

# Sturingsruimte bij toepassing van de delegatie-uitzondering in het aanbestedingsrecht

19 MEI 2023

# Inleiding: aanleiding en vraagstelling

Het Utrechts Archief (HUA) is een gemeenschappelijke regeling momenteel bestaande uit drie deelnemers: de gemeente Utrecht, de provincie Utrecht en het Rijk (OCW). OCW is voornemens uit de gemeenschappelijke regeling te treden. Recent heeft Berenschot de gevolgen van deze uittreding voor de achterblijvende partners uitgebreid geanalyseerd.

Een belangrijk gevolg van de uittreding van OCW is dat het niet langer deelnemer (en daarmee ook niet langer eigenaar) is van de gemeenschappelijke regeling. Op dit moment deelt OCW als eigenaar mee in de risico's die horen bij het eigendom van een regionaal historisch centrum (RHC). Mocht OCW inderdaad uittreden en daarmee niet langer eigenaar zijn, dan is het voor de achterblijvende partners belangrijk om inzicht te hebben in wat dit betekent voor de risicoverdeling. Zeker in het licht van de aanpassingen in de bestuurlijk-juridische structuur van de samenwerking, die het resultaat zijn van de uittreding van OCW.

Na het opleveren van de rapportage, resteerden voor de achterblijvende partijen twee vragen.

## *Vraag 1: verkenning risico's*

Gevraagd aan Berenschot is om te verkennen of de risico's die horen bij het eigendom van een regionaal historisch centrum (in dit geval Het Utrechts Archief) op dit moment goed in beeld zijn, en waar nodig het risicoregister aan te vullen. Dit heeft geresulteerd in een tussenrapportage met daarin een expertbeoordeling op de risico's en bijbehorende beheersingsmaatregelen. Deze rapportage is eerder opgeleverd.

## *Vraag 2: verdiepende analyse van de sturingsruimte bij overdracht van bevoegdheden (deze rapportage)*

Uit het eerdere adviesrapport van Berenschot bleek dat als gekozen wordt voor het voortzetten van HUA als gemeenschappelijk regeling, de huidige aanbestedingsrechtelijke uitzondering (quasi-inbesteding) niet langer voldoet. Als meest kansrijke alternatief kwam de overdracht van bevoegdheden (ook bekend als de delegatie-uitzondering) naar voren. De tweede vraag was om concreet te maken wat de toepassing van deze uitzondering betekent voor de sturingsmogelijkheden van de achterblijvende partners. Daarbij zijn de uitkomsten van de verkenning van de risico's (zie bij vraag 1) meegenomen. Deze vraag wordt in deze rapportage beantwoord.

# Inleiding: context van deze rapportage

## De relatie van deze rapportage met eerdere rapportages en analyses

Deze rapportage is opgesteld na oplevering van de Berenschotrapportage 'toekomstscenario's voor de organisatie van het Utrechts Archief' (d.d. 6 februari 2023). Deze rapportage is een integrale analyse van een aantal toekomstscenario's. Voor, tijdens en na het proces om tot deze rapportage te komen, kwamen een aantal juridische vraagstukken naar boven. Deze vraagstukken zijn geanalyseerd in de volgende notities en memo's:

- het aanbestedingsadvies Het Utrechts Archief (HUA) van StraatmanKoster (d.d. 24 november 2021)
- Het aanvullend memo n.a.v. juridische expertsessie waarvan Berenschot penvoerder was en die is opgesteld in afstemming met Rob de Greef, de juristen van de provincie Utrecht en de gemeente Utrecht, en waarop een second opinion is uitgevoerd door StraatmanKoster (d.d. 8 september 2022)
- de oplegger n.a.v. juridische expertsessie met de gemeente Haarlem die een appreciatie bevat van een second opinion van Maasdam cs. door de juristen van Haarlem, de provincie Utrecht en Berenschot (d.d. 22 februari 2023).

Verder heeft StraatmanKoster een notitie geschreven op basis van een eerdere versie van deze rapportage. Deze notitie is bij deze rapportage gevoegd.

De onderhavige rapportage heeft niet ten doel om iets toe te voegen aan de bestaande juridische analyses. Het is gericht op het vertalen van deze analyses naar de dagelijkse praktijk van bestuurders en volksvertegenwoordigers. De juridische onderbouwing van deze vertaalslag staan in de vier hier boven genoemde memo's en notities.

