

Nederlandse Mededingingsautoriteit
RAPPORT

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

Nummer 4146_1/ 14.P455

Betreft zaaknr. 4146_1/ Kabels & Leidingen

1	Inleiding	2
2	Achtergrond en Procedure	3
3	Bewijsmiddelen	3
4	De aanbesteding van K&L-werken.....	6
5	Feiten en omstandigheden.....	8
5.1	Overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen	8
5.2	Eén systeem van afstemming.....	15
5.3	Omvang van het systeem van afstemming.....	21
5.4	Duur van het systeem van afstemming	25
5.5	Geografisch gebied waarbinnen het systeem van afstemming plaatsvond.....	26
5.6	Vaststelling van de Deelnemende ondernemingen	27
5.7	Conclusie naar aanleiding van feiten en omstandigheden.....	29
6	Beoordeling.....	29
6.1	Artikel 6, eerste lid, Mw.....	29
6.2	Ondernemingen	29
6.3	Overeenkomst en/ of onderling afgestemd feitelijk gedrag.....	29
6.4	Verboden karakter van de gedragingen en afspraken.....	34
6.5	Merkbaarheid	36
6.6	Beoordeling artikel 6, derde lid, Mw.....	37
6.7	Conclusie beoordeling artikel 6 Mw.....	39
6.8	Beoordeling artikel 81 EG-Verdrag.....	39
6.9	Conclusie beoordeling artikel 81 EG-Verdrag.....	42
7	Conclusie	42
8	Toerekening	42

1 Inleiding

1. Dit rapport ziet op mededingingsrechtelijk relevante gedragingen van ondernemingen, die zich in Nederland bezig houden met het uitvoeren van kabel- en leidingwerken. De gedragingen hebben betrekking gehad op inschrijvingen op aanbestedingen van kabel- en leidingwerken. Kabel- en leidingwerken omvatten de volgende activiteiten:
 - het aanleggen, aansluiten, vervangen en onderhouden van ondergrondse en bovengrondse kabels en leidingen voor transport en distributie van gassen, vloeistoffen en elektriciteit, voor datatransport en telecommunicatie en het doorgeven van radio- en televisiesignalen, alsook het plaatsen of vervangen van de meter;
 - het toepassen van grondboortechieken voor het aanleggen van kabels en leidingen.Deze activiteiten worden hierna gezamenlijk aangeduid als “K&L-werken”.
2. Uit het onderzoek naar gedragingen van ondernemingen ter zake van aanbestedingen van K&L-werken blijkt een redelijk vermoeden dat artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: “Mw”) en artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag zijn overtreden door de ondernemingen die worden genoemd in bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport (hierna: “Deelnemende ondernemingen”).¹ Met het oog op een eventueel op te leggen boete is in opdracht van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit dit rapport opgemaakt.²
3. Uit het onderzoek is gebleken dat de Deelnemende ondernemingen, in elk geval in de periode van 1 januari 1998 tot en met december 2001, op structurele basis, in wisselende samenstelling deel hebben genomen aan overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland. De overleggen 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, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland.
4. In de navolgende hoofdstukken worden achtereenvolgens besproken: de achtergrond en procedure van het onderzoek, de bewijsmiddelen die in het onderzoek vergaard zijn, de aanbesteding van K&L-werken, de relevante feiten en omstandigheden, de beoordeling van de feiten en omstandigheden, de conclusie en de toerekening van de overtreding.

¹ Bijlage 1 [Vertrouwelijk] maakt integraal onderdeel uit van dit rapport.

² 4146_1/12.

2 Achtergrond en Procedure

5. Eind 2001 opende de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: "NMa") ambtshalve onderzoeken naar overtredingen van de Mededingingswet in de bouwsector. De onderzoeken van de NMa hebben inmiddels geresulteerd in meerdere rapporten en sanctiebesluiten.
6. De NMa heeft – voornamelijk in de loop van 2004 – van enkele honderden bouwondernemingen een clementieverzoek ontvangen zoals bedoeld in de Richtsnoeren Clementietoezegging.³ Daarvan hebben 22 clementieverzoekers een geldige kennisgeving in de zin van de Richtsnoeren Clementietoezegging gedaan van vermoedelijke overtredingen van de Mw en het EG-Verdrag bij inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken.
7. Op 23 augustus 2004 is de NMa ambtshalve een onderzoek gestart naar vermoedelijke overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mw en/of artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag⁴ door ondernemingen die zich in Nederland bezig houden met het uitvoeren van K&L-werken.⁵ De schriftelijke verklaringen en gegevens van de 22 clementieverzoekers zijn betrokken in dit onderzoek.
8. De NMa heeft voldaan aan haar verplichtingen op grond van artikel 11, derde en vierde lid, van Raadsverordening 1/2003. Conform artikel 11, derde lid, van Raadsverordening 1/2003 heeft de NMa de Commissie op de hoogte gesteld van de eerste formele onderzoeksmaatregel. Conform artikel 11, vierde lid, van Raadsverordening 1/2003 heeft de NMa de Europese Commissie in kennis gesteld van het voornemen het onderhavige rapport vast te stellen en is de Europese Commissie voorzien van de voor deze in kennisstelling benodigde informatie.

3 Bewijsmiddelen

9. In het kader van de Richtsnoeren Clementietoezegging zijn door de 22 clementieverzoekers schriftelijke en digitale gegevens met betrekking tot mededingingsbeperkende gedragingen bij inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken overgedragen. Deze schriftelijke en digitale gegevens betreffen onder meer ondertekende schriftelijke verklaringen van vertegenwoordigers van

³ 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.

⁴ De grondslag van de bevoegdheid van de NMa met betrekking tot de toepassing van artikel 81 EG-Verdrag zijn de artikelen 88 en 89 Mw.

⁵ 4146_1/1.

ondernemingen⁶, schriftelijke overzichten van K&L-werken waarover overleg heeft plaatsgevonden en “schaduwadministraties”.

10. In de ondertekende schriftelijke verklaringen over mededingingsbeperkende gedragingen bij inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken hebben de clementieverzoekers aan de NMa ook opgave gedaan van de identiteit van andere ondernemingen die deel hebben genomen aan overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken.
11. In de schriftelijke overzichten van K&L-werken waarover overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen heeft plaatsgevonden, hebben de clementieverzoekers aangegeven met betrekking tot welke werken zij aan overleg hebben deelgenomen. Deze door de clementieverzoekers opgegeven werken betreffen de activiteiten zoals omschreven in randnummer 1, die in dit rapport gezamenlijk worden aangeduid als “K&L-werken”. Ook hebben clementieverzoekers in de schriftelijke overzichten van K&L-werken aangegeven welke andere ondernemingen daaraan deelgenomen hebben.
12. In schaduwadministraties (hierna ook aangeduid als “claimadministratie(s)” of “schaduwboekhouding(-en)”⁷) hebben ondernemingen op schrift de afspraken bijgehouden die met andere ondernemingen gemaakt werden tijdens overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken.
13. Bij enkele clementieverzoekers is via het afnemen van mondelinge verklaringen door de NMa aanvullende informatie vergaard. De verklaringen zijn door ambtenaren van de NMa op schrift vastgelegd, door de betrokkenen ondertekend en opgenomen in Verslagen van Ambtshandelingen.⁸
14. Naast deze gegevens van de clementieverzoekers zijn in het onderzoek gegevens betrokken uit vier schaduwadministraties, die gedeeltelijk betrekking hebben op K&L-werken en die zijn overgedragen aan de NMa door het Korps Landelijke Politie Diensten. Deze schaduwadministraties zijn afkomstig van de volgende ondernemingen: Koop Tjuchem B.V. (Koop Tjuchem B.V. hierna: “Koop Tjuchem”), Aannemingsmaatschappij Van Gelder B.V. (Aannemingsmaatschappij Van Gelder B.V. hierna: “Aannemingsmij Van Gelder”), Seignette Assendelft Beheer B.V. (Seignette Assendelft Beheer B.V. hierna: “Seignette”) en Aannemingsbedrijf Gebr Schouls B.V. (Aannemingsbedrijf Gebr. Schouls B.V. hierna: “Schouls”)⁹

⁶ Hieronder wordt ook begrepen het invullen en ondertekenen van het “meldingsformulier clementieverzoek bouwsector”, zoals dat op de website van de NMa is gepubliceerd.

⁷ Door clementieverzoekers worden claimadministraties ook wel aangeduid als claimregistraties of (omzet)staffels.

⁸ Verklaringen BAM 4146_4/36 en 4146_4/43, KWWS 4146_10/32, TBI 4146_15/28 en 4146_15/47.

⁹ Koop Tjuchem: 4146_9/16, Aannemingsmij Van Gelder: 4146_17/11, Seignette: 4146_7/38, Schouls 4146_25/1.

15. Ook zijn in het onderzoek gegevens betrokken uit een schaduwadministratie die aan de NMa is overgedragen door de Belastingdienst en afkomstig is van een anonieme afzender.¹⁰ In een begeleidend schrijven bij deze schaduwadministratie is aangegeven dat het materiaal betreft afkomstig van de Baas Groep B.V. (onderdeel van TBI Holdings B.V.) (Baas Groep B.V. hierna: "Baas"; TBI Holdings B.V. hierna: "TBI").¹¹ Onderzoek van de NMa heeft aangetoond dat in de schaduwboekhouding vermelde gedetailleerde gegevens over K&L-werken overeenkomen met gegevens in het schriftelijk overzicht van projecten dat TBI in het kader van haar clementieverzoek heeft overlegd aan de NMa.¹² Een dergelijke overeenkomst is eveneens vastgesteld met betrekking tot gegevens in de schaduwadministratie die de NMa in het kader van het clementieverzoek van Koninklijke BAM Groep N.V. (Koninklijke BAM Groep N.V. hierna: "BAM") heeft ontvangen.¹³ Tevens hebben zowel de voormalig algemeen directeur van Baas, als het Hoofd Bedrijfsbureau van Baas Infratechniek B.V. (onderdeel van Baas; Baas Infratechniek B.V. hierna: "Baas Infratechniek") ieder afzonderlijk ten overstaan van ambtenaren van de NMa verklaard direct betrokken geweest te zijn bij overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken en hebben zij bevestigd dat het betreffende schriftelijk materiaal, dat door de NMa tijdens een verhoor aan hen is voorgelegd, de schaduwadministratie van Baas betreft en betrekking heeft op K&L-werken. Het Hoofd Bedrijfsbureau heeft tevens verklaard dat deze administratie door hem persoonlijk werd bijgehouden. De verklaringen zijn door ambtenaren van de NMa op schrift vastgelegd, door de betrokkenen ondertekend en opgenomen in Verslagen van Ambtshandelingen.¹⁴ Op grond hiervan is vastgesteld dat de betreffende administratie een vastlegging is van gedragingen met betrekking tot K&L-werken die daadwerkelijk hebben plaatsgevonden en geadmistreerd zijn door Baas.
16. De schaduwadministraties waarover de NMa met betrekking tot K&L-werken beschikt, afkomstig van de bronnen zoals in de randnummers 9, 14 en 15 omschreven¹⁵, omvatten uitvoerige overzichtslijsten en een zeer omvangrijke, geordende verzameling handgeschreven notities van overleggen. De in deze schaduwadministraties opgenomen werken betreffen activiteiten zoals omschreven in randnummer 1, die in dit rapport gezamenlijk worden aangeduid als K&L-werken. In de notities en overzichtslijsten zijn gedetailleerde gegevens opgenomen over de tijdens overleggen gemaakte afspraken, zoals de omschrijving van het betreffende K&L-werk, de datum van de afspraak, het aantal ondernemingen dat aan het overleg deelnam, de naam en aanneemsom van degene die als laagste zou gaan inschrijven op het werk, de namen van andere aan de overleggen deelnemende ondernemingen en de

¹⁰ Baas: 4146_1/7.

¹¹ 4146_1/7 (04146170420002).

¹² 4146_15/53.

¹³ 4146_15/27.

¹⁴ Voormalig algemeen directeur Baas: 4146_1/49 en Hoofd Bedrijfsbureau Baas Infratechniek B.V.: 4146_15/28.

¹⁵ Dit betreft schaduwadministraties van NBM Leidingbouw (BAM): 4146_4/12 (0003802000001 tot en met 00038020002307), Prinssen (Dura Vermeer): 4146_5/13 (00037019000012 tot en met 00037019000015) en Vloeigas (Dura Vermeer): 4146_5/13 (00037019000017 tot en met 00037019000030), Baas: 4146_1/7, Aannemingsmij Van Gelder 4146_17/11, Seignette 4146_7/38, Schouls 4146_25/1 en Koop Tjuchem 4146_9/16.

opgebouwde tegoeden en schulden ("claims") tussen de aan de overleggen deelnemende ondernemingen.

17. In het onderzoek is voorts informatie afkomstig van tipgevers betrokken. Het betreft schriftelijke verklaringen en gegevens en mondelinge verklaringen afgelegd ten overstaan van ambtenaren van de NMa. De mondelinge verklaringen zijn door ambtenaren van de NMa op schrift vastgelegd, door de betrokkene ondertekend en opgenomen in Verslagen van Ambtshandelingen.¹⁶
18. Naar aanleiding van de bewijsmiddelen die niet in het kader van clementieverzoeken zijn ontvangen, zijn door de NMa aanvullende schriftelijke gegevens vergaard en mondelinge verklaringen afgenomen. De mondelinge verklaringen zijn door ambtenaren van de NMa op schrift vastgelegd, door de betrokkenen ondertekend en opgenomen in Verslagen van Ambtshandelingen.¹⁷
19. De door de clementieverzoekers ingediende schriftelijke en digitale gegevens met betrekking tot de betrokken gedragingen en de overige in het onderzoek vergaarde bewijsmiddelen, bevestigen en versterken elkaar en geven blijk van een grote coherentie en onderlinge consistentie.

