

## BESLUIT

Nummer 2414-43

Betreft zaak: Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit op het bezwaarschrift gericht tegen zijn besluit van 19 februari 2001, kenmerk 381/73, houdende afwijzing van de aanvraag om ontheffing van het verbod als bedoeld in artikel 6 van de Mededingingswet.

### I. Het verloop van de procedure

1. Op 31 maart 1998 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) een aanvraag ontvangen van Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven, Stichting Meldadres Belangen Behartiging Schildersbedrijven en Bureau Meldadres Belangen Behartiging Schildersbedrijven B.V. (hierna tezamen: VBBS) met het verzoek, om op grond van het bepaalde in artikel 17 van de Mededingingswet (hierna: Mw), ontheffing te verlenen van het kartelverbod, zoals neergelegd in artikel 6, lid 1, Mw, voor een zestal regelingen (zie randnummer 11).

2. Op 20 november 1998 heeft de d-g NMa aan VBBS een voorlopig oordeel gegeven op het ingediende ontheffingsverzoek. Hieruit blijkt dat de aangemelde Regelingen niet in aanmerking komen voor een ontheffing op grond van artikel 17 Mw. In de begeleidende brief bij het voorlopig oordeel werd VBBS verzocht om de aangemelde Regelingen op te heffen. Indien de aanvraagsters zouden besluiten om de Regelingen niet op te heffen zou de d-g NMa zich genoodzaakt zien de ontheffingsaanvraag af te wijzen en tegelijkertijd een rapport op te maken in de zin van artikel 59 Mw. Bij brief van 28 december 1998 heeft de gemachtigde van VBBS aangegeven dat partijen hebben besloten in ieder geval voorhands niet tot intrekking van de aangemelde Regelingen over te gaan.

3. Bij brief van 31 december 1998 heeft de gemachtigde van partijen een bezwaarschrift ingediend tegen het voorlopig oordeel voorzover dat voorlopig oordeel als een beschikking althans besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht moet worden aangemerkt. Op 4 februari 1999 heeft de d-g NMa dit bezwaar kennelijk niet-ontvankelijk verklaard[1]. Hierop heeft VBBS beroep ingesteld bij de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, Sector Bestuursrecht (hierna: de Rechtbank Rotterdam). De Rechtbank Rotterdam heeft op 24 januari 2000 uitspraak gedaan en het beroep afgewezen[2].

4. Op 19 februari 2001 heeft de d-g NMa vervolgens het ontheffingsverzoek afgewezen (hierna: [primaire besluit](#))[3]. Een korte samenvatting van het primaire besluit volgt hieronder in Hoofdstuk III. Op 28 maart 2001 heeft VBBS tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Bij brief van 13 juli 2001 heeft de gemachtigde van partijen een verzoek tot voorlopig voorziening ingediend bij de Rechtbank Rotterdam. Vervolgens heeft VBBS zich niet eerder dan voor oktober beschikbaar gehouden voor een hoorzitting naar aanleiding van het door haar ingediende bezwaar. Op 10 oktober 2001 heeft VBBS haar bezwaren mondeling toegelicht ten kantore van de Nederlandse

mededingingsautoriteit.

5. Op 12 oktober 2001 heeft de Rechtbank Rotterdam het verzoek om voorlopige voorziening afgewezen[4]. Zoals blijkt uit de motivering van de uitspraak, welke op 28 november 2001 werd ontvangen, heeft de President van de Rechtbank hierbij het merendeel van de conclusies van de d-g NMa in zijn primaire besluit gevolgd. Ten eerste volgt de President de d-g NMa in zijn oordeel dat de aangemelde Regelingen, voorzover zij beogen leuren tegen te gaan, ertoe strekken de mededinging te beperken. Ook staat het, volgens de President, buiten twijfel dat de concurrentieele handelingsvrijheid van de aanbesteder en de meldende ondernemingen door de verschillende onderdelen van de Regelingen (de meldingsplicht, de rol van de vertrouwensman en de aanwijzing en de bescherming van de rechthebbende) substantieel wordt beperkt. De President heeft het in het midden gelaten of een nader onderzoek door de d-g NMa naar de merkbaarheid van de aangemelde Regelingen noodzakelijk is. Voorts heeft de President bepaald dat de d-g NMa terecht heeft geconcludeerd dat de Regelingen niet aan de voorwaarden van artikel 17 Mw voldoen, hoewel de motivering op dit punt volgens de President enige aanvulling verdient. Verder heeft de President VBBS niet gevolgd in haar betoog dat het primaire besluit ten onrechte niet is ingegaan op de voorlopige geldigheid. Op grond hiervan heeft de President het verzoek om voorlopige voorziening afgewezen.

6. Desgevraagd heeft de d-g NMa bij brief van 29 oktober 2001 aan VBBS laten weten dat zij ten alle tijden vrij is (geweest) haar Regelingen te wijzigen en dat, indien er concrete wijzigingen in de aangemelde Regelingen zijn, deze alsnog in de bezwaarprocedure zouden kunnen worden meegenomen. Hierbij is tegelijkertijd aangetekend dat de d-g NMa belang hecht aan een voortvarende besluitvorming, mede gezien het feit dat de behandeling van het bezwaar door het optreden en verhinderingen van de zijde van VBBS reeds sterk was vertraagd.

7. Op 28 november 2001 heeft de d-g NMa een brief van de gemachtigde van partijen ontvangen met negen, nog nader uit te werken, voorstellen tot wijziging van de aangemelde Regelingen met het verzoek deze te bespreken. Hierop heeft de d-g NMa de gemachtigde van partijen medegedeeld dat de voorstellen nadere uitwerking behoeven en derhalve niet in de onderhavige procedure kunnen worden meegenomen.

## II. Betrokken partijen

8. VBBS omvat de volgende organen: de Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven (hierna: "Vereniging"), Stichting Meldadres Belangen Behartiging Schildersbedrijven (hierna: "Stichting") en het Bureau Meldadres Belangen Behartiging Schildersbedrijven B.V. (hierna: "Bureau").

9. De Vereniging is opgericht als een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid. Zij heeft als statutair doel het bevorderen van een goede en verantwoorde bedrijfsvoering van ondernemingen, die werkzaam zijn in de schilders- en afwerkingsbranche. Zij streeft het bevorderen van een eerlijke concurrentie en het tegengaan van ongewenste praktijken, zoals leuren[5], bij het aannemen van werken[6]. De Vereniging telde per 1 januari 1998 ongeveer 800 leden (schilders- en afwerkingsbedrijven).

10. De Stichting heeft voorts als statutair doel om het Bureau in stand te houden. Ze houdt alle aandelen van het Bureau. Het Bureau is statutair gevestigd te Rijswijk (Z.H.). Het Bureau draagt zorg voor de uitvoering en administratieve verwerking van de terzake door de Vereniging en/of door de Stichting zelf en/of door het Bureau vastgestelde of nog vast te stellen reglementen en/of verdere regelingen inzake mededinging[7].

### III. Beoordeling van de aanvraag in het primaire besluit

11. De aanvraag om ontheffing heeft betrekking op een zestal regelingen (hierna: de Regelingen) die zijn vastgesteld door de Vereniging en de Stichting. Deze regelingen zijn in werking getreden per 22 december 1997, gelden voor onbepaalde tijd en zijn voor de leden van de Vereniging bindend. Andere ondernemingen in deze sector kunnen zich ook op een vrijwillige basis daaraan onderwerpen. De aanvraag betreft de volgende regelingen:

- het Anti-Leur Reglement (1998) BBS (hierna: ALR);
- het Reglement Gedragsregels (1998) BBS (hierna: RG);
- het Reglement Inschrijfvergoedingen (1998) BBS (hierna: RI);
- het Reglement op de Commissie van Geschillen (1998) BBS (hierna RCG);
- het Uitvoeringsreglement (1998) BBS (hierna: UR);
- het Reglement Begripsbepalingen (1998) BBS (hierna: RB).

12. Kort en zakelijk samengevat omvatten de aangemelde Regelingen de volgende bepalingen. De kern van de Regelingen is neergelegd in het ALR, dat een voorinschrijvingsprocedure regelt voor de aanbesteding van een werk. De deelnemers (schilders- en afwerkingsbedrijven)aan de Regelingen zijn verplicht een voornemen tot het doen van een aanbod op een werk of tot het onderhandelen daarover te melden bij het Bureau (hierna: de meldingsplicht). Het Bureau stelt een zogeheten vertrouwensman aan (hierna: Vertrouwensman), die is belast met de voorinschrijvingsprocedure.

13. Het Bureau zendt aan iedere aanmelder (gegadigde) een Aanmeldingsbevestigingsformulier en een Vooraanbiedingsformulier. Daarna stelt de Vertrouwensman een inschrijfvergoeding vast met inachtneming van de Tabel Inschrijfvergoedingen (hierna: het systeem van inschrijfvergoedingen). De hoogte van de inschrijfvergoeding (de som van de calculatievergoeding en de organisatievergoeding) wordt tijdig door de Vertrouwensman - voordat de gegadigden hun vooraanbieding indienen - aan hen medegedeeld. Het Vooraanbiedingsformulier moet door de gegadigden aan de Vertrouwensman worden gestuurd met in elk geval hun prijsaanbieding. Na het bestuderen van de prijsaanbiedingen stelt de Vertrouwensman de zogenoemde rechthebbende vast (de gegadigde met het laagste bod) (hierna: Rechthebbende). De Rechthebbende heeft tijdens een periode van twee maanden de exclusieve bevoegdheid om met de aanbesteder te onderhandelen. De andere gegadigden (en overige deelnemers/schilders- en afwerkingsbedrijven) mogen tijdens deze periode geen contact opnemen met de aanbesteder, tenzij ze toestemming hebben van de Vertrouwensman. Het ALR wordt gesteund en aangevuld door het RG. Het RG geeft gedragsvoorschriften waarmee het handelen van de leden, de Vereniging, de Stichting, het Bureau en hun respectievelijk organen tijdens de voorinschrijvingsprocedure in overeenstemming dient te zijn.

14. In het primaire besluit heeft de d-g NMa geconcludeerd dat verschillende

onderdelen van de aangemelde Regelingen (m.n. de meldingsplicht, het vaststellen en beschermen van de rechthebbende, het systeem van inschrijfvergoedingen en de sanctiebepalingen) in strijd zijn met artikel 6, lid 1, Mw en het systeem van de Regelingen in zijn geheel in strijd is met het verbod van artikel 6, lid 1, Mw[8]. De aanvraag tot ontheffing is afgewezen omdat de Regelingen niet aan alle voorwaarden, gesteld in artikel 17 Mw voor ontheffing van het verbod van artikel 6, lid 1, Mw, voldoen.

#### IV. De gronden van bezwaar

15. In het bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting heeft VBBS haar bezwaren toegelicht. In het bezwaarschrift is kort en zakelijk samengevat naar voren gebracht dat de volgende conclusies in het primaire besluit onjuist zijn:

i het systeem van de Regelingen in zijn geheel, de meldingsplicht, de vaststelling en bescherming van een rechthebbende, en de inschrijfvergoedingen zijn strijdig met het verbod van artikel 6, lid 1, Mw[9];

ii de Regelingen voldoen niet aan alle voorwaarden gesteld in artikel 17 voor ontheffing van het verbod van artikel 6, lid 1, Mw[10]; en

iii het is niet mogelijk om wijzigingen aan te brengen in een anti-leur regeling, waarin sprake is van een meldingsplicht, de vaststelling en de bescherming van de rechthebbende en inschrijfvergoedingen die tot collectieve prijsverhoging leiden, op een zodanige wijze dat een dergelijke anti-leur regeling niet meer in strijd is met het verbod van artikel 6, lid 1, Mw of zou kunnen voldoen aan alle voorwaarden gesteld in artikel 17 Mw voor ontheffing van het verbod van artikel 6, lid 1, Mw[11].

#### V. Beoordeling

Toepassing van de Mededingingswet op de schilders- en afwerkingsbranche

16. Ten eerste moet er worden opgemerkt dat de Mededingingswet volledig van toepassing is op de bouw en dus ook op aanverwante sectoren, zoals de schilders- en afwerkingsbranche[12]. De stelling van VBBS dat het primaire besluit van de d-g NMa voorbij gaat aan de bijzondere problematiek die zich bij aanbesteding in de bouwnijverheid, het schilders- en afwerkingsbedrijf daaronder begrepen, voordoet, kan niet worden gevolgd. Ook de argumenten van VBBS dat het UAR 2001[13] en communautaire regelgeving[14], een systeem van inschrijfvergoedingen kennen en beogen leuren tegen te gaan verandert dit standpunt op grond van hetgeen hieronder volgt niet.

17. Het UAR 2001 betreft een publiekrechtelijke regeling die uitsluitend geldt voor overheidsaanbestedingen in de bouwsector van de volgende ministeries: het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en het Ministerie van Defensie[15]. Het UAR 2001 geldt uitsluitend voor de openbare aanbesteding van werken die niet binnen de werkingssfeer van EG Richtlijn 93/37/EEG[16] vallen. Bovendien is het UAR 2001 slechts van toepassing indien het desbetreffende Ministerie (lees: aanbesteder) het UAR van toepassing verklaart in de

algemene bekendmaking of in de uitnodiging[17].

