II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 5 februari 1992

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.572 en 32.571 — Bouwnijverheid in Nederland)

(Slechts de tekst in de Nederlandse taal is authentiek)

(92/204/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap,

Gelet op Verordning nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag [1], laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Spanje en Portugal, inzonderheid op artikel 3, lid 1,

Gezien het overeenkomstig de artikelen 2 en 4 van Verordening nr. 17 op 13 januari 1988 door de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, te Amersfoort, ingediende verzoek om een negatieve verklaring alsmede de op dezelfde datum verrichte aanmelding ter verkrijging van een ontheffing betreffende de door deze vereniging op 9 oktober 1986 vastgestelde Uniforme Prijsregelende Reglementen en betreffende de Erecode voor Ondernemers in het Bouwbedrijf, zoals die door een beslissing van deze vereniging van 3 juni 1980 verbindend is verklaard voor alle ondernemingen die bij haar lid-organisaties zijn aangesloten,

Gezien de op 26 juli 1989 door de gemeente Rotterdam bij de Commissie ingediende klacht betreffende deze vereniging en de door haar vastgestelde regelingen,

Gezien het besluit van de Commissie van 7 november 1989 de procedure in deze zaak in te leiden,

Na de betrokken partijen overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en overeenkomstig het bepaalde in Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden als bedoeld in artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 van de Raad [2] te hebben gehoord,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

I. DE FEITEN

(1) De onderhavige procedure betreft:

— de Statuten van de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de bouwnijverheid, hierna „SPO" genoemd;

— de besluiten die op 9 oktober 1986 in het kader van de SPO onder de naam „Uniforme Prijsregelende Reglementen" met bijlagen, hierna „UPR" genoemd, zijn vastgesteld en op 1 april 1987 in werking zijn getreden, alsmede de op 23 juni 1988 vastgestelde wijzigingen daarvan;

— de soortgelijke besluiten die tussen 1967 en 1979, onder goedkeuring van de SPO, door ieder van haar 29 lid-organisaties zijn vastgesteld en door de UPR zijn vervangen;

— het besluit van de SPO van 3 juni 1980 waardoor de bij haar lid-organisaties aangesloten ondernemingen worden gebonden aan de „Erecode voor Ondernemers in het Bouwbedrijf" met bijlagen, hierna „Erecode" genoemd, welke regeling sindsdien van kracht is gebleven.

[1] PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.

[2] PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.

(2) De SPO heeft op 13 januari 1988 (datum van registratie) de UPR en de Erecode aangemeld. Deze aanmelding is aangevuld met een rapport, ontvangen op 19 juli 1989.

Op 26 juli 1989 heeft de gemeente Rotterdam een klacht bij de Commissie ingediend, welke onder andere de eerder genoemde regelingen betreft.

A. DE BETROKKEN ONDERNEMERSVERENIGINGEN

(3) De SPO is opgericht in 1963. Deze vereniging heeft volgens artikel 3 van haar Statuten tot doel „het bevorderen en behartigen van een ordelijke mededinging, het tegengaan van niet behoorlijke gedragingen bij prijsaanbiedingen en het bevorderen van de totstandkoming van economisch verantwoorde prijzen". Tot de middelen ter bereiking van dat doel behoren onder meer het treffen van bindende maatregelen waardoor ondernemingen die bij lid-organisaties zijn aangesloten rechtstreeks worden gebonden, alsmede het zorgdragen voor de uitvoering van genomen besluiten en het waarborgen van een juiste berechting in geval van overtreding (Statuten SPO, art. 4).

(4) Van de SPO kunnen slechts lid zijn: rechtspersoonlijkheid bezittende organisaties van ondernemingen, werkzaam in enige tak van de bouwnijverheid, die uitsluitend een doelstelling overeenkomende met het doel van de SPO dienen te hebben (Statuten SPO, art. 5). Thans zijn 27 verenigingen en één stichting lid van de SPO.

Volgens de Statuten van elke lid-organisatie, op enkele uitzonderingen na, kunnen alle bouwondernemingen, ongeacht hun plaats van vestiging, lid worden van zodanige organisatie.

Deze 28 lid-organisaties verenigen te zamen meer dan 4 000 in Nederland gevestigde bouwondernemingen. Een andere lid-organisatie, tot welke de onderhavige beschikking eveneens is gericht, heeft haar lidmaatschap van de SPO met ingang van 1 januari 1989 beëindigd. Ten tijde van de ontvangst van de punten van bezwaar verkeerde die in liquidatie.

B. DE BESLUITEN HOUDENDE REGELING VAN DE PRIJZEN EN VAN DE CONCURRENTIE

1. De Uniforme Prijsregelende Reglementen (UPR), vastgesteld door de SPO op 9 oktober 1986

(5) De Algemene Vergadering van de SPO heeft op 9 oktober 1986 een „bindend besluit" vastgesteld dat in het bijzonder inhoudt, enerzijds de vaststelling van de tekst van de UPR met bijlagen, zoals die met ingang van 1 april 1987 in werking moeten treden, en anderzijds de bepaling dat deze UPR bindend zijn voor alle lid-ondernemingen van de bij haar aangesloten lid-organisaties.

Door een „bindend besluit" van 23 juni 1988, in werking getreden op 1 juli 1988, heeft de SPO de UPR gewijzigd.

(6) Er bestaan twee Uniforme Prijsregelende Reglementen — het ene reglement betreft de onderhandse prijsaanbieding, hierna „UPRO" genoemd, en het andere betreft de openbare prijsaanbieding, hierna „UPROP" genoemd.

De UPR zijn van toepassing op alle bouwwerken die in Nederland gerealiseerd worden en die behoren tot een van de volgende sectoren:

1. de sector burgerlijke en utiliteitsbouw, waaronder begrepen activiteiten van nieuwbouw, onderhoud, restauratie, etc. van woningen en andere gebouwen;
2. de sector grondboringen, bronbemalingen, kabels, buisleidingen c.a., die activiteiten omvat zoals de verticale (pompputten) en de horizontale (ondergrondse kruising van objecten zoals wegen, spoorwegen) boringen, het leggen van leidingen voor het transport van stoffen zoals gas en water (met uitzondering van rioleringen) en het leggen/trekken van kabels (daarbij inbegrepen alle activiteiten met betrekking tot centrale antenne-systemen);
3. de sector grond-, wegenbouwkundig- en beplantingswerk, die activiteiten omvat zoals de aanleg en het onderhoud van dijken, van sportvelden en andere recreatieobjecten, van groenvoorzieningsprojecten, van rioleringen, van wegen en van paden (onder meer het leveren van asfalt). Beplantingswerken in opdracht van particulieren vallen niet onder deze sector;
4. de sector markeerwerken, die de aanleg en levering van horizontale markeringen ten behoeve van verkeerswegen en andere verhardingen omvat;
5. de sector sloopwerken;
6. de sector waterbouwkundige werken, die activiteiten omvat zoals de bouw en het onderhoud van viaducten, tunnels, stuwen, sluizen, bruggen, etc. Deze sector omvat niet baggerwerken.

(7) De beide reglementen hebben dezelfde structuur en bevatten zeer nauwkeurige en gedetailleerde bepalingen betreffende enerzijds de verplichtingen van deelnemers in de SPO-organisatie en anderzijds de wijze van functioneren van het UPR-systeem.

Aldus hebben de UPR tot doel een systeem te organiseren van onderlinge informatie-uitwisseling en afstemming tussen de bouwondernemingen die aan de aanbesteding van een bouwwerk deelnemen, dat in het bijzonder beoogt de aan te bieden prijzen te verhogen met bepaalde bedragen ter dekking van de zogeheten rekenvergoedingen alsmede met organisatiebijdragen, en tevens de zogeheten „rechthebbende" onderneming te beschermen.

Het enige wezenlijke verschil tussen deze twee reglementen betreft de wijze van verdeling van het bedrag dat de deelnemende onderneming uiteindelijk als rekenvergoeding ontvangen.

(8) Bij de UPR behoren de volgende regelingen en bijlagen:

— een regeling betreffende niet gelijktijdige prijsaanbiedingen,

— een regeling betreffende prijsaanbiedingen voor werk in onderaanneming,

— een regeling betreffende de instelling en de werking van het „garantiefonds",

— een regeling betreffende de aansprakelijkheid van de „bureaus" die belast zijn met de tenuitvoerlegging van de UPR,

— een bijlage waarin de sectoriële en regionale bevoegdheden van de hiervoor genoemde bureaus worden afgebakend,

— een bijlage houdende de „tarieftabel rekenvergoeding",

— een bijlage houdende de „puntentabel calculatiekas".

(9) De SPO heeft de tenuitvoerlegging van het geheel van de regelingen, genoemd „de geïnstitutionaliseerde prijsregeling en concurrentieregeling" (vgl. erkenningsovereenkomst) opgedragen aan acht door haar erkende „bureaus": besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid waarvan de lid-organisaties van de SPO (op twee na), direct of indirect, alle aandelen houden. Het functioneren van deze bureaus wordt gecontroleerd door de SPO.

De acht bureaus zijn de volgende:

— Bureau Burger- en Utiliteitsbouw Noord Nederland BV, te Leeuwarden,

— Centraal Bureau Aannemersverenigingen Holland Zuid BV, te Rotterdam,

— Centraal Bureau Prijsregeling Boringen, Kabels en Leidingen BV, te Soest,

— Centraal Bureau Prijsregeling Waterbouw BV, te Utrecht,

— Prijsregeling Midden Nederland BV, te Utrecht,

— Sponwest BV, te Amsterdam,

— WAC Centraal Bureau BV, te Zeist,

— Zuid Nederlandse Aannemersvereniging Centraal Bureau BV, te Heeze.

(10) De bevoegdheid van elk bureau is begrensd, hetzij per regio van het land, hetzij per sector van de bouwnijverheid, zoals in punt 6 hiervoor aangegeven.

De onderverdeling per sector en per regio bestaat ook ten aanzien van de lid-organisaties van de SPO, waarvan sommige bouwondernemingen tot hun leden rekenen die in verscheidene van de genoemde sectoren actief zijn.

(11) De deelname aan het UPR-systeem is niet uitsluitend gereserveerd voor de ongeveer 4 200 ondernemingen die lid zijn van de lid-organisaties van de SPO. Andere ondernemingen hebben het recht, van geval tot geval en op vrijwillige basis, aan deze regelingen deel te nemen. Het aantal ondernemingen uit deze groep, die vermeld worden in de door de bureaus overgelegde lijsten van deelnemers, is ongeveer 3 000 (waarvan bijna 150 ondernemingen gevestigd zijn in andere Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen).

Hoewel de UPR, evenzeer als de daaraan voorafgaande regelingen, in deze mogelijkheid van vrijwillige deelname per werk voorzien, heeft de deelname van een onderneming die niet lid is van een lid-organisatie van de SPO in werkelijkheid een permanent karakter. Een onderneming die nu eens binnen, dan weer buiten het UPR-systeem actief is op de bouwmarkt in Nederland, riskeert in feite zijn rechten en voordelen uit deelname aan dit systeem te verliezen wegens „willekeurig handelen" (art. 19 UPRO, art. 21 UPROP), dan wel van deelname van de SPO-organisatie te worden uitgesloten (art. 4 UPR) wegens een „inconsequente gedragslijn" (zie antwoord van de SPO op de formele verzoeken om inlichtingen van 10 augustus en 14 november 1988).

2. De Erecode

(12) In geval van overtreding van bepalingen van de UPR is een reeks van maatregelen voorzien, zowel in de UPR zelf als in de Statuten van de lid-organisaties. Bovendien vormt de overtreding van een bepaling van de UPR tevens een overtreding van de Erecode (art. 29 UPRO en art. 31 UPROP juncto art. 9 Erecode), waarvan de Algemene Vergadering van de SPO de tekst op 3 juni 1980 heeft vastgesteld. Tegelijkertijd heeft deze beslist dat de ondernemingen die in deze organisatie deelnemen, met ingang van 1 oktober 1980 aan de Erecode gebonden zijn. De Erecode bevat zowel materiële bepalingen (zoals de verplichting om het voornemen tot prijsaanbieding te melden en, in geval van niet gelijktijdige prijsaanbiedingen, aan de vergadering in SPO-verband deel te nemen, alsmede de omschrijving van de bescherming van de rechthebbende), als bepalingen ter zake van sancties en ter zake van de procedure die in geval van overtreding gevolgd moet worden.

(13) De onderhavige procedure betreft de Erecode in zoverre die een specifieke rol speelt, enerzijds bij de controle op de naleving van verplichtingen die uit de UPR voortvloeien (zie de punten 47 en 48) en, anderzijds, in het kader van de onderlinge afstemming binnen de SPO-organisatie in geval van toepassing van de regeling niet gelijktijdige prijsaanbiedingen (zie de punten 52—54). De bepalingen van artikel 10 van de Erecode maken niet deel uit van de onderhavige procedure, omdat die geen betrekking hebben op deze controle of onderlinge afstemming.

3. Aanvullende regelingen

(14) De lid-organisaties zijn bevoegd, onder voorbehoud van goedkeuring door de SPO, regelingen ter aanvulling van de UPR vast te stellen. Die bevoegdheid bestond ook ter zake van de aanvulling van vroegere, soortgelijke regelingen.

Enige organisaties hebben dergelijke regelingen vastgesteld, bij voorbeeld met betrekking tot de bestemming van een gedeelte van de prijsverhogingen, met betrekking tot de samenwerking tussen leden en niet-leden van de SPO-organisatie, of met betrekking tot de melding van voorgenomen prijsaanbiedingen ter zake van bouwwerken in het buitenland (de laatstgenoemde twee regelingen zijn in de loop van 1988 ingetrokken).

Deze aanvullende regelingen worden in de onderhavige beschikking niet afzonderlijk onderzocht, vanwege hun accessoire betekenis ten opzichte van het principale voorwerp van deze procedure.

4. Aan de UPR voorafgaande regelingen

(15) Vóór 1 april 1987, op welke datum de thans geldende UPR in werking zijn getreden, pasten de lid-organisaties van de SPO hun eigen reglementen inzake prijsregelingen toe. Elke lid-organisatie verzorgde zelf, direct of indirect, de tenuitvoerlegging van die reglementen.

In 1952 heeft de Zuid Nederlandse Aannemersvereniging (ZNAV) als eerste vereniging een reglementering van een dergelijke aard vastgesteld. Naderhand hebben de andere sectoriële/regionale verenigingen vergelijkbare regelingen geïntroduceerd.

In 1969 zijn de meeste van deze verenigingen toegetreden tot de SPO. In de loop van de jaren 1973—1979 hebben de verenigingen het merendeel van hun oorspronkelijke reglementen vervangen door uniforme en door de SPO goedgekeurde regelingen.

(16) De UPR, zoals door de SPO vastgesteld op 9 oktober 1986 en in werking getreden op 1 april 1987, hebben deze eerdere, uniforme regelingen vervangen, welke sindsdien hun gelding hebben verloren.

(17) Wegens de vaststelling van de thans geldende UPR hebben drie verenigingen van bouwondernemingen hun lidmaatschap van de SPO beëindigd. Enerzijds betreft het twee verenigingen van ondernemingen werkzaam in de sector baggerwerken (op die sector zijn de UPR niet van toepassing), die per 1 januari 1987 hun lidmaatschap hebben beëindigd, en anderzijds de Vereniging Nederlandse Aannemers Combinatie, hierna „NAC" genoemd, die voor de in het gehele land opererende bouwondernemingen bepaalde functies vervulde welke thans tot de exclusieve bevoegdheid van de bureaus behoren (lidmaatschap geëindigd op 1 januari 1989). De twee verenigingen in de sector baggerwerken passen hun eigen reglementen inzake prijsregulering toe. De NAC was in liquidatie ten tijde van de ontvangst van de punten van bezwaar.

C. DE MARKT EN HET PRODUKT

(18) Volgens de SPO zijn de cijfers betreffende het aantal en de totale waarde van de werken, behorende tot de in punt 6 genoemde sectoren, die in Nederland zijn aanbesteed en die het onderwerp van onderlinge afstemming in het kader van de SPO-organisatie hebben gevormd, de volgende:

(in miljoen gulden)

Jaar	Aantal	Waarde
1982	24 660	9 932,4
1983	28 283	10 191,7
1984	28 390	10 723,9
1985	29 189	10 785,5
1986	29 372	11 263,8
1987	27 757	12 784,9 (1)
1988	30 043	12 177,1

(1) In hun gemeenschappelijke antwoord op de punten van bezwaar vermelden de betrokkenen een geschatte binnenlandse omzet van de bouw in hoofdaanneming (daarbij inbegrepen het een-op-een-verkeer, etc.) van 35,4 miljard Fl. in 1987.

De van de SPO ontvangen inlichtingen tonen aan dat de bij haar organisatie aangesloten ondernemingen, met toepassing van de UPR, in meer dan 90 % van de gevallen het werk in de wacht slepen.

(19) Om het aandeel te berekenen dat door de deelnemers aan het UPR-systeem gezamenlijk gehouden wordt op de markt van in Nederland aanbestede werken, is het dienstig deze cijfers te vergelijken met die welke door het Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid, hierna „EIB" genoemd, worden gepubliceerd.

(20) Volgens opgaven van het EIB (1) bedraagt de totale waarde van de in Nederland in de bouwsector aanbestede werken, in de periode 1982—1987:

(in miljoen gulden)

Jaar	Waarde
1982	10 744,8
1983	10 345,6
1984	11 748,1
1985	12 281,9
1986	12 909,8
1987	11 724,2

In de door het EIB gepubliceerde cijfers zijn grond- en sloopwerken niet begrepen. Vanaf 1984 omvatten deze cijfers ook de werken in de sector kabels en buisleidingen. Opgemerkt moet worden dat de door de SPO verstrekte financiële gegevens de totaalwaarde van de werken weergeven waarvoor in het betreffende jaar een aanbesteding is georganiseerd die voorwerp is geweest van onderlinge afstemming in SPO-verband, terwijl de cijfers van het EIB van die aanbestede werken de waarde aangeven, welke jaarlijks feitelijk is gerealiseerd (omzet).

(1) Zie „De bedrijfseconomische situatie van bouwbedrijven in 1987", publikatie EIB, mei 1989.

(21) Uit de onderlinge vergelijking van deze twee categorieën van financiële cijfers blijkt, dat alle of bijna alle binnen de werkingssfeer van de UPR vallende, in Nederland aanbestede werken de SPO-organisatie doorlopen; dat wil zeggen dat het overgrote deel van deze werken voorwerp vormt van onderlinge afstemming binnen deze organisatie. Deze conclusie wordt bevestigd door de volgende constateringen:

a) volgens de gegevens die de SPO bij gelegenheid van de aanmelding van de onderhavige regelingen heeft verstrekt, vertegenwoordigen de in Nederland aanbestede en binnen de werkingssfeer van de UPR vallende bouwwerken 41,5 % van de waarde en 22,3 % van het aantal van alle bouwwerken in die Lid-Staat (gemeten periode: 1975—1979). In de Nota van Toelichting behorende bij het Koninklijk Besluit van 29 december 1986 (zie punt 66), zijn deze percentages 41, respectievelijk 25 (1978, bron SPO).