4 De aanbesteding van K&L-werken

20. In randnummer 1 is aangegeven dat dit rapport ziet op gedragingen van ondernemingen rondom inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken. Deze werken worden zowel door opdrachtgevers uit de private als uit de publieke sector (overheden) geïnitieerd en op de markt gebracht. Met betrekking tot K&L-werken zijn opdrachtgevers veelal energiebedrijven, waterleidingbedrijven en telecombedrijven.
21. Op grond van de destijds vigerende (Europese) aanbestedingsregelgeving¹⁸ zijn overheden, publiekrechtelijke instellingen, openbare bedrijven en bedrijven met bijzondere en uitsluitende rechten aangemerkt als "aanbestedende diensten" en zijn zij in beginsel verplicht opdrachten voor het uitvoeren van bepaalde K&L-werken aan te besteden.

¹⁶ Verklaringen ex-directeur Hebo, 4146_1/9 en 4146_1/26 en schriftelijke verklaringen en gegevens van Eneco Holding N.V.: 4146_21/1, 4146_21/11 en 4146_21/22.

¹⁷ Verklaringen van ex-directeur Baas 4146_1/49, ex-directeur BAM Infratechniek B.V.: 4146_1/31, ex-directeur Visser & Smit Hanab B.V.: 4146_10/31, voormalig lid Paad van Bestuur N.V. Eneco: 4146_1/32, voormalig bedrijfsdirecteur Meter 365 B.V.: 4146_1/48, schriftelijke gegevens van Deloitte Forensic & Dispute Services: 4146_1/36 en Evides N.V.: 4146_1/32.

¹⁸ Het betreft Richtlijnen 92/50/EEG (Richtlijn Diensten), 93/36/EEG (Richtlijn Leveringen) en 93/37/EEG (Richtlijn Werken), alle aangepast door Richtlijn 97/52/EG (zoals aangepast per 31 maart 2004 door Richtlijn 2004/18/EG) en Richtlijn 93/38/EEG (Richtlijn Nutssectoren), zoals aangepast door Richtlijn 98/4/EG (zoals aangepast per 31 maart 2004 door Richtlijn 2004/17/EG). Deze richtlijnen zijn geïmplementeerd in Nederlandse regelgeving.

22. Voor het uitvoeren van een K&L-werk zal een opdrachtgever doorgaans door middel van aanbesteding op zoek gaan naar de onderneming die de meest voordelige offerte indient. 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 te dienen voor een opdracht tot het uitvoeren van een K&L-werk. Een uitzondering vormen de gevallen waarin de opdrachtgever slechts één onderneming benadert voor de uitvoering van een werk, de enkelvoudige uitnodiging.¹⁹ De enkelvoudige uitnodiging valt dus niet onder het hiervoor omschreven begrip aanbesteding.
23. Er zijn verschillende soorten aanbestedingsprocedures. In de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de Nederlandse aanbestedingswetgeving worden onder meer “openbare aanbesteding” en “onderhandse aanbesteding” als type aanbestedingsprocedure onderscheiden. Volgens cijfermateriaal van de Vakgroep Bolegbo-vok²⁰ is in de periode 1998-2001 circa 70% van de opdrachten voor het uitvoeren van K&L-werken via een openbare of een onderhandse aanbesteding in de markt uitgezet.²¹ Hieronder wordt uiteengezet wat beide procedures inhouden.

Openbare aanbestedingsprocedure	Aanbestedingsprocedure in één ronde, die algemeen bekend wordt gemaakt en waaraan iedere geïnteresseerde aanbieder kan deelnemen. De opdrachtgever mag geschiktheidscriteria opstellen en bepalen dat alleen de inschrijvers die aan de opgestelde criteria voldoen, voor verlening van de opdracht in aanmerking komen.
Onderhandse aanbestedingsprocedure	Aanbesteding hoeft niet algemeen bekend gemaakt te worden. De opdrachtgever nodigt ten minste twee aanbieders uit tot het doen van een inschrijving. De opdrachtgever heeft de vrije hand bij zijn keuze voor degene die hij uitnodigt. Er mag niet met de inschrijvers worden onderhandeld alvorens een gunningsbeslissing te nemen.

¹⁹ Vergelijk artikel 1, sub b, Besluit Vrijstelling Combinatieovereenkomsten.

²⁰ Bolegbo-vok is de branchevereniging voor de kabelleg- en buizenlegbranche en grondboor- en bronbemaalingsbranche., die begin 2005 met een aantal zusterverenigingen gefuseerd is tot Bouwend Nederland. De voormalige vereniging Bolegbo-vok vormt nu de “Vakgroep Ondergrondse Netwerken en Grondwaterbeheer” binnen Bouwend Nederland. Van oudsher richt de vereniging zich op ondergrondse kabel- en buizenlegbedrijven, maar de huidige aangesloten ondernemingen voeren veelal zowel ondergrondse als bovengrondse kabel- en leidingwerken uit (4146_1/6). Volgens informatie van de Vakgroep genereren de bij de Vakgroep aangesloten leden 80 tot 90% van de omzet in de Nederlandse boor-, kabelleg- en buizenlegbranche, waarmee de Vakgroep zich als representatief voor de branche beschouwt (4146_1/10 en 4146_1/39).

²¹ Zie 4146_1/5 Bolegbo-vok, *Branche in beeld; De grondboor- en bronbemaalingsbranche en de kabelleg- en buizenlegbranche in 2000 en 2001; uitkomsten van de Bolegbo-vok enquête*, februari 2003. Uit Figuur 8 blijkt met betrekking tot de wijze van opdrachtverzekrijging in de kabelleg- en buizenlegbranche dat in 2001 54,9% onderhandse aanbestedingen betrof, 17,5% openbare aanbestedingen betrof en 28,4% enkelvoudige uitnodigingen betrof. Ook in de jaren 1998 tot en met 2000 werd ruim 70% van de opdrachten via openbare of onderhandse aanbesteding verkregen. Bolegbo-vok geeft aan dat de gepresenteerde uitkomsten als representatief voor de branche beschouwd mogen worden (4146_1/6 en 4146_1/28).

24. 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. Deze benadering 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.
25. Het is evident dat de werking van de aanbesteding ernstig wordt verstoord indien aanbieders door onderlinge afstemming in de fase vóórafgaand 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 wordt op die manier teniet gedaan, althans aanzienlijk beperkt.

5 Feiten en omstandigheden

26. De Deelnemende ondernemingen hebben, in elk geval gedurende de periode van 1 januari 1998 tot en met december 2001, op structurele basis, in wisselende samenstelling deelgenomen aan overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland. De overleggen 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, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland. Dit blijkt uit de vastgestelde feiten, die hierna beschreven worden.

5.1 Overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen

Vooroverleg

27. Uit meerdere bewijsmiddelen blijkt dat overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken plaatsvond en gewoonlijk werd aangeduid als "vooroverleg". Hieronder volgen citaten uit ondertekende schriftelijke verklaringen waaruit dit blijkt.
28. Heijmans N.V. (Heijmans N.V. hierna: "Heijmans") verklaart dat zij heeft deelgenomen aan overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken: *"Bijna alle geïnterviewden gaven aan dat Heijmans Infrastructuur (of de rechtsvoorganger(s) van Heijmans) deel heeft genomen aan prijs- en marktverdelingsafspraken in deze sector. Dit wordt ook wel aangeduid als "vooroverleg". Vooroverleg vond*

plaats bij bijna alle onderhandse meervoudige aanbestedingen en bij sommige openbare aanbestedingen. [...]Het vooroverleg vond meestal de avond of de ochtend voor het sluiten van de inschrijving plaats.”²²

29. Koninklijke Volker Wessels Stevin N.V. (Koninklijke Volker Wessels Stevin N.V. hierna: “KVWS”) verklaart over K&L-werken: *“Door de betrokken ondernemingen werd in het kader van aanbestedingen in de regel vooroverleg gevoerd over alle mogelijke projecten. [...] Het vooroverleg vond veelal een dag voor de daadwerkelijke aanbesteding plaats.”²³*
30. BAM verklaart over overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken: *“De inbreuk waarop de dementiemelding van BAM betrekking heeft betreft het structureel deelnemen aan vormen van vóóroverleg en afspraken bij (openbare of onderhandse) aanbestedingen van werken in de betrokken sector in Nederland, gericht op het verdelen van capaciteit en werk, waarbij tevens prijsafspraken zijn gemaakt.”* BAM geeft in haar verklaring onder het kopje “Het vóóroverleg” aan: *“In het algemeen één dag voor de echte aanbesteding kwamen op initiatief van één van de deelnemers de inschrijvers bij elkaar.”²⁴*
31. Bovenvermelde ondertekende schriftelijke verklaringen worden bevestigd door vergelijkbare ondertekende schriftelijke verklaringen van andere ondernemingen en schriftelijke vastleggingen van overleggen in schaduwadministraties.²⁵ Op grond van deze bewijsmiddelen, die elkaar bevestigen en versterken, staat vast dat overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken plaatsvond en gewoonlijk werd aangeduid als “vooroverleg”.

Overleg organiseren

32. Voor het organiseren van overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken legden ondernemingen onderling contact en maakten in de regel afspraken over tijd en plaats van het te beleggen overleg. Dit blijkt uit meerdere bewijsmiddelen, waaronder de navolgende geciteerde ondertekende schriftelijke verklaringen.
33. Dura Vermeer Groep N.V. (Dura Vermeer Groep N.V. hierna: “Dura Vermeer”)²⁶ verklaart over het contact leggen en organiseren van overleg bij onderhandse aanbestedingen van K&L-werken: *“De methoden om – in geval van een meervoudig onderhandse aanbesteding althans een aanbesteding met voorselectie – te achterhalen wie men diende te benaderen met het oog op afstemming waren dezelfde in de*

²² 4146_7/7 (00040007000175); In het kader van haar dementieverzoek heeft Heijmans een intern onderzoek ingesteld waarbij onder meer interviews met medewerkers van Heijmans Infrastructuur in maart en april 2004 zijn gehouden.

²³ 4146_10/11 (00035012000003 en 00035012000004).

²⁴ 4146_4/11 (00038017000033 en 0038017000046, paragraafnummers 47 en 48).

²⁵ Zie onder meer de verklaringen van LBU B.V. (LBU): 4146_11/1, Dura Vermeer: 4146_5/9 (00037009000004, -009, -017 en -018), Aannemingsmaatschappij VBK Hoorn B.V. (VBK): 4146_16/1, de schaduwadministratie van Baas: 4146_1/7 en de verklaring van het Hoofd Bedrijfsbureau van Baas Infratechniek B.V.: 4146_15/28.

²⁶ 4146_5/9 (00037009000009).

gehele bouwsector. Zo kwam het voor dat de opdrachtgever alle gegadigden uitnodigde op een zogenaamde dag van inlichtingen, of bevatten de aanbestedingsdocumenten reeds de namen van de geselecteerden. Soms kon men via de bij het project betrokken adviseurs of de in de aanbestedingsdocumenten voorgeschreven toeleveranciers of onderaannemers te weten komen welke andere ondernemingen er werden uitgenodigd. In weer andere gevallen betrof het steeds projecten van eenzelfde opdrachtgever, waarvan reeds bekend was welke kring van aannemers doorgaans werd uitgenodigd. In ieder geval kon met een aantal telefoongesprekken vrij eenvoudig worden vastgesteld welke ondernemingen er voor een meervoudig onderhandse aanbesteding werden uitgenodigd althans voor een aanbesteding met voorselectie waren geselecteerd.”²⁷ Met betrekking tot het organiseren van overleg bij openbare aanbestedingen verklaart Dura Vermeer²⁸: “Bij openbare aanbestedingen was het niet mogelijk om alle geïnteresseerde ondernemingen vooraf op te sporen, maar wist men uit ervaring en door telefonisch contact toch vaak vrij nauwkeurig de meeste althans de meest relevante inschrijvers te benaderen.” Over de locatie van het overleg verklaart Dura Vermeer²⁹: “De locatie van vooroverleg was veelal de locatie van de initiatiefnemer.”

34. B.V. Aannemingsbedrijf Gebr. Van der Steen (B.V. Aannemingsbedrijf Gebr. Van der Steen hierna: “Van der Steen”)³⁰ verklaart over het leggen van contact met concurrenten ten behoeve van het organiseren van overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken: “Indien een aannemer een aanvraag voor een offerte / aanbesteding kreeg, wist hij vaak uit ervaring wie zijn concurrenten of meest belanghebbende zou kunnen zijn. Vervolgens werd er vaak telefonisch contact gelegd met de vraag / vermelding dat hij ook een bestek / uitnodiging voor een bepaald project had. De meest belanghebbende aannemer regelde dan vaak het overleg in samenspraak met de overige aannemers.”
35. BAM³¹ verklaart over de afspraak over tijd en plaats van het overleg: “In het algemeen één dag voor de echte aanbesteding kwamen op initiatief van één van de deelnemers de inschrijvers bij elkaar. Dat vond soms plaats in één van de kantoren, maar meestal op neutraal terrein, bijvoorbeeld een wegrestaurant.”
36. De hierboven aangehaalde ondertekende schriftelijke verklaringen worden bevestigd door vergelijkbare ondertekende schriftelijke verklaringen van andere ondernemingen.³² Op grond van deze

²⁷ Op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de Nederlandse aanbestedingswetgeving is als soort aanbestedingsprocedure te onderscheiden een niet-openbare aanbestedingsprocedure, ook wel genoemd een aanbesteding met voorafgaande selectie. Dit is een procedure in twee ronden, die algemeen bekend wordt gemaakt. In de eerste ronde kan iedere geïnteresseerde aanbieder zich als gegadigde aanmelden. Tot de tweede ronde (de eigenlijke inschrijving) wordt door de opdrachtgever een aantal gegadigden (ten minste drie) toegelaten dat aan de door de opdrachtgever opgestelde criteria voldoet.

²⁸ 4146_5/9 (00037009000009).

²⁹ 4146_5/9 (00037009000010).

³⁰ 4146_19/2 (onder 5.b.).

³¹ 4146_4/11 (00038017000037).

bewijsmiddelen staat vast dat ondernemingen voor het organiseren van overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken onderling contact legden en in de regel afspraken maakten over tijd en plaats van het te beleggen overleg.