18. Het UAR 2001 is te vergelijken met de huidige drie EG richtlijnen (de communautaire regelgeving)[18]. Beide hebben een ander doel dan de onderhavige (VBBS)-Regelingen omdat zij dienen zeker te stellen dat de aannemers in hun betrekkingen met de overheid gelijke kansen krijgen[19]. Zoals hieronder zal blijken beperken de onderhavige collectieve Regelingen niet alleen de onderhandelingsvrijheid van de aanbesteder en de deelnemer, maar ook de concurrentie tussen de deelnemers onderling.

19. Dit standpunt wordt ondersteund door hetgeen is overwogen door de President van de Rechtbank te Rotterdam in de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening. Daarin stelt de President het volgende: Het enkele feit dat in een, op grond van communautaire richtlijnen verplichte, overheidscodificatie voor n specifiek segment van de aanbestedingen namelijk de overheidsaanbestedingen in de bouwnijverheid voorzieningen zijn opgenomen die (mede) beogen leuren in bepaalde gevallen tegen te gaan, is niet toereikend om aan te nemen dat dergelijke voorzieningen daarmee in alle andere, niet specifiek publiekrechtelijk gereguleerde, segmenten mededingingsrechtelijk zonder meer aanvaardbaar zouden moeten worden geacht. Het feit dat de na het onherroepelijk worden van de SPO-beschikking ingetrokken privaatrechtelijke mededingingsregelingen voor niet-overheidsaanbestedingen in de bouwnijverheid niet zijn gevolgd door een overheidscodificatie terzake, wijst er in elk geval niet op dat de overheid een algemene beleidslijn strekkende tot het tegengaan van leuren volgt. Het algemene mededingingsrecht is derhalve onverkort van toepassing[20].

20. Ten overvloede wordt opgemerkt dat er wezenlijke verschillen bestaan tussen de systematiek van inschrijvergoedingen onder het UAR 2001 en de onderhavige Regelingen. Hoofdstuk VI van het UAR 2001 bepaalt de regels met betrekking tot het vergoeden van de inschrijfkosten. De hoofdregel in artikel 41, UAR 2001 bepaalt dat de inschrijver een tegemoetkoming in de gemaakte inschrijfkosten dient te ontvangen behalve wanneer in de bekendmaking[21] anders is bepaald. Het is dus de aanbesteder (niet de Vertrouwensman, zoals in het onderhavige geval) die bepaalt of een gedeelte van de gemaakte inschrijfkosten wordt vergoed. Dit wordt per opdracht door de aanbesteder zelf besloten. Indien de aanbesteder geen vergoeding wil geven voor de kosten dan zijn de artikelen 42 en 43 van het UAR van toepassing, op grond waarvan een inschrijvergoeding kan worden betaald. Indien het een aanbesteding betreft waaraan een standaardbestek ten grondslag ligt of er onvoldoende inschrijvers zijn (minder dan drie), wordt er geen inschrijvergoeding betaald.

21. Zoals uit het voorgaande voortvloeit bepaalt de individuele aanbesteder of het UAR 2001 van toepassing is (een top-down systeem), terwijl de (VBBS) Regelingen een collectieve (horizontale) privaatrechtelijke regeling vormen waarmee de aanbesteder wordt geconfronteerd. In het onderhavige geval hebben de aanvraagsters in feite de Regelingen van toepassing verklaard (voor onbepaalde tijd) op alle werken in deze sector boven een prijs van 5.000,00. De aanbesteder heeft geen keuze; de som van de calculatievergoedingen voor dat werk wordt automatisch doorberekend (via de Tabel Inschrijvergoedingen die door het bestuur van het Bureau zijn vastgesteld) aan de aanbesteder. Ook van belang is dat onder het UAR 2001 uitsluitend een gedeelte van de gemaakte inschrijfkosten van de individuele gegadigde door de aanbesteder worden vergoed, terwijl onder de aangemelde Regelingen het volstrekt onduidelijk voor de aanbesteder is wat de werkelijk gemaakte kosten zijn van

de individuele deelnemer en wie de meest efficiënte gegadigde is[22]. Tenslotte dient er te worden opgemerkt dat de d-g NMa niet bekend is met positieve uitlatingen van het Directoraat-Generaal voor de Mededinging van de Europese Commissie over de mededingingsrechtelijke aanvaardbaarheid van het UAR 2001, zoals door VBBS tijdens de hoorzitting en in haar bezwaarschrift gesuggereerd.

22. Nu vaststaat dat de algemene mededingingsregels van toepassing zijn op de aangemelde Regelingen, kan de beoordeling in het kader van artikel 6, lid 1, Mw plaatsvinden.

Strijdigheid met het verbod van artikel 6, lid 1 Mw - Algemeen

23. Op grond van artikel 6 Mw zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen verboden, als zij ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

24. De wetgever heeft uitdrukkelijk gekozen voor een nauwe aansluiting van de nationale mededingingsregels bij de Europese. Voor de beoordeling van de aangemelde Regelingen in hun geheel alsmede de verschillende onderdelen dient aansluiting te worden gezocht bij de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Zoals reeds in het besluit van 31 mei 1999 (Stibat) is aangegeven geldt op basis hiervan als uitgangspunt het volgende: het Hof van Justitie heeft in diverse uitspraken gepreciseerd dat allereerst dient te worden nagegaan of een bepaalde afspraak als doel heeft de mededinging te beperken. Indien de regeling als zodanig er enkel toe strekt de vrije mededinging tussen partijen onderling of tussen partijen en concurrenten te beperken in de zin van artikel 85, lid 1 EG-Verdrag [thans artikel 81, lid 1 EG-Verdrag], moet zij zonder meer verboden worden geacht, zonder dat de gevolgen ervan behoeven te worden onderzocht. Pas als een regeling geen mededingingsbeperkend doel heeft, moet tot een tweede onderzoeksfase worden overgegaan en moeten de gevolgen die de regeling in concreto voor de mededinging kan hebben, worden onderzocht[23]. Sinds Stibat heeft de d-g NMa deze lijn als vaste praktijk voortgezet[24].

25. De relevante bestanddelen van de Regelingen omvatten de meldingsplicht, het vaststellen en beschermen van een rechthebbende en het vaststellen van de inschrijfvergoedingen. Vaststaat dat deze als besluiten van ondernemersverenigingen in de zin van artikel 6, lid 1, Mw moeten worden beschouwd[25]. Hieronder volgt de heroverweging van de aangemelde Regelingen op basis van het door VBBS ingediende bezwaar.

De Regelingen in hun geheel

26. Alvorens de afzonderlijke onderdelen te beoordelen moetende Regelingen in hun geheel worden getoetst aan artikel 6, lid 1, Mw. Onbetwist is dat de Regelingen in hun geheel twee doelstellingen hebben: (i) het tegengaan van leuren en (ii) het toerekenen van calculatiekosten aan de aanbesteder van het werk. Om deze twee doelstellingen te bereiken voorzien de Regelingen in een procedure waaraan de deelnemers (schilders- en afwerkingsbedrijven) zich moeten houden wanneer zij voornemens zijn een prijsaanbieding te doen voor een bepaald werk.

27. Met betrekking tot de eerste doelstelling "het tegengaan van leuren" dient het volgende te worden opgemerkt. Onder "leuren" wordt door VBBS verstaan "het door de aanbesteder of een principaal pogen om minstens n voor hem gunstiger aanbod dan enig eerder door hem ontvangen aanbod te verkrijgen door omtrent dat eerdere aanbod inlichtingen te verstrekken dan wel ondernemers op andere, in de visie van VBBS, onaanvaardbare wijze tegen elkaar uit te spelen"[26]. De doelstelling van de Regelingen in hun geheel, "het tegengaan van leuren", wordt bereikt via de procedure die in gang wordt gezet op grond van de meldingsplicht en door het vaststellen en beschermen van de rechthebbende (zoals reeds aangegeven, zullen deze onderdelen van de Regelingen hierna afzonderlijk worden beoordeeld). De doelstelling "het tegengaan van leuren" brengt naar het oordeel van de d-g NMa een beperking in de handelingsvrijheid/keuzevrijheid van de aanbesteder, c.q. deelnemers, met zich mee. Immers, het staat de aanbesteder en de deelnemers niet langer vrij om met elkaar in vrijelijk onderhandeling te treden. Derhalve moet geconcludeerd worden dat deze doelstelling als zodanig ertoe strekt de mededinging te beperken.

28. Deze conclusie wordt ondersteund door de uitspraak van de President op het verzoek om een voorlopig voorziening. Daarin oordeelt de President als volgt: "Met verweerder is de president van oordeel dat de regelingen - in elk geval - voorzover zij beogen leuren tegen te gaan, ertoe strekken de mededinging te beperken"[27].

29. Gezien het feit dat de eerste doelstelling van de Regelingen in hun geheel in strijd is met artikel 6, lid 1, Mw, is het niet nodig om de tweede doelstelling "het toerekenen van calculatiekosten aan de aanbesteder van het werk" binnen het kader van de Regelingen in hun geheel te beoordelen. De mededingingsrechtelijke aspecten van de tweede doelstelling zullen hierna afzonderlijk binnen het systeem van het vaststellen van de inschrijfvergoedingen worden beoordeeld.

#### Meldingsplicht

30. VBBS stelt dat de d-g NMa zijn conclusie t.a.v. de meldingsplicht, zoals omschreven in randnummer 15 van dit besluit, onvoldoende heeft gemotiveerd en dat deze in strijd is met het recht. Met name stelt zij dat de meldingsplicht niet het doel en/of gevolg heeft de mededinging te beperken. Deze zienswijze kan niet worden gevolgd.

31. Een door VBBS niet bestreden feit is dat de kern van de Regelingen is neergelegd in het ALR, dat een voorinschrijvingsprocedure regelt. Volgens VBBS strekt deze procedure tot bevordering van een eerlijke concurrentie en het tegengaan van ongewenste praktijken zoals leuren bij het aannemen van werken[28]. Naar het oordeel van de d-g NMa beperkt deze procedure, in strijd met het bepaalde in artikel 6 Mw, de handelingsvrijheid van aanbesteders en deelnemers. In gevolge de Regelingen dient iedere deelnemer die een bod op een werk wenst uit te brengen (behalve in geval van werken waarvoor de prijs niet hoger zal zijn dan 5.000,00 (vijf duizend gulden) dit te melden aan het Bureau. Vervolgens wordt de voorinschrijvingsprocedure door het Bureau gestart, en worden de deelnemers hiervan op de hoogte gebracht[29]. Vanaf dat moment ontstaat er voor de deelnemer (schilders- en afwerkingsbedrijf) een verplichting/verbintenis om de bindende regels van de voorinschrijvingsprocedure in acht te nemen op straffe van sancties[30], waardoor hij niet langer onafhankelijk kan opereren. Zoals de d-g NMa in zijn primaire besluit stelt is juist het onafhankelijk optreden van ondernemingen

een essentiële voorwaarde voor de concurrentiele verhoudingen op de markt[31]. De meldingsplicht strekt ertoe de mededinging te beperken, aangezien zij bedoeld onafhankelijk optreden belemmert.

32. Dit oordeel is in overeenstemming met de analyse van de Europese Commissie inzake Bouwnijverheid in Nederland[32]. Daarin verbood de Europese Commissie een vergelijkbare meldingsplicht wegens strijdigheid met artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG-Verdrag). Volgens de Commissie heeft het mechanisme van de melding tot doel de mededinging te beperken of te vervalsen, doordat deze melding de verbintenis van de meldende onderneming impliceert om haar handelingsvrijheid tegenover haar concurrenten en tegenover de opdrachtgever te beperken. Vanaf het moment waarop zij zich voorgenomen hebben om een prijsaanbieding te doen, zien de deelnemende bouwondernemingen aldus af van een onafhankelijk optreden[33]. Nu het vaststaat dat de meldingsplicht ertoe strekt de mededinging te beperken, is zij verboden en is het niet nodig de gevolgen voor de mededinging te onderzoeken[34].

33. De stelling van VBBS dat de Regelingen juist zodanige voorwaarden creëren dat de deelnemers niet slechts de vrijheid hebben om onafhankelijk op te treden maar daartoe zelfs verplicht zijn, treft geen doel. Hoezeer het onafhankelijk optreden van de deelnemers wordt bemoeilijkt, wordt onder meer hierna onder het kopje Rechthebbende toegelicht. Bovendien kan worden gesteld dat juist het doel op zich namelijk de deelnemende schilders- en afwerkingsbedrijven te beschermen tegen het zogenaamde leuren door de aanbesteder een beperking van de mededinging inhoudt[35]. Immers, de verschillende gegadigden kunnen als gevolg van de Regelingen zonder de toestemming van de Vertrouwensman niet ingaan op de wensen van de aanbesteder en worden bijgevolg beperkt in hun handelingsvrijheid.

