

Advies

Rolnummer: RP. 151

DE BEDRIJFSKOMMISSIEKAMER VOOR RIJK EN POLITIE, ADVISERENDE NAAR
AANLEIDING VAN EEN VERZOEK OM BEMIDDELING EN ADVIES INZAKE EEN
GESCHIL TUSSEN:

De ondernemingsraad van de Penitentiaire Inrichting Hoogeveen, hierna te noemen: de
ondernemingsraad, enerzijds

en

de vestigingsdirecteur van de Penitentiaire Inrichting Hoogeveen (de onderneming),
hierna te noemen: de bestuurder anderzijds.

Verloop van de procedure en inhoud geschil

In de overlegvergadering van 07 december 2010 geeft de ondernemingsraad aan de
bestuurder te kennen dat hij juridisch advies wenst in te winnen omdat de
plaatsingsprocedure niet juist zou zijn verlopen. De bestuurder geeft daarop aan dat een
dergelijke inhuur van een externe partij valt onder de Europese aanbestedingsregelingen,
verwezen wordt naar het e-mailbericht van 16 december 2010 van de heer
mr. A.F.M. Kester, waarin is gesteld dat juridische advisering door een externe partij wordt
aangemerkt als een zogenoemde 2B-dienst. Dit impliceert dat via het
S(hared)S(ervice)C(enter) DJI drie offertes moeten worden uitgezet.

In 2011 is op het niveau van het overleg tussen de GOR DJI en de bestuurder DJI
discussie ontstaan over de toepasselijkheid van de aanbestedingsregelingen ingeval de
medezeggenschap externe inhuur pleegt. Deze discussie is, voor zover bekend, tot op
heden nog niet afgerond.

De ondernemingsraad stemt, onder voorbehoud van rechten, in met het aandragen van
drie bureaus, die vervolgens worden uitgenodigd om te offeren.

Op 31 maart 2011 is de aanbestedingsprocedure nog steeds lopende. Inmiddels is er een
ander geschil ontstaan tussen partijen, te weten het probleem van de postenbezetting.
Gelet op de spoedeisendheid van deze kwestie wil de ondernemingsraad niet langer
wachten op de afronding van de aanbestedingsprocedure en schakelt hij een juridisch
adviseur naar eigen keuze, de heer mr. J. Hermes, in voor juridisch advies en/of
rechtsbijstand (07 april 2011).

De bestuurder wijst de ondernemingsraad op de circulaire van 01 april 2011 inzake
kaders en richtlijnen voor de naleving van rechtmatigheidseisen bij inkoop. De juridisch
adviseur wordt verzocht een offerte in te dienen die voldoet aan de krachtens deze
circulaire gestelde eisen.

De juridisch adviseur offreert (20 april 2011), het gaat om een kostenopgave voor
juridisch advies en/of bijstand betreffende een tweetal geschillen, te weten het geschil
over de postenbezetting en het geschil over de toepassing van artikel 22 WOR.

Op 22 april 2011 bericht SSC DJI dat er conform de richtlijnen drie offertes (van drie
verschillende bureaus) moeten worden gevraagd, omdat het bedrag van de inkoop van
het juridisch advies/juridische bijstand in procedures de grens van € 10.000 overschrijdt.
Op 10 mei 2011 bericht de juridisch adviseur SSC/DJI nader over de exacte omvang van
zijn diensten. Het gaat om juridische advies/bijstand in twee kwesties. De zaak van de
postenbezetting wordt begroot op advies maximaal 40 uren, de zaak over toepassing van
artikel 22 WOR wordt begroot op advies maximaal 35 uren. Ingeval ook juridische
procedures bij de rechter moeten worden gevoerd, worden deze aantallen met 20
respectievelijk 25 uren verhoogd. Bij brief d.d. 18 mei 2011 bericht de ondernemingsraad
dat hij de heer Hermes als juridisch adviseur wil hebben, ongeacht of een ander zijn
diensten goedkoper kan aanbieden.