Voor deze concretisering wordt gebruik gemaakt van risicoscenario's. Deze scenario's zijn gebaseerd op risico's die zich mogelijk binnen HUA kunnen voordoen en waar bestuur en politiek vervolgens iets mee moeten. Het zijn *what if* scenario's die inzichtelijk maken welke sturingsmogelijkheden voorhanden zijn. Dit is nodig om nu een besluit te kunnen nemen over de bestuurlijke en juridische inrichting van HUA. Bovendien kan het helpen om - indien een risicoscenario zich in de toekomst voordoet - een eerste indicatie te hebben van de sturingsmogelijkheden. Tegelijkertijd geldt dat in dat geval een meer precieze analyse van de situatie en het vigerende recht noodzakelijk is om de sturingsmogelijkheden vast te stellen.

# Inleiding: doel en onderbouwing van de rapportage

## Het doel van deze rapportage

De vraagstelling van deze rapportage raakt aan een complexe juridische discussie. Deze juridische discussie gaat over de gevolgen van de toepassing van een andere aanbestedingsrechtelijke uitzondering op de sturingsmogelijkheden van bestuurders en volksvertegenwoordigers op HUA. Deze juridische discussie is om twee redenen complex. In de eerste plaats komen in de discussie aanbestedingsrecht en bestuurlijk organisatierecht samen. Deze rechtsgebieden sluiten niet altijd goed op elkaar aan. In de tweede plaats is de betreffende aanbestedingsrechtelijke uitzondering zeker nog niet uitgekristalliseerd.

Tegelijkertijd is belangrijk dat bestuurders van HUA de gevolgen van de toepassing van een andere aanbestedingsrechtelijke uitzondering mee kunnen wegen in hun besluitvormingsproces. Dit betekent dat de complexe juridische discussie over aanbestedingsrechtelijke uitzonderingen moet worden vertaald naar de politiek-bestuurlijke praktijk van colleges, staten en raden. Deze vertaalslag is het doel van deze rapportage.

## Opzet van de rapportage en bijlagen

De rapportage kent de volgende opbouw.

- *Definitie kernbegrippen.* Eerst wordt uitgewerkt wat de relatie is tussen de sturingsruimte van bestuurders en volksvertegenwoordigers op HUA en de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke uitzondering.
- *Overkoepelende analyse.* Vervolgens wordt antwoord gegeven op de vraag hoe de sturingsruimte van bestuurders en volksvertegenwoordigers verandert wanneer een andere aanbestedingsrechtelijke uitzondering wordt toegepast.
- *Praktische toepassing.* Daarna volgen een aantal slides waarin deze verandering in sturingsruimte concreet wordt gemaakt aan de hand van een aantal risicoscenario's. Deze risicoscenario's zijn gebaseerd op de risicoanalyse die eerder is opgeleverd (zie vraag 1, vorige slide).

Bij de rapportages zijn twee bijlagen gevoegd.

- een matrix waarin de risicoscenario's verder zijn uitgewerkt;
- een second-opinion van StraatmanKoster op de conclusies van deze rapportage.

# Definitie kernbegrippen (1/2)

## Wat verstaan we onder sturingsruimte?

Uit de politieke en juridische verantwoordelijkheid van de college en raad van de gemeente en gedeputeerde staten en provinciale staten van de provincie volgt een sturingsbehoefte. Om in deze sturingsbehoefte te voorzien, kent de huidige gemeenschappelijke regeling bevoegdheden toe. Deze bevoegdheid biedt ruimte om te sturen. Bij het gebruikmaken van deze sturingsruimte moeten bestuurders en politici zich houden aan de wettelijke kaders, waaronder de voorwaarden om gebruik te maken van de aanbestedingsrechtelijk uitzondering delegatie (overdracht van bevoegdheden).

## Quasi-inbesteding: de huidige uitzonderingsgrond

De huidige samenwerking stoelt op de quasi-inbestedingsuitzondering. In dit geval hoeft een opdracht niet te worden aanbesteed omdat de grip van de deelnemers van HUA zo groot is, dat het aanbestedingsrecht het behandelt alsof de taak wordt verleend binnen de organisatie van de deelnemers ("quasi" inbesteed). Deze grip is groot omdat voldaan wordt aan het toezichtscriterium (de deelnemers van de gemeenschappelijke regeling houden toezicht op HUA als ware het een eigen dienst onderdeel) en het merendeel-criterium (meer dan 80% van de activiteiten binnen HUA wordt verricht voor de deelnemers aan HUA).

# Definitie kernbegrippen (2/2)

## Delegatie-uitzondering: de mogelijk nieuwe uitzonderingsgrond

Bij delegatie hoeft een opdracht niet te worden aanbesteed omdat HUA de bevoegdheid zelfstandig en op eigen verantwoordelijkheid uitoefent en bepaalt en regelt hoe de economische activiteiten die in het kader van de openbare taak aan de orde zijn, worden verricht. Daarmee verwordt HUA bij het toepassen van delegatie geen contractpartner maar een autonome organisatie.

