



# Rapport

**Datum: 28 december 2007**  
**Rapportnummer: 2007/325**

## Klacht

Verzoeker klaagt erover dat de minister van Defensie (verder te noemen: Defensie):

de scholing, vorming en deskundige ondersteuning van de medezeggenschapscommissies van Defensie niet openbaar heeft aanbesteed conform de Europese richtlijn 92/50 (per 1 december 2005 vervangen door richtlijn 2004/18 EG);

zijn bedrijf, in tegenstelling tot het Centrum Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel (CAOP), niet de mogelijkheid heeft geboden de facturering van diensten centraal te regelen, waardoor Defensie het recht op vrije keuze van scholing, vorming en deskundige begeleiding van de medezeggenschapscommissies heeft ingeperkt en geen eerlijke concurrentie mogelijk heeft gemaakt.

## Beoordeling

Algemeen

1. Defensie en de centrales van overheidspersoneel hebben bij de totstandkoming van het Besluit Medezeggenschap Defensie (verder: BMD, zie achtergrond onder 3.) besloten om gezamenlijk een scholingstraject voor medezeggenschapscommissies bij Defensie te ontwikkelen, omdat de medezeggenschap bij Defensie er anders uit zal zien dan bij andere instanties en het cursusaanbod op de markt uitsluitend op medezeggenschap op grond van de Wet op de Ondernemingsraden was ingericht. Voor die scholing werd een bureau voor scholing en vorming van medezeggenschapscommissies bij Defensie (SMVD) opgericht. Dit bureau werd organisatorisch bij de Stichting Centrum voor Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel (verder: CAOP) ondergebracht.
2. Verzoeker verricht als zelfstandige werkzaamheden in scholing, vorming en deskundige begeleiding op het gebied van medezeggenschap, waarbij hij zich met name richt op medezeggenschap binnen de Defensieorganisatie.
3. In het belang van het vrije verkeer van diensten binnen de Europese Gemeenschap zijn er een aantal regels vastgesteld die moeten waarborgen dat de inschrijving voor overheidsopdrachten wordt opengesteld. In deze regels wordt onder andere vastgesteld welke overheidsopdrachten openbaar moeten worden aanbesteed. In het algemeen moeten de opdrachten worden aanbesteed als geen sprake is van een uitzonderingssituatie. Over het aanbestedingsrecht is in de jurisprudentie op een aantal punten nadere duidelijkheid geschapen (voor de relevante artikelen van Richtlijn 92/50 en de huidige opvattingen, zie achtergrond onder 1. en 2.).

**I. Ten aanzien van het openbaar aanbesteden conform richtlijn 92/50 EG ( per 1 december 2005 vervangen door richtlijn 2004/18 EG)**

## Bevindingen

1. Defensie heeft op 21 juli 1999 en op 15 november 2004 met het CAOP overeenkomsten afgesloten waarin aan het CAOP de opdracht werd verstrekt tot het verzorgen van de scholing en vorming in het kader van de medezeggenschap bij Defensie. Daarbij is overeengekomen dat het CAOP de kosten rechtstreeks bij het centrale betaalkantoor van Defensie te Den Haag kan factureren.

2. Verzoeker is van mening dat de overeenkomsten van 21 juli 1999 en van 15 november 2004 van Defensie met het CAOP overheidsopdrachten voor dienstverlening waren die op grond van de EG-richtlijn 92/50 EG openbaar hadden moeten worden aanbesteed.

Verzoeker heeft hiervoor in eerste instantie via Eurasist European Consultants (verder: Eurasist) aandacht gevraagd. Toen Defensie afwijzend op de stellingen van Eurasist reageerde, diende verzoeker een klacht in.

