

RAPPORT

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

Nummer 3150/1188.R102

Betreft kartelgedragingen in de Installatiesector

Rapport kartelgedragingen in de Installatie Sector

1	Inleiding.....	2
2	Achtergrond en procedure.....	3
3	Aard van het bewijs.....	4
4	De aanbesteding van Installatiewerken.....	5
5	Feiten en omstandigheden.....	6
5.1	Wisselende samenstelling	7
5.2	Eén systeem van afstemming.....	7
5.3	Omvang van het systeem van afstemming.....	12
5.4	Vooroverleg.....	15
5.4.1	Doel van Vooroverleg.....	15
5.4.2	Inrichting van Vooroverleg.....	15
5.4.3	Bijeenkomen Deelnemende ondernemingen.....	16
5.4.4	Afstemmen inschrijfgedrag.....	17
5.4.5	Bepalen van de gegadigde.....	19
5.4.6	“Afclaimen”.....	20
5.5	Deelnemende ondernemingen aan het systeem van afstemming.....	22
5.6	Duur van het systeem van afstemming.....	23
5.7	Geografisch gebied waarbinnen het systeem van afstemming plaatsvond.....	25
5.8	Conclusie naar aanleiding van de feiten en omstandigheden.....	26
6	Beoordeling.....	26
6.1	Artikel 6, eerste lid, Mw.....	26
6.2	Ondernemingen.....	26
6.3	Overeenkomst en/of onderling afgestemd feitelijk gedrag.....	27
6.4	Verboden karakter van de gedragingen en afspraken.....	31
6.5	Merkbaarheid.....	32
6.6	Beoordeling artikel 6, derde lid, Mw.....	33
6.7	Conclusie beoordeling artikel 6 Mw.....	35
6.8	Beoordeling artikel 81 EG-Verdrag.....	35
6.9	Conclusie beoordeling artikel 81 EG-Verdrag.....	38
7	Conclusie.....	38
8	Toerekening.....	39

1 Inleiding

1. Dit rapport ziet op mededingingsrechtelijk relevante gedragingen van ondernemingen, die actief zijn in de installatiesector in Nederland. De gedragingen hebben betrekking gehad op aanbestedingen van werktuigbouwkundige, elektrotechnische en sprinkler installatiewerken.¹ Werktuigbouwkundige, elektrotechnische en sprinkler installatiewerken omvatten het ontwerpen, berekenen, leveren, aanbrengen, onderhouden en repareren van in ieder geval (centrale)verwarming, ventilatie, luchtbehandeling, koeling, olieopslagtanks, airconditioning, sanitair, licht- en krachtstroom, noodstroom, hoog- en middenspanning, (openbare) verlichting, zonne-energie, tele- en datacommunicatie, ICT solutions, telematica voorzieningen, beveiligingssystemen, parkeersystemen, gebouwautomatisering, procesbesturing, verkeerssystemen, verkeersregelininstallaties, signaalgevers, brandpreventie - en brandblusinstallaties, water-en zuiveringsinstallaties, drink- en afvalwaterinstallaties, gemalen en pompinstallaties. Werktuigbouwkundige, elektrotechnische en sprinkler installatiewerken, zoals in het bovenstaande omschreven, worden hierna gezamenlijk genoemd: "Installatiewerken".
2. Uit het onderzoek naar gedragingen van ondernemingen ter zake van aanbestedingen van Installatiewerken blijkt een redelijk vermoeden dat artikel 6 Mededingingwet (hierna: Mw) en artikel 81 EG-Verdrag zijn overtreden door de ondernemingen die worden genoemd in bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport (hierna: "Deelnemende ondernemingen")². Met het oog op een eventueel op te leggen boete en/of last onder dwangsom is in opdracht van de d-g NMa onderhavig rapport opgemaakt.³
3. Uit het onderzoek is gebleken dat de Deelnemende ondernemingen, in elk geval in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 op structurele basis in wisselende samenstelling deel hebben genomen aan overleggen voorafgaande aan de inschrijvingen op aanbestedingen van Installatiewerken in Nederland (hierna: "Vooroverleg"⁴). De afzonderlijke Vooroverleggen hingen met elkaar samen en vormden gezamenlijk één systeem van afstemming tussen de Deelnemende ondernemingen over werkverdeling en over het inschrijfgedrag. Het gemeenschappelijk doel van deze gedragingen van de Deelnemende ondernemingen was het onderling verdelen van werken en het afstemmen van het inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland.

¹ De onderverdeling binnen de installatiesector in Nederland naar werktuigbouwkundige, elektrotechnische en sprinkler werken is een gangbare onderverdeling. Door veel clementieverzoekers wordt deze indeling gehanteerd, dan wel wordt aangegeven dat installatiewerken naar deze indeling kunnen worden onderverdeeld (zie bijvoorbeeld Unica 3150/846, Burgers Ergon BV, 3150/1073, GTI 3150/762, p. 00041009000010 en 3150/1081, BAM 3150/1089.) De onderverdeling naar werktuigbouw, elektrotechnische en sprinkler werken wordt ook gehanteerd in besluiten van de NMa, zie besluit van de d-g NMa van 29 mei 1998, zaak 425, Internatio Müller – Roderland, besluit van de d-g NMa van 23 oktober 1998, zaak 1106, Ergon – Burgers.

² Bijlage 1 [Vertrouwelijk] maakt integraal onderdeel uit van het onderhavige rapport.

³ 3150/1161.

⁴ Vooroverleg wordt door de Deelnemende ondernemingen ook wel aangeduid als "koffierondje".

2 Achtergrond en procedure

4. In 2001 opende de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) ambtshalve onderzoeken naar overtredingen van de Mededingingswet (hierna: Mw) in de bouwsector. De onderzoeken van de NMa hebben inmiddels geresulteerd in elf sanctiebesluiten die gericht zijn tot in totaal 35 ondernemingen. Daarnaast heeft de Tweede Kamer in 2002 de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid ingesteld, die onder andere onderzoek deed naar de aard en omvang van de onregelmatigheden in de bouwnijverheid alsmede het incidentele dan wel structurele karakter daarvan. Op 12 december 2002 heeft de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid haar eindrapport gepubliceerd.⁵
5. Op 29 augustus 2002 is de NMa ambtshalve een onderzoek gestart naar een mogelijke overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 81 EG-Verdrag⁶ door ondernemingen die werkzaam zijn in de installatiesector.⁷ Dit onderzoek is gestart na de verklaring van een voormalige directiesecretaresse van Unica Installatiegroep BV (hierna: Unica) die zij op 26 augustus 2002 had afgelegd tijdens een openbare hoorzitting van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid. Bij brief van 31 augustus 2002 heeft de voormalige directiesecretaresse van Unica documenten ter beschikking gesteld aan de NMa.⁸
6. Gedurende de loop van het onderzoek heeft de NMa bedrijfsbezoeken afgelegd. Tijdens deze bedrijfsbezoeken zijn schriftelijke en digitale gegevens gekopieerd.
7. Tevens heeft de NMa mondelinge inlichtingen gevorderd van natuurlijke personen, die werkzaam zijn of zijn geweest bij ondernemingen in de installatiesector, van wie het vermoeden bestond dat zij direct betrokken waren bij de onderzochte gedragingen. Nagenoeg alle natuurlijke personen hebben met betrekking tot de onderzochte gedragingen een beroep gedaan op hun zwijgrecht. Tegen één voormalige werknemer is een rapport, zoals bedoeld in artikel 77 Mw, opgemaakt wegens het niet voldoen aan de medewerkingsplicht zoals neergelegd in artikel 5:20 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).⁹
8. Mede als gevolg van de oproep van het kabinet op 20 februari 2004¹⁰, naar aanleiding van nieuwe berichten over onregelmatigheden in de bouwsector, aan het bouwbedrijfsleven om overtredingen van de Mw te melden aan de NMa, hebben enkele honderden ondernemingen een clementieverzoek zoals bedoeld in de Richtsnoeren Clementietoezegging¹¹ ingediend bij de NMa. Daarvan hebben 36 ondernemingen een geldige kennisgeving in de zin van de Richtsnoeren

⁵ Eindrapport Parlementaire Enquêtecommissie bouwnijverheid, TK 2002-2203, 28 244, nrs. 5-6.

⁶ De grondslag van bevoegdheid van de NMa met betrekking tot de toepassing van artikel 81, eerste en derde lid, EG-Verdrag zijn de artikelen 88 en 89 Mw.

⁷ Startnotitie 3150/214, opdracht doen opstellen rapport 3150/1161.

⁸ 3150/2.

⁹ Rapport 3698/6. Zie ook het sanctiebesluit van de d-g NMa 3698/22 van 12 december 2003.

¹⁰ TK 2003-2004, 28 244, nr 64.

¹¹ 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.

Clementietoezegging gedaan met betrekking tot vermoedelijke overtredingen van de Mw en het EG-Verdrag in het kader van aanbestedingen van Installatiewerken.

9. De verklaringen en gegevens van de 36 clementieverzoekers zijn betrokken in het reeds lopende onderzoek naar vermoedelijke overtredingen van artikel 6 Mw en/ of artikel 81 EG-Verdrag met betrekking tot aanbestedingen van Installatiewerken.
10. De NMa heeft voldaan aan haar verplichtingen op grond van artikel 11 leden 3 en 4 van Raadsverordening 1/2003. Conform artikel 11 lid 3 van Raadverordening 1/2003 heeft de NMa de Commissie op de hoogte gesteld van de eerste formele onderzoeksmaatregel. Conform artikel 11, lid 4 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 bewijs

11. Zoals reeds is aangegeven hebben 36 ondernemingen, die Installatiewerken uitvoeren een geldige kennisgeving gedaan ter zake van vermoedelijke mededingingsbeperkende gedragingen in de installatiesector. In ieder geval 8 van deze 36 clementieverzoekers zijn multidisciplinaire¹² en landelijk opererende ondernemingen.
12. In het kader van de clementieregeling zijn schriftelijke en digitale gegevens ingediend door clementieverzoekers. Het betreft enerzijds materiaal dat afkomstig is uit de eigen administratie van de clementieverzoekers en anderzijds materiaal dat is opgesteld aan de hand van de herinneringen die betrokken natuurlijke personen binnen de onderneming hebben over hetgeen zich heeft afgespeeld in de installatiesector. Deze schriftelijke en digitale gegevens betreffen schaduwadministraties, overzichtslijsten met Installatiewerken waarover Vooroverleg heeft plaatsgevonden en (handgeschreven) aantekeningen. In schaduwadministraties hebben ondernemingen nauwkeurig en systematisch geordend bijgehouden welke contacten de betreffende ondernemingen hadden met andere ondernemingen in het kader van Vooroverleg. De meerderheid van de clementieverzoekers heeft verklaard dat de schaduwadministraties die zij in het kader van dit Vooroverleg bijhielden, zijn vernietigd. Deze clementieverzoekers hebben daarom als alternatief overzichtslijsten met Installatiewerken waarover Vooroverleg heeft plaatsgevonden ingediend. Op diverse soorten overzichtslijsten met Installatiewerken hebben de clementieverzoekers aangegeven bij welke werken zij betrokken zijn geweest bij Vooroverleg en hebben zij daarbij tevens aangegeven welke andere ondernemingen daarbij betrokken zijn geweest, althans voor zover zij dit nog konden nagaan. Voorts hebben de clementieverzoekers (handgeschreven) aantekeningen van Vooroverleg overhandigd. De (handgeschreven) aantekeningen van Vooroverleg waarover de NMa beschikt, vaak gedateerd en voorzien van een bedrijfslogo, bevatten doorgaans namen van aanwezige personen bij het betreffende Vooroverleg en/of namen van ondernemingen die betrokken zijn bij de afspraken rond de inschrijving op een bepaald werk.

¹² Dat wil zeggen ondernemingen die zowel werktuigbouwkundige als elektrotechnische en/ of sprinklerwerken uitvoeren.

13. Voorts hebben de clementieverzoekers in het kader van hun clementieverzoek schriftelijke verklaringen¹³ afgegeven. Hierin hebben de clementieverzoekers aan de NMa onder meer opgave gedaan van de identiteit van de andere ondernemingen die deelnemer zijn geweest aan Vooroverleg. Dit werd gedaan door het overleggen van lijsten met daarop namen van deze ondernemingen.
14. De door de clementieverzoekers ingediende schriftelijke verklaringen en de door hen ingediende schriftelijke en digitale gegevens met betrekking tot de betrokken gedragingen, bevestigingen en versterken elkaar en geven blijk van een grote coherentie en onderlinge consistentie.

4 De aanbesteding van Installatiewerken

15. In randnummer 1 is aangegeven dat dit rapport ziet op gedragingen van ondernemingen in het kader van aanbestedingen van Installatiewerken. Deze werken worden zowel door opdrachtgevers uit de private als uit de publieke sector (overheden) geïnitieerd en op de markt gebracht.
16. Op grond van (Europese) aanbestedingsregelgeving zijn overheden verplicht opdrachten voor het uitvoeren van bepaalde Installatiewerken aan te besteden. De destijds vigerende aanbestedingsregelgeving kan als volgt worden geschetst. Op grond van Europese richtlijnen voor de gunning van overheidsopdrachten¹⁴ zijn overheden verplicht opdrachten voor het uitvoeren van Installatiewerken aan te besteden. Deze richtlijnen zijn in Nederlandse regelgeving geïmplementeerd door de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen 1993 en de bijbehorende algemene maatregelen van bestuur (Besluit overheidsaanbestedingen en het Besluit aanbestedingen nutssector). Voor Installatiewerken is de Richtlijn Werken de meest relevante. Daarnaast zijn voor Installatiewerken van belang het Uniform Aanbestedingsreglement 1986 (werken onder de Europese drempelbedragen, geldig tot 1 september 2001), het Uniform Aanbestedingsreglement 2001 (voor werken onder de Europese drempelbedragen, geldig vanaf 1 september 2001) en het Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991 (voor werken boven de Europese drempelbedragen). Deze reglementen bevatten een verder uitgewerkte aanbestedingsplicht met betrekking tot opdrachten voor werken voor het Rijk (tot 1 september 2001) en vanaf 1 september 2001 (als gevolg van een verandering van de wettelijke basis) de bouwdiensten van de Ministeries van VROM, Verkeer en Waterstaat en Defensie.
17. Voor de feitelijke realisatie van Installatiewerken wordt door de opdrachtgever een installatieonderneming ingeschakeld. Met uitzondering van de gevallen waarin slechts één installatieonderneming wordt benaderd door de opdrachtgever voor de uitvoering van een werk (enkelvoudige uitnodiging), zal de opdrachtgever doorgaans door middel van *aanbesteding* op zoek gaan naar de installatieonderneming die de meest voordelige offerte indient voor de realisatie van het betreffende werk. In dit rapport wordt onder “aanbesteding” verstaan de, al dan niet gelijktijdige, uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een offerte in

¹³ Hieronder wordt ook begrepen het invullen en ondertekenen van het “meldingsformulier clementieverzoek bouwsector” zoals dat op de website van de NMa is gepubliceerd.