34. De stelling van VBBS, dat de meldingsplicht alleen maar in strijd kan zijn met artikel 6, lid 1 Mw als het melden wordt gevolgd door andere handelingen die in strijd zijn met de Mededingingswet, kan niet worden gevolgd. Wat VBBS omschrijft, is een informatie-uitwisseling of zogenaamde information exchange zonder verder strekkende gevolgen of verplichtingen[36]. Van een information exchange in bedoelde zin is in het onderhavige geval geen sprake. Zoals beschreven in randnummer 31, is er vanaf het moment dat de deelnemers hun prijsaanbiedingen aan het Bureau melden geen sprake van vrije concurrentie omdat zij moeten handelen conform de regels van de aangemelde Regelingen. Zoals hiervoor uiteengezet resulteert de meldingsplicht in een beperking van de mededinging.

#### Rechthebbende

35. VBBS stelt dat de d-g NMa ten onrechte concludeert dat het aanwijzen van een rechthebbende ten doel heeft deze af te schermen van concurrentie door de andere deelnemers, zodat dit strekt tot beperking van de mededinging in de zin van artikel 6, lid 1, Mw (zie hierboven randnummer 15). Volgens VBBS heeft het ALR evenals de in dit kader relevante delen van het UR en het RG slechts als doel het tegengaan van leuren. De enige maatregelen die leuren bestrijden, hebben volgens VBBS nauwelijks of geen mededingingsbeperkende effecten.

36. De d-g NMa heeft de argumenten van de argumenten van VBBS over het belang van het tegengaan van leuren in de bouw in het algemeen en in de schilders- en afwerkingsbranche in aanmerking genomen. Voorts stelt VBBS



dat het systeem van het vaststellen en beschermen van de rechthebbende op grond van de laagste prijs onontbeerlijk is om het doel van het systeem (het tegengaan van leuren) te bereiken. Nu vaststaat dat de Regelingen in hun geheel - voorzover zij beogen leuren tegen te gaan - ertoe strekken de mededinging te beperken, kan in het kader van artikel 6, lid 1, Mw niet op deze argumenten worden ingegaan (zie hiervoor randnummer 29). Zij zullen dienen te worden beoordeeld in het kader van artikel 17 Mw[37].

37. Nagegaan dient te worden of de d-g NMa ten onrechte heeft geconcludeerd dat het aanwijzen van een rechthebbende conform de aangemelde Regelingen in strijd is met artikel 6, lid 1, Mw. Volgens de aangemelde Regelingen stelt de Vertrouwensman de lijst van gegadigden vast. Op basis van deze lijst wijst de Vertrouwensman de rechthebbende aan [38]. Dit is de deelnemer (schilders -en afwerkingsbedrijf) die de laagste prijs heeft aangeboden[39]. Het resultaat van deze procedure is dat de rechthebbende de exclusieve bevoegdheid krijgt om gedurende een periode van twee maanden met de aanbesteder te onderhandelen. De aanbesteder wordt niet gekend in deze voorprocedure en hij kan geen enkel invloed uitoefenen op het verloop en de uitkomst daarvan. Tijdens de twee maanden termijn mogen de andere deelnemers geen contact hebben met de aanbesteder en ze mogen niet met hem onderhandelen.

38. Uit de Regelingen volgt dat de enige concurrentiefactor die in de bovengenoemde procedure een rol speelt de prijs is. Immers, op grond van de laagste prijs wordt de rechthebbende gekozen. Andere concurrentieparameters zoals kwaliteit, service, snelheid, de reputatie van de aanbieder[40] spelen bij het vaststellen van de rechthebbende geen rol. Dit wordt erkend door VBBS en is door haar nogmaals bevestigd tijdens de hoorzitting. Als gevolg van de Regelingen wordt de rechthebbende bijgevolg beschermd omdat hij niet behoeft te concurreren met de andere deelnemers op grond van andere in het algemeen voor de aanbesteder evenzeer relevante - concurrentieparameters.

39. Volgens VBBS spelen deze andere concurrentieparameters een rol bij de voorselectie en is de prijs een objectieve factor waarnaar de Vertrouwensman kan kijken om te beoordelen welke deelnemer rechthebbende wordt. Deze stelling gaat voorbij aan het feit dat de aanbesteder een offerte gewoonlijk niet uitsluitend zal beoordelen op grond van prijs, maar dat hij vrij is zijn keuze te bepalen op grond van een of meer factoren waaronder prijs en andere relevante concurrentieparameters zoals hierboven omschreven. Als gevolg van de Regelingen treedt de Vertrouwensman derhalve wel degelijk in de schoenen van de aanbesteder. Vrije concurrentie betekent dat de verschillende concurrentieparameters een rol dienen te kunnen spelen tijdens de hele procedure totdat de aanbesteder werkelijk zijn keuze heeft gemaakt. Het vaststellen van de rechthebbende ziet erop juist deze mogelijkheden te doorkruisen en strekt er derhalve toe de mededinging te beperken.

40. Vervolgens bestrijdt VBBS het oordeel in het bestreden besluit dat in feite een tijdelijke monopoliepositie [wordt] gecreëerd voor de rechthebbende gedurende twee maanden betreffende een bepaald werk[41]. Volgens VBBS is de Vertrouwensman, zo lang de aanbesteder niet leurt, verplicht om op verzoek van een deelnemer deze toe te staan met de aanbesteder te onderhandelen, ook gedurende de periode van twee maanden na de inschrijving. Uit de Regelingen blijkt evenwel dat uit de vaststelling van de rechthebbende de bescherming van de rechthebbende voor een periode van twee maanden voortvloeit[42]. Dit betekent dat tijdens deze periode de overige

deelnemers het recht wordt ontzegd om met de aanbesteder over het werk te onderhandelen of met de aanbesteder contact over het werk of hun aanbod te hebben[43]. Enkel de rechthebbende mag met de opdrachtgever over zijn prijsaanbieding onderhandelen[44]. Degene die niet op de lijst van gegadigden staat is het verboden om alsnog een prijsaanbod te doen. Hiermee wordt een tijdelijke monopolie gecreëerd voor de rechthebbende betreffende een bepaald werk. De andere deelnemers die prijsaanbiedingen hebben gedaan kunnen niet met de aanbesteder onderhandelen of hun offerte aanpassen om te concurreren met die van de rechthebbende. Ook hieruit vloeit voort dat de bescherming van de rechthebbende ertoe strekt de mededinging tussen de deelnemers te beperken.

41. Het argument van VBBS dat de Vertrouwensman verplicht is, zo lang de aanbesteder niet leurt, om op verzoek van een deelnemer deze toe te staan met de aanbesteder te onderhandelen gedurende de periode van twee maanden verandert de conclusies in randnummers 39 en 40 niet. Ook de d-g NMa onderkent in het primaire besluit dat de bescherming van de rechthebbende geen volstrekt einde maakt aan de keuzemogelijkheden van de aanbesteder[45].

42. Het is weliswaar zo dat de aanbesteder het werk nog kan gunnen aan een andere gegadigde dan de rechthebbende of een andere aannemer (die geen deelnemer aan de Regelingen is). Maar in alle uitzonderingsgevallen moet de aanbesteder of de deelnemer eerst de toestemming van de Vertrouwensman krijgen. Voor de aanbesteder betekent dit dat hij eerst de toestemming van de Vertrouwensman moet hebben, alvorens hij met een van de overige deelnemers over het werk mag onderhandelen of met hen contact over het werk of hun aanbod mag hebben. Het voorstaande betekent niet dat iedere deelnemer steeds vrijelijk in onderhandeling met de aanbesteder mag treden. De Vertrouwensman is bevoegd om toestemming te weigeren indien hij van mening is dat er wordt geleurd. Ook als hij toestemming verleent, zijn de deelnemers en de aanbesteder beperkt in hun handelingsvrijheid. De deelnemers kunnen slechts het werk aannemen in de vorm waarin het in hun prijsaanbieding was opgenomen[46]. Ook hier is het de deelnemers verboden om een ander aanbod te doen dan hun vooraanbod. De keuze van de aanbesteder is voorts beperkt doordat hij onverkort moet kiezen uit de aanbiedingen, zoals uitgebracht.

43. Naast de boven omschreven regels zoals opgenomen in de aangemelde Regelingen zijn er twee andere situaties wanneer de Vertrouwensman kan ingrijpen: (1) kennelijk niet serieus aanbod en (2) kennelijke calculatiefouten.

44. Volgens VBBS is er uitsluitend sprake van een kennelijk niet serieus aanbod als de Vertrouwensman vaststelt dat een aanbieder met inachtneming van bijzondere concurrentieparameters als kwaliteit en service zo hoog is dat de (voor)aanbieder uitsluitend wil inschrijven om een calculatievergoeding te ontvangen. Deze bepaling is volgens VBBS opgenomen omdat in het verleden is gebleken dat enige ondernemingen er een gewoonte van maakten om zonder behoorlijke calculatie veel te hoge prijsaanbiedingen te doen teneinde calculatievergoedingen te ontvangen. Met betrekking tot de kennelijke calculatiefouten stelt VBBS dat het hier gaat om misrekeningen van zodanige aard dat het iedereen, de Vertrouwensman inbegrepen, onmiddellijk duidelijk is dat er een ernstige rekenfout is gemaakt. In beide situaties heeft de Vertrouwensman de bevoegdheid om deze aanbiedingen buiten beschouwing te laten.

45. Anders dan VBBS betoogd zijn de overwegingen van de d-g NMa in het primaire besluit op dit punt juist en begrijpelijk. Zonder het bestaan van de aangemelde Regelingen zouden de deelnemers en de aanbesteder hun eigen ondernemersrisico moeten dragen. De praktische consequentie van beide regels is dat de aanbesteder aanbiedingen die als kennelijk niet serieus aanbod of kennelijke calculatiefouten worden beschouwd, niet onder ogen krijgt[47], waardoor zijn keuze wordt beperkt. De rechthebbende geniet hierdoor meer bescherming dan in de situatie waarin de aanbesteder wel alle aanbiedingen zou ontvangen ofwel in geval van vrije concurrentie. In beide situaties is het onduidelijk op grond van welke criteria de Vertrouwensman beslist of een aanbieding als kennelijk niet serieus of als een kennelijke calculatiefout kan worden beschouwd. In de situatie van een kennelijk niet serieus aanbod is het goed mogelijk dat de Vertrouwensman een laag aanbod buiten beschouwing laat[48]. Inherent aan beide regels is in elk geval dat zij voorkomen dat vrije concurrentie tussen alle prijsaanbiedingen kan plaatsvinden.

46. VBBS is van mening dat de conclusies die de d-g NMa trekt in randnummers 103 en 104 van het primaire besluit onjuist zijn omdat ze op onjuiste feitelijke gegevens gebaseerd zijn. In het bijzonder stelt VBBS dat de aanbesteder met alle deelnemers mag onderhandelen behalve wanneer dat door de Vertrouwensman niet wordt toegestaan, nl. de beschermingsperiode en de periode nadien. Voor de mededingingsrechtelijke beoordeling is het door VBBS aangebrachte onderscheid irrelevant. Zoals door VBBS aangegeven, geldt immers onder alle omstandigheden (zowel in de beschermingsperiode als in de periode nadien) dat de Vertrouwensman kan intervenieren indien hij van oordeel is dat sprake is van leuren. Van vrije onderhandelingsmogelijkheden is derhalve geen sprake[49]. Derhalve is ook dit bezwaar van VBBS ongegrond.

47. Naast de hierboven besproken regels, zijn er afzonderlijke regels die de Vertrouwensman kan toepassen voor late vooraanbiedingen en niet-gelijktijdige aanmeldingen. De bezwaren van VBBS tegen de betrokken onderdelen van het primaire besluit zullen hieronder worden beoordeeld.

#### Late vooraanbiedingen/niet-gelijktijdige aanmeldingen

48. Nadat de voorinschrijving is afgelopen (tot aan de aanbesteding), kan alsnog worden vooraangeboden, mits de inschrijving nog niet heeft plaatsgevonden[50] (late vooraanbieding). Volgens VBBS is de periode tussen het einde van de voorinschrijving en de inschrijving kort, meestal niet meer dan twee of drie dagen[51]. De deelnemer die geen vooraanbieding heeft gedaan en toch op het werk wil inschrijven, is verplicht dit onverwijld aan het Bureau te melden. Nadat het Bureau de Vertrouwensman heeft ingelicht en er is geconcludeerd dat er geen sprake is van leuren, kan de Vertrouwensman uitsluitend voor de rechthebbende en de late vooraanbieder een aanvullende voorinschrijving openen.

49. Indien de aanbesteder na inschrijving, doch zonder een nieuwe inschrijving te openen, een deelnemer verzoekt voor het werk een (nieuw) aanbod te doen, terwijl een ander dan de rechthebbende is aangewezen, wordt dit door de betrokken deelnemer (niet zijnde de rechthebbende) onverwijld aan het Bureau gemeld (niet-gelijktijdige aanmelding). De deelnemer mag geen nieuw aanbod doen totdat hij daarvoor toestemming heeft gekregen van de Vertrouwensman. Ook hier dient de Vertrouwensman te beoordelen of er wordt geleurd.