Die hiervoor weergegeven, door het EIB gepubliceerde cijfers geven een percentage van ongeveer 40 aan (voor de jaren 1982—1986; voor 1987 bedraagt dit percentage 35,45).

b) Uit de in de loop van het onderzoek vergaarde inlichtingen blijkt dat:

— volgens bepaalde grote aanbesteders, bijna alle door hen aanbestede werken de SPO-organisatie doorlopen;

— alle grote en middelgrote in Nederland gevestigde bouwondernemingen voorkomen op de lijsten van lid-ondernemingen van lid-organisaties van de SPO. De in Nederland gevestigde bouwondernemingen die niet deelnemen aan het UPR-systeem in het kader van de SPO zijn, op een enkele uitzondering na, hetzij te klein om belang te stellen in de werken die worden aanbesteed, hetzij zodanig gespecialiseerd, dat hun produktie is gericht op de bouw van gestandaardiseerde eenheden.

c) In het antwoord op de punten van bezwaar wordt bevestigd dat „het leeuwendeel" van de in Nederland aanbestede werken de SPO-organisatie doorlopen.

(22) Aan de vraagzijde staat een veelheid van openbare en particuliere opdrachtgevers welke, hetzij op grond van een wettelijke verplichting, hetzij vrijwillig, een beroep doen op de aanbestedingstechniek (met inbegrip van het inwinnen van opeenvolgende aanbiedingen in het kader van onderhandelingsprocedures) om concurrentie uit te lokken tussen de op de markt aanwezige aanbieders met het doel de laagst mogelijke prijs of de economisch meest gunstige aanbieding te verkrijgen voor de vereiste prestaties, die zij zelf in de beschrijving van het werk en in het bestek voorschrijven.

Aan de aanbodzijde, die op deze vraag reageert, staan vrijwel uitsluitend bouwondernemingen die deelnemen aan het UPR-systeem.

(23) De activiteiten in de bouwnijverheidssectoren zoals die nader zijn aangeduid in punt 6, zijn van zeer uiteenlopende aard en waarde, terwijl ook de grootte van de bouwondernemingen zeer sterk varieert. Om redenen die verband houden met dergelijke, aan de bouwsector eigen kenmerken, is het dienstig rekening te houden met het feit dat betrekkelijk eenvoudige en courante bouwwerken van betrekkelijk geringe waarde (bij voorbeeld woonhuizen) een andere geografische markt vormen dan grote, complexe of zeer gespecialiseerde werken van betrekkelijk grote financiële omvang. De geografische markt waarop vraag en aanbod elkaar ontmoeten, is in het eerste geval beperkter van omvang dan in het laatste.

D. HET FUNCTIONEREN VAN HET UPR-SYSTEEM

a) Verplichte melding van het voornemen om prijsaanbieding te doen (art. 3 UPR)

(24) De aannemer die lid is van een lid-organisatie van de SPO, moet aan het bevoegde bureau van de SPO zijn voornemen melden om met bewilliging van een aanbesteder voor het uitvoeren van een werk prijsaanbieding te doen, of zelfs om op verzoek van een opdrachtgever geconsulteerd te worden. De meldingsplicht geldt ook voor het voornemen om onderhandelingen aan te gaan omtrent het uitvoeren van een werk, dan wel om een project voor eigen rekening en risico te realiseren. Deze verplichting geldt bij aanbestedingen door openbare diensten en door particuliere opdrachtgevers; zij geldt ook in geval van selectieprocedures, in het een-op-een-verkeer en bij onderaanneming.

De melding moet al die gegevens en inlichtingen bevatten die het bureau nodig acht en/of die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de UPR. Deze verplichting geldt ook voor aannemers die, hoewel niet behorend tot een lid-organisatie van de SPO (en derhalve niet onderworpen aan de UPR), onderworpen zijn aan de Erecode op grond van hun lidmaatschap van een lid-vereniging van het Algemeen Verbond Bouwbedrijf, hierna „AVBB" genoemd. Volgens het gemeenschappelijk antwoord op de punten van bezwaar in deze zaak telt deze categorie ongeveer 2 000 bouwondernemingen.

Op verzoek deelt het bureau het aantal mede van andere ondernemingen die hun voornemen hebben gemeld om voor hetzelfde werk een prijs aan te bieden en dergelijke en die zullen worden uitgenodigd om aan de daaraan voorafgaande vergadering in SPO-verband deel te nemen.

Dit systeem van verplichte melding stelt de SPO, dit wil zeggen het bevoegde bureau, in staat, enerzijds, om te gelegener tijd de procedure van onderlinge afstemming in gang te zetten, anderzijds, om naleving van de uit de regelingen voortvloeiende rechten en verplichtingen te controleren. Het bureau is verplicht, een vergadering van de betrokken ondernemingen te beleggen, zodra het ten minste van twee

aannemers een melding met betrekking tot een zelfde werk heeft ontvangen. De lid-ondernemingen van de bij de SPO aangesloten organisaties die aldus gemeld hebben, zijn verplicht om aan deze vergaderingen deel te nemen. Uitgesloten van deelname zijn de meldende ondernemingen, niet lid zijnde van een lid-organisatie van de SPO, ten aanzien waarvan een disciplinaire procedure wegens „inconsequente gedragslijn" is gevolgd.

Het is de onderneming die niet aan haar verplichting tot deelname aan de vergadering heeft voldaan, verboden om een prijsaanbieding voor het werk te doen (art. 4 UPR).

De onderneming die aan de vergadering heeft deelgenomen is verplicht een prijs aan te bieden, tenzij zij zich heeft teruggetrokken (art. 15 UPRO, art. 17 UPROP).

b) **Vergadering van ondernemingen** (art. 5 e.v. UPR)

(25) De vergadering, bijeengeroepen door het bureau, wordt door een functionaris van dat bureau voorgezeten. De voorzitter verifieert of alle aanwezige ondernemingen de presentielijst hebben getekend, waardoor zij verklaren zich aan de werking van de regelingen te onderwerpen. De aannemer die de presentielijst niet heeft getekend, wordt de deelname aan de vergadering ontzegd (art. 5 UPR). De voorzitter maakt van de vergadering een verslag op, waaruit de ter vergadering genomen beslissingen en besluiten, alsmede gesloten overeenkomsten blijken. De vergadering besluit in beginsel met gewone meerderheid van stemmen.

(26) b) 1. **Besluiten of tot vaststelling van een rechthebbende wordt overgegaan** (art. 6.1 UPR)

De voorzitter stelt allereerst de vraag aan de orde, of de vergadering besluit tot vaststelling van een rechthebbende, dit wil zeggen de aannemer die, met uitsluiting van de andere deelnemers aan de vergadering, als enige het recht heeft om na de prijsaanbieding over het werk en zijn prijsaanbieding te onderhandelen met de opdrachtgever. Voor dit besluit is een gewone meerderheid van stemmen vereist, met dien verstande, dat in geval van onderhandse aanbesteding en deelname van meer dan tien aannemers aan de vergadering, een minimum van tien stemmen is vereist, terwijl bij deelname van maximaal tien aannemers unanimiteit is vereist. In de praktijk blijkt veelal tot vaststelling van een rechthebbende te worden besloten in geval van als vergelijkbaar beschouwde aanbiedingen.

(27) b) 2. *Confrontatie van kostenelementen van het werk* (art. 6.3 UPRO, art. 6.2 UPROP)

Een rechthebbende kan slechts worden vastgesteld, indien en voor zover sprake is van vergelijkbare aanbiedingen. Wordt eenmaal tot die vaststelling besloten, dan volgt overleg tussen de deelnemers aan de vergadering om vast te stellen op basis van welke technische en economische gegevens de prijzen moeten worden vergeleken. Tot die gegevens behoren de diverse elementen van het betreffende werk, de specifieke voorschriften van het bestek, etc. Het is op basis van het resultaat van dit overleg dat iedere deelnemer op een formulier zijn „blankcijfer" invult, zijnde „de voorgenomen prijsaanbieding van een aannemer".

(28) b) 3. *Inlevering van de blankcijfers* (art. 6.4 en art. 7 UPR)

De aan de vergadering deelnemende aannemers moeten hun blankformulieren bij de voorzitter inleveren.

De voorzitter neemt kennis van de blankcijfers en dus van de naam van die aannemer die het laagste blankcijfer heeft ingediend. Met dezelfde stemverhouding als hiervoor beschreven in punt 26, kan de vergadering dan besluiten om:

— hetzij de blankcijfers aan alle deelnemers bekend te maken,

— hetzij deze cijfers (of alleen de volgorde van deze cijfers en eventueel de namen van de desbetreffende aannemers) slechts bekend te maken aan de aannemer die het laagste blankcijfer heeft ingediend,

— hetzij deze cijfers in het geheel niet bekend te maken (art. 7 UPR).

De deelnemer die een alternatieve prijsaanbieding wenst te doen, dient ook daarvan de prijs op het formulier aan te geven. Op straffe van het verbod om de alternatieve prijsaanbieding ook werkelijk te doen, moet hij van zijn voornemen onmiddellijk na inlevering van de blankformulieren mededeling doen. De vergadering beslist vervolgens over de te volgen gedragslijn.

Opgemerkt dient te worden, dat inlevering van blankcijfers niet beperkt is tot de gevallen waarin de aanbiedingen vergelijkbaar worden beschouwd. In alle gevallen (inbegrepen die van niet vergelijkbare aanbiedingen) behoren de blankcijfers tot die elementen welke dienen ter vaststelling van de bedragen van de rekenvergoedingen.

(29) b) 4. *Mogelijkheid van terugtrekking* (art. 10 UPR)

Iedere aan de vergadering deelnemende aannemer heeft het recht om, na kennisneming van de blankcijfers van zijn concurrenten, te besluiten dat hij zijn blankcijfer niet gestand doet.

Volgens het UPRO kan deze aannemer zich dan hetzij van het werk terugtrekken (d.w.z. bij de aanbesteding niet inschrijven), hetzij inschrijven met een prijs die hoger is dan de inschrijfcijfers van zijn aan de vergadering deelnemende concurrenten. In het geval dat deze aannemer het laagste blankcijfer had ingediend, is het hem verboden om, op welke

wijze dan ook, bij de uitvoering van het werk betrokken te zijn. Het UPROP voorziet in dat laatste geval bovendien nog in een geldelijke sanctie tot maximaal 25 000 Fl.

(30) b) 5. *Preferentie* (art. 11 UPR)

Iedere deelnemer aan de vergadering heeft er recht op om, voordat hij kennis neemt van de blankcijfers van zijn concurrenten, preferentie te vragen. Indien de vergadering, met unanimiteit, besluit tot verlening van de gevraagde preferentie, dan zal de betreffende aannemer inschrijven voor de laagste prijs, zijnde de prijs die zou zijn vastgesteld voor de aannemer die het laagste blankcijfer heeft ingediend.

Bij de vaststelling van de inschrijfcijfers van de andere deelnemers wordt de volgorde van de blankcijfers gehandhaafd. Voor de aannemer die het laagste blankcijfer heeft ingediend wordt een inschrijfcijfer vastgesteld, waarbij rekening wordt gehouden met de aan een andere onderneming verleende preferentie.

De vergadering kan de verlening van preferentie afhankelijk stellen van voorwaarden, welke echter nimmer enige financiële tegenprestatie mogen inhouden ten laste van de deelnemer die preferentie verkrijgt, en ten gunste van de andere deelnemers. Uit het onderzoek van de Commissie blijkt, dat preferentie slechts zelden wordt verleend.

(31) b) 6. *Prijsverhogingen* (art. 12—14 UPRO; artt. 12, 15 en 16 UPROP)

De definitieve prijsaanbiedingen van de betreffende aannemers zijn het resultaat van een onderling afgestemde aanpassing van de blankcijfers, bestaande in bepaalde prijsopslagen. Deze opslagen betreffen een rekenvergoeding, alsmede organisatiebijdragen.

Opgemerkt moet worden dat tot deze prijsopslagen besloten kan worden onafhankelijk van de beslissing ter zake van de vaststelling van een rechthebbende.

(32) b) 6. i) De rekenvergoeding (art. 12 UPR)

Een voor iedere deelnemer gelijk bedrag of percentage aan rekenvergoeding wordt ter vergadering vastgesteld. Het maximum van dat hoofdelijke bedrag of percentage is weergegeven in de tarieftabel die als bijlage bij de UPR is gevoegd. De hoogte van dat maximum is afhankelijk van de sector van de bouwnijverheid, van de waarde van het werk en van de aard van het bestek (standaard- of niet). In de sector burgelijke en utiliteitsbouw is de hoogte mede afhankelijk van de soort van gebouwen (woningen, andere gebouwen) en van de aard van de werken (nieuwbouw, onderhoud, restauratie, etc.).

De waarde van het betreffende werk wordt berekend op basis van het gemiddelde van de door de aannemers ingediende blankcijfers, gewogen in functie van het aantal deelnemers en van de verschillen tussen de blankcijfers („middenprijs"). Daaraan wordt zonodig een bedrag toegevoegd vertegenwoordigende de waarde van directieleveringen en van werkzaamheden door derden. Die waarde wordt vastgesteld door de voorzitter, na raadpleging van de aan de vergadering deelnemende aannemers.

Indien materialen niet in opdracht van de aannemer van het werk zullen worden geleverd, maar wel door hem moeten worden verwerkt, bedraagt het aldus toe te voegen bedrag de waarde van die materialen, met een maximum gelijk aan het laagste blankcijfer. In de overige gevallen en indien tevens voldaan is aan de overige voorwaarden betreffende gelijktijdigheid van uitvoering of verwerking, is het bedrag van de toevoeging gelijk aan 25 % van de geschatte waarde van de betreffende materialen en werkzaamheden.

Bij gebreke van de voor vaststelling van de middenprijs noodzakelijke gegevens wordt de rekenvergoeding bepaald op basis van de geraamde bouwsom of uitgedrukt in een percentage van het laagste inschrijfcijfer.

Het aldus vastgestelde hoofdelijke bedrag aan rekenvergoeding wordt vermenigvuldigd met het aantal van de aan de vergadering deelnemende aannemers. Daarbij is de vermenigvuldigingsfactor gemaximeerd tot twintig in die gevallen, waarin de aanbesteder hetzij een openbare aanbesteding heeft uitgeschreven, hetzij een openbare uitnodiging voor selectie heeft gedaan. Dit maximum is ook voorzien voor een aanbesteding waarop NAVO-aanbestedingsregels van toepassing zijn, op voorwaarde dat de daarbij door de opdrachtgever uitgenodigde buitenlandse aannemers ook aan de vergadering in SPO-verband deelnemen.

In de ten titel van rekenvergoeding toe te passen verhoging wordt bovendien nog betrokken het totaal van de vergoedingen, zoals die zijn of nog zullen worden vastgesteld ter zake van reeds eerder voor het werk met inachtneming van de UPR verrichte prijsaanbiedingen.

(33) In het systeem van het UPRO worden de blankcijfers met de maximaal toegestane bedragen aan rekenvergoedingen verhoogd, tenzij de vergadering uitdrukkelijk anders beslist.

Zo kan de vergadering, vóór inlevering van de blankcijfers en met dezelfde stemverhouding als hierboven beschreven in punt 26, besluiten:

— van iedere verhoging af te zien,

— de blankcijfers slechts te verhogen met een lager dan het maximaal toegestane bedrag,

— de beslissing ter zake van deze verhoging over te laten aan de aannemer die het laagste blankcijfer heeft ingediend en de daarop volgende.

In het systeem van het UPROP is het in beginsel de aannemer die het laagste blankcijfer heeft ingediend, aan wie de beslissing ter zake van deze verhoging toekomt. Ook in dat systeem komt het besluit om van iedere verhoging af te zien aan de vergadering toe, vóór inlevering van de blankcijfers.

(34) b) 6. ii) Organisatiebijdragen (art. 14 UPRO, art. 16 UPROP)

De UPR voorzien daarnaast in een verhoging van de blankcijfers met een bedrag van ten hoogste 1,5 % van het laagste blankcijfer, vertegenwoordigende:

— de kostenvergoeding ten behoeve van het betrokken bureau (0,4 %),

— de bijdrage ten behoeve van de vereniging SPO (0,1 %),

— de bijdrage ten behoeve van een aannemersorganisatie (0,3 %), erkend door de AVBB of door de SPO,

— de bijdrage ten behoeve van algemene bouwdoeleinden (0,7 %).

(35) De bijdrage ten behoeve van algemene bouwdoeleinden wordt door het bureau voor een vierde deel uitbetaald aan een nationale stichting, voor drie vierde deel aan een regionale sectoriële stichting (acht regionale/sectoriële stichtingen, één per bureau).

Deze negen stichtingen zijn opgericht en worden bestuurd door de AVBB en de SPO gezamenlijk. De acht regionale/sectoriële stichtingen worden gecontroleerd door een permanente commissie waarin deze beide verenigingen samenwerken („Commissie Aanbestedingswezen en Prijsvorming"). De doeleinden van algemeen belang voor de bouwnijverheid zijn opleiding van personeel, veiligheidsmaatregelen, onderzoek en ontwikkeling, etc.

De bijdrage ten behoeve van een aannemersorganisatie kan bestemd worden voor diverse organisaties, zoals de lid-organisaties van de SPO en van de AVBB.

(36) De verhoging van de blankcijfers met de kostenvergoeding ten behoeve van het betrokken bureau en met de bijdrage ten behoeve van de SPO is in de UPR algemene regel. Ter zake van de andere twee organisatiebijdragen komt de beslissing toe aan de aannemer die het laagste blankcijfer heeft ingediend. De verhoging met een bijdrage ten behoeve van algemene bouwdoeleinden is slechts toegestaan, als het maximum van de rekenvergoeding aan de blankcijfers is toegevoegd.

(37) Uit de bestudering van de antwoorden die op verzoeken om inlichtingen zijn verstrekt, alsmede van documenten die bij verificaties zijn overgelegd, blijkt dat het totale bedrag van de hiervoor vermelde verhogingen in uitzonderlijke gevallen bijna 20 % van de als laagste aangeboden prijs kan bereiken. In hun gemeenschappelijk antwoord op de punten van bezwaar hebben de geadresseerden van de onderhavige beschikking opgemerkt, dat het totaal van de hier beschreven verhogingen in de periode 1987—1988 gemiddeld 3,1 % van de laagste aangeboden prijs vertegenwoordigde.

(38) b) 7. *Onderling afgestemde vaststelling van de definitieve prijsaanbiedingen* (art. 15 UPRO, art. 17 UPROP)

Na de prijsvergelijking en na de vaststelling van de bedragen van de prijsverhogingen, zoals die in de punten 31 tot en met 37 zijn beschreven, wordt de definitieve prijsaanbieding voor ieder van de deelnemers vastgesteld. De volgorde van de definitieve prijsaanbiedingen moet overeenkomen met die van de blankcijfers. De vaststelling van de definitieve prijsaanbiedingen heeft plaats door elk blankcijfer te verhogen met het totaal van de bedragen van de opslagen, met dien verstande, dat de blankcijfer van de deelnemers die niet het laagste en het daarop volgende blankcijfer hebben ingediend, slechts behoeven te worden verhoogd met een zodanig bedrag dat de oorspronkelijke volgorde gehandhaafd blijft.

