfcijfers: *"Het inschrijfcijfer van de rechthebbende was dan zijn blankcijfer met het totaal van de tijdens het vooroverleg vastgestelde rekenvergoedingen. Het inschrijfcijfer van de andere aannemers was het door die aannemers vastgestelde blankcijfer met daar bovenop het vastgestelde bedrag aan rekenvergoedingen."*<sup>72</sup>
79. Een dergelijke handelwijze wordt bevestigd door Peters, die het volgende verklaart: *"Er werd afgesproken dat het inschrijfcijfer zou worden verhoogd met het aantal inschrijvers maal de rekenvergoeding per kop."*<sup>73</sup> Ook TBI bevestigt dit: *"Iedere deelnemer aan het overleg verhoogde zijn blankcijfer met het totale bedrag van de vergoeding, t.w. het product van het bedrag van de rekenvergoeding en het aantal deelnemers aan het overleg (...)"*<sup>74</sup>
80. Ter Steege verklaart met betrekking tot de vastgestelde volgorde het volgende: *"De rangorde bij inschrijving werd gerespecteerd, iedereen hield zich daar ook aan. Je wist dus na het overleg wie voor welk bedrag inschreef en wie de rechthebbende was."*<sup>75</sup> Hillen & Roosen bevestigt dit: *"Iedere deelnemer kreeg tijdens het overleg een prijs mee en moest deze prijs gebruiken om in te schrijven op het werk. Dit was een erecode waaraan iedereen zich hield."*<sup>76</sup> Ook TBI verklaart: *"Op deze basis werden met inachtneming van de op grond van de blankcijfers vastgestelde volgorde de bedragen vastgesteld, waarop de deelnemers aan het overleg op het werk zouden inschrijven."*<sup>77</sup>
81. Soms werden de aldus vastgestelde inschrijfcijfers nog gewijzigd nadat de Deelnemende Ondernemingen de inschrijfcijfers hadden bepaald. Aldus werden de uitkomsten nog aangepast.
82. KVWS verklaart over de aanpassingen van de inschrijfcijfers: *"Nadat het laagste inschrijfcijfer was vastgesteld werden de cijfers van de andere aanbidders enigszins aangepast aan die van de laagste bieder,*

---

<sup>71</sup> 3938\_232/17, 00437017000003.

<sup>72</sup> 3938\_207/74, 00403088000002.

<sup>73</sup> 3938\_3/1, 39380030010003.

<sup>74</sup> 3938\_15/25, 00031011000004.

<sup>75</sup> 3938\_17/14, 00049014000005.

<sup>76</sup> 3938\_41/10, 00087015000002.

<sup>77</sup> 3938\_15/25, 00031011000004.



waarbij de stelregel was dat de verschillen niet al te groot mochten zijn.”<sup>78</sup> Het wijzigen van de inschrijfcijfers wordt bevestigd door onder meer<sup>79</sup> Dura Vermeer die verklaart: “Soms werden ook afspraken gemaakt om te zorgen dat er enige afstand bestond tussen de laagste en de op een na laagste inschrijver om leuren (...) te voorkomen. Om commerciële redenen werd afgesproken dat de hoogste inschrijver niet te hoog zou inschrijven ten opzichte van de andere inschrijvers en ten opzichte van een redelijke kostprijs van het werk.”<sup>80</sup>

83. De wijzigingen op de inschrijfcijfers hielden met name in dat de andere deelnemers aan het vooroverleg hun inschrijfcijfers mochten verlagen, waardoor het verschil met de laagste inschrijver niet al te groot was. Deze vorm van manipuleren van de inschrijfcijfers werd wel ‘bijzakken’ genoemd.
84. Bouwbedrijf Stokkers Boekelo BV (hierna: Stokkers Boekelo) verklaart over het verlagen van het inschrijfcijfer het volgende: “De laagste ging dan zijn prijs verhogen met de vooraf vastgestelde calculatie vergoeding. De rest ging daarna zijn prijs aanpassen in volgorde zoals deze ook was bij de opening van de enveloppen. Als de prijsverschillen groter waren dan 10% dan stelde men deze naar beneden bij.”<sup>81</sup> Het naar beneden bijstellen van de inschrijfcijfers wordt bevestigd door Sylva Bouw die verklaart: “Indien daarna er nog grote verschillen ontstonden in inschrijfcijfers dan werden de inschrijfcijfers van de aannemers naar beneden aangepast richting het laagste inschrijfcijfer.”<sup>82</sup> In dezelfde zin verklaart bijvoorbeeld<sup>83</sup> Koninklijke BAM Groep NV (hierna: BAM): “De inschrijfcijfers konden worden vastgesteld door bij de blankcijfers de som der vergoedingen op te tellen. Hierbij werden doorgaans correcties aangebracht: (...) een deelnemer, die wel erg hoog in de boom zat werd toegestaan om bij te zakken.”<sup>84</sup> Heijmans licht dit nog als volgt toe: “Ook kon men “bijpassen of bijzakken”. Dit gold met name voor de aannemers met een erg hoge blankprijs. Volgens de geïnterviewden is dit te verklaren doordat een opdrachtgever een aannemer niet voor een volgende opdracht uitnodigt bij te sterk afwijkende inschrijfprijzen.”<sup>85</sup>
85. Op grond van verklaringen, vermeld in randnummers 77 tot en met 80, en andere gelijklopende verklaringen<sup>86</sup> staat vast dat de deelnemers aan het vooroverleg de inschrijfcijfers, zoals die moesten worden ingeleverd bij de opdrachtgever, gezamenlijk vaststelden. Iedere deelnemer aan het vooroverleg verhoogde volgens afspraak zijn blankcijfer met de som van alle rekenvergoedingen. De rechthebbende schreef dan nadat ook hij zijn blankcijfer zonder medeweten van de opdrachtgever met de rekenvergoedingen had verhoogd, in als laagste van de deelnemers aan het vooroverleg. Voorts staat op grond van de verklaringen vermeld in randnummers 82 tot en met 84 vast dat de inschrijfcijfers die aan de hand van de blankcijfers gezamenlijk waren vastgesteld en waren verhoogd met de som van alle rekenvergoedingen, soms in onderling overleg nog werden gewijzigd. Deze wijzigingen zorgden ervoor

---

<sup>78</sup> 3938\_8/8, 00035010000008.

<sup>79</sup> Zie ook Bouw- en restauratiebedrijf Abma-Ursem BV, 3938\_240/1, 00450001000002; Van Wijnen, 3938\_16/7, 39510270000008.

<sup>80</sup> 3938\_9/10, 395102600000007.

<sup>81</sup> 3938\_148/1, 002770010000001.

<sup>82</sup> 3938\_248/9, 004600009000003.

<sup>83</sup> Zie KVWS, 3938\_8/33, 003500660000003; Van Merksteijn, 3938\_115/1, 000216001000008; Van Wijnen, 3938\_16/7, 395102700000008; Bouwbedrijf Heijnenman BV, 3938\_215/1, 004150010000008; Meesterbouw Aannemersbedrijf BV, 3938\_102/1, 001900010000006 en Bongaert, 3938\_103/1, 001910010000008.

<sup>84</sup> 3938\_10/22, 00038017000037en -0038.

<sup>85</sup> 3938\_12/14, 000280090000137.

<sup>86</sup> Zie Van Wijnen, 3938\_16/7, 395102700000007; Bouwbedrijf Gebr. V.d. Heijden BV, 3938\_129/2, 002420020000001; Aannemersbedrijf P. Meijer BV, 3938\_172/2, 003280020000001 en Nijssen Bouw, 3939\_225/51, 004270510000003.

## Openbaar

dat het verschil met de laagste inschrijver niet te groot was: de andere inschrijvers konden hun inschrijfcijfer aan dat van de laagste inschrijver aanpassen.

### *Variant voor bepaling inschrijfcijfers en rekenvergoedingen*

86. Naast de methode ter bepaling van het inschrijfcijfer, zoals beschreven in randnummers 76 tot en met 84, bestond een afwijkende methode die soms ook werd gehanteerd. Hierbij werd in het vooroverleg eerst gezamenlijk het inschrijfcijfer ofwel verkoopcijfer bepaald. Dit kon door zelf een inschatting te maken van een redelijk inschrijfcijfer of met behulp van budgetgegevens van de opdrachtgever die bij de ondernemingen bekend waren. Vervolgens werd van het gezamenlijk vastgestelde inschrijfcijfer het laagste blankcijfer afgetrokken. Het verschil vormde dan de te verdelen rekenvergoeding.
87. Van Wijnen verklaart: *“Soms werd ook eerst vastgesteld wat een normale prijs (verkoopcijfer) voor het werk zou zijn. Het verschil tussen het laagste blankcijfer en het verkoopcijfer bepaalde dan de hoogte van de te verdelen rekenvergoedingen.”*<sup>87</sup>
88. Heijmans bevestigt het bestaan van voornoemde methode als volgt: *“De aannemers dienden zowel hun blankprijs als hun calculatieprijs in. Rechthebbende was degene met de laagste blankprijs. (...) Het verschil tussen de blankprijs en de inschrijfprijs was de te verdelen “rekenvergoeding”.*”<sup>88</sup>
89. Hillen & Roosen<sup>89</sup> en Aannemersbedrijf P. van Leeuwen BV (hierna: Van Leeuwen) bevestigen het bestaan van voornoemde methode. Ook stellen zij dat budgetgegevens van de opdrachtgever een rol speelden bij het bepalen van het inschrijfcijfer. Laatstgenoemde verklaart: *“De aannemers die zouden gaan inschrijven kwamen bij elkaar. Er was altijd wel iemand die wist of dacht wat de raming van het werk was. Bijvoorbeeld 200.000 duizend, het werk zou kunnen worden gemaakt voor 180.000, dan was er 20.000 over en dat werd als rekenvergoeding onder de deelnemers aan het overleg verdeeld.”*<sup>90</sup>
90. Bovenstaande betreft slechts een variant voor de wijze van het bepalen van de inschrijfcijfers en rekenvergoedingen. Ook bij deze variant kenden de Deelnemende Ondernemingen elkaar tijdens het vooroverleg een rekenvergoeding toe waarvan de hoogte gezamenlijk werd vastgesteld en werd bepaald wie als laagste mocht inschrijven. Tevens werden de inschrijfcijfers gezamenlijk vastgesteld zonder medeweten van de opdrachtgever, waarbij de som van de rekenvergoedingen in rekening werd gebracht bij de opdrachtgever.

### 5.2.4 Conclusie

91. Op grond van bovenvermelde verklaringen en de diverse andere gelijkkluidende verklaringen van clementieverzoekers, alsmede de Projectinformatie, waarbij het bewijsmateriaal elkaar bevestigt en versterkt, staat vast dat bij ieder vooroverleg in essentie steeds dezelfde afspraken werden gemaakt volgens een vergelijkbaar stramien. Het vooroverleg bestond uit één of meerdere van de volgende onderdelen. De deelnemers aan het vooroverleg kenden elkaar een rekenvergoeding toe, waarvan de hoogte gezamenlijk werd vastgesteld. Zij vergeleken hun blankcijfers en bepaalden wie als laagste mocht

<sup>87</sup> 3938\_16/7, 39510270000007. Zie ook Dura, 3938\_9/10, 39510260000006 en -0007.

<sup>88</sup> 3939\_12/14, 00028009000137.

<sup>89</sup> 3938\_41/10, 00087015000002.

<sup>90</sup> 3938\_175/7, 00336007000002.

inschrijven. Tevens werden de inschrijfcijfers gezamenlijk vastgesteld waarbij de som van de rekenvergoedingen bij de opdrachtgever in rekening werd gebracht. De afzonderlijke vooroverleggen hadden dus als doel het vaststellen van rekenvergoedingen en het afstemmen van het inschrijfgedrag.