¹⁴ In casu Richtlijnen 92/50/EEG (Richtlijn Diensten), 93/36/EEG (Richtlijn Leveringen) en 93/37/EEG (Richtlijn Werken), alle aangepast door Richtlijn 97/52/EG en de Richtlijn 93/38/EEG (Richtlijn Nutssectoren), zoals aangepast door Richtlijn 98/4/EG.

te dienen voor een opdracht tot de uitvoering van een installatiewerk.¹⁵ De enkelvoudige uitnodiging valt daar dus niet onder.

18. Kenmerkend voor alle vormen van aanbesteding is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht teneinde een zo gunstig mogelijke prijs-kwaliteit verhouding te verkrijgen. 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 zij elk zelfstandig zijn gekomen. Dit 'model' veronderstelt dat de aanbieders geen contact hebben met elkaar over de betreffende opdracht. Zij dienen de parameters waarop de individuele aanbieders bij de inschrijving onderling concurreren, zoals de inschrijfprijs en onderliggende calculaties, strikt voor zich te houden.
19. Het is evident dat de werking van de aanbesteding ernstig wordt verstoord indien aanbieders door onderlinge afstemming in de fase vóórafgaande 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.

5 Feiten en omstandigheden

20. Uit het materiaal dat is vergaard in het onderzoek voorafgaande aan de clementieverzoeken alsmede het materiaal dat is overgedragen door de clementieverzoekers blijkt, al dan niet in samenhang bezien, het volgende feitencomplex.
21. Zoals uit de hiernavolgende bewijsmiddelen blijkt, hebben de Deelnemende ondernemingen op structurele basis, in wisselende samenstelling, deelgenomen aan Vooroverleg. De afzonderlijke Vooroverleggen hingen met elkaar samen en vormden één systeem van afstemming tussen de Deelnemende ondernemingen over werkverdeling en over het inschrijfgedrag.
22. Bij het Vooroverleg ging het er steeds om te bepalen 1) welke van de bij het Vooroverleg voor een bepaald werk aanwezige ondernemingen het werk zou gaan uitvoeren (hierna: "gegadigde"), 2) voor welk inschrijfbedrag de gegadigde zou inschrijven en, daarmee in verband, voor welke inschrijfprijzen de andere deelnemers aan het Vooroverleg zouden inschrijven¹⁶ en/of in welke volgorde zij zouden inschrijven en 4) welke onderlinge "claims"¹⁷ daarmee opgebouwd werden tussen de bij het betreffende Vooroverleg aanwezige ondernemingen. De "prijs" die de gegadigde als het ware "betaalt" voor het recht om als laagste bieder in te schrijven op het werk, is een "claim"

¹⁵ Vgl. Artikel 1, sub b Besluit Vrijstelling Combinatieovereenkomsten.

¹⁶ Het betrof vooroverleg met betrekking tot aanbestedingen waarbij over het algemeen de laagste prijs het doorslaggevende gunningscriterium was voor de opdrachtgever. De gegadigde diende als laagste in te schrijven om zodoende ook daadwerkelijk de opdracht gegund te krijgen.

¹⁷ Deze terminologie wordt gehanteerd door de installatieondernemingen. Het gebruik van deze term in het rapport mag uitdrukkelijk niet worden begrepen als bevestiging en/of kwalificatie van de juridische status ervan door de NMa.

Openbaar

van de overige ondernemingen op de gegadigde die de overige ondernemingen ten opzichte van de gegadigde, bij een toekomstig werk, kunnen inzetten.

23. In het hiernavolgende wordt het bovenstaande aan de hand van bewijsmiddelen besproken. Achtereenvolgens worden behandeld (I) de wisselende samenstelling van de deelnemers aan het Vooroverleg, (II) het feit dat het één systeem van afstemming betreft, (III) de omvang van het systeem van afstemming en (IV) het doel en de inrichting van het Vooroverleg.

5.1 Wisselende samenstelling van de deelnemers

24. Vooroverleggen vonden plaats in een steeds wisselende samenstelling van aanwezige ondernemingen. Er was geen sprake van een vaste groep van ondernemingen die steeds in dezelfde samenstelling Vooroverleg voerde. Dat de samenstelling wisselde blijkt uit diverse aantekeningen van Vooroverleg, waar steeds verschillende namen van aanwezige ondernemingen bij zijn vermeld, alsmede uit claimadministraties¹⁸ waaruit blijkt welke ondernemingen een "claim" hebben gekregen en dus aanwezig waren bij het betreffende Vooroverleg. Uit die claimadministraties blijkt dat de samenstelling per project wisselde, zowel wat betreft het aantal deelnemers als de identiteit van de deelnemers. De wisselende samenstelling van Deelnemende ondernemingen wordt voorts expliciet bevestigd door schriftelijke verklaringen van clementieverzoekers, zowel op zichzelf beschouwd als in onderlinge samenhang gezien, waarbij de verklaringen elkaar en het bovenstaande bevestigen en versterken.
25. Batenburg Beheer NV (hierna: Batenburg) heeft expliciet verklaard dat sprake was van wisselende samenstellingen¹⁹: *"Per geval is er voor zover bij ons bekend echter sprake geweest van wisselende samenstellingen van overlegpartners, waarbij de afzonderlijke posities van de deelnemende partijen ten opzichte van elkaar specifiek en per situatie zijn bepaald."*
26. Stork NV (hierna: Stork) heeft in dit verband verklaard²⁰: *"Stork zat bij dat overleg steeds met verschillende partijen aan tafel."*
27. Ook Alewijnse Holding BV (hierna: Alewijnse) bevestigt dat er sprake was van een wisselende samenstelling²¹: *"Tijdens dit interne onderzoek werden bij twee werkmaatschappijen enkele verslagen van niet regulier vooroverleg aangetroffen ten behoeve van een beperkt aantal projecten, met een wisselende deelnemerssamenstelling per project."*²²

5.2 Eén systeem van afstemming

28. De afzonderlijke Vooroverleggen en de daarbij gemaakte afspraken kunnen niet op zichzelf worden gezien, maar hielden verband met elkaar en vormden één systeem van afstemming waarbij het werk

¹⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld de claimadministratie van Unica 3150/841 en GTI 3150/758.

¹⁹ 3150/469, p. 00065004000002.

²⁰ 3150/465, p. 00042007000074.

²¹ 3150/449, p. 00332001000002.

²² Door Alewijnse wordt aangegeven dat sprake is van niet regulier vooroverleg. Gezien de feiten en omstandigheden die in dit rapport aan de orde komen, wordt echter vastgesteld dat sprake is van een systeem van vooroverleg (zie randnummers 28-47).

voorafgaande aan de aanbestedingen van Installatiewerken in Nederland onderling werd verdeeld en het verdere inschrijfgedrag op elkaar werd afgestemd. Dit blijkt uit de werking van "claims" en staat vast op grond van verklaringen van clementieverzoekers.

29. De afstemming en de verdeling van Installatiewerken vond plaats met behulp van een stelsel van "claims". Zoals uit de hierna te bespreken bewijsmiddelen blijkt moeten deze "claims" worden gezien als "schulden" en "vorderingen" die tijdens Vooroverleggen werden opgebouwd. Door het opbouwen van "claims" stonden de ondernemingen die deelnamen aan Vooroverleggen tot elkaar in een verhouding van onderlinge afhankelijkheid, waarbij duidelijk was dat tijdens eerdere Vooroverleggen opgebouwde "vorderingen" in de toekomst bij volgende Vooroverleggen weer als inzet konden worden gebruikt. De afspraken die tijdens een Vooroverleg voorafgaande aan een bepaalde aanbesteding werden gemaakt hadden dus direct of indirect gevolgen voor Vooroverleggen bij andere aanbestedingen. Derhalve hingen de afzonderlijke Vooroverleggen en afspraken met betrekking tot Installatiewerken met elkaar samen. Door het opbouwen van "claims" jegens andere ondernemingen kon een basis voor een systematiek voor werkverdeling ontstaan en in stand worden gehouden.
30. Dat deelname aan Vooroverleggen en het elkaar toekennen van "schulden" en "vorderingen" doorwerkt naar andere ondernemingen en Vooroverleggen met betrekking tot Installatiewerken en dat dit leidt tot één systeem van afstemming staat vast op basis van de navolgende verklaringen.
31. TBI (Eekels Elektrotechniek BV) (hierna: TBI (Eekels)) heeft hierover verklaard²³: *"In dit verband was het van belang in zoveel mogelijk gevallen een uitnodiging om een offerte in te dienen te ontvangen. Met meer aanvragen werden claimrechten sneller opgebouwd, en bestond bij een volgende gelegenheid op grond van de hoogte van de claimrechten een grotere kans op toewijzing van het werk."*
32. Burgers Ergon BV (hierna: Burgers Ergon) heeft verklaard²⁴: *"Het kon evenwel voorkomen dat de kandidaat werd "afgeclaimd". Dit hield in dat de door een deelnemer bij de aanbesteding van andere bouwwerken opgebouwde claims (vorderingen) werden gebruikt om een werk naar zich toe te trekken. (...)De overige deelnemers aan het vooroverleg die het werk niet deden, kregen een claim toegedeeld. Deze claim kon dan weer bij het volgende vooroverleg worden ingezet."*
33. TBI (Wolter & Dros BV) (hierna: TBI (Wolter & Dros)) heeft verklaard²⁵: *"De afspraken die tijdens het vooroverleg werden gemaakt, leverden voor de deelnemers uitsluitend claimverplichtingen c.q. claimrechten op, die alleen konden worden gebruikt in een mogelijk volgend overleg waarin op basis van de hoogste claimrechten een gegadigde werd aangewezen."*
34. Ook P.G. Kuijpers & Zonen BV (hierna: Kuijpers) geeft aan²⁶: *"De claims (vorderingen die men op elkaar had) werden verrekend met de reeds verdeelde en toekomstige aanbestedingen. Zoals in DOP²⁷*

²³ 3150/917, p. 00039029000004. Zie ook TBI (HVL) 3150/918, p. 00039031000006; TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000004; TBI (Croon Elektrotechniek BV) (hierna: TBI (Croon)) 3150/922, p. 00039041000006.

²⁴ 3150/1073.

²⁵ 3150/923, p. 00039042000004.

²⁶ 3150/1038.

Openbaar

kwam uit het aannemen van een op deze manier besproken werk een claimschuld, waardoor een volgend project aan een collega-inschrijver moest worden overgelaten.”

35. Unica heeft verklaard²⁸: “De overtreding betreft (...) een structurele afstemming, bestaande uit een groot aantal afstemmingen per project die onlosmakelijk met elkaar verbonden waren door een systeem van zogenaamde claims tussen vrijwel alle grotere installatiebedrijven²⁹ in Nederland die actief zijn in de werktuigbouwkunde (inclusief sprinklers) en elektrotechniek.”
36. Uit verklaringen van clementieverzoekers³⁰ blijkt dat het vast gebruik was voor de Deelnemende ondernemingen om de “claims” die tijdens het Vooroverleg werden opgebouwd cq. werden afgegeven, bij te houden in zogenaamde claimadministraties. Hierin werden “schulden” en “vorderingen” bijgehouden ten opzichte van ondernemingen die men in Vooroverleggen tegenkwam.
37. Een aantal clementieverzoekers heeft verklaard een aparte claimadministratie voor werktuigbouwkundige respectievelijk elektrotechnische respectievelijk sprinkler installatiewerken te hebben gehanteerd.³¹ Daarnaast kwam het voor dat de “claims” voor elektrotechnische installatiewerken niet in één claimadministratie werden geadministreerd, maar in afzonderlijke claimadministraties werden onderverdeeld naar verschillende bouwsegmenten zoals utiliteitsbouw, infra en industrie.³² Voorts is gebleken dat binnen de diverse claimadministraties voor werktuigbouwkundige respectievelijk elektrotechnische werken een nadere onderverdeling werd gehanteerd in drie categorieën, te weten categorie A, B en C.

²⁷ Hier wordt verwezen naar een geregementeerde vorm van vooroverleg dat tot in 1992 heeft gegolden in de installatiesector in Nederland en waar installatieondernemingen uit heel Nederland bij aangesloten waren. Voor werktuigbouwkundige werken werd dit vanuit het Centraal Bureau voor de Verwarmingsindustrie (hierna: CBVI) op basis van de zogenaamde DOP-regeling (DOP-regeling staat voor Deelnemers Overeenkomst Prijsregeling) gecoördineerd. Voor elektrotechnische werken was er een vergelijkbare regeling vanuit de Vereniging van Bureaus voor Vakbelangen (hierna: VEVA). Deze regelingen stammen uit de jaren zeventig en zijn in augustus 1992 beëindigd als direct gevolg van de beschikking Bouwnijverheid in Nederland (SPO) van de Europese Commissie van 5 februari 1992 waarin vergelijkbare werkverdelingsregelingen binnen andere segmenten van de bouw die in Nederland tot die tijd gangbaar waren, zijn beboet vanwege hun mededingingsbeperkende karakter.

²⁸ 3150/846.

²⁹ In een eerder afgegeven verklaring van Unica is aangegeven dat bij de afstemming een groot aantal installatiebedrijven in Nederland is betrokken. Naar schatting van Unica gaat het om 200-300 ondernemingen. Unica verklaart dat het Vooroverleg zich niet beperkte tot de grotere installatieondernemingen, zie 3150/841, p. 39510010000004. Unica geeft aan dat ook vele kleinere installatiebedrijven bij het Vooroverleg betrokken zijn geweest. Het claimbestand van Unica, waarin ook kleinere installatieondernemingen zijn opgenomen, bevestigt dit, zie eveneens 3150/841.

³⁰ Zie Unica 3150/841, p. 39510010000004; TBI (HVL) 3150/918, p. 00039031000005; TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000005; TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000006; KVWS 3150/903, p. 00035010000395; W.F. van Galen 3150/770; Kuijpers 3150/1038; GTI 3150/1081; Burgers Ergon 3150/1073.

³¹ Burgers Ergon 3150/1073; BAM 3150/1089; Stork 3150/465, p. 00042007000084. Zie tevens het claimbestand van Unica 3150/841.

³² Imtech 3150/1294.

