

Nederlandse Mededingingsautoriteit**BESLUIT**

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

Nummer 3272/74

Betreft zaak: Aanbesteding herprofilering Aambeeldsstraat en Mokerstraat te Amsterdam-Noord

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	2
2. Betrokken partijen.....	2
3. Aanloop en verloop van het onderzoek.....	3
4. Feiten en omstandigheden waaronder de aanbesteding tot stand is gekomen.....	5
5. Juridische beoordeling.....	6
5.1 Onderneming en concurrentie.....	6
5.2 Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.....	6
5.3 Mededingingsbeperking.....	7
6. Ingebrachte zienswijzen.....	9
7. Ten aanzien van de zienswijzen.....	10
7.1 Intentie.....	10
7.2 Merkbaarheid van mededingingsbeperking.....	10
7.3 Evenredigheid van opsporingsonderzoek.....	11
8. Conclusie.....	12
9. Te nemen maatregelen.....	13
9.1 Beoordelingskader.....	13
9.2 Ernst van de overtreding.....	14
9.3 De vaststelling van de basisboete.....	15
9.4 Boeteverhogende of verlagende omstandigheden; matiging van de boete.....	16
10. Besluit.....	18

1. Inleiding

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) heeft naar aanleiding van een klacht van de gemeente Amsterdam een onderzoek ingesteld naar een overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) met betrekking tot een onderhandse aanbesteding van de gemeente Amsterdam gehouden op 12 december 2002. Deze aanbesteding betrof de herprofilering van de Aambeeldstraat en Mokerstraat te Amsterdam-Noord, met besteknummer 123 van 2002.
2. Het onderzoek heeft zich geconcentreerd op gedragingen van een drietal bouwondernemingen, te weten: Floris Aannemingsmaatschappij B.V., Zandrema B.V. en Aannemingsbedrijf A.C. de Groot B.V.
3. Op basis van de geconstateerde feiten en omstandigheden is geconcludeerd dat er sprake is van een redelijk vermoeden in de zin van artikel 59, eerste lid, Mw, dat de genoemde ondernemingen artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden in het kader van voornoemde aanbesteding. Met het oog op daarvoor aan hen op te leggen boetes is een rapport opgemaakt¹.

2. Betrokken partijen

4. Floris Aannemingsmaatschappij B.V. (hierna: Floris) is gevestigd te Wormer. Floris houdt zich bezig met het aannemen en uitvoeren van straat- en grondwerken.
5. Aannemingsbedrijf A.C. de Groot B.V. (hierna: A.C. de Groot) is gevestigd te Meerkerk. A.C. de Groot houdt zich bezig met het aannemen en uitvoeren van grondverzet- en bestratingswerkzaamheden, alsmede aanleg van wegen en rioleringen.
6. Zandrema B.V. (hierna: Zandrema) is gevestigd te Amsterdam. Zandrema houdt zich bezig met de uitoefening van een bouw- en aannemingsbedrijf.
7. Floris, A.C. de Groot en Zandrema worden in dit besluit gezamenlijk ook aangeduid als de 'drie betrokken ondernemingen'.

¹ Dossierstuk 60, rapport van 15 mei 2003, nummer 3272/60.F81.

3. Aanloop en verloop van het onderzoek

8. De d-g NMa ontving op 18 december 2002 een klacht van de gemeente Amsterdam met betrekking tot gedragingen van de drie betrokken ondernemingen. De drie betrokken ondernemingen waren als enigen uitgenodigd om in te schrijven op de aanbesteding van de herprofilering van de Aambeeldstraat en Mokerstraat. Dit werk zou worden aanbesteed door het Stadsdeel Amsterdam-Noord van de gemeente Amsterdam op 12 december 2002.
9. Volgens de gemeente Amsterdam zouden de drie betrokken ondernemingen in het kader van deze aanbesteding hebben samengespannen.
10. Een bijeenkomst op 9 december 2002 in hotel Mercure bij de Utrechtse brug te Amsterdam waarbij de bedrijfsleider van Floris, de directeur van A.C. de Groot en de directeur van Zandrema, (hierna ook: de betrokken personen) aanwezig waren en waarvan enkelen ambtenaren van de Gemeente Amsterdam hoogte kregen, wekte bij de gemeente Amsterdam het vermoeden dat door de drie betrokken personen vooroverleg werd gepleegd met betrekking tot de aanbesteding van de herprofilering van de Mokerstraat en de Aambeeldstraat te Amsterdam-Noord.
11. Bij brieven van 18 december 2002 en 13 januari 2003 is door de NMa van de gemeente Amsterdam informatie over de aanbesteding van de herprofilering van de Aambeeldstraat en Mokerstraat en over de ontmoeting op 9 december 2002 in hotel Mercure ontvangen. Op 28 januari 2003 hebben ambtenaren van de NMa vervolgens aanvullende inlichtingen ingewonnen bij ambtenaren van de gemeente Amsterdam. Hierbij heeft de NMa met name nadere informatie over de aanbesteding van de herprofilering van de Aambeeldstraat en Mokerstraat ontvangen.
12. Op 29 januari 2003 hebben daartoe aangewezen ambtenaren van de NMa gelijktijdig bedrijfsbezoeken afgelegd bij Floris, A.C. de Groot en Zandrema. Tijdens deze bedrijfsbezoeken zijn schriftelijke gegevens gekopieerd. Voorts is op dezelfde dag informatie ingewonnen van de bedrijfsleider van Floris, de directeur van A.C. de Groot en de directeur van Zandrema, die ook aanwezig waren op de hierboven vermelde bijeenkomst in hotel Mercure te Amsterdam.
13. Op 4 maart 2003 en 10 maart 2003 hebben ambtenaren van de NMa nogmaals bij ambtenaren van de gemeente Amsterdam inlichtingen ingewonnen over wat zij hadden waargenomen en uitgewisseld met de betrokken personen bij de toevallige constatering van de bijeenkomst op 9 december 2002 in voornoemd hotel Mercure te Amsterdam.