### 5.3 Reikwijdte van het vooroverleg

92. De Clementieverzoekers hebben geen exacte aantallen aangegeven over hoe vaak vooroverleg is gevoerd. Vast staat echter dat het in paragrafen 5.1 en 5.2 beschreven vooroverleg bij aanbestedingen usance was in de B&U-sector.
93. Ballast Nedam verklaart: *“Het was usance in de B&U-sector om voorafgaand aan aanbestedingen (te pogen) afspraken te maken en inschrijfgedrag op elkaar af te stemmen.”*<sup>91</sup> Dit wordt bevestigd door KVWS: *“(…) er was een algemeen aanvaarde praktijk dat wanneer praktisch mogelijk vooroverleg werd gepleegd bij aanbestedingen.”*<sup>92</sup>
94. BAM verklaart: *“Het verschijnsel van vooroverleg was algemeen en sectorbreed. In meer dan 95% van de gevallen van bestedingen vond vóóroverleg plaats of werd in elk geval besproken of vóóroverleg kon plaatsvinden; in feite deed nagenoeg iedereen daaraan mee.”*<sup>93</sup> Voorts verklaart BAM als volgt: *“Er valt geen andere structuur aan te wijzen dan dat vóóroverleg een wijdverbreide praktijk is geweest die men als één systeem of een cultuur kan aanmerken.”*<sup>94</sup>
95. Ter Steege bevestigt dit als volgt: *“(…) men belde elkaar en sprak af om bij elkaar te komen. Zo ging het met de meeste aanbestedingen bij ons (…). Een heel enkele keer niet, maar dat was echt een uitzondering.”*<sup>95</sup> Tevens verklaart Bouw- en aannemingsbedrijf C. Bongaertz BV (hierna: Bongaertz): *“In de periode als genoemd (…) was het gebruikelijk bij aanbestedingen met voorselectie vooroverleg te hebben met collega inschrijvers.”*<sup>96</sup>
96. PBO verklaart over de frequentie van het vooroverleg: *“Indien thans een schatting gemaakt moet worden van de frequentie, vermoeden wij dat er vooroverleg plaatsvond in 3 van de 4 aanbestedingen.”*<sup>97</sup> Dit wordt ondersteund door de volgende verklaring van Trebbe Bouwgroep BV (hierna: Trebbe): *“Wel kunnen wij aangeven dat er in een overgrote meerderheid van de gevallen afspraken zijn gemaakt.”*<sup>98</sup>
97. Dat vooroverleg gebruikelijk was bij aanbestedingen van B&U-werken, verklaart ook Koninklijke Aannemingmaatschappij Van Waning BV (hierna: Van Waning): *“Het vooroverleg kwam bij alle aanbestedingen voor. Dat was eigenlijk regel.”*<sup>99</sup> Daarbij was er geen sprake van een onderscheid naar type projecten of aanbestedingen. Zo verklaart Van Wijnen: *“Vooroverleg was gebruikelijk bij openbare en*

<sup>91</sup> 3938\_13/7, 00034018000006.

<sup>92</sup> 3938\_8/8, 00035010000006.

<sup>93</sup> 3938\_10/22, 00038017000034.

<sup>94</sup> 3938\_10/22, 00038017000034.

<sup>95</sup> 3938\_17/14, 00049014000002.

<sup>96</sup> 3938\_103/1, 00191001000008.

<sup>97</sup> 3938\_92/1, 00017500100001. Zie ook Aannemersbedrijf P. van Leeuwen BV, 3938\_175/7, 00336007000001.

<sup>98</sup> 3938\_35/5, 00074005000001.

<sup>99</sup> 3938\_20/13, 00053014000002. Zie ook Dura Vermeer, 3938\_9/10, 39510260000003; Van Wijnen Holding BV, 3938\_16/7, 39510270000002 en Aannemingsbedrijf Van Merksteijn BV, 3938\_115/1, 00021600100007.

*onderhandse aanbestedingen in de burgerlijke en utiliteitsbouw in Nederland. Het door Van Wijnen verrichtte onderzoek heeft niet uitgewezen dat consequent bij bepaalde projecten wel en bij andere projecten geen vooroverleg plaatsvond.*<sup>100</sup> Dit wordt bevestigd door BAM: *“Voorzover BAM heeft kunnen vaststellen bestaan geen specifieke afspraken over categorieën van projecten. Er bestond in essentie geen verschil tussen de gang van zaken bij openbare of onderhandse aanbestedingen.”*<sup>101</sup>

98. Op grond van de bovenstaande verklaringen staat vast dat het in de B&U-sector usance was dat in geval van de aanbesteding van een B&U-werk vooroverleg plaatsvond.

### 5.4 Eén systeem van afstemming via vooroverleg

99. De afzonderlijke vooroverleggen en de daarbij gemaakte afspraken kunnen niet op zichzelf worden bezien, maar waren onlosmakelijk met elkaar verbonden en vormden één voortdurend systeem van vooroverleg. Er is in de B&U-sector sprake van één systeem van vooroverleg omdat de verschillende vooroverleggen feitelijk met elkaar verbonden waren door de verrekening van vorderingen uit verschillende vooroverleggen. Bovendien was, zoals aangetoond in paragraaf 5.3, vooroverleg voorafgaande aan aanbestedingen van B&U-werken usance waarbij de afzonderlijke vooroverleggen als gemeenschappelijk doel hadden het vaststellen van rekenvergoedingen en het afstemmen van inschrijfgedrag.
100. De vooroverleggen zijn feitelijk met elkaar verbonden omdat de Deelnemende Ondernemingen de vorderingen uit verschillende vooroverleggen verrekenden.
101. Het door de Deelnemende Ondernemingen overeenkomen van rekenvergoedingen tijdens de vooroverleggen leidde tot het over en weer ontstaan van vorderingen op elkaar. Deelnemende ondernemingen kregen namelijk ‘tegoeden op’ en ‘schulden aan’ elkaar.
102. Strukton Groep BV (hierna: Strukton) verklaart dat er over en weer vorderingen ontstaan als een resultaat van het vooroverleg. Zij verklaart: *“Deze rekenvergoeding bracht een ‘vordering’ van de overige deelnemers aan de vergadering op de laagste inschrijver tot stand en omgekeerd een schuld van de laagste inschrijvers ten opzichte van de overige deelnemers.”*<sup>102</sup>
103. Het ontstaan van vorderingen tussen de deelnemers aan een vooroverleg door het afspreken van een rekenvergoeding, wordt door TBI bevestigd in haar verklaring: *“De rekenvergoeding werd door de laagste inschrijver geboekt als een schuld aan de andere deelnemers aan het overleg, en door de andere deelnemers op hun beurt als een vordering op de laagste inschrijver.”*<sup>103</sup>
104. Op grond van bovenstaande verklaringen en andere gelijklopende verklaringen<sup>104</sup> op dit punt staat vast dat als resultaat van een vooroverleg over en weer vorderingen ontstonden tussen de deelnemers aan

---

<sup>100</sup> 3938\_16/7, 39510270000001.

<sup>101</sup> 3938\_10/22, 00038017000034.

<sup>102</sup> 3938\_11/15, 00027015000006 en -0007.

<sup>103</sup> 3938\_15/25, 00031011000005.

<sup>104</sup> Zie o.a. Aannemersbedrijf P. Meijer BV, 3938\_172/2, 00328002000001; V.d. Heijden, 3938\_129/2, 00242002000001; Van Waning, 3938\_20/13, 00053014000002 en Remmers, 3938\_70/57, 00142057000002.

## Openbaar

een vooroverleg.

105. Dat de vooroverleggen en afspraken die hier werden gemaakt onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en zo één voortdurend systeem van vooroverleg vormen, wordt bevestigd door het in onderling verband administreren van de vorderingen, die als resultaat van *verschillende* vooroverleggen tussen de deelnemers over en weer ontstonden.
106. De vorderingen die als gevolg van een vooroverleg waren ontstaan, werden - buiten de reguliere boekhouding om - bijgehouden in aparte notities of schaduwboekhoudingen.<sup>105</sup>
107. Het bijhouden van deze vorderingen wordt bevestigd door Ter Steege. Zij verklaart: *“Tijdens het vooroverleg, na het vaststellen van de rekenvergoeding, hield je bij wat je tegoed had en dus nog moest verrekenen. Je hield een rekening-courant bij, wat had je aan tegoed wat had een ander aan tegoed. Op deze manier werden opgebouwde rechten bijgehouden.”*<sup>106</sup> Dit wordt eveneens bevestigd door Trebbe, die verklaart: *“Vervolgens werd er een rekenvergoeding vastgesteld (...) De vergoeding werd geboekt in rekening-courant met de andere deelnemers.”*<sup>107</sup> Ook Nijssen bevestigt het bijhouden van de vorderingen: *“Ik had een schriftje waarin ik opschreef welke bedragen ik tegoed of verschuldigd was aan rekenvergoedingen. Die vergoedingen werden niet uitbetaald. Ik schraptte in mijn schriftje de bedragen tegen elkaar weg als ik op dezelfde partij een tegoed en een schuld had.”*<sup>108</sup>
108. Den Hoed verklaart: *“Ik hield op een kaart bij welke rekenvergoeding ik verschuldigd was of te ontvangen had.”*<sup>109</sup> Peters verklaart: *“De rekenvergoedingen werden niet uitbetaald. Je hield bij van wat je tegoed had en wat je tekort kwam en van wie. (...) het was bij mij niet meer dan een papiertje (een A4-tje). Er waren eigenlijk zelden partijen bij die je niet nog eens zou tegenkomen, dus het tegoed of tekort op die partij bleef gewoon staan totdat je elkaar weer tegenkwam.”*<sup>110</sup>
109. Regelmatig bepaalden vrijwel alle Deelnemende Ondernemingen, buiten het verband van een concrete aanbesteding, het saldo van de ‘vorderingen’ die zij over en weer op elkaar hadden. In eerste instantie probeerden de Deelnemende Ondernemingen de openstaande ‘vorderingen’ zoveel mogelijk onderling te verrekenen, door bijvoorbeeld ‘tegoeden’ en ‘schulden’ tegen elkaar weg te strepen. Door Deelnemende Ondernemingen werd dit ook ‘clearen’ genoemd. Het kwam eveneens voor dat met meer partijen tegelijk werd verrekend. Het saldo van deze ‘vorderingen’ vormden vervolgens steeds de beginstand voor de toekomst.
110. Ter Steege verklaart over het systeem van het verrekenen het volgende: *“Het wegstrepen van elkaars tegoeden ging ad-hoc. Het was niet altijd 1 op 1 wegstrepen, maar ook met z’n bijvoorbeeld drieën of meer, als dat kon. Het systeem was wegstrepen, als dat kon deed je dat met meerdere tegelijk.”*<sup>111</sup>

---

<sup>105</sup> Zie bijvoorbeeld de schaduwboekhouding van het bouwbedrijf Boele & Van Eesteren zoals genoemd in randnummer 4. Zie ook Dura Vermeer, 3938\_9/3, 39510030000002 t/m 39510030000010; BAM, 3938\_10/3, 395100200000031 t/m 395100200000038.

<sup>106</sup> 3938\_17/14, 00049014000002.

<sup>107</sup> 3938\_35/10, 00074010000002.

<sup>108</sup> 3939\_225/51, 00427051000003.

<sup>109</sup> 3938\_99/9, 00186009000002.

<sup>110</sup> 3938\_3/1, 39380030010003.

<sup>111</sup> 3938\_17/14, 00049014000002.