3. Naar aanleiding van verzoekers klacht heeft Defensie advies gevraagd aan professor dr. Ir. R. Goodijk. Professor Goodijk stelt in zijn advies:

"Het valt te betwijfelen of de overeenkomst - met name in de huidige situatie nog - onder de uitzonderingsbepalingen van de Richtlijn valt. De dienstverlening zou bijvoorbeeld niet onder de verplichtingen van de Richtlijn vallen als het een dienstverlening op basis van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen betreft, als er slechts één aangewezen voorzieningsbron bestaat of als de opdracht beneden een bepaalde financiële waarde/drempel valt. Geen van deze uitzonderingsbepalingen lijken hier (nog) van kracht. Bezwaarden voeren aan dat het CAOP - nog steeds - gezien dient te worden als een publieke instelling, een 'beschermde facilitator' en niet als derde. Maar met name door de verzelfstandiging van CAOP valt nu niet langer vol te houden dat CAOP een soort overheidsdienst is. Ook de Commissie Advisering Bezwaarschriften Defensie komt tot de conclusie dat de CAOP inmiddels is verzelfstandigd en dient te worden aangemerkt als 'derde' (uitspraak 29 oktober 2004)".

4. Professor Goodijk adviseert Defensie dan als volgt:

"Aangezien juristen tot op heden verschillend oordelen over de vraag of de dienstverlening inzake scholing/vorming en deskundige ondersteuning van de MC's onder de verplichtingen van openbare aanbesteding valt en aangezien het niet onwaarschijnlijk moet worden geacht dat de betreffende dienstverlening - gezien de aard en omvang ervan - inderdaad onder deze verplichtingen valt, dient de top van de defensieorganisatie zo spoedig mogelijk het gesprek met het CAOP over de overeenkomst te heropenen."

5. Defensie volgde het advies van Professor Goodijk niet. Defensie stelt dat bij de totstandkoming van de overeenkomst in 1999 geen aanleiding bestond om te

veronderstellen dat sprake was van een afgenomen dienst en van aanbestedingsplicht. Defensie vervolgde onder andere met:

"Hoewel er de afgelopen jaren door sommigen, waaronder de Europese Commissie wordt gesteld dat in dit soort gevallen wel een aanbestedingsplicht zou bestaan, was er ten tijde van totstandkoming van de overeenkomst in 2004 geen rechtspraak waaruit dwingend voortvloeit dat de verlenging van een dergelijke overeenkomst aanbestedingsplichtig zou zijn."

Daarnaast gaf Defensie aan dat de overeenkomst met het CAOP medio 2007 afloopt en dat voor de afsluiting van een nieuwe overeenkomst aanbesteding plaats zal vinden.

6. Tijdens het onderzoek van de Nationale ombudsman lichtte Defensie het standpunt nader toe. Defensie gaf aan dat het CAOP ten tijde van de totstandkoming van beide overeenkomsten op basis van de Wet stichting CAOP (zie achtergrond, onder 5.) en de daarin omschreven taken als een soort overheidsdienst moest worden beschouwd. Defensie gaf aan dat het CAOP mede door de Staat is opgericht, wijziging van het doel en ontbinding van de stichting de instemming van de minister van Binnenlandse Zaken behoeft en dat de stichting subsidie van de minister van Binnenlandse Zaken ontvangt. Defensie voegde daaraan toe:

"Wel is het zo dat het CAOP in de loop van de tijd, een exact tijdstip is hiervoor niet te noemen, steeds meer niet-subsidiabele activiteiten heeft ontwikkeld en dat zij inmiddels het merendeel van haar activiteiten aan derden binnen de publieke sector aanbiedt."

Het advies van de Commissie advisering bezwaarschriften Defensie, waar Professor Goodijk naar verwees, ziet op de vraag of het CAOP onderdeel van de overheid uitmaakte in de zin van de Wet openbaarheid bestuur. Het besluit van de commissie dat het CAOP geen onderdeel van de overheid uitmaakte, betekent naar mening van Defensie niet dat het CAOP niet een soort van overheidsdienst zou kunnen zijn in de zin van het aanbestedingsrecht.