Zo kunnen, met toestemming van de deelnemers die het laagste blankcijfer en het daarop volgende hebben ingediend en op voorwaarde dat de oorspronkelijke volgorde gehandhaafd blijft, de definitieve inschrijfcijfers van de andere deelnemers zodanig worden verlaagd, dat de prijsverschillen tussen deze aanbiedingen niet excessief voorkomen.

In het geval de vergadering preferentie aan een der deelnemers heeft verleend, kunnen de definitieve inschrijfcijfers door de voorzitter, na raadpleging van de aannemer aan wie preferentie is verleend en van de aannemer die het laagste blankijfer heeft ingediend, zodanig worden verhoogd, dat de prijsverschillen tussen de aanbiedingen een preferentiële positie van de als zodanig bij gemeenschappelijk accoord vastgestelde aannemer verzekeren.

Overigens blijkt uit het onderzoek dat de vaststelling van de definitieve prijzen niet beperkt is tot de totale prijs van het betrokken werk. Zo nodig worden, rekening houdend met de volgorde van de blankcijfers, deelprijzen en eenheidsprijzen vastgesteld, Bovendien worden eventueel ook over andere voorwaarden van de transactie dan de prijs (en de samenstelling daarvan) ter vergadering afspraken gemaakt.

Het is verboden aan de aanbesteder een andere prijs aan te bieden dan die welke volgens de hierboven beschreven procedure ter vergadering is vastgesteld.

c) **Bescherming van de rechthebbende** (art. 28 UPRO, art. 30 UPROP juncto art. 5 Erecode)

(39) Uitgezonderd in het geval van niet gelijktijdige prijsaanbiedingen, is de zogenaamde „rechthebbende" de aannemer die als zodanig is vastgesteld door de vergadering, of eventueel door het bureau na prijsaanbieding. In beginsel is dit de aannemer die het laagste blankcijfer heeft ingediend, behoudens in het geval deze zich heeft teruggetrokken, of wanneer preferentie is verleend (zie punten 29 en 30).

De rechthebbende is beschermd tegen elke tegenwoordige of toekomstige concurrentie door andere aan het UPR-systeem deelnemende aannemers, doordien hij als enige, met uitsluiting van die anderen, het recht heeft om na het doen van prijsaanbieding met de aanbesteder over zijn prijsaanbieding te onderhandelen.

(40) Inderdaad zien die andere aanbieders zich geconfronteerd met het verbod om contact met de aanbesteder te hebben over het werk en/of de prijsaanbieding (art. 28 UPRO en art. 30 UPROP juncto art. 5(2) Erecode). Zij kunnen de opdracht slechts in de wacht slepen door het werk gaaf volgens inschrijfprijs en bestek aan te nemen en uit te voeren.

(41) In geval van niet gelijktijdige prijsaanbiedingen omvat de bescherming van de rechthebbende zelfs latere prijsaanbiedingen (art. 28 UPRO, art. 30 UPROP, alsmede regeling niet gelijktijdige prijsaanbiedingen juncto art. 5(3) Erecode). Het is de aannemer die later door een aanbesteder wordt uitgenodigd om prijsaanbieding te doen, verboden een prijsaanbieding te doen zonder uitdrukkelijke toestemming van de rechthebbende of, in geval van diens weigering, van een daartoe door het bureau benoemde commissie ad hoc. In beginsel heeft deze bescherming tot doel elk later aanbod van een lagere prijs dan die van de rechthebbende te verbieden. Toestemming door de commissie ad hoc is echter mogelijk, indien de voorgenomen latere prijsaanbieding in aanzienlijke mate in neerwaartse richting afwijkt van de prijsaanbieding van de rechthebbende. Deze bescherming van de rechthebbende heeft een geldigheidsduur van twee of vijf jaar (afhankelijk van de waarde van het betrokken werk).

d) **Doorbetaling van de bedragen betreffende prijsverhoging** (art. 16—18 UPRO; artt. 13 en 18—20 UPROP)

(42) In het algemeen worden de bedragen betreffende rekenvergoeding en organisatiebijdragen op uniforme wijze opgeteld bij alle prijsaanbiedingen. De kosten ervan worden integraal gedragen door de opdrachtgever; zij zitten in de totale prijs die hij voor het werk betaalt aan de aannemer aan wie hij het werk gunt.

Deze bedragen worden vervolgens door de desbetreffende aannemer gedeeltelijk doorbetaald aan het bureau, in het algemeen in rekeningcourant-verhouding. Het bureau, op zijn beurt, betaalt die gelden dan weer door, en wel als volgt.

(43) d) 1. *Systeem van het UPRO* (onderhandse prijsaanbieding)

Het bureau keert de gelden uit per werk. Op het moment dat de aannemer met de uitvoering van het werk aanvangt, ontvangt hij van het bureau een rekening voor het totaal van de rekenvergoeding en de organisatiebijdragen zoals die ter vergadering zijn afgesproken/besloten, verminderd met:

— het bedrag van de hem toekomende rekenvergoeding,

— een korting van 10 % voor betaling binnen de gestelde termijnen. (Deze korting bedraagt 15 % wat de betaling van de bijdrage voor algemene bouwdoeleinden betreft.)

Wat het bureau aldus ontvangt aan bedragen voor rekenvergoeding wordt als volgt verdeeld:

— 3 % wordt overgemaakt op een rekening genaamd „Garantiefonds" welke onder meer is bestemd voor uitbetaling van rekenvergoedingen aan deelnemers in de SPO-organisatie die hebben ingeschreven op een werk, dat uiteindelijk aan een „buitenstaander" is gegund. Deze uitbetaling is beperkt tot 30 % van de ter vergadering vastgestelde rekenvergoeding, met een maximum van 5 000 Fl. per deelnemer;

— de rest wordt gelijkelijk verdeeld over de andere deelnemers aan de vergadering betreffende die aanbesteding.

De door het bureau ontvangen bedragen voor organisatiebijdragen worden doorbetaald aan een of meer van de in de punten 34 en 35 bedoelde organisaties, waarvoor zij telkens bestemd zijn.

(44) d) 2. *Systeem van het UPROP* (openbare aanbesteding)

Volgens het systeem van het UPROP worden de rekenvergoedingen per kalenderjaar doorbetaald, en wel als volgt:

de aannemers waaraan de openbaar aanbestede werken zijn gegund maken de desbetreffende bedragen over op een door het bureau onder de naam „Calculatiekas" gehouden rekening. Op basis van het bedrag waarvoor het betreffende werk is gegund en volgens de modaliteiten zoals die zijn beschreven in bijlage III bij de UPR, verkrijgen deze aannemers een bepaald aantal punten.

Uit de calculatiekas betaalt het bureau allereerst een bedrag van ten hoogste 2 500 Fl. per kalenderjaar aan iedere aannemer die heeft deelgenomen aan een in het kader van het UPROP georganiseerde vergadering, onder voorwaarde, dat die aannemer in het betreffende kalenderjaar één of meer onder de werking van de UPR vallende werken heeft aangenomen, tot een totaalbedrag dat ten minste gelijk is aan de aanneemsom van het werk of de werken waarop deze betaalbaarstelling betrekking heeft.

(45) Vervolgens betaalt het bureau uit de calculatiekas de volledige rekenvergoeding aan de aannemer voor wie ter vergadering in het kader van het UPROP het laagste inschrijfcijfer werd vastgesteld, indien blijkt dat het desbetreffende werk aan een „buitenstaander" is gegund voor een hogere inschrijvingssom dan overeenkomende met het blankcijfer van de betrokken deelnemer aan de vergadering in SPO-verband.

(46) Tenslotte wordt het saldo van de calculatiekas dat resteert na aftrek van de hiervoor genoemde bedragen, uitgekeerd aan de deelnemers die, met inachtneming van het UPROP, in het betreffende kalenderjaar openbaar aanbestede werken hebben aangenomen. Het aan elk van die aannemers toekomende bedrag wordt vastgesteld op basis van de in het betreffende kalenderjaar toegekende punten per aannemer.

Wat de inning en doorbetaling van de organisatiebijdragen betreft, verschillen UPRO en UPROP niet.

e) Controle op de naleving van de verplichtingen die voortvloeien uit de UPR

(47) Overtreding van een bepaling van de UPR vormt een overtreding van de Erecode (art. 29 UPRO en art. 31 UPROP juncto art. 9 Erecode), waarvan de Algemene Vergadering van de SPO de tekst op 3 juni 1980 heeft vastgesteld, De in de Erecode voorziene sancties gaan van een waarschuwing tot een boete van 100 000 Fl., welk bedrag nog verhoogd kan worden tot 15 % van de geschatte waarde van het betrokken werk.

(48) De berechting van overtredingen van de Erecode is opgedragen aan de berechtingscolleges van de „Stichting Berechtingsinstituut Erecode Bouwbedrijf". Van de beslissing in eerste aanleg, door de Commissie van Toezicht, staat beroep open bij het College van Beroep. De procedureregels zijn vervat in het „Berechtingsreglement Erecode Bouwbedrijf".

Tot indiening van een klacht bij de Commissie van Toezicht zijn onder meer bevoegd, de door de Erecode gebonden ondernemers, de SPO en haar lid-organisaties. De in punt 9 genoemde bureaus krijgen van de desbetreffende lid-organisaties van de SPO van geval tot geval volmacht om, in hun naam, deze klachten in te dienen.

f) Gedragslijn van de SPO-organisatie tegenover niet deelnemende aannemers

(49) De UPR organiseren voor de daardoor gebonden ondernemingen een systeem van informatie-uitwisseling dat de deelnemers in staat stelt effectief te reageren op en weerstand te bieden aan eventuele concurrentiedruk van buiten.

(50) a) Tijdens de vergadering krijgen de deelnemende aannemers de beschikking over informatie, afkomstig van hetzij het bureau, hetzij een of meer van hen.

Daarbij gaat het enerzijds om mededelingen welke in het kader van de toepassing van de Erecode worden gedaan. De Erecode voorziet immers, evenals de UPR, in de verplichting om het voornemen tot prijsaanbieding te melden aan het bureau van de SPO. Daarentegen voorziet de Erecode niet in de verplichting tot deelname aan een vergadering in SPO-verband, voorafgaande aan de aanbesteding (behoudens in geval van niet gelijktijdige prijsaanbiedingen). De Erecode bindt niet alleen de lid-ondernemingen van de SPO-organisatie, maar ook de ondernemingen die, zonder aangesloten te zijn bij een lid-organisatie van de SPO, deelnemen in een lid-vereniging van de AVBB.

Aldus is de vergadering op de hoogte van de eventuele deelname aan een bepaalde aanbesteding door een aannemer die slechts door de Erecode is gebonden en die niet wenst deel te nemen aan de vergadering. Wanneer het niet gelijktijdige prijsaanbiedingen betreft, is die aannemer trouwens gehouden om aan de vergadering in SPO-verband wel deel te nemen.

Anderzijds gaat het daarbij om informatie die de in de SPO-organisatie deelnemende ondernemingen zelf hebben verkregen en vervolgens, met de melding, aan het bureau verstrekken of, tijdens de vergadering, aan hun deelnemende concurrenten. Uit de inlichtingen die in de loop van het onderzoek zijn verkregen, blijkt, dat in een aantal concrete gevallen deelnemende aannemers of het bureau hebben getracht de „buitenstaanders" tot ad hoc-deelname te bewegen. Bovendien blijkt uit de processen-verbaal van een groot aantal vergaderingen betreffende openbaar aanbestede werken, dat de aannemers die aan zodanige aanbestedingen niet wensen deel te nemen, daarvan het bureau in kennis stellen.

(51) b) Op basis van deze informatie-uitwisseling organiseren de UPR een flexibele en effectieve bescherming tegen de risico's van concurrentie door „buitenstaanders". Deze bescherming kan daarin bestaan, dat afgezien wordt van de vaststelling van een rechthebbende en/of dat de verhogingen van de blankcijfers worden beperkt, dan wel zelfs geheel achterwege blijven. Bovendien stelt deze informatie-uitwisseling de deelnemers aan de vergadering in staat bij de vaststelling van hun blankcijfers rekening te houden met de risico's van die concurrentie van buiten.

Uit het onderzoek in deze zaak, in het bijzonder uit de analyse van de antwoorden op de vragen C.1(d) en (e) van de formele verzoeken om inlichtingen van 14 november 1988, gericht aan de bureaus, is gebleken, dat de SPO-organisatie, door een zodanige gedragslijn te volgen, in minstens 80 % van de gevallen met succes weerstand heeft geboden aan aanbiedingen van buitenstaanders (dit percentage verschilt per sector).

g) **Regeling betreffende de niet gelijktijdige prijsaanbiedingen**

(52) Zoals in punt 41 is aangeduid, strekt de bescherming van de rechthebbende zich ook uit over latere prijsaanbiedingen voor hetzelfde werk, voor een periode van twee of vijf jaren (afhankelijk van de waarde van het werk).

In geval van niet gelijktijdige prijsaanbieding is de kwaliteit van rechthebbende niet noodzakelijkerwijze het resultaat van een besluit van de vergadering of van het bureau (vgl. punt 39). Die kwaliteit kan dan het gevolg zijn van het feit dat de eerste — door de UPR of uitsluitend door de Erecode gebonden — aannemer die een prijsaanbieding heeft gedaan, op het moment van prijsaanbieding, en na melding van zijn daartoe strekkend voornemen, geen kennis van voor het betrokken werk concurrerende aanbiedingen droeg.

(53) De door het bureau georganiseerde vergadering heeft dan tot doel, volgens de daartoe voorgeschreven procedure, de eerste (rechthebbende) aannemer in staat te stellen zijn toestemming voor latere prijsaanbiedingen al dan niet te verlenen, alsmede eventueel de prijsopslagen en de definitieve prijzen vast te stellen.

Als het wegens de verschillen tussen de kenmerken van het werk, zoals omschreven door de opdrachtgever, onmogelijk is om de prijsaanbiedingen te vergelijken of vergelijkbaar te maken, dan blijft tenuitvoerlegging van dat voornemen verboden.

Zijn de aanbiedingen wel vergelijkbaar, of vergelijkbaar gemaakt, dan is voor elke volgende prijsaanbieding de uitdrukkelijke toestemming van de eerste (rechthebbende) aanbieder vereist; die aanbieder staat het volkomen vrij, zijn toestemming te weigeren, of juist te verlenen. Neemt die rechthebbende niet deel aan de betrokken vergadering, of heeft hij tegenover de opdrachtgever uitdrukkelijk afstand gedaan van zijn rechten en verplichtigen uit de UPR, dan wordt dat beschouwd als impliciete toestemming voor de indiening van prijsaanbiedingen door andere aannemers. In het gemeenschappelijke antwoord op de punten van bezwaar in deze zaak is opgemerkt, dat de toepassing van deze regeling slechts in 10,5 % van de gevallen heeft geleid tot bescherming van de eerste aanbieder tegen latere, lagere aanbiedingen.

(54) De verplichting tot deelname aan de in punt 53 aangeduide vergadering geldt zowel voor de aannemer die door de UPR is gebonden, als voor de aannemer die uitsluitend aan de Erecode onderworpen is. Maar laatstbedoelde is niet per se op de hoogte van de procedureregels in de UPR, waarnaar de Erecode slechts in algemene termen verwijst.

h) **De regeling betreffende prijsaanbiedingen voor werk in onderaanneming**

(55) Wanneer de hoofdaannemers die aan een aanbesteding deelnemen, op hun beurt onderdelen van het betreffende werk aanbesteden, is deze regeling van toepassing, voor zover de uitgenodigde onderaannemers door de UPR zijn gebonden en hun prijzen aanbieden vóórdat de hoofdaannemer zijn prijs aanbiedt. Wanneer de hoofdaannemer onderaannemers tot het doen van prijsaanbiedingen uitnodigt nadat hij zijn eigen prijs heeft aangeboden, zijn de UPR en de regeling niet gelijktijdige prijsaanbiedingen volledig van toepassing.

(56) De onderaannemers moeten aan het bevoegde bureau zowel hun voornemen tot prijsaanbieding, alsook de prijsaanbieding zelf mededelen. Het bureau organiseert eerst een vergadering nadat het kennis heeft genomen van het resultaat van de aanbesteding waaraan de betrokken hoofdaannemers deelnemen. Voor deelname aan die vergadering worden slechts die onderaannemers uitgenodigd die hun prijsaanbieding hebben gedaan aan de hoofdaannemer aan wie het werk gegund is.

In deze vergadering wordt de rechthebbende (onderaannemer) vastgesteld op basis van de aan het bureau medegedeelde prijsaanbiedingen, mits die vergelijkbaar zijn.

(57) De prijsaanbieding van een onderaannemer moet mede omvatten een bedrag gelijk aan 3 % van de aangeboden prijs, zulks ter dekking van de prijsopslagen, zoals in de punten 31 tot en met 37 beschreven.

Wordt het betreffende deel van het werk aan deze onderaannemer gegund en blijkt hij de enige aanbieder te zijn, dan moet hij aan het bureau een bedrag gelijk aan 0,5 % van de aangeboden prijs betalen, als bijdrage in de kosten van het bureau (0,4 %) en als bijdrage aan de SPO (0,1 %). Blijkt hij echter één van meer door de hoofdaannemer voor het doen van een prijsaanbieding uitgenodigde aannemers te zijn, dan moet hij bovendien een bedrag ten hoogste gelijk aan 2,5 % van de aangeboden prijs aan het bureau overmaken, ter dekking van de vergoeding van calculatiekosten die door de andere betrokken onderaannemers zijn gemaakt.

(58) Deze regeling heeft tot resultaat dat de onderaannemer die om een enkelvoudige prijsaanbieding wordt gevraagd, zijn aanbod systematisch met 3 % moet verhogen ten einde te gelegener tijd, als de hoofdaannemer besluit nog andere onderaannemers uit te nodigen voor hetzelfde deel van het werk, in staat te zijn om te voldoen aan zijn betalingsverplichtingen, zoals door de regelingen voorzien.

Deze regeling heeft daarnaast tot resultaat dat de rekenvergoeding uitsluitend aan die onderaannemers ten goede komt die hun prijs hebben aangeboden aan de hoofdaannemer aan wie het werk is gegund.

(59) Uit het onderzoek dat de Commissie in de onderhavige procedure heeft verricht, blijkt dat de SPO voor de sector markeerwerken — een sector die door onderaanneming gekarakteriseerd wordt — de toepassing van de regeling betreffende prijsaanbiedingen voor werk in onderaanneming voor de periode 1 augustus 1988 tot 1 augustus 1989 heeft geschorst en, in plaats van die regeling, de regeling van de UPR voor hoofdaanneming van toepassing heeft verklaard.

i) **De behandeling van een-op-een-verkeer (enkelvoudige prijsaanbiedingen)** (art. 16.1.d UPRO)

(60) In beginsel is het een-op-een verkeer niet het voorwerp van onderlinge afstemming op grond van de UPR. Niettemin is elke deelnemende aannemer verplicht, ook in geval van enkelvoudige uitnodiging, zijn voornemen aan het bureau te melden om een prijs aan te bieden of onderhandelingen aan te gaan. Als de opdrachtgever naderhand geen andere aannemer uitnodigt, dan wordt het werk door de SPO als een werkelijke een-op-een-markt beschouwd en blijft toepassing van iedere verdere procedure achterwege. Als de opdrachtgever daarentegen later één of meer andere aannemers uitnodigt, dan treedt de regeling niet gelijktijdige prijsaanbiedingen in werking.