Deze categorieën zijn ingedeeld naar grootte van het werk. (Categorie A: 0-1 miljoen gulden; categorie B: 1-5 miljoen gulden en categorie C: > 5 miljoen gulden. Deze laatste categorie is op een gegeven moment verhoogd naar 7,5 miljoen gulden.) Dit blijkt uit claimadministraties³³ alsmede uit de verklaringen van clementieverzoekers.³⁴

38. Sommige Deelnemende ondernemingen hielden hun "claims" regionaal bij, dat wil zeggen per vestiging c.q. werkmaatschappij, en zetten hun "claims" ook regionaal in, terwijl andere ondernemingen hun "claims" landelijk, dat wil zeggen centraal en dus niet uitgesplitst naar vestiging c.q. werkmaatschappij, bijhielden. Dit staat vast op grond van verklaringen van clementieaanvragers die onafhankelijk van elkaar zijn afgegeven en die elkaar bevestigen en versterken.³⁵ Voorts staat op grond van verklaringen die onafhankelijk van elkaar zijn afgegeven en die elkaar bevestigen en versterken vast dat beide werkwijzen, dus het regionaal of landelijk bijhouden en inzetten van "claims", gelijktijdig, naast elkaar en door elkaar werden gehanteerd binnen hetzelfde systeem van afstemming.³⁶
39. Diverse multidisciplinaire, landelijk opererende ondernemingen uit de installatiesector hebben verklaard dat sprake was van uitwisseling van "claims" uit verschillende soorten claimadministraties. Zij hebben verklaard dat tijdens een Vooroverleg in het kader van een elektrotechnisch werk in beginsel "claims" werden ingezet die waren opgebouwd in eerdere Vooroverleggen in het kader van elektrotechnische werken. Hetzelfde gold voor "claims" ontstaan tijdens Vooroverleggen van werktuigbouwkundige respectievelijk sprinklerwerken. Dit heeft de Deelnemende ondernemingen er niet van weerhouden om "claims" uit de verschillende disciplines (werktuigbouw, elektrotechniek en sprinkler) in het kader van Vooroverleggen uit te wisselen. In de praktijk kwam het ook voor dat "claims" uit verschillende soorten claimadministraties werden samengenomen in geval sprake was van een installatiewerk waarin toepassingen ten aanzien van verschillende disciplines (bijvoorbeeld zowel werktuigbouwkunde als elektrotechniek) werden gevraagd. Voorts kwam het voor dat voorafgaand aan een Vooroverleg ondernemingen bilateraal afspraken maakten waarbij "claims" uit een andere claimregistratie dan waar het betreffende werk betrekking op had gebruikt werden om een hogere "claim" te kunnen krijgen en zodoende het werk te kunnen "claimen". Het bovenstaande blijkt uit de volgende schriftelijke verklaringen van clementieverzoekers, die onafhankelijk van elkaar zijn afgegeven en die elkaar bevestigen en versterken.
40. BAM Techniek (hierna: BAM) heeft over de inzet van "claims" bij multidisciplinaire werken het volgende verklaard³⁷: *"Bij grote gecombineerde werken werden E en W claims gesaldeerd en als zodanig verrekend. (...) Bij grote werken met E- en W-installatiewerkzaamheden werden per deelnemer de E- en W-claimstanden gesaldeerd. Deze saldo's waren bepalend voor het vaststellen van de gegadigde. (...) Met de*

³³ Zie bijvoorbeeld de claimadministratie van Unica, 3150/841.

³⁴ Zie in dit verband de verklaringen van Burgers Ergon 3150/1073; Stork 3150/1291; Kuijpers 3150/1038; Imtech 3150/1294; Unica 3150/948; BAM 3150/1089; Stork 3150/465, p. 00042007000084.

³⁵ Unica 3150/948; BAM Techniek BV 3150/1089; Kuijpers 3150/1038; GTI 3150/1081; GTI 3150/762, p. 00041009000046; Burgers Ergon 3150/1073; Imtech 3150/445, p. 00043010000008, -10, -82; Stork 3150/465, p. 00042007000103.

³⁶ Unica 3150/948; Burgers Ergon 3150/1073; BAM Techniek 3150/1089; Kuijpers, 3150/1038; Imtech 3150/445, p. 00043010000082; Stork 3150/465, p. 00042007000103; GTI 3150/762, p. 00041009000046.

³⁷ BAM Techniek BV 3150/1089.

opkomst van geïntegreerde bedrijven nam het verschijnsel van verrekening tussen de beide bestanden (ten opzichte van elkaar) dienovereenkomstig toe. (...) Voor verrekening moet men niet denken in geld. Maar in het salderen van E-en/of W-claimstanden.”³⁸

41. Burgers Ergon heeft ten aanzien van multidisciplinaire werken verklaard³⁹: “Indien sprake was van een project waarin toepassingen ten aanzien van verschillende disciplines onlosmakelijk aan elkaar waren gebonden (...) werden de claims met betrekking tot de werktuigbouw en/of elektrotechnische en/of sprinkler installaties met elkaar gesaldeerd. De partij met het hoogste saldo werd dan kandidaat en kon het werk naar zich toetrekken.”
42. Stork heeft over de uitwisselbaarheid van “claims” het volgende verklaard⁴⁰: “Dat was in beginsel niet de bedoeling. In de praktijk kwam dit echter wel voor. Zo werden claims van de lijsten voor kleinere projecten wel degelijk gebruikt om grotere projecten te verkrijgen. Omdat er geen centrale regels waren voor het vooroverleg en de uitwisseling van claims, hing het uiteindelijk van de bilaterale contacten tussen bedrijven af of uitwisseling werd toegestaan. Dit werd dan ook normaliter niet in het reguliere vooroverleg besproken, maar bijvoorbeeld in een afzonderlijke voorvergadering van bedrijven die over en weer claims op elkaar hadden op verschillende lijsten. De betrokkenen binnen Stork hebben verklaard dat alle mogelijke varianten van uitwisseling zijn voorgekomen: de uitwisseling van claims van een lijst voor grote projecten met claims van een lijst voor kleinere projecten, claims voor werktuigbouw aan een bepaald werk met claims voor elektrotechniek aan een ander werk, claims voor elektrotechniek aan een werk met claims voor werktuigbouw binnen hetzelfde werk, claims van Stork-vestigingen in Noord-Nederland met claims op Stork-vestigingen in Zuid-Nederland, etc.” (...) “In hoeverre claims uitwisselbaar waren hield voor een belangrijk deel af van de organisatie van de betrokken partijen. Het hing er bijvoorbeeld vanaf in hoeverre bedrijven in meerdere segmenten actief waren. Multidisciplinaire bedrijven zoals Stork, Imtech (...) en GTI konden gemakkelijk claims van de verschillende lijsten tegen elkaar uitruilen (bijvoorbeeld een e-claim tegen een w-claim⁴¹), omdat zij in alle segmenten actief waren. Dergelijke bedrijven zijn de laatste jaren meer en meer ontstaan.” (...) “Ieder bedrijf kende alleen zijn eigen claimverhoudingen, maar niet de onderlinge claimverhoudingen van de anderen. Dit bood uiteraard de mogelijkheid tot allerlei onderlinge spelletjes bij het “voor”- vooroverleg.”
43. GTI NV (hierna: GTI) bevestigt dit⁴²: “De claims op de verschillende lijsten waren in beginsel niet uitwisselbaar. In de praktijk is die uitwisseling echter wel voorgekomen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de inzet van een claim op de w-lijst om een e-werk te krijgen. Bovendien wordt erop gewezen dat ook binnen segmenten verschillende lijsten werden gehanteerd. Zo waren er binnen het segment w verschillende lijsten naar gelang de omvang van een project. Tevens werden vaak regionale claimstanden bijgehouden. Uitwisseling van claims van dergelijke lijsten was evenmin gebruikelijk als uitwisseling van claims van afzonderlijke lijsten voor de verschillende segmenten. Ook die uitwisseling kwam echter voor. Daarbij kan gedacht worden aan de inzet van de opgebouwde claims voor kleine projecten om een groot project te

³⁸ E staat voor elektrotechniek, W staat voor werktuigbouwkundig.

³⁹ Burgers Ergon 3150/1073.

⁴⁰ 3150/1291. Zie tevens 3150/465, p. 00042007000103.

⁴¹ Met de term “e-claim” wordt bedoeld, een claim die is verkregen tijdens vooroverleg voorafgaande aan de aanbesteding van een elektrotechnisch werk. Met “w-claim” wordt bedoeld een claim die is verkregen tijdens vooroverleg voorafgaande aan de aanbesteding van een werktuigbouwkundig werk.

⁴² 3150/1081.

verkrijgen. (...) Als dit gebeurde, vond het normaliter ook niet tijdens de voorvergaderingen plaats maar in bilaterale gesprekken. Of de bereidheid bestond om claims van verschillende lijsten uit te ruilen, hing mede af van de vraag hoe goed men zijn gesprekspartner bij het andere bedrijf kende en of men elkaar vertrouwde.”

44. Imtech NV (hierna: Imtech) verklaart hieromtrent⁴³: “Als uitgangspunt gold dat claims uit bijvoorbeeld verschillende soorten E- en W-werken (utiliteit, infra en industrie) of werken van een verschillende omvang of categorie niet tegen elkaar worden ingezet, maar uitzonderingen op deze regel werden geregeld gemaakt. (...) Indien een bedrijf een werk graag wilde hebben probeerde het via allerlei wegen dat werk te krijgen. Daarbij werd ook gebruik gemaakt van opgebouwde claimrechten uit andere categorieën en regio's. (...) In deze zin waren de opgebouwde claimrechten per vestiging, per grootte van het werk en naar aard van het werk (E of W) dus wel inwisselbaar. (...)”
45. Kuijpers heeft verklaard⁴⁴: “Tijdens voorbesprekingen m.b.t. werktuigbouwkundige installaties, kwam het wel eens voor dat er bij multidisciplinaire projecten een E project ter compensatie werd aangeboden (...)”
46. Gelet op het bovenstaande staat vast dat er geen eenduidige wijze was vastgesteld hoe de “claims” door de Deelnemende ondernemingen werden bijgehouden en werden ingezet tijdens Vooroverleggen. De indeling van deze claimadministraties van de Deelnemende ondernemingen verschilde, al naar gelang de interne organisatie van de onderneming.⁴⁵ Voorts was sprake van uitwisseling van claims uit verschillende disciplines (werktuigbouw, elektrotechniek en sprinkler) en werden claims uit verschillende soorten claimbestanden samengenomen indien sprake was van een Installatiewerk waarin toepassing van verschillende disciplines werd gevraagd. Met andere woorden in de praktijk werden “claims” uit verschillende soorten claimadministraties in het Vooroverleg ingezet.

Conclusie

47. Op grond van de bovenvermelde verklaringen van clementieverzoekers, zowel op zichzelf beschouwd als in onderlinge samenhang bezien, waarbij de verklaringen elkaar bevestigen en versterken, staat vast dat de Vooroverleggen met betrekking tot aanbestedingen van Installatiewerken onderling samenhangen en onderdeel waren van één systeem van afstemming.

5.3 Omvang van het systeem van afstemming

48. De clementieverzoekers hebben geen exacte aantallen/exacte kwantificering aangegeven over hoe vaak het Vooroverleg is gevoerd. Op grond van de volgende verklaringen van clementieverzoekers staat vast dat in de installatiesector bij de aanbesteding van Installatiewerken zeer veelvuldig Vooroverleg heeft plaatsgevonden.
49. GTI heeft over de omvang van het systeem van afstemming verklaard⁴⁶: “De overtredingen betreffen het structureel en op grote schaal afspraken maken ter verdeling van projecten en werken, waarbij ook

⁴³ Imtech 3150/1294.

⁴⁴ 3150/1038.

⁴⁵ Imtech 3150/1294; Burgers Ergon 3150/1077; Stork 3150/1291.

⁴⁶ 3150/762, p. 00041009000004-7.

Openbaar

prijzafspraken zijn gemaakt, tussen honderden ondernemingen werkzaam in de installatiebranche in brede zin in geheel Nederland in de periode vanaf 1 januari 1998 tot en met 2002. (...) Uit het interne onderzoek binnen GTI is naar voren gekomen dat binnen vrijwel alle onderdelen van de installatiebranche afspraken werden gemaakt tussen concurrenten over de verdeling van werken. (...) Het vooroverleg maakte met andere woorden deel uit van de marktorde (...) Voor GTI staat wel vast dat vooroverleg hoofdzakelijk heeft gezien op de projecten die door klanten in concurrentie werden aanbesteed en waarbij de prijs het dominante selectie criterium was. Juist die projecten leenden zich voor vooroverleg. Het ging daarbij om zowel openbare als onderhandse aanbestedingen (...) Het allesoverheersende beeld (...) is dat van een sector waarin geen sprake was van een structuur maar veeleer van een cultuur van vooroverleg. (...) Als een project zich ertoe leende om afspraken te maken, trachtte men doorgaans tot overeenstemming te komen. Meestal ging het om projecten die via een openbare of onderhandse aanbesteding werden gegund."

50. Over de omvang van het Vooroverleg heeft GTI voorts verklaard⁴⁷: "Voor zover mij bekend werd vrijwel ieder project dat werd aanbesteed, in vooroverleg verdeeld."
51. BAM heeft verklaard⁴⁸: "Het geheel maakt duidelijk dat bij openbare of onderhandse bestedingen van opdrachten in de installatiesector in brede zin op grote schaal en structureel afspraken zijn gemaakt ter verdeling van projecten en werken, waarbij ook prijzafspraken niet zijn geschuwd."
52. Van der Linden Groep (hierna: Van der Linden) heeft verklaard⁴⁹: "Aan dit overleg lag geen schriftelijke overeenkomst ten grondslag. (...) Wel bestond de gewoonte om te overleggen over de te hanteren inschrijvingsprijzen."
53. Schulte & Lestraden geeft aan⁵⁰: "Toen ik rond 1995 de scepter overnam, en ook commercieel verantwoordelijke werd voor de onderneming, erfde ik dan ook een traditie van vooroverleg."
54. Imtech NV (hierna: Imtech) heeft verklaard⁵¹: "Het onderzoek dat door Imtech NV is verricht, heeft laten zien dat binnen de installatietechniek in de sectoren Utiliteit, Industrie en Infra gedurende de gehele periode vanaf 1 januari 1998 tot begin 2002 een cultuur heeft geheerst van vooroverleg. Met een cultuur van vooroverleg wordt bedoeld dat in het overgrote deel van de gevallen van (onderhandse of openbare) aanbestedingen de kandidaten voor een werk werden benaderd en dat in onderling overleg werd vastgesteld wie als laagste mocht inschrijven en tegen welke prijs (...) De aard en de frequentie van het vooroverleg werd voornamelijk bepaald door de hoeveelheid opdrachten die in aanbesteding werden vergeven en niet door de specifieke sector of de bereidheid van de betrokken ondernemingen om tot vooroverleg te komen (...) Echter daar waar sprake was van aanbestedingen werd in het overgrote deel van de gevallen deelgenomen aan vooroverleg."
55. Imtech verklaart in dit verband voorts⁵²: "De [hierboven beschreven] gang van zaken tijdens het vooroverleg betreft uiteraard een algemeen beeld. Er waren weliswaar tot op zekere hoogte verschillen in

⁴⁷ 3150/762, p. 00041009000191.