111. Over het zogenaamde wegstrepen van vorderingen verklaart Aannemersbedrijf P. Meijer BV (hierna: Meijer) het volgende: *“Deze schulden en tegoeden werden voor zover ik weet zo nu en dan (onregelmatig, gemiddeld eens per jaar) ‘besproken’ met collega bedrijven. Er werd dan een soort wegstreeplijst gemaakt, d.w.z. tegoeden werden weggestreept tegen ontvangsten, al dan niet na overname van een schuld of een vordering van een ander collega bedrijf. In de praktijk bleken voor zover ik heb begrepen, de schulden en tegoeden door de jaren heen zo goed als altijd tegen elkaar weg te kunnen worden gestreept.”*<sup>112</sup>
112. Peters evenals andere Deelnemende Ondernemingen in gelijkkluidende verklaringen,<sup>113</sup> bevestigt dit in haar verklaring: *“Als je elkaar tegenkwam werd het tegoed of tekort tegen elkaar weggestreept. Er was geen regel om op een bepaald moment weg te strepen. Het gebeurde wel eens dat je het aan het eind van het jaar deed bijvoorbeeld om “de horloges gelijk te zetten”.*”<sup>114</sup>
113. Dura Vermeer verklaart over het systeem van verrekeningen het volgende: *“Aan te besteden projecten in de B&U sector werden stelselmatig verdeeld - meestal in combinatie met afspraken over het inschrijfcijfer - door bouwondernemingen in wisselende samenstellingen. Deze stelselmatige afstemmingen waren onlosmakelijk verbonden met een systeem van verrekeningen, waaraan door vrijwel alle bouwondernemingen in de B&U sector werd meegedaan.”*<sup>115</sup> Dat het usance was om te verrekenen wordt bevestigd door Hillen & Roosen: *“Er waren bijeenkomsten noodzakelijk om de “rekening-courant” verhoudingen bij te houden. Opgebouwde tegoeden en schulden werden bij deze bijeenkomsten over en weer tegen elkaar weggestreept. Er waren meerdere circuitjes waarin werd verrekend. Er zijn misschien wel 4000 aannemers die allemaal moesten verrekenen. Iedereen deed mee aan het systeem en dus waren meerdere circuitjes nodig.”*<sup>116</sup>
114. Op grond van bovenvermelde verklaringen en de Projectinformatie, waarbij de verschillende verklaringen en het materiaal elkaar bevestigen en versterken, staat vast dat de Deelnemende Ondernemingen de vorderingen die als resultaat van verschillende vooroverleggen tussen deelnemers aan een vooroverleg ontstonden, in onderling verband administreerden. Regelmatig verrekenden vrijwel alle Deelnemende Ondernemingen buiten het verband van een concrete aanbesteding, deze vorderingen die over en weer waren ontstaan. Zo bepaalden zij hetgeen zij nog van elkaar te vorderen hadden of verschuldigd waren. Het resterende saldo van deze ‘vorderingen’ vormden vervolgens steeds de beginstand voor de toekomst. Deze verrekening over de verschillende vooroverleggen heen bevestigt de onderlinge samenhang tussen de vooroverleggen.
115. Dat er in de B&U-sector sprake was van één systeem van vooroverleg blijkt voorts uit het feit dat bij de verschillende vooroverleggen steeds een gemeenschappelijk doel werd nagestreefd. Bij ieder vooroverleg tussen de Deelnemende Ondernemingen werden in essentie steeds dezelfde afspraken gemaakt volgens een vergelijkbaar stramien. De deelnemers aan het vooroverleg kenden elkaar een rekenvergoeding toe, waarvan de hoogte gezamenlijk werd vastgesteld. Zij vergeleken hun blankcijfers en bepaalden wie als laagste mocht inschrijven. Tevens werden de inschrijfcijfers gezamenlijk vastgesteld waarbij de som van de rekenvergoedingen bij de opdrachtgever in rekening werd gebracht. De afzonderlijke vooroverleggen hadden als gemeenschappelijk doel het vaststellen van rekenvergoedingen en het afstemmen van

<sup>112</sup> 3938\_172/2, 00328002000001.

<sup>113</sup> Zie o.a. Van Waning, 3938\_20/13, 00053014000002; Trebbe, 3938\_35/10, 00074010000003; Van Leeuwen, 3938\_175/7, 00336007000002; Nijssen, 3939\_225/51, 00427051000003 en -0004 en Sylva Bouw, 3938\_248/9, 00460009000003.

<sup>114</sup> 3938\_3/1, 39380030010003.

<sup>115</sup> 3938\_9/10, 39510260000003.

<sup>116</sup> Hillen & Roosen, 3938\_41/10, 00087015000003;

inschrijfgedrag.

116. Deze hierboven beschreven wijdverbreide gewoonte om vooroverleg te voeren, waarbij in essentie steeds dezelfde afspraken volgens een vast stramien werden gemaakt, en het gemeenschappelijk doel van het vooroverleg<sup>117</sup> vertoont grote gelijkenis met eerdere gedragingen in de gemeenschappelijke historie van veel B&U-ondernemingen. Reeds ten tijde van de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties was, volgens de Europese Commissie in haar beschikking van begin 1992, bij ondernemingen in de B&U-sector onder meer sprake van:
- (i) systematische uitwisseling van informatie omtrent de calculatie;<sup>118</sup>
  - (ii) vaststelling van een rechthebbende;<sup>119</sup>
  - (iii) de regeling voor deelnemers aan het vooroverleg die zich wenste terug te trekken;<sup>120</sup>
  - (iv) vaststelling van een rekenvergoeding waarmee de voorgenomen inschrijfcijfers werden verhoogd<sup>121</sup> en
  - (v) de onderlinge vaststelling van de inschrijfcijfers van de deelnemers aan de vergadering.<sup>122</sup>
- Overigens is reeds in 1992 door de Europese Commissie<sup>123</sup> vastgesteld dat dit een inbreuk vormde op artikel 85, eerste lid, van het EEG-Verdrag<sup>124</sup> en zijn de betrokken organisaties destijds door de Europese Commissie in een sanctieprocedure betrokken.

### *Conclusie*

117. Op grond van bovenstaande staat vast dat de afzonderlijke vooroverleggen onlosmakelijk met elkaar waren verbonden en één systeem van vooroverleg vormden, omdat de vooroverleggen feitelijk met elkaar waren verbonden door de verrekening van vorderingen uit verschillende vooroverleggen. Bovendien werd bij de verschillende vooroverleggen steeds een gemeenschappelijke doel nagestreefd en in essentie steeds dezelfde afspraken gemaakt volgens een vergelijkbaar stramien. Het gemeenschappelijk doel van de verschillende vooroverleggen was om een rekenvergoeding vast te stellen en het inschrijfgedrag af te stemmen.

---

<sup>117</sup> Ter vergelijking: de doelstellingen tijdens de SPO-regeling waren de volgende:

- te voorzien in onderlinge informatie-uitwisseling voorafgaande aan de aanbestedingen,
- de prijsaanbiedingen onderling af te stemmen en, direct of indirect, de verkoopprijzen, geheel of ten dele, alsmede andere contractuele voorwaarden betreffende bouwwerken vast te stellen,
- onder de bij haar aangesloten ondernemingen de vraag op de bouwmarkt te verdelen, door de vaststelling vooraf van de onderneming aan wie het werk gegund moet worden, door de bescherming van de rechthebbende en door de mogelijkheden van terugtrekking en preferentie, een en ander in de hierna uiteengezette omstandigheden.

Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92/1, o.a. ov. 78.

<sup>118</sup> Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92/1, ov. 27.

<sup>119</sup> Idem, ov. 26.

<sup>120</sup> Idem, ov. 29.

<sup>121</sup> Idem, ov. 32 en 33.

<sup>122</sup> Idem, ov. 38.

<sup>123</sup> Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92/1.

<sup>124</sup> Thans artikel 81, eerste lid, van het EG-verdrag.

### 5.5 Deelname aan het systeem van vooroverleg

118. Uit de bewijsmiddelen blijkt dat nagenoeg alle ondernemingen die B&U-activiteiten in Nederland verrichten voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken deelnamen aan het vooroverleg.
119. Ballast Nedam verklaart over de omvang van het systeem van vooroverleg: *“Iedere onderneming werkzaam in de sector, een enkele uitzondering daargelaten, deed aan dit systeem mee, ongeacht type en grootte van het aan te besteden werk of de aard van de opdrachtgever.”*<sup>125</sup>
120. Ook BAM verklaart: *“Vóóroverleg, (...), is een wijd verbreide praktijk geweest waaraan nagenoeg alle bouwbedrijven in de B en U sector hebben deelgenomen.”*<sup>126</sup>
121. Tevens verklaart Dura Vermeer over de omvang van het systeem van vooroverleg: *“Deze structurele afstemming vond plaats tussen vrijwel alle bouwondernemingen die actief in de B&U sector waren/zijn.”*<sup>127</sup>
122. Van Wijnen bevestigt dit: *“Het voert te ver alle bedrijven te noemen die ooit aan dergelijk vooroverleg hebben deelgenomen. Het betreft praktisch gesproken alle in Nederland in deze sector actieve bedrijven.”*<sup>128</sup>
123. Van Waning verklaart over de omvang van het systeem van vooroverleg: *“Ik ken geen aannemers in onze soort van werken die niet meededen aan het systeem van vooroverleg. Ik denk dat aannemers in andere regio's in Nederland ook meededen aan dit systeem, anders zou het systeem niet werken, dus niet bestaan.”*<sup>129</sup>
124. NV Holding BVR-groep (hierna: BVR) verklaart: *“In het algemeen denk ik dat we kunnen stellen dat bijna iedereen op de markt van aanbestedingen meedeed aan het vooroverleg bij aanbestedingen. Ik denk dat er best wel dat er bedrijven zijn die principieel niet meededen aan vooroverleg bij aanbestedingen. Ik ken ze niet.”*<sup>130</sup>
125. Ten slotte verklaart Hakfoort: *“Voor zover ik weet deed iedereen in de B&U sector mee aan het vooroverleg. Het is mij niet bekend dat er aannemers niet meededen.”*<sup>131</sup>
126. Uit het ingediende clementiemateriaal is gebleken dat ondernemingen van verschillende omvang gezamenlijk aanwezig waren bij de verschillende vooroverleggen. Enerzijds volgt dit uit de door de Clementieverzoekers ingeleverde Projectinformatie, zoals beschreven in randnummers 11 tot en met 13.<sup>132</sup> Anderzijds wordt dit bevestigd door de door hen en anderen afgelegde schriftelijke verklaringen als bedoeld in randnummers 8 en 10.

---

<sup>125</sup> 3938\_13/7, 00034018000006

<sup>126</sup> 3938\_10/22, 00038017000034.

<sup>127</sup> 3938\_9/10, 39510260000003.

<sup>128</sup> 3938\_16/7, 39510270000002.

<sup>129</sup> 3938\_20/13, 00053014000002.

<sup>130</sup> 3938\_188/10, 00366010000003.

<sup>131</sup> 3938\_232/17, 00437017000003.

<sup>132</sup> Na onderzoek kan geconstateerd worden dat de kleinere ondernemingen, met een omzet onder de € 10 miljoen, grote ondernemingen (15 grootste van Nederland) of dochterondernemingen van deze ondernemingen noemen als zijnde aanwezig bij vooroverleg waar zij aan hebben deelgenomen en vice versa. Zie hiervoor 3938\_1/9.M622.