In het geval dat deze regeling niet meer kan worden toegepast, omdat het werk reeds gegund is, is de aannemer die het werk uitvoert, volgens artikel 16.1.d UPRO, een bedrag van ten hoogste 3 % van de aanneemsom als rekenvergoedingen en organisatiebijdragen aan het bureau verschuldigd.

(61) Deze regeling heeft tot resultaat dat de aannemer die om een enkelvoudige prijsaanbieding wordt gevraagd, zijn aanbod systematisch met 3 % moet verhogen ten einde te gelegener tijd, als de opdrachtgever besluit nog andere aannemers uit te nodigen, in staat te zijn om te voldoen aan zijn betalingsverplichtingen, zoals door de regelingen voorzien.

E. DE SITUATIE VÓÓR 1 APRIL 1987

(62) Vóór 1 april 1987, op welke datum de thans geldende UPR in werking zijn getreden, pasten de lid-organisaties van de SPO hun eigen reglementen inzake prijsregeling toe. Elke lid-organisatie verzorgde zelf, direct of indirect, de uitvoering van die reglementen.

De UPR, zoals vastgesteld door de SPO op 9 oktober 1986 en in werking getreden op 1 april 1987, blijken duidelijk de voortzetting te zijn van soortgelijke mededingingsregelingen („prijsregelingen" genaamd), zoals die in het kader van 29 sectoriële en nationale of regionale verenigingen van bouwondernemingen, telkens voor de betrokken sector en regio, zijn vastgesteld. De structuur en de inhoud van die regelingen zijn geüniformeerd en goedgekeurd door de SPO sinds 1973.

De aan de thans geldende UPR voorafgaande reglementen verschillen echter in enige wezenlijke opzichten van de UPR. De belangrijkste daarvan zijn hieronder weergegeven.

(63) a) De vroegere reglementen voorzagen in een procedure genaamd „contra-melding". Het bureau deelde aan de meldende aannemer de namen mee van de andere ondernemingen die hun voornemen tot prijsaanbieding ter zake van dezelfde markt hadden gemeld.

De thans geldende UPR verbieden deze mededeling uitdrukkelijk. Niettemin deelt het bureau thans, desgevraagd, het aantal van deze andere ondernemingen die voor de vergadering worden uitgenodigd, mede.

(64) b) De vroegere reglementen voorzagen in de mogelijkheid van „prijsverbetering" en van „prijscorrecties". De verbetering van de prijs betrof de verhoging van het laagste blankcijfer, op basis van een zeer gedetailleerde en complexe berekening. De correctie van de prijs betrof de verhoging van alle blankcijfers met als doel „een redelijk prijsniveau" te handhaven. Het bedrag van laatstgenoemde verhoging was bestemd voor algemene bouwdoeleinden.

De thans geldende UPR voorzien niet meer in de mogelijkheid van prijsverbetering. De prijscorrectie is als financieringsbron vervangen door het systeem van organisatiebijdragen.

(65) c) Het mechanisme van preferentie, zoals dat in de vroegere reglementen was voorzien, leidde tot een verhoging van de prijzen van alle deelnemers. Het blankcijfer van de aannemer met preferentie lag aan de basis van een gedetailleerde en complexe berekening ter vaststelling van een gewijzigd blankcijfer. Dat gewijzigde blankcijfer werd beschouwd als het laagste blankcijfer en de oorspronkelijk door de andere ondernemingen ingediende blankcijfers moesten dienovereenkomstig verhoogd worden.

F. DE MAATREGELEN EN ADMINISTRATIEVE PRAKTIJKEN VAN DE STAAT

(66) Het Koninklijk Besluit van 29 december 1986, gebaseerd op artikel 10 van de Wet Economische mededinging, in werking getreden op 1 april 1987 voor een periode van vijf jaren en gepubliceerd in Staatsblad nr. 676 van 30 december 1986, heeft in het bijzonder tot doel bepaalde voorschriften in de oudere regelingen, die als concurrentiebeperkend werden beschouwd, te beperken of te verbieden. Maar dit Koninklijk Besluit laat de wezenlijke bestanddelen van deze reglementering onaangetast, zoals die in de thans geldende UPR zijn overgenomen.

(67) Bij Ministerieel Besluit van 2 juni 1986 (Staatscourant nr. 118 van 24 juni 1986) is het „Uniform Aanbestedingsreglement 1986" uitgevaardigd, hierna „UAR" genoemd; dit UAR trad op 1 november 1986 in werking en vervangt een reglement van 21 december 1971. Het UAR heeft tot doel de procedures vast te leggen die openbare diensten bij de aanbesteding van werken moeten volgen.

In artikel 3 van het UAR is bepaald:

„De aanbesteder is niet gerechtigd van een inschrijver of gegadigde te bedingen dat deze inschrijver of gegadigde:

a) de aanbesteder niet zal belemmeren in zijn streven met een derde tot overeenstemming te komen over de uitvoering van het werk;

b) de inhoud van de prijsaanbieding(en) van derde(n) niet zal beïnvloeden;

c) de uitvoering van het werk niet zal bemoeilijken.".

Blijkens de toelichting op dit besluit heeft deze bepaling ten doel het verbod voor aanbestedende diensten van inschrijvers te vereisen dat die afstand doen van de rechten en verplichtingen welke voortvloeien uit hun lidmaatschap van een prijsregelende organisatie van aannemers.

(68) Waar de UAR slechts verbindend is voor de Staat in zijn hoedanigheid van aanbestedende dienst (verg. Koninklijk Besluit van 6 april 1973, gewijzigd bij Koninklijk Besluit van 7 april 1987), worden andere openbare en particuliere aanbesteders, in het bijzonder de gemeenten en de organisaties die zich bezig houden met sociale woningbouw, uitgenodigd (of zelfs aangespoord) eveneens de bepalingen van het UAR toe te passen. Zo heeft de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, gehoor gevende aan deze uitnodiging, op basis van een tussen haar en de SPO in april 1988 gesloten overeenkomst, aan haar leden (alle gemeenten in Nederland) aanbevolen, het UAR integraal toe te passen.

Volgens de SPO wordt het UAR veelal vrijwillig toegepast door de territoriale en gedecentraliseerde lagere overheden in Nederland.

(69) Van de in dit deel beschreven maatregelen en administratieve praktijken wordt in deze beschikking slechts ter informatie melding gemaakt. Zij vormen het voorwerp van een afzonderlijke inbreukprocedure op grond van artikel 169 van het Verdrag.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

Hoofdstuk I

Artikel 85, lid 1

(70) Artikel 85 van het Verdrag verklaart onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

De in de punten 3 tot en met 17 en 24 tot en met 65, beschreven overeenkomst en beslissingen vallen onder het verbod van artikel 85, lid 1, waar zij zijn gericht op het organiseren van het aanbod op de markt en het wijzigen van de voorwaarden waaronder commerciële transacties tot stand komen, op een grondslag die niet resulteert uit de onbelemmerde werking van de mededinging.

I. DE BOUWMARKT

(71) Volgens de SPO verschilt de bouwmarkt van de andere markten van goederen en diensten, onder meer, door het onroerend karakter van de betrokken produkten:

— er is voor elk produkt van de bouw maar één koper (de opdrachtgever), die vaststelt aan welke eisen het produkt moet voldoen, naar vorm, inhoud, kwaliteit en levertijd, aldus een deelmarkt met één vrager vormend;

— een bouwprodukt kan niet op voorraad worden gemaakt, daar elk bouwwerk uniek is en op een bepaalde plaats gerealiseerd moet worden.

De SPO beweert daarnaast dat de aanbodzijde op deze markt zich structureel in een zwakke positie ten opzichte van de vraagzijde bevindt, met als gevolg een ruïneuze prijsconcurrentie tussen de bouwondernemingen. De regelingen die het voorwerp van de onderhavige procedure vormen, zouden vooral dienen ter verzekering van een evenwichtige prijsvorming en van de totstandkoming van economisch gezonde prijzen, alsmede ter vermijding van ernstige verstoringen in het aanbod op de markt.

De Commissie kan evenwel niet aanvaarden dat de kenmerken van de bouwnijverheid tot effect zouden kunnen hebben dat deze sector uitgesloten is van het toepassingsgebied van de mededingingsregels van het Verdrag.

(72) Volgens de SPO is het eerste kenmerk van deze sector de complexe en zeer gespecialiseerde aard van het produkt. Zulks betekent een bijzondere belasting voor de bouwonderneming omdat elk bouwwerk in zeker mate verschilt van alle andere bouwwerken — en daarom een eenmalig karakter draagt — in functie van zijn aard (woning of industriegebouw, wegen, bruggen, etc.), van de fysische en geografische omstandigheden (de situatie van de bouwplaats, de bodemgesteldheid, etc.) en van de eisen die door de opdrachtgever worden gesteld (beschrijving van het werk en bestek). Als zijn aanbieding niet wordt geaccepteerd, kan de bouwonderneming die niet vervolgens aan een andere koper doen.

De Commissie merkt op, dat het overgrote deel van de professionele diensten in beginsel evenwel in hoge mate geïndividualiseerd van aard is. Bovendien is er in de bouwwereld een ontwikkeling gaande van specialisatie op bepaalde terreinen. Op elk terrein zijn de werken vaak van vergelijkbare, zo niet gelijke aard, terwijl de ontwikkeling van de bouwmethoden in toenemende mate standaardisatie te zien geeft. Als de opdrachtgever dan nog een regelmatig op de markt terugkerende vrager is, weten de bouwondernemingen vaak, welke soort eisen en kenmerken zij kunnen verwachten. Om die redenen kan een bouwondernemer aan welke een bepaalde opdracht niet wordt gegund, zijn daarin geïnvesteerde en daaruit

verkregen know-how gebruiken in de opstelling van een volgende aanbieding.

(73) Volgens de SPO heeft het tweede kenmerk te maken met de aanbesteding als vraagtechniek die wordt gebruikt om de beste aanbieding te verkrijgen: er is voor elk produkt slechts één vrager (de opdrachtgever), terwijl er een veelheid van aanbieders bestaat (een onbepaald aantal in geval van openbare aanbesteding en een door de opdrachtgever bepaald aantal in geval van onderhandse aanbesteding). Om de laagste prijs te verkrijgen, of de economisch meest gunstige aanbieding, kan de opdrachtgever de aanbiedingen onderling vergelijken. De aanbieder is daarentegen gebonden aan de prijs waarvoor hij heeft ingeschreven.

De Commissie is van oordeel dat de stelling van de SPO, volgens welke elk bouwwerk een deelmarkt vormt, niet tot gevolg kan hebben dat het bestaan van een bouwmarkt, omvattende alle bouwwerken, moet worden ontkend.

In feite is de aanbesteding van bouwwerken een vrijwel continu proces. Bouwondernemingen zijn veelal geneigd niet op aanbestedingen in te schrijven (als het openbare aanbestedingen betreft) of minder moeite te doen om als laagste in te schrijven (in geval van onderhandse aanbestedingen), wanneer zij voldoende werk op korte of middellange termijn menen te hebben. De bouwwerken vormen voor de bouwondernemingen, met andere woorden, min of meer equivalente alternatieven. Daaruit blijkt wel het bestaan van een bouwmarkt als zodanig.

Verscheidene bouwondernemingen, vooral de grootste, beschikken voor de uitvoering van opdrachten in de grote categorieën van bouwwerken over min of meer identieke kennis en ervaring, geëigende materialen en machines, alsmede gekwalificeerd personeel, etc. Bovendien wachten de meeste van deze aanbieders — waaronder vooral de grote en gespecialiseerde — niet passief de vraag uit de markt af. Zij voeren een actief promotie- en acquisitiebeleid om zich zo goed mogelijk te verzekeren van voldoende en geregeld werk.

De Commissie aanvaardt evenmin het argument van de SPO, als zou de aanbesteding het marktoverwicht van de vraagzijde over de aanbodzijde „institutionaliseren" en, daardoor, een structureel gebrek aan evenwicht op de markt teweegbrengen.

Zowel de vraagzijde als de aanbodzijde van de markt bestaat uit zeer heterogene categorieën van personen en ondernemingen. In vele gevallen, vooral waar de opdrachtgever een particuliere persoon of een kleine onderneming is, zal de kennis en ervaring van de uitgenodigde aanbieders het winnen van die van de vrager. In andere gevallen, vooral daar waar de aanbesteder een onderneming of een lichaam is die, respectievelijk dat veel werken aanbesteedt, zullen het in het algemeen ook de grote (of combinaties van) ondernemingen zijn die inschrijven.

Voorts is evenmin aanvaardbaar de bewering van de SPO, dat de aanbesteding als vraagtechniek tot kunstmatig lage prijzen leidt. De aanbesteding, die geenszins uniek is voor de bouwsector, strekt ertoe de vergelijking van aangeboden prijzen mogelijk te maken.

Juist in een stelsel van aanbesteding moet de mededinging bij uitstek tot zijn recht komen (1). Dit geldt des te meer voor de publieke werken: bij Richtlijn 71/305/EEG van de Raad (2) is voorzien in verplichtingen ter zake van de door overheden in geval van aanbesteding van werken te volgen procedures, met het doel een grotere transparantie te bewerkstelligen door alle belangstellenden in staat te stellen onder vergelijkbare voorwaarden op de concrete vraag te reageren.

Aldus wordt een situatie gecreëerd, waarin de aanbieders gelijke kansen hebben. Die moet niet vervalst worden door een systeem van onderlinge afstemming tussen de aanbieders dat voorziet in systematisch belegde vergaderingen voorafgaande aan de inschrijving. Een dergelijk systeem brengt het instrument van de aanbesteding als zodanig in gevaar.

Ten slotte kan de Commissie de bewering niet accepteren, dat een aanbesteding tot ruïneuze concurrentie leidt. Ten eerste: er is niet één bepaalde prijs die in een concreet geval de enige economisch gezonde prijs is: een prijs die de ene onderneming in staat stelt haar kosten te dekken en een winstmarge te behalen is voor die onderneming een billijke prijs, terwijl dezelfde prijs voor een andere onderneming verliesgevend zou kunnen zijn omdat die onderneming hogere kosten heeft.

Ten tweede: zelfs al is het niet uitgesloten dat, in het bijzonder in perioden van laagconjunctuur, bepaalde bouwondernemingen niet in staat zijn het werk uit te voeren voor de prijs die zij hadden aangeboden, dan nog kan dit risico — dat ook in de sector van industriële produkten in geval van verkoop met verlies bestaat — niet de inwerkingstelling van een mechanisme van onderlinge afstemming tussen bouwondernemingen rechtvaardigen. Het komt aan de opdrachtgever toe, om hetzij tot het uiterste over de prijs te onderhandelen ten einde de laagste prijs te verkrijgen, hetzij een hogere prijs te accepteren in de wetenschap dat de desbetreffende aanbieding de meest voordelige is gezien de andere bepalende elementen dan de prijs, zoals de kwaliteit, de uitvoeringstermijn, etc. Zulks voor zover eventueel toepasselijke publieke regelingen ter zake van aanbestedingen die opdrachtgever toestaan zich zodanig oordeel te vormen.

(74) Volgens de SPO betreft het derde kenmerk van de bouwsector de vaak hoge calculatiekosten die met de opstelling van een aanbieding gemoeid zijn. Die kosten kunnen niet op de opdrachtgever worden afgewenteld, tenzij de aanbieder het werk gegund krijgt.

De Commissie is evenwel van oordeel, dat in theorie twee manieren bestaan om de calculatiekosten terug

(1) Zie HvJEG, arrest van 16 december 1975 in de gevoegde zaken 40/73 e.v. (Suikerunie, e.a.), Jurisprud. 1975, blz. 1663, rechtsoverwegingen 559 e.v.

(2) PB nr. L 185 van 25. 8. 1971, blz. 5; laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 90/531/EEG (PB nr. L 297 van 29. 10. 1990, blz. 1).

te krijgen: of wel betaalt de vrager apart voor de prijsaanbieding, of wel neemt de aanbieder deze kosten op in de algemene kosten van zijn onderneming. De eerste mogelijkheid komt in beginsel niet in aanmerking voor zover volgens het burgerlijk recht geen contractuele betalingsverplichtingen ontstaan uit de uitnodiging tot het doen van een aanbod en uit het aanbod zelf. De tweede mogelijkheid is dan de geëigende manier, welke in de gehele Gemeenschap algemeen toepassing vindt, om de calculatiekosten terug te krijgen, op dezelfde wijze als dat gebeurt met reclamekosten en met kosten ter zake van de verhandeling van produkten, welke ook deel uitmaken van de algemene kosten.

De SPO heeft in het gemeenschappelijk antwoord op de punten van bezwaar de „theorie van de transactiekosten" te berde gebracht, volgens welke zowel aan de vraagzijde als aan de aanbodzijde bij de aanbesteding van een bouwwerk vaak hoge transactiekosten worden gemaakt.

Ook al is het waar, dat de met de aanbesteding gemoeide kosten hoog kunnen zijn, niet valt in te zien, wat daarvan precies de juridische consequentie zou zijn: de (hoge) kosten aan de kant van de vrager komen uitsluitend voor diens verantwoordelijkheid; de (hoge) kosten aan de kant van de aanbieder kunnen de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag op de bouwsector niet uitsluiten. Te dezer zake is het niet zonder betekenis, dat de bevoegde autoriteiten van verscheidene Lid-Staten, onder welke de Nederlandse [1] en de Franse [2] hun nationale mededingingsregels ook op afspraken inzake aanbestedingen hebben toegepast.

De SPO heeft nog beklemtoond dat de aanbieder op de bouwmarkt geen enkele mogelijkheid tot prijsvergelijking heeft wegens de onvoldoende transparantie, vanuit de aanbodkant gezien, van transacties.

Deze omstandigheid, gekoppeld aan de hoge kosten, zou tot gevolg hebben dat de inschrijving op een aanbesteding op de bouwmarkt met aanzienlijk grotere risico's gepaard gaat dan het verrichten van een prijsaanbieding in een andere marktsector.

Dienaangaande dient geconstateerd te worden, dat een geringe transparantie een kenmerk lijkt te zijn dat alle dienstensectoren gemeen hebben, waarin onder meer prijslijsten niet bestaan.

Overigens kan een voldoende mate van transparantie voor de aanbieders (gesteld tegenover de transparantie voor de vrager) niet beschouwd worden als een prealabele voorwaarde voor effectieve mededinging; in geval van een beperkt aantal aanbieders zou een hoge mate van transparantie, in tegendeel, veeleer een element vormen waardoor ongeoorloofde onderlinge afstemming kan ontstaan.

(1) Zie de punten 66 e.v.

(2) Beslissing nr. 89-D-34 van de „Conseil de la concurrence" betreffende afspraken in de sector wegenbouw, BOCCRF van 8. 11. 1989, blz. 257.

II. DE BOUWMARKT IN NEDERLAND

(75) Zonder te beweren dat de bouwmarkt in Nederland uitermate verschillend is van die in de andere Lid-Staten, heeft de SPO toch een aantal factoren opgesomd die volgens haar kenmerkend zijn voor deze Lid-Staat: de organisatie in deze sector en de afwezigheid van een publiekrechtelijke regeling die aan aanbesteders het verbod oplegt om over de aangeboden prijzen te onderhandelen. De Commissie kan de argumentatie van de SPO niet aanvaarden.