⁴⁸ 3150/911, p. 00038017000045.

⁴⁹ 3150/822.

⁵⁰ 3150/388, p. 00090003000002.

⁵¹ 3150/443, p. 00043008000003, -4.

⁵² 3150/443, p. 00043008000008.

de tijd, per regio en per sector, maar omdat de meeste van de grote bedrijven als GTI, Stork, BAM, Wolter & Dros/Croon en ook veel kleinere bedrijven als Kropman, Burgers, Unica, Buitendijk de Groot, Homij en nog vele anderen, in alle regio's en gedurende een lange periode in praktisch gesproken alle genoemde sectoren (Utiliteit, Infra en Industrie) actief waren, was er sprake van één cultuur. (...) Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de gang van zaken in het vooroverleg in alle regio's en sectoren sterk verwant was en dat ook de gebruikte terminologie (bijvoorbeeld de "economisch verantwoorde prijs" en "gemiddelde met verstand") op diverse punten gelijk was."

56. Imtech heeft voorts verklaard dat in het geval van aanbestedingen in praktisch alle gevallen Vooroverleg plaatsvond. Dit blijkt uit de volgende verklaring van Imtech⁵³: "Het was echter zo dat wanneer een opdrachtgever meerdere partijen uitnodigde tot het doen van een offerte in praktisch gesproken alle gevallen vooroverleg plaatsvond".
57. Stork heeft verklaard⁵⁴: "De uitkomsten van het interne onderzoek wijzen veeleer in de richting van het bestaan van een cultuur die in feite bestond binnen de hele bouwkolom en die een historische achtergrond heeft (...)."
58. Voorts heeft Stork verklaard⁵⁵: "Als er een werk was, vond normaliter overleg over de verdeling daarvan plaats."
59. Batenburg heeft verklaard⁵⁶: "Zo is ons gebleken dat het principe van vooroverleg veelvuldig en wijdverbreid is toegepast in de installatiebranche."
60. Door de Deelnemende ondernemingen werd het onmogelijk, althans zeer moeilijk, bevonden om (individueel) te stoppen met het voeren van Vooroverleg.
61. In dit verband heeft Stork het volgende verklaard⁵⁷: "Uiteindelijk bleef het systeem in stand doordat niemand er individueel uit kon stappen. Iedereen vreesde dat de rest van de markt het hem moeilijk zou maken als hij individueel zou stoppen met vooroverleg. Zo bestond algemeen de vrees dat andere ondernemingen de onderneming die zich aan het vooroverleg onttrok, zouden "droogzetten", hetgeen betekende dat zij ervoor zouden zorgen dat de betreffende onderneming geen werk meer zou krijgen. Ook konden zij ervoor zorgen dat de onderneming die zich aan het vooroverleg onttrok, uitsluitend nog de minder aantrekkelijke projecten zou verkrijgen."
62. Andere clementieverzoekers hebben dit in soortelijke bewoordingen bevestigd.⁵⁸ In samenhang met al hetgeen hiervoor is weergegeven, bevestigt dit de conclusie dat het Vooroverleg zeer veelvuldig heeft plaatsgevonden in de installatiesector.

⁵³ 3150/445, p. 00043010000014. Zie tevens p. 00043010000019, -24, -48 en -81.

⁵⁴ 3150/465, p. 00042007000009.

⁵⁵ 3150/465, p. 00042007000011.

⁵⁶ 3150/469, p. 00065004000002.

⁵⁷ 3150/1291.

⁵⁸ Burgers Ergon 3150/1073; Imtech 3150/445, p. 00043010000011, -61, -75, 3150/446, p. 00043011000003 en 3150/1294; GTI 3150/762, p. 00041009000042.

5.4 Vooroverleg

5.4.1 Doel van Vooroverleg

63. De Deelnemende ondernemingen hebben door middel van het voeren van Vooroverleggen het gemeenschappelijk doel gehad om voorafgaande aan de inschrijvingen op aanbestedingen van Installatiewerken in Nederland werken onderling te verdelen alsmede het inschrijfgedrag af te stemmen. Dit blijkt onder meer⁵⁹ uit de hiernavolgende bewijsmiddelen:
64. KVWS heeft schriftelijk verklaard dat het doel van Vooroverleg is⁶⁰: *“Kort gezegd betreft het marktverdelingsafspraken en prijsafspraken in het kader van aanbestedingen. Het primaire doel van deze afspraken was met name het verdelen van opdrachten.”*
65. Bovenstaande wordt bevestigd door TBI (HVL)⁶¹: *“De overtredingen betreffen afspraken tussen de in bijlagen 2, 3 en 4 vermelde ondernemingen die waren gericht zowel op de vaststelling van prijzen als op een evenwichtige verdeling van de beschikbare productiecapaciteit met betrekking tot elektrotechnische en werktuigbouwkundige installaties die in Nederland zijn aanbesteed in de periode van 1 januari 1998 tot in de tweede helft van het jaar 2002.”*
66. Ook de schriftelijke verklaring van W.F. van Galen BV (hierna: W.F. van Galen) geeft dit aan⁶²: *“Overleg om te komen tot een evenredige verdeling van werk tegen marktconforme prijzen.”*
67. Imtech heeft in dit verband verklaard⁶³: *“Het systeem van vooroverleg had tot doel om tot een gelijkmatig verdeeld aanbod van werk te komen (...).”*

5.4.2 Inrichting van Vooroverleg

68. Zoals hiervoor is vastgesteld zag het Vooroverleg op werkverdeling en het afstemmen van het inschrijfgedrag. In beginsel werd daartoe tijdens Vooroverleg, kort gezegd, de gegadigde bepaald, de inschrijfprijs waartegen de gegadigde zou inschrijven alsmede de onderlinge “claims” (zie

⁵⁹ Zie in dit verband tevens Polman 3150/819; ULC Elektra 3150/802; ULC Verwarming 3150/861; Van der Linden Groep 3150/822; Alewijnse 3150/449; Batenburg 3150/466, 3150/470 ev.; Schulte & Lestraden 3150/388, p. 00090003000001; Kuipers 3150/829 en 3150/1038; Burgers Ergon 3150/383, p. 00196001000008; Steegman 3150/955; Van Dorp 3150/836, p. 00044005000001; Verkerk 3150/864, p. 00144001000001; Imtech 3150/445, p. 00043010000054; Stork 3150/465, p. 00042007000004 en -5; GTI 3150/762, p. 00041009000008.

⁶⁰ 3150/903, p. 00035010000393.

⁶¹ 3150/918, p. 00039031000003. Zie ook TBI (Eekels) 3150/917, p. 00039029000002; TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000002; TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000003 en TBI (Wolter & Dros) 3150/923, p. 00039042000002.

⁶² 3150/784.

⁶³ 3150/443, p. 00043008000013.

randnummer 22). In de praktijk waren diverse variaties mogelijk om de gegadigde te bepalen en om de inschrijfprijs waartegen de gegadigde zou inschrijven vast te stellen.⁶⁴

69. In het hiernavolgende wordt de inrichting van het Vooroverleg, zoals dat uit de bewijsmiddelen blijkt en in beginsel werd gevolgd, behandeld. In dit verband zal aan de orde komen: (I) het bijeenkomen van de Deelnemende ondernemingen voor een Vooroverleg, (II) het tijdens het Vooroverleg afstemmen van het inschrijfgedrag, (III) het tijdens het Vooroverleg bepalen van de gegadigde en (IV) de mogelijkheid tot het "afclaimen" van de gegadigde.

5.4.3 Bijeenkomen Deelnemende ondernemingen

70. Uit verschillende schriftelijke verklaringen van clementieverzoekers blijkt dat het bijeenroepen van de deelnemers voor een Vooroverleg willekeurig gebeurde door één van de belanghebbende ondernemingen, meestal degene die verwachtte aan de beurt te zijn voor het werk of anderszins een sterke voorkeur had voor het werk. Voorts blijkt uit die verklaringen dat de ondernemingen bij elkaar kwamen op een van tevoren afgesproken locatie. Dit kon een horecagelegenheid zijn of het kantoor van één van de ondernemingen. Het voorgaande blijkt onder meer⁶⁵ uit de onderstaande verklaringen.
71. Unica heeft verklaard⁶⁶: *"Een van de bedrijven nam het initiatief en belde de overige inschrijvende bedrijven om hen uit te nodigen voor deelname aan een vooroverleg. Het bijeenroepen verliep niet via een systeem maar geschiedde willekeurig door één van de belanghebbende partijen. Het vooroverleg vond meestal plaats in een openbare gelegenheid of op kantoor bij een van de deelnemende bedrijven."*
72. Dit wordt bevestigd door KVWS⁶⁷: *"Deelnemers aan een uitgeschreven aanbesteding probeerden met het oog op het organiseren van vooroverleg kort voor de aanbesteding met elkaar contact te zoeken. Het initiatief ging doorgaans uit van het bedrijf of de bedrijven met de grootste belangstelling voor het werk in kwestie."*
73. Imtech heeft het als volgt verwoord⁶⁸: *"Eén partij nam het initiatief tot het houden van vooroverleg. Wie dat was verschilde per situatie. In veel gevallen was het degene die het meeste belang bij het werk had. (...) De initiatiefnemer benaderde alle kandidaten met de vraag of zij wilden deelnemen aan het vooroverleg en nodigde hen uit op een bepaalde plaats en op een bepaald tijdstip bijeen te komen. Dat ging praktisch gesproken altijd telefonisch. Het onderzoek heeft aangetoond dat er niet een vaste plaats was, maar dat of in horecagelegenheden of bij de bedrijven zelf werd bijeengekomen."*

⁶⁴ GTI3150/1081. Zie ook 3150/762, p. 00041009000004; Stork 3150/1291.

⁶⁵ Zie tevens TBI (Eekels) 3150/917, p. 00039029000002-3; TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000003-4; TBI (HVL) 3150/918, p. 00039031000004; TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000002-3; TBI (Wolter & Dros) 3150/923, p. 00039042000004; Imtech 3150/443, p. 00043008000005, 3150/445, p. 00043010000006, -11, -16, -25, -32, -36, -38, -43, -47; KVWS 3150/903, p. 000350100000395; Stork 3150/465, p. 000420070000011, -97.

⁶⁶ 3150/337.

⁶⁷ 3150/903, p. 000350100000395.

⁶⁸ 3150/443, p. 00043008000005. Zie ook 3150/445, p. 00043010000006 en -11.

74. Er waren diverse bronnen die de ondernemingen konden benaderen teneinde te achterhalen wie de mede-inschrijvers voor een bepaald werk waren. Op basis van diverse verklaringen staat vast dat de namen van mede-inschrijvers konden worden achterhaald via de leveranciers van materialen, via de inlichtingendagen waarvoor de ondernemingen door de opdrachtgever waren uitgenodigd, via de Savi⁶⁹ bij wie veelal bekend was wie de mede-inschrijvers waren voor het betreffend werk en/of via adviseurs of opdrachtgevers.⁷⁰

5.4.4. Afstemmen inschrijfgedrag

75. Tijdens het Vooroverleg werd in het algemeen eerst de inschrijfprijs vastgesteld en daarna werd de gegadigde bepaald. Met betrekking tot de inschrijfprijs legden de aanwezige ondernemingen in beginsel eerst hun eigen gecalculeerde prijzen bedekt op tafel, dat wil zeggen onzichtbaar voor elkaar. Vervolgens werd afgesproken welke methodiek gehanteerd zou worden om onderling de inschrijfprijs van de gegadigde vast te stellen waarvoor het werk gemaakt zou dienen te worden.⁷¹ Er waren verschillende varianten mogelijk om de inschrijfprijs van de gegadigde vast te stellen.
76. Bovenstaande blijkt onder meer⁷² uit de verklaringen van de volgende clementieverzoekers:
77. TBI (Eekels) heeft over de bepaling van de prijs verklaard⁷³: *“In de voorbespreking werd in de eerste plaats een voorzitter aangewezen, en vervolgens werd onder leiding van de voorzitter gesproken over wat in de ogen van de deelnemers de prijs voor het werk zou moeten zijn mede met het oog op de bijzondere aan het project verbonden risico's en de kwaliteit van het bestek. Voor dat doel legde iedere deelnemer aan het overleg aanstonds na opening van de vergadering in opdracht van de voorzitter een (gesloten) briefje op tafel, waarop hij de prijs had opgeschreven waarvoor hij het werk op basis van zijn eigen calculatie zou willen maken. Op basis van de briefjes werd vervolgens gesproken over de vaststelling van een economisch verantwoorde prijs d.w.z. de prijs waarvoor het werk in redelijkheid zou kunnen worden uitgevoerd. (...) Voor wat betreft de wijze van vaststelling van de economisch verantwoorde prijs was voor het overige geen sprake van een vast patroon. Het kon de laagste of de naast hogere dan wel een nog hogere prijs zijn doch ten hoogste de middelste prijs dan wel het gemiddelde van alle prijzen die op tafel waren gelegd. Welke prijs als economisch verantwoord werd gekwalificeerd, was het resultaat van een onderhandelingsproces. Dat het overleg resulteerde in de laagste “tafelprijs”, kwam slechts bij uitzondering voor. In de meeste gevallen was het de naast hogere prijs, en in geval van een werk met hoge risico's de middelste prijs of het gemiddelde van alle “tafelprijzen”. In dat geval werden voor de berekening van de gemiddelde prijs wel eens de hoogste en de laagste inschrijving geëlimineerd, maar dat was geen regel.”*

⁶⁹ Savi staat voor Stichting Aanbestedingsvraagstukken Installatiewerken en is een brancheorganisatie. Savi is ontstaan uit een fusie van de CBVI en de VEVA.

⁷⁰ Unica 3150/337; KVWS 3150/903, p. 0003501000395; TBI (Eekels) 3150/917, p. 00039029000003; TBI (HVL) 3150/918, p. 00039031000004; TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000003; TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000004; TBI (Wolter & Dros) 3150/923, p. 00039042000003; Burgers Ergon 3150/1073; Imtech 3150/443, p. 00043008000005, 3150/445, p. 00043010000011, -14, -25, -32, -43, -48, -71, -81; GTI 3150/762, p. 00041009000008, -46, -190; Stork 3150/465, p. 00042007000081, -83, -102.

⁷¹ Deze prijs werd door de deelnemers ook wel aangeduid als de economisch verantwoorde prijs of de systeemprijs.