## Openbaar

127. Zo verklaart Trebbe met betrekking tot het vooroverleg: *“Wij zijn een middelgrote speler in de markt. (...) Bij de grote werken kom ik de grote partijen tegen en natuurlijk bij de kleinere werken de kleinere partijen. De selectiecriteria bepalen ook vaak de partijen.”*<sup>133</sup>
128. Op grond van door de Clementieverzoekers aangeleverde informatie met betrekking tot B&U-werken<sup>134</sup> en de volgende verklaringen staat vast dat er ook buitenlandse ondernemingen hebben deelgenomen aan het systeem van vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op een aanbesteding van B&U-werken in Nederland.
129. KVWS verklaart: *“Tijdens aanbestedingen kwam ik ook buitenlandse partijen tegen. Die buitenlandse partijen deden ook mee aan het vooroverleg.”*<sup>135</sup>
130. Ballast Nedam bevestigt dit en verklaart over het systeem van vooroverleg en de deelname daaraan door buitenlandse ondernemingen dat: *“(…), ieder aannemer die actief was in de Nederlandse markt, inclusief buitenlandse aannemers, zich conformeerde.”*<sup>136</sup>
131. Voorts bevestigt Hillen & Roosen dit in haar verklaring: *“Ook de buitenlandse bouwers namen deel aan de vooroverleggen, die plaatsvonden in Nederland.”*<sup>137</sup>

## 5.6 Vaststelling van de Deelnemende Ondernemingen

132. Artikel 59, tweede lid, Mw verlangt dat wordt vastgesteld welke ondernemingen de overtreding hebben begaan. De NMa heeft onderzoek gedaan naar de individuele deelname van ondernemingen. Dit onderzoek is verricht op basis van de volgende categorieën bewijsmiddelen waarover de NMa beschikt, en welke afkomstig zijn van Clementieverzoekers die hebben verklaard aan vooroverleg te hebben deelgenomen:
- a) clementieverklaringen en Meldingsformulieren;
  - b) schaduwadministraties;
  - c) opgaven van de identiteit van Deelnemende ondernemingen en opgaven van werken waarover overleg heeft plaatsgevonden;
  - d) (handgeschreven) aantekeningen van vooroverleg.
133. De in het vorige randnummer bedoelde bewijsmiddelen zijn door de NMa geanalyseerd. De gegevens uit het materiaal die zien op de deelnemers aan het systeem van afstemming en de werken die onderwerp van die afstemming waren, zijn ingevoerd in overzichten waarin dwarsverbanden in het van verschillende bronnen afkomstige materiaal zichtbaar konden worden gemaakt. Uit dit onderzoek blijkt dat de bewijsmiddelen afkomstig uit verschillende bronnen een grote overlap vertonen en elkaar derhalve bevestigen voor wat betreft de identiteit van ondernemingen die betrokken zijn bij het systeem van afstemming.

---

<sup>133</sup> 3938\_35/10, 00074010000002. Zie ook bijvoorbeeld Hakfoort, 3938\_232/17, 00437017000002 en Van Leeuwen, 3938\_175/7, 00336007000001.

<sup>134</sup> Zie KVWS, 3938\_8/10; Heerkens van Bavel Bouw BV, 3938\_36/3.

<sup>135</sup> 3938\_8/33, 00350066000004.

<sup>136</sup> 3938\_13/7, 00034018000008.

<sup>137</sup> 3938\_41/10, 00087015000001.

134. Ten aanzien van de Clementieverzoekers geldt dat deelname is vastgesteld aan de hand van hun eigen verklaring en bevestiging daarvan in bewijsmiddelen die afkomstig zijn van één of meer andere Clementieverzoekers. Voor de Clementieverzoekers die op de lijst in bijlage 1 bij dit rapport staan vermeld geldt dat dit het geval is en dat hun deelname bij het systeem van afstemming aldus bewezen is verklaard.
135. Voor wat betreft de vaststelling van deelname aan het systeem van afstemming van de overige ondernemingen, niet zijnde clementieverzoekers, die staan vermeld op de lijst in bijlage 1 bij dit rapport, geldt het volgende. Hun deelname bij vooroverleg is bewezen verklaard op basis van bewijsmiddelen afkomstig van tenminste twee Clementieverzoekers en daarmee van tenminste twee bronnen. Hierbij is onderzocht ten aanzien van welke ondernemingen door tenminste twee Clementieverzoekers schriftelijk is verklaard dat zij deelnemer zijn aan vooroverleg in de B&U-sector. Voorts is onderzocht of deze bewijsmiddelen worden bevestigd in schriftelijk bewijs in de vorm van Projectinformatie afkomstig van tenminste twee bronnen.
136. De frequentie van deelname aan vooroverleggen is op zichzelf genomen niet bepalend voor de vaststelling van de deelname aan het systeem van vooroverleg. Immers, bij hetgeen in de randnummers 134 en 135 is vermeld, dient te worden bedacht dat de afzonderlijke vooroverleggen en afspraken onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en één voortdurend systeem van vooroverleg vormden.

### 5.7 Duur van het systeem van vooroverleg

137. Op grond van artikel 59, tweede lid, Mw dient de duur van de overtreding te worden vastgesteld in het rapport.
138. Enkele verklaringen<sup>138</sup> van clementieverzoekers geven aan dat het systeem van vooroverleg vóór 1 januari 1998 werkzaam was. Opgemerkt wordt dat de sanctiebevoegdheid van de NMa ten aanzien van artikel 6, eerste lid, Mw zich niet uitstrekt tot de periode vóór 1 januari 1998. Derhalve heeft dit rapport geen betrekking op de periode vóór 1998.
139. Op grond van verklaringen van Clementieverzoekers alsmede het door de Clementieverzoekers overgelegde schriftelijke materiaal staat vast dat het in onderhavige rapport omschreven systeem van vooroverleg voorafgaande aan aanbestedingen van B&U-werken in Nederland in ieder geval in de periode 1 januari 1998 tot december 2001 heeft bestaan.
140. TBI verklaart over de duur van de overtreding: *“De afspraken hadden betrekking op aanbestedingen die in de zgn. B&U sector hebben plaatsgehad in Nederland in de periode januari 1998 tot eind 2001.”*<sup>139</sup>  
Dura Vermeer verklaart de duur van de overtreding: *“De afstemming, die het voorwerp is van het onderhavige clementieverzoek, vond plaats in de periode 1 januari 1998 tot en met november 2001.”*<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Zie o.a. Van Waning, 3938\_20/13, 000530140000001; Hillen & Roosen, 3938\_41/10, 000870150000001, Theo Tetteroo BV, 3938\_114/8, 002130110000001 en Sylva Bouw, 3938\_248/9, 004600090000001 en -0002.

<sup>139</sup> 3938\_15/25, 000310110000003.

<sup>140</sup> 3938\_9/10, 395102600000003

## Openbaar

141. Koninklijke Woudenberg Ameide BV (hierna: Woudenberg) verklaart : “(...) dat Koninklijke Woudenberg in de periode 1998 – eind 2001 heeft deelgenomen aan “vooroverleg” bij een deel van deze aanbestedingen.”<sup>141</sup>
142. Heijmans heeft deze periode ten aanzien van vooroverleg voorafgaande aan de aanbesteding van B&U-werken bevestigd: *“De overtreding betreft een veelheid van individuele afspraken tussen nagenoeg alle ondernemingen die actief zijn of waren in de sector B&U, waarbij op structurele basis, steeds in wisselende samenstelling, werken verdeeld werden en prijzen vastgesteld werden van werken die op de Nederlandse markt door middel van openbare of onderhandse aanbesteding werden aangeboden, in de periode 1 januari 1998 tot, voor wat de aanvragende onderneming(en) betreft, tenminste ultimo 2001.”*<sup>142</sup>
143. Deelnemende Ondernemingen hebben verklaard dat het beëindigen van het systeem van vooroverleg samenhangt met de uitzending van het TV-programma Zembla op 9 november 2001. BVR verklaart met betrekking tot de einddatum van het voeren van vooroverleg: *“Na de Zembla-uitzending met de Bosboekhouding hebben we alles nog een keer scherp gesteld (...). Tot en met 2001 heeft vooroverleg plaats gevonden, daarna niet meer.”*<sup>143</sup>
144. Hillen & Roosen verklaart dit ook: *“Na 2001 (...) is het hele systeem abrupt gestopt, voor die tijd zijn wel pogingen ondernomen maar toen is het nooit gelukt. Niet iedereen wilde voor die tijd stoppen, na de Zembla uitzending wel.”*<sup>144</sup>
145. Ter Steege bevestigt dit: *“De indruk bestaat dat na de uitzending van Zembla in november 2001 iedereen in de branche flink was geschrokken en ook is gestopt.”*<sup>145</sup>
146. Op grond van bovenvermelde en andere gelijklopende verklaringen<sup>146</sup> staat wat de duur van de overtreding betreft vast, dat het hierboven omschreven systeem van vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland in ieder geval in de periode januari 1998 tot en met december 2001 heeft plaatsgevonden.

## 5.8 Geografisch gebied waarbinnen het systeem van vooroverleg plaatsvond

147. Op grond van artikel 59, tweede lid, Mw dient het geografisch gebied, waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden, te worden vastgesteld in het rapport. Dit geografisch gebied valt in het onderhavige geval samen met het geografisch gebied waarbinnen de B&U-werken werden aanbesteed en uitgevoerd.
148. BAM verklaart over de markt die door de afspraken is beïnvloed: *“Het hierboven beschreven systeem ziet op vormen van vooroverleg bij (openbare of onderhandse) aanbesteding van werken in de B en U sector in Nederland.”*<sup>147</sup>

---

<sup>141</sup> 3938\_52/1, 01130001000001.

<sup>142</sup> 3938\_12/14, 000280090000002.

<sup>143</sup> 3938\_188/10, 003660100000003.

<sup>144</sup> 3938\_41/10, 000870150000003.

<sup>145</sup> 3938\_17/14, 000490140000002.

<sup>146</sup> Zie o.a. Dura Vermeer, 3938\_9/10, 395102600000011; TBI, 3938\_15/25, 000310110000003; Trebbe, 3938\_35/10, 000740100000003, Bongaert, 3938\_103/1, 001910010000008 en Sylva Bouw, 3938\_248/9, 004600090000003.

<sup>147</sup> 3938\_10/22, 000380170000039.

149. Ballast Nedam verklaart hierover: *“De markt die door de afspraken is beïnvloed is de markt voor burgerlijke en utiliteitsbouw in Nederland (vgl. o.a. zaak 3074, BAM – HBG).”*<sup>148</sup>
150. TBI verklaart: *“De afspraken hadden betrekking op aanbestedingen die in de zgn. B&U sector hebben plaatsgehad in Nederland (...).”*<sup>149</sup>
151. KVWS verklaart: *“Het clementieverzoek betreft afstemming/afspraken tussen nagenoeg alle ondernemingen die actief zijn in de sector burgerlijke en utiliteitsbouw (“B&U”) in Nederland.”*<sup>150</sup>
152. De bovenstaande ondernemingen zijn in heel Nederland en daarbuiten werkzaam en hebben zo een goed beeld van de reikwijdte van het systeem van vooroverleg. Voorts blijkt ook na analyse van de overgelegde Projectinformatie dat de vooroverleggen betrekking hadden op aanbestedingen die verspreid over heel Nederland plaatsvonden.<sup>151</sup> Dit bevestigt dat het systeem van vooroverleg voorafgaande aan aanbestedingen van B&U-werken in geheel Nederland plaatsvond.
153. Op grond van bovenstaande en andere gelijklopende verklaringen<sup>152</sup> en de in het vorige randnummer genoemde analyse van de Projectinformatie staat vast dat het hierboven omschreven systeem van vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken plaatsvond en werd toegepast in geheel Nederland.