14. Op 12 maart 2003 hebben ambtenaren van de NMa verklaringen afgenomen van de bedrijfsleider van Floris, de directeur van A.C. de Groot en de directeur van Zandrema.
15. Op 12 maart 2003 heeft de betrokken directeur van A.C. de Groot een beroep gedaan op de clementieregeling van de NMa². Dit verzoek is in behandeling genomen door het clementiebureau van de NMa. Op 17 april 2003 is door het clementiebureau in het kader van de onderhavige zaak namens de d-g NMa schriftelijk aan A.C. de Groot voorwaardelijk een boetevermindering toegezegd voor de boete die ter zake overeenkomstig de artikelen 56 en 57 Mw kan worden opgelegd. In de toezegging is het percentage van de boetevermindering vermeld. Met zijn beroep op de clementieregeling heeft A.C. de Groot zich verplicht mee te werken aan het onderzoek³.
16. Op 26 maart 2003 heeft de bedrijfsleider van Floris namens Floris een beroep gedaan op de clementieregeling van de NMa. Dit verzoek is in behandeling genomen door het clementiebureau van de NMa. Op 24 april 2003 is door het clementiebureau van de NMa schriftelijk aan Floris een boetevermindering voor de boete die ter zake overeenkomstig de artikelen 56 en 57 Mw kan worden opgelegd, namens de d-g NMa toegezegd. Aangegeven is dat afhankelijk van de mate van medewerking gedurende het onderzoek, het exacte percentage zou worden vastgesteld. Op 12 mei 2003 is aan Floris het exacte percentage van de boetevermindering bekend gemaakt⁴.
17. Op 15 mei 2003 is een rapport van de d-g NMa als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de Mededingingswet uitgebracht. Dit is naar de betrokken ondernemers toegezonden. Naar aanleiding van het rapport zijn zij in de gelegenheid gesteld hun zienswijzen schriftelijk in te dienen. A.C. de Groot en Floris hebben van deze gelegenheid gebruik gemaakt.
18. Op 25 september 2003 zijn de drie betrokken ondernemingen in de gelegenheid gesteld hun zienswijzen mondeling nader toe te lichten ter kantore van de NMa. Hiervan hebben alle drie betrokken ondernemingen gebruik gemaakt. Van de gezamenlijke hoorzitting is een verslag gemaakt. Deze is aan de drie betrokken ondernemingen toegestuurd.

² Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of vermindering van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 6 juncto 56, 57 en 62 Mededingingswet van 28 juni 2002, Stcrt 2002, 122.

³ Voorwaarden opgenomen in randnummer 7 van de clementietoezegging, dossierstuk 53. Deze voorwaarden zijn conform de Richtsnoeren Clementietoezegging van 28 juni 2002.

⁴ Dossierstuk 54.

4. Feiten en omstandigheden waaronder de aanbesteding tot stand is gekomen

19. Op basis van de verklaringen in het kader van het clementieverzoek afgelegd en de overige stukken in het dossier, kan in deze procedure worden uitgegaan van de volgende feiten en omstandigheden die door A.C. de Groot en Floris zijn erkend en door Zandrema niet worden betwist.
20. De betrokken personen zijn op 9 december 2002, op initiatief van Floris⁵, bijeengekomen om hun inschrijvingsgedrag met betrekking tot het project inzake de herprofilering van de Aambeeldstraat en de Mokerstraat te Amsterdam-Noord te bespreken. Afgesproken werd om op 11 december 2002 opnieuw bijeen te komen om de hoogte van het inschrijfbedrag te bepalen en af te spreken wie het project zou aannemen.
21. Resultaat van een loting gehouden door de betrokken personen op 11 december 2002 in hotel Mercure te Amsterdam was dat Floris als laagste mocht inschrijven op de aanbesteding van de Aambeeldstraat en Mokerstraat.
22. De betrokken personen hebben voorts gesproken over de vergoedingen voor het feit dat Floris het werk zou mogen uitvoeren. Deze door de bedrijfsleider van Floris aangeboden vergoeding bestond uit een bedrag van EUR 3.740,- voor elk van de twee andere betrokken ondernemingen, A.C. de Groot en Zandrema. De drie betrokken ondernemingen hebben gesteld dat aan deze vergoeding geen uitvoering is gegeven.
23. Tijdens het overleg op 11 december 2002 hebben de drie betrokken personen gezamenlijk de hoogte van de inschrijfcijfers (exclusief BTW) van Floris, Zandrema en A.C. de Groot bepaald op respectievelijk EUR 74.800,-, EUR 76.300,- en EUR 79.200,-.
24. De inschrijfcijfers, zoals die zijn bepaald tijdens de bijeenkomst op 11 december 2002, komen bij de drie betrokken ondernemingen overeen met daadwerkelijke inschrijfcijfers zoals ingediend bij de gemeente Amsterdam. Floris heeft op 12 december 2002 daadwerkelijk als laagste ingeschreven op de aanbesteding van de Aambeeldstraat en Mokerstraat voor het bedrag dat door de drie betrokken ondernemingen onderling is afgesproken op 11 december 2002. Zandrema heeft daadwerkelijk als tweede en A.C. de Groot heeft daadwerkelijk als derde ingeschreven, voor de bedragen die eveneens zijn afgesproken op 11 december 2002.