⁷² Unica 3150/841, p. 39510010000003; KVWS 3150/903, p. 00035010000395; Kuijpers 3150/1038; Burgers Ergon 3150/1073; Stork 3150/465, p. 000420070000073, -81, -83, -90, -102, -111, -119; GTI 3150/762, p. 000410090000045, -122, -200.

⁷³ 3150/917, p. 00039029000003. Zie ook TBI (HVL) 3150/918, p. 00039031000004 en -5, TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000003 en TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000004 en -5.

78. Dit wordt bevestigd door Van der Linden⁷⁴: *“Partijen legden gesloten briefjes op tafel waarop de benodigde uren en materialen inclusief de (economisch verantwoorde) prijs genoteerd stond waarvoor - naar het idee van die partij - het werk gemaakt zou moeten kunnen worden. (...) Vervolgens vond er overleg plaats over de vraag tegen welke prijs ingeschreven zou worden gebaseerd op de door elke partij ingediende prijs. Dit kon zijn de laagste of de gemiddelde.”*
79. Tevens wordt dit bevestigd door Imtech⁷⁵: *“(...) werd de deelnemers aan het vooroverleg gevraagd om op een briefje te schrijven wat de prijs was voor het werk. Dit werd in alle onderzochte sectoren de economisch verantwoorde prijs (EVP) genoemd. De economisch verantwoorde prijs was de kostprijs vermeerderd met een redelijke winstmarge. Die economische verantwoorde prijs was altijd het uitgangspunt voor het overleg. (...) Nadat de economisch verantwoorde prijs op een briefje werd geschreven en onder de spreekwoordelijke asbak werd gelegd, werd in het vooroverleg doorgaans besproken hoe men zou komen tot een gegadigde en de prijs waarvoor deze gegadigde het werk zou mogen maken. Er werd in dit stadium van het vooroverleg alleen procedureafspraken gemaakt. Voor wat betreft de prijs was een veel gebruikte methode “gemiddelde met verstand”. Dat wil zeggen dat het gemiddelde werd genomen van de door alle bij het vooroverleg aanwezige partijen opgeschreven economisch verantwoorde prijzen, maar dat bijvoorbeeld de hoogste en de laagste niet werden meegenomen met het gemiddelde. (...) Bij een ander groot deel van de vooroverleggen werd niet uitgegaan van een “gemiddelde met verstand” maar werd afgesproken dat de gegadigde het werk kon maken voor de één na laagste prijs of soms zelfs de laagste prijs (...) Nadat de procedure op de hiervoor beschreven wijze was vastgesteld, verliep het vooroverleg betrekkelijk snel. De briefjes gingen open. De systeemprijs waarvoor het werk zou worden gemaakt, kon vervolgens gemakkelijk worden uitgerekend.”*
80. De overige inschrijvers dienden tegen hogere prijzen in te schrijven dan de inschrijfprijs van de onderling vast te stellen gegadigde.⁷⁶ Immers, de gegadigde diende als laagste in te schrijven teneinde het werk gegund te krijgen van de opdrachtgever.⁷⁷ Dientengevolge werden ook afspraken gemaakt over de volgorde van inschrijving en/of de verschillen tussen de inschrijfprijzen van de andere ondernemingen.
81. TBI (Eekels) heeft in dit verband verklaard⁷⁸: *“Nadat de economisch verantwoorde prijs was vastgesteld, werd nog steeds zonder de naam van enige deelnemer aan een prijs te verbinden vastgesteld, wat de onderlinge verschillen tussen de in te dienen prijzen zouden moeten zijn.”*
82. Ook Kuijpers verklaart hierover⁷⁹: *“Met de laagste inschrijving als basis (100%) werden vervolgens afstanden ten behoeve van deze inschrijving bepaald.”*

⁷⁴ 3150/822.

⁷⁵ 3150/443, p. 00043008000006. Zie tevens 3150/445, p. 00043010000006, -12, -14, -17, -19, -26, -43, -47, -73.

⁷⁶ TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000004; TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000005.

⁷⁷ Zie ook randnummer 22.

⁷⁸ 3150/917, p. 00039029000003. Zie tevens TBI (HVL) 3150/918, p. 00039031000005; TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000003 en TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000005.

⁷⁹ 3150/1038.

Openbaar

83. Imtech bevestigt dit eveneens⁸⁰: *“Het laatste element van de procedureafspraken betrof de afstand tussen de laagste en de één na laagste, etcetera.”*
84. KVWS verklaart dat afgesproken werd in welke volgorde de ondernemingen zouden inschrijven⁸¹: *“Nadat dit systeem was vastgesteld en de tafelprijzen waren geopend, werd geverifieerd welke inschrijver de laagste tafelprijs had ingediend en werd vastgesteld in welke volgorde de overige deelnemers konden inschrijven. Deze volgorde werd veelal door loting bepaald.”*

5.4.5 Bepalen van de gegadigde

85. In het Vooroverleg werd een gegadigde aangewezen. Voor het bepalen van de gegadigde werden eveneens verschillende varianten toegepast. De gegadigde werd bepaald door loting dan wel op basis van de in het Vooroverleg vastgestelde prijs (zie hiervoor randnummers 75 tot en met 79). Dit blijkt onder meer⁸² uit onderstaande verklaringen van clementieverzoekers.
86. TBI (Eekels) heeft over de bepaling van de gegadigde verklaard⁸³: *“Ook op dat punt bestond geen vaste gedragslijn. In menig geval werd geloot. Ook was het mogelijk dat werd afgesproken dat diegene tegen de economisch verantwoorde prijs mocht inschrijven die in zijn briefje dat hij in het begin van het overleg op tafel had gelegd de economisch verantwoorde prijs had vermeld of de prijs die de economisch verantwoorde prijs het meest nabijkwam (...).”*
87. Dit wordt bevestigd door Van der Linden⁸⁴: *“Nadat zodoende de aanbiedingsprijs bepaald was, werd gezien wie als laagste zou inschrijven. Vaak werd dat door loting bepaald, soms werd gekeken wie het dichtste bij het gemiddelde inschrijfcijfer zat. Degene die was aangewezen om de opdracht te mogen uitvoeren diende vervolgens in te schrijven voor de prijs die (...) in onderling overleg was bepaald.”*
88. Ook Burgers Ergon bevestigt dit⁸⁵: *“Zodra overeenstemming was bereikt over de voorwaarden waaronder werd ingeschreven maakten alle deelnemers een eigen calculatie bekend. De deelnemer met de laagste prijs kreeg dan in beginsel het werk toebedeeld (werd kandidaat). Een andere manier waarop kandidatuur van een onderneming kon worden vastgesteld was door middel van loting.”*
89. Schulte & Lestraden bevestigt dat loting in ieder geval een methode was om de gegadigde te bepalen⁸⁶: *“In dit vooroverleg is steeds het vroeger van toepassing zijnde systeem van CBVI in de vergadering gehanteerd⁸⁷, en werd het loten als primair systeem gehandhaafd.”*

⁸⁰ 3150/443, p. 00043008000006. Zie tevens 3150/445, p. 000430100000007, -39, -73.

⁸¹ 3150/903, p. 00035010000395.

⁸² Zie tevens Imtech 3150/445, p. 000430100000007 en -12, -32, -36, -39, -43, -47, -73, -82; Stork 3150/465, p. 00042007000083, -90; GTI 31650/762, p. 00041009000045, -127, -268.

⁸³ 3150/917, p. 00039029000004. Zie ook TBI (HVL) 3150/918, p. 00039031000005; TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000004; TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000005.

⁸⁴ 3150/822.

⁸⁵ 3150/1073.

⁸⁶ 3150/388, p. 00090003000006.

⁸⁷ Hier wordt verwezen naar een gereguleerde vorm van vooroverleg dat tot in 1992 heeft gegolden in de installatiesector in Nederland. Deze regeling werd gecoördineerd door het Centraal Bureau voor de Verwarmingsindustrie (CBVI).

90. In afwijking van de hiervoor aangegeven methoden kwam het ook voor dat wanneer de huisinstallateur⁸⁸ van de opdrachtgever deelnam aan het Vooroverleg, deze huisinstallateur het verzoek deed aan de andere deelnemers om als gegadigde aangemerkt te worden. Dit werd meestal gerespecteerd door de andere deelnemers. Diverse clementieverzoekers hebben dit bevestigd.⁸⁹
91. TBI (HVL) heeft het volgende verklaard met betrekking tot het huisinstallateurschap⁹⁰: *“Het kon gebeuren dat een werk niet werd toegewezen op basis van de uitkomsten van het overleg, doch aan de “huisinstallateur” van de betrokken opdrachtgever werd toegestaan tegen de “meest gerede prijs”⁹¹ in te schrijven. De status van huisinstallateur was een positie die in de regel door de andere deelnemers werd gerespecteerd.”*

5.4.6 “Afclaimen”

92. Uit de hierna onder randnummers 95 tot en met 98 te beschrijven bewijsmiddelen blijkt dat wanneer was vastgesteld wie de gegadigde was, in beginsel één van de andere deelnemers aan het Vooroverleg deze gegadigde vervolgens kon “afclaimen”. “Afclaimen” houdt in dat op basis van “claims” die waren opgebouwd in eerdere Vooroverleggen, een ander dan degene die op basis van de vastgestelde prijs of via loting was aangewezen als gegadigde, de laagste inschrijving mocht doen teneinde het werk te kunnen verkrijgen (hierna: de “Nieuwe gegadigde”). De Nieuwe gegadigde diende dan in te schrijven tegen de prijs waarvan was vastgesteld dat de oorspronkelijke gegadigde deze zou hanteren.
93. Eveneens blijkt uit de bewijsmiddelen onder randnummers 95 tot en met 98 dat tijdens het Vooroverleg een “claim” werd berekend door het vastgestelde inschrijfbedrag (waarvoor de gegadigde diende in te schrijven) te delen door het aantal deelnemers aan het Vooroverleg. Dit bedrag werd als een “vordering”⁹² beschouwd van de deelnemers aan het Vooroverleg ten opzichte van de gegadigde of, indien was “afgeclaimd”, de Nieuwe gegadigde, aangezien de andere deelnemers aan het Vooroverleg op dat moment het werk aan zich voorbij lieten gaan. Deze “vordering” kon op een later moment, namelijk in een volgend Vooroverleg, worden ingezet door één van de deelnemers om zodoende het werk op dat moment naar zich toe te trekken. Dergelijke “claims” werden in geld uitgedrukt, maar het was niet de bedoeling dat het bedrag ook daadwerkelijk in geld werd uitgekeerd.⁹³ De “claims” konden door de deelnemers aan het Vooroverleg worden ingezet als instrument om Installatiewerken onderling te verdelen. Ter toelichting dient het hiernavolgende voorbeeld.

⁸⁸ Huisinstallateur wil zeggen de installateur die een bestaande relatie met de opdrachtgever heeft.

⁸⁹ Unica 3150/337; TBI (Eekels) 3150/917, p. 000390029000005; TBI (ATH) 3150/921, p. 0003904000005; TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000006; Steegman 3150/955; Imtech 3150/443, p. 00043008000007 en 3150/445, p. 00043010000007, -19, -37, -39; Stork 3150/465, p. 00042007000073, -81, -85, -97; GTI 3150/762, p. 00041009000122.

⁹⁰ 3150/918, p. 00039031000006.

⁹¹ Hiermee wordt hetzelfde bedoeld als de “economisch verantwoorde prijs”.

⁹² Deze terminologie wordt gehanteerd door de installatieondernemingen. Het gebruik van deze term in het rapport mag uitdrukkelijk niet worden begrepen als een bevestiging en/of kwalificatie van de juridische status ervan door de NMa.

⁹³ BAM Techniek 3150/1089; GTI 3150/1081; Stork 3150/465, p. 00042007000119 en 3150/1291; Schulte & Lestraden 3150/951; Imtech 3150/1294 en 3150/445, p. 00043010000047.

94. Onderneming X, Y en Z komen samen in Vooroverleg teneinde werk A te verdelen. De inschrijfprijs wordt tijdens het Vooroverleg bepaald op EUR 120.000. Onderneming X wordt door loting als gegadigde aangemerkt en mag in beginsel dus inschrijven voor EUR 120.000. Veronderstel dat onderneming Y op dat moment een "claim" op X heeft en dat die "claim" hoger is dan de "claim" die onderneming Z op onderneming X heeft. Onderneming Y kan het werk vervolgens "afclaimen". Onderneming Y zal diens gevolg in plaats van onderneming X inschrijven tegen EUR 120.000. Aangezien onderneming Y het werk naar zich toe heeft getrokken, krijgen onderneming X en Z vervolgens beide een "claim" op onderneming Y. Dit wordt berekend door EUR 120.000 te delen door het aantal deelnemers aan het Vooroverleg, in dit geval drie. Onderneming X en Z hebben dus een "vordering" van EUR 40.000 op onderneming Y. Deze "vordering", een "recht" op werk jegens Y, kan vervolgens door ieder afzonderlijk verder worden opgebouwd in volgende Vooroverleggen. Op een gegeven moment kan de opgebouwde "vordering" worden ingezet tegen onderneming Y, wanneer Y op basis van de procedure (randnummers 85 tot en met 91) als gegadigde wordt aangemerkt, zodat Y dan het werk aan zich voorbij moet laten gaan.
95. Unica heeft over het systeem van "afclaimen" als volgt verklaard⁹⁴: *"Eveneens onderdeel van de structuur is het systeem van omzetclaims. Tijdens de koffierondjes⁹⁵ bouwden de installateurs claims op, op basis van de prijs die een werk opleverde voor de gegadigde, gedeeld door het aantal inschrijvers. Indien bijvoorbeeld onderneming A de opdracht mocht maken, dan kregen ondernemingen B, C en D een claim op A die correspondeerde met 1/4 van de omzet van het desbetreffende werk. Deze claims konden B, C en D op een later tijdstip inzetten om van A te vorderen dat hij, ondanks een lager gecalculeerde inschrijfprijs, de opdracht aan zich voorbij zou laten gaan ten gunste van de houder van het claimrecht, die dan zou inschrijven tegen de prijs van A."*
96. Dit wordt bevestigd door Van der Linden⁹⁶: *"Wel werden onderling tegoeden of "vorderingen" opgebouwd en bijgehouden ten einde preferentie te kunnen claimen. Een onderneming verwierf een tegoed wanneer hij een opdracht niet verkreeg. Dat tegoed bedroeg de vastgestelde aanneemsom, gedeeld door het aantal deelnemers aan de inschrijving maar werd verder alleen als verrekenenheid gebruikt."* (...) *"Aangezien er (...) claimstanden werden bijgehouden kon na de bepaling van de gegadigde deze nog door een van de aanwezige partijen afgeclaimd worden indien zijn claimstand positief was ten opzichte van de oorspronkelijke gegadigde."*
97. Kuijpers verklaart hierover als volgt⁹⁷: *"Uit de projecten kwam een 'claim' op de opdrachtnemer van de mede-inschrijvers. Claimverrekening werd onderling bijgehouden: men moest een ander project "terug geven", ook tegen een economisch verantwoorde prijs. (...) Vervolgens bestond er de mogelijkheid om in het kader van werkverdeling het werk te "claimen". Hiertoe werd gekeken wie op de inschrijver met het gegadigde lot de grootste vordering had. Op deze manier werden rechten en plichten zo snel mogelijk afgebouwd en zo eerlijk en snel mogelijk verdeeld."*

⁹⁴ 3150/841, p. 395100100000003.