Wisselende samenstelling van de deelnemers aan het overleg

37. Bij overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken wisselde de samenstelling van de aan het overleg deelnemende ondernemingen. De samenstelling van de groep inschrijvende ondernemingen varieerde afhankelijk van de interesse bij ondernemingen om op een bepaald K&L-werk in te schrijven en/of de eventuele selectie van opdrachtgevers bij het uitnodigen van ondernemingen om in te schrijven op een K&L-werk. Dit blijkt uit de hieronder besproken bewijsmiddelen.
38. Dat de samenstelling van de deelnemers aan overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken varieerde blijkt, als volgt uit verschillende claimadministraties waarover de NMa beschikt.³² In aantekeningen van overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in de schaduwadministratie van NBM Leidingbouw B.V. (onderdeel van BAM; NBM Leidingbouw B.V. hierna: "NBM Leidingbouw"), die BAM als onderdeel van haar clementieverzoek aan de NMa heeft overhandigd, zijn de deelnemers aan het overleg vermeld. Uit aantekeningen van verschillende overleggen blijkt dat aantal en identiteit van de deelnemende ondernemingen per K&L-werk wisselde. In de claimadministratie van Baas zijn systematisch de claims per onderneming per K&L-werk geadmistreerd. Voor de verschillende K&L-werken kan uit deze administratie afgelezen worden welke ondernemingen een vordering of schuld hebben naar aanleiding van het overleg over een specifiek K&L-werk. Op deze wijze toont de claimadministratie een per onderscheiden K&L-werk verschillend samengestelde groep deelnemers aan het overleg.
39. Over de samenstelling van de deelnemers aan overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken geeft Rasenberg Beheer B.V. (Rasenberg Beheer B.V. hierna: "Rasenberg") in een ondertekende schriftelijke verklaring aan³⁴: *"In wisselende samenstellingen, afhankelijk van de uitnodigingen tot aanbidding, werd op basis van omzet-staffels het werk geregeld."*
40. In een ondertekende schriftelijke verklaring geeft H4A Leidingen B.V. (H4A Leidingen B.V. hierna: "H4A") aan over de samenstelling van de deelnemers aan overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in haar werkgebied Zeeland³⁵: *"In principe is in steeds wisselende*

³² Zie bijvoorbeeld de verklaringen van Heijmans: 4146_7/7 (00040007000176), Koop Holding B.V. (Koop): 4146_9/12 (00407032000001), KWWS: 4146_10/11 (00035012000004), H4A: 4146_8/2 (00234002000001), Imtech: 4146_20/9 en 4146_20/16 en TBI: 4146_15/18 (00039033000003 en -004),

³³ Zie de claimadministraties van BAM: 4146_4/12 (00038020000001 tot en met 00038020002307) en van Baas: 4146_1/7.

³⁴ 4146_12/2 (00308002000002 en 00308002000003).

³⁵ 4146_8/2 (00234002000002).

samenstelling met deze bedrijven afspraken gemaakt over de capaciteitsverdeling van de aan te besteden werkzaamheden in Zeeland.”

41. Dura Vermeer geeft in een ondertekende schriftelijke verklaring over K&L-werken aan³⁶: *“De overtreding (...) betreft structurele afstemming tussen bouwondernemingen in wisselende samenstellingen terzake van opdrachten die door middel van aanbestedingen werden gegund in de Nederlandse bouwsector.”*
42. Bovenvermelde ondertekende schriftelijke verklaringen worden bevestigd door ondertekende schriftelijke verklaringen van andere ondernemingen³⁷. Daarbij wordt de inhoud van de verklaringen bevestigd en versterkt door de schriftelijke vastleggingen van overleggen in schaduwadministraties. Op grond hiervan staat vast dat bij overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken de samenstelling van de deelnemende ondernemingen wisselde.

De inhoud van overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken

43. Tijdens het overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken bepaalden de deelnemende ondernemingen doorgaans (i) welke onderneming als laagste mocht inschrijven (vaak aangeduid als “rechthebbende”³⁸), (ii) voor welke bedragen de deelnemers aan het overleg inschreven (ook wel “inschrijfcijfers” genoemd) en (iii) welke onderlinge “claims” werden opgebouwd tussen de aanwezige ondernemingen. Dergelijke claims, waarvoor verschillende termen werden gehanteerd³⁹, bestonden uit vorderingen op de onderneming die, als uitkomst van het overleg, als laagste in mocht schrijven en werden door deze onderneming verstrekt aan de overige deelnemers aan het overleg. Deze inhoud van het overleg blijkt uit de hieronder aangehaalde schaduwadministratie en geciteerde ondertekende schriftelijke verklaringen.
44. De schaduwadministratie van NBM Leidingbouw⁴⁰ omvat honderden geordende, handgeschreven notities van overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken. Uit de handgeschreven notities blijkt dat vertegenwoordigers van NBM Leidingbouw met betrekking tot een specifiek K&L-werk waarover zij overleg voerden diverse gegevens noteerden, waaronder meestal de volgende: de aanduiding of omschrijving van het betreffende K&L-werk, plaats en datum van het overleg, de namen van de andere deelnemers aan het overleg, het bedrag waarvoor elke onderneming ging inschrijven en de overeengekomen onderlinge “claims”.

³⁶ 4146_5/9 (00037009000003).

³⁷ Zie ook vergelijkbare verklaringen van Aannemingsbedrijf De Voogd-Grijpskerke B.V. (De Voogd): 4146_18/3 (blad 6), GMB Beheer B.V.: 4146_22/1 (blad 6), Koop: 4146_9/7 (00407016000001 en 00407030000002) en Imtech: 4146_20/9 en 4146_20/16.

³⁸ De termen “rechthebbende” of “gegadigde” werden gehanteerd door ondernemingen die zich bezig hielden met het uitvoeren van K&L-werken. Het gebruik van deze term(en) in het rapport mag uitdrukkelijk niet begrepen worden als bevestiging en/of kwalificatie van de juridische status ervan door de NMa.

³⁹ Claims worden ook wel omzettegoeden, werktegoeden, werkschulden en staffelrechten genoemd. Deze terminologie werd gehanteerd door ondernemingen die zich bezig hielden met het uitvoeren van K&L-werken. Het gebruik van deze term in het rapport mag uitdrukkelijk niet begrepen worden als bevestiging en/of kwalificatie van de juridische status ervan door de NMa.

⁴⁰ 4146_4/12 (00038020000001 tot en met 00038020002307).

45. H4A⁴¹ verklaart over de inhoud van overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken: *“Indien er meerdere partijen waren die het werk wilden uitvoeren werd in onderling overleg gekeken wie het meeste recht op het werk had. (...) Vervolgens werd de inschrijfsom vastgesteld (...) Tot slot werden de staffelrechten bepaald, die van belang waren voor het bepalen van de rechten bij de volgende aanbestedingen.”*
46. Van Gelder Kabel- Leiding- en Montagewerken B.V. (Van Gelder Kabel- Leiding- en Montagewerken B.V. hierna: “Van Gelder”) verklaart over de inhoud van het overleg⁴²: *“Na de bepaling van het schrijfcijfer door elke partij afzonderlijk werd bepaald welke partij in aanmerking kwam om het werk uit te gaan voeren. Van elke partij werd een “werkschuld” bijgehouden in een landelijke staffel. Deze gold voor alle voorkomende werkzaamheden in Nederland van welk type dan ook. Elke partij hield deze “werkschulden” zelf bij. De stand van de werkschuld was bepalend voor wie het werk mocht uitvoeren. (...) Na de vaststelling van de uitvoerende partij werd vervolgens het verkoopcijfer vastgesteld. Dit is het gemiddelde van alle ingediende schrijfcijfers. Dit cijfer werd door de gegadigde als verkoopcijfer gebruikt richting de opdrachtgever. Alle andere aanwezigen schreven hoger in, in volgorde van hun eigen cijfer ten opzichte van het bepaalde gemiddelde. (...) Tot slot werd de individuele opgebouwde werkschuld van dit werk vastgesteld. De hoogte hiervan was het vastgestelde verkoopcijfer gedeeld door het aantal aanwezige partijen. Dit bedrag werd op “de lat” van de staffel van de vastgestelde gegadigde bijgeschreven ten opzichte van iedere partij die aanwezig was (...) Bij een volgende aanbidding werd exact dezelfde procedure gevolgd.”*
47. TBI verklaart⁴³: *“In het overleg was het uitgangspunt de laagste inschrijfsom, die werd gedeeld door het aantal deelnemers aan het overleg, waarna de deelsom werd toegevoegd aan ieders “werktegoed” met uitzondering van dat van de laagste inschrijver. Op deze wijze bouwden de deelnemers aan het overleg een tegoed op, dat zij vervolgens konden benutten door een volgend werk als “rechthebbende” te claimen. Hoe vaker een werk aan hem was voorbijgegaan, en hoe hoger deswege zijn tegoed, des te groter was de kans dat een deelnemer de status van “rechthebbende” werd toegekend.”*
48. Bovenstaande ondertekende schriftelijke verklaringen en schriftelijke gegevens uit schaduwadministraties bevestigen en versterken elkaar en worden bovendien bevestigd door vergelijkbare ondertekende schriftelijke verklaringen van andere ondernemingen en andere gegevens uit schriftelijke vastleggingen van overleggen in schaduwadministraties.⁴⁴ Op grond van deze bewijsmiddelen staat vast dat bij overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-

⁴¹ 4146_8/2 (00234002000001).

⁴² 4146_17/4 (00523004000012 en 00523004000013) en 4146_17/5 (00523005000012 en 00523005000013).

⁴³ 4146_15/18 (00039033000004).

⁴⁴ Zie ook de vergelijkbare verklaringen van BAM: 4146_4/11 (00038017000037, 00038017000038, 00038017000046 en 00038017001718), Aannemingsbedrijf W.J. de Bruijn B.V. (De Bruijn): 4146_23/1 (bijlage 1), Koop: 4146_9/12 (00407032000001 en 00407032000002), KVWS: 4146_10/11 (00035012000004), Van der Steen: 4146_19/2 (onder 5f.), Dura Vermeer: 4146_5/9 (00037009000010 en 00037009000018) en Heijmans: 4146_7/7 (00040007000176 tot en met 00040007000178). Ook de claimadministratie van Baas (4146_1/7) biedt inzicht in de inhoud van het overleg.

werken de deelnemende ondernemingen doorgaans bepaalden welke onderneming als laagste mocht inschrijven, voor welke bedragen de deelnemers aan het overleg inschreven en welke onderlinge "claims" werden opgebouwd tussen de aanwezige ondernemingen. Dergelijke claims bestonden uit vorderingen op de onderneming die, als uitkomst van het overleg, als laagste in mocht schrijven en werden door deze onderneming verstrekt aan de overige deelnemers aan het overleg.

Werkwijze bij overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken

49. Om tijdens het overleg tot inhoudelijke afstemming over het werk te komen werden doorgaans enkele methoden of varianten gebruikt. Dit blijkt uit aanduiding van varianten in verschillende claimadministraties⁴⁵ en uit ondertekende schriftelijke verklaringen.⁴⁶ Hierna worden drie verschillende, veelgebruikte varianten uiteen gezet, te weten "preferentie", "blanken" en "italianen".
50. Over de overleggen waaraan vertegenwoordigers van BAM en Dura Vermeer deelnamen, geven deze ondernemingen in ondertekende schriftelijke verklaringen aan, dat volgens één van de gehanteerde varianten een onderneming om "preferentie" kon vragen.⁴⁷ Dit hield in dat één van de deelnemers aan het overleg de overige deelnemers verzocht af te zien van de betreffende opdracht. Indien de overige aan het overleg deelnemende ondernemingen dit verzoek accepteerden, dan werd de onderneming die om preferentie had verzocht aangewezen als "rechthebbende".
51. In ondertekende schriftelijke verklaringen geven Heijmans en KVWS, over de werkwijze bij overleggen waarbij deze ondernemingen betrokken waren, aan dat ook gebruik werd gemaakt van de methode "blanken"⁴⁸. Bij deze methode geven de aan het overleg deelnemende ondernemingen ieder de prijs aan waarvoor zij het betreffende K&L-werk willen uitvoeren. De onderneming die hierbij de laagste prijs aangeeft wordt aangewezen als "rechthebbende". Het uiteindelijke inschrijfcijfer dat de als "rechthebbende" aangewezen onderneming zal indienen bij de opdrachtgever wordt vervolgens door de aan het overleg deelnemende ondernemingen gezamenlijk bepaald.
52. Voorts blijkt uit ondertekende schriftelijke verklaringen van Heijmans en Dura Vermeer dat gebruik werd gemaakt van de methode "italianen".⁴⁹ Bij deze methode werd door aanwezige ondernemingen eerst de laagste inschrijfprijs bepaald. Vervolgens werd door de aan het overleg deelnemende ondernemingen een bod gedaan in de vorm van de claim die deze onderneming bereid was aan de overige aan het overleg deelnemende ondernemingen te vergoeden in ruil voor het recht het werk uit te voeren. De onderneming die bereid was de hoogste claim aan de overige deelnemers aan het overleg toe te kennen werd aangewezen als "rechthebbende".

⁴⁵ Zie de claimadministratie van BAM: 4146_4/12 (0003802000001 tot en met 00038020002307) en Seignette: 4146_7/38.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld de verklaringen van Dura Vermeer: 4146_5/9 (00037009000003) en KVWS: 4146_10/11 (00013012000004).

⁴⁷ Zie de verklaringen van BAM: 4146_4/11 (00038017000036) en Dura Vermeer: 4146_5/9 (00037009000010 en 00037009000011).

⁴⁸ Zie de verklaringen van Heijmans: 4146_7/13 (00040018000012 en 00040018000013) en KVWS: 4146_10/11 (00035012000004)

⁴⁹ Zie de verklaringen van Dura Vermeer: 4146_5/9 (00037009000011) en Heijmans: 4146_7/7 (00040007000178) en 4146_7/13 (00040018000013).

53. De hierboven aangehaalde ondertekende schriftelijke verklaringen worden bevestigd door vergelijkbare ondertekende schriftelijke verklaringen en gegevens uit een schaduwadministratie van andere ondernemingen.⁵⁰ Op grond van deze bewijsmiddelen staat vast dat doorgaans enkele methoden of varianten werden gebruikt om tijdens het overleg tot inhoudelijke afstemming over het werk te komen.