50. Volgens VBBS hebben beide regels tot doel de mededinging ondanks de voorinschrijvingsprocedure ongehinderd te laten verlopen, met dien verstande dat slechts wegens leuren door de aanbesteder een beperking kan worden opgelegd door de Vertrouwensman. Deze beperking is in de visie van VBBS mededingingsrechtelijk geoorloofd gezien het doel van het systeem het tegengaan van leuren. Zoals reeds vermeld in randnummer 29 van het onderhavige besluit kan de doelstelling van het tegengaan van leuren de toepassing van artikel 6, lid 1, Mw niet uitsluiten. In tegendeel, juist in dat licht bezien, oordeelt de d-g NMa dat de Regelingen in hun geheel ertoe strekken de mededinging te beperken. Bedoelde bezwaren van VBBS kunnen slechts in het kader van artikel 17 Mw een rol spelen[52].

51. De bezwaren van VBBS gaan ook voorbij aan het feit dat de Vertrouwensman fungeert als een tussenschakel die bepaalt welke aannemer in aanmerking komt voor het onderhandelen met de aanbesteder[53]. Omdat de handelingsvrijheid/keuzevrijheid van de aanbesteder is beperkt, levert dit een beperking van de mededinging op. In het bepalen of een aanvullende voorinschrijving dient plaats te vinden wordt - in tegenstelling tot de normale procedure waar volgens VBBS de concurrentieparameters wel een rol spelen in de voorselectie - geen rekening gehouden met alle concurrentieparameters (zie voorbeelden in randnummer 38) die een aanbesteder in een concrete geval van belang kan achten. Bijgevolg wordt de keuze van de aanbesteder beperkt. Ook de handelingsvrijheid van de deelnemer wordt in beide situaties beperkt; immers de deelnemer kan niets doen totdat de Vertrouwensman zijn onderzoek heeft afgerond en geconcludeerd heeft dat er niet wordt geleurd.

52. Uit het voorgaande volgt dat in het primaire besluit terecht is geconcludeerd dat de regels inzake het vaststellen en beschermen van de rechthebbende (inclusief de bepalingen inzake late vooraanbiedingen/niet-gelijktijdige aanmeldingen) ertoe strekken de mededinging te beperken[54].

#### Inschrijfvergoedingen

53. VBBS bestrijdt tevens de conclusie van de d-g NMa dat het systeem van inschrijfvergoedingen in strijd is met artikel 6, lid 1, Mw (zie randnummer 15 van dit besluit).

54. De deelnemer aan wie een werk wordt gegund, is verplicht om aan het Bureau de door de Vertrouwensman voor dat werk vastgestelde inschrijfvergoeding (de som van de vastgestelde calculatievergoedingen en de organisatievergoeding) te betalen[55]. De deelnemer mag deze inschrijfvergoeding geheel of deels in zijn vooraanbod opnemen[56]. De inschrijfvergoeding wordt vastgesteld door de Vertrouwensman op grond van de Tabel Inschrijfvergoedingen[57]. De inschrijfvergoeding wordt vóór de voorinschrijving door de Vertrouwensman aan de gegadigden bekend gemaakt.

55. De d-g NMa heeft onder meer op grond hiervan geoordeeld dat de Regeling omtrent de inschrijfvergoeding ertoe leidt dat op de deelnemende partijen een pseudo-verplichting rust en daarom geneigd zijn om deze vergoeding in de praktijk ook daadwerkelijk in hun (voor)aanbod op te nemen [58]. De d-g NMa concludeert dat feitelijk een collectieve prijsverhoging ontstaat doordat iedere aanbieder deze vergoeding opneemt in zijn (voor)aanbod. De prijsaanbiedingen van de verschillende aanbieders worden derhalve met eenzelfde bedrag verhoogd. Deze horizontale praktijk moet

worden aangemerkt als het collectief vaststellen van (een deel van de) prijs, hetgeen ertoe strekt de mededinging te beperken[59]. VBBS heeft in haar bezwaarschrift de feitelijke vaststellingen van de d-g NMa in randnummers 113 tot en met 115 van het primaire besluit niet betwist, maar bestrijdt de overwegingen en de beslissing van de d-g NMa dat de inschrijfvergoeding in strijd is met artikel 6, lid 1, Mw.

56. Met betrekking tot de pseudo-verplichting dient het volgende te worden opgemerkt. Ondanks het feit dat artikel 3, lid 3 van het RI bepaalt dat de deelnemer deze inschrijfvergoeding geheel of deels in zijn vooraanbod mag opnemen, bepaalt artikel 4, lid 1 van het RG, waarin bijzondere gedragsregels zijn opgenomen in het kader van het ALR, dat in de prijs die de deelnemer in het (voor)aanbod opneemt wordt geacht begrepen te zijn de door de deelnemer bij gunning aan hem aan het Bureau verschuldigd wordende inschrijfvergoeding[60]. Bovendien zijn de tuchtmaatregelen van toepassing op dit artikel[61]. In dit licht bezien kan worden geconcludeerd dat de inschrijfvergoeding dient te worden opgenomen door de gegadigden.

57. Volgens VBBS is deze interpretatie onjuist. Zij stelt dat er niet staat dat de deelnemers worden geacht de inschrijfvergoeding in hun vooraanbod op te nemen, maar dat in de vooraangeboden prijs de inschrijfvergoeding geacht wordt opgenomen te zijn. Ter ondersteuning voert VBBS aan dat het doel van de bepaling is om de deelnemers duidelijk te maken dat de vooraangeboden prijs vr de inschrijving niet verhoogd mag worden met de inschrijfvergoeding. De sancties zijn bedoeld voor deelnemers die een hogere prijs aanbieden dan in hun voorinschrijving[62].

58. Wat dit aangaat is de d-g NMa op de eerste plaats van oordeel dat de zin in de prijs die de deelnemer in het (voor)aanbod wordt geacht begrepen te zijn de door de deelnemer bij gunning aan hem aan het Bureau verschuldigd wordende inschrijfvergoeding op zijn minst de indruk wekt dat de deelnemer de inschrijfvergoeding moet opnemen in zijn prijsaanbod. Bedoelde bepaling brengt voorts in elk geval een bepaalde verplichting met zich mee: uit deze bepaling vloeit voort dat in de vooraanbiedingsprijs de inschrijfvergoeding inbegrepen moet zijn, in die zin dat de deelnemer deze in verschuldigd is aan het Bureau. Het resultaat is derhalve steeds dat de inschrijfvergoeding, zoals vastgesteld door het bestuur van het Bureau, betaald zal moeten worden. Dit impliceert dat de deelnemers wel degelijk rekening met de inschrijfvergoeding zullen moeten houden bij het maken van hun prijsaanbiedingen. Immers, op het moment dat n van hen als rechthebbende wordt aangesteld, moet de inschrijfvergoeding worden betaald. In dit licht bezien kan de d-g NMa niet anders oordelen dan dat de deelnemende partijen een (pseudo)verplichting bezitten en daarom geneigd, zo niet verplicht, zijn om deze vergoeding in de praktijk daadwerkelijk op te nemen.

59. Bovendien moet niet uit het oog worden verloren dat de inschrijfvergoeding onderdeel uitmaakt van het prijsaanbod. De inschrijfvergoeding wordt door de Vertrouwensman bepaald op grond van de Tabel Inschrijfvergoedingen[63], die is vastgesteld door het bestuur van het Bureau. De facto en de jure komt dit systeem er op neer dat op grond van de hiervoor besproken bepalingen de prijsaanbiedingen van de deelnemers met eenzelfde bedrag worden verhoogd. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen volgt dat ook afspraken met betrekking tot een onderdeel van de prijs in strijd zijn met het kartelverbod[64]. In lijn hiermee concludeert de d-g NMa dat de horizontale Regeling betreffende de inschrijfvergoedingen, in strijd met het bepaalde in artikel 6 Mw, ertoe strekt de mededinging te

beperken. Zoals ook uit het navolgende voortvloeit geldt dit voor beide componenten van de inschrijvergoeding: de calculatievergoeding en de organisatievergoeding. De bezwaren van VBBS gericht tegen het primaire oordeel van de d-g NMa dienaangaande, kunnen niet slagen.

60. Zoals door de d-g NMa aangegeven in randnummer 124 van het primaire besluit bedraagt de gemiddelde inschrijvergoeding ongeveer 2.990.

61. Volgens VBBS is de gemiddelde inschrijvergoeding in werkelijkheid slechts 1.794 en dient rekening te worden gehouden met de praktijk dat de inschrijvergoedingen in bijna alle gevallen ver onder het maximum blijven. Wat dit aangaat dient eraan te worden herinnerd dat het stelsel omtrent inschrijvergoedingen (en daarmee de Regeling inzake de calculatie- en organisatievergoedingen) ertoe strekt de mededinging tussen de verschillende deelnemers te beperken. Bijgevolg bestaat aan de zijde van de d-g NMa geen verplichting om de gevolgen van het stelsel omtrent inschrijvergoedingen te onderzoeken[65]. De door VBBS terzake van de gemiddelde inschrijvergoeding kan wat daar verder ook van zij daaraan niets afdoen.

#### Calculatievergoeding

62. VBBS betwist de overwegingen van de d-g NMa dat de calculatievergoeding moet worden aangemerkt als reguliere voorinvesteringen [66]. Volgens VBBS gaat het niet om voorinvesteringen ter verwerving van opdrachten in het algemeen maar om kosten die rechtstreeks op de verwerving van n specifieke opdracht betrekking hebben. Verder merkt zij op dat het bijzondere karakter van de schilders- en afwerkingsbranche met zich mee brengt dat calculatiekosten niet rechtstreeks uit de kosten van uitvoering van een werk kunnen worden afgeleid maar afhankelijk zijn enerzijds van de bijzondere eigenschappen daarvan, zoals grootte en ingewikkeldheid, en anderzijds van de moeite die de aanbesteder zichzelf heeft getroost bij het formuleren van zijn uitnodiging om te offeren.

63. Zoals reeds gesteld geldt dat de algemene mededingingsregels onverkort van toepassing zijn op de schilders -en afwerkingsbranche[67]. De bijzondere kenmerken van de branche, zoals door VBBS naar voren gebracht, brengen hierin geen verandering.

64. Uit de ontheffingsaanvraag van VBBS en haar bezwaarschrift blijkt dat de calculatievergoeding een vergoeding is voor de (geschatte) rekenkosten die de schilders- en afwerkingsbedrijven maken in het opstellen van hun prijsaanbiedingen (offerte). Als een werk wordt gegund aan een gegadigde, komt ieder van de gegadigden aan wie het niet is gegund in aanmerking voor een calculatievergoeding (maximaal negen gegadigden per werk). De calculatievergoeding wordt door de Vertrouwensman bepaald met inachtneming van de Tabel Inschrijvergoeding. Gezien het feit dat de calculatievergoeding onderdeel is van de inschrijvergoeding (zie hiervoor randnummer 54) en dat het als onderdeel van de prijsaanbieding aan de aanbesteder wordt doorberekend, moet er geconcludeerd worden (net als in randnummer 59 van dit besluit) dat prijsaanbiedingen met eenzelfde bedrag worden verhoogd. Bijgevolg strekt deze horizontale praktijk ertoe de mededinging te beperken.

65. De d-g NMa oordeelt dat de calculatievergoedingen onder de aangemelde Regelingen een prijsverhogend effect met zich mee brengen[68]. Voor de individuele aanbesteder geldt dat hij het prijskaartje moet betalen voor de

rekenkosten van de verliezende gegadigden.

66. De individuele deelnemer onder de aangemelde Regelingen loopt voorts weinig risico bij het doen van een bod aangezien op het moment dat de deelnemer kosten maakt met betrekking tot een inschrijving, hij een calculatievergoeding ontvangt indien hij niet de laagste prijs heeft geboden [69]. De enige afweging die de deelnemer maakt is tussen enerzijds de kans op het verwerven van een opdracht (laagste prijs) en anderzijds de kosten die gemaakt moeten worden om mee te kunnen dingen. Het feit dat de aanbiedingen bindend zijn doet hier niet aan af. Dit leidt tot een prijsverhoging omdat de aanbesteder niet alleen de rekenkosten van de zogenaamde serieuze deelnemers moet betalen[70], maar ook van deelnemers die weten dat als ze wat hoger bieden, ze alsnog een calculatievergoeding zullen ontvangen.

67. VBBS merkt verder op dat, ook al zou de tegemoetkoming in de calculatiekosten de drempel om in te schrijven lager maken[71] voor de deelnemers, het systeem nog steeds geen concurrentiebeperkend effect heeft. Deze conclusie is onjuist. Door het systeem van inschrijfvergoedingen moet de deelnemer een afweging maken. Deze afweging resulteert, zoals reeds besproken in randnummer 66, in een prijsverhogend effect omdat de aanbesteder de rekenkosten van alle (niet winnende) deelnemers moet dragen. Omdat de aanbesteder hierop moet anticiperen, zal hij geneigd zijn (zoals VBBS constateert in haar bezwaarschrift maximum calculatievergoeding) om minder deelnemers uit te nodigen om zijn kosten te beperken[72]. Zonder het inschrijfvergoeding-systeem, waarvan de calculatievergoeding onderdeel uitmaakt, zou de aanbesteder meer deelnemers kunnen uitnodigen omdat dat hem niets (of veel minder) zou kosten. Ook aldus bezien heeft het systeem van calculatievergoedingen een concurrentiebeperkend effect.