7. Verzoeker wees erop dat er inmiddels ook in een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak Raad van State van 11 juli 2007 is vastgesteld dat het CAOP op 14 april 2005 geen bestuursorgaan was en geen deel uitmaakte van de overheid.

8. Uit de Wet Stichting CAOP (zie achtergrond onder 5.) blijkt dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het CAOP mede heeft opgericht en dat bij een wijziging van het doel van het CAOP dan wel de ontbinding van het CAOP toestemming van de minister is vereist.

Op grond van de Regeling subsidiering stichting CAOP (zie achtergrond onder 6.) verstrekke de minister een maximale subsidie van € 4.199.735,89 naar het prijstarief van 2000. Dat maximale bedrag werd jaarlijks geïndexeerd. Uit de jaarrekening 2004 van het

CAOP blijkt dat de subsidie in 2003 € 4.724.000 bedroeg bij een totale omzet van € 19.096.00 en in 2004 was de omvang van de subsidie € 4.422.000 bij een totale omzet van € 20.386.00. Van het CAOP vernam een medewerkster van de Nationale ombudsman per e-mailbericht dat de subsidie voor de helft door het Ministerie van BZK werd opgebracht en voor de andere helft door de Samenwerkende Centrales voor Overheidspersoneel.

9. Defensie gaf verder aan dat er recente jurisprudentie over het aanbestedingsrecht is, die duidelijkheid heeft geschapen die er ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten met het CAOP nog niet was over het inbesteden bij organisaties van de overheid. Die jurisprudentie heeft overigens geen aanleiding gegeven om het standpunt te wijzigen.

10. Verzoeker stelde dat de genoemde jurisprudentie juist duidelijk maakt dat Defensie voor deze overeenkomst wel een aanbestedingsplicht op grond van de Europese Richtlijn had.

11. Een daartoe uitgenodigde deskundige op het gebied van het aanbestedingsrecht antwoordde op vragen van de Nationale ombudsman onder andere als volgt:

"Of het CAOP met één dan wel beide benen in het publieke domein staat is aanbestedingrechtelijk minder relevant. Hebben opdrachtgever en opdrachtnemer onderscheiden rechtspersoonlijkheid, dan bestaat er in beginsel een aanbestedingsplicht (zie bijv. HvJ EG C-94/99 ARGE, Jur. 2000, I-11037, rov.40).

Onder omstandigheden kan dit onwenselijk zijn. Stel dat een aanbestedende dienst één van haar diensten verzelfstandigt en inbrengt in bijvoorbeeld een daartoe opgerichte b.v. zou de verzelfstandigde dienst niet langer onderhands opdrachten kunnen krijgen. Het Hof van Justitie heeft hiervoor in 1999 een vrijstelling kunnen formuleren (HvJ EG C-107/98 Teckal, Jur. 1999, p. I-1821, rov. 50). Dit is de zogenaamde vrijstelling voor 'inhouse opdrachtverlening' of beter gezegd 'inbesteding'.

Om van deze vrijstelling te kunnen profiteren moet aan twee voorwaarden zijn voldaan. Het Hof interpreteert deze voorwaarden strikt. De aanbestedende dienst ('de moeder') kan onderhands opdrachten verstrekken aan zijn verzelfstandigde dienst indien hij (I) voldoende toezicht houdt en (II) de verzelfstandigde dienst in hoofdzaak werkt voor de moeder. Het toezichtbegrip is in diverse arresten ingevuld. Kort en wel gaat het om een combinatie van formeel en feitelijk toezicht.

Toegepast op de casus denk ik dat het Ministerie en CAOP niet van deze vrijstelling kunnen profiteren, alleen al omdat het Ministerie niet in de organen (bestuur, Bestuursraad) vertegenwoordigd is en dus geen toezicht op CAOP houdt. (...)

Al met al lijkt het er sterk op dat de onderhandse gunning van het contract in 1999 al in strijd was met de toen geldende richtlijn voor diensten (92/50/EG). Hetzelfde lijkt te gelden

voor de verlenging van het contract in 2004.