Delegatie wordt in EU-aanbestedingsrechtelijke zin invulling gegeven door 'overdracht van taken en bevoegdheden'. Het *Remondis*-arrest formuleert dat dit impliceert dat:

- *"de overheidsinstantie waaraan een bevoegdheid wordt overgedragen (in dit geval HUA), de macht heeft om het verrichten van de taken waarvoor die bevoegdheid is verleend te organiseren en de voor die taken geldende bepalingen vast te stellen"* (rn. 49)
- *"de overheidsinstantie waaraan een bevoegdheid wordt overgedragen [...] over een financiële autonomie beschikt die haar in staat stelt die taken te financieren"* (rn. 49)
- *"elke inmenging in de concrete wijze van uitvoering van de onder de overgedragen bevoegdheid vallende taken"* is uitgesloten (rn. 52)

Van delegatie in aanbestedingsrechtelijke zin is geen sprake indien *"de aanvankelijk bevoegde overheidsinstantie [...] zich het financiële toezicht op die taken voorbehoudt of de voorgenomen beslissing [...] vooraf moet goedkeuren"* (rn. 49)

# Overkoepelende analyse

Bij toepassing van de delegatie-uitzondering blijft de rol van het DB van HUA hetzelfde. Belangrijk om te onthouden is dat de DB-leden zitting hebben als bestuurder van HUA en niet als bestuurder van de provincie of de gemeente. De leden van het AB zitten er namens de provincie en de gemeente. Echter, gelet op het *Remondis*-arrest (zie vorige slide), nemen de sturingsmogelijkheden voor het AB richting het DB af. Dit werkt door in:

- het invloed uitoefenen op het programma van eisen voor een aanbesteding in het kader van de digitale transformatie (*inmenging in de concrete wijze van uitvoering*)
- de vraag hoe om te gaan met het faillissement van softwarepartijen of een ransomware- of virusaanval op de ICT-systemen van HUA, waardoor de operatie vastloopt en meer dan zes maanden niet beschikbaar (*deze macht is overgedragen*)
- de mogelijkheid om regels te stellen over de inrichting begroting van HUA wanneer het Rijk eenzijdig besluit haar bijdrage lager vast te stellen (*HUA beschikt over financiële autonomie*)
- in te grijpen wanneer HUA een frauderende medewerker niet ontslaat (*deze macht is overgedragen*)

De sturingsmogelijkheden voor de colleges van GS en B&W en PS en de raad zijn direct afhankelijk van de mate waarin het AB kan sturen.

Kortom, met de afname van de sturingsmogelijkheden van het AB nemen ook de sturingsmogelijkheden van de colleges en volksvertegenwoordiging af. Dit is in zichzelf een belangrijke overweging. Aanvullend daarop is onze conclusie dat om twee redenen vooral de positie van de DB-leden problematisch is.

1. *De relatie tussen HUA-bestuurder zijn en het vertrouwensbeginsel.*  
Een complex probleem ontstaat doordat de DB-leden over de band van het vertrouwensbeginsel een relatie met de volksvertegenwoordiging hebben en als bestuurder van HUA moeten handelen in het belang van HUA. Het is in theorie mogelijk dat de volksvertegenwoordiging het vertrouwen opzegt voor iets dat een bestuurder als DB-lid moest doen in het belang van HUA. Of andersom geredeneerd, dat een DB-lid om het vertrouwen van de volksvertegenwoordiging te behouden, iets doet dat niet in het belang van HUA is, en dus als bestuurder van HUA aangesproken kan worden. Dit zijn situaties waarin DB-leden het niet goed *kunnen* doen.
2. *De combinatie lidmaatschap DB en AB.* Omdat bestuurders het lidmaatschap met het AB en het DB combineren, ontstaat de situatie dat dezelfde persoon in de ene hoedanigheid (als DB-lid) bepalende invloed kan uitoefenen op HUA om vervolgens als AB-lid beperkt te worden.

# Praktische toepassing op risicoscenario's

## Werken met risicoscenario's

Tijdens het overleg met de opdrachtgever van 22 februari zijn – op basis van een eerder opgeleverde risicoanalyse, drie risico's geselecteerd voor nadere juridische analyse.

1. Risico's rondom digitale transformatie
2. Het risico op verlaging van de structurele bijdrage vanuit het Rijk
3. Risico's rondom fraude en sociale veiligheid

Dezer risico's hebben we uitgewerkt naar scenario's. Dit zijn fictieve situaties waarin dit risico zich concreet manifesteert.