68. VBBS betwist de overweging van de d-g NMa dat de deelnemer een afweging maakt tussen enerzijds de kans op het verwerven van een opdracht en anderzijds de kosten die gemaakt moeten worden om mee te dingen. Volgens VBBS is dit in de praktijk niet van belang. De reden dat de deelnemer zal offreren is volgens VBBS gebaseerd op de voorselectie van de aannemers die mogen aanbieden enerzijds en de duurzame relaties tussen aanbesteder en aannemers anderzijds. Ook als de voorselectie een rol speelt zoals door VBBS betoogt neemt dit niet weg dat de calculatievergoeding, zoals neergelegd in de Regelingen, een prikkel vormt voor de deelnemer om daadwerkelijk te offreren (bijvoorbeeld bij een vooraanbiedingsbedrag tussen 413.301 en de 446.700, bedraagt de calculatievergoeding per deelnemer 2.500). VBBS heeft geen overtuigend bewijs kunnen aanleveren om dit standpunt te weerleggen.

69. VBBS heeft kritiek geuit op de in het besluit gevolgde theoretische benadering van de ontheffingsaanvraag. Volgens VBBS is het niet de aanbodzijde (de aannemers) die de omvang van de door de aanbesteder te vergoeden rekenkosten bepaalt, maar de vraagzijde. De aanbesteder, wetende dat hij de rekenkosten moet vergoeden, beslist over het aantal ondernemers dat voor offreren wordt uitgenodigd. En daarmee staat de maximale som van de te vergoeden calculatiekosten vast. Uit het primaire besluit blijkt dat de d-g NMa kiest voor een praktische benadering die ook rechtens juist is.

70. De d-g NMa volgt met deze aanpak de benadering zoals gevolgd door het

Gerecht van Eerste Aanleg in John Deere: volgens vaste rechtspraak moeten de mededingingsbelemmeringen die uit de overeenkomst zouden kunnen voortvloeien, in dat geval worden beoordeeld tegen de achtergrond van de mededinging zoals die zich zonder de omstreden overeenkomst zou afspelen [73]. Zoals uit het primaire besluit[74] en de ontheffingsaanvraag van VBBS voortvloeit, wordt de vraag naar schilders- en afwerkingsdiensten uitgeoefend door de groep van ondernemingen, overheidsinstanties en particulieren (de aanbesteders). Zonder de collectieve privaatrechtelijke Regelingen (een markt waar vraag en aanbod vrij spel hebben), zouden de aanbesteders op een individuele basis en per opdracht kunnen bepalen of zij bereid zijn de rekenkosten te vergoeden, en zo ja, de hoogte van het bedrag. Met andere woorden, het zou de vraagzijde van de markt zijn die de omvang van de rekenkosten zou moeten bepalen. Door het in stand houden van de onderhavige Regelingen is duidelijk dat de markt niet functioneert zoals zij normaal, althans bij afwezigheid van de Regelingen, zou functioneren. Het is de aanbodzijde van de markt die de omvang van de door de aanbesteder te vergoeden rekenkosten bepaalt omdat de aanbesteder geen eigen keuze kan maken of hij wel of niet de (totale) rekenkosten wil vergoeden. Dit leidt tot inefficiëntie in de markt en heeft een prijsverhogend effect voor de afnemer (zie randnummer 67).

71. De d-g NMa heeft in het primaire besluit geoordeeld dat zonder (totale) tegemoetkoming in de calculatiekosten mogelijk minder aannemers aanbieden[75] en anderzijds dat het systeem ertoe kan leiden dat aanbesteders (ter besparing van kosten) minder aannemers uitnodigen om te offrenen[76]. Volgens VBBS worden beide effecten mededingingsbeperkend geacht. Deze zienswijze kan niet worden gevolgd. De d-g NMa heeft het niet mededingingsbeperkend geacht dat, indien er rekenkosten worden gemaakt, deze door de aannemers in hun overheadkosten worden opgenomen en dus (mogelijk) aan andere opdrachtgevers/aanbesteders worden doorberekend (omslagstelsel). De mededinging wordt beperkt indien de aanbesteder verplicht wordt om de rekenkosten van (alle) gegadigden per opdracht te vergoeden (allocatiestelsel).

72. Ten slotte zij opgemerkt dat er ook in andere sectoren (bijvoorbeeld de beauty parades in de consultancy sector) ondernemers kosten maken die rechtstreeks betrekking hebben op de verwerving van n specifieke opdracht (normale acquisitiekosten). Normale acquisitiekosten moeten worden gezien als reguliere voorinvesteringen die gedaan worden in het kader van de verwerving van nieuwe opdrachten op de langere termijn. Het is een feit dat deze kosten niet altijd direct verdiend zullen worden. Dit is voor de rekening en risico van de ondernemer.

73. In randnummer 66 van dit besluit is komen vast te staan dat de d-g NMa terecht heeft kunnen concluderen dat de calculatievergoeding de concurrentie tussen de gegadigden op het punt van hun calculatiekosten beperkt. VBBS stelt dat deze conclusie ongeldig wordt omdat het rekenwerk steeds vaker wordt overgelaten aan een aantal gespecialiseerde calculatiebureaus. Volgens VBBS zal het resultaat hiervan zijn dat de rekenkosten voor alle aannemers elkaar nauwelijks (zullen) ontlopen en dus geen rol meer (zullen) spelen in de mededinging. Deze stelling verandert de bovenomschreven conclusie van de d-g NMa niet. Het mededingingsrechtelijk probleem is op zich niet wie het rekenwerk doet, maar zoals reeds besproken (zie randnummer 67), dat de aanbesteder wordt geconfronteerd met een (ondoorzichtig) systeem waardoor hij moet betalen voor de rekenkosten van alle gegadigden. Aanbesteders kunnen dus niet profiteren van de concurrentie



tussen de gegadigden met betrekking tot de rekenkosten. Concurrentie zou nu juist ontstaan door het feit dat er verschillende bureaus zijn, de schilders- en afwerkingsbedrijven verschillende kosten hebben en ieder individueel schildersbedrijf kan kiezen of het wel (of niet) de rekenkosten in rekening brengt bij de aanbesteder of deze als algemene acquisitiekosten zal beschouwen. Daarenboven is het te verwachten dat een calculatiebureau met lagere kosten een lagere prijs in rekening zal brengen bij de individuele gegadigde. Bij ontbreken van de VBBS-Regelingen inzake calculatievergoedingen zouden aanbesteders van al deze mogelijkheden kunnen profiteren

74. In het licht van het voorgaande luidt de conclusie dat in het primaire besluit terecht is geoordeeld dat de systematiek van de calculatievergoedingen de vrije werking van vraag en aanbod verhindert. De meest efficiënte deelnemers kunnen niet profiteren van hun lage kosten omdat de Regelingen geen rekening houden met de situatie van de individuele aanbieder[77]. Op grond van het voorgaande kan er worden geconcludeerd dat, gezien het specifieke karakter van de Regelingen en de (omvang van de) toepassing ervan, sprake is van een beperking van de mededinging in de zin van artikel 6 Mw. De bezwaren van VBBS gericht tegen deze beoordeling zijn ongegrond. Voor zover de bezwaren van VBBS zich toespitsen op de bijzondere kenmerken van de relevante markt kunnen zij een rol spelen in de heroverweging in het kader van artikel 17 Mw[78]. Tevens zullen de argumenten van VBBS met betrekking tot de bedrijfseconomische aspecten van de calculatievergoedingen in het kader van artikel 17 Mw worden behandeld.

#### Organisatievergoeding

75. VBBS meent dat de d-g NMa onjuist heeft geconcludeerd dat de organisatievergoeding door alle deelnemers in de prijsaanbiddingen wordt opgenomen.

76. De organisatievergoeding is twee maal zo groot als de door de Vertrouwensman voor ieder van de vooraanbidders vastgestelde calculatievergoeding[79]. Zoals reeds besproken in randnummer 58 van dit besluit is de deelnemer aan wie het werk wordt gegund, verplicht om aan het Bureau de door de Vertrouwensman voor dat werk vastgestelde inschrijvergoeding te betalen. Net als bij de calculatievergoeding is het duidelijk en onomstreden door VBBS dat de organisatievergoeding (als onderdeel van de inschrijvergoeding) wordt geacht begrepen te zijn in de door de deelnemer bij gunning aan het Bureau verschuldigd wordende inschrijvergoeding[80]. Ook hier geldt dat de deelnemers rekening zullen houden met de organisatievergoeding bij het maken van hun prijsaanbiddingen [81], waardoor de inschrijvergoeding hoger wordt. Omdat de organisatievergoeding onderdeel uitmaakt van de prijsaanbidding wordt deze door de deelnemers met eenzelfde bedrag verhoogd, hetgeen ertoe strekt de mededinging te beperken. De organisatievergoeding heeft, op gelijke wijze als de calculatievergoeding (zie hiervoor 66), als resultaat een prijsverhogend effect.

77. Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat ook de organisatie-vergoeding ertoe strekt de mededinging te beperken. De bezwaren dienaangaande van VBBS zijn ongegrond.

#### Merkbaarheid

78. VBBS bestrijdt de conclusie van de d-g NMa in zijn primaire besluit dat er geen nader onderzoek dient plaats te vinden naar de concrete gevolgen van de aangemelde Regelingen. Zoals reeds besproken in randnummer 24 van dit besluit is geen nader onderzoek vereist naar de concrete gevolgen voor de mededinging indien vaststaat dat de desbetreffende afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken. De beweerde gunstige gevolgen van de Regelingen kunnen slechts in het kader van artikel 17 Mw in aanmerking worden genomen.

79. Vast staat dat de Regelingen, voor zover betrekking hebbend op de meldingsplicht en rechthebbende, tot doel hebben vormen van mededinging uit te sluiten en voor zover betrekking hebbend op de inschrijvergoedingen (calculatievergoeding en organisatievergoeding) de aanbiedingen van de deelnemers beïnvloeden en leiden tot prijsverhoging. De d-g NMa is van oordeel dat gezien de mededingingsbeperkende strekking van de Regelingen in beginsel gegeven is dat de mededinging merkbaar wordt beperkt. Waar de regelingen zoals in casu uitdrukkelijk tot doel hebben collectief bepaalde vormen van mededinging uit te sluiten dan wel de verplichting meebrengen collectief prijzen met een bepaald bedrag te verhogen is sprake van een regeling met een mededingingsbeperkend karakter met directe negatieve gevolgen voor de afnemers. Onder dergelijke omstandigheden geldt dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen het verbod van artikel 6 Mw niet van toepassing is wegens de geringe mate waarin zij afbreuk kunnen doen aan de mededinging. In het primaire besluit heeft de d-g NMa geoordeeld dat van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden geen sprake is. Hetgeen VBBS dienaangaande in bezwaar heeft aangevoerd kan dit oordeel niet wijzigen.

80. VBBS heeft bezwaar tegen de theoretische analyse van de d-g NMa van de relevante markt<sup>[82]</sup> en de overweging in het primaire besluit dat een marktaandeel van ruim 10% (i.c. 12, 3%) bij de onderhavige Regelingen ruim voldoende is om vast te stellen dat de Regelingen de mededinging merkbaar beperken. Tevens heeft zij bezwaar tegen de enkele verwijzing in bovengenoemde zin naar de term onderhavige Regelingen. VBBS erkent evenwel in haar bezwaarschrift dat 10% van de relevante markt in zekere markten voldoende is om te veronderstellen dat de mededinging merkbaar wordt beïnvloed. Er dient te worden opgemerkt dat VBBS zelf in haar ontheffingsaanvraag heeft medegedeeld dat ruim 10-11% van de omzet in de markt via de betrokken Regelingen tot stand komt. In zijn primaire besluit heeft de d-g NMa aangegeven dat zelfs indien de door VBBS voorgestane marktafbakening zou worden gevolgd, waarbij is opgemerkt dat dit de meest ruime markt van alle betrokken diensten gezamenlijk in Nederland betreft, volgens eigen inschatting van VBBS, sprake is van een marktaandeel van meer dan 10% (dit wil zeggen 10% komt via de betrokken Regelingen tot stand). Hiermee is tevens aangegeven dat bij een nauwere marktafbakening welke onder omstandigheden (bijvoorbeeld bij werken van een zekere omvang) meer geïgend kan zijn het marktaandeel beduidend meer dan 10% kan bedragen. Vaststaat dat van de 800 VBBS-leden een groot aantal van worden aangemerkt als middelgrote danwel grote bedrijven in de branche. Tevens staat vast dat van de grotere bedrijven in Nederland, met een omzet boven de 750.000 een zeer groot percentage aan de Regelingen heeft deelgenomen. Uit randnummer 130 van het primaire besluit blijkt dat 50% of meer van de middelgrote en grote bedrijven in de markt in 1998 minstens 1 keer aan de voorinschrijving heeft deelgenomen. Het hiervoor omschreven bewijst dat de markt door de Regelingen kan worden beïnvloed. Derhalve kan worden geconcludeerd dat de Regelingen een merkbare invloed hebben op de mededinging, als bedoeld in artikel 6 Mw. De stellingen die VBBS aanvoert

ter onderscheiding van de betrokken markt van de overige markten dienen niet in dit kader maar in het kader van de beoordeling onder artikel 17 Mw in aanmerking te worden genomen.