Conclusie met betrekking tot overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen

54. Op grond van de in het voorgaande aangehaalde bewijsmiddelen staat vast dat overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken plaatsvond en gewoonlijk werd aangeduid als “vooroverleg”. Voor het organiseren van het overleg legden ondernemingen onderling contact en maakten in de regel afspraken over tijd en plaats van het te beleggen overleg. De samenstelling van de aan het overleg deelnemende ondernemingen wisselde. Tijdens het overleg bepaalden de deelnemende ondernemingen doorgaans welke onderneming als laagste mocht inschrijven, voor welke bedragen de deelnemers aan het overleg inschreven en welke onderlinge “claims” werden opgebouwd tussen de aanwezige ondernemingen. Om tijdens het overleg tot inhoudelijke afstemming over het werk te komen werden doorgaans enkele methoden of varianten gebruikt.

5.2 Eén systeem van afstemming

55. De overleggen en de daarbij gemaakte afspraken kunnen niet op zichzelf worden gezien, want zij hielden verband met elkaar en vormden één landelijk systeem van afstemming waarbij K&L-werken voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen in Nederland onderling werden verdeeld en het inschrijfgedrag telkens onderling werd afgestemd. De overleggen vormden één landelijk systeem van afstemming door de werking van de onderlinge claims en doordat de overleggen uiting waren van een gemeenschappelijk doel van de deelnemende ondernemingen: het onderling verdelen van K&L-werken en het afstemmen van het inschrijfgedrag. Dit blijkt uit de vastgestelde feiten, die hierna beschreven worden.

De werking van de onderlinge claims

56. De werking van de onderlinge claims maakten de overleggen tot één onlosmakelijk geheel, doordat claims opgebouwd in het ene overleg door ondernemingen ingezet konden worden in een volgend overleg om als rechthebbende op het werk aangewezen te worden. Hierdoor hadden de afspraken die tijdens een overleg werden gemaakt direct of indirect gevolgen voor andere toekomstige overleggen, op verschillende plaatsen in Nederland. Van de claims, die ondernemingen over en weer opbouwden in meerdere overleggen over een langere periode verspreid over het hele land, hielden de ondernemingen in de regel totaalstanden bij. In beginsel werden periodiek de openstaande claims aan de hand van deze totaalstanden onderling verrekend (dit verrekenen werd ook wel “clearing” genoemd), waarbij het na verrekening resterende saldo het uitgangspunt vormde voor toekomstige

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld de verklaringen van Heijmans: 4146_7/7 (00040007000177) en 4146_7/13 (00040018000013), KVWS: 4146_10/11 (00035012000004), Dura Vermeer: 4146_5/9 (00037009000011), BAM: 4146_4/11 (00038017000037 en -038) en de claimadministratie van Seignette: 4146_7/38.

overleggen. Op deze manier hingen de afzonderlijke overleggen over K&L-werken met elkaar samen en werd door de wederzijdse toekenning en verrekening van claims een landelijk systeem gevormd en in stand gehouden. Dit blijkt uit de hieronder besproken bewijsmiddelen.

57. Uit meerdere ondertekende schriftelijke verklaringen van ondernemingen die aan overleggen deelnamen, blijkt dat in beginsel elke onderneming die deelnam aan overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken hiervan een claimadministratie bijhield.⁵¹ De NMA beschikt over meerdere van deze claimadministraties (zoals ook toegelicht in de randnummers 9, 14 en 15). In de claimadministratie van bijvoorbeeld Baas wordt de samenhang van de overleggen door de werking van het stelsel van onderlinge claims als volgt zichtbaar. In de claimadministratie zijn systematisch, per onderneming, per K&L-werk, tegoeden en schulden vastgelegd en is per onderneming doorlopend een sub totaal van de ten opzichte van Baas openstaande tegoeden en schulden over meerdere K&L-werken verspreid over Nederland berekend en vastgelegd.⁵² De claim die op een bepaalde andere onderneming in het ene project is opgebouwd, wordt in de administratie derhalve direct verrekend met de claim ten opzichte van diezelfde onderneming naar aanleiding van een ander project. Over meerdere projecten, verspreid over heel Nederland, kon Baas op deze manier voortdurend zicht houden op de totaalstand van de claims ten opzichte van andere ondernemingen die deelnamen aan overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken.
58. Door het per onderneming administreren van onderlinge claims ontstond tevens samenhang tussen overleggen op verschillende plaatsen in Nederland. Ondernemingen die in geheel Nederland actief waren, zoals Baas en NBM Leidingbouw, legden in één administratie, per onderneming de claims vast uit overleggen gehouden op verschillende momenten en verschillende plaatsen in Nederland. Na ieder overleg wijzigde daarmee het totaalsaldo van claims ten opzichte van de aan dat overleg deelnemende ondernemingen. Dit totaalsaldo vormde vervolgens weer het uitgangspunt bij een volgend overleg, op een andere plaats, waarbij men één van de in de schaduwadministratie opgenomen ondernemingen trof. Op deze wijze beïnvloedde de uitkomst van het ene overleg op de ene plaats in Nederland het overleg op de andere plaats in Nederland en ontstond via de werking van de onderlinge claims één landelijk samenhangend systeem van overleggen over K&L-werken.
59. Het periodiek verrekenen of “clearen” van uitstaande claims, opgebouwd in afzonderlijke overleggen over een langere periode, blijkt ook uit de claimadministraties. De claimadministraties van bijvoorbeeld Prinssen en Vloeigas (onderdeel van Dura Vermeer⁵³), die door Dura Vermeer in het

⁵¹ Het betreft onder andere Alsema B.V.: 4146_2/3, H4A: 4146_8/2 (00234002000001), Rasenberg: 4146_12/2 (00308002000003), VBK: 4146_16/1 (00337001000001), Heijmans, 4146_7/7 (00040007000186), LBU, 4146_11/1, KWWS 4146_10/11 (00035012000005), De Bruijn: 4146_23/1 (bijlage 1 en Van der Steen: 4146_19/2 (antwoord 5, onder h).

⁵² Zie de schaduwadministratie van Baas: 4146_1/7 en de toelichting op de schaduwadministratie door de voormalig algemeen directeur van Baas en van het Hoofd Bedrijfsbureau van Baas Infratechniek : 4146_1/49 en 4146_15/28.

⁵³ Prinssen en Vloeigas zijn de voormalige namen van 2 vestigingen van Vermeer Leidingen B.V., respectievelijk te Kampen en te Cruquius.

kader van haar clementieverzoek aan de NMa zijn overhandigd, omvatten “clearinglijsten”. Deze lijsten betreffen overzichten waarin claims opgebouwd in meerdere overleggen over K&L-werken, verspreid in Nederland, per onderneming zijn getotaliseerd ten behoeve van de jaarlijkse verrekening.⁵⁴ Ook de schaduwadministratie van BAM bevat gegevens over verrekening. Zo is een overzicht “clearing 2002” opgenomen, dat betrekking heeft op BAM-werkmaatschappij De Ruiter Aannemingsmaatschappij B.V. (De Ruiter Aannemingsmaatschappij B.V. hierna: “De Ruiter”).⁵⁵ Dit overzicht laat een totaalstand per 17 februari 2001 zien van vorderingen en schulden van De Ruiter ten opzichte van andere K&L-ondernemingen die deelnamen aan overleggen. Bij dit overzicht is een specificatie opgenomen waaruit de berekening van het uitstaande saldo per onderneming blijkt. Ook de handgeschreven notities van afzonderlijke overleggen in de schaduwadministratie van NBM Leidingbouw (BAM) bevatten verwijzingen naar het verrekenen, bijvoorbeeld⁵⁶: “*dearen in landelijke staffel*”. Ook in de claimadministratie van Baas is onder de omschrijving “CLEARING” zichtbaar dat op gezette tijden met ondernemingen waarmee afspraken zijn gemaakt de open staande claimstanden verrekend zijn.⁵⁷

60. Dura Vermeer geeft in een ondertekende schriftelijke verklaring over de samenhang tussen overleggen aan⁵⁸: “*Vooroverleg per project diende om te komen tot een evenwichtige inzet van capaciteit. Een dergelijke inzet van capaciteit kan logischerwijze alleen maar geschieden als de verdeling van een project in relatie wordt gebracht met verdeling van andere projecten. Dat is precies wat gebeurde in de verschillende segmenten van de bouw, waar netwerken van afspraken tussen ondernemingen over en weer bestonden die de afspraken terzake van de verdeling van individuele projecten met elkaar in verband brachten.*” Ook verklaart Dura Vermeer daarover⁵⁹: “*In die zin zijn alle individuele afstemmingen in feite met elkaar verbonden: omzettegoeden en “vergoedingen” toegekend tijdens vooroverleg in het ene geval hadden slechts waarde, indien zij bij later vooroverleg op enigerlei wijze als inzet konden worden gebruikt.*”
61. Rasenberg meldt in een ondertekende schriftelijke verklaring⁶⁰: “*In wisselende samenstellingen, afhankelijk van de uitnodigingen tot aanbidding, werd op basis van omzet-staffels het werk geregeld. Hierbij*

⁵⁴ Zie de clearinglijsten van Prinssen en Vloeigas (beide Dura Vermeer), die de stand van claims per 9 november 2001 weergeven: 4146_5/10 (00037013000002); Prinssen: 4146_5/13 (00037019000012 tot en met 00037019000015) en Vloeigas: 4146_5/13 00037019000017 tot en met 00037019000030).

⁵⁵ 4146_4/19 (39510140000328 tot en met -0333). Ook 38020001969 tot en met -2015 en 38020002255 tot en met -2307 geven inzicht in het bijhouden van (sub-)totaalstanden van claims en het periodiek verrekenen ervan.

⁵⁶ 4146_4/12 (00038020000009 en 00038020000031, -036, -037 en -054A). Zie ook Verslag van Ambtshandelingen over verwijzingen naar “clearing” in schaduwboekhouding NBM Leidingbouw (BAM): 4146_1/45.

⁵⁷ Prinssen (Dura Vermeer): 4146_5/13 (00037019000012 tot en met 00037019000015) en Vloeigas (Dura Vermeer): 4146_5/13 00037019000017 tot en met 00037019000030) en Baas: 4146_1/7 (zie bijvoorbeeld 04146170420011, -014, -022, -025 en 026) en de toelichting op de schaduwadministratie van de voormalig algemeen directeur van Baas: 4146_1/49.

⁵⁸ 4146_5/9 (00037009000004).

⁵⁹ 4146_5/9 (00037009000012).

⁶⁰ 4146_12/2 (00308002000003).

werd op basis van opgebouwde rechten (omzet-tegoeden op de andere deelnemers) de aannemer toegewezen die als laagste mocht inschrijven.”

62. Een (adjunct-) directeur van Imtech Nettenbouw B.V. (Imtech Nettenbouw B.V. hierna: “Imtech”), die direct betrokken was bij overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken, geeft in een ondertekende schriftelijke verklaring aan: *“In ieder geval als wij erbij waren, werd er gewerkt met claimbestanden, volgens het principe “werk voor werk”.”*
63. In een ondertekende schriftelijke verklaring omschrijft KVWS de werking van het stelsel van claims en de jaarlijkse verrekening⁶¹: *“De eerderbedoelde claims werden door de individuele bedrijven bijgehouden in eigen claimregistraties. Opgebouwde claimrechten werden ingezet om werk te verkrijgen. Deze claimrechten werden uitgedrukt geldbedragen en door de ondernemingen gebruikt om werk te verkrijgen. Eén keer per jaar werden uitstaande claims “gedleared”. Het lag in de bedoeling van de betrokken ondernemingen dat de claimrechten uiteindelijk altijd tegen elkaar konden worden weggestreept.”*
64. Over het verrekenen van claims geeft Heijmans in een ondertekende schriftelijke verklaring aan⁶²: *“De “vorderingen en schulden” die resulteerden uit het vooroverleg werden “gedleared”.”* Verder verklaart Heijmans⁶³: *“De op vestigingsniveau gemaakte afspraken in het vooroverleg werden doorgegeven aan één en dezelfde persoon binnen Heijmans. Dit werd telefonisch of per fax doorgegeven. Deze persoon hield een registratie bij van alle aannemers waarop Heijmans een vergoeding of schuld had. Omdat de verschillende vestigingen van Heijmans met dezelfde aannemers in het vooroverleg zaten konden op hetzelfde niveau vorderingen en schulden tegen elkaar weggestreept worden. Het gebeurde echter ook wel dat op vestigingsniveau vorderingen en schulden weggestreept werden en dus niet aan één en dezelfde persoon werden doorgegeven. Eén of een aantal maal per jaar werd op deze wijze het saldo van de vordering of schuld per aannemer bepaald en werd hiervan een overzicht opgesteld. De berekende saldi van vorderingen en schulden werden meegenomen naar het overzicht van het volgende jaar.”* Uit deze verklaring blijkt tevens dat ook Heijmans de claims ten opzichte van andere ondernemingen, waarmee door de verschillende lokale vestigingen van Heijmans afspraken waren gemaakt, in een centrale registratie bijhield, waardoor samenhang ontstond tussen overleggen die op verschillende plaatsen in Nederland waren gehouden.
65. De onderlinge samenhang van de overleggen wordt tevens bevestigd door de ondertekende schriftelijke verklaring van Heijmans, waaruit blijkt dat ondernemingen zelfs deelnamen aan overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken zónder dat zij daadwerkelijk interesse hadden in de verwerving van die betreffende werken, maar slechts met het opbouwen van claims als doel. Door de aldus opgebouwde claims nam de kans van deze onderneming op

⁶¹ 4146_10/11 (00035012000005).

⁶² 4146_7/7 (00040007000179).