Eind juli 2011 wordt de opdracht aan de juridisch adviseur, de heer Hermes, gegund. De overeenkomst inzake de juridische dienstverlening met een looptijd van een jaar, komt met de ondertekening door de bestuurder op 03 augustus 2011 formeel tot stand, waarna de juridische dienstverlening kan aanvangen. Het contract heeft een looptijd van een jaar, van 1 mei 2011 tot 1 mei 2012.

Behandeling van het geschil

Bij brief van 08 november 2011 heeft de ondernemingsraad het geschil ter bemiddeling c.q. advisering als bedoeld in artikel 36, derde lid, van de WOR voorgelegd aan de Bedrijfscommissie voor de Overheid.

Het geschil is door de Bedrijfscommissie ter behandeling doorverwezen naar de Bedrijfscommissiekamer voor Rijk en Politie (hierna: de Kamer).

De bestuurder heeft bij schrijven d.d. 06 januari 2012, zijn visie gegeven betreffende het geschil.

De Kamer heeft partijen in de gelegenheid gesteld om op 10 februari 2012 tijdens een zitting van de Kleine Commissie – welke de Kamer uit haar midden heeft samengesteld voor de uitvoering van het mondelinge gedeelte van de bemiddelingsprocedure – hun standpunten toe te lichten.

Namens de ondernemingsraad zijn verschenen, de heer P. Manning (voorzitter) en de heer F. ten Brucke (secretaris), bijgestaan door zijn raadsman, de heer mr. J. Hermes, advocaat te Tilburg.

De bestuurder, mevrouw M.T.M. Vink, is ter zitting in persoon verschenen, samen met de heer H. van der Molen (directiesecretaris) en de heer J. de Jong (plv. hoofd juridische zaken).

Desgevraagd hebben partijen aangegeven te kunnen instemmen met een verlenging van de 2-maanden-termijn waarbinnen de Kamer het advies behoort uit te brengen.

Voorts hebben partijen laten weten het advies niet als bindend te beschouwen.

Omvang van het geschil

Ter beoordeling wordt voorgelegd de beantwoording van de vraag hoe de door de bestuurder toegepaste aanbestedingsprocedure zich verhoudt tot het bepaalde in artikel 22 WOR.

Standpunt van de ondernemingsraad

De ondernemingsraad is van mening dat hij, gelet op het bepaalde in artikel 22 WOR, een volstrekt vrije keuze heeft bij de inhuur van een deskundige met het oog op de behandeling van een onderwerp in de vergadering en in verband met het voeren van een rechtsgeding. De ondernemer kan slechts bezwaar maken uit kosten oogpunt en moet voorts vooraf worden ingelicht over de omvang van te verwachten kosten. Andere eisen stelt de Wet op de ondernemingsraden niet.

De ondernemingsraad wijst er op dat hij slechts behoefte heeft aan juridisch advies en/of -bijstand in de twee concreet voorliggende zaken. Het gaat niet om bijstand gedurende een volledig jaar zoals beschreven in de overeenkomst juridische dienstverlening.

De bestuurder beroept zich eerst op het van toepassing zijn van de Europese aanbestedingsregelingen, waaruit zou voortvloeien dat de dienst moet worden aanbesteed, aangezien de drempelwaarde voor aanbesteding (in 2010-2011) is vastgesteld op € 125.000 en waarbij in de voorliggende casus drie offertes zouden moeten worden uitgebracht (verlicht regime, het gaat om een 2B-dienst). Naderhand wordt gesteld dat de drempelwaarde € 10.000 bedraagt, conform het inkoopbeleid van het Ministerie van V(eiligheid) & J(ustitie).

De ondernemingsraad stelt zich op het standpunt dat artikel 22 WOR onverkort van toepassing is. Wat bij of krachtens de Europese aanbestedingsregels is bepaald, kan artikel 22 WOR niet buiten werking stellen. Daarvoor is implementatie van Europese regelgeving in nationale wetgeving noodzakelijk. Van implementatie van de Europese aanbestedingsregelgeving in de WOR is geen sprake.