### 5.9 Conclusie naar aanleiding van de feiten en omstandigheden

154. Het bewijsmateriaal dat is gebruikt voor hetgeen in dit hoofdstuk is bewezen, bestaat uit honderden schriftelijke verklaringen die zijn afgelegd en ondertekend door rechtstreeks bij de overtreding betrokkenen dan wel rechtsgeldige vertegenwoordigers zowel van de Clementieverzoekers als ook van ondernemingen die geen beroep hebben gedaan op de Richtsnoeren Clementietoezegging. Voorts bestaat het bewijsmateriaal uit de Projectinformatie. Op grond van onderzoek van dit bewijsmateriaal dat voor wat betreft de gedragingen en de aard van de overtreding onderling consistent zijn en blijk geeft van een grote coherentie, staat het volgende vast.
155. Voorafgaand aan aanbestedingen van B&U-werken in Nederland voerden de Deelnemende Ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 op structurele basis vooroverleg. De samenstelling van de deelnemers aan het vooroverleg verschilde steeds.
156. Bij ieder vooroverleg tussen de Deelnemende Ondernemingen werden in essentie steeds dezelfde afspraken gemaakt volgens een vergelijkbaar stramien. De deelnemers aan het vooroverleg kenden elkaar een rekenvergoeding toe, waarvan de hoogte gezamenlijk werd vastgesteld, ze vergeleken hun blankcijfers en bepaalden wie als laagste mocht inschrijven. Tevens werden de inschrijfcijfers

---

<sup>148</sup> 3938\_13/7, 00034018000010.

<sup>149</sup> 3938\_15/25, 00031011000003.

<sup>150</sup> 3938\_8/8, 00035010000006.

<sup>151</sup> Zie 3938\_1/7.M622.

<sup>152</sup> Zie bijvoorbeeld Dura Vermeer, 3938\_9/10, 39510260000003; Van Wijnen, 3938\_16/7, 39510270000002 en Heijmans, 3938\_12/14, 00028009000003.

## Openbaar

gezamenlijk vastgesteld waarbij de som van de rekenvergoedingen bij de opdrachtgever in rekening werd gebracht.

157. De afzonderlijke vooroverleggen en afspraken waren onlosmakelijk met elkaar verbonden en vormden één voortdurend systeem van vooroverleg. Bij de verschillende vooroverleggen werd steeds een gemeenschappelijke doel nagestreefd en in essentie steeds dezelfde afspraken gemaakt volgens een vergelijkbaar stramien. Daarnaast zijn de vooroverleggen ook feitelijk met elkaar verbonden door de verrekening van vorderingen uit verschillende vooroverleggen.
158. Ten aanzien van de in bijlage 1 bij dit rapport genoemde ondernemingen staat op grond van de in Hoofdstuk 3 genoemde bewijsmiddelen vast, dat deze ondernemingen hebben deelgenomen aan het bovengenoemde systeem van vooroverleg. Wat de duur van de overtreding betreft staat vast dat het systeem van vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland in ieder geval in de periode januari 1998 tot en met december 2001 heeft plaatsgevonden.

## 6 Juridische beoordeling

### 6.1 Artikel 6, eerste lid, Mw

159. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens de wetgeschiedenis van de Mededingingswet sluit artikel 6, eerste lid, Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.<sup>153</sup>

#### 6.1.1 Ondernemingen

160. De in de bijlage 1 bij dit rapport genoemde Deelnemende Ondernemingen waren ten tijde van de gedragingen waarop dit rapport betrekking heeft, alle actief op het gebied van B&U-werken. Zij oefenden daarmee onmiskenbaar economische activiteiten uit en namen deel aan het economische verkeer. Alle Deelnemende Ondernemingen zijn voor dit rapport derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

#### 6.1.2 Overeenkomst en/of onderling afgestemd feitelijk gedrag

161. 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 te gedragen.<sup>154</sup> Van een overeenkomst is volgens de Memorie van Toelichting op de

---

<sup>153</sup> MvT Mw, Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 61.

<sup>154</sup> GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 e.a., *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a. vs Commissie (PVCII)*, Jur. 1999, p. II-931, r.o. 715.

## Openbaar

Mededingingswet reeds sprake als tussen ondernemingen consensus bestaat om hun concurrentiegedrag te regelen.<sup>155</sup>

162. 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. Deze eis van zelfstandigheid staat 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.<sup>156</sup> 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.<sup>157</sup>
163. Om als overeenkomst en/of onderling afgestemd feitelijk gedrag te kunnen worden aangemerkt, hoeven gedragingen niet te bestaan uit een op zichzelf staande handeling. Een overeenkomst en/of onderling afgestemd feitelijk gedrag kan ook bestaan uit een reeks van handelingen of een voortgezette gedraging.<sup>158</sup> Het zou immers kunstmatig zijn om een voortgezette gedraging, die wordt gekenmerkt door één enkel doel, op te splitsen in verschillende gedragingen en als even zovele inbreuken te beschouwen.<sup>159</sup>
164. Bij complexe inbreuken of kartels is sprake van een reeks van handelingen of een voortgezette gedraging die één overtreding vormen, hoewel één of meer elementen hiervan ook op zichzelf reeds een overtreding kunnen vormen.<sup>160</sup> Een complex kartel kan daarom worden beschouwd als één enkele voortdurende overtreding voor de duur van zijn bestaan. De gedragingen kunnen in de loop van de tijd variëren. Nieuwe ondernemingen kunnen aan de gedragingen deelnemen en andere ondernemingen kunnen besluiten deze te beëindigen.
165. Ingeval van een complexe inbreuk van lange duur kan de term 'overeenkomst' ook worden toegepast op de tenuitvoerlegging van hetgeen op basis van dezelfde mechanismen en met het oog op hetzelfde gemeenschappelijke doel is overeenkomen. Niet noodzakelijk is dat er sprake is van een algemeen plan of uitdrukkelijk overeengekomen voorwaarden.<sup>161</sup>

---

<sup>155</sup> MvT Mw, Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 11.

<sup>156</sup> HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48/73 e.a., *Suiker Unie e.a. vs Commissie*, Jur. 1975, p. 1663, r.o. 173 en 174.

<sup>157</sup> HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries vs Commissie*, Jur. 1972, p. 619, r.o. 64 en HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Participazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 115.

<sup>158</sup> HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Participazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 81 en GvEA EG 16 december 2003, gevoegde zaken T-5/00 en T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie B.V. vs Commissie*, n.n.g., r.o. 372.

<sup>159</sup> GvEA EG 17 december 1991, zaak T-7/89, *SA Hercules Chemicals vs Commissie*, Jur. 1991, p. II-1711, r.o. 263 en 264 en HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Participazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 77 en 82 en GvEA EG 20 maart 2002, zaak T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a. vs Commissie*, Jur. 2002, p. II-1487, r.o. 186.

<sup>160</sup> Beschikking van de Commissie van 21 november 2001, *Vitaminen*, PbEG 2003 L6/1, ov. 560 en beschikking van de Commissie van 21 oktober 1998, *Voorgeïsoleerde buizen*, PbEG 1999 L 24/1, ov. 134.

<sup>161</sup> Beschikking van de Commissie van 21 november 2001, *Vitaminen*, PbEG 2003 L6/1, ov. 558.

166. Een aantal gedragingen van verschillende ondernemingen kan de uitdrukking zijn van één enkele overtreding die ten dele onder het begrip overeenkomst en ten dele onder het begrip onderlinge afgestemde feitelijke gedraging valt.<sup>162</sup> Derhalve kan een dergelijke overtreding als een overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gekwalificeerd, zonder dat gelijktijdig en cumulatief behoeft te worden bewezen dat elk van de feitelijke bestanddelen zowel de karakteristieken van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertoont.<sup>163</sup>
167. In het geval van langdurige kartels, behoeft niet iedere uitvoeringshandeling een juridische kwalificatie te hebben. Zolang het gaat om uitvoeringshandelingen die gebaseerd zijn op een gemeenschappelijk doel en dus, zoals hierboven vastgesteld, de voortgezette gedraging kan worden vastgesteld als één enkele inbreuk, kan de overeenkomst inclusief uitvoeringshandelingen in algemene zin als een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw worden gekwalificeerd.
168. Op grond van de in hoofdstuk 5 vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat alle gedragingen van de Deelnemende Ondernemingen tezamen uitvoering gaven aan een gemeenschappelijk doel, namelijk het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland. Al deze gedragingen tezamen moeten worden gezien als een voortgezette gedraging die moet worden beschouwd als één enkele voortdurende inbreuk, in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw in de periode januari 1998 tot en met december 2001, waaraan wordt deelgenomen door de Deelnemende Ondernemingen.
169. De omstandigheid dat dit gemeenschappelijk doel ten uitvoer werd gelegd door de deelname aan vooroverleg voorafgaand aan individuele aanbestedingen betekent niet dat elk vooroverleg voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw afzonderlijk moet worden onderzocht en juridisch gekwalificeerd. Er bestond immers een gewoonte bij de Deelnemende Ondernemingen met betrekking tot het mechanisme van vooroverleg, waarbij in essentie steeds dezelfde afspraken werden gemaakt volgens een vergelijkbaar stramien en waarbij de Deelnemende Ondernemingen een gemeenschappelijke doel nastreefden.
170. Daarnaast ontstonden ten gevolge van een vooroverleg steeds 'vorderingen' voor de Deelnemende Ondernemingen. Deze resultanten van de verschillende vooroverleggen werden onderling verrekend door de Deelnemende Ondernemingen. Bij gevolg vormen de vooroverleggen gezamenlijk een onlosmakelijk geheel en moeten de in het kader daarvan gemaakte afspraken en gepleegde gedragingen als één enkele voortdurende inbreuk worden aangemerkt.
171. Nu er sprake is van een (redelijk vermoeden van een) overtreding met een complex en voortdurend karakter, aangezien de Deelnemende Ondernemingen, in wisselende samenstelling, gedurende een aantal jaren een systeem van vooroverleg hebben gehanteerd voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland, hoeven deze gedragingen niet gekwalificeerd te worden als uitsluitend een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Anic Participazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 112-114 en GvEA EG 20 maart 2002, zaak T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a. vs Commissie*, Jur. 2002, p. II-1487, r.o. 188.

<sup>163</sup> GvEA EG 24 oktober 1991, zaak T-1/89, *Rhône-Poulenc SA vs Commissie*, Jur. 1991, p. II-867, r.o. 127.

<sup>164</sup> Vergelijk GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 e.a., *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a. vs Commissie (PVCII)*, Jur. 1999, p. II-931, r.o. 696-698.

172. Een onderneming die deelneemt - in welke vorm dan ook - aan een met artikel 6, eerste lid, Mw strijdige gedraging door handelingen die bijdragen tot de verwezenlijking van een gemeenschappelijke doelstelling, is aansprakelijk, voor de gehele duur van haar deelname aan de gemeenschappelijke actie, voor de gedragingen van de andere ondernemingen in het kader van dezelfde inbreuk. Dit is zeker het geval wanneer vaststaat dat de Deelnemende Onderneming de onwettige gedragingen van de andere deelnemers kende of deze redelijkerwijs had kunnen voorzien of kennen en bereid was het risico te aanvaarden.<sup>165</sup>
173. In dit verband wordt opgemerkt dat, wanneer bewijs ontbreekt dat een onderneming zich op een bepaald moment daarvan openlijk heeft gedistantieerd, ervan uit wordt gegaan dat de desbetreffende onderneming aan de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft deelgenomen. Deze onderneming was immers op de hoogte van de onrechtmatige gedragingen van de andere ondernemingen of had deze redelijkerwijs kunnen voorzien en was bereid de consequenties te aanvaarden.<sup>166</sup>
174. De stilzwijgende instemming en/of goedkeuring van een onrechtmatig initiatief, waarvan niet openlijk afstand wordt genomen en dat niet bij de administratieve instanties wordt aangegeven, leidt ertoe dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd en de ontdekking ervan wordt bemoeilijkt. Deze medeplichtigheid vormt een passieve deelneming aan de inbreuk waarvoor de onderneming in het kader van één enkele inbreuk aansprakelijk kan worden gesteld.<sup>167</sup>
175. Bovenvermelde inbreuk is noodzakelijkerwijs het uitvloeisel van een samenwerking van de Deelnemende Ondernemingen, die alle medeplegers van de inbreuk zijn, maar wier deelneming verschillende vormen kan hebben afhankelijk van bijvoorbeeld de positie van elke onderneming op de markt. Het enkele feit dat elke onderneming op haar eigen wijze aan de inbreuk deelneemt, volstaat niet om haar aansprakelijkheid voor de gehele inbreuk uit te sluiten, daaronder begrepen voor gedragingen die in feite door andere Deelnemende Ondernemingen zijn begaan, maar die hetzelfde mededingingsbeperkende doel of gevolg hebben.<sup>168</sup>
176. Bij de onderhavige inbreuk doet de mate van betrokkenheid niets af aan de aansprakelijkheid van alle Deelnemende Ondernemingen voor het instandhouden van het systeem en de aansprakelijkheid voor de gehele inbreuk. Alle ondernemingen waarvan vaststaat dat zij aan vooroverleg hebben deelgenomen, zijn deelnemer aan het systeem en aansprakelijk voor het instandhouden van het systeem. Op grond van de in hoofdstuk 5 vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat iedere Deelnemende Onderneming op de hoogte was van het bestaan, de werking en het gemeenschappelijke doel van het systeem van vooroverleg. Van het onwettig karakter van de gedragingen van anderen waren alle Deelnemende Ondernemingen op de hoogte of hadden op de hoogte kunnen zijn nu de gedragingen en doelstellingen die binnen het onderhavige systeem van vooroverleg plaatsvonden, reeds in vergelijkbare zin in het kader van de SPO-regelingen in strijd met artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag waren

---

<sup>165</sup> HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Participazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 83 en beschikking van de Commissie van 21 november 2001, *Vitaminen*, PbEG 2003 L6/1, ov. 562.