⁹⁵ Zie voetnoot 4.

⁹⁶ 3150/822.

⁹⁷ 3150/1038.

98. Ook Burgers Ergon bevestigt het bovenstaande⁹⁸: *“De deelnemer die de concurrentie had “afgeclaimd” deed dan het werk tegen de reeds (tijdens het vooroverleg) vastgestelde (laagste of op één na laagste) inschrijfprijs (ook wel de “tafelprijs” genoemd). (...) De overige deelnemers aan het vooroverleg die het werk niet deden, kregen een claim toegedeeld.”*
99. Op grond van de weergegeven verklaringen die bevestigd worden door gelijklopende verklaringen van andere clementieverzoekers⁹⁹ staat vast dat het onderling toekennen van “claims” en het op basis van onderlinge claimverhoudingen verdelen van Installatiewerken onderdeel uitmaakte van het Vooroverleg en dat het als instrument is gebruikt ten behoeve van werkverdeling.

5.5 Deelnemende ondernemingen aan het systeem van afstemming

100. Artikel 59, tweede lid, Mw verlangt dat wordt vastgesteld welke ondernemingen de overtreding hebben begaan. De NMa heeft onderzoek gedaan naar de deelname van ondernemingen. Dit onderzoek is verricht op basis van een aantal categorieën bewijsmiddelen waarover de NMa beschikt, en welke afkomstig zijn van clementieverzoekers die hebben verklaard aan het systeem van afstemming te hebben deelgenomen:
- a) clementieverklaringen en –formulieren;
 - b) schaduwadministraties;
 - c) overzichtlijsten met projecten waarover overleg heeft plaatsgevonden;
 - d) (handgeschreven) aantekeningen van Vooroverleg.
101. De in het vorige randnummer bedoelde bewijsmiddelen zijn door de NMa geordend. De gegevens uit het materiaal die zien op de deelnemers aan het systeem van afstemming en de werken zijn ingevoerd in overzichten waarin dwarsverbanden in het van verschillende bronnen afkomstige materiaal zichtbaar konden worden gemaakt. Uit dit onderzoek blijkt dat de gegevens 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.
102. Ten aanzien van de clementieverzoekers geldt dat deelname is vastgesteld aan de hand van hun eigen verklaring en bevestiging daarvan in één van de overige bewijsmiddelen waarover de NMa beschikt, zoals de verklaringen van andere clementieverzoekers of het schriftelijke bewijsmateriaal, zoals schaduwadministraties en notulen. Voor de clementieverzoekers die op de lijst in bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport staan vermeld geldt dat dit het geval is, en dat hun deelname bij het systeem van afstemming aldus bewezen is verklaard.
103. 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 [Vertrouwelijk] bij dit rapport, geldt het volgende. Onderzocht is welke van deze ondernemingen zijn

⁹⁸ 3150/1073.

⁹⁹ KVWS 3150/903, p. 00035010000395; TBI (Eekels) 3150/917, p. 000390290004; TBI (HVL) 3150/918, p. 00039031000005 en -6; TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000004; TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000004-6; Imtech 3150/443, p. 00043008000005 en -7, 3150/445, p. 00043010000007 en -12, -20, -32, -37, -39, -44, -52, -73, -82; W.F. van Galen 3150/770; ULC Elektra 3150/802; ULC Verwarming 3150/861; Schulte & Lestraden 3150/388, p. 00090003000006; Steegman 3150/955; Stork 3150/465, p. 00042007000083, -90, -103, -119; GTI 3150/762, p. 00041009000046, -127, -200.

gemeld door twee of meer clementieverzoekers die elk opgave hebben gedaan van de identiteit van andere ondernemingen die deelnemer zijn geweest aan Vooroverleg met betrekking tot Installatiewerken. Voorts is onderzocht of deze verklaringen worden bevestigd in de overige hierboven genoemde gegevens, zie randnummer 100. Indien de verklaringen worden bevestigd door twee of meer (andere) schriftelijke en/of digitale bewijsmiddelen, is deelname bewezen verklaard. Voor de overige ondernemingen, niet zijnde clementieverzoekers, die op de lijst in bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport staan vermeld geldt dat dit het geval is, en dat hun deelname bij Vooroverleg op basis van meerdere onafhankelijke bewijsmiddelen aldus is vastgesteld.

104. De frequentie van deelname aan Vooroverleggen is op zichzelf genomen niet bepalend voor de vaststelling van de deelname aan het systeem van afstemming. Immers, bij hetgeen in de randnummers 102 en 103 is vermeld, dient te worden bedacht dat deelname door een onderneming aan Vooroverleggen, hoe weinig frequent of onregelmatig ook, tot gevolg heeft dat in relatie tot de andere deelnemers aan het systeem "schulden" en "vorderingen" worden opgebouwd door de deelnemende onderneming. Deze "schulden" en "vorderingen" werken door bij afstemming over andere (toekomstige) werken (zie hiervoor randnummers 29 tot en met 35).
105. Uit verklaringen van clementieverzoekers blijkt dat er ook buitenlandse ondernemingen hebben deelgenomen aan het hierboven beschreven systeem van afstemming voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken.
106. Imtech heeft verklaard¹⁰⁰: *"Ook buitenlandse partijen, met name Belgische deden mee aan het vooroverleg in Nederland."*
107. Stork heeft verklaard¹⁰¹: *"Hieruit wordt wel duidelijk dat een groot aantal grote én kleine, binnen- en buitenlandse partijen bij het overleg betrokken waren."*
108. GTI heeft verklaard¹⁰²: *"Buitenlandse ondernemingen zoals Ponticelli, Babcock en Abay onttrokken zich evenmin aan het vooroverleg, wanneer zij op de Nederlandse markt actief waren."*
109. Voorts blijkt uit bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport dat buitenlandse ondernemingen deelnamen aan het systeem van afstemming ter zake van installatieactiviteiten. Bijlage 1 is opgesteld op basis van meerdere onafhankelijke bewijsmiddelen die elkaar bevestigen en versterken. Het betreft met name ondernemingen uit België.

5.6 Duur van het systeem van afstemming

110. Op grond van artikel 59, tweede lid, Mw dient de duur van de overtreding te worden vastgesteld in het rapport.
111. Uit verklaringen van clementieverzoekers blijkt dat het systeem van afstemming al vóór 1 januari 1998 werkzaam was.¹⁰³ Opgemerkt wordt dat de sanctiebevoegdheid van de NMa ten aanzien van

¹⁰⁰ 3150/443, p. 00043008000004. Zie tevens 3150/445 p. 00043010000048 en -73.

¹⁰¹ 3150/465, p. 00042007000006.

¹⁰² 3150/762, p. 00041009000004. Zie tevens 00041009000121.

artikel 6 Mw zich niet uitstrekt op mededingingsbeperkende gedragingen die hebben plaatsgevonden in de periode vóór 1 januari 1998. Derhalve zijn gedragingen uit dat tijdvak niet in dit rapport opgenomen.

112. Op grond van verklaringen van clementieverzoekers alsmede het schriftelijke en digitale bewijsmateriaal staat, wat de duur van de overtreding betreft, vast dat het in onderhavige rapport omschreven systeem van afstemming voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland in elk geval in de periode 1 januari 1998 tot en met december 2001 heeft bestaan.
113. BAM heeft verklaard¹⁰⁴: *“Het geheel maakt duidelijk dat bij openbare of onderhandse bestedingen van opdrachten in de installatiesector in brede zin op grote schaal en structureel afspraken zijn gemaakt ter verdeling van projecten en werken, waarbij ook prijsafspraken niet zijn geschuwd. Zulks heeft plaatsgevonden in de periode vanaf 1 januari 1998 tot (wat betreft BAM Techniek) eind 2001.”*
114. Van der Linden heeft verklaard¹⁰⁵: *“De overtredingen waarvoor dit verzoek om clementie wordt gedaan betreffen afspraken en/of afstemming tussen Van der Linden, (...) enerzijds, en de ondernemingen die in het formulier zijn genoemd, anderzijds, ter verdeling van opdrachten in de sector elektrotechnische installatie in zuidoost Nederland, in de periode 1 januari 1998 tot eind 2001.”*
115. Imtech bevestigt de periode van in elk geval 1 januari 1998 tot en met december 2001¹⁰⁶: *“Het onderzoek dat door Imtech N.V. is verricht, heeft laten zien dat binnen de installatietechniek in de sectoren Utiliteit, Industrie en Infra gedurende de gehele periode vanaf 1 januari 1998 tot begin 2002 een cultuur heeft geheerst van vooroverleg.”*
116. Batenburg heeft verklaard¹⁰⁷: *“Wij kunnen u meedelen dat uit het door de directie van Batenburg Beheer N.V. ingestelde interne onderzoek is gebleken dat vier van onder installatiebedrijven (...) in de periode 1998-2002, met een enkel geval begin 2002, in voorkomende gevallen hebben deelgenomen aan handelingen gericht op werkregulering bij het verkrijgen van opdrachten uit aanbestedingen.”*
117. Andere clementieverzoekers bevestigen eveneens de periode van in elk geval in 1 januari tot en met december 2001.¹⁰⁸

¹⁰³ Schulte & Lestrade 3150/388, p. 00090003000002; Imtech 3150/445, p. 00043010000075; Unica 3150/337; TBI (Wolter & Dros) 3150/923, p. 00039042000002.

¹⁰⁴ 3150/911, p. 00038017000045, zie voorts 00038017000047.

¹⁰⁵ 3150/822, die voorts Van Dorp, 3150/836, 00044005000012.

¹⁰⁶ 3150/443, p. 00043008000004.

¹⁰⁷ 3150/446, 39510280000001.

¹⁰⁸ Zie ULC Elektra 3150/802, ULC Verwarming 3150/861, GTI 3150/762, 00041009000004, Stork, 3150/465, p. 00042007000004, TBI (HVL), 3150/918, p. 00039031000003, TBI (Eekels) 3150/917, p. 00039029000002, TBI (ATH) 3150/921, p. 00039040000002, TBI (Croon) 3150/922, p. 00039041000003, TBI (Wolter & Dros) 3150/923, p. 00039042000002, Kuijpers 3150/1038, Unica 3150/841, p. 39510010000005, Verkerk 3150/864, p. 00144001000001.

5.7 Geografisch gebied waarbinnen het systeem van afstemming plaatsvond

118. 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 Installatiewerken werden aanbesteed en uitgevoerd.
119. In dit verband wordt in aanmerking genomen dat met name de grote multidisciplinaire clementieverzoekers in heel Nederland actief zijn. Voorts wordt in aanmerking genomen dat de vestigingsplaatsen van de clementieverzoekers verspreid zijn over heel Nederland en hetzelfde geldt voor de door de vestigingsplaatsen van de door de clementieverzoekers genoemde ondernemingen.
120. Unica¹⁰⁹ heeft over het geografisch gebied waarbinnen het systeem van afstemming plaatsvond verklaard: *"In ieder geval kwam het structureel gehanteerde systeem van afstemmingen (prijvaststelling en verdeling) per project en het, daarmee onverbrekkelijk samenhangend, systeem van claims in alle regio's van Nederland voor."*
121. GTI bevestigt dit in haar verklaring¹¹⁰: *"De overtredingen betreffen het structureel en op grote schaal afspraken maken ter verdeling van projecten en werken, waarbij ook prijsafspraken zijn gemaakt, tussen honderden ondernemingen werkzaam in de installatiebranche in brede zin in geheel Nederland in de periode vanaf 1 januari 1998 tot en met 2002."*
122. Stork heeft dit bevestigd¹¹¹: *"De (...) overtredingen betreffen de afspraken die met tal van ondernemingen in de installatiebranche zijn gemaakt met het oog op de verdeling van projecten en werken voor de markt in Nederland in de periode 1 januari 1998 tot en met 2002."*
123. Imtech heeft verklaard¹¹²: *"(...) praktisch gesproken alle in Nederland actieve partijen hebben deelgenomen aan deze cultuur van vooroverleg."*
124. Koninklijke Volker Wessel Stevin NV (hierna: KVWS) heeft verklaard¹¹³: *"Het (...) betreft afspraken/afstemming tussen nagenoeg alle grote en middelgrote ondernemingen die in Nederland actief zijn in de installatiemarkt."*
125. Dat het Vooroverleg in geheel Nederland voorkwam wordt bevestigd door andere clementieverzoekers.¹¹⁴

¹⁰⁹ 3150/846.

¹¹⁰ 3150/762, p. 000410090000004.

¹¹¹ 3150/465, p. 000420070000004.

¹¹² 3150/443, p. 000430080000004.

¹¹³ 3150/903, p. 00035010000393.

¹¹⁴ Zie onder meer U LC Elektra 3150/802, ULC Verwarming 3150/861; Schulte & Lestraden 3150/400, p. 000900160000009; Burgers Ergon 3150/383, p. 00196001000010; TBI (HVL) 3150/918, p. 000390310000003, TBI (ATH) 3150/921, p. 000390400000002; TBI (Croon) 3150/922, p. 000390410000003.

126. Op grond van het bovenstaande staat vast dat het hierboven omschreven systeem van afstemming voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken plaatsvond en werd toegepast in geheel Nederland.

5.8 Conclusie naar aanleiding van de feiten en omstandigheden

127. Op grond van het bovenstaande staat vast dat de Deelnemende ondernemingen bij het verwerven van opdrachten met betrekking tot installatiewerkzaamheden in Nederland in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 in wisselende samenstelling deel hebben genomen aan Vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland. De afzonderlijke Vooroverleggen per aanbesteding van Installatiewerken in Nederland hingen met elkaar samen en vormden samen één systeem van afstemming. Het gemeenschappelijk doel van deze gedragingen van de ondernemingen was het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland.
128. Ten aanzien van de in bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport genoemde ondernemingen staat op grond van de bovengenoemde gegevens vast, dat deze ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 hebben deelgenomen aan het bovengenoemde systeem van afstemming met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland.

6 Beoordeling

6.1 Artikel 6, eerste lid, Mw

129. 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 Mw sluit artikel 6, eerste lid, Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.¹¹⁵

6.2 Ondernemingen

130. De in bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport genoemde ondernemingen waren ten tijde van de gedragingen waarop dit rapport betrekking heeft, alle actief op het gebied van Installatiewerken. Zij oefenden daarmee onmiskenbaar economische activiteiten uit en namen deel aan het economische verkeer. Al deze ondernemingen zijn voor dit rapport derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

¹¹⁵ MvT Mw, Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 61.