Tot slot wijst de ondernemingsraad er op dat in de WOR de begrippen ondernemer, onderneming en ondernemingsraad zijn beschreven. Bij het begrip onderneming en het begrip ondernemingsraad is het bezitten van rechtspersoonlijkheid niet relevant dan wel niet aan de orde.

Standpunt van de bestuurder

De bestuurder is primair van mening dat de ondernemingsraad niet ontvankelijk moet worden verklaard. Hij wijst er op dat de ondernemingsraad geen belang heeft, aangezien zijn verzoek om te voorzien in de kosten van inhuur van de juridisch adviseur is ingewilligd. De ondernemingsraad heeft voorts ingestemd met het laten uitbrengen van een offerte door drie verschillende bureaus. Door ondertekening van de overeenkomst betreffende het verlenen van juridische begeleiding is het belang komen te ontvallen. De bestuurder betreurt dat het offertetraject zo lang heeft moeten duren, maar dat maakt niet dat zijn conclusie anders luidt.

Voorts wijst de bestuurder er op dat de discussie over de toepasselijkheid van de aanbestedingsregelgeving op medezeggenschapsorganen ook wordt gevoerd op het niveau van het overleg tussen de GOR en de bestuurder DJI, aangezien alle or-en van DJI hiermee te maken hebben. Dit heeft tot gevolg dat de ondernemingsraad van de Penitentiare Inrichting Hoogeveen niet (meer) bevoegd is om deze kwestie te behandelen. De bestuurder is dit evenmin. De GOR DJI en de bestuurder DJI gaan er nu over.

Volledigheidshalve merkt de bestuurder op dat de GOR DJI en de bestuurder DJI hebben afgesproken dat, totdat in het hoofddirecteurenoverleg een besluit is genomen over deze kwestie, de juridische dienstverlening (een zogenoemde 2b-dienst) zonder volledige aanbestedingsprocedure kan worden ingekocht, mits het interne inkoopbeleid van V&J daarbij wordt gerespecteerd (minimaal drie offertes).

Voor zover de Bedrijfscommissie de ondernemingsraad wel ontvankelijk verklaart, wijst de bestuurder op het volgende.

Het Europese aanbestedingsrecht staat de toepassing van artikel 22 WOR niet in de weg. De ondernemingsraad heeft immers nog steeds de vrije keuze betreffende rechtsbijstand, hij is in de gelegenheid om drie bureaus naar keuze uit te nodigen om te offren.

De Europese aanbestedingsregels zijn van toepassing omdat de (rijks)overheid in een bijzondere positie verkeert, te weten er wordt door deze werkgever/onderneming gemeenschapsgeld besteed. Dit geldt ook voor de organen, zoals een ondernemingsraad, die deze ondernemer in stand houdt.

Zoals al eerder aangegeven is de inhuur van juridisch advies een zogenoemde 2B-dienst in de zin van het aanbestedingsrecht. De ondernemingsraad kan zijn wensen op het gebied van rechtsbijstand inbrengen en heeft de keuze op basis van de drie offertes van bureaus die zijn gevraagd te offren.

De gunningcriteria dienen in redelijke mate bij te dragen aan een verantwoorde prijs/kwaliteitverhouding. Ook bij een redelijkheidstoets op grond van artikel 22 WOR gaat het om een kostenafweging. De toepassing van de aanbestedingsregels zijn, naar de mening van de bestuurder, dan ook niet strijdig met artikel 22 WOR.

Ter zitting verkregen inlichtingen

Partijen zijn ter zitting in de gelegenheid gesteld om hun standpunten mondeling toe te lichten, van welke mogelijkheid beiden gebruik hebben gemaakt.

Door de ondernemingsraad is in aanvulling op het verzoekschrift allereerst opgemerkt dat het recht van de ondernemingsraad om vrij te kunnen kiezen welke raadsman hij inschakelt een onderwerp van principiële aard is en dat de ondernemingsraad dat graag bevestigd ziet door de Bedrijfscommissie c.q. de rechter. Mede om die reden is met voorbehoud van rechten ingestemd met de toepassing van de aanbestedingsprocedure van DJI.

De ondernemingsraad benadrukt dat hij nog steeds een belang heeft. Het mantelcontract geldt voor de periode van een jaar, tot 1 mei 2012. De procedures waarvoor de ondernemingsraad de raadsman heeft ingeschakeld zijn op genoemde datum nog niet afgerond. Bij toepassing van de aanbestedingsprocedure DJI moet op dit moment opnieuw worden aanbesteed om er zeker van te zijn dat de ondernemingsraad vanaf mei 2012 gebruik kan maken van de diensten van de raadsman (ervan uitgaande dat de nu gecontracteerde raadsman de nieuwe aanbestedingprocedure ook 'wint'). Deze gang van zaken is onwerkbaar. De procedure is omslachtig, duurt te lang en is niet geschikt voor het type dienstverlening dat door de raadsman wordt verstrekt.

De ondernemingsraad wijst er op dat de afspraken die de GOR DJI met zijn bestuurder heeft gemaakt de ondernemingsraad niet op grond van artikel 35 WOR binden. Ingevolge artikel 35 WOR gaan uitsluitend de *bevoegdheden* van de ondernemingsraad over (zie hoofdstuk 4/4a WOR) mits sprake is van een gemeenschappelijk belang. De toepassing van artikel 22 WOR is onder de werking van artikel 35 WOR niet begrepen. De reden van de inschakeling van de raadsman, te weten de postenbezetting bij de Penitentiaire Inrichting Hoogeveen, is voorts niet een onderwerp van gemeenschappelijk belang. Dat zorgvuldig moet worden omgegaan met de besteding van gemeenschapsgeld is begrijpelijk. Artikel 22 WOR voorziet er in dat de bestuurder uit kostenoogpunt bezwaar kan maken. Deze toets is voldoende om te zorgen dat er zorgvuldig met geld wordt omgegaan.

Van de zijde van de bestuurder is ter zitting opgemerkt dat DJI scherp stuurt op toepassing van de spelregels bij de inhuur van externen. Het nalaten van toepassing van de regels voor aanbesteding is onrechtmatig en wordt (financieel) bestraft (ook persoonlijke sancties zijn niet uitgesloten). In casu is sprake van een zogenoemde 2B-dienst, waardoor conform intern het interne inkoopbeleid drie offertes moesten worden uitgebracht omdat sprake is van een dienstverlening die het bedrag van € 10.000 overschrijdt. Prijs en kwaliteit zijn belangrijke criteria. De beslissing over het inschakelen van de deskundige/raadsman ligt uiteindelijk bij de bestuurder. Die gaat de overeenkomst met de raadsman aan en betaalt de kosten, aangezien de bestuurder optreedt namens de ondernemer (in deze: de Staat, zijnde een publiekrechtelijke rechtspersoon). De bestuurder benadrukt dat de inschakeling van de raadsman voor de geschillen over de toepassing van artikel 22 WOR en over de postenbezetting geschiedt op basis van het nu gesloten mantelcontract. Indien de procedures na 1 mei 2012 voortduren, behoeft niet opnieuw de aanbestedingsprocedure te worden doorlopen. De bestuurder meent dat de discussie over verdeling van de bevoegdheden tussen GOR en ondernemingsraad in dit opzicht niet relevant is, omdat de bestuurder de bevoegdheid heeft om de raadsman in te schakelen en niet de medezeggenschap. Voor het overige is hij van mening dat de definitieve standpuntbepaling in het hoofdenoverleg DJI moet worden afgewacht en dat de kwestie wel een gemeenschappelijk belang heeft (onderwerp speelt in alle Penitentiaire Inrichtingen).

Desgevraagd door de Bedrijfscommissie geeft de bestuurder een nadere toelichting op de gevolgde aanbestedingsprocedure (wat zijn de afspraken, door wie zijn die gemaakt en met ingang van wanneer). De bestuurder antwoordt dat het interne inkoopbeleid (minimaal 3 offertes laten uitbrengen ingeval de opdracht het bedrag van 10.000 euro overschrijdt) is afgesproken binnen V&J en geldt dus voor alle onderdelen van DJI. Daarbij wordt door het SSC-DJI faciliterend opgetreden, dit orgaan doet het inkoopproces namens de PI-en. SSC-DJI stelt in overleg met de klant de gunningscriteria vast, zorgt voor openstelling van de inschrijving, checkt of de inschrijvers voldoen aan de criteria. De bestuurder is gehouden deze procedure toe te passen, omdat de Penitentiaire Inrichting Hoogeveen deel uitmaakt van DJI.

Het recht op vrije keuze van de ondernemingsraad wordt door de bestuurder niet betwist, maar de ondernemingsraad had op een gegeven moment genoeg van alle formaliteiten die moesten worden doorlopen. Toen heeft de bestuurder het overleg van de ondernemingsraad met SSC-DJI overgenomen. SSC-DJI beslist niet, dat doet de bestuurder. De bestuurder kende de voorkeur van de ondernemingsraad en heeft bij het nemen van de beslissing om met de heer Hermes het contract te sluiten met deze voorkeur rekening gehouden.

De ondernemingsraad merkt op dat het dus de bestuurder is die de aanbestedingsprocedure heeft afgewikkeld. De discussie over gemeenschappelijk aangelegenheden en de bevoegdheid van de ondernemingsraad dan wel de GOR speelt in deze dus geen enkele rol. Verder merkt hij op dat deze gang van zaken onverenigbaar is met het recht op vrije keuze als bedoeld in artikel 22 WOR. Gebruikelijk is dat ondernemingsraden een contract sluiten met de raadsman of deskundige van hun keuze. Tot slot bestrijdt de ondernemingsraad dat de regels omtrent Europese aanbesteding van toepassing zijn op inhuur door de ondernemingsraad.

De Bedrijfscommissie vraagt de bestuurder of er documenten zijn waarin is vastgelegd dat de Europese aanbestedingsregels van toepassing zijn op het inhuren van externe partijen door de ondernemingsraad. Dezelfde vraag geldt voor het interne inkoopbeleid van DJI. Bovendien wil de Bedrijfscommissie weten of die documenten dateren van voor het tijdstip waarop de ondernemingsraad kenbaar heeft gemaakt dat hij een raadsman wilde inschakelen. Tot slot wil de Bedrijfscommissie weten of die regels ook zijn afgesproken met de medezeggenschap (GOR en/of ondernemingsraad). De bestuurder verwijst voor wat betreft het interne inkoopbeleid naar de circulaire van V&J van 01 maart 2011. Daarvoor gold de circulaire van 2007 tot (16 september) 2010. Of de in deze circulaire vastgelegde regels ook met de medezeggenschap zijn afgesproken is onbekend. De bestuurder verwijst naar het e-mailbericht van 16 december 2010 (productie 3 bij het verzoekschrift), waaruit blijkt dat de regels in casu gelden. De discussie over de toepasselijkheid van de Europese aanbestedingsregels wordt gevoerd via de GOR en deze kwestie is nog niet uitgekristalliseerd.

De Kleine Commissie heeft ter zitting vastgesteld dat er geen ruimte is voor het bereiken van een minnelijke schikking.

Relevante bepalingen uit de WOR:

Artikel 22 WOR

1. De kosten die redelijkerwijze noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van de ondernemingsraad en de commissies van die raad komen ten laste van de ondernemer.
2. Met in achtneming van het bepaalde in het eerste lid komen de kosten van het overeenkomstig artikel 16 en artikel 23a, zesde lid, raadplegen van een deskundige door de ondernemingsraad of door een commissie van die raad, alsmede de kosten van het voeren van rechtsgedingen door de ondernemingsraad slechts ten laste van de ondernemer, indien hij van de te maken kosten vooraf in kennis is gesteld. De eerste volzin is niet van toepassing wanneer uitvoering is gegeven aan het derde lid.
3. (...).

Overige van belang zijnde informatie

EG-richtlijn 2004/18/EG plaatsen van overheidsopdrachten

Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO)

Besluit aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS)

Circulaire d.d. 01 maart 2011 van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, kaders en richtlijnen voor de naleving van rechtmatigheidseisen bij inkoop.

Overwegingen van de Kamer bij haar advies

Met betrekking tot het door partijen naar voren gebrachte en het ter zitting besprokene, overweegt de Kamer het volgende.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de ondernemingsraad

Door de bestuurder is gesteld dat de ondernemingsraad niet ontvankelijk moet worden verklaard, omdat hij geen belang (meer) heeft bij zijn verzoek om bemiddeling en advies door de Bedrijfscommissie, immers de gevraagde inhuur heeft plaatsgevonden. Bovendien is de ondernemingsraad akkoord gegaan met toepassing van de aanbestedingsprocedure.

Tevens is, naar de mening van de bestuurder, sprake van niet ontvankelijkheid omdat de ondernemingsraad niet bevoegd is om het onderwerp van geschil bij de Bedrijfscommissie aanhangig te maken vanwege het feit dat de toepasselijkheid van de aanbestedingsregels in het overleg tussen de GOR en de bestuurder DJI wordt afgekaart.

Ten aanzien van het belang van de ondernemingsraad merkt de Kamer op dat de ondernemingsraad wel degelijk nog steeds een belang heeft. Het gesloten mantelcontract voorziet in inhuur gedurende de periode 01 mei 2011 tot 01 mei 2012. De door de ondernemingsraad aangespannen procedures zullen redelijkerwijze op 01 mei 2012 nog niet tot in laatste instantie zijn beslist. Door de bestuurder is op de hoorzitting weliswaar opgemerkt dat de inhuur ook vanaf 01 mei 2012 verzekerd is, aangezien de opdracht daartoe is gegeven tijdens de looptijd van het huidige mantelcontract, maar die nuance ligt niet in het gesloten contract besloten, zodat - ingeval zou komen vast te staan dat de aanbestedingsregels van toepassing zijn – de volgende aanbestedingprocedure nu al weer zou moeten worden gestart. Naar het oordeel van de Kamer is het belang van de ondernemingsraad evident.

Tevens wijst de Kamer erop dat de ondernemingsraad onder voorbehoud van zijn rechten heeft ingestemd met toepassing van de aanbestedingsprocedure (inhoudende het uitbrengen van de drie offertes) aangezien hij het proces niet verder wilde vertragen. Dat betekent dat de ondernemingsraad zich het recht heeft voorbehouden om deze zaak alsnog ter beoordeling voor te leggen aan de rechter. Gelet op het voormelde heeft de ondernemingsraad een belang en heeft hij heeft zijn rechten veilig gesteld; hij is in dit opzicht ontvankelijk.

Ten aanzien van de stelling dat de toepasselijkheid van de Europese aanbestedingsregels en/of het interne inkoopbeleid V&J op de inhuur van externen door de medezeggenschap geen zaak meer zou zijn voor de ondernemingsraad, omdat de GOR deze aangelegenheid behandelt, merkt de Kamer het volgende op.

Ingevolge artikel 35 WOR gaan de bevoegdheden van de ondernemingsraad over naar de GOR indien sprake is van een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang voor alle of de meerderheid van ondernemingsraden waarvoor de GOR is ingesteld. Het eerste lid van artikel 35 WOR geeft een expliciete opsomming van de artikelen uit de WOR die in geval van gemeenschappelijk belang van overeenkomstige toepassing zijn op de GOR. Het gaat om de bevoegdheden die zijn beschreven in hoofdstuk 4 (over het voeren van overleg met de ondernemer) en hoofdstuk 4a (over de bijzondere bevoegdheden van de ondernemingsraad). De opsomming omvat de artikelen 22a tot en met 32, met uitzondering van de artikelen 23c en 24, derde lid, WOR.

Hieruit blijkt dat de toepassing van artikel 22 WOR niet op grond van de wet wordt overgedragen aan de GOR.

Evenmin is de Kamer gebleken dat de ondernemingsraad op basis van een daartoe met de GOR gemaakte afspraak is gehouden om de behandeling van aangelegenheden over de toepassing van artikel 22 WOR aan de GOR over te laten.

In het verlengde van het voormelde - en wellicht ten overvloede - merkt de Kamer op dat de reden van de inschakeling van de raadsman, te weten de postenbezetting bij de Penitentiare Inrichting Hogeveen, niet een onderwerp van gemeenschappelijk belang vormt.

Ook in dit opzicht is de ondernemingsraad ontvankelijk, aangezien hij op grond van artikel 35 WOR noch op basis van een gemaakte afspraak tussen de ondernemingsraad en de GOR zijn bevoegdheid heeft moeten overdragen/heeft overgedragen.

Ten aanzien van de inhoud

De kamer merkt allereerst op dat de ondernemingsraad zijn bestaansrecht, bevoegdheden, rechten en plichten ontleent aan de Wet op de ondernemingsraden. De spelregels, waaraan de ondernemingsraad (en de bestuurder) zich in de uitoefening van de WOR-taken dient te houden, moeten een basis vinden in die wet ('bij of krachtens wet'). De ondernemingsraad is een zelfstandig orgaan die ingevolge de WOR zijn eigen beslissingen neemt of overeenkomsten sluit. Zo kan hij beslissen om een deskundige of rechtsbijstand in te huren, of om scholing te regelen. In deze situaties komt er een overeenkomst tot stand tussen de ondernemingsraad en een derde (deskundige, juridisch

adviseur, scholingsinstituut). De kosten worden betaald door de werkgever, zijn bemoeienis in dit proces betreft uitsluitend de (vooraf) te maken afweging of de inhuur gelet op de daarmee gepaard gaande kosten redelijkerwijze nodig is.

Bij het inhuren van een adviseur vanwege het voeren van een rechtsgeding (rechtsbijstand) gaat het om een *marginale* toets (de kosten mogen niet buitensporig zijn en er is een redelijk alternatief voor handen).

Kortom, de ondernemingsraad pleegt de inhuur van de externe partij, de bemoeienis van de bestuurder betreft het kostenaspect, en wel op de wijze als in artikel 22 WOR is bepaald.

De bestuurder merkt op dat de keuzevrijheid van de ondernemingsraad niet in het geding is en dat het toetsingskader bij aanbesteding volgens de aanbestedingsregels in het verlengde ligt van de redelijkheidstoets van de WOR.

De Kamer merkt op dat er een verschil is tussen het met vrije keuze benaderen van een raadsman/juridisch adviseur - met toepassing van de regels van de WOR – enerzijds en de keuze uit drie bureaus, op basis van op te stellen gunningcriteria, waarbij een verantwoorde prijs-kwaliteitverhouding centraal staat anderzijds. Dit geldt ook ingeval die drie bureaus door de ondernemingsraad zijn genoemd als opties voor de inhuur.

De bestuurder is van mening dat de inhuur van de juridisch adviseur/rechtsbijstand door of namens de ondernemingsraad dient te geschieden conform de voor de overheid geldende regels voor aanbesteding.

De kamer kan zich hiermee niet verenigen.

Voor wat betreft de regels voor *Europese* aanbesteding wijst de Kamer er op dat deze regels door de nationale wetgever moeten worden omgezet in nationale regelgeving (implementatie), waardoor zij hier gelding krijgen. In casu is dat gebeurd door de EG-regels concreet uit te werken in het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO) en het Besluit Aanbesteding Speciale Sectoren (BASS). Beide besluiten richten zich tot de *overheid* als aanbestedende dienst, in casu de Staat en onder de staat ressorterende diensten zonder publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid. Zoals hiervoor al opgemerkt, is de ondernemingsraad een zelfstandig orgaan die zijn bestaansrecht, rechten, bevoegdheden en plichten ontleent aan de WOR. Hij is daarom niet op één lijn te stellen met de overheidsdiensten die in de genoemde besluiten worden bedoeld.

De Kamer merkt op dat nu artikel 22 WOR haaks staat op de Europese aanbestedingsregelgeving, de Nederlandse wetgever bij de implementatie artikel 22 WOR had moeten aanpassen, waardoor de ondernemingsraad ook zou zijn gebonden. Die aanpassing van de WOR heeft niet plaatsgevonden. Dientengevolge is de ondernemingsraad niet gehouden om bij de inhuur van externen acht te slaan op de Europese aanbestedingsregels, zoals die thans zijn geïmplementeerd door de wetgever.

Voor wat betreft het interne inkoopbeleid van het Ministerie van V&J merkt de Kamer het volgende op.

Uit de door partijen verstrekte inlichtingen ter zake blijkt dat het in casu gaat om beleid dat is beschreven in de circulaire d.d. 01 maart 2011 betreffende kaders en richtlijnen voor de naleving van rechtmatigheidseisen bij inkoop. In deze circulaire is de specifieke positie van de ondernemingsraad niet beschreven, het betreft de inkoop door zelfstandige overheidsdiensten in het algemeen. Desgevraagd ter zitting is ten aanzien van deze regels door de bestuurder aangegeven dat onbekend is of deze met de ondernemingsraad zijn overeengekomen. Evenmin is komen vast te staan dat de ondernemingsraad met de GOR heeft afgesproken dat de laatste, namens de ondernemingsraad, met de bestuurder DJI mocht overeenkomen dat het interne inkoopbeleid voorlopig wordt toegepast door de ondernemingsraad, in afwachting van de definitieve standpuntbepaling op het niveau van de GOR DJI en bestuurder DJI. Tot slot wijst de Kamer er op dat de circulaire van toepassing is geworden binnen V&J nadat de nu in het geding zijnde aanbestedingsprocedure reeds was aangevangen, terwijl voorts niet duidelijk is welke interne regels omtrent inkoop van toepassing waren voorafgaande aan 01 maart 2011 en wie aan laatstbedoelde regels waren gebonden.

Gelet op het vooroverwogene komt de Kamer tot de conclusie dat het standpunt van de bestuurder dat bij de inhuur van een juridisch adviseur/rechtsbijstand door of namens de

ondernemingsraad het interne inkoopbeleid van V&J moet worden toegepast niet berust op een deugdelijke onderbouwing. De grondslag ontbreekt voor het nemen van de beslissing dat bij externe inhuur door of namens de ondernemingsraad het interne inkoopbeleid moet worden toegepast.

Advies

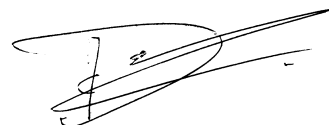
De kamer spreekt uit dat de ondernemingsraad bij het raadplegen van een deskundige c.q. het inhuren van rechtsbijstand is gehouden aan hetgeen in artikel 22 WOR is bepaald. Het toepassen van de Europese aanbestedingsprocedure maakt hiervan geen deel uit. Het interne inkoopbeleid van V&J is evenmin van toepassing aangezien niet is komen vast te staan dat dit beleid met of namens de ondernemingsraad is overeengekomen.

Den Haag, d.d. 22 februari 2012

De Bedrijfscommissiekamer voor Rijk en Politie,
namens deze,



J.W. van Baarle
voorzitter



mw. J. C. Dekker
secretaris

Wanneer partijen ook na dit advies niet tot overeenstemming komen, kunnen zij het geschil, onder overlegging van dit advies, binnen dertig dagen na verzending daarvan, bij gemotiveerd schrijven voorleggen aan de Rechtbank, sector Kanton, (artikel 36, vierde lid, van de WOR).