Het argument dat er in 2004 geen jurisprudentie was op grond waarvan de overeenkomst aanbestedingsplichtig zou zijn, kan ik tenslotte niet direct plaatsen. Mocht dit argument betrekking hebben op het verweer dat er sprake is van 'inbesteding', dan lijkt mij dat niet juist."

12. In reactie hierop stelde Defensie nog dat de invulling van het toezichtbegrip zoals dat speelt bij "inbesteding" vooral plaatsvond in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen sinds 2005. Defensie gaf aan dat in de brief van 16 mei 2007 aan de Nationale ombudsman al verwezen werd naar die jurisprudentie, die volgens Defensie geleidelijk de duidelijkheid heeft geschapen die er ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomsten met het CAOP in 1999 en 2004 nog niet was.

## **Beoordeling**

13. De Nationale ombudsman gaat er, net als verzoeker en Defensie, vanuit dat het onderwerp van de overeenkomsten - de scholing en vorming van de medezeggenschapscommissies - een onderwerp is waarvoor in principe aanbesteding op grond van de richtlijn diensten plaats moet vinden.

14. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat bestuursorganen gelijke gevallen gelijk behandelen en ongelijke gevallen ongelijk behandelen al naar gelang zij van elkaar verschillen. Dit betekent onder meer dat een bestuursorgaan in het algemeen alle aanbieders van een bepaalde dienst in staat moeten stellen mee te dingen naar een overheidsopdracht die aanbestedingsplichtig is, behoudens de situatie waarin deze opdracht middels inbesteding wordt vervuld.

15. De vraag of aanbesteding al dan niet had moeten plaatsvinden is uiteindelijk ter beoordeling aan het Hof van Justitie van de EG. Uit de jurisprudentie (met name het Teckal-arrest) en de literatuur die bekend is - en in ieder geval ook al bekend was ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst tussen Defensie en het CAOP in 2004 (zie achtergrond, onder 2.) - blijkt wel dat van zogenaamde inbesteding slechts sprake kan zijn als aan een aantal criteria is voldaan. Niet snel zal worden aangenomen dat sprake is van inbesteding van een opdracht.

16. Niet is gebleken dat het CAOP binnen de eigen gezagsstructuur van Defensie valt. Het feit dat het CAOP bij wet is opgericht, dat wijziging en ontbinding van het CAOP alleen met toestemming van de Staat mogelijk is en dat het CAOP subsidie van de Staat ontvangt is daartoe volgens de jurisprudentie met betrekking tot de Richtlijn Diensten niet voldoende.

17. Deze invloed van de Staat kan er evenmin toe leiden dat het CAOP als een publiekrechtelijke instelling zou moeten worden gezien waardoor de overheidsopdracht op

grond van artikel 6 van de Richtlijn ( zie achtergrond onder 1.) niet zou hebben moeten worden aanbesteed. Van zo'n publiekrechtelijke instelling kan in ieder geval al geen sprake zijn als niet óf de activiteiten van de bewuste instelling in hoofdzaak door de Staat worden gefinancierd, óf het beheer van de instelling is onderworpen aan toezicht van de Staat, óf meer dan de helft van de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht door de Staat zijn aangewezen.

18. Het CAOP ontvangt wel subsidie van de Staat, maar deze subsidie vormt niet de hoofdzakelijke bron van inkomsten. De Staat heeft geen invloed op de samenstelling van bestuur of directie en evenmin toezicht op het beheer van het CAOP.

Het is daarom niet aannemelijk dat een overheidsopdracht aan het CAOP vanwege het feit dat het CAOP een publiekrechtelijke instelling zou zijn buiten de aanbestedingsverplichting van de Richtlijn zou vallen.