81. Tenslotte kan het volgende worden opgemerkt met betrekking tot het gebruik van de term onderhavige Regelingen. VBBS heeft in de ontheffingsaanvraag de term BBS-mededingingsregeling gebruikt. De d-g NMa heeft niet beoogd een verschil aan te brengen tussen de term BBS-mededingingsregeling en de onderhavige Regelingen. Voorts geldt dat, ondanks het feit dat de verschillende beperkingen van de mededinging afzonderlijk in dit besluit worden besproken, het stelsel van samenhangende Regelingen als n geheel functioneert en derhalve als een geheel moet worden beschouwd waar het de vraag betreft of de Regelingen de mededinging (merkbaar) beperken in de zin van artikel 6 Mw.

82. Op grond van het voorgaande kan er geconcludeerd worden dat de aangemelde Regelingen ertoe strekken de mededinging te beperken, dat er sprake is van een (merkbare) beperking van de mededinging in de zin van artikel 6 Mw. De door VBBS beweerde positieve effecten van de Regelingen kunnen hieraan niet afdoen. De desbetreffende bezwaren worden bij de beoordeling van de toepasselijkheid van artikel 17 Mw in aanmerking te worden genomen.

#### Rule of Reason

83. VBBS erkent in haar bezwaarschrift dat de Regelingen wel beperkingen met zich meebrengen<sup>[83]</sup>, maar dat voor zover die al concurrentiebeperkend zijn, moeten worden afgewogen tegen de mededingingsvoordelen die daaruit voortvloeien. Volgens VBBS zou de d-g NMa de rule of reason in het onderhavige geval moeten toepassen. Die afweging moet uitvallen ten gunste van de Regelingen, immers de beperkingen hebben uitsluitend als doel (strekking) het tegengaan van het ook uit mededingingsoogpunt onaanvaardbare leuren.

84. Dit betoog kan niet slagen. In het recente Mropole arrest heeft het Gerecht van Eerste Aanleg gesteld dat het Hof van Justitie en het Gerecht nooit het bestaan van een dergelijke regel (rule of reason) als zodanig hebben erkend<sup>[84]</sup>. Het Gerecht stelt wel dat in verschillende arresten het Hof en het Gerecht zich hebben uitgesproken voor een soepelere benadering van het verbod artikel 85, lid 1 EG-Verdrag [thans artikel 81, lid 1, EG-Verdrag], maar zij het bestaan van een rule of reason in het communautaire mededingingsrecht niet bevestigen<sup>[85]</sup>. Met betrekking tot de afweging van de positieve en negatieve gevolgen van een beperking van de mededinging, stelt het Gerecht dat deze alleen maar kan plaatsvinden binnen het strikte kader van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag [thans artikel 81, lid 3, EG-Verdrag]. In dit licht bezien en gezien de uitspraak van de President in voorlopig voorziening <sup>[86]</sup>, is de d-g NMa van mening dat de door VBBS gewenste afweging van de positieve en negatieve gevolgen van de beperkingen van de mededinging niet moet plaatsvinden binnen artikel 6, lid 1, Mw, maar binnen het kader van artikel 17 Mw.

#### Conclusie

85. Uit het bovenstaande is gebleken dat de Regelingen in hun geheel en desbetreffende onderdelen van de Regelingen (m.n. de meldingsplicht, het

vaststellen en beschermen van een rechthebbende en het stelsel omtrent de inschrijfvergoedingen) naar hun aard mededingingsbeperkend zijn en derhalve in strijd met artikel 6, lid 1, Mw[87].

#### Artikel 17 Mw

86. VBBS kan zich niet verenigen met de conclusie van de d-g NMa in randnummer 152 van het primaire besluit dat de Regelingen niet aan alle voorwaarden gesteld in artikel 17 Mw voldoen. Artikel 17 Mw luidt:  
De directeur-generaal kan op aanvraag een ontheffing verlenen van het verbod van artikel 6, lid 1, voor overeenkomsten (...) die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goed komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:  
a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of  
b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.

87. Op grond van artikel 17 Mw kan de d-g NMa een ontheffing van het verbod van artikel 6, lid 1, Mw, verlenen, mits aan alle positieve en negatieve vereisten is voldaan. In het kader van deze beoordeling zullen de positieve en negatieve gevolgen van de beperkingen van de mededinging worden heroverwogen. Hierbij wordt aangetekend dat het, zoals ook door de President in zijn uitspraak van 12 oktober 2001 bevestigt, op de weg ligt van degene die zich op de uitzondering van artikel 17 Mw beroept om dit beroep van een deugdelijke onderbouwing te voorzien. In bezwaar heeft VBBS, wat dit aangaat, met name in algemene termen verwezen naar beweerde bijzondere kenmerken en aspecten van met name de bouw en deze aspecten zal evenzeer gelden voor de schilders- en afwerkingsbranche. Naar het oordeel van VBBS heeft de d-g NMa in het primaire besluit onvoldoende rekening gehouden met deze bijzondere kenmerken en aspecten. In het onderstaande zal op deze bezwaren van VBBS worden ingegaan.

Bijdragen tot een verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van technische of economische vooruitgang

88. VBBS meent dat de Regelingen bijdragen tot een verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van technische of economische vooruitgang. Dit geldt volgens VBBS zowel voorzover de Regelingen beogen het tegen gaan van leuren, welke doelstelling via de meldingsplicht en het vaststellen en beschermen van de rechthebbende wordt uitgevoerd, als de tweede doelstelling, het systeem van inschrijfvergoedingen.

Het tegengaan van leuren

89. VBBS meent dat de Regelingen, voorzover zij beogen leuren tegen te gaan, bijdragen tot een verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van technische of economische vooruitgang. De d-g NMa heeft deze stelling van VBBS in zijn primaire besluit niet kunnen volgen omdat hetgeen VBBS aanmerkt als leuren feitelijk niets anders is dan een normale vorm van concurrentie[88]. De vaststelling en de bescherming van de rechthebbende voorkomen een normale werking van de mededinging tussen de schilders- en afwerkingsbedrijven[89]. Volgens VBBS wordt leuren door aannemers in de bouwnijverheid, schilders- en afwerkingsbedrijven, als een

onaanvaardbare vorm van concurrentie beschouwt. In het bijzonder stelt VBBS in haar bezwaarschrift dat leuren

i een economisch niet verantwoorde prijsvorming veroorzaakt,

ii de efficiëntie van de transactiestructuur aantast,

iii het objectieve karakter van de aanbesteding aantast, en

iv schade aan de (uiteindelijke) opdrachtgever oplevert.

90. Volgens VBBS is leuren een maatschappelijk, althans in de bouwnijverheid, ongewenst verschijnsel en dienen Regelingen die dit beogen tegen te gaan, om die reden, te worden geaccepteerd. Volgens VBBS leidt leuren tot, althans kan gemakkelijk leiden tot, ruineuze marktverstoring en grote problemen voor de (uiteindelijke) opdrachtgever. Ter ondersteuning van deze stelling merkt VBBS op de succesvol leurende aanbesteder verkrijgt een prijs die lager is dan de laagste prijs waartegen de winnaar van de prijsconcurrentieslag ter aanbesteding bereid en in staat is het werk te verrichten. VBBS meent dat z'n prijs slechts tot stand [kan] komen door het (relatieve) marktoverwicht van de aanbesteder tegenover de aannemers. De prijs bij leuren komt dus tot stand door misbruik van dat (markt)overwicht, van die marktmacht, en reeds daardoor is zij onbillijk. Zonder het bestaan van de Regelingen zouden de aanbesteders hun macht kunnen misbruiken en een prijs kunnen bepalen die op een 'laag' of 'ruineus' niveau zou liggen. Dit zou leiden tot marktverstoringen. Derhalve "veroorzaakt leuren een economisch niet verantwoorde prijsvorming". Ter ondersteuning van dit standpunt heeft VBBS verwezen naar het bestaan van het huidige UAR 2001 en de communautaire regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen.

91. Ten eerste merkt de d-g NMa op dat het onduidelijk is hoe een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen ruineuze concurrentie en normale concurrentie<sup>[90]</sup>. Elke concurrentie is potentieel ruineus voor de minst efficiënte ondernemingen.

92. In het onderhavige geval zijn de Regelingen voor de deelnemers van toepassing op alle werken in de schilders- en afwerkingsbranche in Nederland boven een prijs van 5.000,00. De aanbesteders (opdrachtgevers) van dergelijke werken hebben weinig keuze. Voorzover de aanbesteder gedwongen wordt zaken te doen met een deelnemer, heeft de deelnemer (schilders- en afwerkingsbedrijf) de verplichting dit bij het Bureau te melden. Als gevolg van het melden, wordt de rechthebbende gekozen (zonder enige overleg met de aanbesteder) op grond van de prijsaanbiedingen van de gegadigden (enig criteria: laagste prijs). Hoe de Vertrouwensman door het Bureau geselecteerd wordt en op grond van welke criteria is onduidelijk. Wat wel duidelijk is dat vanaf het meldingsmoment de deelnemer en de aanbesteder hun handelingsvrijheid/keuzevrijheid verliezen voor een periode van twee maanden. In het vaststellen van de rechthebbende blijven concurrentieparameters, zoals kwaliteit, reputatie en service, buiten beschouwing. Ook andere, in de aanbesteding aanvaardbare methoden, zoals het economisch meeste voordelige aanbod, komen berhaapt niet aan de orde.

93. Uit het voorgaande blijkt dat om het doel van het "tegengaan van leuren" te bereiken, een systeem in het leven geroepen is, waardoor de aanbesteder het recht wordt ontnomen om individuele aanbiedingen van gegadigden te

vergelijken en te onderhandelen met wie hij wil. Ten behoeve van het beweerde collectieve belang (het tegengaan van leuren) is het de Vertrouwensman die de Regelingen uitvoert en eenzijdig bepaalt op grond van de Regelingen wie rechthebbende wordt, wie mag onderhandelen met de aanbesteder en wanneer er wordt gekeurd. De aanbesteder speelt in dit proces geen enkele rol; ook heeft hij geen inzicht in het opereren van de Vertrouwensman (en weet hij niet welke biedingen om welke reden worden uitgesloten).

94. Het systeem van het vaststellen en beschermen van de rechthebbende, zoals neergelegd in de Regelingen, geldt voor alle aan te besteden werken in Nederland die onder de Regelingen vallen, ongeacht of het gaat om overheidsopdrachten of opdrachten in de privaatrechtelijke sector, ongeacht of het gaat om werken van geringe waarde (meer dan 5.000,00) dan wel van grote financiële omvang en ongeacht of het risico van "leuren" reëel is of niet[91]. Het systeem heeft voorts niet alleen invloed op hoe de prijs tot stand komt, maar ook op de handelingsvrijheid van de aanbesteder en de individuele deelnemers. VBBS heeft tenslotte niet kunnen aangegeven op welke wijze leuren kan worden onderscheiden van vormen van concurrentie die zij niet als leuren bestempelt. VBBS heeft ook onvoldoende aannemelijk weten te maken dat bedoelde praktijken in de schilders en afwerkingsbranche tot de schadelijke gevolgen leiden zoals door haar betoogd noch dat zij zich op aanzienlijke schaal zouden voordoen. Dat de Regelingen vormen van mededinging uitsluiten die tot de normale werking van de markt moeten worden geacht, staat daarentegen wel vast.

95. In het licht van het voorgaande kan niet worden geconcludeerd dat de Regelingen voorzover zij beogen het tegengaan van leuren bijdragen tot het bevorderen van de economische vooruitgang, zoals bedoeld in artikel 17 Mw.

96. Ook de argumenten van VBBS, namelijk dat leuren de efficiëntie van de transactiestructuur aantast, het objectieve karakter van de aanbesteding aantast, en schade op de (uiteindelijke) opdrachtgever aanlevert veranderen dit oordeel niet.

97. Met betrekking tot het argument dat leuren de efficiëntie van de transactiestructuur aantast en dat leuren het objectieve karakter van de aanbesteding aantast kan het volgende worden opgemerkt. Volgens VBBS zou het aanbestedingsmechanisme niet optimaal functioneren indien leuren wordt toegestaan. Het aanbestedingsmechanisme garandeert dan niet langer een efficiënte prijsvorming en een onvervalste prijsconcurrentie. Dit strekt ten nadele van de aannemers die niet leuren: zij kunnen er niet langer op vertrouwen dat het aanbestedingsmechanisme een efficiënte prijsconcurrentie en (dus) de voordeligste prijs genereert.

98. Ten eerste moet worden opgemerkt dat afspraken die in het kader van een aanbestedingsprocedure worden gemaakt, zijn onderworpen aan de mededingingsregels. De Nederlandse wetgever heeft het belang van het aanbestedingsmechanisme erkent, komt tot onder andere in uitdrukking in het Besluit mededingingsregels aanbestedingen[92]. Het argument van VBBS in haar ontheffingsaanvraag dat de Regelingen er mede [op] gericht [zijn] om de transparantie van de markt, die bij aanbesteding in de bouwnijverheid als een gevaar voor de vrije concurrentie wordt ervaren, weg te nemen, hetgeen onderlinge afstemming van de prijzen en marktverdeling tegengaat, treft geen doel. Zelfs indien een markt niet optimaal functioneert geldt dat dit mededingingsbeperkende afspraken niet kan aanvaarden[93].