6.3 Overeenkomst en/of onderling afgestemd feitelijk gedrag

131. 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.¹¹⁶
132. 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 potentiële concurrent of de kennisgeving aan zo'n concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag.¹¹⁷ 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.¹¹⁸
133. 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.¹¹⁹ 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.¹²⁰
134. Een kartel kan daarom worden beschouwd als één enkele voortdurende inbreuk voor de duur van zijn bestaan. De gedragingen binnen een kartel kunnen in de loop van de tijd variëren. Nieuwe ondernemingen kunnen aan de gedragingen deelnemen en andere ondernemingen kunnen besluiten deze te beëindigen. De mogelijkheid dat één of meer elementen van een geheel van handelingen of van een duurzaam gevolgde gedragslijn, afzonderlijk en op zichzelf een schending van artikel 6, eerste lid, Mw kunnen vormen, doet hieraan niet af.¹²¹
135. 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.¹²² Derhalve kan een dergelijke overtreding als een

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries vs Commissie, Jur. 1972, p. 619, r.o. 64.

¹¹⁹ HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni 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 Federatie Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie B.V. vs Commissie, n.n.g., r.o. 372.

¹²⁰ 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 Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 77 en 82, 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.

¹²¹ 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.

¹²² HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P, Anic Partecipazioni 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.

overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gekwalificeerd, zonder dat gelijktijdig en cumulatief hoeft te worden bewezen dat elk van de feitelijke bestanddelen zowel de karakteristieken van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertoont.¹²³

136. In het geval van langdurige kartels, hoeft 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 het plan inclusief uitvoeringshandelingen in algemene zin als een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw worden gekwalificeerd.¹²⁴
137. De omstandigheid dat dit gemeenschappelijk doel in de onderhavige zaak 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. Bij opvolgende Vooroverleggen werden immers stelselmatig vergelijkbare afspraken gemaakt in het kader waarvan door de Deelnemende ondernemingen onderlinge "claims" werden opgebouwd, die vervolgens bij toekomstige Vooroverleggen konden worden ingezet. Om die reden 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.
138. 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 onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland. Al deze gedragingen tezamen moeten worden gezien als één 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.
139. Gezien het complexe en voortdurende karakter van deze inbreuk, waarbij de Deelnemende ondernemingen, in wisselende samenstelling, gedurende een aantal jaren een systeem van afstemming hebben gehanteerd voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland, moeten deze gedragingen tezamen worden gezien als één voortgezette gedraging en hoeft deze niet gekwalificeerd te worden als uitsluitend een overeenkomst of onderling afgestemd feitelijk gedrag.¹²⁵
140. 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

¹²³ GvEA EG 24 oktober 1991, zaak T-1/89, Rhône-Poulenc SA vs Commissie, Jur. 1991, p. II-867, r.o. 127.

¹²⁴ Beschikking van de Commissie van 21 november 2001, Vitaminen, PbEG 2003 L6/1, ov. 558 en beschikking van de Commissie van 21 oktober 1998, Voorgeïsoleerde buizen, PbEG 1999 L 24/1, ov. 133.

¹²⁵ 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.

onwettige gedragingen van de andere deelnemers kende of deze redelijkerwijs had kunnen voorzien of kennen, en bereid was het risico te aanvaarden.¹²⁶

141. 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.¹²⁷
142. 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 leidt op zijn minst tot passieve deelname aan de inbreuk waarvoor de onderneming in het kader van één enkele inbreuk aansprakelijk kan worden gesteld.¹²⁸
143. Bovenvermelde inbreuk is noodzakelijkerwijs het uitvloeisel van een samenwerking van de Deelnemende ondernemingen, die alle medeplegers van de inbreuk zijn, maar wier individuele deelname verschillende vormen kan hebben afhankelijk van bijvoorbeeld de positie van elke onderneming in de installatiesector. 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 de aansprakelijkheid voor gedragingen die in feite door andere Deelnemende ondernemingen zijn begaan, maar die hetzelfde mededingingsbeperkende doel of gevolg hebben.¹²⁹
144. Bij de onderhavige inbreuk doet de mate van betrokkenheid niet af aan de aansprakelijkheid van alle Deelnemende ondernemingen voor het instandhouden van het systeem van afstemming en de aansprakelijkheid voor de gehele inbreuk.¹³⁰ Alle ondernemingen waarvan vaststaat dat zij aan Vooroverleggen hebben deelgenomen, zijn deelnemer aan en aansprakelijk voor het instandhouden van het systeem van afstemming. Het is immers inherent aan het systeem van afstemming dat dit systeem blijft bestaan en voortduurt door het via Vooroverleggen voortdurend opbouwen van "claims" door de Deelnemende ondernemingen. Om het systeem van afstemming in stand te houden hoeft een onderneming niet bij elk Vooroverleg aanwezig te zijn geweest. Na deelname aan een Vooroverleg heeft een onderneming "schulden" dan wel "vorderingen" openstaan ten opzichte van andere daarbij aanwezige ondernemingen. Het systeem steunt op al deze ondernemingen, omdat de openstaande "schulden" en "vorderingen" doorwerken en dus gevolgen hebben voor toekomstige Vooroverleggen bij volgende aanbestedingen. Op grond van de in hoofdstuk 5 vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat iedere deelnemende onderneming op de

¹²⁶ HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni 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.

¹²⁷ 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.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 79 en 80.

¹³⁰ HvJ EG 15 oktober 2002, gevoegde zaken C-238/99 P e.a., Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a. vs Commissie, n.n.g., r.o. 518, HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 79, 80 en 88 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. 4027 en 4109.

hoogte was van het bestaan, de werking en het gemeenschappelijke doel van het systeem van afstemming en daaraan heeft deelgenomen. Ieder individueel Vooroverleg van de Deelnemende ondernemingen was gericht op het gemeenschappelijke doel, namelijk het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland.

145. Dat het Vooroverleg in wisselende samenstelling plaatsvond, dat derhalve niet iedere deelnemende onderneming aanwezig was bij elk afzonderlijk Vooroverleg, dat er tussen de Deelnemende ondernemingen verschil zat in de frequentie van aanwezigheid bij Vooroverleggen en dat sommige ondernemingen elkaar nooit zijn tegengekomen in Vooroverleggen doet er niet aan af dat sprake is van één voortdurende inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. Derhalve zijn Deelnemende ondernemingen, die alle hebben deelgenomen aan het systeem van afstemming en aan de verwezenlijking en instandhouding van de gemeenschappelijke doelstelling, aansprakelijk voor het geheel en derhalve aansprakelijk voor de werkverdeling en de afstemming van het inschrijfgedrag, die hebben plaatsgevonden ten aanzien van concrete aanbestedingen (mede)gepleegd door andere Deelnemende ondernemingen. Iedere onderneming waarvan de NMa de deelname aan het systeem van afstemming ter zake van installatieactiviteiten heeft aangetoond¹³¹, is derhalve voor de gehele duur van het systeem van afstemming aansprakelijk.
146. 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 genomen worden bij de sanctionering.¹³²
147. Op grond van de in hoofdstuk 5 vastgestelde feiten en omstandigheden en de bovenvermelde analyse in 6.3 staat vast dat ondernemingen deel hebben genomen aan een 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 afstemming met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland. Hun vorenbedoelde gedragingen hangen nauw met elkaar samen, er is sprake van één systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemd feitelijke 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.
148. Ten aanzien van de in bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport genoemde Deelnemende ondernemingen staat op grond van de in hoofdstuk 5 vastgestelde feiten en omstandigheden en de bovenvermelde analyse in 6.3 (en op grond van bewijsmiddelen die onafhankelijk van elkaar zijn gegeven en die elkaar bevestigen en verstevigen) vast dat deze ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 hebben deelgenomen aan het bovengenoemde systeem van afstemming met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen

¹³¹ Zie bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport voor de lijst van deze Deelnemende ondernemingen.

¹³² 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. 84 en HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 90.

van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland.

6.4 Verboden karakter van de gedragingen en afspraken

149. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst en/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.
150. Op grond van de in hoofdstuk 5 vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland, het gemeenschappelijke doel was van de gedragingen van de Deelnemende ondernemingen.
151. Afspraken en afstemming van gedragingen die naar hun aard de mededinging beperken, zoals het verdelen van de markt of het vaststellen van prijzen, zijn op grond van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag, en daarbij aansluitend artikel 6, eerste lid, Mw, verboden.¹³³
152. 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 inzake werkverdeling en het inschrijfgedrag bij aanbestedingen in strijd zijn met artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.¹³⁴
153. Het systeem van afstemming, met als doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland, vormt, gelet op de analyse in 6.3, één enkele voortgezette overtreding van de Deelnemende ondernemingen van artikel 6, eerste lid, Mw.
154. Gelet op het bovenstaande wordt vastgesteld, dat de onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van de Deelnemende ondernemingen in de periode januari 1998 tot en met december 2001 erop waren gericht de onderlinge, normaliter tussen hen bestaande, concurrentie ten aanzien van de verwerving van Installatiewerken in Nederland te beperken. Door het voortdurend hanteren van een systeem van werkverdeling en afstemming van inschrijfgedrag, hebben de Deelnemende ondernemingen derhalve ten aanzien van Installatiewerken in Nederland welbewust feitelijke samenwerking in de plaats gesteld van concurrentierisico's.¹³⁵
155. Wanneer concurrenten voorafgaand aan een aanbesteding afspraken maken met betrekking tot hun toekomstig inschrijfgedrag, is dit naar zijn aard in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.¹³⁶ Elke

¹³³ Zie bijvoorbeeld de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3/2, 6 januari 2001, paragraaf 18.

¹³⁴ Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), PbEG 1992 L92/1, o.a. ov. 136; zie ook CvEA 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.

¹³⁵ HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries vs Commissie, Jur. 1972, p. 619, r.o. 64.

¹³⁶ Zie beschikking van de Commissie, 21 oktober 1998, Voorgeïsoleerde buizen, PbEG 1999 L 24/1, ov. 165 en besluit op bezwaar van de d-g NMa van 17 december 2001, zaak 2414, Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf, ov. 31 en 32.

onderneming dient autonoom te bepalen wat zij als commercieel aantrekkelijk en haalbaar beschouwt, alsmede daaruit de consequentie voor haar eigen optreden te trekken.¹³⁷ Door voorafgaande aan de aanbesteding middels direct of indirect contact danwel overleg af te stemmen tegen welke prijs welke onderneming inschrijft, wordt afgezien van onafhankelijk optreden. Vanaf het moment waarop zij zich hebben voorgenomen om een prijsaanbieding te doen, hebben de Deelnemende ondernemingen afgezien van een dergelijk onafhankelijk optreden.¹³⁸

156. Gelet op het bovenstaande strekte het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland door de Deelnemende ondernemingen ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, te beperken.
157. 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.¹³⁹
158. Ten overvloede wordt gesteld dat de betrokken gedragingen (tevens) ten gevolge hebben dat de mededinging werd verhinderd, beperkt of vervalst. De opdrachten voor de uitvoering van Installatiewerken werden toegekend op basis van aanbestedingsprocedures waarbij het uitgangspunt was dat ondernemingen om de verkrijging van het werk zouden concurreren. Opdrachtgevers hebben in deze gevallen de rechtmatige verwachting gehad dat de ingediende offertes niet het resultaat waren van heimelijke afspraken tussen de inschrijvende ondernemingen. Ten aanzien van de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland is deze verwachting in ieder geval in de periode januari 1998 tot en met december 2001 ernstig geschonden, doordat de Deelnemende ondernemingen zeer veelvuldig onderlinge afspraken hebben gemaakt omtrent werkverdeling en inschrijfgedrag, waardoor de opdrachtgevers het kartel niet of nauwelijks hebben kunnen ontlopen.¹⁴⁰
159. 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 prijzen.¹⁴¹

6.5 Merkbaarheid

160. De onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen hebben geleid tot een merkbare mededingingsbeperking. Zoals aangegeven in randnummer 156 strekte het onderhavige systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot werkverdeling en afstemming van het inschrijfgedrag ter zake van installatieactiviteiten in Nederland ertoe de concurrentie te beperken en moeten de overeenkomsten

¹³⁷ Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), PbEG 1992 L92/1; zie ook 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.

¹³⁸ 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.

¹³⁹ HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 99.

¹⁴⁰ Zie beschikking van de Commissie, 21 oktober 1998, Voorgeïsoleerde buizen, PbEG 1999 L 24/1, ov. 165.

¹⁴¹ Zie besluit van de d-g NMa van 18 december 2003, zaak 2873, Noord-Holland Acht, ov. 303.

en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen derhalve in beginsel als merkbaar mededingingsbeperkend worden aangemerkt. Dit is alleen anders indien de betrokken gedragingen wegens de zwakke positie van de Deelnemende ondernemingen op de betrokken markt, de markt slechts in zeer geringe mate konden beïnvloeden. Is daarvan geen sprake, dan is een onderzoek naar de daadwerkelijke effecten niet noodzakelijk voor de vaststelling dat sprake is van overtreding van de mededingingsregels.¹⁴² Het is in dat geval aan de Deelnemende ondernemingen zelf om aan te tonen dat de betrokken gedragingen desondanks niet meer dan in geringe mate afbreuk (konden) doen aan de mededinging.

161. Gezien het feit dat in ieder geval alle grote(re) installatieondernemingen in Nederland 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 Installatiewerken in Nederland.

6.6 Beoordeling artikel 6, derde lid, Mw

162. Alvorens een definitief oordeel te geven over de strijdigheid met artikel 6, eerste lid, Mw dienen de onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen getoetst te worden aan het bepaalde in artikel 6, derde lid, Mw. Hierin is een wettelijke uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw opgenomen.
163. Het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland tussen concurrenten strekt er naar zijn aard toe de mededinging te beperken en wordt in de richtsnoeren van de Europese Commissie¹⁴³ 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.
164. De gedragingen die het onderwerp vormen van dit rapport verstoren de concurrentie in ernstige mate en benadelen de afnemers. Dergelijke gedragingen kunnen nooit tot een verbetering leiden van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang. De verdeling van werken beperkt de keuze waarover de afnemers beschikken en leidt tot hogere prijzen. Voorts draagt de verdeling van werken bij tot een vorm van zekerheid voor de Deelnemende ondernemingen die de concurrentie ernstig verstoort. Onzekerheid over het gedrag van concurrenten is bij uitstek een factor die aanzet tot innovatie en efficiency en daarmee de concurrentie normaliter bevordert.¹⁴⁴

¹⁴² HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69, *Conk vs Vervaecke*, Jur. 1969, p. 295, r.o.7, 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.