⁵ Dossierstuk, 43 Briefing paper, onder II, A, vierde alinea.

25. Bij brief van 31 januari 2003 heeft de gemeente Amsterdam, op grond van het feit dat hij de laagste inschrijver was, de opdracht gegund aan Floris. De hoogte van de aanneemsom bedroeg EUR 74.800,- exclusief BTW.

5. **Juridische Beoordeling**

6. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de markt in Nederland of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

5.1 *Onderneming en concurrentie*

7. Alle ondernemingen betrokken in dit onderzoek, te weten Floris, Zandrema en A.C. de Groot verrichten economische activiteiten en zijn derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, onder f, Mw.
8. De drie betrokken ondernemingen waren ten tijde van de gedragingen waarop het onderhavige rapport zich heeft geconcentreerd alle actief in het aanleggen van wegen en grondwerkzaamheden. Zij zijn daadwerkelijke concurrenten van elkaar voor wat betreft de aanneming en uitvoering van wegenbouw en grondwerken.

5.2 *Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen*

9. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Het bestaan van een overeenkomst kan uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen. Er gelden geen vormvereisten; contractuele sancties of handhavingsmaatregelen zijn evenmin bepalend voor de vraag of er sprake is van een overeenkomst in de zin van voornoemd artikel.
10. Artikel 6, eerste lid, Mw vermeldt naast "overeenkomst" ook "onderling afgestemde feitelijke gedragingen". Aldus valt onder het verbod van dit artikel ook een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die zonder dat het tot een overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking of afstemming.
11. Op grond van de voorhanden bewijzen, waaronder met name de verklaringen van de bedrijfsleider van Floris en de directeur van A.C. de Groot⁶, blijkt dat de drie betrokken

⁶ Dossierstukken 43 en 51.

ondernemingen zijn overeengekomen en/ of hun gedrag hebben afgestemd om voorafgaande aan de aanbesteding van de herprofilering van de Aambeeldstraat en de Mokerstraat onderling hun inschrijvingsgedrag te coördineren door, meer in het bijzonder, de inschrijfcijfers te bepalen en te bepalen wie van de drie betrokken ondernemingen het werk zou verkrijgen. Dit is door Floris en A.C. de Groot erkend en wordt door Zandrema niet betwist.

12. De beschreven gedragingen kunnen worden gekwalificeerd als een overeenkomst en/ of onderling afgestemde feitelijke gedraging, in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, tussen Floris, A.C. de Groot en Zandrema.

5.3 Mededingingsbeperking

13. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging wanneer zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
14. Afspraken en afstemming van gedragingen die naar hun aard de mededinging beperken, zoals het verdelen van de markt of het vaststellen van prijzen, zijn op grond van artikel 81, eerste lid, onder c, EG-Verdrag, en daarbij aansluitend artikel 6, eerste lid Mw, verboden.
15. Wanneer wordt vastgesteld dat een overeenkomst, dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging naar hun aard de mededinging beperken, verhinderen of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw, de concrete gevolgen van de overeenkomst, dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging niet nader te worden onderzocht. Om de aard van een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging te bepalen, zijn voorts het oogmerk of de bedoeling van de betrokken ondernemingen niet relevant.
16. Voor een situatie waarin sprake is van een aanbesteding kan in het bijzonder worden verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna "Hof van Justitie") van 16 december 1975. Het Hof van Justitie overwoog: "(...) *dat de Commissie met name betoogt dat in een stelsel van openbare inschrijvingen de concurrentie juist bij uitstek tot zijn recht zou moeten komen en dat zodra de offertes van de deelnemers aan een openbare inschrijving op de kennis van de offertes van de andere deelnemers en op onderlinge afstemming met hen berusten, de werking van de concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt zou worden beperkt*".⁷ Dit betoog van de Commissie wordt door het Hof van Justitie

⁷ HvJ, 16 december 1975, Suiker Unie e.a./ Commissie, Jur. 1975, p 1663, r.o. 173-174, 191-192 en 559.

onderschreven⁸.