Wat de organisatie in deze sector betreft: het is juist dat in Nederland de „hoofdaannemer" in het algemeen verantwoordelijk is voor de uitvoering van het werk in zijn geheel, terwijl de onderaannemers hun werk verrichten onder zijn verantwoordelijkheid tegenover de opdrachtgever. Deze situatie is echter niet uniek voor Nederland, want de sector is op een dergelijke manier ook in andere Lid-Staten, onder meer in België en Frankrijk, georganiseerd, zoals de SPO zelf heeft aangegeven.

Wat de andere factor betreft: het is juist dat de nationale regelingen van enige Lid-Staten, expliciet of impliciet, alle onderhandelingen tussen de aanbesteder en de gegadigden of inschrijvers over de wezenlijke elementen van het werk na de aanbesteding beperken of zelfs verbieden.

Maar deze inperking van de onderhandelingsvrijheid maakt dan steeds een integrerend onderdeel uit van een objectieve regeling die het optreden van de aanbesteder in alle stadia van de aanbestedingsprocedure in hun totaliteit bestrijkt. Bovendien zijn die regelingen in het algemeen slechts van toepassing op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, terwijl de door de SPO in het leven geroepen regelingen op alle aanbestedingen voor bouwwerken van toepassing zijn, zowel op die van overheden als op die van particulieren. Overigens schijnt de SPO zelf, in het document getiteld „Nadere toelichting op het verzoek om een negatieve verklaring, respectievelijk ontheffing" (blz. 35), van 13 juli 1989, een private regeling (UPR en Erecode) uitsluitend met betrekking tot de door particulieren aanbestede werken noodzakelijk te achten.

(76) De SPO heeft daarnaast een aantal macro-economische factoren genoemd. Zo heeft zij onder meer beweerd, dat het gemiddelde prijsniveau op de bouwmarkt in Nederland niet hoger is dan in de omringende landen, terwijl de rentabiliteit van de Nederlandse bouwindustrie zelfs in een periode van hoogconjunctuur laag is. Aldus heeft de SPO getracht met name het in de UPR voorziene systeem van rekenkostenvergoedingen te rechtvaardigen.

Naar het oordeel van de Commissie zijn deze beweringen niet ter zake dienende waar het erom zou gaan aan te tonen dat de regelingen van de SPO, om de door haar genoemde redenen, niet onder artikel 85, lid 1, zouden vallen. Immers, de bewering dat een bepaald effect op het niveau van de prijzen ontbreekt, neemt niet weg, dat een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde gedraging ertoe kan strekken de mede-

dinging te beperken of te vervalsen. Met het eventueel gunstige gevolg van een dergelijke overeenkomst, besluit of gedraging, dat onder meer kan bestaan in een minder hoog prijsniveau, kan slechts in het kader van artikel 85, lid 3, rekening worden gehouden.

(77) Uit hetgeen in de punten 71 e.v. is weergegeven, resulteert dat, niettegenstaande het feit dat de bouwsector bepaalde specifieke kenmerken vertoont, deze de toepassing van artikel 85 op deze sector niet kunnen beperken of uitsluiten.

III. BEPERKEND KARAKTER VAN DE OVEREENKOMST EN VAN DE BESLUITEN IN DE ZIN VAN ARTIKEL 85, LID 1

1. De Statuten van de SPO (vgl. de punten 3 en 4)

(78) De in deze procedure betrokken organisaties van bouwondernemingen hebben de vereniging SPO opgericht en haar Statuten vastgesteld. Deze Statuten hebben tot doel, de opdracht van de SPO te beschrijven om in de bedrijfstak van de bouwnijverheid de onderlinge afstemming van de prijzen en van het aanbod op de markt te regelen. De Statuten van de SPO vormen derhalve een overeenkomst, gesloten tussen ondernemersverenigingen in de zin van artikel 85, lid 1.

De oprichting, door concurrenten, van een vereniging van branchеverenigingen (de SPO) staat in feite gelijk aan de sluiting van een horizontale samenwerkingsovereenkomst. De oprichting, door ondernemingen of ondernemersverenigingen, van een autonome juridische entiteit waaraan bepaalde regulerende bevoegdheden zijn toebedeeld, volstaat in het onderhavige geval niet om het hun mogelijk te maken aan de toepassing van artikel 85, lid 1, te ontsnappen.

De Statuten van de SPO hebben de strekking, de mededinging in de gemeenschappelijke markt te beperken of te vervalsen door de regelingen, beschreven in de punten 5 tot en met 13 en 24 tot en met 61 hiervoor, verbindend te verklaren voor de bij de SPO aangesloten organisaties en hun leden (permanent of ad hoc).

Die regelingen, welke besluiten van ondernemersverenigingen in de zin van artikel 85, lid 1, vormen, strekken ertoe of hebben tot gevolg dat de mededinging wordt beperkt of vervalst omdat zij tot doel hebben:

— te voorzien in onderlinge informatie-uitwisseling voorafgaande aan de aanbestedingen,

— de prijsaanbiedingen onderling af te stemmen en, direct of indirect, de verkoopprijzen, geheel of ten dele, alsmede andere contractuele voorwaarden betreffende bouwwerken vast te stellen,

— onder de bij haar aangesloten ondernemingen de vraag op de bouwmarkt te verdelen, door de vaststelling vooraf van de onderneming aan wie het werk gegund moet worden, door de bescherming van de rechthebbende en door de mogelijkheden van terugtrekking en preferentie, een en ander in de hierna uiteengezette omstandigheden.

2. De in het kader van de SPO vastgestelde besluiten

A. *Beperking van de mededinging tussen bouwondernemingen die deel uitmaken van de SPO-organisatie*

(79) 1. De melding van het voornemen om een prijsaanbieding te doen (vgl. punt 24)

Het mechanisme van de melding heeft 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. Deze beperking wordt versterkt door het in de UPR opgenomen verbod om afstand te doen van de verplichtingen die uit deze beroepsregeling voortvloeien.

Dit verbod lijdt (onder voorbehoud van goedkeuring en controle door het bureau) alleen uitzondering in het geval dat de meldende onderneming de eerste en enige aanbieder is. Bovendien wordt deze beperking versterkt door de mededeling, van de zijde van het bureau, van het aantal concurrenten dat voor de vergadering zal worden uitgenodigd, omdat die informatie de deelnemers met name in staat stelt op de ter vergadering vast te stellen prijsverhogingen te anticiperen en hun gedrag dienovereenkomstig te plannen.

(80) 2. Besluit ter zake van de al dan niet vaststelling van de rechthebbende (vgl. punt 26)

De aan de vergadering van aannemers toekomende bevoegdheid om uit haar midden de aannemer aan te wijzen die de hoedanigheid van rechthebbende zal hebben — dit wil zeggen die het exclusieve recht zal hebben om over het werk en de prijsaanbieding met de opdrachtgever te onderhandelen —, heeft tot doel, deze rechthebbende af te schermen van de concurrentie door de andere deelnemers. In werkelijkheid berust de vaststelling van de rechthebbende op de door de inschrijvers gemeenschappelijk genomen beslissing, om de aanbiedingen als vergelijkbaar te beschouwen of vergelijkbaar te maken.

Het aantal gevallen, waarin de vergadering afziet van de vaststelling van een rechthebbende en, daardoor, de volledige werking van vrije mededinging toelaat, is klein. Maar de onderlinge afstemming tussen de aannemers, met het doel om al dan niet een rechthebbende vast te stellen, vormt voor de deelnemers zonder twijfel een beperking van hun vermogen om individueel op de markt op te treden.

(81) 3. Confrontatie van kostenelementen van het werk (vgl. punt 27)

De kostenelementen die ten grondslag liggen aan de vaststelling van de blankcijfers zijn voorwerp van confrontatie tijdens de vergadering van ondernemingen. Hoewel het blankcijfer in de door de SPO gepubliceerde brochure (aangeduid in punt 16) wordt voorgesteld als „de voorgenomen prijsaanbieding van een aannemer, gebaseerd op zijn eigen begroting", wordt dit blankcijfer in werkelijkheid door iedere deelnemer vastgesteld aan de hand, onder meer, van de informatie die tussen de concurrenten ter vergadering wordt uitgewisseld.

De waardering van het totaal van alle kostenelementen, is derhalve mede gebaseerd op informatie die niet door iedere betrokkene, onafhankelijk en autonoom optredend, op de markt is vergaard. Uit het onderzoek dat de Commissie in deze procedure heeft ingesteld, blijkt, dat de vergadering iedere deelnemer aldus in staat stelt om ter vaststelling van zijn blankcijfer niet alleen rekening te houden met de elementen die de kosten van zijn concurrenten en de keuze door de opdrachtgever kunnen bepalen, maar ook met verschillende inlichtingen over de marktomstandigheden — zoals de eventuele deelname van buitenstaanders aan de aanbesteding en de bijzonderheden van het desbetreffende werk — welke hij, bij afwezigheid van deze informatie-uitwisseling, eventueel niet zou hebben kunnen verkrijgen.

Deze onderlinge afstemming verhindert, of vervalst en beperkt ten minste de mededinging tussen de deelnemers. Zij heeft tot doel, de risico's die inherent zijn aan een autonoom concurrentieel gedrag zoveel mogelijk weg te nemen.

(82) 4. Inlevering van de blankcijfers (vgl. punt 28)

De door de deelnemers, ieder voor zich, vastgestelde blankcijfers worden aan de voorzitter van de vergadering overgelegd. De volgorde van deze blankcijfers bepaalt de volgorde van de definitieve prijsaanbiedingen van de deelnemers (behoudens terugtrekking en preferentie). Bovendien kunnen die blankcijfers, na inlevering bij de voorzitter, niet meer gewijzigd worden.

Door aldus, op een gemeenschappelijke basis, de blankcijfers te bepalen die, op hun beurt, de volgorde van de definitieve prijsaanbiedingen bestemmen, stellen de deelnemers een praktische samenwerking tussen hen in de plaats van de aan de mededinging verbonden risico's.

Aangezien de oorspronkelijke prijsvolgorde gegarandeerd is, lopen de deelnemers onderling geen enkel risico bij de eventuele verhogingen van de prijs. Het mededingingsbeperkend effect van deze samenwerking wordt nog versterkt door het verbod om een alternatieve prijsaanbieding te doen zonder dat de vergadering over het daartoe strekkende voornemen is geïnformeerd en daarover heeft kunnen beslissen.

(83) 5. Mogelijkheid van terugtrekking (vgl. punt 29)

De beslissing om zich terug te trekken wordt door de desbetreffende aannemer genomen met volledige kennis van de blankcijfers van alle andere deelnemers.

Het is dus uitsluitend de informatie-uitwisseling in het kader van de vergadering die iedere deelnemer in staat stelt om kennis te nemen van de voorgenomen prijsaanbiedingen van zijn concurrenten en om, op basis van prijsvergelijking, te beslissen zijn eigen, oorspronkelijk voorgelegde prijsaanbieding niet te handhaven.

De normale mededingingsvoorwaarden worden aldus kunstmatig gewijzigd, doordat de deelnemers in staat worden gesteld om, ieder voor zich, een beslissing over handhaving of terugtrekking van hun voorgenomen aanbieding te nemen, welke zij bij afwezigheid van de onderlinge afstemming niet hadden kunnen nemen. Uitsluitend de opdrachtgever zou dan in staat zijn geweest, de prijzen te vergelijken.

(84) Hoewel de SPO in haar aanmelding en in het gemeenschappelijke antwoord op de punten van bezwaar de uitoefening van het recht op terugtrekking lijkt te reserveren voor gevallen van ernstige en manifeste fouten in de berekening, voorzien de UPR niet in enige bijzondere voorwaarde te dier zake.

Het in dat antwoord te berde gebrachte argument, als zou dit mechanisme slechts in dergelijke gevallen toepassing vinden, kan niet overtuigen en wordt overigens weersproken door de in de loop van de procedure verkregen inlichtingen. Die inlichtingen geven immers enige voorbeelden van gevallen waarin een aannemer zich om andere redenen terugtrekt, bij voorbeeld omdat hij geen belangstelling voor het werk heeft.

De mogelijkheid om zich op basis van vergelijking van de blankcijfers terug te trekken, bevestigt trouwens de conclusie dat deze cijfers worden vastgesteld op basis van onder meer tussen de deelnemers aan de vergadering uitgewisselde markt- en bedrijfseconomische gegevens welke de prijs kunnen bepalen.

De uitoefening van het recht op terugtrekking resulteert in de aanbieding van andere prijzen dan die welke bij afwezigheid van de onderlinge afstemming zouden zijn aangeboden, met name wanneer de zich terugtrekkende aannemers in het geheel geen prijsaanbieding doen. De uitoefening van dit recht leidt daardoor tot een uiteindelijke aanbesteding die verschilt van de aanbesteding waarvan sprake zou zijn in een

systeem, waarin de aannemers hun aanbieding autonoom doen.

(85) 6. Preferentie (vgl. punt 30)

Het recht op preferentie heeft tot doel de oorspronkelijke volgorde van de aan te bieden prijzen zodanig te wijzigen, dat de aanbieder van de laagste prijs uit de „eerste ronde" wordt vervangen door de aanbieder aan wie preferentie is verleend. Deze bepaling heeft dus tot doel om de samenwerking tussen de bouwondernemingen te versterken, ten detrimente van een werkelijke mededinging. Dit systeem stelt de deelnemers in staat de markten te verdelen.

De aanbesteder ontvangt aldus prijsaanbiedingen waarvan de volgorde min of meer overeenstemt met die van de blankcijfers, maar waarvan de aanbieders veranderd kunnen zijn door op onderlinge afstemming gebaseerde plaatsvervanging tussen de deelnemers aan de vergadering. Een dergelijke plaatsvervanging van de aanbieders onderling zou niet kunnen bestaan in een mededingingsregime dat de verantwoordelijkheid voor een prijsaanbieding bij elke afzonderlijke inschrijver laat.

(86) 7. De prijsverhogingen (vgl. de punten 31—37)

De gemeenschappelijke vaststelling van de prijsverhogingen vormt de rechtstreekse bepaling van verkoopprijzen, in elk geval van een gedeelte daarvan, in de zin van artikel 85, lid 1, onder a). Bovendien leiden die prijsverhogingen tot andere resultaten van aanbestedingen dan die zouden hebben gehad, als iedere deelnemende onderneming de door haar aan te bieden prijs autonoom had vastgesteld. Omdat de volgorde van de blankcijfers in beginsel is gegarandeerd, lopen de deelnemers onderling geen enkel risico bij de verhoging van ieders blankcijfer met de voorgeschreven opslagen.

Dit systeem verhindert de meest competitieve ondernemingen, met de laagste calculatie- en inschrijvingskosten, van dat voordeel profijt te trekken. De — forfaitaire — prijsverhogingen houden immers geen rekening met de situatie van iedere individuele deelnemer. In tegendeel, dit systeem schermt de slechtst opererende ondernemingen af van de mededinging en neemt voor hen elke prikkel weg om hun produktiviteit te verbeteren.

Het beperkend karakter van dit systeem wordt versterkt door de bepalingen, op grond waarvan bij de berekening van het bedrag ter vaststelling van de rekenvergoeding rekening wordt gehouden met de waarde van directieleveringen en leveringen of werkzaamheden door derden.

(87) Het systeem van onderling afgestemde prijsopslagen heeft de volgende bijkomende effecten. Enerzijds worden daardoor de deelnemende aannemers ertoe aangezet om zuiver pro forma prijsaanbiedingen in te richten met als enig doel, de met toepassing van dat systeem bepaalde rekenvergoeding te ontvangen.

Anderzijds worden daardoor opdrachtgevers aangezet, slechts een zeer beperkt aantal bouwondernemingen tot het doen van een prijsaanbieding uit te nodigen, omdat zij ter zake van elk door hen aan te besteden bouwwerk de calculatiekosten van alle inschrijvers moeten dragen.

Een dergelijk systeem heeft tot effect, dat het aantal aanbieders betreffende elk bouwwerk, en dus de mededinging in de sector van de bouwnijverheid wordt beperkt.

Het totale bedrag dat gemoeid is met de aldus op de in punt 6 aangegeven sectoren van de bouwmarkt in het kader van de SPO afgesproken prijsverhogingen is alles behalve te verwaarlozen. Zowel voor het jaar 1987, als voor het jaar 1988 kan dat bedrag geschat worden op 300 000 000 Fl. (excl. BTW) aan rekenvergoedingen en op 100 000 000 Fl. (excl. BTW) aan organisatiebijdragen (waarvan ruim 50 % bestemd is ter dekking van de kosten van de organisatie — bureaus en SPO — zelf).

(88) 8. Onderling afgestemde vaststelling van de definitieve prijsaanbiedingen (vgl. punt 38)

Ook de vaststelling van de definitieve prijsaanbiedingen, zoals die door de bouwondernemingen aan de opdrachtgever zullen worden aangeboden, vormt een beperking van de mededinging tussen de aan de vergadering deelnemende inschrijvers in de zin van artikel 85, lid 1.

De definitieve, aan te bieden prijzen worden weliswaar vastgesteld in overeenstemming met de volgorde van de blankcijfers (behoudens aanpassing in verband met terugtrekking of preferentie), maar zij zijn niet het resultaat van een simpele optelling van blankcijfers en de hiervoor beschreven prijsopslagen.

Zo kunnen de hoogste prijzen die uit deze optelling zouden resulteren over de gehele linie verlaagd worden (zelfs tot onder de corresponderende blankcijfers), ten einde de presentatie van excessieve prijsverschillen aan de aanbesteder te vermijden. Door zodanige excessieve prijsverschillen te elimineren, worden de als „te duur" beschouwde aannemers beschermd tegen het risico dat zij a priori worden uitgesloten van volgende aanbestedingen en procedures van gunning langs de weg van onderhandelingen.

Wanneer aan de bouwonderneming preferentie wordt verleend, kunnen de definitieve aan te bieden prijzen van de andere deelnemers daarentegen juist verhoogd worden om zodoende, in de presentatie aan de opdrachtgever, het verschil tussen de laagste en de volgende prijzen te vergroten, en aldus de positie van de aannemer aan welke preferentie verleend is, te versterken.

In beide gevallen beperkt het UPR-systeem de keuzevrijheid van de opdrachtgever en vervalst het zijn keuze. De presentatie van onderling afgestemde en van te voren vastgestelde prijzen verschaft de aanbesteder immers informatie over het niveau van de prijzen die niet de werkelijkheid weergeeft. Die informatie geeft hem een vals beeld van de werkelijke toestand van de markt en van de aanbiedingen (ook bij vergelijking met aanbiedingen van buitenstaanders) en kan hem bovendien tot belangrijke beoordelingsfouten bij volgende aanbestedingen of procedures van gunning via onderhandelen brengen.

(89) Hetzelfde oordeel geldt voor de in onderlinge afstemming vastgestelde deel- en eenheidsprijzen, etc. Die onderdelen van de prijs voor het totale werk worden, indien en voor zover door de vergadering in concrete gevallen nodig geacht, voor iedere deelnemende aannemer op een zodanig niveau vastgesteld dat de positie van de aanbieder van de laagste prijs voor het totale werk daardoor verzekerd wordt.