⁶³ 4146_7/7 (00040007000179).

toekomstig werk toe. Heijmans⁶⁴: *“Ook als men geen interesse had in het uitvoeren van het werk nam men vaak deel aan het overleg. Op die manier kon men bij de volgende inschrijving ten opzichte van de overige partijen proberen een aanspraak geldend te maken om “nu eens aan de beurt te komen”.”*

66. De hierboven weergegeven citaten uit ondertekende schriftelijke verklaringen en gegevens uit schriftelijke vastleggingen van overleggen in schaduwadministraties bevestigen en versterken elkaar en worden verder bevestigd door ondertekende schriftelijke verklaringen van andere ondernemingen.⁶⁵ Op grond van deze bewijsmiddelen staat vast dat door de werking van de onderlinge claims de overleggen één onlosmakelijk geheel vormden, doordat claims opgebouwd in het ene overleg door ondernemingen ingezet konden worden in een volgend overleg om als rechthebbende op het werk aangewezen te worden. Ondernemingen hielden in de regel totaalstanden bij van claims op andere ondernemingen, opgebouwd in afzonderlijke overleggen over een langere periode verspreid over het hele land, ten behoeve van periodieke verrekening (of “clearing”), waarbij het na verrekening resterende saldo het uitgangspunt vormde voor toekomstige overleggen.

Het gemeenschappelijke doel van de overleggen

67. De afzonderlijke overleggen hielden bovendien verband met elkaar doordat in de afzonderlijke overleggen telkens eenzelfde doel werd nagestreefd, namelijk het onderling verdelen van K&L-werken in Nederland en het afstemmen van het inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken. De afzonderlijke overleggen hadden derhalve voor de deelnemende ondernemingen als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van K&L-werken in Nederland en het afstemmen van het inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken. Dit blijkt uit meerdere bewijsmiddelen, waaronder de hierna geciteerde ondertekende schriftelijke verklaringen.
68. Heijmans verklaart over het doel van overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken⁶⁶: *“Het vooroverleg was bedoeld om tot prijs- en marktverdelingsafspraken tussen de aanbieders te komen.”*
69. BAM verklaart over het doel van de afzonderlijke overleggen over K&L-werken⁶⁷: *“De inbreuk waarop de dementiemelding van BAM betrekking heeft betreft het structureel deelnemen aan vormen van vóóroverleg en afspraken bij (openbare of onderhandse) aanbestedingen van werken in de betrokken sector in Nederland, gericht op het verdelen van capaciteit en werk, waarbij tevens prijsafspraken zijn gemaakt.”*

⁶⁴ 4146_7/7 (00040007000176).

⁶⁵ Zie onder meer Koop: 4146_9/12 (00407032000002), TBI: 4146_15/18 (00039033000004), BAM: 4146_4/11 (bijlage III.13, 00038017001718), Siers: 4146_13/2 (00235002000002), De Voogd: 4146_18/1 (00491016000002) en Van der Steen: 4146_19/2 (antwoord 5, onder f), De Bruijn: 4146_23/1 (bijlage 1 [Vertrouwelijk]) en ex-directeur van Hebo: 4146_1/9 en 4146_1/26.

⁶⁶ 4146_7/13 (0040018000012).

⁶⁷ 4146_4/11 (00038017000033 en 00038017000046).

70. KVWS verklaart over het doel van de overleggen⁶⁸: *“Kort gezegd betreft het marktverdeling en prijsafspraken in het kader van aanbestedingen. Het primaire doel van deze afspraken was met name het verdelen van opdrachten, het tegengaan van prijserosie en reduceren van inschrijvingsrisico’s”. Daarnaast blijkt uit de schriftelijke verklaring van KVWS dat met de afzonderlijke overleggen telkens eenzelfde doel werd nagestreefd⁶⁹: “In alle gevallen was ook het doel van het vooroverleg in essentie hetzelfde: het verdelen van het – in aanbestedingsmarkten onvermijdelijk – discontinue aanbod onder de aanbieders met het oogmerk de continuïteit te waarborgen en leegloopverliezen te voorkomen. De diverse staffel- en claimsystemen hadden geen ander doel dan dat.”*
71. De verklaring van Siers Leiding- Montageprojecten Oldenzaal B.V. (Siers Leiding- Montageprojecten Oldenzaal B.V. hierna: “Siers”) geeft eveneens het gemeenschappelijke doel weer dat met de afzonderlijke overleggen telkens opnieuw werd nagestreefd⁷⁰: *“Het systeem bestond uit verevening van werktegoeden. Daarvoor bestond een toerbeurtsysteem dat ten doel had te waarborgen dat de bedrijven ieder voldoende onderhanden werk zouden hebben.”*
72. Op basis van de hierboven aangehaalde ondertekende schriftelijke verklaringen, die bevestigd worden door vergelijkbare ondertekende schriftelijke verklaringen van andere ondernemingen⁷¹, staat vast dat de afzonderlijke overleggen met elkaar samenhangen doordat ze een gemeenschappelijk doel van de deelnemende ondernemingen dienden: het onderling verdelen van K&L-werken en het afstemmen van het inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken.

Conclusie: één systeem van afstemming

73. Op grond van de hierboven beschreven bewijsmiddelen, die bovendien bevestigd worden door ondertekende schriftelijke verklaringen van andere ondernemingen⁷², staat vast dat de overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken één landelijk systeem van afstemming vormden waarbij K&L-werken in Nederland voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen onderling werden verdeeld en het inschrijfgedrag telkens onderling werd afgestemd. De overleggen vormden één landelijk systeem door de werking van de onderlinge claims en doordat de overleggen uiting waren van een gemeenschappelijk doel van de deelnemende ondernemingen: het

⁶⁸ 4146_10/11 (00035012000002).

⁶⁹ 4146_10/9 (00035010000002).

⁷⁰ 4146_13/2 (00235002000002).

⁷¹ Zie de verklaring van Stam en Co. Kommunikatiesystemen B.V. (Stam): 4146_14/1 (blad 6), Koop 4146_9/12 (00407032000001) en Dura Vermeer 4146_5/9 (00037009000003).

⁷² Zie ook vergelijkbare verklaringen over het systeem van afstemming van A. Hak Infranet B.V. (Hak): 4146_6/1, H4A: 4146_8/1 (blad 6 en bijlage 1, 00234002000001 en -002), Rasenberg: 4146_12/2 (00308002000002), VBK: 4146_16/1 (00337001000001), Van Gelder: 4146_17/4 (00523004000007, blad 6 en 00523004000012 en -013, bijlage 1) en 4146_17/5 (00523005000007, blad 6 en 00523005000012 en -013, bijlage 1), De Voogd: 4146_18/1 (00491016000002) en 4146_18/3 (begeleidende brief), Van der Steen: 4146_19/2 (blad 6).

onderling verdelen van K&L-werken en het afstemmen van het inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken.

5.3 Omvang van het systeem van afstemming

74. De overleggen vormden één landelijk systeem van afstemming over K&L-werken, waarbij voorafgaand aan vrijwel alle onderhandse en openbare aanbestedingen van K&L-werken in Nederland overleg plaatsvond en nagenoeg alle ondernemingen die K&L-werken uitvoerden daaraan mee deden, ongeacht hun omvang of werkgebied. Dit gold zowel voor K&L-werken die werden aangenomen in de vorm van contracten op basis van aanneemsom als voor K&L-werken die werden aangenomen in de vorm van contracten op basis van eenheidsprijzen, zoals raamcontracten.⁷³ Dit blijkt uit meerdere bewijsmiddelen, die hierna besproken worden.
75. Verschillende schaduwadministraties tonen het landelijke karakter van het systeem en het grote aantal projecten waarop het betrekking had. Deze schaduwadministraties bevatten vastleggingen van afspraken over honderden projecten, waarover overleg heeft plaatsgevonden. In de projectomschrijving en/of de aanduiding van de opdrachtgever in deze schaduwadministraties is in vele gevallen een plaatsnaam of regio-aanduiding opgenomen. Hieruit blijkt dat overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken bij een groot aantal projecten verspreid over heel Nederland plaatsvond.⁷⁴ Uit de data van overleg die in deze administraties staan vermeld, blijkt een hoge frequentie van overleg, waarbij het voorkwam dat op één dag over meerdere projecten overleg werd gevoerd.
76. Dura Vermeer bevestigt in haar ondertekende schriftelijke verklaring dat sprake was van een landelijk systeem van afstemming over K&L-werken, dat gekenmerkt werd door een hoge frequentie van overleg: *“Het systeem heeft zich in de loop der jaren steeds verder ontwikkeld tot een totale landelijke stilzwijgende consensus tussen bouwondernemingen ten aanzien van het verdelen van projecten. (...) Die evenwichtige verdeling kon vanzelfsprekend niet bereikt worden door een of enkele projecten te verdelen maar enkel door een langdurige structurele afstemming terzake van dergelijke verdelingen.”*⁷⁵ Verder verklaart Dura Vermeer⁷⁶: *“Met name in het segment Kabels en Leidingen is het uiterst moeilijk zo niet*

⁷³ Bij contracten tegen eenheidsprijzen, zoals raamcontracten vinden betalingen tussen opdrachtgever en aannemer plaats op basis van vooraf bepaalde eenheidsprijzen per uitgevoerde handeling. Het aantal eenheidsprijzen varieert van enkele honderden tot duizenden per contract. Over het algemeen worden contracten tegen eenheidsprijzen aangegaan voor een bepaald gebied en hebben zij betrekking op een vooraf vastgestelde periode (meestal één of twee jaar). Zie onder meer de Richtlijn Nutssectoren en de verklaring van BAM: 4146_4/ 11 (bijlage III.13, 00038017001718) en 4146_4/ 36 (pag. 4 tot en met 6).

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld de schaduwboekhoudingen van Baas: 4146_1/7, NBM Leidingbouw (BAM): 4146_4/ 12 (00038020000001 tot en met 00038020002307), Prinssen (Dura Vermeer): 4146_5/ 13 (00037019000012 tot en met 00037019000015) en Vloeigas (Dura Vermeer): 4146_5/ 13 00037019000017 tot en met 00037019000030) en het Verslag van Ambtshandelingen over geografische spreiding K&L-werken in schaduwboekhoudingen NBM Leidingbouw en Baas: 4146_1/ 44.

⁷⁵ 4146_5/9 (00037009000007 en -008).

⁷⁶ 4146_5/9 (00037009000024).

onmogelijk te achterhalen welke projecten er zijn geweest en of er vooroverleg heeft plaatsgevonden en, zo ja, wat de resultaten daarvan waren. Het aantal projecten waarin vooroverleg plaatsvond liep jaarlijks in de honderden.” en ⁷⁷: “ (...) niet alleen de grotere bouwondernemingen (...), maar ook de middelgrote en kleinere bouwondernemingen die in grote getale ook structureel hebben deelgenomen aan de afstemming die het voorwerp is van het onderhavige dementieverzoek.”

77. Ook BAM geeft in een ondertekende schriftelijke verklaring aan dat het systeem van afstemming vrijwel alle K&L-werken omvatte ⁷⁸: *“Er valt geen andere structuur aan te wijzen dan dat vooroverleg een wijdverbreide praktijk is geweest die men als één systeem of een cultuur kan aanmerken.”* En ⁷⁹: *“Het verschijnsel van vóóroverleg was algemeen en sectorbreed. In meer dan 95% van de gevallen van bestedingen vond vóóroverleg plaats of werd in elk geval gesproken of vóóroverleg kon plaatsvinden; in feite deed nagenoeg iedereen daaraan mee.”*
78. KVWS geeft in een ondertekende schriftelijke verklaring aan dat het systeem vrijwel alle K&L-werken omvatte en dat vrijwel alle ondernemingen die zich bezig hielden met het uitvoeren van K&L-werken aan het systeem deelnamen: *“Het dementieverzoek heeft niet betrekking op concrete aanbestedingen maar op een sectorbrede structuur.”*⁸⁰ Verder: ⁸¹: *“Door de betrokken ondernemingen werd in het kader van aanbestedingen in de regel vooroverleg gevoerd over alle mogelijke projecten.”* En ⁸²: *“Frappant is ook dat bij alle hierna te bespreken “systemen” altijd (nagenoeg) alle ondernemingen in het betrokken marktsegment betrokken waren. (...) Waar in sommige gevallen het vooroverleg “mislukte” omdat “outsiders” aan de aanbesteding deelnamen, betrof het in bijna alle gevallen “outsiders” die wanneer het hen uitkwam wél deelnamen aan het vooroverleg. Ondernemingen van enige omvang binnen de bouwsector die nooit hebben deelgenomen aan vooroverleg zijn niet bekend.”*
79. Aanvullend heeft een direct betrokken statutair directeur van Visser & Smit Hanab B.V. (onderdeel van KVWS), ten overstaan van ambtenaren van de NMA over het door KVWS overlegde schriftelijk overzicht van ruim 100 aan het systeem van afstemming deelnemende ondernemingen⁸³, dat aan hem werd voorgelegd, verklaard: *“Op die lijst die ik gegeven heb zijn allemaal bedrijven die mee hebben gedaan aan het overleg, structureel, kleine en grote. Als je een bestek hebt, dan heb je recht op jouw aandeel en dan deden ze ook mee”*. De verklaring is door ambtenaren van de NMA op schrift vastgelegd, door de betrokkene ondertekend en opgenomen in een Verslag van Ambtshandelingen.⁸⁴

⁷⁷ 4146_5/9 (00037009000008).

⁷⁸ 4146_4/11 (00038017000034 en 00038017000046).

⁷⁹ 4146_4/11 (00038017000034 en 00038017000046).

⁸⁰ 4146_10/11 (00035012000006).

⁸¹ 4146_10/11 (00035012000003).

⁸² 4146_10/9 (00035010000002).

⁸³ 4146_10/11 Bijlage F1 (00035012000007 en -008).