17. De overwegingen van de Europese Commissie die het Hof van Justitie heeft onderschreven in het in randnummer 16 besproken arrest waren ook in 1995 voor het Gerecht van Eerste Aanleg bepalend bij zijn beoordeling, in het licht van artikel 85 EG Verdrag (thans 81 EG Verdrag), van de regelingen en praktijken van diverse verenigingen van Nederlandse bouwondernemingen. Het Gerecht overweegt: *“Uit het voorgaande volgt dat de Commissie zich terecht in haar beschikking (punt 81) op het standpunt heeft gesteld dat deze afstemming tussen aannemers, waar zij in het bijzonder ten doel en ten gevolge heeft dat het gedrag dat elke aannemer met betrekking tot het werk heeft besloten of van plan is te volgen, aan zijn concurrenten bekend heeft gemaakt (...), en voor zover zij er toe kan leiden dat bepaalde condities van de transactie worden vastgesteld, welbewust een feitelijke samenwerking tussen aannemers in de plaats stelt voor de risico's van de concurrentie (...) en dus een schending van artikel 85⁹, eerste lid van het Verdrag oplevert”* (r.o. 123)¹⁰.
18. Uit de verklaringen die zijn afgelegd, alsmede uit het schriftelijke materiaal dat ten grondslag ligt aan het rapport¹¹, blijkt dat de drie betrokken ondernemingen, die als enige drie ondernemingen door de gemeente Amsterdam waren uitgenodigd om in te schrijven op het werk Aambeeldstraat en Mokerstraat op 12 december 2002, afspraken hebben gemaakt over hun inschrijvingsgedrag bij de onderhavige aanbesteding, althans hun gedrag onderling hebben afgestemd. Door middel van een loting is bepaald welke onderneming als laagste mocht inschrijven en welke ondernemingen als tweede en als derde mochten inschrijven. Daarbij hebben de drie betrokken ondernemingen gezamenlijk hun inschrijfprijzen vastgesteld.
19. Ten aanzien van het onderhavige project heeft de Gemeente Amsterdam niet kunnen profiteren van op basis van concurrentie tot stand gekomen prijzen.
20. Nadat de betrokken ondernemingen hun inschrijfgedrag gezamenlijk hebben besproken op 9 en op 11 december 2002, hebben zij bepaald dat het laagste inschrijfcijfer EUR 74.800,- zou bedragen. Dit is een ander bedrag dan het bedrag waarvoor waarschijnlijk als laagste zou zijn ingeschreven, als de drie betrokken ondernemingen hun inschrijfgedrag niet gezamenlijk hadden bepaald, en wat dus in volle concurrentie tot stand gekomen zou zijn.

⁸ Idem, r.o. 565, “Dat de beschikking daarmee voldoende met redenen omkleed en het middel niet gegrond is”.

⁹ Thans artikel 81 EG Verdrag.

¹⁰ GvEA, 21 februari 1995, SPO e.a./Commissie, Jur. 1995, II-289 en HvJ 25 maart 196, SPO/Commissie, C-137/95-P, Jur. 1996, I-1611.

¹¹ Dossierstukken 6, 7,8,16, 27, 28, 29, 43, 51.

21. Er was sprake van een onderhandse aanbesteding. Door hun afspraak dan wel afstemming waren de drie betrokken ondernemingen in staat het gedrag van alle aanbieders ten opzichte van de Gemeente Amsterdam af te stemmen. Aangezien het gunningcriterium “de laagste prijs” was, konden de drie betrokken ondernemingen op deze wijze op voorhand onderling bepalen wie de uitvoering van het werk de Aambeeldstraat en de Mokerstraat zou verkrijgen.
22. De d-g NMa stelt mitsdien vast dat onderhavige overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging van de drie betrokken ondernemingen erop was gericht de onderlinge, normaliter tussen hen bestaande, concurrentie ten aanzien van de aanbesteding van de Aambeeldstraat en Mokerstraat te Amsterdam te beperken dan wel uit te sluiten. Deze gedraging vormt vanwege haar aard een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw.
23. De concurrentie bij de aanbesteding van het werk aan de Mokerstraat en de Aambeeldstraat is door de drie betrokken ondernemingen tenietgedaan. Hiermee is tevens gegeven dat sprake is geweest van een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.
24. Dat bovendien uitvoering is gegeven aan bovengenoemde afspraak, blijkt uit het inschrijfgedrag van de drie betrokken ondernemingen. Floris heeft daadwerkelijk als laagste ingeschreven en zodoende de uitvoering van het werk Aambeeldstraat en Mokerstraat verkregen. Zandrema heeft daadwerkelijk als tweede ingeschreven en A.C. de Groot heeft daadwerkelijk als derde ingeschreven. Daarbij hebben de drie betrokken ondernemingen ingeschreven tegen de gezamenlijk vastgestelde inschrijfprijzen.

6. Ingebrachte zienswijzen

Floris

25. Floris is van oordeel dat het onderzoek, dat heeft geleid tot het rapport, onder andere in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijke procesorde. Het vragen van inlichtingen mag niet excessief en disproportioneel zijn. De bestuurders van het bedrijf zouden zich overrompeld gevoeld hebben door de bedrijfsbezoeken door medewerkers van de NMa.
26. Daarnaast bestrijdt Floris dat er sprake is van een merkbare beperking van de mededinging. De door Zandrema ingebrachte (laagste) inschrijfcijfer berustte volgens Floris op een misverstand en zou in werkelijkheid hoger zijn geweest.

A.C. de Groot

27. Het ingebrachte standpunt van A.C. de Groot komt kort gezegd op het volgende neer. Gesteld wordt dat A.C. de Groot weliswaar deel nam aan de overleggen op 9 en 11 december 2002 tussen de drie betrokken bedrijven, doch geen werkelijke interesse had om de opdracht

uit te voeren. A.C. de Groot zou slechts passief gedrag hebben vertoond, hetgeen als een boeteverlagende omstandigheid zou moeten worden aangemerkt. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat het slechts een eenmalige gedraging betreft.

28. A.C de Groot betwist voorts dat de overeenkomst een merkbare mededingingsbeperking tot gevolg had. Gelet op de beperkte waarde van de opdracht zou de overeenkomst een onbetekenend effect hebben op de totale relevante markt.