De aanbesteder wordt aldus ervan weerhouden om het werk in onderdelen te gunnen aan verschillende aannemers, dan wel het totale werk te gunnen aan een andere dan de aanbieder van de laagste prijs voor het geheel.

(90) Blijkens het onderzoek van de Commissie in deze procedure kunnen ook andere voorwaarden dan de prijs en de samenstelling daarvan mede voorwerp van onderlinge afstemming zijn, zoals bij voorbeeld, de in de prijsaanbieding op te geven bouwtijd.

(91) Ten slotte beperkt ook de onderlinge afstemming over de informatie welke aan de aanbesteder met de prijsaanbieding verstrekt wordt over de samenstelling van de prijs en de hiervoor beschreven prijsopslagen de mededinging, welke beperking ten doel heeft de vergelijking van de prijsaanbiedingen te vervalsen. Blijkens het onderzoek van de Commissie in deze procedure wordt niet zelden opzettelijk onjuiste informatie verstrekt aan de opdrachtgever.

(92) Mitsdien vormt het UPR-systeem betreffende de onderlinge afstemming ter zake van de vaststelling van de prijsaanbiedingen als zodanig een beperking of een vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, onder a).

De Commissie is van oordeel, dat de onderling afgestemde vaststelling van de prijzen per deel, per eenheid, etc., van de prijssamenstelling, alsook van de andere voorwaarden dan de prijs en van de over een en ander aan de opdrachtgever met de prijsaanbieding te verstrekken informatie niet inherent is aan de onderling afgestemde vaststelling van de definitieve, aan te bieden prijzen, zoals die in de UPR uitdrukkelijk geregeld is. Het gaat hier om op zichzelf staande mededingingsbeperkingen die, zelfs voor zover die niet uitdrukkelijk in de UPR zijn voorzien, noodzakelijkerwijze voortvloeien uit en complementair zijn aan de onderling afgestemde vaststelling van de definitieve, aan te bieden prijzen.

(93) 9. Bescherming van de rechthebbende (vgl. de punten 39—41 en 52—59)

De vaststelling van de rechthebbende op zichzelf verhindert, althans vervalst en beperkt de mededinging. Er dient aan herinnerd te worden dat het uiteindelijk de vergadering van aanbieders is die beslist, dat de aanbiedingen al dan niet vergelijkbaar zijn, dit wil zeggen of de vrager aan iedere van de uitgenodigde aanbieders een identieke vraag heeft gesteld.

Zij vervangt de keuzevrijheid van de opdrachtgever en zijn vermogen tot onderhandelen met verscheidene aanbieders door een door de aanbieders gemeenschappelijk genomen beslissing, waaraan de opdrachtgever is gebonden voor zover die beslissing hem de mogelijkheid ontneemt de mededinging ook te laten werken tussen de verschillende bouwondernemingen die een prijsaanbieding hebben gedaan. De aanbieders beroven op die manier ook de concurrenten van de rechthebbende van elk recht om na prijsaanbieding met de opdrachtgever te onderhandelen.

Waar het niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen betreft is dit systeem erop gericht de concurrenten van de rechthebbende ervan te weerhouden een lagere prijs in te dienen dan laatstgenoemde. Dit systeem creëert in feite een tijdelijke monopoliepositie voor de rechthebbende gedurende twee of vijf jaar betreffende een bepaald bouwwerk, en verhindert zodoende de werking van de mededinging.

Als de opdrachtgever, om welke reden dan ook, besluit om het werk niet te gunnen en over te gaan tot een nieuwe aanbesteding, of tot enkelvoudige uitnodiging, maakt het systeem van bescherming van de rechthebbende zijn keuzevrijheid volledig illusoir en verhindert dat systeem in werkelijkheid de werking van de mededinging tussen de bouwondernemingen.

(94) In het gemeenschappelijke antwoord op de punten van bezwaar is beweerd, dat met het ter zake van de bescherming van de rechthebbende in de UPR en in de Erecode — private regelingen die de betrekkingen tussen bouwondernemingen onderling regelen — voorziene systeem hetzelfde doel wordt nagestreefd als dat wat wordt beoogd door de in andere Lid-Staten bestaande publiekrechtelijke regelingen, en door de op het niveau van de Gemeenschap vastgestelde Richtlijn 71/305/EEG, die betrekking hebben op het gedrag van aanbesteders. Bijgevolg zou dit systeem niet in strijd met artikel 85, lid 1, geoordeeld kunnen worden.

Bovendien wordt door de adressaten van deze beschikking beweerd dat dit systeem geen ander doel heeft dan de gunstigste voorwaarden te scheppen voor een effectieve en efficiënte mededinging op de bouwmarkt en, daardoor, een ruïneuze mededinging te vermijden.

(95) De Commissie kan deze argumentatie niet aanvaarden. De communautaire en de nationale regelingen waarnaar de SPO verwijst, zijn om de in punt 75 aangegeven redenen niet te vergelijken met het systeem ter zake van de bescherming van de rechthebbende. Dat systeem abstraheert van alle elementen die te zamen het gedrag van de aanbesteder beheersen.

Overigens heeft de SPO niet kunnen aantonen dat bij ontbreken van de bescherming van de rechthebbende de aanbieders ten prooi zouden vallen aan „leuren" door de opdrachtgevers. Bovendien heeft zij geen elementen van bewijs aangedragen omtrent de beweerde ruïneuze concurrentie welke daarvan het gevolg zou zijn.

(96) 10. Doorbetaling van de bedragen betreffende prijsverhogingen (vgl. de punten 42—46)

Het systeem en de modaliteiten van de doorbetaling van bedragen betreffende rekenvergoeding en organisatiebijdragen hebben tot doel of tot gevolg dat de mededinging wordt beperkt of ten minste vervalst, doordat de aannemers aan wie de werken worden gegund een beduidend groter deel van deze bedragen ontvangen dan hun concurrenten die zonder succes bleven. Hun concurrentiepositie ten opzichte van die concurrenten wordt daardoor op kunstmatige wijze begunstigd.

(97) 11. Het toezicht op de naleving van de verplichtingen die uit de UPR voortvloeien (vgl. de punten 47 en 48)

De bepalingen in de UPR en in de Erecode (inclusief het berechtingsreglement) welke voorzien in de oplegging van sancties in geval van niet-naleving van verplichtingen die uit deze regelingen voortvloeien hebben tot doel, de mededingingsbeperkende verbintenissen te versterken die de deelnemers in de SPO-organisatie (daarbij inbegrepen de lid-organisaties) zijn aangegaan.

B. *Maatregelen ter bescherming van de SPO-organisatie tegenover bouwondernemingen die niet lid zijn* (vgl. de punten 49—51)

(98) Zowel de systematische informatie-uitwisseling in het kader van de SPO-organisatie betreffende de bouwondernemingen die daarvan niet lid zijn, alsook het onderling afgestemde antwoord op aanbiedingen door buitenstaanders vormen praktijken die tot doel hebben de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen of te vervalsen, in de zin van artikel 85, lid 1.

De uitwisseling van informatie stelt de SPO-organisatie in staat, vaak effectief, druk uit te oefenen op buitenstaanders, om hen ertoe te brengen zich min of meer permanent te onderwerpen aan de UPR.

Deze druk wordt zowel uitgeoefend op ondernemingen die gebonden zijn aan de Erecode, maar niet deelnemen in de SPO-organisatie, en dus in beginsel uitsluitend verplicht zijn om hun voornemen tot prijsaanbieding te melden en om de positie van de rechthebbende te respecteren, alsook op ondernemingen die volledig buiten deze organisatie staan, dit wil zeggen die noch aan de regels van de Erecode, noch aan die van de SPO zijn onderworpen.

De informatie-uitwisseling in de door het bureau georganiseerde vergadering van bouwondernemingen stelt de deelnemers bovendien in staat met het risico van eventuele concurrentie door buitenstaanders rekening te houden bij de vaststelling van hun blankcijfers en van de definitieve prijsaanbiedingen. In dat verband kan deze informatie-uitwisseling hen ertoe brengen, af te zien van de vaststelling van een rechthebbende en/of van de vaststelling van de opslagen, zoals die in de punten 31 tot en met 37 zijn beschreven.

In het andere geval, wanneer blijkt dat er geen risico is van deelname van bekende buitenstaanders, kan de vergadering ertoe gebracht worden, de blankcijfers met de maximale opslagen te verhogen.

(99) Een buitenstaander die een prijsaanbieding wenst te doen, is niet in staat om zijn concurrentievermogen te meten in het normale kader van een versnipperd aanbod, maar ziet zich geconfronteerd met een onderling afgestemd en flexibel aanbod dat geëigend is om zijn vermogen om op de markt binnen te treden, te beperken, dan wel zijn optreden op die markt tegen te gaan. Als die buitenstaander een in het buitenland gevestigde bouwonderneming is, dan bevindt die zich in een nog slechtere situatie vanwege het feit, dat hij in het algemeen aan de bouwmarkt in Nederland alleen deelneemt in de vorm van enig samenwerkingsverband met een in die Lid-Staat gevestigde bouwonderneming, welke meestal gebonden zal zijn door de UPR en dus het systeem van concertatie zal moeten eerbiedigen.

Deze beperking doet zich te meer gevoelen, omdat de SPO-organisatie een rigoureuze bescherming van de vastgestelde rechthebbenden in het leven roept en beschikt over belangrijke economische middelen die zij uit de onderling afgestemde prijsopslagen ontvangt.

Uit het onderzoek in deze zaak blijkt, dat het aantal van de werken die onderwerp van onderlinge afstemming in het kader van de SPO-organisatie zijn geweest en die aan buitenstaanders zijn gegund, zeer klein is. Dit aantal varieert al naar gelang de sector van de bouwmarkt en de betrokken regio (van 0,7 %

tot 10,5 %, gemeten naar het aantal werken, van 0,8 % tot 6,6 % gemeten naar de waarde van die werken).

C. *De behandeling van één-op-één-verkeer (enkelvoudige prijsaanbiedingen)* (vgl. de punten 60 en 61)

(100) De opdrachtgever die slechts één aannemer uitnodigt voor het doen van een prijsaanbieding, ondervindt niettemin de gevolgen van de mededingingsbeperkingen die het UPR-systeem oplegt. De aannemers moeten zich immers indekken tegen het risico dat zij, na aanvaarding van de bouwopdracht, een bedrag van 3 % van de aanneemsom aan het bureau verschuldigd zullen zijn, namelijk als zou blijken dat ook andere aannemers met bewilliging van de opdrachtgever prijsaanbiedingen hebben gedaan.

Een zodanig mechanisme (dat ook bestaat in de context van onderaanneming; vgl. de punten 55—59) heeft derhalve een algemene en uniforme verhoging van de prijzen tot gevolg van alle werken waarvoor geen aanbesteding wordt gehouden, zowel die waarover de opdrachtgever met verscheidene aannemers heeft onderhandeld, als die waarover slechts met één aannemer is onderhandeld.

Bij haar onderzoek in deze zaak heeft de Commissie een groot aantal voorbeelden van de toepassing van deze regeling aangetroffen, waarin 3 % van de aanneemsom, achteraf, door de aannemers aan het desbetreffende bureau is betaald.

D. *Conclusie*

(101) De hierboven besproken mededingingsbeperkingen resulteren uit elk van de elementen die te zamen het systeem vormen, alsook uit dat systeem in zijn geheel. De SPO heeft benadrukt dat haar regelingen een geheel vormen, waarvan de bescherming van de rechthebbende en de toedeling van de rekenkosten de belangrijkste elementen zijn.

Deze mededingingsbeperkingen zijn merkbaar, omdat min of meer alle bouwprojecten die in Nederland worden aanbesteed aan de toepassing van de regelingen van de SPO zijn onderworpen. Zoals in punt 87 is opgemerkt, is het totaalbedrag van de in het kader van de SPO overeengekomen prijsverhogingen verre van verwaarloosbaar. Het cumulatieve effect van de toepassing van deze regelingen op alle betreffende bouwprojecten is beslissend.

IV. ONGUNSTIGE BEÏNVLOEDING VAN DE HANDEL TUSSEN LID-STATEN

(102) Rekening houdende met het bovenstaande is de Commissie van oordeel, dat de tenuitvoerlegging van de UPR, alsmede van de daaraan voorafgaande soortgelijke regelingen en de toepassing van de Erecode, de handel tussen Lid-Staten op de volgende wijze ongunstig kunnen beïnvloeden:

1. De invloed op het aanbod uit andere Lid-Staten

A. *Interpenetratie van de bouwmarkten*

(103) De Commissie roept allereerst in herinnering dat de markt voor bouwwerken welke in een Lid-Staat van de Gemeenschap door de overheid of door particulieren worden aanbesteed, niet gereserveerd is en ook niet gereserveerd mag zijn voor uitsluitend de bouwondernemingen die in die Lid-Staat zijn gevestigd. Wat de markt van werken in opdracht van de overheid betreft, verplichten richtlijnen, zoals Richtlijn 71/305/EEG, de Lid-Staten trouwens om deze markten open te stellen voor ondernemingen uit de gehele Gemeenschap.

(104) De interpenetratie op de bouwmarkten van de verschillende Lid-Staten is in feite nog betrekkelijk zwak, maar bestaat wel degelijk [1]. Tot de factoren die, te zamen, deze interpenetratie beperken, behoren enerzijds de specifieke omstandigheden van de huidige bouwmarkt op Gemeenschapsniveau, zoals de van Lid-Staat tot Lid-Staat verschillende normen en voorschriften met betrekking tot de bouw, en anderzijds de bijzondere kenmerken van de bouwondernemingen. Deze factoren zelf kunnen echter niet die interpenetratie verhinderen.

(105) De SPO heeft in het gemeenschappelijke antwoord op de punten van bezwaar het argument naar voren gebracht, dat door de in Richtlijn 71/305/EEG voorziene financiële drempel te kennen is gegeven dat de potentiële belangstelling van bouwondernemingen voor werken buiten hun eigen Lid-Staat met een waarde beneden die drempel, thans 5 000 000 ecu, van geen betekenis is voor het functioneren van de gemeenschappelijke markt.

Voorts heeft zij het argument aangevoerd, dat het aantal aanbestede werken waarop haar regelingen van toepassing zijn en waarvan de waarde, per werk, de drempel van 5 000 000 ecu overschrijdt, te gering is om van invloed te kunnen zijn op het functioneren van de gemeenschappelijke markt. In feite zou het in de jaren 1987 en 1988, te zamen, gaan om 199 werken, of wel 0,35 % van alle werken die in die periode de SPO-organisatie zijn gepasseerd.

De Commissie kan deze argumenten niet aanvaarden. Op de eerste plaats brengt niet-toepasselijkheid van Richtlijn 71/305/EEG niet de niet-toepasselijkheid van de mededingingsregels mee, want het betreft hier twee categorieën van verschillende juridische normen welke parallel lopende, maar niettemin onderscheiden doelen nastreven. Ten tweede dient de merkbaarheid van de ongunstige beïnvloeding van de

[1] „Estimates in the EEC construction business indicate that at the most 5 % of all construction activities within the countries of Europe are exported, respectively imported, and that it will remain like this" uit „Dutch export opportunities on EC-markets up to the year 2000 — prospects for the Dutch construction sector in the EC single market", door Prognos Basel (blz. 4) — Rapport, opgesteld op verzoek van het Ministerie van Economische Zaken van Nederland, januari 1989.

tussenstaatse handel door deze mededingingsbeperkingen niet aan het enkele aantal van de betrokken werken te worden afgemeten, maar ook aan de totale waarde welke deze werken gezamenlijk vertegenwoordigen. Volgens de verklaringen van de SPO tijdens de hoorzitting op 12 juni 1990, vertegenwoordigen de door haar aangeduide 199 werken gezamenlijk ruim 23 % van de totale waarde van alle werken die in de betreffende periode voorwerp van concertatie in het kader van de SPO vormden. Dat percentage kan toch niet als „verwaarloosbaar" worden gekwalificeerd. Ten slotte dient gepreciseerd te worden, dat de drempel van 5 000 000 ecu is geïntroduceerd bij Richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 (1), derhalve nà de periode die door de SPO in aanmerking is genomen. In die periode lag de drempel nog op 1 000 000 ecu.

B. *Deelname van in het buitenland gevestigde bouwondernemingen aan de SPO-organisatie*

(106) Na in haar aanmelding van 13 januari 1988 te hebben geconstateerd, dat statistische gegevens omtrent de deelname van in andere Lid-Staten gevestigde bouwondernemingen op de Nederlandse bouwmarkt ontbreken, heeft de SPO niettemin bepaalde cijfers overgelegd aangaande de deelname van die ondernemingen aan vergaderingen, welke twee — door de SPO als representatief beschouwde — bureaus in 1987 hebben georganiseerd. Deze gegevens betreffen het bureau ZNAV (sectoren burgerlijke en utiliteitsbouw, alsmede waterbouwkundige werken, in het zuidelijke deel van het land) en het bureau WAC (sectoren grondwerken, etc., alsmede markeerwerken, over het gehele land).

De door de SPO gepresenteerde gegevens zijn de volgende:

— ZNAV: 5 200 werken zijn voorwerp van een vergadering geweest, waarvan 32 met deelname van buitenlandse ondernemingen. Deze 32 werken vertegenwoordigen 5,9 % (117 miljoen Fl.) van de totale waarde van de betrokken werken.

— WAC: 6 900 werken zijn voorwerp van een vergadering geweest, waarvan 19 met deelname van buitenlandse ondernemingen (3,5 % (77 miljoen Fl.) van de totale waarde van al die werken).

Volgens opgave van de SPO, in het gemeenschappelijke antwoord op de punten van bezwaar, zijn in de periode 1986—1 oktober 1988 241 werken voorwerp van een vergadering in het kader van de SPO-organisatie geweest met deelname van buitenlandse ondernemingen, welke werken gezamenlijk 3,6 % (1 172 miljoen Fl.) van de totale waarde van alle betrokken werken vertegenwoordigen.

Hierbij moet bedacht worden dat de deelname van in andere Lid-Staten gevestigde bouwondernemingen aan vergaderingen in een nog veel kleiner aantal gevallen tot een voor hen gunstig resultaat heeft geleid.

(107) Hoewel deze gegevens niet alle bouwactiviteiten in Nederland van in andere Lid-Staten gevestigde ondernemingen omvatten — bij voorbeeld niet de cijfers betreffende één-op-één-verkeer en die betreffende onderaanneming, alsook de cijfers betreffende aan buitenlandse buitenstaanders gegunde opdrachten —, bevestigen zij toch het bestaan van een werkelijke interpenetratie.

De geringe mate van deze interpenetratie, in vergelijking met de activiteiten op de Nederlandse markt van in Nederland gevestigde bouwondernemingen (en, in het algemeen, in vergelijking met de activiteiten van in een Lid-Staat gevestigde bouwondernemingen op de markt van hun eigen Lid-Staat) wordt verklaard door de kenmerken van de markt en van het betrokken produkt.

Uit het oogpunt van de toepassing van artikel 85 kan dat feit niet uitgelegd worden als bewijs daarvoor dat de intracommunautaire handel verwaarloosbaar klein is. Integendeel, de beschreven mededingingsbeperkingen zijn des te schadelijker, omdat zij zich voordoen op een terrein waar de interpenetratie van de nationale markten betrekkelijk gering is en aldus de intracommunautaire handel in des te grotere mate beïnvloeden.