⁸⁴ 4146_10/32

80. Over het type aanbestedingen waarbij het systeem werd toegepast meldt Dura Vermeer in een ondertekende schriftelijke verklaring⁸⁵: *“Opdrachten in deze sector werden voornamelijk gegund door middel van onderhandse aanbesteding althans aanbesteding met voorselectie. Er werd zoveel mogelijk afgestemd zowel in geval van openbare als onderhandse aanbestedingen als aanbesteding met voorselectie.”* Voorts verklaart Dura Vermeer⁸⁶: *“Het kabel- en leidingensegment bestaat voor 90% uit onderhandse aanbestedingen en openbare aanbestedingen met voorselectie.”*⁸⁷
81. De ondertekende schriftelijke verklaring van Van den Berg Infrastructuur B.V. (onderdeel van BAM; Van den Berg Infrastructuur B.V. hierna: “Van den Berg”) sluit hierbij aan⁸⁸: *“Voor het overgrote deel van de openbare en onderhandse aanbestedingen werd een vooroverleg georganiseerd.”*
82. Ook de voormalig algemeen directeur van Baas, die direct bij overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken betrokken was, heeft ten overstaan van ambtenaren van de NMa verklaard: *“Op de vraag of er verschil was hoe omgegaan werd met openbare en onderhandse aanbestedingen, verklaar ik dat voor beide type aanbestedingen vooroverleg werd gevoerd, dat maakte geen verschil. Met openbare aanbestedingen wist je ook wel wie er meedeed omdat de opdrachtgevers een registratie had van de bestekaanvragen.”* De verklaring is door ambtenaren van de NMa op schrift vastgelegd, door de betrokkene ondertekend en opgenomen in een Verslag van Ambtshandelingen.⁸⁹
83. H4A geeft aan uitsluitend op de onderhandse markt actief te zijn en geeft daarover in een ondertekende schriftelijke verklaring aan⁹⁰: *“H4A Leidingen BV heeft meegedaan aan de capaciteitsverdeling van werken. Dit omvat nagenoeg alle werken die in de periode van 1 januari 1998 tot eind 2001 onderhands zijn aanbesteed op het gebied van Kabels en Leidingen.”* Voorts verklaart H4A⁹¹: *“De inschatting is dat voor nagenoeg alle werken die onderhands werden aanbesteed het systeem werd toegepast.”*

⁸⁵ 4146_5/9 (00037009000017 en 00037009000018).

⁸⁶ 4146_5/9 (00037009000022).

⁸⁷ Op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de Nederlandse aanbestedingswetgeving is als soort aanbestedingsprocedure te onderscheiden een niet-openbare aanbestedingsprocedure, ook wel genoemd een aanbesteding met voorafgaande selectie. Dit is een procedure in twee rondes, die algemeen bekend wordt gemaakt. In de eerste ronde kan iedere geïnteresseerde aanbieder zich als gegadigde aanmelden. Tot de tweede ronde (de eigenlijke inschrijving) wordt door de opdrachtgever een aantal gegadigden (ten minste drie) toegelaten dat aan de door de opdrachtgever opgestelde criteria voldoet.

⁸⁸ 4146_4/11 (00038017001718).

⁸⁹ 4146_1/49.

⁹⁰ 4146_8/2 (00234002000001).

⁹¹ 4146_8/2 (00234002000001).

84. Over aanbestedingen in de vorm van raamcontracten, meldt Siers⁹² met betrekking tot het marktsegment leidingbouw in een ondertekende schriftelijke verklaring: *“Daarnaast werden in dit marktsegment jaarlijkse raamcontracten aanbesteed. Voor dergelijke raamcontracten vond wel eens vooroverleg plaats. Een raamcontract had daarbij doorgaans betrekking op een bepaald geografisch gebied en bestond uit een lijst met eenheidsprijzen.”*
85. Ook Van den Berg (BAM) heeft ten overstaan van ambtenaren van de NMa verklaard dat het systeem werd toegepast op K&L-werken in de vorm van verschillende typen contracten⁹³: *“het betrof in principe alle contracten van enige omvang die werden aanbesteed.”*, en expliciteert: *“Het betrof zowel contracten tegen een aanneemsom als alle andere soorten contracten tegen eenheidsprijzen.”* *“Contracten tegen eenheidsprijzen betreft werk dat wordt afgerekend op basis van handeling. Bijvoorbeeld het graven van een meter geul. Die contracten worden over het algemeen aanbesteed.”* Van den Berg bevestigt in haar verklaring dat raamcontracten contracten tegen eenheidsprijzen zijn.⁹⁴ De verklaring is door ambtenaren van de NMa op schrift vastgelegd, door de betrokkene ondertekend en opgenomen in een Verslag van Ambtshandelingen.
86. Ten overstaan van ambtenaren van de NMa hebben verder ook de voormalig algemeen directeur van Baas en het Hoofd Bedrijfsbureau van Baas Infratechniek, die beide direct betrokken zijn geweest bij overleggen die zijn vastgelegd in de schaduwboekhouding van Baas, verklaard dat ook over raamcontracten overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken plaatsvond. De verklaringen zijn door ambtenaren van de NMa op schrift vastgelegd, door de betrokkenen ondertekend en opgenomen in Verslagen van Ambtshandelingen. Naar aanleiding van een in de schaduwadministratie vermeld contract tegen eenheidsprijzen, dat hem tijdens zijn verhoor is voorgelegd, verklaart de voormalig algemeen directeur van Baas over raamcontracten⁹⁵: *“Over dit soort contracten werd natuurlijk ook vooroverleg gevoerd”*. Het Hoofd Bedrijfsbureau verklaart, naar aanleiding van de hem tijdens zijn verhoor getoonde vermelding van een eenheidsprijzencontract in de schaduwadministratie van Baas⁹⁶: *“Bij mijn weten is er bij grote raamcontracten (contracten op basis van eenheidsprijzen) geprobeerd om eruit te komen in vooroverleg maar lukte dat bijna nooit omdat het zulke grote pakketten waren. In de begin periode kwam het wel eens ter sprake in vooroverleg. Voor de kleinere raamcontracten lukte dat wel en was er wel nog vooroverleg geweest.”*
87. De hierboven weergegeven gegevens uit schriftelijke vastleggingen van overleggen in schaduwadministraties en ondertekende schriftelijke verklaringen bevestigen en versterken elkaar en

⁹² 4146_13/2 (00235002000001).

⁹³ 4146_4/36 (pag. 4 en 5).

⁹⁴ 4146_4/36 (pag. 4).

⁹⁵ 4146_1/49.

⁹⁶ 4146_15/28.

worden tevens bevestigd door ondertekende schriftelijke verklaringen van andere ondernemingen.⁹⁷ Op grond van deze bewijsmiddelen staat vast dat de overleggen één landelijk systeem van afstemming over K&L-werken vormden, waarbij voorafgaand aan vrijwel alle onderhandse en openbare aanbestedingen van K&L-werken in Nederland overleg plaatsvond en nagenoeg alle ondernemingen die K&L-werken uitvoerden daaraan mee deden, ongeacht hun omvang of werkgebied. Dit gold zowel voor K&L-werken die werden aangenomen in de vorm van contracten op basis van aanneemsom als voor K&L-werken die werden aangenomen in de vorm van contracten op basis van eenheidsprijzen, zoals raamcontracten.

5.4 Duur van het systeem van afstemming

88. Het systeem van afstemming over de inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken heeft in elk geval in de periode van 1 januari 1998 tot en met december 2001 bestaan. Uit een aantal gegevens in schaduwboekhoudingen en ondertekende schriftelijke verklaringen blijkt dat het systeem van afstemming reeds vóór 1 januari 1998 werkzaam was.⁹⁸ Echter de sanctiebevoegdheid van de NMA ten aanzien van artikel 6, eerste lid, Mw strekt zich niet uit tot mededingingsbeperkende gedragingen die hebben plaatsgevonden in de periode vóór 1 januari 1998. Mededingingsbeperkende gedragingen die zich vóór 1 januari 1998 hebben voorgedaan zijn derhalve in dit rapport niet in aanmerking genomen. Als aanleiding voor het beëindigen van het systeem van afstemming in de laatste maanden van 2001 wordt in ondertekende schriftelijke verklaringen verwezen naar de bekendmaking van de schaduwboekhouding van Koop Tjuchem en de uitzending van het televisieprogramma Zembla in november 2001.⁹⁹ De duur van het systeem van afstemming betrof derhalve in elk geval de periode van 1 januari 1998 tot en met december 2001. Het voorgaande blijkt uit meerdere bewijsmiddelen, waaronder de hierna geciteerde ondertekende schriftelijke verklaringen.
89. Van Gelder¹⁰⁰ geeft als periode voor het systeem van afstemming over K&L-werken aan: 1 januari 1998 tot 31 december 2001.
90. H4A¹⁰¹ verklaart over de duur van het systeem van afstemming: *“H4A Leidingen BV heeft meegeedaan aan de capaciteitsverdeling van werken. Dit omvat nagenoeg alle werken die in de periode van 1 januari 1998 tot eind 2001 onderhands zijn aanbesteed op het gebied van Kabels en Leidingen.”*

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld de verklaringen van KWWS: 4146_10/11 (00035012000002), TBI: 4146_15/18 (00039033000003), Van Gelder: 4146_17/4 (00523004000012) en 4146_17/5 (00523005000012), H4A: 4146_8/2 (00234002000001), Heijmans: 4146_7/7 (00040007000175 en 00040007000185) en Imtech: 4146_20/9 en 4146_20/16 en bijvoorbeeld de schriftelijke overzichten van K&L-werken van Hak: 4146_6/2 (00239002000005 tot en met 00239002000010) en Koop: 4146_9/8 (00407030000013 tot en met 00407030000039). Zie tevens de schaduwadministratie van Baas 4146_1/7.

⁹⁸ Zie bijvoorbeeld de schaduwboekhouding van BAM: 4146_4/12 (00038020000001 tot en met 00038020002307) en de verklaringen van Dura Vermeer: 4146_5/9 (00037009000007), Hak: 4146_6/1 en De Voogd: 4146_18/1 (00491016000002) en 4146_18/3.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld de verklaringen van Dura Vermeer: 4146_5/9 (00037009000008), Rasenberg: 4146_12/2 (00308002000004) en VBK: 4146_16/1 (00337001000001).

¹⁰⁰ 4146_17/4 (blad 9) en 4146_17/5 (blad 9).

91. Met betrekking tot de duur van het systeem van afstemming over K&L-werken verklaart BAM¹⁰²: *“Het verzoek betreft het structureel deelnemen aan vormen van vóóroverleg en afspraken bij openbare of onderhandse aanbestedingen van werken in deze sector in Nederland in de periode vanaf 1 januari 1998-heden, zij het dat BAM in het kader van haar onderzoek zelf geen inbreuken heeft aangetroffen die zich na 1 januari 2002 hebben voorgedaan.”*
92. KVWS¹⁰³ verklaart over de einddatum van het systeem van afstemming: *“Na de uitzending van Zembla van 9 november 2001 zijn deze afspraken in december 2001 beëindigd.”*
93. Op grond van de hiervoor aangehaalde ondertekende schriftelijke verklaringen, die worden bevestigd door vergelijkbare ondertekende schriftelijke verklaringen van andere ondernemingen en gegevens uit schriftelijke vastleggingen van overleggen in schaduwadministraties¹⁰⁴, staat vast dat het systeem van afstemming over de inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in elk geval in de periode van 1 januari 1998 tot en met december 2001 heeft bestaan.

5.5 Geografisch gebied waarbinnen het systeem van afstemming plaatsvond

94. Het geografisch gebied waarbinnen het systeem van afstemming over inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken werd toegepast betrof Nederland. Dit blijkt uit de hieronder aangehaalde bewijsmiddelen.
95. Een groot aantal van de ondernemingen die een clementieverzoek hebben ingediend met betrekking tot het systeem van afstemming over K&L-werken betreft ondernemingen die in heel Nederland deelnemen aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken.¹⁰⁵ Verder zijn de vestigingsplaatsen en de werkgebieden van de overige K&L-ondernemingen die een clementieverzoek hebben ingediend verspreid over heel Nederland.¹⁰⁶ Ook de vestigingsplaatsen van de door deze clementieverzoekers genoemde andere deelnemers aan het landelijke systeem van afstemming over K&L-werken zijn verspreid over heel Nederland.¹⁰⁷

¹⁰¹ 4146_8/2 (00234002000001).

¹⁰² 4146_4/11 (00038017000046).

¹⁰³ 4146_10/11 (00035012000003).

¹⁰⁴ Zie de schaduwadministratie van Baas: 4146_1/7 en de verklaringen van Alsema: 4146_2/3 (blad 9), Imtech: 4146_20/9 en 4146_20/16 en De Bruijn: 4146_23/1.

¹⁰⁵ Bijvoorbeeld KVWS: 4146_10/4 en 4146_10/11 (00035012000002), Van Gelder: 4146_17/4 (blad 8, 00523004000009) en 4146_17/5 (blad 8, 00523005000009) en Hak: 4146_6/1 (blad 8).

¹⁰⁶ Bijvoorbeeld Rasenberg: 4146_12/1, Bijlage 2 (diverse vestigingen in Zuid-Nederland); Stam: 4146_14/1 (Noord-Holland); De Voogd: 4146_18/1 (Zeeland).

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld het overzicht van deelnemers aan het systeem van KVWS: 4146_10/11 (Bijlage F1).

96. BAM geeft in een ondertekende schriftelijke verklaring aan over het geografisch gebied waarbinnen het systeem van afstemming over K&L-werken werd toegepast¹⁰⁸: *“Het verzoek betreft het structureel deelnemen aan vormen van vóóroverleg en afspraken bij openbare of onderhandse aanbestedingen van werken in deze sector in Nederland.”*
97. De ondertekende schriftelijke verklaring van Dura Vermeer over het geografisch gebied is gelijkkluidend¹⁰⁹: *“De overtreding, waarop het dementieverzoek betrekking heeft, betreft structurele afstemming tussen bouwondernemingen in wisselende samenstellingen terzake van opdrachten die door middel van aanbestedingen werden gegund in de Nederlandse bouwsector.”*
98. Dat de geografische omvang van het systeem van afstemming heel Nederland omvatte wordt verder bevestigd in andere ondertekende schriftelijke verklaringen.¹¹⁰
99. Deze verklaringen worden bovendien bevestigd door de gegevens in schaduwadministraties waarover de NMa beschikt. De vele honderden K&L-werken waarover in deze administraties afspraken van overleggen tussen deelnemers aan het systeem van afstemming zijn vastgelegd zijn verspreid over geheel Nederland. Dit blijkt uit de omschrijving van het K&L-werk en de opdrachtgever, waarbij in de regel een plaatsnaam is vermeld in de administraties.¹¹¹
100. Op grond van de hierboven gepresenteerde bewijsmiddelen en gelijkkluidende ondertekende schriftelijke verklaringen van deelnemers aan het systeem van afstemming, waarbij de gegevens uit schaduwadministraties en verklaringen elkaar bevestigen en versterken, staat vast dat het systeem van afstemming over K&L-werken werd toegepast in heel Nederland.