Zandrema

29. Zandrema heeft geen zienswijzen ingediend.

7. Ten aanzien van de zienswijzen

7.1 Intentie

30. Voor wat betreft de stelling van A.C. de Groot dat zij geen werkelijke interesse had in de opdracht dient er op gewezen te worden dat, wat daar ook van zij, A.C. de Groot heeft meegedaan aan de afspraken die zijn gemaakt, dan wel de afstemming die heeft plaatsgevonden. A.C de Groot heeft een begroting gemaakt, heeft deelgenomen aan de bijeenkomsten op 9 en 11 december 2002 in het Mercure Hotel te Amsterdam en heeft meegedaan aan de loting. Aangezien het inschrijvingsbedrag niet vrij maar door afspraken of afstemming tot stand is gekomen, kan - om redenen zoals hiervoor zijn uiteen gezet - niet gesteld worden dat de mededinging niet is beperkt.

7.2 Merkbaarheid van mededingingsbeperking

31. Ten minste twee van de drie betrokken ondernemingen betwisten dat hun gedraging de mededinging merkbaar heeft beïnvloed en betwisten mitsdien de toepasselijkheid van het kartelverbod van artikel 6 Mw. Ten aanzien van deze stelling dient het volgende te worden opgemerkt.
32. Gezien de mededingingsbeperkende strekking van de betrokken gedraging is in beginsel gegeven dat de mededinging merkbaar wordt beperkt en dat de gedraging derhalve in strijd is met artikel 6 Mw. De stelling van betrokkenen dat dit niet zo zou zijn gelet op de beperkte omvang van het project en het tot stand komen van een inschrijfbedrag dat niet noemenswaardig afwijkt van het bedrag dat tot stand zou zijn gekomen indien er geen afspraken zouden zijn gemaakt, doet hier, daargelaten dat dit laatste door betrokkenen niet bewezen is, niet aan af. Evenmin doet de stelling dat het oorspronkelijke inschrijfcijfer van Zandrema berustte op een misverstand - wat daar ook van zij - af aan de mededingingsbeperkende aard van de afspraken en afstemming.

33. Voor wat betreft de geringe omvang van het project geldt dat dit feit niet het verboden karakter van de gedragingen kan ontnemen maar hooguit medebepalend is voor de vaststelling van de hoogte van de op te leggen sanctie. Onveranderd blijft dat het bedrag waarvoor op dit project is ingeschreven tot stand is gekomen door middel van het maken van verboden afspraken en niet door ongehinderde mededinging. Nu de inschrijving slechts betrekking had op de aanbesteding van één project met betrekking tot een tweetal straten in Amsterdam, is de betreffende markt navenant klein¹². Nu de enige drie ondernemingen die de Gemeente Amsterdam voor de onderhandse aanbesteding had uitgenodigd gezamenlijk ten aanzien van dit project afspraken hebben gemaakt omtrent het inschrijfbedrag en de vraag wie het project zou uitvoeren, is voor het project waarop de inschrijving betrekking had, de mededinging volledig en daarmee merkbaar, beperkt.
34. Indien de uitleg van de mededingingswet van Floris en A.C. de Groot zou worden gevolgd, zou dit als gevolg hebben dat er nimmer sprake kan zijn van een overtreding van het verbod van artikel 6 Mw als het gaat om projecten met een beperkte omvang, zodat onderlinge afstemming van ondernemingen bij aanbestedingen door, bijvoorbeeld, kleinere gemeenten nimmer aangemerkt zou kunnen worden als in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw. Naar het oordeel van de d-g NMa is deze uitleg niet in overeenstemming met de tekst, het doel en de geest van dat wetsartikel.

7.3 Evenredigheid van opsporingsonderzoek

35. Wat betreft de bedrijfsbezoeken door medewerkers van de NMa kan niet worden volgehouden dat deze van dien aard waren dat dit, zoals door Floris en A.C. de Groot voorgesteld, zouden moeten leiden tot het (verder) verminderen of achterwege laten van een boete. Door partijen is in de loop van de procedure ook erkend dat er bij de uitvoering van het onderzoek geen wettelijke regels door de medewerkers van de NMa zijn overtreden.
36. Opgemerkt zij in dit verband nog dat onderzoeksbelangen zich in de regel zullen verzetten - en zich in de betrokken gevallen ook hebben verzet - tegen het aankondigen van een onderzoek. Ook zal een te kleine bezetting bij een bedrijfsbezoek afdoen aan de effectiviteit ervan. Gekozen dient te worden voor een ruime bezetting van de groep medewerkers die een bedrijfsbezoek afleggen. Voorts zal het verschaffen aan de betreffende onderneming van een gedetailleerde aanduiding van het doel van het onderzoek voorafgaand aan het bedrijfsbezoek de doelmatigheid van het bezoek kunnen verminderen. Met dat laatste zou de betrokken onderneming immers gelegenheid worden geboden om belastend materiaal dat specifiek op het onderzoeksdoel betrekking heeft, te verwijderen dan wel zou gelegenheid

¹² Zie ook uitspraak *Rb. Rotterdam* in zaaknr. 01/621 MEDED van 18 juni 2003 (Bredase notarissen).

worden geboden natuurlijke personen of andere betrokken ondernemingen te waarschuwen. Dat de betrokken bestuurders zich door het bezoek van de medewerkers van de NMa overrompeld voelen is denkbaar maar is allicht inherent aan het in aanraking komen met opsporingsambtenaren.