<sup>166</sup> GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95 e.a., *Cimenteries CBR e.a. vs Commissie (Cement)*, Jur. 2000, p. II-491, r.o. 1353 en 3199.

<sup>167</sup> HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-204/00 P e.a., *Aalborg Portland A/S e.a. vs Commissie*, n.n.g., r.o. 84.

<sup>168</sup> HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Anic Participazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 79 en 80.



geoordeeld.<sup>169</sup> Bovendien had de NMa zelf geoordeeld dat de voorgenomen regeling van de Stichting Marktwerving Bouwnijverheid, die op onderdelen vergelijkbaar was met de SPO-regeling, in strijd met het kartelverbod was en dat een ontheffing niet mogelijk was.<sup>170</sup> Door het deelnemen aan het onderhavige systeem van vooroverleg werd welbewust de aan deelname verbonden risico's aanvaard en verzwegen voor de instanties.

177. Het feit dat niet iedere Deelnemende Onderneming aanwezig was bij elk afzonderlijk vooroverleg waarbij voor het tijdstip van aanbesteding de rekenvergoeding werd vastgesteld en het inschrijfgedrag werd afgestemd en dat er tussen de Deelnemende Ondernemingen verschil zat in de frequentie of de regelmaat van aanwezigheid bij vooroverleggen en dat sommige ondernemingen elkaar nooit zijn tegengekomen in vooroverleggen, doet dus niet af aan het feit dat sprake is van één voortdurende inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. Derhalve zijn alle Deelnemende Ondernemingen, die alle hebben deelgenomen aan het systeem van vooroverleg en aan de verwezenlijking en instandhouding van de gemeenschappelijke doelstelling, aansprakelijk voor het geheel en derhalve aansprakelijk voor het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland dat heeft plaatsgevonden ten aanzien van concrete aanbestedingen (mede)gepleegd door andere Deelnemende Ondernemingen. Iedere onderneming waarvan de NMa de deelname aan het systeem van vooroverleg ter zake van B&U-activiteiten heeft aangetoond,<sup>171</sup> is derhalve voor de gehele duur van het systeem aansprakelijk.
178. Het feit dat een Deelnemende Onderneming niet aan alle bestanddelen van een overtreding heeft deelgenomen of een zeer kleine rol heeft gespeeld bij de onderdelen waaraan zij wel heeft deelgenomen, is niet relevant voor de vaststelling dat zij aan de overtreding heeft deelgenomen. De mate van betrokkenheid kan wel in aanmerking worden genomen bij de sanctionering.<sup>172</sup>
179. Op grond van de in hoofdstuk 5 vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat ondernemingen deel hebben genomen aan overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw door overeenkomsten te sluiten en/of hun gedrag structureel af te stemmen door middel van het systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland. Er is sprake van één systeem van vooroverleg vanwege de gewoonte bij de Deelnemende Ondernemingen met betrekking tot het voeren van vooroverleg, waarbij in essentie steeds dezelfde afspraken werden gemaakt volgens een vergelijkbaar stramien en waarbij de Deelnemende Ondernemingen een gemeenschappelijke doel nastreefden. Daarnaast zijn de vooroverleggen ook feitelijk met elkaar verbonden door de verrekening van vorderingen uit verschillende vooroverleggen. De vorenbedoelde gedragingen van de Deelnemende Ondernemingen hangen evenals de vooroverleggen zelf nauw met elkaar samen. Er is sprake van één systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemd feitelijk gedragingen dat als één voortgezette gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw kan worden aangemerkt. Er was derhalve sprake van een voortdurend proces van onderlinge afstemming hoe de

---

<sup>169</sup> Zie ook randnummer 116.

<sup>170</sup> Zie persbericht NMa d.d. 23 november 1998, *Voorlopig oordeel NMa: diverse aanbestedingsregelingen verboden*.

<sup>171</sup> Zie randnummers 135 tot en met 153 (vaststelling deelname) en bijlage 1 [vertrouwelijk] bij dit rapport voor de lijst van deze Deelnemende Ondernemingen.

<sup>172</sup> HvJ EG van 7 januari 2004, zaak C-204/00 P e.a., *Aalborg Portland A/S e.a. vs Commissie*, n.n.g., r.o. 86 en HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 90.

## Openbaar

ondernemingen zich ten aanzien van deze werken jegens elkaar zouden gedragen of zich van een bepaald gedrag zouden onthouden.

180. Ten aanzien van de in bijlage 1 bij dit rapport genoemde ondernemingen (de Deelnemende Ondernemingen) staat op grond van de in hoofdstuk 5 vastgestelde feiten vast, dat deze ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 hebben deelgenomen aan het bovengenoemde systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland.

### 6.1.3 Verboden karakter van de gedragingen en afspraken

181. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst of onderlinge 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.
182. De Deelnemende Ondernemingen, die als concurrenten dienen te worden aangemerkt, hebben voorafgaande aan aanbestedingen overleg gevoerd. De deelnemers aan het vooroverleg kenden elkaar een rekenvergoeding toe, waarvan de hoogte gezamenlijk werd vastgesteld. Zij vergeleken hun blankcijfers en bepaalden wie als laagste mocht inschrijven. Tevens werden de inschrijfcijfers gezamenlijk vastgesteld waarbij de som van de rekenvergoedingen bij de opdrachtgever in rekening werd gebracht.
183. Zoals in randnummer 22 aangegeven, is het doel van aanbesteden voor de aanbestedende partij om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Dit stelt de aanbestedende partij in staat om de meest efficiënte 'inkoop' te doen voor de uitvoering van een bepaald werk. Deze concurrentie die het doel is van een aanbesteding wordt beperkt wanneer de offertes van de verschillende deelnemers aan een aanbesteding niet zelfstandig tot stand zijn gekomen, maar het resultaat zijn van een onderlinge afstemming tussen de deelnemers.<sup>173</sup>
184. Met de vaststelling en de bescherming van de rechthebbende hadden de Deelnemende Ondernemingen tot doel de rechthebbende af te schermen van de concurrentie door de andere deelnemers doordat, zoals vermeld in randnummer 55, de rechthebbende van de andere deelnemers als het ware het exclusieve 'recht' kreeg om met de opdrachtgever over het werk en de prijsaanbieding te onderhandelen.<sup>174</sup> De keuzevrijheid van de opdrachtgever is op deze wijze ernstig beperkt. Ook wanneer de opdrachtgever zich zou willen laten leiden door niet-prijsgebonden factoren, kon deze zich theoretisch wel wenden tot anderen maar zou hij er vanwege de afspraken in het vooroverleg de facto niet in slagen in onderhandeling met hen te treden. In plaats van een vergelijking door de opdrachtgever van inschrijvingen die in vrije concurrentie tot stand zijn gekomen op basis van selectiecriteria die voor hem van belang zijn, hebben dus de aanbieders hun gezamenlijke keuze aan de opdrachtgever opgedrongen. Door de vaststelling van een rechthebbende hebben de deelnemers er bewust voor gekozen hun

---

<sup>173</sup> Vergelijk HvJ EG, 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, Jur. 1975, blz. 1663, r.o. 559 ev.; beschikking van de Europese Commissie van 21 oktober 1998, Voorgeïsoleerde buizen, Pb. L 24/1, ov. 165.

<sup>174</sup> Vergelijk de beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92/1, ov. 80 en 93. GvEA, 21 februari 1995, *SPO e.a. vs Commissie*, T-29/92, Jur. 1995, II-289, r.o. 182.

bewegingsvrijheid om met elkaar in concurrentie te treden te beperken en hebben zij dus de onderlinge concurrentie beperkt.<sup>175</sup>

185. Naast het vaststellen van een rechthebbende stemden de Deelnemende Ondernemingen de volgorde van inschrijving en de hoogte van de inschrijfcijfers onderling af. Het gezamenlijk vaststellen van prijzen is verboden. Zoals artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag verbiedt artikel 6, eerste lid, Mw overeenkomsten die rechtstreeks of zijdelings de verkoopprijzen of andere contractuele voorwaarden bepalen. Een dergelijk inbreuk, die in artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag bij wijze van voorbeeld wordt genoemd, heeft tot doel de mededinging te beperken.<sup>176</sup>
186. Bij het gezamenlijk vaststellen van de inschrijfcijfers hadden de andere ondernemingen dan de rechthebbende de mogelijkheid om hun voorgenomen inschrijfcijfers te verlagen,<sup>177</sup> zodat de prijsverschillen tussen de aan de opdrachtgever gedane prijsaanbiedingen niet te hoog leken. Deze manipulaties leidden er toe dat de opdrachtgever een opzettelijk vervalst beeld van de werkelijke toestand van de markt kreeg en kon leiden tot beoordelingsfouten bij volgende aanbestedingen.<sup>178</sup>
187. Bij het vaststellen van de rekenvergoeding is in feite sprake van het gemeenschappelijk vaststellen van een prijsverhoging en daarmee een deel van de prijs. Het heeft tot gevolg gehad dat buiten medeweten van de opdrachtgevers deze opdrachtgevers steeds de som van alle forfaitaire rekenvergoedingen aan de rechthebbende betaalden. Zij betaalden dus niet alleen de aan de offerte verbonden calculatiekosten van degene die de opdracht gegund kreeg, maar ook de calculatievergoedingen die alle deelnemers aan het vooroverleg aan elkaar hadden toegezegd. Door het gezamenlijk vaststellen van de rekenvergoedingen is de concurrentie tussen de Deelnemende Ondernemingen op het punt van calculatiekosten beperkt en is de opdrachtgever het voordeel van een dergelijke mededinging onthouden. De - forfaitaire - prijsverhogingen houden immers geen rekening met de situatie van iedere individuele deelnemer. In tegendeel, dit systeem schermde de slechtst opererende ondernemingen op het vlak van de calculatie af van de mededinging.<sup>179</sup>
188. Voor zover bij de vaststelling van het blankcijfer geanticipeerd wordt op de rekenvergoeding doet dit niets af aan het mededingingsbeperkende karakter van de vaststelling van de rekenvergoeding zoals in het vorige randnummer aangegeven. Immers, nog steeds wordt een gedeelte van de prijs gemeenschappelijk vastgesteld, wordt de concurrentie op het punt van calculatiekosten beperkt en betaalt de opdrachtgever buiten zijn eigen medeweten om een verhoging van de prijs die door de deelnemers aan het vooroverleg gezamenlijk is vastgesteld.
189. Alle beschreven afspraken, voorzover ze al niet op zichzelf beschouwd de mededinging beperken, versterken en ondersteunen elkaar in hun werking en kunnen niet geïsoleerd van elkaar worden beschouwd. In onderlinge samenhang bezien versterken zij elkaars mededingingsbeperkende werking.