5.6 Vaststelling van de Deelnemende ondernemingen

101. Artikel 59, tweede lid, Mw verlangt dat wordt vastgesteld welke ondernemingen de overtreding hebben begaan. De NMa heeft onderzoek gedaan naar de individuele deelname van ondernemingen aan het systeem van afstemming over K&L-werken. Dit onderzoek is verricht op basis van de in hoofdstuk 3 beschreven categorieën bewijsmiddelen waarover de NMa beschikt, namelijk:
- ondertekende schriftelijke verklaringen¹¹²;
 - schaduwadministraties;
 - schriftelijke opgaven van de identiteit van de andere ondernemingen die deel hebben genomen aan overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken;

¹⁰⁸ 4146_4/11 (00038017000046).

¹⁰⁹ 4146_5/9 (00037009000003).

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld Alsema: 4146_2/3 (blad 8), GMB: 4146_22/1 (blad 8) en Van der Steen: 4146_19/2 (blad 8).

¹¹¹ Schaduwadministratie Baas : 4146_1/7, schaduwadministratie BAM: 4146_4/12 en het Verslag van Ambtshandelingen over geografische spreiding van K&L-werken in schaduwadministraties van Baas en NBM Leidingbouw: 4146_1/44.

¹¹² Hieronder ook begrepen mondelinge verklaringen, afgelegd ten overstaan van en op schrift vastgelegd door ambtenaren van de NMa, waarna ze door de betrokkenen zijn ondertekend en zijn opgenomen in Verslagen van Ambtshandelingen.

- d) schriftelijke overzichten van K&L-werken waarover overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen heeft plaatsgevonden.
102. De in het vorige randnummer bedoelde bewijsmiddelen zijn door de NMa geanalyseerd. De gegevens uit het materiaal die zien op de deelnemers aan het systeem van afstemming en de werken die onderwerp van die afstemming waren, zijn ingevoerd in overzichten waarin dwarsverbanden in het van verschillende bronnen afkomstige materiaal zichtbaar konden worden gemaakt. Uit dit onderzoek blijkt dat de bewijsmiddelen afkomstig uit verschillende bronnen een grote overlap vertonen en elkaar derhalve bevestigen voor wat betreft de identiteit van ondernemingen die betrokken zijn bij het systeem van afstemming.
103. Ten aanzien van de clementieverzoekers geldt dat deelname is vastgesteld aan de hand van hun eigen verklaring en bevestiging daarvan in bewijsmiddelen die afkomstig zijn van één of meer andere bronnen, zoals de verklaringen van andere clementieverzoekers en het overige door de NMa vergaarde bewijsmateriaal. 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.
104. 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. Hun deelname aan overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken is bewezen verklaard op basis van bewijsmiddelen afkomstig van tenminste twee bronnen. Hierbij is onderzocht ten aanzien van welke ondernemingen door tenminste twee bronnen schriftelijk is verklaard¹¹³ dat zij deelnemer zijn aan overleg voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken. Voorts is onderzocht of deze bewijsmiddelen worden bevestigd in schaduwadministraties of schriftelijke overzichten van K&L-werken¹¹⁴ afkomstig van tenminste twee bronnen.
105. De frequentie van deelname aan overleggen is op zichzelf genomen niet bepalend voor de vaststelling van de deelname aan het systeem van afstemming. Immers, bij hetgeen in de randnummers 103 en 104 is vermeld, dient te worden bedacht dat de afzonderlijke overleggen en afspraken onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en één voortdurend systeem van afstemming vormen.¹¹⁵

¹¹³ Hieronder ook begrepen mondelinge verklaringen, afgelegd ten overstaan van en op schrift vastgelegd door ambtenaren van de NMa, waarna ze door de betrokkenen zijn ondertekend en zijn opgenomen in Verslagen van Ambtshandelingen.

¹¹⁴ Hieronder ook begrepen mondelinge verklaringen over K&L-werken, afgelegd ten overstaan van en op schrift vastgelegd door ambtenaren van de NMa, waarna ze door de betrokkenen zijn ondertekend en zijn opgenomen in Verslagen van Ambtshandelingen.

¹¹⁵ 86/398/EEG: Beschikking van de Commissie van 23 april 1986 inzake een procedure op grond van (oud) artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.149 - Polypropyleen), Publicatieblad Nr. L 230 van 18/08/1986 pag. 0001 – 0066.

5.7 Conclusie naar aanleiding van feiten en omstandigheden

106. Op grond van het voorgaande staat vast dat de Deelnemende ondernemingen, zoals genoemd in bijlage 1[Vertrouwelijk] bij dit rapport, in elk geval in de periode van 1 januari 1998 tot en met december 2001, op structurele basis, in wisselende samenstelling deel hebben genomen aan overleggen voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland. De overleggen hingen met elkaar samen en vormden gezamenlijk één systeem van afstemming tussen de Deelnemende ondernemingen over werkverdeling en over het inschrijfgedrag. Het gemeenschappelijke doel van deze gedragingen van de Deelnemende ondernemingen was het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland.

6 Beoordeling

6.1 Artikel 6, eerste lid, Mw

107. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen en/ of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens de wetgeschiedenis van de Mededingingswet sluit artikel 6, eerste lid, Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.¹¹⁶

6.2 Ondernemingen

108. De in bijlage 1[Vertrouwelijk] bij dit rapport genoemde ondernemingen hielden zich ten tijde van de gedragingen waarop dit rapport betrekking heeft, alle bezig met het uitvoeren van K&L-werken. 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.

6.3 Overeenkomst en/ of onderling afgestemd feitelijk gedrag

109. 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.¹¹⁷ Van een overeenkomst is volgens de Memorie van Toelichting op de Mededingingswet reeds sprake als tussen ondernemingen consensus bestaat om hun concurrentiegedrag te regelen.¹¹⁸

¹¹⁶ MvT Mw, Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 61.

¹¹⁷ GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 e.a., Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a. vs Commissie (PVCII), J.r. 1999, p. II-931, r.o. 715.

¹¹⁸ MvT Mw, Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 11.

110. 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.¹¹⁹ 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 in de zin van artikel 6 Mw komt, de risico’s van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.¹²⁰
111. 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
112. 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 afgestemde feitelijke gedraging kan ook bestaan uit een reeks van handelingen of een voortgezette gedraging.¹²² 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.¹²³
113. 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 onderling afgestemde feitelijke gedraging valt.¹²⁴ Derhalve kan een dergelijke overtreding als een overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gekwalificeerd, zonder dat gelijktijdig en

¹¹⁹ HvJEG 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.

¹²⁰ HvJEG 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries vs Commissie, Jur. 1972, p. 619, r.o. 64.

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 HvJEG 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.

¹²³ 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 HvJEG 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.

¹²⁴ HvJEG 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.

cumulatief behoeft te worden bewezen dat elk van de feitelijke bestanddelen zowel de karakteristieken van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertoont.¹²⁵

114. In het geval van langdurige kartels behoeft niet iedere uitvoeringshandeling een juridische kwalificatie te hebben. Zolang het gaat om uitvoeringshandelingen die gebaseerd zijn op een gemeenschappelijk doel, en dus zoals hierboven vastgesteld de voortgezette gedraging kan worden vastgesteld als één enkele inbreuk, kan het plan inclusief uitvoeringshandelingen in algemene zin als een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw worden gekwalificeerd.¹²⁶
115. De omstandigheid dat dit gemeenschappelijk doel in de onderhavige zaak ten uitvoer werd gelegd door de deelname aan overleggen voorafgaand aan individuele aanbestedingen betekent niet dat elk overleg voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw afzonderlijk moet worden onderzocht en juridisch gekwalificeerd. Bij opvolgende overleggen werden immers stelselmatig vergelijkbare afspraken gemaakt in het kader waarvan door de Deelnemende ondernemingen onderlinge “claims” werden opgebouwd, die vervolgens bij toekomstige overleggen konden worden ingezet. Om die reden vormen de overleggen gezamenlijk een onlosmakelijk geheel en moeten de in het kader daarvan gemaakte afspraken en gepleegde gedragingen als één enkele voortdurende inbreuk worden aangemerkt.
116. 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, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken 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 elk geval in de periode 1 januari 1998 tot en met december 2001.
117. 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 voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland, moeten deze gedragingen tezamen worden gezien als één voortgezette gedraging en behoeft deze niet gekwalificeerd te worden als uitsluitend een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging.¹²⁷
118. 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

¹²⁵ GvEA EG 24 oktober 1991, zaak T-1/89, Rhône-Poulenc SA vs Commissie, Jur. 1991, p. II-867, r.o. 127.

¹²⁶ 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.

¹²⁷ 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.

doelstelling, is aansprakelijk voor de gehele duur van haar deelname aan de gemeenschappelijke actie voor de gedragingen van de andere ondernemingen in het kader van dezelfde inbreuk. Dit is zeker het geval wanneer vaststaat dat de deelnemende onderneming de onwettige gedragingen van de andere deelnemers kende of deze redelijkerwijs had kunnen voorzien of kennen, en bereid was het risico te aanvaarden.¹²⁸

119. 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.¹²⁹
120. 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.¹³⁰
121. Bovenvermelde inbreuk is noodzakelijkerwijs het uitvloeisel van een samenwerking van de Deelnemende ondernemingen, die alle medeplegers aan de inbreuk zijn, maar wier individuele deelname verschillende vormen kan hebben afhankelijk van bijvoorbeeld de positie van elke onderneming in de markt. Het enkele feit dat elke onderneming op haar eigen wijze aan de inbreuk deelneemt, volstaat niet om haar aansprakelijkheid voor de gehele inbreuk uit te sluiten, daaronder begrepen voor gedragingen die in feite door andere Deelnemende ondernemingen zijn begaan, maar die hetzelfde mededingingsbeperkende doel of gevolg hebben.¹³¹
122. 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.¹³² Alle ondernemingen waarvan vaststaat dat zij aan overleggen 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 overleggen voortdurend opbouwen van "claims"

¹²⁸ HvJEG 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.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ HvJEG 7 januari 2004, zaak C-204/00 P e.a., Aalborg Portland A/Se.a. vs Commissie, n.n.g., r.o. 84.

¹³¹ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92P Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 79 en 80.

¹³² HvJEG 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.

door de Deelnemende ondernemingen. Om het systeem van afstemming in stand te houden hoeft een onderneming niet bij elk overleg aanwezig te zijn geweest. Na deelname aan een overleg 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 overleggen bij volgende aanbestedingen. Iedere Deelnemende onderneming wist en rekende er op dat bij toekomstige aanbestedingen het systeem werd toegepast. Op grond van de in hoofdstuk 5 vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat iedere deelnemende onderneming op de hoogte was van het bestaan, de werking en het gemeenschappelijke doel van het systeem van afstemming en daaraan heeft deelgenomen. Ieder individueel overleg van de Deelnemende ondernemingen was gericht op het gemeenschappelijke doel, namelijk het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland.

123. Dat het overleg in wisselende samenstelling plaatsvond, dat derhalve niet iedere deelnemende onderneming aanwezig was bij elk afzonderlijk overleg, dat er tussen de Deelnemende ondernemingen verschil zat in de frequentie van aanwezigheid bij overleggen en dat sommige ondernemingen elkaar nooit zijn tegengekomen in overleggen doet er niet aan af dat sprake is van één voortdurende inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. Derhalve zijn de 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, waaronder het maken van prijsafspraken, 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 bij aanbestedingen van K&L-werken heeft aangetoond¹³³, is derhalve voor de gehele duur van het systeem van afstemming aansprakelijk.
124. 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.¹³⁴
125. Op grond van het voorgaande in dit hoofdstuk en in hoofdstuk 5 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, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland. Hun vorenbedoelde gedragingen hangen nauw met elkaar samen, er is sprake

¹³³ Zie bijlage 1 bij dit rapport voor de lijst van de Deelnemende ondernemingen.

¹³⁴ HvJEG 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 HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, J.r. 1999, p. I-4125, r.o. 90.

van één systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemde 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.

126. Ten aanzien van ieder van de ondernemingen die in bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport genoemd worden als “Deelnemende ondernemingen” staat op grond van het voorgaande in dit hoofdstuk en in hoofdstuk 5 vast dat deze ondernemingen in elk geval in de periode van 1 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, waaronder prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland.

6.4 Verboden karakter van de gedragingen en afspraken

127. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst en/of onderling 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.
128. Op grond van de in hoofdstuk 5 vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland, het gemeenschappelijk doel was van de gedragingen van de Deelnemende ondernemingen.
129. 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.¹³⁵
130. 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.¹³⁶
131. Het systeem van afstemming, met als doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op

¹³⁵ 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.

¹³⁶ Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), PbEG 1992 L92/1, o.a. ov. 136; zie ook GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1995, p. II-289, en HvJEG 25 maart 1996, C-137/95P, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1996, p. I-1611.

aanbesteding van K&L-werken in Nederland, vormt, gelet op de analyse in paragraaf 6.3, één enkele voortgezette overtreding van de Deelnemende ondernemingen van artikel 6, eerste lid, Mw.

132. Gelet op het bovenstaande wordt vastgesteld, dat de onderhavige overeenkomsten en/ of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van de Deelnemende ondernemingen in elk geval 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 K&L-werken in Nederland te beperken. Door het voortdurend hanteren van een systeem van werkverdeling en afstemming van inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken, hebben de Deelnemende ondernemingen derhalve ten aanzien van de verwerving van K&L-werken in Nederland welbewust feitelijke samenwerking in de plaats gesteld van concurrentierisico's. Iedere Deelnemende onderneming wist en rekende er op dat bij toekomstige aanbestedingen het systeem werd toegepast.¹³⁷
133. Wanneer concurrenten voorafgaand aan een inschrijving op een aanbesteding afspraken maken met betrekking tot hun toekomstig inschrijfgedrag, is dit naar zijn aard in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.¹³⁸ Elke onderneming dient autonoom te bepalen wat zij als commercieel aantrekkelijk en haalbaar beschouwt, alsmede daaruit de consequentie voor haar eigen optreden te trekken.¹³⁹ Door voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding door middel van direct of indirect contact danwel overleg af te stemmen welke onderneming tegen welke prijs inschrijft, wordt afgezien van onafhankelijk optreden. Hierdoor hebben de Deelnemende ondernemingen, vanaf het moment waarop zij zich hebben voorgenomen om een prijsaanbieding te doen, afgezien van een dergelijk onafhankelijk optreden.¹⁴⁰
134. Gelet op het bovenstaande strekte het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland door de Deelnemende ondernemingen ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, te beperken.
135. 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.¹⁴¹

¹³⁷ HvJEG 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries vs Commissie, Jur. 1972, p 619, r.o. 64.