37. Wat betreft de stelling dat boetevermindering gepast zou zijn aangezien sprake is van kleine ondernemingen waarvan de betrokken bestuurders minder dan het geval zou zijn bij grote ondernemingen, bedacht zijn op onaangekondigde bezoeken van opsporingsbeambten en gezien het overrompeld karakter van het onderzoek, wijst de d-g NMa erop dat van (professionele) bestuurders van ondernemingen die actief zijn op de Nederlandse markt, wordt aangenomen, en mag worden verwacht, dat zij op de hoogte te zijn van de regelgeving waaraan zij en hun onderneming zich dienen te houden. Indien er onderzoek wordt gedaan naar het overtreden van die regelgeving, kan naar het oordeel van de d-g NMa met een beroep op de subjectief als overrompelend ervaren bedrijfsbezoek, niet bewerkstelligd worden dat er een lagere of geen boete wordt opgelegd. Van een onheuse overrompeling is geen sprake geweest.
38. Het verbod om mededingingsbeperkende afspraken te maken is een voorbeeld van regelgeving waaraan ondernemingen zich dienen te houden. De Mededingingswet wijst de NMa aan als bestuursorgaan dat toeziet op de naleving van het kartelverbod en heeft de NMa ter uitvoering van haar wettelijke taken met bevoegdheden toegerust.
39. De betrokken bestuurders en hun ondernemingen hadden kunnen, en moeten, begrijpen dat zij in overtreding van wettelijke regels waren en daarmee het risico liepen door de bevoegde instantie te worden opgespoord. Dit geldt des te meer gezien de publiciteit die is gegeven aan het onderwerp bouwfraude en de parlementaire enquête naar dat onderwerp ten tijde dat de drie betrokken ondernemers hun mededingingsbeperkende afspraken maakten.

8. Conclusie

40. De d-g NMa is op grond van het bovenstaande van oordeel dat sprake is van een overeenkomst tussen dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging van Floris, A.C. de Groot en Zandrema met betrekking tot de inschrijving op 12 december 2002 op het project van de gemeente Amsterdam voor de herprofilering van de Aambeeldstraat en de Mokerstraat te Amsterdam-Noord.
41. De drie betrokken ondernemingen hebben ten aanzien van het werk Aambeeldstraat en Mokerstraat op of omstreeks 9 en 11 december 2002 welbewust afspraken gemaakt ten aanzien van wie de het project zou aannemen en tegen welke inschrijfbetrag dit zou plaatsvinden. Dit gedrag strekt er toe de mededinging op de Nederlandse markt of een deel

daarvan te verhinderen, beperken of vervalsen en vormt als zodanig een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw.

42. De ondernemingen die bovenstaande overtreding hebben begaan en aan wie de overtreding is toe te rekenen zijn Floris Aannemingsmaatschappij B.V., Zandrema B.V. en Aannemingsbedrijf A.C. de Groot B.V.
43. De d-g NMa concludeert tevens dat aan de verboden afspraken uitvoering is gegeven.
44. De overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging had tot doel én tot gevolg dat de mededinging, zoals die werd beoogd door het gebruiken van een aanbestedingsprocedure door de gemeente Amsterdam, op ernstige wijze werd gefrustreerd.

9. Te nemen maatregelen

45. Ingevolge artikel 56, eerste lid Mw kan de d-g NMa ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw aan de natuurlijke of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend een boete en/ of een last onder dwangsom opleggen.

9.1 Beoordelingskader

46. Ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw kan de d-g NMa ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw of van artikel 24, eerste lid, Mw een boete opleggen die krachtens artikel 57, eerste lid, Mw ten hoogste EUR 450.000 (voorheen NLG 1 miljoen) bedraagt, of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
47. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt de d-g NMa overeenkomstig het bepaalde in artikel 57, tweede lid, Mw, in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding. Blijkens de Memorie van Toelichting¹³ bij dit artikel kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive en het behaalde voordeel. De financiële positie van de onderneming speelt daarentegen volgens de Memorie van Toelichting in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete.
48. De d-g NMa heeft een ruime beleidsvrijheid bij de vaststelling van de hoogte van de boete. De hoogte dient te worden afgestemd op de concrete omstandigheden van het geval en dient bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Mededingingswet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze

¹³ Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet, TK 24 707, nr. 3, p. 88-89.

de overtreder weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie)¹⁴.

49. Met het oog op een transparante toepassing van zijn in artikel 56 Mw neergelegde discretionaire bevoegdheid heeft de d-g NMa op 19 december 2001 de Richtsnoeren Boetetoemeting (hierna: Boeterichtsnoeren) vastgesteld en bekendgemaakt¹⁵. Ingevolge de Boeterichtsnoeren stelt de d-g NMa een basisboete vast die gebaseerd is op een bedrag dat gelijk is aan 10% van de betrokken omzet, zoals gedefinieerd in alinea 15 van de Boeterichtsnoeren, vermenigvuldigd met een rekenfactor die wordt bepaald door de ernst van de overtreding in het concrete geval. Na vaststelling van het basisbedrag kan het boetebedrag als gevolg van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden nog naar boven of beneden worden bijgesteld¹⁶.

9.2 Ernst van de overtreding

50. De Boeterichtsnoeren merken als zeer zware overtredingen onder meer aan horizontale prijsafspraken, horizontale marktverdelingsafspraken en quotaregelingen en verboden aanbestedingsafspraken ("*bid rigging*").
51. De overtreding van partijen in de onderhavige zaak dient te worden aangemerkt als een zeer zware overtreding. Zoals ook uit het voorgaande voortvloeit, hadden de afspraken dan wel gedragingen van partijen tot doel (horizontale) afstemming tussen alle betrokken concurrenten omtrent prijs en verdeling van markt/afnemers en daarmee van de aanbesteding van de gemeente Amsterdam.
52. Voor deze zeer zware overtreding geldt op grond van de Boeterichtsnoeren een rekenfactor van 1,5 tot 3. De d-g NMa stelt in elk individueel geval de hoogte van de rekenfactor vast met inachtneming van de ernst van de overtreding. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de d-g NMa, naast de zwaarte van de overtreding, rekening met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden¹⁷.