99. De d-g NMa is voorts van mening dat de aanbestedingsregels in samenhang met de mededingingsregels normaliter wel tot een efficiënte prijsvorming leiden. Het is in gevallen zoals het onderhavige - waar de aanbestedingsregels worden misbruikt om een anticompetitief doel te bereiken dat de mededinging op een onaanvaardbare wijze wordt beperkt. In het onderhavige geval wordt de doelstelling het tegengaan van leuren bereikt via de procedure die in gang wordt gezet op grond van de meldingsplicht en het vaststellen en beschermen van de rechthebbende. Het rechtstreekse gevolg hiervan is dat er geen concurrentie kan plaatsvinden tussen de deelnemers (de rechthebbende is beschermd) op grond van concurrentieparameters anders dan de laagste prijs. De aanbesteder kan dit proces niet beïnvloeden omdat ten eerste hij alleen met de rechthebbende (en niet met andere deelnemers) mag onderhandelen en ten tweede hij niet zelf kan bepalen welke concurrentieparameters bij de selectie van de rechthebbende worden gehanteerd. Kwalitatieve parameters zijn een belangrijk onderdeel van het optimaal functioneren van het marktmechanisme en het aanbestedingsmechanisme. Gezien het feit dat de aangemelde Regelingen deze voordelen uitschakelen kan niet worden geconcludeerd dat de Regelingen de economische vooruitgang bevorderen. De bewering van VBBS dat deze concurrentie al heeft plaatsgevonden in de voorselectie kan deze conclusie niet weerleggen.

100. VBBS meent tevens dat leuren schade oplevert aan de (uiteindelijke) opdrachtgever. In het bijzonder stelt VBBS dat de aannemer die een werk waarop hij bij kwalitatief behoorlijke uitvoering geen redelijke winst kan maken of zelfs verlies zal lijden moet uitvoeren, naar wegen zal zoeken om toch tot een redelijke winst te komen. Volgens VBBS zal bijgevolg de kwaliteit van het werk wordt aangetast[94]. De d-g NMa acht het niet aannemelijk dat aanbestedingen in de schilders en afwerkingsbranche zonder toepassing van de Regelingen tot de door VBBS beweerde gevolgen zullen leiden. Zou hiervan al sprake zijn, dan zal dit, zo merkt de d-g NMa op een uitzonderlijk geval betreffen: dat sprake zou zijn van een structureel fenomeen is geenszins aannemelijk. Om in aanmerking te komen voor een ontheffing onder artikel 17 Mw moeten de uit maatschappelijk oogpunt nuttige effecten van de Regelingen zwaarder wegen dan de nadelen. De nadelen van het systeem, namelijk het feit dat de Regelingen gelden voor alle aan te besteden werken die onder de Regelingen vallen (zie hiervoor randnummer 94), wegen zwaarder dan de eventuele voordelen. Problemen, zoals mindere kwaliteit, kunnen door middel van minder ingrijpende methodes (zoals keurmerken, marketing, etc.) worden bestreden. Op grond van het voorgaande concludeert de d-g NMa dat een structurele aanpak om het leuren tegen te gaan, zoals neergelegd in de aangemelde Regelingen, niet kan bijdragen tot het bevorderen van de economische vooruitgang, in de zin van artikel 17 Mw. De door VBBS aangevoerde bezwaren noch de bijzondere kenmerken en aspecten van de branche kunnen hierin wijziging brengen.

Het systeem van inschrijfvergoedingen

101. De tweede doelstelling van de Regelingen is het toerekenen van de calculatiekosten aan degenen die deze heeft veroorzaakt. Volgens VBBS is degene aan wie deze heeft veroorzaakt altijd een aanbesteder of de opdrachtgever.

102. Zoals uit het voorgaande voortvloeit resulteren de inschrijfvergoedingen, c.q. calculatievergoeding en organisatievergoeding, in feite in een

prijsafsprak tussen de deelnemers is. Uit het bezwaar en de toelichting van VBBS volgt dat de Regelingen ten doel hebben de prijzen op een hoger niveau te handhaven dan het niveau dat zou ontstaan na een niet door de Regelingen benvloede mededinging[95]. De nadelen van de Regelingen omtrent de inschrijfvergoedingen worden voornamelijk gevoeld door de aanbesteders gezien het feit dat zij meer moeten betalen voor het uiteindelijk op te leveren werk (prijsverhogend effect). Met betrekking tot de calculatievergoeding in het bijzonder is van belang dat deze niet alleen leidt tot een prijsverhogende effect, maar dat zij ook minder efficiënte deelnemers (schilders- en afwerkingsbedrijven) beschermd omdat hun rekenkosten door de aanbesteder moeten worden gedragen en vergoed.

103. Voorts staat vast dat de aanbesteders, wetend dat ze de calculatievergoeding moeten betalen, geneigd zijn minder deelnemers uit te nodigen om te offeren om hun kosten te beperken[96]. Het beweerde effect van de Regelingen kan derhalve slechts worden bereikt ten koste van de concurrentie. Tenslotte kan er niet worden uitgesloten dat de deelnemers prijsaanbiedingen zullen maken met als enige doel de calculatievergoeding te ontvangen. De inschrijfvergoedingen resulteren voor de aanbesteders derhalve niet alleen in hogere prijzen, de betrokken Regelingen stimuleren tevens biedingen die slechts om het verkrijgen van een calculatievergoeding worden gedaan en belemmeren aan de andere kant de aanbesteders in het uitnodigen van meerdere deelnemers.

104. Uit het voorgaande volgt, dat de d-g NMa terecht van oordeel was, dat de Regelingen, in het bijzonder het tegengaan van leuren door het vaststellen en beschermen van de rechthebbende en het toerekenen van calculatiekosten aan degene die deze heeft veroorzaakt, niet kunnen bijdragen aan het bevorderen van de economische vooruitgang.

#### Billijk aandeel voor gebruikers

105. Om in aanmerking te komen voor een ontheffing dient VBBS ook aan te tonen dat aan een tweede voorwaarde is voldaan, namelijk dat een billijk aandeel van de voordelen onder de Regelingen ten goede komt aan de gebruikers. De d-g NMa heeft in zijn primaire besluit beide doelstellingen onder de Regelingen in dit kader geanalyseerd. Met betrekking tot het vaststellen en beschermen van de rechthebbende heeft de d-g NMa geconstateerd dat dit aspect van de Regelingen ten doel heeft bepaalde vormen van concurrentie uit te sluiten en de prijzen op een hoger niveau te handhaven dan het niveau dat zou ontstaan na een niet door de Regelingen benvloede mededinging. De d-g NMa heeft geoordeeld dat de voordelen ten goede komen aan de aanbidders (i.c. de VBBS-deelnemers) en niet aan de gebruikers (namelijk de aanbesteders) en dat ten gevolge van dit stelsel de aanbesteder enkel met de rechthebbende mag onderhandelen, terwijl hij zonder deze Regelingen met alle aanbidders had kunnen onderhandelen[97].

106. VBBS stelt in haar bezwaarschrift dat de d-g NMa onjuist geconcludeerd heeft in zijn primaire besluit dat de aanbesteders/hoofdaannemers als de "gebruikers" moet worden aangemerkt. VBBS meent dat "alleen de principaal, d.w.z. de (uiteindelijke) opdrachtgever die de kosten van een werk draagt, als gebruiker in de zin van artikel 17 Mw kan worden aangemerkt. Soms is dat inderdaad de aanbesteder, nl. als het werk rechtstreeks wordt opgedragen. Bij onderaanneming is dat in beginsel nooit de hoofdaannemer/aanbesteder, maar zijn opdrachtgever/principaal".



107. Wat dit laatste punt betreft merkt de d-g NMa op dat het begrip gebruikers ruim moet worden genterpreteerd. Uit jurisprudentie blijkt dat het begrip gebruikers in ieder geval de consument als eindgebruiker omvat, maar ook ondernemingen die de desbetreffende produkten/diensten afnemen[98]. In het onderhavige geval zijn de vragers naar schilders- en afwerkingsdiensten, de ondernemingen, overheidsinstanties en particulieren (aanbesteders of de principalen). Derhalve heeft de d-g NMa in het onderhavige geval juist geconcludeerd dat de aanbesteders of de principalen als gebruikers van de Regelingen kunnen worden aangemerkt[99]. Derhalve is dit bezwaar ongegrond.

108. Uit het voorgaande volgt, dat de d-g NMa terecht heeft geconcludeerd dat de Regelingen niet een billijk aandeel van de voordelen die daaruit kunnen voortvloeien, aan de gebruikers ten goede laten komen.

## Conclusie

109. Gezien het feit dat d-g NMa terecht heeft geconcludeerd dat de onderhavige Regelingen niet aan de eerste twee (positieve) voorwaarden onder artikel 17 Mw kunnen voldoen, is het derhalve niet nodig om de overige twee (negatieve) voorwaarden te beoordelen. Op grond hiervan heeft de d-g NMa het ontheffingsverzoek terecht afgewezen.

## VI. Voorstel tot wijziging van de Regelingen

110. De onderhavige zaak heeft betrekking op Regelingen die VBBS in 1998 bij de NMa ter ontheffing heeft aangemeld.

111. Indien een onderneming overweegt wijzigingen aan te brengen in de door haar aangemelde afspraak dient zij de desbetreffende wijzigingen concreet uit te werken indien zij deze in een lopende procedure wil inbrengen. De d-g NMa heeft alsdan de mogelijkheid om de wijzigingen in haar behandeling van de aanvraag mee te nemen of als een nieuwe aanvraag in de zin van artikel 18 Mw te beschouwen.

112. In het onderhavige geval heeft VBBS de mogelijkheid (gehad) sinds 1998 om een gewijzigd voorstel in te dienen. Tijdens de primaire fase is het duidelijk geworden dat ondanks haar (pogingen tot) voorstellen tot wijzigingen de systematiek van een anti-leur regeling (waarin sprake is van een meldingsplicht, de vaststelling en de bescherming van de rechthebbende en inschrijfvergoedingen die tot een collectieve prijsverhoging leiden) als element in de Regelingen niet zou veranderen. Op grond hiervan heeft de d-g NMa het destijds niet opportuun geacht de voorstellen van VBBS af te wachten[100].

113. Desgevraagd heeft de d-g NMa bij brief van 29 oktober 2001 nogmaals aan VBBS laten weten dat zij te allen tijde vrij is (geweest) haar Regelingen te wijzigen en dat indien er concrete wijzigingen in de aangemelde Regelingen zijn deze alsnog in de bezwaarprocedure zouden kunnen worden meegenomen. Echter gezien de aard van de Regelingen en de verstrekkende bezwaren van de d-g NMa hiertegen en gezien het feit dat de behandeling van het bezwaar door het optreden en verhinderen van de zijde van VBBS reeds meerdere malen sterke vertragingen had opgelopen, hecht de d-g NMa aan besluitvorming in deze zaak. Bij brief van 28 november 2001 heeft VBBS

voorstellen tot wijzigingen aangekondigd. Aangezien deze voorstellen onvoldoende concreet waren en nadere uitwerking behoeven, heeft de d-g NMa deze niet bij de besluitvorming op bezwaar mee in aanmerking kunnen nemen.

## VII. Conclusie

114. Gelet op het vorenstaande verklaart de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit de bezwaren van VBBS gericht tegen zijn besluit van 19 februari 2001 ongegrond.

Datum: 17-12-2001

w.g. A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een beroepschrift indienen bij de arrondissementsrechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM, Rotterdam

[Klik hier voor het primaire besluit van 19 februari 2001](#)

-----  
[1] Besluit van de d-g NMa van 4 februari 1999, zaak 381/11, BBS.

[2] Pres. Rb. Rotterdam 24 januari 200, rol nr. MEDED 99/602-SCR, Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven e.a. tegen de d-g NMa.

[3] Besluit van de d-g NMa van 19 februari 2001, zaak nr. 381/73, Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf (primaire besluit).

[4] Pres. Rb. Rotterdam 28 november 2001, VMEDED 01/1551-SIMO, Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven, Stichting Meldadres BBS, Bureau Meldadres BBS B.V./NMa.

[5] Zie hierna aangehaald in voetnoot 26 van het onderhavige besluit.

[6] Artikel 2, lid 1, Statuten van de Vereniging.

[7] Artikel 2, lid 2, Statuten van de Stichting.

[8] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 133.

[9] Id., randnummer 133.

[10] Id., randnummer 152.

[11] Id., randnummer 156.