(108) Uit het onderzoek van de in deze procedure verzamelde inlichtingen blijkt, dat ongeveer 150 in andere Lid-Staten gevestigde bouwondernemingen zich min of meer permanent onderwerpen aan de UPR. Deze ondernemingen zijn vooral in Duitsland en België gevestigd. Alle grote ondernemingen uit die landen behoren daartoe.

De andere deelnemende buitenlandse ondernemingen zijn gevestigd in Frankrijk, Luxemburg en Italië. Soms meldt de Syndicale Kamer voor de Bouwnijverheid in Antwerpen (of een door deze Kamer geleide organisatie) aan een bureau van de SPO-organisatie het voornemen van Belgische bouwondernemingen die aangesloten zijn bij de SPO-organisatie, om een prijsaanbieding te doen voor een werk in Nederland.

C. *Positie van buitenlandse buitenstaanders*

(109) Meer in het algemeen, zien in andere Lid-Staten gevestigde bouwondernemingen die bouwopdrachten in Nederland willen verwerven maar weigeren zich bij de SPO-organisatie aan te sluiten, zich niet alleen geconfronteerd met de natuurlijke obstakels voor het binnenkomen op die markt, zoals de afstand tussen vestigingsplaats en plaats van het bouwwerk. Zij vinden op hun weg bovendien een aanmerkelijk obstakel in het bestaan van deze Nederlandse organisatie die alle of bijna alle bouwondernemingen in dat land verenigt die belangstelling hebben voor de werken die worden aanbesteed, en waaraan zelfs bouwondernemingen uit andere Lid-Staten meedoen. Zij moeten het dus opnemen, niet tegen een versnipperd en veelvormig aanbod door met elkaar

(1) PB nr. L 210 van 21. 7. 1989, blz. 1.

concurrerende aanbieders, maar tegen een eenheidsfront, waarvan het aanbod onderling is afgestemd. In zoverre als het UPR-systeem de overheidsdiensten en particuliere aanbesteders in feite ervan afbrengt, openbare aanbestedingen te organiseren, heeft het tot effect dat de mogelijkheden voor in andere Lid-Staten gevestigde aannemers om op de bouwmarkt in Nederland deel te nemen, ten minste indirect worden beperkt.

D. *Merkbaarheid van de beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten*

(110) De Commissie is van oordeel dat door de hierboven beschreven overeenkomst en beslissingen de handel tussen de Lid-Staten merkbaar ongunstig wordt beïnvloed. In het onderhavige geval ligt de beïnvloeding van de handelsstromen tussen de Lid-Staten besloten in de aard zelf van deze overeenkomst en beslissingen. Het door de UPR gecreëerde systeem kan in feite slechts effectief functioneren wanneer alle of bijna alle daarvoor in aanmerking komende bouwondernemingen ook daadwerkelijk aan het systeem deelnemen. Daarom staat deelname aan de UPR ook open voor ondernemingen die gevestigd zijn in andere Lid-Staten.

De SPO en haar lid-organisaties zijn druk doende met promotieactiviteiten onder deze ondernemingen, ten einde hun deelneming aan het UPR-systeem te bewerkstelligen.

(111) In dit verband is de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten des te sterker in het onderhavige geval, omdat de SPO-organisatie alle of bijna alle in deze Lid-Staat gevestigde aannemers verenigt die belangstelling hebben voor de werken welke worden aanbesteed, en alle of bijna alle daar aan te besteden werken beheerst. Daar komt nog bij dat de in het buitenland gevestigde aannemer die op de Nederlandse markt wil opereren, om praktische en andere redenen, van geval tot geval of meer permanent, samenwerking zoekt met een partner in Nederland die, in het algemeen, aan de UPR onderworpen zal zijn. De in het buitenland gevestigde aannemer kan dan niet aan de toepassing van de UPR ontsnappen.

2. **De invloed op de vraag vanuit andere Lid-Staten**

(112) Omdat de UPR van toepassing zijn op elke aanbesteding van een bouwwerk in Nederland, kan de buitenlandse aanbesteder (of de Nederlandse aanbesteder die optreedt voor rekening van een buitenlandse opdrachtgever) van een bouwwerk in Nederland zich niet onttrekken aan de werking van de UPR, zoals die in het kader van de SPO wordt toegepast. Slechts doordat hij zijn toevlucht neemt tot het vragen van een enkelvoudige aanbieding is verzekerd, dat de procedures van onderlinge afstemming in het kader van de SPO-organisatie buiten toepassing blijven. Maar zelfs dan kan hij zich niet teweerstellen tegen de algemene en uniforme prijsverhoging, in de punten 60, 61 en 100 beschreven.

Hetzelfde geldt voor de bouwwerken die in Nederland worden aanbesteed door (of voor rekening van) internationale organisaties, zoals de NAVO en Eurocontrol, voor zover die hun aanbestedingen inrichten volgens hun eigen regelingen betreffende internationale aanbesteding.

3. **De invloed op het aanbod van in de SPO-organisatie deelnemende bouwondernemingen in andere Lid-Staten**

(113) De Commissie is van oordeel dat de handel tussen Lid-Staten ook merkbaar ongunstig kan worden beïnvloed op de bouwmarkt in andere Lid-Staten door de tenuitvoerlegging van de in de onderhavige beschikking beschreven besluiten en overeenkomst.

De (in Nederland gevestigde) aannemers die deelnemen in de SPO-organisatie kunnen met toepassing van de UPR de calculatiekosten betreffende in Nederland aanbestede, maar niet aan hen gegunde werken ten minste gedeeltelijk recupereren.

Zo verkrijgen zij, door toedoen van deze organisatie, een economisch voordeel op het vlak van de financiering van hun studie- en calculatieactiviteiten. Daarmee correspondeert een vermindering van hun algemene kosten, hetgeen hun een kunstmatig mededingingsvoordeel verschaft met betrekking tot elders in de Gemeenschap aan te besteden bouwwerken, tegenover hun concurrenten uit de andere Lid-Staten.

V. DE AAN DE UPR VOORAFGAANDE REGLEMENTERINGEN

(114) In zoverre als de thans van kracht zijnde UPR in wezen slechts de voortzetting zijn van vroegere regelingen, zoals beschreven in de punten 62 tot en met 65, geldt de hiervoor, in de punten 70 tot en met 76 en 79 tot en met 113 weergegeven juridische beoordeling, mutatis mutandis, ook voor die oudere regelingen.

Hoofdstuk II

Artikel 85, lid 3

(115) Noch de hiervoor beschreven UPR en Erecode, noch de daaraan voorafgaande prijsregelende regelingen komen om de volgende redenen in aanmerking voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3.

1. **De aangemelde regelingen**

(116) Op de eerste plaats dient onderzocht te worden of de thans geldende regelingen, zoals aangemeld op 13 januari 1988, voldoen aan de in artikel 85, lid 3, opgesomde voorwaarden voor ontheffing.

A. *Bijdrage aan de verbetering van de verdeling der produkten of aan de verbetering van de technische of economische vooruitgang*

(117) In de context van zowel artikel 85, lid 1, als die van lid 3, heeft de SPO het argument naar voren gebracht, dat de op aanbestedingen van toepassing zijnde publieke regelingen vanuit het gezichtspunt van de transparantie van transacties, een onevenwichtige verhouding tussen vragers en aanbieders op de bouwmarkt scheppen.

Volgens de betrokken verenigingen zou deze onevenwichtigheid de opdrachtgevers in staat stellen, de vaststelling van verkoopprijzen op te leggen die voor bouwondernemingen op een te laag of ruïneus niveau liggen. Een zodanige situatie zou op lange termijn ernstige verstoringen van het aanbod op de markt teweeg kunnen brengen. Hiertegen zouden de onderhavige regelingen van aannemerszijde het noodzakelijke tegenwicht bieden.

(118) Het systeem van de bescherming van de rechthebbende heeft volgens de SPO en haar leden uitsluitend ten doel, de transactiestructuur van de aanbesteding zodanig aan te vullen dat de concurrentie tussen bouwondernemingen volledig tot uitdrukking kan komen zonder dat de opdrachtgever misbruik kan maken van de bijzondere positie die hij inneemt.

De Commissie is van oordeel dat het systeem van bescherming van de rechthebbende, zoals de UPR en de Erecode dat voorzien, geenszins uitsluitend de aanvulling van een transactiestructuur is. Voor de onderlinge vergelijking van individuele aanbiedingen van elke aanbieder stelt dit systeem het beginsel van eenzijdige, door de aanbieders gemeenschappelijk genomen beslissingen in de plaats.

Hier dient benadrukt te worden dat de vergadering van aanbieders zich het recht voorbehoudt, al dan niet een rechthebbende vast te stellen.

Het systeem van bescherming van de rechthebbende voorziet in de aanwijzing van de onderneming aan welke het werk gegund moet worden, voordat de prijsaanbiedingen zijn gedaan, zulks voor alle aan te besteden werken die onder de regelingen vallen, ongeacht of het om overheidsopdrachten gaat dan wel opdrachten van particulieren, ongeacht of het gaat om werken van geringe waarde dan wel van grote financiële omvang en ongeacht of het risico van „leuren" reëel is of niet.

Bijgevolg beschermt dit systeem niet alleen de bouwondernemingen tegen het eventuele „leuren" door de opdrachtgever, maar ook tegen de normale werking van de mededinging. De bescherming van de rechthebbende kan derhalve niet bijdragen aan de instandhouding, laat staan aan de verbetering van het aanbod op de Nederlandse bouwmarkt.

(119) Wat meer in het bijzonder het systeem van de vergoeding van calculatiekosten betreft, zoals dat in de UPR is geregeld, hebben de betrokkenen het argument gepresenteerd dat de UPR de deelname van bouwondernemingen aan aanbestedingen begunstigen en daardoor de mededinging bevorderen.

Niettemin ontbeert de argumentatie van de aanmeldende partijen elke indicatie waaruit zou kunnen worden opgemaakt dat de UPR werkelijk de mededinging kunnen bevorderen door deelname aan aanbestedingen te begunstigen. Integendeel, de onderling afgestemde verhogingen van de prijzen hebben tot effect dat de opdrachtgevers ertoe worden aangezet slechts een zeer beperkt aantal bouwondernemingen voor het doen van een aanbod uit te nodigen, omdat zij weten dat zij, buiten de organisatiebijdragen, ook nog de calculatiekosten van alle aanbieders te zamen moeten dragen. Het beweerde effect van dit systeem van opslagen, te weten de vermindering van de calculatiekosten, zowel macro- als micro-economisch, kan in feite slechts bereikt worden door de vermindering van het aantal van de bouwondernemingen die door de opdrachtgever worden uitgenodigd om een prijsaanbieding te doen. Bovendien zet dit systeem de bouwondernemingen ertoe aan, om zuiver „pro forma" prijsaanbiedingen in te richten met als enig doel de calculatiekosten te recupereren. De besluiten die het voorwerp vormen van de onderhavige procedure beperken in werkelijkheid dus in merkbare mate het oproepen van mededinging tussen verscheidene aanbieders voor een zelfde werk.

B. *Billijk aandeel in het voordeel voor de gebruikers*

(120) Volgens de SPO en haar leden zou het voordeel voor de gebruikers in het bijzonder voortvloeien uit een evenwichtigere prijsvorming in het kader van de uitvoering van de onderhavige besluiten, die op lange termijn leidt tot een redelijke kwaliteitskeuze uit een groter aantal aanbieders die aan aanbestedingen willen deelnemen.

De Commissie is van oordeel dat zelfs al zou de toepassing van de onderhavige regelingen voor de gebruikers gunstige effecten kunnen hebben, de voordelen ervan niet opwegen tegen de nadelen.

(121) Voor wat de bescherming van de rechthebbende betreft, komen deze nadelen vooral voort uit het feit dat de opdrachtgever slechts de keuze uit drie mogelijkheden heeft, wanneer er geen andere aanbieders zijn dan deelnemers aan het UPR-systeem.

Of wel moet hij met de rechthebbende over diens aanbod onderhandelen (en dat aanvaarden), of wel moet hij het aanbod van een andere deelnemer zonder meer aanvaarden — zonder ook maar over enig essentieel onderdeel daarvan te kunnen onderhandelen —, of wel moet hij geen enkele van de gepresenteerde aanbiedingen aanvaarden.

(122) Voor wat de vergoeding van calculatiekosten betreft, zijn het evenmin de gebruikers die daarvan voordeel hebben. Het forfaitaire en globale karakter van de rekenvergoeding heeft onder andere tot gevolg dat alle bouwondernemingen die minder calculatiekosten hebben dan het bedrag van de rekenvergoeding, een geheel door de opdrachtgever gedragen vergoeding ontvangen die hun werkelijke kosten te boven gaat.

Het is in elk geval weinig waarschijnlijk dat het totaal van de op de opdrachtgever afgewentelde rekenver-

goedingen lager uitvalt dan het bedrag waarmee de op die vergoedingen anticiperende bouwonderneming waaraan het werk gegund wordt, haar prijsaanbieding zou hebben verlaagd.

Het niveau van de rekenvergoeding is des te hoger naarmate voor de berekening daarvan niet alleen wordt uitgegaan van de blankcijfers, maar ook van de waarde van directieleveringen en van leveringen en/of werkzaamheden van derden (vgl. punt 32).

(123) Hetzelfde oordeel geldt, a fortiori, voor de meeste andere samenstellende delen van de regelingen die het voorwerp van de onderhavige procedure vormen. Zo moet het beweerde autonome karakter van de vaststelling van de blankcijfers in twijfel getrokken worden gezien de confrontatie van kostenelementen (vgl. punt 23).

Preferentieverlening, aan welke relatief strenge voorwaarden dan ook onderworpen (vgl. punt 30), verhindert de aanbesteder kennis te krijgen van de bouwonderneming die het laagste blankcijfer heeft ingediend.

Met toepassing van het mechanisme van „prijsverlaging over de gehele linie" — waarmee beoogd wordt de werkelijke verschillen tussen de blankcijfers te verbergen — kan de onderling afgestemde vaststelling van de definitieve, aan te bieden prijzen op ongerechtvaardigde wijze de aanbieding van prijzen vervalsen.

De algemene en uniforme verhoging van prijzen in het één-op-één-verkeer (vgl. de punten 60 en 61) kan ook niet als een „voordeel" voor de gebruiker worden beschouwd.

C. *Onmisbare aard van de beperkingen*

(124) Zelfs als verondersteld wordt dat de regelingen zouden voldoen aan de eerste twee voorwaarden voor de toepassing van artikel 85, lid 3, dan nog is niet komen vast te staan dat een dergelijke situatie maatregelen kan rechtvaardigen die beogen het aanbod onderling af te stemmen, het niveau van de aan te bieden prijzen kunstmatig te wijzigen en de onderneming aan welke het werk gegund wordt, vooraf vast te stellen.

De SPO heeft herhaaldelijk opgemerkt dat de gehele of gedeeltelijke afschaffing van haar regelingen de zogeheten „wilde kartels" van bouwondernemingen opnieuw zou doen verschijnen.

Wat daarvan ook zij, de Commissie kan niet aanvaarden dat een inbreuk op de mededingingsregels gerechtvaardigd zou zijn door het enkele risico van een andere inbreuk, of die nu even ernstig dan wel nog ernstiger zou zijn.

(125) De bescherming van de rechthebbende is alleen daarom al niet onmisbaar, omdat een rechthebbende kan worden vastgesteld onafhankelijk van het reële risico van „leuren" door de opdrachtgever.

Bovendien moet opgemerkt worden dat een rechthebbende niet vastgesteld kan worden wanneer de aanbiedingen niet vergelijkbaar zijn, dit wil zeggen onder meer in de gevallen waarin de opdrachtgever in hoge mate aan de bouwondernemingen de zorg heeft overgelaten om het werk te preciseren. In een dergelijk geval zullen, volgens de SPO zelf, de calculatiekosten vaak verhoudingsgewijze hoog zijn.

Het feit dat de bescherming van de rechthebbende niet verzekerd is juist in dergelijke gevallen — waar de financiële risico's van de bouwondernemingen in beginsel het grootste lijken te zijn —, levert nog een indicatie op dat deze bescherming geenszins onmisbaar is.

(126) De rekenvergoeding vertoont een forfaitair en globaal karakter dat niet gerechtvaardigd is door de situatie van de individuele betrokken bouwondernemingen. Daardoor kan zij beperkingen van de mededinging medebrengen die verder gaan dan nodig ter bereiking van het gestelde doel. Dit oordeel geldt, a fortiori, voor de (ten minste gedeeltelijke) compensatie van calculatiekosten in de gevallen, waarin een buitenstaander de opdracht verkrijgt. In die gevallen trekken de deelnemers aan de SPO-organisatie voordeel uit een collectieve verdediging door middel van de betaling van een vergoeding uit het garantiefonds of uit de calculatiekas van de SPO.

Voorts voorziet de regeling betreffende prijsaanbiedingen voor werk in onderaanneming (vgl. de punten 55—59 hiervoor) slechts in vergoeding van calculatiekosten voor die onderaannemers die prijsaanbieding hebben gedaan aan de hoofdaannemer welke de opdracht heeft verkregen. De onderaannemers die aan de andere hoofdaannemers prijsaanbieding hebben gedaan, ontvangen geen vergoeding. Dat bewijst dat de aanmeldende partijen zelf een dergelijk systeem niet werkelijk onmisbaar achten.

(127) De elementen waarop in punt 123 hiervoor is ingegaan, gaan duidelijk verder dan nodig is om de met de regelingen beoogde doeleinden te realiseren. Hetzelfde geldt voor de vergelijking van blankcijfers in de vergadering, in zoverre als die vergelijking de deelnemers in staat stelt vast te stellen of hun prijsaanbieding „abnormaal laag" is.

D. *Ontbreken van mogelijkheid voor een wezenlijk deel van de produkten de mededinging uit te schakelen*

(128) Zelfs indien de totale markt van de bouwnijverheid in aanmerking wordt genomen (dus met inbegrip van één-op-één-verkeer), geven de regelingen aan de deelnemers de mogelijkheid, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten en diensten de mededinging als volgt te beperken. De rechthebbende is afgeschermd van de mededinging van de zijde van de andere deelnemers. Zelfs als men de bewering van de SPO zou aanvaarden, dat de werking van de mededinging tot aan de vergadering, voorafgaande aan de aanbesteding, wordt gerespecteerd, dan blijft het niettemin een feit dat de mededinging tussen de deelnemers is uitgesloten in het stadium van de aanbesteding zelf.

Bovendien sluit de onderling afgestemde vaststelling van de prijsopslagen de mededinging op het vlak van de calculatiekosten uit. Zelfs al zouden die kosten

slechts een beperkt percentage vormen van de aangeboden prijs, dan blijft het niettemin een feit dat het vaak verschillen in de orde van grootte van een paar procenten zijn die bepalen aan welke onderneming het werk gegund wordt. Ten slotte wordt de mededinging ook uitgesloten door welbewust af te zien van prijsopslagen in de gevallen waarin de deelnemers aan de vergadering de informatie ontvangen dat één of meer buitenstaanders tot het doen van prijsaanbieding zijn uitgenodigd. Opgemerkt dient te worden dat deze mogelijkheid de twijfel aan de beweerde onmisbaarheid van het mechanisme van de rekenvergoeding nog versterkt.