¹⁴ Richtsnoeren Boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet van de d-g NMa van 19 december 2001, Stcrt 2001, nr. 248, alinea 6, alsmede uitspraak Rb. Rotterdam van 26-11-2002, zaaknr. 00/1002 MEDED (SEP) en uitspraak Rb. Rotterdam van 18 juni 2003, MEDED 01/621-RIP, (Notarissen)

¹⁵ Zie hierboven.

¹⁶ De boete wordt vervolgens vastgesteld met in achtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het wettelijk maximum, zie Boeterichtsnoeren alinea 29.

¹⁷ Zie Boeterichtsnoeren alinea 14. In dit verband komt onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijk

53. In het onderhavige geval neemt de d-g NMa met name in aanmerking dat sprake is van een aanbestedingsproces waarbij de drie betrokken ondernemingen de normale concurrentie teniet hebben gedaan. Afnemers waaronder openbare autoriteiten, zoals gemeenten die een aanbestedingsprocedure uitschrijven, hebben de rechtmatige verwachting dat de ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de deelnemers.
54. De drie betrokken ondernemingen hebben dit proces volledig gestuurd. Dit is des te klemmender aangezien in een aanbestedingsproces van een project of een opdracht, de inschrijving het tijdstip en de gelegenheid is dat de concurrentie tussen de meedingende ondernemingen plaatsvindt. De afnemer bepaalt op basis van die inschrijving namelijk zijn keuze van de uitvoerder van de opdracht. De opvatting dat in een stelsel van aanbestedingen de mededinging bij uitstek tot zijn recht moet komen, geldt naar het oordeel van de d-g NMa in het bijzonder voor de aanbesteding van publieke werken.
55. In dit licht bezien is het onderhavige geval een hoge rekenfactor op zijn plaats. Daartegenover staat dat de drie betrokken ondernemingen een betrekkelijk kleine omvang hebben en dat geen sprake is van een structurele onderlinge samenwerking. Dit alles in aanmerking genomen acht de d-g NMa een rekenfactor van 2,0 aangewezen.

9.3 De vaststelling van de basisboete

Floris

56. Wat betreft Floris wordt de betrokken omzet conform het bepaalde in de Boeterichtsnoeren alinea 15, vastgesteld op EUR 74.800,-. Dit levert een boetegrondslag voor Floris op van 10% van EUR 74.800,-, hetgeen gelijk is aan EUR 7.480,-.
57. Gegeven de rekenfactor van 2.0 leidt dit tot een basisboete voor Floris van EUR 14.960,-.

A.C. de Groot en Zandrema

58. A.C. de Groot en Zandrema hebben in het kader van de betrokken afspraak of afstemming geen feitelijke omzet gerealiseerd. Ingevolge alinea 16 van de Boeterichtsnoeren kan de d-g NMa in geval van verboden aanbestedingsregelingen voor elke deelnemende onderneming als betrokken omzet aanmerken de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kan worden gerealiseerd. Dit betekent dat de d-g NMa aan A.C. de Groot en

marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. De d-g NMa kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.

Zandrema als niet-uitvoerende ondernemingen, de omzet van Floris als uitvoerende onderneming, kan worden toegerekend.

59. Volle toepassing van deze mogelijkheid leidt ertoe dat aan A.C. de Groot en Zandrema ieder een zelfde basisboete (boetegrondslag x rekenfactor 2 = EUR 14.960) kan worden opgelegd als aan Floris. De d-g NMa ziet evenwel aanleiding voor een meer gematigde toepassing van deze mogelijkheid, waarbij een boetebedrag gelijk aan het basisbedrag dat geldt voor de uitvoerende onderneming – in dit geval EUR 14.960,- – gelijkelijk wordt verdeeld over de betrokken niet-uitvoerende ondernemingen.
60. Uitgangspunt bij deze systematiek is dat niet-uitvoerende ondernemingen evenzeer als de uitvoerende onderneming aan de totstandkoming en het slagen van de afspraak hebben bijgedragen. Tegelijk acht de d-g NMa het billijk dat de niet-uitvoerende ondernemingen tezamen niet een hogere boete opgelegd krijgen dan de uitvoerende onderneming, die op basis van de afspraak en afstemming het desbetreffende project heeft kunnen uitvoeren en de omzet daarvan aan zijn omzet heeft kunnen toevoegen.
61. In het licht van het voorgaande wordt aan A.C. de Groot en Zandrema een basisboete opgelegd van ieder EUR 7.480,-.