---

<sup>175</sup> Vergelijk de beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92/1, ov. 85 en GvEA, 21 februari 1995, *SPO e.a. vs Commissie*, T-29/92, Jur. 1995, II-289, r.o. 186.

<sup>176</sup> GvEA EG 20 april 1999, *PVC*, Jur. 1999, II-931, r.o. 739. *Kartel voor voorgeïsoleerde buizen*, r.o. 146.

<sup>177</sup> Zie randnummers 81 tot en met 84.

<sup>178</sup> Vergelijk de beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92/1, ov. 88.

<sup>179</sup> Vergelijk de beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92/1, ov. 86 en GvEA, 21 februari 1995, *SPO e.a. vs Commissie*, T-29/92, Jur. 1995, II-289, r.o. 145, 146, 151, 152.

De onderhavige voortdurende inbreuk van de Deelnemende Ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 was erop gericht de onderlinge, normaliter tussen hen bestaande, concurrentie ten aanzien van de verwerving van B&U-werken in Nederland te beperken en te vervalsen. Door het hanteren van een voortdurend systeem van vooroverleg en de deelname daaraan door nagenoeg alle ondernemingen in de B&U-sector hebben de opdrachtgevers het kartel niet of nauwelijks kunnen ontlopen. Ten gevolge van de beperking van de concurrentie hebben de opdrachtgevers ten aanzien van deze werken dan ook niet kunnen profiteren van op basis van concurrentie tot stand gekomen aanbiedingen.

190. Wanneer concurrenten voorafgaand aan een aanbesteding dergelijke afspraken maken met betrekking tot hun toekomstig inschrijfgedrag, is zulks naar zijn aard concurrentiebeperkend in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.<sup>180</sup> Elke onderneming dient autonoom te bepalen wat zij als commercieel aantrekkelijk en haalbaar beschouwt, alsmede daaruit de consequentie voor haar eigen optreden te trekken.<sup>181</sup> Door voorafgaand aan de aanbesteding middels direct of indirect contact rekenvergoedingen vast te stellen en het inschrijfgedrag af te stemmen, wordt afgezien van onafhankelijk optreden. Vanaf het moment waarop zij contact hebben gehad met elkaar, als concurrenten, hebben de Deelnemende Ondernemingen afgezien van een dergelijk onafhankelijk optreden.<sup>182</sup>
191. Gelet op het bovenstaande strekt het gezamenlijk vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland door de Deelnemende Ondernemingen ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, te beperken.
192. Wanneer wordt vastgesteld dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, verhinderen of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet nader te worden onderzocht.<sup>183</sup>
193. In dit kader wordt opgemerkt dat de Europese Commissie reeds in 1992, specifiek met betrekking tot de bouwsector in Nederland, heeft geoordeeld dat afspraken tussen ondernemingen omtrent het gezamenlijk vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag bij aanbestedingen mededingingsbeperkend en in strijd met artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag zijn.<sup>184</sup> Door opnieuw vergelijkbare afspraken te maken, hebben de Deelnemende Ondernemingen willens en wetens in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw gehandeld.

---

<sup>180</sup> Zie beschikking van de Commissie, 21 oktober 1998, *Voorgeïsoleerde buizen*, PbEG 1999 L 24/1, ov. 165.

<sup>181</sup> Zie GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, *SPO e.a. vs Commissie*, Jur. 1995, p. II-289, en HvJ EG 25 maart 1996, C-137/95P, *SPO e.a. vs Commissie*, Jur. 1996, p. I-1611.

<sup>182</sup> HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48/73 e.a., *Suiker Unie e.a. vs Commissie*, Jur. 1975, p. 1663, r.o. 173-174 en 191-192.

<sup>183</sup> HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Participazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 99.

<sup>184</sup> Beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92/1, o.a. ov. 136; bevestigd door GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, *SPO e.a. vs Commissie*, Jur. 1995, p. II-289 en HvJ EG 25 maart 1996, C-137/95P, *SPO e.a. vs Commissie*, Jur. 1996, p. I-1611.

### 6.1.4 Merkbaarheid

194. De onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen leiden tot een merkbare mededingingsbeperking. Zoals aangegeven strekt het onderhavige systeem van vooroverleg ertoe de concurrentie te beperken en moeten de overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen derhalve in beginsel als merkbaar mededingingsbeperkend worden aangemerkt. Slechts indien de betrokken gedragingen wegens de zwakke positie van de Deelnemende Ondernemingen op de betrokken markt, de markt slechts in zeer geringe mate kunnen beïnvloeden, ontkomen zij aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw. Is daarvan geen sprake, dan is een onderzoek naar de daadwerkelijke effecten in dergelijke gevallen niet noodzakelijk voor de vaststelling dat sprake is van overtreding van de mededingingsregels.<sup>185</sup> Alsdan ligt het op de weg van de Deelnemende Ondernemingen om aan te tonen dat de betrokken gedragingen desondanks niet meer dan in geringe mate afbreuk (kunnen) doen aan de mededinging.
195. Aangezien zowel alle grote bouwondernemingen als zeer vele middelgrote en kleine ondernemingen in Nederland op het gebied van B&U-activiteiten aan deze overtreding hebben deelgenomen, kan niet worden geoordeeld dat sprake is van een dermate zwakke positie van de Deelnemende Ondernemingen dat op grond daarvan zou moeten worden aangenomen dat zij slechts een verwaarloosbare invloed kunnen uitoefenen op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland.

### 6.2 Artikel 6, derde lid, Mw

196. Alvorens een definitief oordeel te geven over de strijdigheid met artikel 6, eerste lid, Mw van de onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen dienen de onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen getoetst te worden aan het bepaalde in artikel 6, derde lid, Mw. In dit artikel is een wettelijke uitzondering op artikel 6, eerste lid, Mw vervat.
197. Het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland tussen concurrenten strekt er naar zijn aard toe de mededinging te beperken en wordt in de richtsnoeren van de Europese Commissie<sup>186</sup> als een *hardcore* beperking aangemerkt. Er wordt aangenomen dat deze beperkingen de meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden. De verdeling van werken beperkt immers de keuze waarover afnemers (i.c. de opdrachtgevers) beschikken. Dergelijke beperkingen komen als regel niet in aanmerking voor een beroep op de uitzonderingsregeling neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw, nu zij in het algemeen negatieve marktgevolgen hebben.
198. De gedragingen die het onderwerp vormen van dit rapport verstoren de concurrentie in ernstige mate en benadelen de afnemer. Dergelijke gedragingen kunnen nooit tot een verbetering leiden van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang. Het afstemmen van inschrijfgedrag beperkt de keuze waarover de afnemers beschikken en leidt derhalve tot hogere prijzen. Voorts draagt de afstemming van inschrijfgedrag bij tot een vorm van zekerheid voor de Deelnemende

---

<sup>185</sup> HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69, *Völk vs Vervaecke*, Jur. 1969, p. 295, r.o.7 en Rb. Rotterdam, 18 juni 2003, MEDED 01/621-RIP, *X vs d-g NMa* (*Bredase notarissen*), op dit punt bevestigd door het CBB. Zie CBB 12 maart 2004, AWB 03/916 en AWB 03/946.

<sup>186</sup> Zie de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001, PbEG 2001, C3/2, ov. 25.

Ondernemingen die de concurrentie ernstig verstoort. Onzekerheid is een factor die aanzet tot innovatie en efficiency en daarmee de concurrentie bevordert.<sup>187</sup>

199. Kenmerkend voor alle vormen van aanbesteding is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders (i.c. bouwondernemingen) onderling te laten concurreren voor hetzelfde werk. Het is evident dat de werking van de aanbesteding wordt verstoord indien aanbieders door onderlinge afstemming de uitslag daarvan zouden kunnen sturen. Er is geen sprake meer van de beoogde rechtstreekse onderlinge concurrentie tussen de aanbieders om de gunst van de afnemer. Immers, waar voorheen de onderneming autonoom zou handelen, met andere woorden individueel marktgedrag, strekken de onderhavige gedragingen ertoe dat de prikkel om dat te doen verdwijnt, met andere woorden collectief marktgedrag, waardoor (overheids)werken niet tegen een zo laag mogelijke prijs worden gerealiseerd.<sup>188</sup>
200. Op grond van het voorgaande staat vast dat van verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang door het systeem van het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland geen sprake kan zijn.
201. De onderhavige gedragingen leiden tot de onderlinge toedeling van werken en hebben negatieve marktgevolgen voor de afnemers (i.c. de opdrachtgevers) door het uitschakelen van de onderlinge concurrentie. Nu vast staat dat geen sprake is van economische voordelen, zoals bedoeld onder de eerste ontheffingsvoorwaarde, kunnen deze ook niet aan de afnemers worden doorgegeven. Integendeel, de marktverdeling waarvan hier sprake is, beperkt de keuze waarover de afnemers beschikken en beperkt de prikkel voor de ondernemingen om scherp in te schrijven en leidt derhalve tot hogere prijzen.<sup>189</sup>
202. Opgemerkt wordt dat de vier voorwaarden voor de toepassing van de uitzonderingsregeling krachtens artikel 6, derde lid, Mw cumulatieve voorwaarden zijn en dat bijgevolg reeds wanneer aan één voorwaarde niet is voldaan, a fortiori wanneer aan twee voorwaarden niet is voldaan, zoals in casu, een beroep op artikel 6, derde lid, Mw niet kan slagen.
203. De onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, met als gemeenschappelijk doel het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland, voldoet niet aan de eerste en tweede voorwaarde, zoals neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw en komt deze bijgevolg niet in aanmerking voor de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 6, derde lid, Mw.
204. Op grond van de bovenvermelde bewijsmiddelen staat vast dat ondernemingen deel hebben genomen aan overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw door overeenkomsten te sluiten en/of hun gedrag structureel onderling af te stemmen door middel van het systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland. Hun

---

<sup>187</sup> Zie de Richtsnoeren horizontalen, ov. 25 en het besluit van de d-g NMa van 25 juli 2003, zaak 3089, *Penta Projectontwikkeling B.V.*, ov. 66.

<sup>188</sup> Zie het besluit van de d-g NMa van 20 december 2002, zaak 231, *Medicom Zes*, ov. 74.

<sup>189</sup> Zie het besluit van de d-g NMa van 20 december 2002, zaak 231, *Medicom Zes*, ov. 90 en het besluit van de d-g NMa van 25 juli 2003, zaak 3089, *Penta Projectontwikkeling B.V.*, ov. 68.

vorenbedoelde gedragingen hangen nauw met elkaar samen. Er is sprake van één systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemd feitelijk gedragingen dat als één voortgezette inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw kan worden aangemerkt. Er was derhalve sprake van een voortdurend proces van onderlinge afstemming hoe de ondernemingen zich ten aanzien van deze werken jegens elkaar zouden gedragen of zich van een bepaald gedrag zouden onthouden.

205. Ten aanzien van de in bijlage 1 bij dit rapport genoemde ondernemingen (de Deelnemende Ondernemingen) staat op grond van de bovenvermelde bewijsmiddelen vast, dat deze ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 hebben deelgenomen aan het bovengenoemde systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het vaststellen van rekenvergoedingen en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland.
206. Het vaststellen van rekenvergoedingen en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland door de Deelnemende Ondernemingen strekt ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, te beperken.

### 6.3 Artikel 81 EG-Verdrag

207. Ingevolge artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die bestaan in: a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden, b) het beperken of controleren van de productie, afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen, of c) het verdelen van markten of van de voorzieningsbronnen.
208. Op grond van artikel 3, eerste lid van Verordening 1/2003<sup>190</sup> zijn de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten verplicht om artikel 81 van het EG-Verdrag toe te passen op overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag die de handel tussen de Lidstaten in de zin van die bepaling kunnen beïnvloeden, wanneer zij nationaal mededingingsrecht toepassen op deze overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
209. Uit artikel 88 Mw vloeit de bevoegdheid voor de NMa voort om artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag toe te passen in overeenstemming met de uitvoeringsverordeningen op grond van artikel 83 EG-Verdrag en 84 EG-Verdrag.
210. Met betrekking tot de kwalificatie als ondernemingen, overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, met betrekking tot de (merkbare) mededingingsbeperking en met betrekking tot artikel 81, derde lid, EG-Verdrag wordt verwezen naar hetgeen hieromtrent is opgemerkt in de randnummers 159 tot en met 206, omdat toetsing aan artikel 81, eerste en derde lid, EG-Verdrag in dit

---

<sup>190</sup> PbEG 2003, L1/1.

opzicht op geen enkele wijze afwijkt van de toetsing aan artikel 6, eerste en derde lid, Mw en de beoordelingen en conclusies derhalve dezelfde zijn.

211. Artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag kent echter nog het bijkomende vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten.<sup>191</sup> Het verbod van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag is van toepassing, indien de mededingingsbeperkende afspraak de handel tussen de Lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Aan deze voorwaarde is voldaan zodra, op basis van het geheel van feitelijke en juridische elementen, met een voldoende mate van waarschijnlijkheid is te verwachten dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op het ruilverkeer tussen Lidstaten een zodanige invloed kan uitoefenen dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen de Lidstaten wordt geschaad.<sup>192</sup> Deze beïnvloeding van de tussenstaatse handel dient daarnaast merkbaar te zijn.<sup>193</sup>
212. Het begrip 'kunnen beïnvloeden' impliceert dat het mogelijk moet zijn te voorzien dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lidstaten kan beïnvloeden.<sup>194</sup> Voor de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht behoeft niet het bewijs te worden geleverd dat de overeenkomst of gedraging de tussenstaatse handel daadwerkelijk heeft beïnvloed.<sup>195</sup> 'Beïnvloeding' is een neutraal begrip, dat niet noodzakelijkerwijs impliceert dat de handel wordt beperkt of verminderd. Het gaat er om dat de handel tussen de Lidstaten zich mét de overeenkomst of gedraging waarschijnlijk anders had ontwikkeld dan de ontwikkeling die zonder de overeenkomst of gedraging te verwachten viel.<sup>196</sup>
213. Toepassing van het bovenstaande op de feiten, zoals vastgesteld in het onderhavige rapport, leidt tot de conclusie dat er sprake is van een effect op de tussenstaatse handel.
214. Volgens vaste jurisprudentie kunnen horizontale kartels die het hele grondgebied van een Lidstaat bestrijken normaal gesproken de handel tussen Lidstaten beïnvloeden, aangezien zij naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben, hetgeen de in het EG-Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist.<sup>197</sup>
215. Dit geldt des te meer in onderhavige zaak, aangezien - zoals ook al door de Europese Commissie bepaald in haar beschikking over de Nederlandse bouwsector,<sup>198</sup> bevestigd door het Gerecht van Eerste Aanleg<sup>199</sup>

---

<sup>191</sup> Zie in algemene zin over het vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten, de Bekendmaking van de Commissie betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2004, C 101/81.

<sup>192</sup> HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84, *Remia e.a. vs. Commissie*, Jur. 1985, p. 2545, r.o. 22.

<sup>193</sup> HvJ EG 25 november 1971, zaak 22/71, *Béguelin*, Jur. 1971, p. 946, r.o. 16 en HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69, *Völk*, Jur. 1969, p. 295, r.o. 7.

<sup>194</sup> HvJ EG 14 juli 1981, zaak 172/80, *Züchner*, Jur. 1981, p. 2021, r.o. 18 en HvJ EG 10 december 1985, gevoegde zaken 240/82 e.a., *Stichting Sigarettenindustrie*, Jur. 1985, p. 3831, r.o. 48 en GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95 e.a., *Cimenteries CBR e.a. vs Commissie (Cement)*, Jur. 2000, p. II-491, r.o. 3930.

<sup>195</sup> GvEA EG 7 oktober 1999, zaak T-228/97, *Irish Sugar*, Jur. 1999, p. II-2969, r.o. 170.

<sup>196</sup> HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, *Consten en Grundig*, Jur. 1966, p. 450; Bekendmaking van de Commissie betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2004, C 101/81, ov. 34.

<sup>197</sup> Vergelijk. HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Wouters*, Jur. 2002, p. I-1577, r.o. 95.

<sup>198</sup> Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92/1.

<sup>199</sup> GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, *SPO e.a. vs Commissie*, Jur. 1995, p. II-289. Zie ook HvJ EG 25 maart 1996, C-137/95P, *SPO e.a. vs Commissie*, Jur. 1996, p. I-1611.



## Openbaar

- de markt voor bouwwerken welke in een Lidstaat door de overheid of door particulieren worden aanbesteed, niet gereserveerd is, en ook niet gereserveerd mag zijn, voor uitsluitend de bouwondernemingen die in die Lidstaat zijn gevestigd. Voor werken die in opdracht van de overheid worden gerealiseerd geeft de Richtlijn Werken<sup>200</sup> bovendien expliciet een verplichting om deze open te stellen voor ondernemingen uit de gehele Gemeenschap. Met name de openbare en de niet-openbare procedure zijn bij uitstek een middel voor buitenlandse bouwbedrijven om door te dringen op de Nederlandse markt.
216. Voorts kan de handel tussen Lidstaten worden beïnvloed wanneer de leden van een nationaal kartel trachten de concurrentiedruk af te zwakken die uitgaat van concurrenten uit andere Lidstaten, door hen ofwel ertoe te brengen zich aan te sluiten bij de beperkende overeenkomst, ofwel juist daarbuiten te houden en deze uitsluiting van de overeenkomst die concurrenten een concurrentienadeel oplevert.<sup>201</sup>
217. De NMa heeft aan de hand van de door Clementieverzoekers ingediende verklaringen en ingediend schriftelijk bewijsmateriaal geconstateerd dat sprake is geweest van een voortdurend systeem van vooroverleg met één gemeenschappelijke doelstelling, te weten het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van het inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland. Dit systeem van afstemming heeft plaatsgevonden en werd toegepast in geheel Nederland en bestreek derhalve het gehele grondgebied van Nederland.
218. Voorts hebben zich buitenlandse ondernemingen op meerdere B&U-werken ingeschreven, dan wel waren zij in de gelegenheid zich in te schrijven. Zoals blijkt uit de randnummers 128 tot en met 131, namen buitenlandse ondernemingen actief deel aan het systeem van vooroverleg.
219. Een en ander leidt ertoe dat er sprake was van een potentieel effect op de handelsstromen tussen Lidstaten. Het behoeft niet te worden aangetoond dat dit effect zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. Het is aannemelijk, dat de handelsstromen zich anders zouden hebben ontwikkeld indien geen sprake was van de concurrentiebeperkende gedragingen. De gemaakte afspraken zijn derhalve van invloed geweest op het biedinggedrag van de betreffende buitenlandse ondernemingen op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland.
220. Daarnaast wordt vastgesteld dat, gelet op het feit dat het mededingingsbeperkend systeem van vooroverleg de gehele Nederlandse grondgebied beslaat en er derhalve een landelijke dekking bestaat, deze potentiële invloed op de handel merkbaar was.
221. Uit het voorgaande wordt geconcludeerd dat de in dit rapport beschreven overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de tussenstaatse handel ongunstig konden beïnvloeden in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.
222. Op grond van de bovenvermelde bewijsmiddelen staat vast dat ondernemingen deel hebben genomen aan overtreding van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag door overeenkomsten te sluiten en/of hun gedrag

---

<sup>200</sup> Richtlijn Werken (93/37/EEG) van 14 juni 1993 (PbEG 1993, L 199/54), gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG van 13 oktober 1997 (PbEG 1997, L 328/1).

<sup>201</sup> HvJ EG 27 januari 1987, zaak 45/85, *Verband der Sachversicherer*, Jur. 1981, p. 405, r.o. 50 en HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-7/95P, *John Deere*, Jur. 1998, p. I-3111, r.o. 119.

## Openbaar

structureel onderling af te stemmen door middel van het systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland. Er was sprake van een voortdurend proces van onderlinge afstemming hoe de ondernemingen zich ten aanzien van deze werken jegens elkaar zouden gedragen of zich van een bepaald gedrag zouden onthouden. Hun vorenbedoelde gedragingen hangen nauw met elkaar samen, er is sprake van één systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemd feitelijk gedragingen dat als één voortgezette inbreuk in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag kan worden aangemerkt.

223. Ten aanzien van de in bijlage 1 bij dit rapport genoemde ondernemingen (de Deelnemende Ondernemingen) staat op grond van de bovenvermelde bewijsmiddelen vast, dat deze ondernemingen hebben deelgenomen aan het bovengenoemde systeem van vooroverleg in de periode januari 1998 tot en met december 2001 met als gemeenschappelijk doel het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland.
224. Het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland door de Deelnemende Ondernemingen strekt ertoe de mededinging in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag te beperken.

## 7 Conclusie

225. De gedragingen zoals omschreven in dit rapport strekken ertoe de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen en vormen als zodanig een redelijk vermoeden van één voortgezette inbreuk op artikel 6 Mw en artikel 81 EG-Verdrag. Gelet op het bovenstaande is een rapport in de zin van artikel 59, eerste lid, Mw opgemaakt.

## 8 Toerekening

226. Artikel 59, tweede lid, sub c, Mw bepaalt dat in het rapport in ieder geval de onderneming wordt vermeld die de overtreding heeft begaan, namelijk de Deelnemende Onderneming. Het is in overeenstemming met de maatschappelijke en economische realiteit dat diverse entiteiten, die in concernverband staan, als één onderneming worden beschouwd. Derhalve kan de Deelnemende Onderneming één of meer entiteiten omvatten, die in een concernrelatie tot elkaar staan en die ten aanzien van de beschreven overtreding(en) in mededingingsrechtelijke zin gezamenlijk als de Deelnemende Onderneming kunnen worden beschouwd. In bijlage 1 bij dit rapport zijn de Deelnemende Ondernemingen weergegeven.
227. Artikel 59, tweede lid, sub, d Mw bepaalt dat in het rapport de rechtspersoon of natuurlijke persoon wordt vermeld die de overtreding kan worden toegerekend.
228. Indien een Deelnemende Onderneming bestaat uit diverse entiteiten, die tot elkaar in concernverband staan, kan de overtreding worden toegerekend aan alle rechtspersonen en natuurlijke personen waartoe

## Openbaar

deze entiteiten behoren. Er bestaat geen wettelijke verplichting de overtreding toe te rekenen aan alle rechtspersonen en natuurlijke personen die behoren tot de Deelnemende Onderneming. In bijlage 1 bij dit rapport zijn per Deelnemende Onderneming de rechtspersonen en natuurlijke personen weergegeven aan wie de NMa de overtreding, die is begaan door de Deelnemende Onderneming, toerekent.

Aldus opgemaakt te Den Haag op

**W.G. 6 september 2005**

Mr. M.W. McLaggan – Van Roon

Plv. Directeur Directie Concurrentietoezicht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

### **Bijlage 1 bij rapport 3938\_1/11.R19 [vertrouwelijk]**

Lijst van Deelnemende Ondernemingen en lijst van natuurlijke en rechtspersonen aan wie de overtreding kan worden toegerekend.