2. De aan de UPR voorafgaande regelingen

(129) De aan de thans geldende UPR voorafgaande regelingen zijn niet overeenkomstig artikel 4 van Verordening nr. 17 aangemeld. In tegenstelling tot hetgeen de SPO heeft beweerd, waren deze regelingen — overigens net zoals de UPR — niet vrijgesteld van de verplichting tot aanmelding uit hoofde van artikel 4, lid 1, punt 1, van Verordening nr. 17. Vastgesteld is immers dat daaraan ondernemingen deelnemen die in andere Lid-Staten dan Nederland gevestigd zijn, en dat die regelingen ook betrekking hebben op in Nederland uit te voeren bouwwerken die worden aanbesteed door in andere Lid-Staten gevestigde opdrachtgevers, of voor rekening van die opdrachtgevers.

Zelfs al zouden deze oude regelingen wel zijn aangemeld, dan zouden die toch niet van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, hebben kunnen genieten, om dezelfde redenen als die welke aangaande de thans geldende regelingen zijn aangevoerd.

3. De Statuten van de SPO

(130) De Statuten van de SPO zijn niet overeenkomstig artikel 4 van Verordening nr. 17 aangemeld. Maar ook al zouden die wel zijn aangemeld, dan nog zouden die niet van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, hebben kunnen genieten, om dezelfde redenen als die welke in de punten 116 tot en met 129 zijn aangevoerd aangaande de thans geldende UPR en Erecode, alsmede aangaande de aan de UPR voorafgaande regelingen.

4. Conclusie

(131) Om de hiervoor aangevoerde redenen kan de Commissie geen ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, verlenen. In dit verband kan zij evenmin de bewering van de SPO aanvaarden, als zou de Commissie hebben nagelaten „actief medewerking te verlenen aan SPO bij het verkrijgen van deze subsidiair gevraagde ontheffing".

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie [1], staat het immers op de eerste plaats aan de betrokken ondernemingen, om de Commissie met bewijsmateriaal te overtuigen van de economische rechtvaardiging van een ontheffing.

[1] Zie arrest van 17 januari 1984, gevoegde zaken 43 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurisprud. 1984, blz. 19, en van 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia, Jurisprud. 1985, blz. 2545, rechtsoverweging 45.

Hoofdstuk III

Artikel 3 van Verordening nr. 17

(132) Overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17, kan de Commissie, indien zij een inbreuk op artikel 85 vaststelt, de betrokken ondernemersverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken.

Gegeven het feit, dat de aan de UPR voorafgaande, soortgelijke regelingen, zoals beschreven in de punten 55 tot en met 59, op 1 april 1987 opgehouden hebben te bestaan en vanaf die datum zijn vervangen door de UPR, is de beschikking waarbij de betrokkenen worden verplicht een einde aan de inbreuk te maken, niet van toepassing op deze aan de UPR voorafgaande regelingen.

(133) Krachtens artikel 3 kan de Commissie ook een beschikking nemen zelfs indien aan de gedragingen waarop die beschikking is gericht, reeds een einde is gemaakt.

Dat is niet alleen mogelijk ten einde een boete op te leggen overeenkomstig artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17, maar ook wanneer het in het algemeen belang nodig wordt geoordeeld, ten einde dergelijke of soortgelijke inbreuken te voorkomen, en zulks ook op andere markten dan die welke in het betreffende geval in aanmerking zijn genomen [2].

(134) Bijgevolg dient in de beschikking mede opgenomen te worden de formele verplichting voor de ondernemersverenigingen die hun activiteiten uitoefenen in de sectoren van de bouwnijverheid in Nederland, zoals aangeduid in punt 6, om aan de inbreuken een einde te maken en zich in de toekomst te onthouden van iedere heimelijke verstandhouding met hetzelfde doel of gevolg.

Hoofdstuk IV

Artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17

(135) Overeenkomstig artikel 15, lid 2, onder a), van Verordening nr. 17 van de Raad, kan de Commissie bij beschikking aan ondernemingen en ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van ten minste 1 000 ecu en ten hoogste 1 000 000 ecu, of tot een bedrag van ten hoogste 10 % van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, wanneer deze ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Ter vaststelling van het bedrag van de boeten dient naast de ernst van de inbreuk de duur daarvan in aanmerking te worden genomen.

(136) De Commissie is van oordeel dat de inrichting en tenuitvoerlegging van een systeem van informatieuitwisseling, onderlinge afstemming van prijzen en verdeling van de markten binnen de SPO-organisatie,

[2] Arrest van het Hof van Justitie van 2 maart 1983, zaak 7-82, GVL, Jurisprud. 1983, blz. 483.

zoals dat door de UPR en de Erecode, alsmede door de aan de UPR voorafgaande, soortgelijke regelingen is gecreëerd, een welbewuste inspanning vormen om afbreuk te doen aan een van de fundamentele doeleinden van het EEG-Verdrag, te weten de totstandbrenging van een gemeenschappelijke markt die gebaseerd is op vrije, onvervalste mededinging, in het bijzonder waar ondernemingen uit andere Lid-Staten aan dat systeem deelnemen en waar het systeem ook van toepassing is op aanbestedingen voor werken in Nederland door of in opdracht van in andere Lid-Staten gevestigde opdrachtgevers. Onder deze omstandigheden is de Commissie van oordeel dat de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen opzettelijk, of ten minste uit ernstige onachtzaamheid de inbreuken hebben gepleegd welke in het voorgaande zijn beschreven.

(137) Voor wat de Statuten van de SPO betreft, is de Commissie van oordeel dat de oprichting en het functioneren van een vereniging van aannemersverenigingen die tot taak heeft de onderlinge afstemming van de prijzen en de aanbiedingen op de markt te regelen, een inbreuk in de zin van artikel 85, lid 1, vormen.

(138) Deze inbreuken zijn gepleegd in een tijdvak dat ten minste teruggaat tot 1 oktober 1980, voor wat de SPO en de 29 organisaties betreft die in SPO-verband tussen 1973 en 1979 als „prijsregelende reglementen" betitelde besluiten hebben vastgesteld, welke vervolgens, aangepast en geüniformeerd, op 9 oktober 1986 door de SPO zijn vastgesteld in de vorm van de UPR.

De Commissie neemt daarbij enerzijds in aanmerking dat de geüniformeerde procedurele regelingen betreffende de sanctionering van overtredingen van deze reglementen op 1 oktober 1980 in werking zijn getreden, op basis van het bindend besluit van de SPO waarbij de Erecode voor de aangesloten ondernemingen verbindend werd verklaard. Anderzijds neemt de Commissie daarbij in aanmerking het feit dat de door de aangemelde regelingen gevormde inbreuken in wezen slechts de voortzetting zijn van de inbreuken welke door de daaraan voorafgaande, soortgelijke regelingen werden gevormd.

(139) Aan deze inbreuken is tot op heden geen einde gekomen. Zij hebben dus gedurende een zeer lange periode voortbestaan. Voor de periode vanaf de datum van aanmelding van de desbetreffende regelingen (13 januari 1988), genieten de aanmeldende partijen echter van de immuniteit, zoals die is voorzien in artikel 15, lid 5, onder a), van Verordening nr. 17.

(140) De Commissie is van oordeel dat deze inbreuken opzettelijk of ten minste uit onachtzaamheid zijn gepleegd. De onderlinge afstemming van de prijzen en van de toewijzing van markten behoren tot de meest ernstige inbreuken, welke de Commissie aanpakt, verbiedt en beboet in een vaste, aan de ondernemingen welbekende en constant door het Hof van Justitie bevestigde praktijk.

Het feit dat deze inbreuken werden gepleegd in het kader van branche-organisaties en -verenigingen waartoe de overgrote meerderheid behoort van de Nederlandse ondernemingen die werkzaam zijn in de aanbestedingsmarkt van de bouwsector in Nederland, en in het bijzonder de belangrijkste van die ondernemingen, kan de Commissie slechts versterken in haar overtuiging, dat de opstellers van die regelingen niet over het hoofd hebben kunnen zien dat de gelaakte gedragingen ertoe strekten en strekken de mededinging te beperken.

Volgens een vaste beschikkingspraktijk van de Commissie en een vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie [1] heeft, voorts, een ondernemersafspraak die het gehele grondgebied van een Lid-Staat bestrijkt, naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist en de nationale produktie bescherming verschaft.

Bijgevolg is de vraag zonder belang, of degenen die de hiervoor beschreven inbreuken hebben gepleegd, zich al dan niet ervan bewust waren dat deze inbreuken de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedden of konden beïnvloeden.

(141) Ter vaststelling van de algemene orde van grootte van de op te leggen geldboeten, heeft de Commissie ook rekening gehouden met de volgende overwegingen:

— de geïnstitutionaliseerde onderlinge afstemming omvatte en omvat alle of bijna alle bouwprojecten die behoren tot de in punt 6 aangeduide sectoren en die in Nederland werden aanbesteed.

— de SPO heeft de UPR en de Erecode eerst aangemeld nadat de Commissie de onderhavige procedure had aangevangen.

De Commissie aanvaardt evenwel bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten rekening te houden met de volgende omstandigheden:

— vanwege de publiciteit die aan de onderhavige brancheregelingen is gegeven, heeft de onderlinge afstemming geen klandestien karakter gehad;

— de SPO — als zodanig en als vertegenwoordigster van haar lid-organisaties — heeft zich sinds het begin van het onderzoek ingespannen, actief en vrijwillig alle nodige en nuttige inlichtingen te verschaffen die de Commissie in staat hebben gesteld de grieven tegen haar en haar lid-organisaties op te stellen;

— de interventie van de Nederlandse autoriteiten, door het Koninklijk Besluit van 29 december 1986, kan beschouwd worden als oorzaak voor het ontstaan van een zekere dubbelzinnigheid bij

[1] Beschikking 72/22/EEG, Vereniging van Cementhandelaren (PB nr. L 13 van 17. 1. 1972, blz. 34), en arrest van 17 oktober 1972, in zaak 8-72, Vereniging van Cementhandelaren, Jurisprud. 1972, blz. 977. Arrest van 26 november 1975, in zaak 73-74, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique, Jurisprud. 1975, blz. 1491.

de aannemers en hun verenigingen ter zake van de verenigbaarheid van hun onderlinge afstemming met de mededingingsregels;

— ten slotte is de onderhavige zaak de eerste in de bouwnijverheidssector waarin de Commissie artikel 85, lid 1, toepast.

Ter vaststelling van het bedrag van de aan iedere vereniging afzonderlijk op te leggen geldboete heeft de Commissie de totale waarde in aanmerking genomen van de aanbestede werken die in de betrokken periode in het kader van iedere vereniging voorwerp van onderlinge afstemming zijn geweest. Ten aanzien van de NAC is de Commissie van oordeel dat zij aan die vereniging geen geldboete kan opleggen, gegeven het feit dat die uitsluitend een zuiver administratieve functie ten behoeve van haar lid-ondernemingen heeft vervuld, terwijl de hiervoor aangegeven onderlinge afstemming door deze ondernemingen zich manifesteerde en manifesteert in het kader van andere lid-organisaties van de SPO,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

1. De Statuten van de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid van 10 december 1963, zoals die sindsdien zijn gewijzigd, vormen een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag.

2. Evenzo vormen inbreuken op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag, de Uniforme Prijsregelende Reglementen, voor onderhandse prijsaanbieding, respectievelijk voor prijsaanbieding bij openbare aanbesteding, met inbegrip van de regelingen en bijlagen bij de UPR, door de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid vastgesteld op 9 oktober 1986, in werking getreden op 1 april 1987 en gewijzigd op 23 juni 1988, alsmede de Erecode voor ondernemers in het bouwbedrijf, met uitsluiting van artikel 10, zoals die voor de bij de lid-organisaties van deze vereniging aangesloten ondernemingen verbindend is verklaard bij haar besluit van 3 juni 1980.

3. Evenzo vormden inbreuken op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag, de aan de in lid 2 van dit artikel genoemde Uniforme Prijsregelende Reglementen voorafgaande en soortgelijke regelingen, zoals die onder controle van de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid door haar lid-organisaties, ieder voor haar eigen rekening, tussen 1973 en 1979 zijn vastgesteld en ten minste vanaf 1 oktober 1980 tot aan hun definitieve vervanging door de genoemde Uniforme Prijsregelende Reglementen zijn toegepast.

Artikel 2

Het verzoek tot ontheffing krachten artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag betreffende de in artikel 1, lid 2, genoemde besluiten wordt afgewezen.

Artikel 3

1. De Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid en haar lid-organisaties moeten onverwijld een einde maken aan de in artikel 1, leden 1 en 2, genoemde inbreuken. Zij moeten zich ervan onthouden enige maatregel te treffen die hetzelfde doel of effect heeft als de in artikel 1 bedoelde regelingen.

2. De Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid en haar lid-organisaties moeten de lid-ondernemingen van deze lid-organisaties alsmede de andere ondernemingen die deelnemen aan de toepassing en aan de tenuitvoerlegging van de in artikel 1, leden 1 en 2, genoemde regelingen schriftelijk in kennis stellen van deze beschikking en van het feit dat de in artikel 1, leden 1 en 2, aangegeven inbreuken zijn beëindigd, onder uiteenzetting van de praktische gevolgen die deze beëindiging heeft, zoals de vrijheid voor elk van deze ondernemingen om zich op elk gewenst moment aan de werking van die regelingen te onttrekken.

3. De Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid en haar lid-organisaties dienen de Commissie binnen de twee maanden na ontvangst van deze beschikking op de hoogte te stellen van de informatie die zij overeenkomstig het voorgaande lid aan de ondernemingen hebben verstrekt.

Artikel 4

Wegens de in artikel 1 vastgestelde inbreuken worden aan de in deze beschikking opgesomde verenigingen en een stichting de volgende geldboeten opgelegd:

1. Amsterdamse Aannemers Vereniging:
een geldboete van 1 451 250 ecu;
2. Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken:
een geldboete van 436 500 ecu;
3. Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers:
een geldboete van 436 500 ecu;
4. Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken:
een geldboete van 202 500 ecu;
5. Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek:
een geldboete van 337 500 ecu;
6. Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders:
een geldboete van 445 500 ecu;
7. Combinatie van Aannemers in het Noorden:
een geldboete van 198 000 ecu;
8. Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken:
een geldboete van 180 000 ecu;
9. Delftse Aannemers Vereniging:
een geldboete van 162 000 ecu;
10. Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken:
een geldboete van 184 500 ecu;

11. Aannemersvereniging „Gouda en Omstreken":
een geldboete van 249 750 ecu;

12. Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen:
een geldboete van 996 750 ecu;

13. Gooise Aannemers Vereniging:
een geldboete van 270 000 ecu;

14. 's-Gravenhaagse Aannemersvereniging:
een geldboete van 1 188 000 ecu;

15. Leidse Aannemersvereniging:
een geldboete van 317 250 ecu;

16. Vereniging Markeer Aannemers Combinatie:
een geldboete van 38 250 ecu;

17. Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven (NAPB Dordrecht):
een geldboete van 324 000 ecu;

18. Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken:
een geldboete van 238 500 ecu;

19. Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling:
een geldboete van 1 116 000 ecu;

20. Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe:
een geldboete van 474 750 ecu;

21. Rotterdamse Aannemersvereniging:
een geldboete van 2 103 750 ecu;

22. Aannemersvereniging „de Rijnstreek":
een geldboete van 96 750 ecu;

23. Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland:
een geldboete van 384 750 ecu;

24. Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken:
een geldboete van 200 250 ecu;

25. Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord:
een geldboete van 670 500 ecu;

26. Utrechtse Aannemers Vereniging:
een geldboete van 1 055 250 ecu;

27. Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland:
een geldboete van 4 792 500 ecu;

28. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging:
een geldboete van 3 948 750 ecu.

Artikel 5

De in artikel 4 opgelegde geldboeten moeten binnen drie maanden na de datum van kennisgeving van deze beschikking worden gestort op de volgende bankrekening:

Rekening nr. 310-0933000-43 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij de
Bank Brussel-Lambert,
Europees agentschap,
Schumanplein 5,
B-1040 Brussel.

Na afloop van deze periode is op de geldboete automatisch rente verschuldigd tegen de rentevoet die het Europees Fonds voor Monetaire Samenwerking voor zijn ecu-verrichtingen toepast op de eerste werkdag van de maand waarin deze beschikking is gegeven, vermeerderd met drie en een half procentpunten, zijnde 13,75 %.

Artikel 6

Deze beschikking is gericht tot:

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid,
Koningin Wilhelminalaan 15,
NL-3818 HN Amersfoort;

Amsterdamse Aannemers Vereniging,
Muzenplein 9,
NL-1077 WC Amsterdam-Zuid;

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken,
Europalaan 101,
NL-3526 KR Utrecht;

Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers,
Middelwijkstraat 23 – 25,
NL-3764 CD Soest;

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken,
Velserdijk 32,
NL-1981 AA Velsen Zuid;

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek,
Van Merlenlaan 1,
NL-2103 GA Heemstede;

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders,
Zwolseweg 290,
NL-7315 GZ Apeldoorn;

Combinatie van Aannemers in het Noorden,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Delftse Aannemers Vereniging,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken,
Europalaan 101,
NL-3526 KR Utrecht;

Aannemersvereniging „Gouda en Omstreken",
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen,
Roëllstraat 1,
NL-6814 JC Arnhem;

Gooise Aannemers Vereniging,
De Ruyterstraat 31,
NL-1271 SR Huizen;

's-Gravenhaagse Aannemersvereniging,
Van Stolkweg 11,
NL-2585 JL 's-Gravenhage;

Leidse Aannemersvereniging,
Rijnsburgerweg 159,
NL-2334 BP Leiden;

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie,
Utrechtseweg 44,
NL-3704 HD Zeist;

Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven (NAPB Dordrecht),
Singel 91,
NL-3311 PB Dordrecht;

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken,
Von Liebigweg 39,
NL-1097 RL Amsterdam;

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling,
Almelosestraat 22,
NL-7495 TH Ambt-Delden;

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe,
Heresingel 19,
NL-9711 ER Groningen;

Rotterdamse Aannemersvereniging,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Aannemersvereniging „de Rijnstreek",
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken,
Groesbeekseweg 14,
NL-6524 DB Nijmegen;

Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord,
Justus van Effenstraat 7-9,
NL-1813 KW Alkmaar;

Utrechtse Aannemers Vereniging,
Ramstraat 20,
NL-3581 HJ Utrecht;

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland,
Utrechtseweg 44,
NL-3704 HD Zeist;

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging,
Jan Deckersstraat 45,
NL-5591 HP Heeze;

Vereniging Nederlandse Aannemers Combinatie,
P/a TRN-groep,
Zoeterwoudsesingel 62,
NL-2313 EL Leiden.

Deze beschikking vormt overeenkomstig artikel 192 van het EEG-Verdrag executoriale titel.

Gedaan te Brussel, 5 februari 1992.

Voor de Commissie
Leon BRITTAN
Vice-Voorzitter