¹³⁸ 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.

¹³⁹ 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 HvJEG 25 maart 1996, C-137/95P, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1996, p. I-1611.

¹⁴⁰ HvJEG 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.

¹⁴¹ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA vs Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 99.

136. Ten overvloede wordt gesteld dat de betrokken gedragingen (tevens) tot gevolg hebben dat de mededinging werd verhinderd, beperkt of vervalst. De opdrachten voor de uitvoering van K&L-werken 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 K&L-werken in Nederland is deze verwachting in elk geval in de periode 1 januari 1998 tot en met december 2001 ernstig geschonden, doordat de Deelnemende ondernemingen zeer veelvuldig onderlinge afspraken hebben gemaakt omtrent werkverdeling en inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken, waardoor de opdrachtgevers het kartel niet of nauwelijks hebben kunnen ontlopen.¹⁴²
137. 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.¹⁴³

6.5 Merkbaarheid

138. De onderhavige overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen hebben geleid tot een merkbare mededingingsbeperking. Zoals aangegeven in randnummer 134 strekte het onderhavige systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot werkverdeling en afstemming van het inschrijfgedrag ter zake van K&L-activiteiten in Nederland ertoe de concurrentie te beperken en moeten de overeenkomsten 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.¹⁴⁴ 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.
139. Gezien het feit dat vastgesteld is dat bij vrijwel alle aanbestedingen van K&L-werken in Nederland, waarbij circa 70% van de opdrachten via aanbestedingsprocedures werd verstrekt¹⁴⁵, het systeem van

¹⁴² Zie beschikking van de Commissie, 21 oktober 1998, Voorgeïsoleerde buizen, PbEG 1999 L 24/ 1, ov. 165.

¹⁴³ Zie besluit van de d-g NMa van 18 december 2003, zaak 2873, Noord-Holland Acht, ov. 303.

¹⁴⁴ HvJEG 9 juli 1969, zaak 5/ 69, Volk vs Vervaecke, Jur. 1969, p. 295, r.o.7, Fb. 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.

¹⁴⁵ Zie 4146_1/ 5 Bolegbo-vok, *Branche in beeld; De grondboor- en bronbemalingsbranche en de kabelleg- en buizenlegbranche in 2000 en 2001; uitkomsten van de Bolegbo-vok enquête*, februari 2003. Uit Figuur 8 blijkt met betrekking tot de wijze van opdrachtverrijging in de kabelleg- en buizenlegbranche dat in 2001 54,9% onderhandse aanbestedingen betrof, 17,5% openbare aanbestedingen betrof en 28,4% enkelvoudige uitnodigingen betrof. Ook in de jaren 1998 tot en met 2000 werd ruim 70% van de opdrachten via openbare of

afstemming werd toegepast en dat vrijwel alle ondernemingen die zich bezig hielden met het uitvoeren van K&L-werken, waaronder de grootste bouwondernemingen op dit gebied, aan deze overtreding hebben deelgenomen, kan niet worden geoordeeld dat sprake is van een dermate zwakke positie van de Deelnemende ondernemingen op de betrokken markt dat op grond daarvan zou moeten worden aangenomen dat zij slechts een verwaarloosbare invloed kunnen uitoefenen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland.

6.6 Beoordeling artikel 6, derde lid, Mw

140. Alvorens een definitief oordeel te geven over de strijdigheid met artikel 6, eerste lid, Mw dient de onderhavige overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging 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.
141. Het onderling verdelen van werken en het afstemmen van het inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland tussen concurrenten strekt er naar zijn aard toe de mededinging te beperken. Marktverdeling en prijsafspraken worden in de richtsnoeren van de Europese Commissie¹⁴⁶ als 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, in deze zaak 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.
142. 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.¹⁴⁷
143. Verder vormen de onderhavige gedragingen een evidente doorkruising van de aanbestedingsprocedures die de (EU-)wetgever bindend heeft voorgeschreven voor

onderhandse aanbesteding verkregen. Bolegbo-vok geeft aan dat de gepresenteerde uitkomsten als representatief voor de branche beschouwd mogen worden (4146_1/6 en 4146_1/28).

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ 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.

overheidsopdrachtgevers en druisen onderhavige gedragingen dus in tegen hetgeen de (EU-)wetgever met deze aanbestedingsprocedures heeft beoogd (zie randnummer 20 tot en met 25). 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 (in casu de K&L-ondernemingen) onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Het is evident dat de werking van de aanbesteding wordt verstoord door de werken vooraf tussen de potentiële inschrijvers onderling te verdelen en het inschrijfgedrag af te stemmen, waaronder het maken van prijsafspraken. Er is geen sprake meer van de beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders om de gunst van de afnemer. Immers, waar normaliter de onderneming autonoom zou handelen en individueel haar marktgedrag bij de inschrijving op een aanbesteding zou bepalen, strekt het systeem van afstemming ertoe dat de prikkel om autonoom te handelen verdwijnt, met andere woorden sprake is van collectief marktgedrag, waardoor werken niet tegen een zo laag mogelijke prijs worden gerealiseerd.¹⁴⁸

144. 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 voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland geen sprake kan zijn.
145. De onderhavige gedragingen leidden tot de onderlinge verdeling van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag en hadden als gevolg van het uitschakelen van de onderlinge concurrentie negatieve marktgevolgen voor de afnemers, in deze zaak de opdrachtgevers. Nu vast staat dat geen sprake is geweest van economische voordelen, zoals bedoeld onder de eerste voorwaarde van artikel 6, derde lid, Mw, 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.¹⁴⁹
146. De vier voorwaarden voor de toepassing van de uitzonderingsregeling krachtens artikel 6, derde lid, Mw zijn cumulatieve voorwaarden. Indien 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

147. De onderhavige overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging, met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland, voldoet niet aan de eerste en tweede voorwaarde, zoals neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw en valt derhalve niet onder de werking van artikel 6, derde lid, Mw.

¹⁴⁸ Zie ook het besluit van de d-g NMa van 20 december 2002, zaak 231, Medicom Zes, ov. 74.

¹⁴⁹ 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

148. Op grond van het voorgaande in dit hoofdstuk en in hoofdstuk 5 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, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken 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.
149. Ten aanzien van de Deelnemende ondernemingen (zie bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport) staat op grond van het voorgaande in dit hoofdstuk en in hoofdstuk 5 vast, dat deze ondernemingen in elk geval in de periode van 1 januari 1998 tot en met december 2001 hebben deelgenomen aan de overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw.
150. Het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland door de Deelnemende ondernemingen strekt ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw te beperken.

6.8 Beoordeling artikel 81 EG-Verdrag

151. 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.
152. Op grond van artikel 3, eerste lid van Verordening 1/2003¹⁵⁰ 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,

¹⁵⁰ PbEG 2003, L 1/1.

wanneer zij nationaal mededingingsrecht toepassen op deze overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

153. 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 artikel 83 EG-Verdrag en 84 EG-Verdrag.
154. 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 107 tot en met 150 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.
155. Artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag kent echter nog het bijkomende vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten.¹⁵¹ 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”.¹⁵² Deze beïnvloeding van de tussenstaatse handel dient daarnaast merkbaar te zijn.¹⁵³
156. Het begrip “kunnen beïnvloeden” impliceert dat het mogelijk moet zijn te voorzien dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lidstaten kan beïnvloeden.¹⁵⁴ Voor de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht hoeft niet het bewijs te worden geleverd dat de overeenkomst of gedraging de tussenstaatse handel daadwerkelijk heeft beïnvloed.¹⁵⁵ “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.¹⁵⁶

¹⁵¹ 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.

¹⁵² HvJEG 11 juli 1985, zaak 42/84, *Remia e.a. vs. Commissie*, Jur. 1985, p. 2545, r.o. 22.

¹⁵³ HvJEG 25 november 1971, zaak 22/71, *Béguelin*, Jur. 1971, p. 946, r.o. 16 en HvJEG 9 juli 1969, zaak 5/69, *Völk*, Jur. 1969, p. 295, r.o. 7.

¹⁵⁴ HvJEG 14 juli 1981, zaak 172/80, *Züchner*, Jur. 1981, p. 2021, r.o. 18 en HvJEG 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.

¹⁵⁵ GvEA EG 7 oktober 1999, zaak T-228/97, *Irish Sugar*, Jur. 1999, p. II-2969, r.o. 170.

¹⁵⁶ HvJEG 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.

157. 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.
158. 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 beoogde economische vervlechting doorkruist.¹⁵⁷
159. In hoofdstuk 5 is vastgesteld dat sprake is geweest van één systeem van afstemming met als gemeenschappelijke doelstelling het onderling verdelen van werken en het afstemmen van het inschrijfgedrag voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland. Dit systeem van afstemming werd toegepast in geheel Nederland en bestreek derhalve het gehele grondgebied van Nederland. Bovendien werd het systeem toegepast bij vrijwel alle aanbestedingen van K&L-werken in Nederland, waarbij circa 70% van de opdrachten via aanbestedingsprocedures werd verstrekt¹⁵⁸, en namen vrijwel alle ondernemingen die zich in Nederland bezig hielden met het uitvoeren van K&L-werken deel aan dit systeem, waaronder de grootste bouwondernemingen die zich in Nederland bezig houden met het uitvoeren van K&L-werken.
160. 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 hebben ontwikkeld indien geen sprake was van de concurrentiebeperkende gedragingen.
161. Aangezien het systeem van afstemming het gehele grondgebied van Nederland besloeg en het een omvangrijk systeem betrof, wordt vastgesteld dat sprake was van een merkbaar potentieel effect op de handelsstromen tussen Lidstaten.
162. 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.

¹⁵⁷ HvJEG 17 oktober 1972, zaak 8/ 72, Vereniging van Cementhandelaren vs Commissie, Jur. 1972, p. 991, zie voorts HvJEG 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577, r.o. 95.

¹⁵⁸ Zie 4146_1/ 5 Bolegbo-vok, *Branche in beeld; De grondboor- en bronbemalingsbranche en de kabelleg- en buizenlegbranche in 2000 en 2001; uitkomsten van de Bolegbo-vok enquête*, februari 2003. Uit Figuur 8 blijkt met betrekking tot de wijze van opdrachtverzekrijging in de kabelleg- en buizenlegbranche dat in 2001 54,9% onderhandse aanbestedingen betrof, 17,5% openbare aanbestedingen betrof en 28,4% enkelvoudige uitnodigingen betrof. Ook in de jaren 1998 tot en met 2000 werd ruim 70% van de opdrachten via openbare of onderhandse aanbesteding verkregen. Bolegbo-vok geeft aan dat de gepresenteerde uitkomsten als representatief voor de branche beschouwd mogen worden (4146_1/6 en 4146_1/28).

6.9 Conclusie beoordeling artikel 81 EG-Verdrag

163. Op grond van het voorgaande in dit hoofdstuk en in hoofdstuk 5 staat vast dat de Deelnemende ondernemingen deel hebben genomen aan een overtreding van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag 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, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken 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 81, eerste lid, EG-Verdrag 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.
164. Ten aanzien van de Deelnemende ondernemingen (zie bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport) staat op grond van het voorgaande in dit hoofdstuk en in hoofdstuk 5 vast, dat deze ondernemingen in elk geval in de periode van 1 januari 1998 tot en met december 2001 hebben deelgenomen aan de overtreding van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.
165. Het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag, waaronder het maken van prijsafspraken, voorafgaand aan inschrijvingen op aanbestedingen van K&L-werken in Nederland door de Deelnemende ondernemingen strekt ertoe de mededinging in de zin van artikel 81, eerste lid EG-Verdrag te beperken.

7 Conclusie

166. 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, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.

8 Toerekening

167. Artikel 59, tweede lid, sub c, Mw bepaalt dat in het rapport in ieder geval de onderneming wordt vermeld die de overtreding heeft begaan, namelijk de Deelnemende onderneming. Het is in overeenstemming met de maatschappelijke en economische realiteit dat diverse entiteiten, die in concernverband staan, als één onderneming worden beschouwd. Derhalve kan de Deelnemende onderneming één of meer entiteiten omvatten, die in een concernrelatie tot elkaar staan en die ten aanzien van de beschreven overtreding(en) in mededingings-rechtelijke zin gezamenlijk als de Deelnemende onderneming kunnen worden beschouwd. In bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport zijn de Deelnemende ondernemingen weergegeven.

168. Artikel 59, tweede lid, sub d, Mw bepaalt dat in het rapport de rechtspersoon of natuurlijke persoon wordt vermeld die de overtreding kan worden toegerekend.

169. Indien een Deelnemende onderneming bestaat uit diverse entiteiten, die tot elkaar in concernverband staan, kan de overtreding worden toegerekend aan alle rechtspersonen en natuurlijke personen waartoe deze entiteiten behoren. Er bestaat geen wettelijke verplichting de overtreding toe te rekenen aan alle rechtspersonen en natuurlijke personen die behoren tot de Deelnemende onderneming. In bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij dit rapport zijn per Deelnemende onderneming de rechtspersonen en natuurlijke personen weergegeven aan wie de NMa de overtreding, die is begaan door de Deelnemende onderneming, toerekent.

Aldus opgemaakt te Den Haag op 28 november 2005

W.g.

Mr. M.W. McLaggan – Van Roon

Plv. directeur Directie Concurrentietoezicht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Bijlage 1 [Vertrouwelijk] bij rapport 4146_1/ 14.F455

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