9.4 Boeteverhogende of verlagende omstandigheden; matiging van de boete

Boeteverhoging

62. Ter bepaling van de hoogte van de boete ziet de d-g NMa voorts aanleiding om de volgende boeteverhogende omstandigheden in aanmerking te nemen.
63. De d-g NMa oordeelt dat partijen niet onkundig konden zijn van het verboden karakter van afspraken zoals de onderhavige.
64. In 1989 heeft de Europese Commissie naar aanleiding van een klacht van de gemeente Rotterdam een procedure ingeleid ten aanzien van de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (hierna: SPO) en de door SPO vastgestelde Uniforme Prijsregelende Reglementen (hierna: UPR) en de Erecode voor Ondernemers in het Bouwbedrijf.¹⁸ In 1992 heeft de Commissie geconcludeerd dat de statuten van de SPO en de UPR inbreuken vormden op artikel 85, eerste lid, EEG-Verdrag (thans: artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag). De Commissie heeft destijds aan 27 bouwverenigingen en een stichting boetes

¹⁸ Beschikking van de Europese Commissie in *Bouwnijverheid in Nederland*, Pb L 92/ 1. De beschikking is onherroepelijk geworden bij het arrest van het HvJEG van 25 maart 1996, C-137/95-P, SPO v. Commissie, J.r. 1996, I-1611. Zie ook GvEA EG, zaak T-29/92, 21 februari 1995, SPO v Commissie, J.r. 1995, II-0289.

opgelegd ter hoogte van in totaal ruim 22.250.000 ECU in verband met hun mededingingsbeperkende praktijken inzake aanbestedingen in Nederland. De inhoud en strekking van de SPO-zaak kan partijen niet zijn ontgaan.

65. In dit verband acht de d-g NMa tevens nog van belang dat bij de inwerkingtreding van de Mededingingswet in het openbaar en specifiek is stilgestaan bij toepassing van de mededingingsregels in relatie tot de bouw. De wetgever heeft er toen geen misverstand over laten bestaan dat de mededingingsregels ook op de bouwsector onverkort van toepassing zijn.¹⁹ Ook de d-g NMa heeft in zijn persuitlatingen regelmatig bekend gemaakt dat bepaalde aanbestedingsregelingen in strijd zijn met het kartelverbod.²⁰
66. De d-g NMa ziet in het bovenstaande op zichzelf aanleiding om ten aanzien van de betrokken ondernemers de boete te verhogen. In het onderhavige geval weegt voorts dat ten tijde van de verboden gedraging, er veel publiciteit en publieke aandacht was voor het onderwerp "bouwfraude".
67. In november 2001 werden in het VARA/NPS-tv-programma Zembla onthullingen gedaan over prijsafspraken in de bouwnijverheid. Op 6 december 2001 werd een tijdelijke parlementaire commissie onderzoek bouwfraude ingesteld. Vervolgens werd de enquêtecommissie ingesteld. De openbare verhoren vonden plaats van 22 augustus tot en met 27 september 2002. Hieraan is in de media veel aandacht geschonken. Op 12 december 2002, de dag van de onderhavige aanbesteding, heeft de enquêtecommissie haar eindrapport gepresenteerd.
68. De drie betrokken ondernemers hadden zich meer dan ooit tevoren kunnen realiseren dat hun gedraging verboden was. Dit geeft de d-g NMa aanleiding om de basisboete met 20% te verhogen.
69. Het voorgaande resulteert in een verhoging voor Floris tot EUR 17.752,- en voor A.C. de Groot en Zandrema tot EUR 8.976,-.
70. Voor Floris geldt voorts als boeteverzwarende omstandigheid dat zij tot het aangaan van de verboden afspraak het initiatief heeft genomen. De d-g NMa ziet hierin aanleiding tot een boeteverzwaring van nog eens 10%. Deze verhoging resulteert in een boete ten bedrage van EUR 19.248,- voor Floris.

¹⁹ Regeringsstandpunt over inhoud Mededingingswet in adviesaanvraag aan SER (PG Mw, pag 83)

²⁰ Zie, bijvoorbeeld, persbericht van 23 november 1998, "*voorlopig oordeel NMa: diverse aanbestedingsregelingen verboden*", zie ook persbericht van 17 december 2001, "*NMa handhaaft eerder verbod op aanbestedingsregelingen schildersbranche*".

Boeteverlaging

71. In het onderhavige geval is door de d-g NMa aan Floris en A.C. de Groot een voorwaardelijke clementietoezegging gedaan. Zowel Floris als A.C. de Groot hebben zich aan de door de d-g NMa gestelde voorwaarden gehouden en aldus bijgedragen aan het onderzoek in het onderhavige geval.
86. Op basis van de gedane toezegging vermindert de d-g NMa de boete van A.C. de Groot met 70% en de boete van Floris met 25%.

Vaststelling boetebedragen

87. Het voorgaande resulteert in de volgende boetes:
Floris: EUR 14.436,- (het resultaat van EUR19.248,- minus 25 % cq EUR 4.812,- wegens clementie).
Zandrema: EUR 8.976,-.
A. C. de Groot: EUR 2.693,- (EUR 8.976,- minus 70% cq EUR 6.283,- wegens clementie).
88. Deze bedragen worden voor de boeteoplegging naar beneden afgerond naar het meest dichtbij zijnde honderdtal. De d-g NMa acht deze bedragen in overeenstemming met de uitgangspunten zoals neergelegd in de Boeterichtsnoeren en de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur.

10. Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit legt:

- I. Floris Aannemingsmaatschappij BV, statutair gevestigd te Wormerland, een boete op van EUR 14.400;
- II. Zandrema BV, statutair gevestigd te Amsterdam, een boete op van EUR 8.900;
- III. A.C. de Groot B.V, statutair gevestigd te Meerkerk, een boete op van EUR 2.600.

Dit besluit richt zich tot ieder van boven genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum:

Mr. P. Kalbfleisch
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Een bezwaarschrift kan worden gezonden aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag