



108929 - Instemmingsgeschil met de GMR over voorgenomen besluiten tot het aangaan van een duurzame samenwerking met gelijktijdig sluiten van een dienstverleningscontract. Het bevoegd gezag krijgt toestemming de besluiten te nemen.

UITSPRAAK

in het geding tussen:

het College van Bestuur van de Stichting De Haagse Scholen, gevestigd te Den Haag, verzoeker,
hierna te noemen het bevoegd gezag
gemachtigde: de heer mr. H.J. Brouwer

en

de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad van De Haagse Scholen te Den Haag, verweerder,
hierna te noemen de GMR
gemachtigde: de heer mr. J.P.L.C. Dijkgraaf

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Bij verzoekschrift van 29 augustus 2019, ingekomen op 2 september 2019 en aangevuld op 5 september 2019, heeft het bevoegd gezag een instemmingsgeschil aan de Commissie voorgelegd met betrekking tot het voorgenomen besluit tot toetreding tot de Raad van Inbesteders van [het bedrijf] onder gelijktijdige sluiting van een dienstverleningsovereenkomst met [het bedrijf].

Verweerder heeft een verzoekschrift met bijlagen ingediend, ingekomen op 17 oktober 2019. De hoorzitting vond plaats op 19 november 2019.

Namens het bevoegd gezag is verschenen [voorzitter College van Bestuur], bijgestaan door de gemachtigde, de heer mr. H.J. Brouwer.

De GMR werd vertegenwoordigd door [voorzitter GMR], vergezeld door [een adviseur], en bijgestaan door de gemachtigde, de heer mr. J.P.L.C. Dijkgraaf.

2. FEITEN

Het bevoegd gezag houdt in Den Haag 54 scholen voor primair en speciaal openbaar onderwijs in stand, met ruim 14.500 leerlingen. Daarvan zijn er 45 reguliere basisscholen, 6 scholen voor (voortgezet) speciaal onderwijs en 3 scholen voor speciaal basisonderwijs, verspreid door heel Den Haag. Deze scholen kennen een eigen onderwijsconcept, variërend van klassikaal, Dalton, Montessori, OGO tot O4NT en meer.



Het bevoegd gezag maakt voor al zijn scholen gebruik van een glasvezelnetwerk dat eigendom is van en geëxploiteerd wordt door [het bedrijf].

De levering van de glasvezeldiensten is vastgelegd in een dienstverleningsovereenkomst die per 1 augustus 2005 tussen beide stichtingen is gesloten. De overeenkomst heeft een duur van vijftien jaar en eindigt derhalve op 1 augustus 2020.

Het bevoegd gezag is zich gaan oriënteren op een nieuwe overeenkomst, waarbij het veronderstelde dat het vanwege de omvang van het contract een Europese aanbesteding zou moeten organiseren. Omdat [het bedrijf] niet wilde deelnemen als aanbieder in een Europese aanbesteding is een ander voorstel ontwikkeld waarbij geen Europese aanbesteding zou hoeven plaats vinden. Dit voorstel hield in dat een viertal onderwijsorganisaties, waaronder Stichting De Haagse Scholen, zou toetreden tot een zogeheten Raad van Inbesteders van [het bedrijf]. Daarbij zouden de deelnemende onderwijsorganisaties een convenant sluiten op grond waarvan zij gezamenlijk toezicht uitoefenen op [het bedrijf].

In juni 2018 heeft het bevoegd gezag het voorstel om toe te treden tot deze Raad en het convenant te sluiten, voorgelegd aan de GMR. Na overleg tussen partijen heeft de GMR bij brief van 6 december 2018 aan het bevoegd gezag meegedeeld dat hij geen instemming aan het voorstel verleent.

Na overleg met de GMR heeft het bevoegd gezag op 6 juni 2019 een nieuw voorstel ter instemming aan de GMR voorgelegd. Dit voorstel hield in dat het bevoegd gezag zou toetreden tot de Raad van Inbesteders, maar dan niet met het gelijktijdig aangaan van een convenant met de andere onderwijspartijen. Daarvoor in de plaats zou een dienstverleningsovereenkomst komen tussen het bevoegd gezag en [het bedrijf].

Bij brief van 3 juli 2019 aan het bevoegd gezag heeft de GMR meegedeeld ook dit voorstel niet goed te keuren, maar dat hij wel openstaat voor een marktverkenning. Daarop heeft het bevoegd gezag bij brief van 9 juli 2019 aan de GMR meegedeeld dat hij zijn voorstel wenst om te zetten in een definitieve overeenkomst met [het bedrijf]. Het bevoegd gezag heeft daarbij verder overleg aangeboden.

Bij brief van 19 juli 2019 aan het bevoegd gezag heeft de GMR gesteld dat hem instemmingsrecht toekomt en dat hij zijn instemming aan het voorstel heeft onthouden.

Het bevoegd gezag heeft hierop op 29 augustus 2019 het instemmingsgeschil bij de Commissie ingediend.

3. STANDPUNTEN VAN PARTIJEN

GMR

Er is sprake van het aangaan, verbreken of belangrijk wijzigen van duurzame samenwerking met een of meer onderwijsinstellingen. Volgens artikel 21 sub I van het reglement van de GMR van de Haagse Scholen (verder: GMR-reglement) heeft de GMR hierop instemmingsrecht. In dit artikel staat: "het bevoegd gezag behoeft instemming voor het besluit tot het aangaan, verbreken of belangrijk wijzigen van een duurzame samenwerking met een andere onderwijsinstelling, dan wel vaststelling of wijzigen van het beleid terzake". De toepassing van artikel 21 sub I GMR-reglement blijkt uit het feit dat er sprake is van het aangaan van een rechtsverhouding en een duurzame samenwerking met andere onderwijsinstellingen. Zonder de Raad van Inbesteding, die bestaat uit een aantal onderwijsinstellingen, zou er geen mogelijkheid zijn onder de verplichte Europese aanbesteding uit te komen.



Daarbij komt dat door het voorgenomen besluit van het bevoegd gezag medewerkers van het bevoegd gezag gaan deelnemen aan het technisch comité, dat de Raad van Inbesteders gaat informeren over technische aspecten van de bedrijfsvoering van een leverancier van glasvezeldiensten. Dit behoort niet tot de kerntaken van het bevoegd gezag.

Het bevoegd gezag heeft ook geen deugdelijke kostenvergelijking aan de hand van een programma van eisen gemaakt; wellicht wordt de Europese aanbestedingsnorm niet overschreden en dan is de voorgestelde constructie niet nodig. Evenmin is dan ook zeker of er kosten worden bespaard.

Niet duidelijk is of de samenwerking past in het beleid van het bevoegd gezag en of dit bijdraagt aan het ambitieniveau op het terrein van ICT. Met het tekenen van de overeenkomst legt het bevoegd gezag zich voor een te lange tijd vast, namelijk voor wel veertien jaar, terwijl de technische ontwikkelingen met betrekking tot internetvoorziening snel gaan. De capaciteit van het netwerk lijkt ook te groot; er moet gekeken worden naar aanbieders die passen bij de reële behoeften van de scholen van het bevoegd gezag.

In de gekozen constructie kan het bevoegd gezag geen invloed uitoefenen op het beleid van [het bedrijf]. Uit hoofde van de dienstverleningsovereenkomst moet het bevoegd gezag de belangen dienen van [het bedrijf] en niet die van de scholen. In de overeenkomst staat immers dat de Haagse Scholen zich committeren aan de besluiten van de Raad van Inbesteding.

In tegenstelling tot wat het bevoegd gezag meent, is kennisontwikkeling over glasvezel niet nodig. Verder zijn er nu weliswaar geen overstapkosten verschuldigd, maar deelname aan de Raad van Inbesteding betekent dat onvoorziene kosten in de toekomst kunnen optreden. Eventuele financiële problemen van [het bedrijf] kunnen afstralen op de deelnemende Haagse Scholen en deze problemen kunnen ook ontstaan in de nieuwe situatie waarin niet wordt deelgenomen aan [het bedrijf], maar wel wordt meegedaan.

Bevoegd gezag

Partijen verschilden aanvankelijk van mening over de vraag of de GMR advies- dan wel instemmingsrecht had met betrekking tot het voorgenomen besluit tot het aangaan van het dienstverleningsovereenkomst. Omdat de GMR meent dat hij instemmingsrecht heeft en het bevoegd gezag een (nieuw) dispuut hierover wil voorkomen, heeft hij dit geschil voorgelegd als een instemmingsgeschil.

In het voorstel aan de GRM zijn als belangrijkste argumenten voor het aanbod van [het bedrijf] genoemd de grote tevredenheid met de bestaande dienstverlening, de in vergelijking met de markt buitengewoon goede prijs/kwaliteitverhouding, de mogelijkheid om binnen de samenwerking kennis te ontwikkelen en invloed te hebben op het strategisch beleid van [het bedrijf], waaronder het prijsbeleid, en het achterwege blijven van grote eenmalige investeringen die met de overgang naar een nieuwe aanbieder gepaard zouden gaan.

Toetreding tot de Raad van Inbesteders behoort weliswaar niet direct tot de kerntaken van de Stichting Haagsche Scholen, maar indirect wel omdat het gaat om bijdragen aan verwezenlijking van het doel van de organisatie, gelegen in instandhouding van de scholen, goed onderwijs en algemene toegankelijkheid.

Andere aanbieders hebben wellicht meer kennis in huis dan [het bedrijf], maar dat laat onverlet dat [het bedrijf] toegang heeft tot de benodigde kennis. Daarbij staat de flexibiliteit van [het bedrijf] buiten kijf en de internetcapaciteit die geboden zal worden, is ruim voldoende. De prijs die [het bedrijf] rekent, is aanmerkelijk lager dan in de markt te verwachten is. Daarbij gaat het



om zeer grote prijsverschillen. Voorzichtig geschat is er een voordeel van minimaal € 400.000,- op jaarbasis, nog los van het feit dat geen eenmalige migratiekosten gemaakt hoeven te worden. Het voorstel van de GMR om verdere marktverkenning te doen, kost te veel tijd en geld. De duur van het contract (tien jaar) is niet te lang en bovendien marktconform. Voor verdere marktverkenning moet dan voor alle 70 gebouwen een schatting worden gemaakt en dat is niet haalbaar binnen afzienbare tijd.

De prijsontwikkeling van de dienstverlening vindt plaats met invloed van het bevoegd gezag: binnen de Raad van Inbesteders moet over prijsbeleid met volstrekte meerderheid van stemmen worden besloten en het bevoegd gezag heeft op grond van zijn aandeel in de omzet een stemwaarde van ongeveer 30%. Dat levert onmiskenbare invloed op.

Er kan weliswaar een boete worden opgelegd aan het bevoegd gezag bij wanprestatie, maar dit is geen groot risico. De boete kan pas worden opgelegd na een unanieme beoordeling door de andere inbesteders en bovendien heeft het bevoegd gezag via deelname aan het Technisch Comité van [het bedrijf] invloed op de hoogte van boeteclausules.

Tot slot voert het bevoegd gezag aan dat er zwaarwegende omstandigheden zijn die het te nemen besluit rechtvaardigen, namelijk de aanzienlijke kostenbesparing die kan worden bereikt.

4. OVERWEGINGEN VAN DE COMMISSIE

Bevoegdheid en ontvankelijkheid

In geschil is het voorgenomen besluit van het bevoegd gezag tot toetreding tot de Raad van Inbesteders van [het bedrijf] onder gelijktijdige sluiting van een dienstverleningsovereenkomst met [het bedrijf].

Op grond van artikel 21 aanhef en onder l van het GMR-medezeggenschapsreglement behoeft het bevoegd gezag de voorafgaande instemming van de GMR met elk door het bevoegd gezag te nemen besluit met betrekking tot het aangaan, verbreken of belangrijk wijzigen van een duurzame samenwerking met een andere onderwijsinstelling, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake.

In het voorgenomen besluit is de samenwerking van het bevoegd gezag met drie andere onderwijspartijen in de Raad van Inbesteders een cruciaal element. Het afnemen van de diensten van [het bedrijf] is onlosmakelijk verbonden met de deelname aan de Raad van Inbesteders.

Onder deze omstandigheden is het voorgenomen besluit van het bevoegd gezag te beschouwen als een voorgenomen besluit met betrekking tot het aangaan, verbreken of belangrijk wijzigen van een duurzame samenwerking met een andere onderwijsinstelling, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake.

De Commissie is daarom bevoegd van het geschil kennis te nemen. Omdat het verzoek voorts binnen de van 6 weken als genoemd in artikel 32 lid 1 Wms is ingediend, is het bevoegd gezag ontvankelijk in zijn verzoek.

Het voorgenomen besluit

De te sluiten dienstverleningsovereenkomst houdt in dat het bevoegd gezag een samenwerking aangaat voor een periode van tien jaar, waarin het zich ertoe verbindt internetdiensten af te nemen. Het is juist dat alleen voor het eerste jaar de prijs voor deze dienstverlening vaststaat en dat de prijs daarna onzeker is. Doordat het bevoegd gezag deelneemt in de Raad van Inbesteders, heeft het invloed op de nadere vaststelling van de prijs. Het risico op bovenmatige prijsstijging



acht de Commissie niet reëel, omdat de Raad van Inbesteders bestaat uit naar aard en bekostiging gelijksoortige onderwijsinstellingen. Deze overweging geldt ook voor hetgeen de GMR heeft gesteld over het veronderstelde nadeel dat het bevoegd gezag de belangen van [het bedrijf] verplicht zal moeten dienen en de mogelijke toekomstige financiële problemen van [het bedrijf] (inclusief op te leggen boetes) die op het bevoegd gezag zouden kunnen afstralen. Aldus concludeert de Commissie dat de GMR onvoldoende concreet heeft gemaakt dat er reële nadelige (financiële) gevolgen aanwezig zijn.

Over de kostenvergelijking overweegt de Commissie dat het bevoegd gezag op verzoek van de GMR een kostenstaat heeft verstrekt. De GMR heeft niet zozeer de juistheid van deze staat ter discussie gesteld als wel de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten, zoals bijvoorbeeld de benodigde internetcapaciteit. Het is niet aan de GMR om zich op detailniveau uit te spreken over dergelijke uitgangspunten en de Commissie gaat derhalve uit van de juistheid van dit verstrekte overzicht. De daaruit blijkende financiële verschillen zijn zodanig groot en sprekend in het voordeel van [het bedrijf], dat een nadere onderbouwing van de keuze van het bevoegd gezag op dit punt, in dit stadium van het geding niet nodig was.

De vraag of het voorgenomen besluit past in het beleid van het bevoegd gezag en of het bijdraagt aan het ambitieniveau van het bevoegd gezag op het terrein van ICT, acht de Commissie niet van doorslaggevende invloed op de keuze die gemaakt zou moeten worden, nu deze zich louter richt op de keuze voor internetvoorzieningen, die nu eenmaal binnen de instellingen noodzakelijk zijn. Evenmin acht de Commissie van doorslaggevend belang dat medewerkers van het bevoegd gezag, door hun deelname aan het technisch comité dat de Raad van Inbesteders, werkzaamheden gaan verrichten die niet tot de kerntaken van het bevoegd gezag zouden behoren.

Het geheel overziend komt de Commissie tot het oordeel dat de GMR niet in redelijkheid tot het onthouden van instemming heeft kunnen komen, zodat de Commissie het bevoegd gezag toestemming verleent het besluit tot toetreding tot de Raad van Inbesteders van [het bedrijf] onder gelijktijdige sluiting van een dienstverleningsovereenkomst met [het bedrijf], te nemen.

5. BESLISSING

Op grond van bovenstaande overwegingen verleent de Commissie het bevoegd gezag toestemming het besluit tot toetreding tot de Raad van Inbesteders van [het bedrijf] onder gelijktijdige sluiting van een dienstverleningsovereenkomst met [het bedrijf], te nemen.

Vastgesteld te Utrecht op 19 december 2019 door mr. R.W.L. Koopmans, voorzitter,
A.L.M. van Geel en mr. J. Sperleng, leden, in aanwezigheid van mr. J.A. Breunesse, secretaris.

mr. R.W.L. Koopmans
voorzitter

mr. J.A. Breunesse
secretaris

Tegen deze uitspraak staat op grond van artikel 36 lid 1 Wms beroep open bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, Postbus 1312, 1000 BH Amsterdam. Het beroep wordt ingediend bij verzoekschrift binnen een maand nadat de verzoeker in beroep van de uitspraak op de hoogte is gesteld.