[12] Tijdens de behandeling van de Mededingingswet in de Tweede Kamer is dit punt naar aanleiding van vragen over de zogeheten Atkins-rapport inzake de Europese bouwsector aan de orde geweest. Op zichzelf is het juist dat in het Atkins-rapport over de bouw, waar de genoemde fractieleden in dit verband ter illustratie aan refereerden, de Europese bouwsector wordt getypeerd als een branche waarin het volledig vrij laten van de marktkrachten niet altijd leidt tot efficiënte uitkomsten. Volgens dit rapport wordt de situatie in de bouwsector gekenmerkt door concurrentie, die in sterke mate gericht is op de prijs en in mindere mate op de kwaliteit, als gevolg waarvan de kwaliteit en winstgevendheid van de bouwproducten onder druk zouden komen te staan. Allereerst dient hierbij te worden aangetekend dat in het rapport tevens wordt geconstateerd dat er grote verschillen bestaan in de afzonderlijke lidstaten. In dit verband wijst bijvoorbeeld de OESO (1993) er op dat de prijzen in de Nederlandse bouwsector boven het gemiddelde in de Europese Unie liggen. Dit wordt door OESO voor een belangrijke deel verklaard uit de geringe mate van concurrentie in de Nederlandse bouwsector, met name ten gevolge van het bestaan van een aantal kartels. Parallel hieraan wordt in het Atkins-rapport gesteld dat bouwondernemers geen protectie dienen te zoeken, maar hun productontwikkeling, hun kostenontwikkeling en hun marketing dienen te verbeteren. In het Atkins-rapport wordt daarom aanbevolen een strategie te volgen die gericht is op het bevorderen van de concurrentie. De conclusies en aanbevelingen van het Atkins-rapport staan er dan ook geenszins in de weg om het principe van vrije concurrentie, dat aan het wetsvoorstel ten grondslag ligt, ook in de bouwsector toe te laten. Men kan in deze conclusies en aanbevelingen daarentegen juist een ondersteuning hiervoor vinden. Het voorgaande neemt overigens niet weg dat, zoals reeds eerder is opgemerkt, afspraken tussen ondernemingen soms kunnen bijdragen tot een verbetering van de productie, die ten goede kan komen aan de afnemers. Om die reden is in het wetsvoorstel dan ook voorzien in een vrijstellings- en ontheffingsmogelijkheid. Nota naar aanleiding van het verslag, 24 707, nr. 6, p. 6.

[13] Uniform Aanbestedingsreglement 2001 gedateerd 15 juni 2001, Strct., nr. 113. Het UAR 2001 vervangt het UAR 1986.

[14] Richtlijn 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB L 199 van 9.8.1993, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG van 13 oktober 1997 (PB L 328 van 28.11.1997). Richtlijn 92/50/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PB L 209 van 24.7. 1992, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG van 13 oktober 1997 (PB L 328 van 28.11.1997). Richtlijn 93/36/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB L 199 van 9.8.1993, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG van 13 oktober 1997 (PB L 328 van 28.11.1997).

[15] Artikel 1(a), UAR 2001 (hiervoor aangehaald in voetnoot 13).

- [16] Zie voetnoot 14.
- [17] Artikel 3, lid 1, UAR 2001 (hiervoor aangehaald in voetnoot 13).
- [18] Zie voetnoot 14.
- [19] Beschikking van de Europese Commissie van 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland, PB 1992, L 092/1. De beschikking van de Europese Commissie is onherroepelijk geworden bij het arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 1996, SPO t. Commissie, C-137/95-P, Jur. 1996, I-1611, overweging 170.
- [20] Zie uitspraak van de President (hiervoor aangehaald in voetnoot 4), p.5.
- [21] Artikel 28, UAR 2001 (hiervoor aangehaald in voetnoot 13).
- [22] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 121.
- [23] Besluit van de d-g NMa van 31 mei 1999, zaak 51, Stibat, randnummer 43. GvEA EG 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, European Night Services.
- [24] Zie in dit verband ook de Richtsnoeren van de d-g NMa gedateerd 29 mei 2001 voor de beoordeling van samenwerking tussen bedrijven binnen en buiten brancheorganisaties. Stcrt. 2001, 108, p.28.
- [25] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 87.
- [26] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), voetnoot 7.
- [27] Zie uitspraak van de President (hiervoor aangehaald in voetnoot 4), p. 4.
- [28] Artikel 2, lid 1, Statuten van de Vereniging.
- [29] Artikel 4, ALR.
- [30] Onder andere boetes. Zie Hoofdstuk XIII RCG.
- [31] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 93.
- [32] Zie GvEA SPO (hiervoor aangehaald in voetnoot 19).
- [33] Id., randnummer 79.
- [34] Zie uitspraak van de President (hiervoor aangehaald in voetnoot 4), p. 4.
- [35] Id., p. 4.
- [36] HvJ EG 28 mei 1998, C-7/95P, John Deere Ltd. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen.
- [37] Om te beginnen herinnert het Gerecht eraan dat de argumenten die verzoeksters hebben aangevoerd om aan te tonen dat de bescherming van de

rechthebbende onontbeerlijk is ter voorkoming van leuren, hetgeen tot een runeuze concurrentie zou leiden, niet relevant zijn in het kader van een middel ontleend aan schending van artikel 85, lid 1 van het Verdrag [thans artikel 81, lid 1, EG-Verdrag], en dat zij zullen worden onderzocht in het kader van het middel, ontleend aan schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag [artikel 81, lid 1, EG-Verdrag]. Zie GvEA SPO (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), overweging 178.

[38] Artikel 5, lid 6, onder b ALR.

[39] Artikel 4, lid 3 RG.

[40] Zie ook andere overwegingen in het primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 97.

[41] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 99.

[42] Artikel 3, RG.

[43] Artikel 3, RG.

[44] Zie GvEA SPO (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), randnummer 179.

[45] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 103.

[46] Artikel 2, RG.

[47] Artikel 5, lid 9, UR.

[48] Artikel 5, lid 7, UR.

[49] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 23.

[50] Artikel 6, ALR.

[51] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 25.

[52] Zie GvEA SPO (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), overweging 178.

[53] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 109.

[54] Zie uitspraak van de President (hiervoor aangehaald in voetnoot 4), p. 4.

[55] Artikel 3, lid 1, RI.

[56] Artikel 3, lid 3, RI.

[57] Artikel 3, lid 2, RI.

[58] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 116.

[59] Id., randnummer 117.

[60] Artikel 4, lid 1, RG.

[61] Artikel 32 van de Reglement op de Commissie van Geschillen bepaalt dat tuchtmaatregelen kunnen worden opgelegd indien strijdig hiermee wordt gehandeld.

[62] Zie artikel 3, lid 2, tweede volzin RI.

[63] Artikel 3, lid 2, RI.

[64] In de eerste plaats dient te worden vastgesteld, dat verzoeksters geen enkel argument aanvoeren waarmee zou kunnen worden weerlegd, dat het gemeenschappelijk vaststellen van prijsverhogingen die op gelijke wijze boven op de prijsaanbiedingen van de verschillende aannemers komen, is aan te merken als het bepalen van een onderdeel van de prijzen in de zin van artikel 85, lid 1, sub a, van het Verdrag [thans artikel 81, lid 1, sub a EG-Verdrag]. Zie GvEA, SPO (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), overwegingen 145 en 146.

[65] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 10.

[66] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 118.

[67] Zie in het bijzonder randnummers 16 tot en met 22 van het onderhavige besluit.

[68] Id., randnummer 119.

[69] Artikel 5, RI.

[70] Dit systeem heeft ten gevolge, dat de aanbesteder het forfaitair begrote totaal van de calculatiekosten welke zijn offerteaanvraag heeft meegebracht, met inbegrip van de kosten van de aannemers aan wie het werk niet is gegund, moet dragen. Het heeft ten doel er voor te zorgen dat de aanbesteders een afweging maken van de baten en de kosten van het uitnodigen van een klein of groter aantal aannemers. Zie GvEA SPO (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), overweging 142.

[71] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 119.

[72] Id.

[73] GvEA EG, 27 oktober 1994, zaak T-35/92, John Deere Ltd. tegen de Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jur. 1998, overweging 92.

[74] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 77.

[75] Id., randnummer 119.

[76] Id., randnummer 120.

[77] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 121.

[78] Het Gerecht stelt vast, dat de Commissie in haar beschikking akte heeft

genomen van de door verzoeksters beschreven bijzondere kenmerken van de markt (punten 71-77), doch dat zij van oordeel was dat deze bijzondere kenmerken geen grond opleverden om een ontheffing te verlenen (punten 115-128). Hun argumenten betreffende de bijzondere kenmerken van de markt moeten dus in aanmerking worden genomen bij het onderzoek van de afwijzing van het verzoek om ontheffing dat verzoeksters krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag [thans artikel 81, lid 1, EG-Verdrag] voor de onderhavige regelingen hadden ingediend. Zie GvEA SPO (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), overweging 255.

[79] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 38. Artikel 4, lid 2, RI.

[80] Id., randnummer 63.

[81] Id., randnummer 59.

[82] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummers 129 tot en 132.

[83] Alinea 52, bezwaarschrift.

[84] GvEA EG 18 september 2001, zaak T-112/99, Mropole tvision tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, (nog niet gepubliceerd), overweging 72.

[85] Id., overwegingen 75 en 76.

[86] Met betrekking tot dit door verzoeksters gedane beroep op de rule of reason verwijst de president naar het arrest van het Gerecht van 18 september 2001 (zaak T-112/99, nog niet gepubliceerd). Het Gerecht overweegt daarin uitdrukkelijk dat hoewel het Hof en het Gerecht zich in een aantal arresten hebben uitgesproken voor een soepelere benadering van het verbod van artikel 81, eerste lid, EG, die arresten niet aldus kunnen worden uitgelegd dat zij het bestaan van een rule of reason in het communautaire mededingingsrecht bevestigen en dat het derhalve niet zo is dat voor de beoordeling van de toepasselijkheid van het verbod van artikel 81, eerste lid, EG de positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst (dan wel een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging, zo voegt de president toe) tegen elkaar moeten worden afgewogen. Die afweging kan en mag aldus het Gerecht, slechts plaatsvinden binnen het strikte kader van artikel 81, derde lid, EG. Er is naar het oordeel van de president geen aanleiding voor het nationale mededingingsrecht een ander standpunt in te nemen, zodat ervan moet worden uitgegaan dat ook in het nationale mededingingsrecht het bestaan van een rule of reason niet kan worden aanvaard en de afweging van de positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging dient plaats te vinden binnen het kader van artikel 17 van de Mw. Zie uitspraak van de President (hiervoor aangehaald in voetnoot 4), p. 5.

[87] Deze conclusie wordt ook onderschreven door de President van de Rechtbank Rotterdam: Het is, mede gelet op hetgeen de Commissie terzake heeft overwogen in de SPO-beschikking, buiten twijfel dat de concurrentiele handelsvrijheid van zowel de aanbesteder als de meldende ondernemingen (zowel onderling als ten opzichte van de aanbesteder) door de meldingsplicht, de rol van vertrouwensman en de aanwijzing en de bescherming van de

rechthebbende substantieel wordt beperkt. Anders dan verzoeksters hebben gesteld ziet de president ook niet dat de regelingen terzake zodanig zouden afwijken van de in de SPO-beschikking gewraakte regelingen, dat de SPO-beschikking hier geen geschikte beoordelingsmaatstaf (meer) zou zijn. Id., p. 4.

[88] Id., randnummer 136.

[89] Id., randnummer 136.

[90] Zie GvEA SPO (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), overweging 294.

[91] Zie Beschikking van de Europese Commissie in Bouwnijverheid in Nederland (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), randnummer 118.

[92] Besluit van 19 januari 1994, Stb. 1994,55.

[93] "Ter zake stelt het Gerecht in de eerste plaats vast, dat de Commissie terecht van mening was dat voor het onderzoek van de effecten van de onderhavige regelingen niet als uitgangspunt diende te worden genomen dat zonder deze regelingen op de Nederlandse bouwmarkt nog ernstigere inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag zouden worden begaan, en dat zij zich op het standpunt mocht stellen dat het overeenkomen van ondergrondse kartels niet onvermijdelijk was". GvEA SPO (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), overweging 290.

[94] In haar ontheffingsaanvraag en bezwaarschrift heeft VBBS gesteld dat drie negatieve effecten zullen optreden: normaliter zal daardoor veel eerder opnieuw moeten worden geschilderd, zodat het prijsvoordeel ruimschoots ongedaan wordt gemaakt; de aannemer compenseert dit tekort door het meerwerk op te schroeven. Het prijsvoordeel gaat daardoor verloren; de aannemer lijdt verlies en zal, zeker als dit herhaaldelijk voordoet, failleren, waardoor de aanbesteder met een onvoltooid werk wordt opgescheept. De kosten van het voltooien zijn vaak vele keren hoger dan de besparing op de aanneemsom.

[95] Zie GvEA SPO (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), overweging 293.

[96] Zie Beschikking van de Europese Commissie in Bouwnijverheid in Nederland (hiervoor aangehaald in voetnoot 19), randnummer 119.

[97] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 139.

[98] Beschikking van de Europese Commissie van 22 augustus 1975, Kabelmetal/Luchaire, Pb EG 1975, L222/34.

[99] Zie primaire besluit (hiervoor aangehaald in voetnoot 3), randnummer 138.

[100] Id., randnummer 156.