¹⁴³ 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, randnummer 25.

¹⁴⁴ Zie de Richtsnoeren horizontalen, randnummer 25 en het besluit van de d-g NMa van 25 juli 2003, zaak 3089, Penta Projectontwikkeling B.V., ov. 66.

165. Verder vormen de onderhavige gedragingen een evidente doorkruising van de aanbestedingsprocedures die de (EU)wetgever bindend heeft voorgeschreven voor overheidsopdrachtgevers en druisen onderhavige gedragingen dus in tegen hetgeen de (EU)wetgever met deze aanbestedingsprocedures heeft beoogd (zie randnummer 15 tot en met 19). Kenmerkend voor alle vormen van aanbesteding, dus ongeacht of deze zijn geïnitieerd door publieke of private opdrachtgevers, is immers het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders (i.c. installatieondernemingen) onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Het is evident dat de werking van de aanbesteding wordt verstoord door de werken vooraf onderling te verdelen. Er is geen sprake meer van de beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders om de gunst van de afnemer. Immers, waar voorheen de onderneming autonoom zou handelen, met andere woorden waar sprake is van individueel marktgedrag, strekken de onderhavige gedragingen er toe dat de prikkel om dat te doen verdwijnt, met andere woorden sprake is van collectief marktgedrag, waardoor werken niet tegen een zo laag mogelijke prijs worden gerealiseerd.¹⁴⁵
166. 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 onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland geen sprake kan zijn.
167. De onderhavige gedragingen leidden tot de onderlinge verdeling van werken en hadden als gevolg van het uitschakelen van de onderlinge concurrentie negatieve marktgevolgen voor de afnemers (i.c. de opdrachtgevers). Nu vast staat dat geen sprake is geweest van economische voordelen, zoals bedoeld onder de eerste ontheffingsvoorwaarde, konden deze ook niet aan de afnemers worden doorgegeven. Integendeel, de marktverdeling waarvan hier sprake is geweest, heeft de keuze waarover de afnemers beschikken en de prikkel voor de ondernemingen om scherp in te schrijven beperkt.¹⁴⁶
168. Opgemerkt wordt dat de vier voorwaarden voor de toepassing van de uitzonderingsregeling krachtens artikel 6, derde lid, Mw cumulatieve voorwaarden zijn en dat wanneer niet voldaan is aan één voorwaarde, a fortiori wanneer aan twee voorwaarden niet is voldaan, zoals in casu, een beroep op artikel 6, derde lid, Mw niet kan slagen.

Conclusie ten aanzien van artikel 6, derde lid, Mw

169. De onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland, voldoen niet aan de eerste en tweede voorwaarde, zoals neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw en komen derhalve niet in aanmerking voor de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 6, derde lid, Mw.

¹⁴⁵ Zie het besluit van de d-g NMa van 20 december 2002, zaak 231, Medicom Zes, ov. 74.

¹⁴⁶ 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.

6.7 Conclusie beoordeling artikel 6 Mw

170. Op grond van de bovenvermelde bewijsmiddelen staat vast dat ondernemingen deel hebben genomen aan overtreding van artikel 6 Mw door overeenkomsten te sluiten en/of hun gedrag structureel onderling af te stemmen door middel van het systeem van afstemming met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland. 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 6 Mw wordt aangemerkt. Er was derhalve sprake van een voortdurend proces van onderlinge afstemming hoe de ondernemingen zich ten aanzien van deze Installatiewerken jegens elkaar zouden gedragen of althans zich van een bepaald gedrag zouden onthouden.
171. Ten aanzien van de Deelnemende ondernemingen (zie bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport) 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 afstemming met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland.
172. Het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland door de Deelnemende ondernemingen strekt ertoe de mededinging in de zin van artikel 6 Mw, te beperken.

6.8 Beoordeling artikel 81 EG-Verdrag

173. 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.
174. Op grond van artikel 3, eerste lid van Verordening 1/2003¹⁴⁷ 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 welke 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.
175. Uit artikel 88 Mw vloeit de bevoegdheid voor de NMa voort om artikel 81 EG-Verdrag en artikel 82 EG-Verdrag toe te passen in overeenstemming met de uitvoeringsverordeningen op grond van

¹⁴⁷ PbEG 2003, L 1/1.

artikel 83 EG-Verdrag en 84 EG-Verdrag.

176. 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 129 tot en met 172 omdat toetsing aan artikel 81, eerste en derde lid, EG-Verdrag in dit 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.
177. Artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag kent echter nog het bijkomende vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten.¹⁴⁸ 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".¹⁴⁹ Deze beïnvloeding van de tussenstaatse handel dient daarnaast merkbaar te zijn.¹⁵⁰
178. 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 handelstromen tussen Lidstaten kan beïnvloeden.¹⁵¹ Voor de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht behoeft niet het bewijs te worden geleverd dat de overeenkomst of gedraging de tussenstaatse handel daadwerkelijk heeft beïnvloed.¹⁵² "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 zónder de overeenkomst of gedraging te verwachten viel.¹⁵³
179. Toepassing van het bovenstaande op de feiten in het onderhavige rapport, leidt tot de conclusie dat er sprake is van een effect op de tussenstaatse handel.
180. 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 Verdrag

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia e.a. vs. Commissie, Jur. 1985, p. 2545, r.o. 22.

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ 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.

¹⁵² GvEA EG 7 oktober 1999, zaak T-228/97, Irish Sugar, Jur. 1999, p. II-2969, r.o. 170.

¹⁵³ 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, randnummer 34.

beoogde economische vervlechting doorkruist.¹⁵⁴

181. Dit geldt des te meer in onderhavige zaak, aangezien - zoals ook al door de Europese Commissie bepaald in haar beschikking over de Nederlandse bouwsector¹⁵⁵, bevestigd door het Gerecht van Eerste Aanleg¹⁵⁶ - de markt voor Installatiewerken welke in een Lidstaat door de overheid of door particulieren worden aanbesteed, niet gereserveerd is, en ook niet gereserveerd mag zijn, voor uitsluitend de ondernemingen die in die Lidstaat zijn gevestigd. Voor werken die in opdracht van de overheid worden gerealiseerd geven de Europese aanbestedingsrichtlijnen, in het bijzonder de Richtlijn Werken¹⁵⁷ expliciet een verplichting om deze open te stellen voor ondernemingen uit de gehele Gemeenschap. Met name de openbare en de niet-openbare (met voorselectie) procedure zijn daarmee bij uitstek een middel voor buitenlandse bouwbedrijven om door te dringen op de Nederlandse markt.
182. Voorts kan de handel tussen Lidstaten bijvoorbeeld 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.¹⁵⁸
183. Aan de hand van de door clementieverzoekers ingediende verklaringen en ingediend bewijsmateriaal is geconstateerd dat sprake is geweest van één systeem van afstemming met één gemeenschappelijke doelstelling, te weten het onderling verdelen van werken en het bepalen van het inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland. Dit systeem van afstemming heeft plaatsgevonden en werd toegepast in geheel Nederland en bestreek derhalve het gehele grondgebied van Nederland.
184. Voorts hebben zich buitenlandse ondernemingen op meerdere Installatiewerken ingeschreven, dan wel waren zij in de gelegenheid zich hierop in te schrijven. Zoals blijkt uit de vastgestelde feiten (zie randnummers 105 tot en met 109) hadden de verboden gedragingen tot gevolg dat buitenlandse ondernemingen zich conformeerden aan de door de Nederlandse installatieondernemingen gehanteerde spelregels. Buitenlandse ondernemingen namen hierbij actief deel aan het systeem van afstemming.
185. Een en ander leidt ertoe dat er sprake was van een merkbaar (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

¹⁵⁴ HvJ EG 17 oktober 1972, zaak 8/72, Vereniging van Cementhandelaren vs Commissie, Jur. 1972, p. 991, zie voorts HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577, r.o. 95.

¹⁵⁵ Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), PbEG 1992 L92/1.

¹⁵⁶ CvEA 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.

¹⁵⁷ 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).

¹⁵⁸ 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.

hebben ontwikkeld indien geen sprake was van de concurrentiebeperkende gedragingen.

186. Daarnaast wordt vastgesteld dat deze potentiële invloed op de handel merkbaar was, aangezien het mededingingsbeperkende systeem het gehele Nederlandse grondgebied beslaat en er derhalve een landelijke dekking bestaat en gezien het feit dat de Deelnemende ondernemingen gezamenlijk een zeer sterke positie innemen ter zake de verwerving van Installatiewerken in Nederland.
187. 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.

6.9 Conclusie beoordeling artikel 81 EG-Verdrag

188. Op grond van de bovenvermelde bewijsmiddelen staat vast dat de Deelnemende ondernemingen deel hebben genomen aan overtreding van artikel 81 EG-Verdrag door overeenkomsten te sluiten en/of hun gedrag structureel onderling af te stemmen door middel van het systeem van afstemming met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland. 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 EG-Verdrag kan worden aangemerkt. Er was derhalve sprake van een voortdurend proces van onderlinge afstemming hoe de ondernemingen zich ten aanzien van deze Installatiewerken jegens elkaar zouden gedragen of zich van een bepaald gedrag zouden onthouden.
189. Ten aanzien van de in bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport genoemde ondernemingen staat op grond van bewijsmiddelen vast, dat deze ondernemingen hebben deelgenomen aan het systeem van afstemming in de periode januari 1998 tot en met december 2001 met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving, op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland.
190. Het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland door de Deelnemende ondernemingen strekt ertoe de mededinging in de zin van artikel 81 EG-Verdrag te beperken.

7 Conclusie

191. 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.

8 Toerekening

192. Krachtens artikel 1, onder f, Mw dient het in de Mw gehanteerde begrip "onderneming" op dezelfde wijze te worden gedefinieerd als het begrip "onderneming" in artikel 81 EG-Verdrag. Volgens de communautaire jurisprudentie omvat het begrip "onderneming" elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.¹⁵⁹
193. In de Memorie van Toelichting bij de Mw wordt gesteld dat in het geval van een groot industrieel concern de sanctiebeschikking veelal wordt gericht tot de holdingmaatschappij vanwege de algemene verantwoordelijkheid die een dergelijke maatschappij pleegt te hebben voor het reilen en zeilen van een concern.¹⁶⁰ Dit standpunt is in overeenstemming met de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg.¹⁶¹
194. Indien de moedermaatschappij of holding aan de overtreding deelnam, wordt aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor het gedrag van een groepsmaatschappij aangenomen.¹⁶²
195. In het onderhavige geval is vastgesteld dat de Deelnemende ondernemingen deelnamen aan de in dit rapport besproken inbreuk ter zake van Installatiewerken in Nederland. Indien meerdere rechtspersonen, behorend tot één groep van ondernemingen, die tot elkaar in concernverband staan, deelnemer zijn aan de inbreuk, dient deze groep als één onderneming te worden aangemerkt.¹⁶³
196. Het is in overeenstemming met de maatschappelijke en economische realiteit dat verschillende rechtspersonen, die in concernverband staan, in beginsel als een economische eenheid worden beschouwd. Een onderverdeling van een groep in verschillende rechtspersonen langs administratieve, geografische en/of productgrenzen is een kwestie van interne organisatie van de desbetreffende economische eenheid.¹⁶⁴ De NMa kan slechts rekening houden met dergelijke juridische indeling binnen één onderneming, indien en voor zover de desbetreffende moeder- of holdingmaatschappijen niet in staat zijn het commerciële gedrag van de dochtermaatschappij in kwestie te beïnvloeden.
197. Indien een groepsmaatschappij, haar eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, dient de groep waartoe beide maatschappijen behoren als één onderneming te worden beschouwd.¹⁶⁵ Uitsluitende zeggenschap van een moedermaatschappij in het kapitaal van een dochtermaatschappij vormt het belangrijkste criterium voor het vaststellen of een dochtermaatschappij niet werkelijk zelfstandig haar marktgedrag bepaalt en of haar gedragingen

¹⁵⁹ HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner & Elser, Jur. 1991, p. I-1979, r.o. 21.

¹⁶⁰ Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86.

¹⁶¹ GvEA EG 10 maart 1992, zaak T-11/89, Shell vs Commissie, Jur. 1992, p. II-757, r.o. 311-315 en GvEA EG 14 mei 1998, zaak T-352/94, Mo och Domsjö vs Commissie (Karton), Jur. 1998, p. II-1989, r.o. 87-95.

¹⁶² Beschikking van de Commissie van 13 juli 1994, Karton, PbEG 1994 L 243/1, ov. 143.

¹⁶³ Beschikking van de Commissie van 13 juli 1994, Karton, PbEG 1994 L 243/1, ov. 140-143, beschikking van de Commissie van 20 december 2001. Zelfkopiërend papier, PbEG 2004, L 115/1, ov. 357.

¹⁶⁴ HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig, Jur. 1966, p. 450.

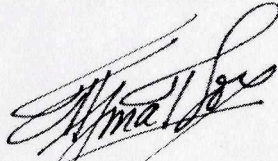
¹⁶⁵ HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69, ICI vs Commissie, Jur. 1972, p. 619, r.o. 132-135.

Openbaar

aldus mede aan haar moeder kunnen worden toegerekend.¹⁶⁶

198. Indien een deelnemende onderneming bestaat uit meerdere rechtspersonen, die tot elkaar in concernverband staan, rekent de NMa de overtreding toe aan de rechtspersoon, die de uiteindelijke zeggenschap over de groep uitoefent, alsmede – en wel hoofdelijk – aan de andere rechtspersonen van die deelnemende onderneming waarvan kan worden vastgesteld dat zij de in dit rapport beschreven inbreuk hebben gepleegd.
199. Indien een rechtspersoon gedurende de loop van de overtreding is overgenomen, wordt de inbreuk voor het geheel aan die rechtspersoon toegerekend en – pro rata – aan de voormalige moedermaatschappij en de nieuwe moedermaatschappij.
200. In dit kader wordt verwezen naar bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport, waarin staat vermeld aan welke natuurlijke en rechtspersonen de onderhavige overtreding kan worden toegerekend. Daarbij is volgens bovenstaande overwegingen de toerekening bepaald. Hiervoor is ten aanzien van de Deelnemende ondernemingen onderzoek gedaan naar de zeggenschapsverhoudingen gedurende de periode van januari 1998 tot en met december 2001 zoals deze blijken uit het Handelsregister (stand van zaken december 2004/januari 2005).

Aldus opgemaakt te Den Haag op



Dr. T.B.P.M. Tjin-A-Tsoi

Directeur Directie Concurrentietoezicht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Bijlage 1 bij rapport 3150/ 1188.R102 [Vertrouwelijk]

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

¹⁶⁶ Zie ook HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags AB/Commissie, Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 29.