19. Defensie heeft aangegeven dat de SVMD in 1999 als verzelfstandigd overheidsonderdeel is ondergebracht bij het CAOP. Bij die gelegenheid is blijkbaar ter overbrugging van de gevolgen van die verzelfstandiging een overeenkomst tot het verrichten van diensten met het CAOP afgesloten voor de duur van vijf jaar. Het is mogelijk dat die eerste overeenkomst vanwege haar verwevenheid met de verzelfstandiging ter overbrugging met voorbijgaan aan de verplichting tot aanbesteding met het CAOP mocht worden gegund. Voor de overeenkomst uit 2004 - of deze nou als een verlenging of als een nieuwe overeenkomst moest worden beschouwd - kan dat in redelijkheid niet meer gelden.

20. Uit alle hiervoor genoemde overwegingen blijkt dat op grond van geen van de bepalingen van de Richtlijn Diensten sprake was van een situatie waarin Defensie haar opdracht in 2004 niet had hoeven aan te besteden.

Defensie heeft in haar beoordeling van de vraag of de opdracht aanbestedingsplichtig was onvoldoende oog gehad voor de regeling en de op dat moment bestaande jurisprudentie en heeft in de vraag die verzoeker hierover opwierp evenmin aanleiding gezien om nader deskundig advies in te winnen bij bijvoorbeeld de EG.

De Nationale ombudsman is van oordeel dat Defensie hiermee heeft gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Op grond van het hierboven gestelde is de onderzochte gedraging niet behoorlijk

Dit vormt aanleiding tot het opnemen van een aanbeveling in dit rapport.

## **II. Ten aanzien van het bieden van de mogelijkheid van centrale facturering**

### **Bevindingen**

1. Defensie is met het CAOP overeengekomen dat de activiteiten voor scholing en vorming van medezeggenschapscommissies centraal gefactureerd kunnen worden. De medezeggenschapscommissies hoeven voor de activiteiten geen toestemming van hun commandant te verkrijgen en de kosten worden rechtstreeks uit het algemene budget van Defensie betaald.

2. Verzoeker wenste eveneens scholings- en vormingsactiviteiten voor medezeggenschapscommissies te verrichten. Als een medezeggenschapscommissie van zijn aanbod gebruik wilde maken, diende de commissie vooraf toestemming van het hoofd van de dienst eenheid te verkrijgen. Als de commandant geen toestemming gaf, kon de medezeggenschapscommissie een beslissing van de bevelhebber vragen nadat een advies van het college voor geschillen was ontvangen.

De kosten van de activiteiten kwamen ten laste van het budget van de eenheid.

3. Verzoeker achtte zich hierdoor in zijn mogelijkheden om scholing en vorming te geven beperkt. Hij had de ervaring dat de medezeggenschapscommissies het hun commandant niet te moeilijk willen maken en geen conflict met de commandant willen. Om die reden kiezen medezeggenschapscommissies dan vaak voor het beschikbare aanbod van het CAOP.

4. Professor Goodijk stelde in zijn advies aan Defensie:

"Beklaagden voeren aan dat er ondanks de overeenkomst met het CAOP, geen belemmeringen zijn voor andere partijen om scholing/vorming en deskundige ondersteuning aan te bieden aan MC's van Defensie. Er is inderdaad geen sprake van exclusiviteit. MC's zijn niet verplicht om diensten van het CAOP af te nemen.

(.....)

In de praktijk biedt bureau B. van klager ook nu al diensten aan MC's aan. Maar klager voelt zich naar mijn mening terecht benadeeld aangezien klager in tegenstelling tot het CAOP niet centraal kan factureren. Gezocht dient te worden naar een voor betreffende partijen acceptabele oplossing, wellicht zonder afbreuk te hoeven doen aan het contract en de afspraken met het CAOP..."

Hij adviseerde Defensie om:

"...op korte termijn een voorstel aan klager te (laten) indienen waarin aan klager - gedurende de periode tot medio 2007 - alvast een gelijkwaardige toegang en faciliteit tot de dienstverlening wordt aangeboden. Afsgesproken zou kunnen worden dat het bureau van klager de kosten voor haar diensten aan MC's net als het CAOP centraal kan factureren mits het bureau van te voren via een offerte bij het Ministerie van Defensie toestemming voor de dienstverlening heeft gevraagd..."



5. Defensie volgde dit advies van professor Goodijk niet. Omdat de mogelijkheid tot centrale facturering voor het CAOP gebaseerd is op een overeenkomst en er geen sprake was van een verplichting tot openbare aanbesteding voor die overeenkomst, zag Defensie geen reden het bureau van verzoeker ook de mogelijkheid van centrale facturering te bieden.

Defensie gaf wel aan dat medio 2007 een nieuwe overeenkomst voor de scholing en vorming van medezeggenschapscommissies het voorwerp van aanbesteding zal worden.

6. Defensie merkte later nog het volgende op:

"...In het advies van de heer Goodijk en in de afhandeling van de klacht wordt gesproken over scholing, vorming en deskundige begeleiding van medezeggenschapscommissies. Deskundige begeleiding is echter geen onderwerp van de overeenkomst met het CAOP. Die overeenkomst ziet uitsluitend op de scholing en vorming van medezeggenschapscommissies. De dienstverlening van verzoeker ziet volgens mij met name op deskundige begeleiding van medezeggenschapscommissies. Voor dergelijke dienstverlening geldt voor alle aanbieders het regime van het Besluit medezeggenschap Defensie ter zake van het inhuren van externe deskundigheid. Dat betekent dat de medezeggenschapscommissie vooraf aan het hoofd van de diensteenheid toestemming moet vragen als aan het uitnodigen van een deskundige kosten zijn verbonden..."

7. Verzoeker merkte in reactie daarop nog op dat hij wel scholings- en vormingsactiviteiten verricht en wenste te verrichten.

## **Beoordeling**

8. Ook hier geldt het gelijkheidsbeginsel.

9. Onder l. 19 en l. 20 is al aangegeven dat in ieder geval de overeenkomst in 2004 op grond van de EG-richtlijn diensten aanbesteed had moeten worden.

10. Defensie heeft een overeenkomst met het CAOP afgesloten, waarbij het CAOP als enige aanbieder van scholing en vorming haar activiteiten centraal kan factureren. Verzoeker had die mogelijkheid niet. Voor de scholings- en vormingsactiviteiten die een medezeggenschapscommissie door hem zou willen laten verrichten, werden extra vereisten gesteld, zoals omschreven onder 2.

Het is aannemelijk dat verzoeker hierdoor in zijn mogelijkheden tot het verwerven van opdrachten van medezeggenschapscommissies werd benadeeld ten opzichte van het CAOP.

11. Onder dergelijke omstandigheden kon Defensie in redelijkheid niet besluiten om verzoeker de mogelijkheid te onthouden middels centrale facturering een gelijkwaardiger

concurrentiepositie voor het verwerven van opdrachten van de medezeggenschapscommissies te verkrijgen.

Door die mogelijkheid niet te openen heeft Defensie niet behoorlijk gehandeld.

## **Conclusie**

De klacht over de onderzochte gedraging van de minister van Defensie te Den Haag, is gegrond ten aanzien van:

- het niet openbaar aanbesteden van de scholings- en vormingsactiviteiten voor medezeggenschapscommissies bij Defensie, wegens schending van het gelijkheidsbeginsel;
- het niet bieden van de mogelijkheid van centrale facturering van de diensten van verzoeker, wegens schending van het gelijkheidsbeginsel.

## **AANBEVELING**

De Nationale ombudsman geeft de minister van Defensie in overweging met verzoeker in gesprek te treden om te bezien op welke wijze hij gecompenseerd kan worden voor het ondervonden nadeel.

De minister van Defensie heeft aangekondigd met verzoeker in gesprek te zullen gaan.

## **Onderzoek**

Op 4 mei 2006 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van de heer B. te Den Haag, met een klacht over een gedraging van de minister van Defensie.

Naar deze gedraging werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd de minister van Defensie verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

Tijdens het onderzoek kregen de minister van Defensie en verzoeker de gelegenheid op de door ieder van hen verstrekte inlichtingen te reageren. Daarnaast kregen beiden de gelegenheid om op de visie van de deskundige op het gebied van het aanbestedingsrecht te reageren.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

De reacties van verzoeker en de minister van Defensie gaven aanleiding het verslag aan te vullen.

#### Informatieoverzicht

De bevindingen van het onderzoek zijn gebaseerd op de volgende informatie.

De brief van Eurassist European Consultants namens verzoeker aan Defensie van 9 februari 2005.

De brief van Defensie aan Eurassist European Consultants van 22 juni 2005.

De brief van verzoeker aan Defensie van 2 oktober 2005.

Het advies van Prof. dr.ir. R. Goodijk aan Defensie van 2 februari 2006.

De brief van Defensie aan verzoeker van 13 april 2006.

Het verzoekschrift aan de Nationale ombudsman van 4 mei 2006.

De brief van Defensie aan de Nationale ombudsman van 8 december 2006 met als bijlage onder ander de overeenkomsten tussen Defensie en het CAOP van 21 juli 1999 en 15 november 2004.

De brief van verzoeker aan de Nationale ombudsman van 11 februari 2007.

De brief van Defensie aan de Nationale ombudsman van 21 mei 2007.

De brief van verzoeker aan de Nationale ombudsman van 27 juni 2007.

De jaarrekening 2004 van de Stichting CAOP.

Het e-mailbericht van een controller van het CAOP aan de Nationale ombudsman van 5 oktober 2007.

Het e-mailbericht van de deskundige op het gebied van het aanbestedingsrecht aan de Nationale ombudsman van 13 november 2007-12-07.

Het e-mailbericht van verzoeker aan de Nationale ombudsman van 19 november 2007.

De brief van de minister van Defensie aan de Nationale ombudsman van 6 december 2007.

## **Bevindingen**

Zie onder Beoordeling.

## Achtergrond

### 1. Richtlijn 92/50 EEG (publicatieblad nr. L 209 van 24 juli 1992) (per 1 december 2005 vervangen door richtlijn 2004/18 EG)

Artikel 1.

"In de zin van deze richtlijn:

a) wordt onder "overheidsopdrachten voor dienstverlening" verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, (...)

b) worden als "aangebodende diensten" beschouwd: de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan, iedere instelling die:

- is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en

- rechtspersoonlijkheid heeft en

- waarvan of wel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, of wel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

(...)

c) wordt onder "dienstverleners" verstaan: natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden. (.....)

d) wordt onder "openbare procedures" verstaan: die nationale procedures waarbij alle belangstellende dienstverleners mogen inschrijven;

e) wordt onder "niet-openbare procedures" verstaan: die nationale procedures waarbij alleen de door de aanbestedende dienst aangezochte dienstverleners mogen inschrijven;

f) wordt onder "procedures van gunning via onderhandelingen" verstaan: die nationale procedures waarbij de aanbestedende dienst met door hem gekozen dienstverleners

overleg pleegt en in onderhandelingen met een of meer van hen de contractuele voorwaarden vaststelt;..."

#### Artikel 6

"De bepalingen van deze richtlijn zijn niet van toepassing op overheidsopdrachten voor dienstverlening die worden gegund aan een instantie, die zelf een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 1, onder b), op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag."

#### Artikel 11

"1. Bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening passen de aanbestedende diensten de in artikel 1 onder d), e) en f) omschreven, aan deze richtlijn aangepaste procedures toe...."

## 2. Jurisprudentie EG-richtlijn

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG blijkt dat de richtlijnen in beginsel ook van toepassing zijn als een aanbestedende dienst een opdracht wil verlenen aan met hen verbonden ondernemingen met eigen rechtspersoonlijkheid.

In het arrest Teckal (HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98. Kir/ 1999. [/ I-8121) staat dat de Richtlijnen van toepassing zijn: "wanneer een aanbestedende dienst (...) een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (...) wenst te sluiten met een lichaam dat formeel van haar onderscheiden is en zelfstandig beslissingen kan nemen, ongeacht of dat lichaam zelf een aanbestedende dienst is."(rechtsoverweging 50 en 51) Vervolgens worden de volgende voorwaarden gesteld waaronder dan wel kan worden aangenomen dat sprake is van een opdracht binnen de eigen gezagsstructuur (het zogenaamde inbesteden of de inhouse-opdracht): de aanbestedende dienst moet toezicht uitoefenen op de onderneming als ware het zijn eigen dienst en de onderneming moet de meerderheid van zijn werkzaamheden verrichten voor de aanbestedende dienst of diensten.

Indien er sprake is van een verzelfstandiging of privatisering van een (deel van een) overheidsdienst, kan er aanleiding zijn om aan de verzelfstandigde eenheid voor een bepaalde duur een gevulde orderportefeuille mee te geven. Aangenomen wordt dat de richtlijn hieraan niet in de weg staat, mits de opdrachtverlening:

- uitsluitend betrekking heeft op werkzaamheden van dezelfde aard als die welke de eenheid voorafgaand aan de verzelfstandiging ten behoeve van de opdrachtgever verrichtte;

- de omvang van de werkzaamheden waarvoor een contract met de eenheid wordt afgesloten niet groter is dan voor de verzelfstandiging;
- de duur van de opdrachtenstroom niet langer is dan noodzakelijk om de levensvatbaarheid van de verzelfstandigde eenheid te verzekeren.

### 3. Besluit Medezeggenschap Defensie (BMD)

De Wet op de Ondernemingsraden (WOR) is in 1995 van toepassing verklaard op het merendeel van de overheidsorganisaties. Voor het Ministerie van Defensie wordt in artikel 53a een uitzondering gemaakt. Vanaf 1999 bestaat voor Defensie een eigen medezeggenschapsregeling: het Besluit Medezeggenschap Defensie. In dit besluit is onder andere het recht op scholing en vorming van de leden van de medezeggenschapscommissies vastgelegd.

### 4. De Stichting Centrum voor Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel (verder: het CAOP)

Het CAOP komt oorspronkelijk voort uit het secretariaat van het Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken en de Advies- en Arbitragecommissie. In 1989 werd het Centrum Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel (CAOP) een zelfstandige organisatie binnen het ministerie van Binnenlandse Zaken.

Op 1 januari 1995 kwam het CAOP los te staan van het ministerie en werd het een onafhankelijke stichting. De sociale partners in het publieke domein vormen samen het stichtingsbestuur, dat onder leiding staat van een onafhankelijke voorzitter. Sinds de verzelfstandiging zijn het werkterrein en de activiteiten van het CAOP sterk uitgebreid. Met de uitbreiding van het werkterrein en de activiteiten ontstond de behoefte dit tot uitdrukking te laten te komen in de aanduiding van het CAOP. Zo veranderde in de loop der jaren Centrum Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel in Centrum Arbeidsverhoudingen Overheid en later in Centrum Arbeidsverhoudingen. Tegenwoordig wordt alleen de naam CAOP gehanteerd wordt de aanduiding achterwege gelaten.

### 5. Regeling subsidiering Stichting CAOP

Artikel 3:

"1. De subsidie bedraagt maximaal € 4.199.735.,89 en wordt verleend onder de voorwaarde, bedoeld in artikel 4:34, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

2. Op de subsidie is de indexeringsregeling voor de ter zake geldende begrotingsartikelen van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van toepassing. De subsidie is 50% loongevoelig en 50% prijsgevoelig."