**BELANGRIJK:** het feit dat deze scenario's zijn geselecteerd, betekent niet dat er aanwijzingen zijn dat deze scenario's zich snel voordoen. Het zijn scenario's die vanuit politiek-bestuurlijk oogpunt als relevant worden gezien door de achterblijvende partners.

## Analyse van de sturingsmogelijkheden wanneer een risicoscenario's zich voordoet

Doel van deze analyse is om tot een inschatting te komen wat de sturingsmogelijkheden zijn wanneer een risicoscenario zich voordoet.

Deze inschatting wordt in drie stappen gemaakt:

- Stap 1: de inschatting wat de sturingsbehoefte is, mocht het risicoscenario zich voordoen.
- Stap 2: een analyse van de sturingsmogelijkheden in de huidige situatie (quasi-inbesteding)
- Stap 3: een analyse van de sturingsmogelijkheden in de situatie dat gekozen wordt voor de toepassing van een andere aanbestedingsrechtelijke uitzondering (delegatie-uitzondering).

## Samenloop met matrix

De analyse in deze Powerpoint is een samenvatting van de meer uitgebreide analyse in de matrix.



# Praktische toepassing op digitale transformatie (1/3)

## Drie risicoscenario's rondom digitale transformatie

Voor de juridische analyse komen we tot drie risicoscenario's rondom digitale transformatie:

- de implementatie van het E-depot door HUA mislukt, waardoor een nieuwe aanbesteding moet worden uitgevoerd (voorbeeld 1).
- de twee kleinere softwarepartijen waar HUA mee werkt (van het MAIS-Flexis systeem en van Preservica) gaan failliet (voorbeeld 2).
- vanwege een storing of een ransomware- of virusaanval zijn de ICT-systemen van HUA meer dan zes maanden niet beschikbaar (voorbeeld 3).

## Inschatting sturingsbehoefte (gelijk in alle voorbeelden)

- Bestuurders moeten zich over hun inzet als bestuurder van HUA verantwoorden richting raad en staten,
- Dit betekent in de eerste plaats: sturing op de manier waarop de digitale transformatie wordt vormgegeven, en de aanbesteding en contractering van softwarepartijen,
- In de tweede plaats gaat het hier om het sturen op het tussentijds sturen op het proces van realisatie van digitale transformatie,
- In de derde plaats kunnen sturen op de manier waarop de digitale transformatie in de praktijk vorm krijgt en wordt geïmplementeerd.

## Huidige sturingsmogelijkheden voor aanbesteding en contractering (voorbeeld 1)

- het DB heeft bepalende invloed op de selectie en contractering van externe partijen die een rol spelen in de digitale transformatie,
- het AB houdt toezicht op het aangaan van deze contracten door het DB en kan zich in de discussie mengen over bijvoorbeeld het programma van eisen van de aanbesteding,
- GS en B&W kunnen via het AB invloed uitoefenen en via hen kunnen PS en Raad invloed uitoefenen.

## Sturingsmogelijkheden voor aanbesteding en contractering bij toepassing delegatie-uitzondering (voorbeeld 1)

- voor het DB verandert niets, maar de betrokken leden krijgen een complexe rol omdat ze ook zitting hebben als AB-lid,
- het AB schendt de voorwaarden voor toepassing van de delegatie-uitzondering indien ze zich mengt in bijvoorbeeld het vaststellen van een programma van eisen voor een aanbesteding,
- doordat het AB sturingsmogelijkheden verliest, verliezen ook GS en B&W en ook PS en raad de mogelijkheid om te sturen.

# Praktische toepassing op digitale transformatie (2/3)

## Huidige sturingsmogelijkheden voor sturing op implementatie (voorbeeld 2)

- het DB heeft bepalende invloed op de dagelijkse gang van zaken bij HUA en kunnen hierover regels stellen,
- het AB houdt toezicht op de dagelijkse gang van zaken en de regels die het DB stelt, en kan zich hierover in de discussie mengen indien nodig,
- GS en B&W kunnen via het AB invloed uitoefenen en via hen kunnen PS en Raad invloed uitoefenen.

## Sturingsmogelijkheden voor sturing op implementatie bij toepassing delegatie-uitzondering (voorbeeld 2)

- voor het DB verandert niets, maar de betrokken leden krijgen een complexe rol omdat ze ook zitting hebben als AB-lid,
- het AB schendt de voorwaarden voor toepassing van de delegatie-uitzondering indien ze zich mengt in de dagelijkse gang binnen HUA.
- doordat het AB sturingsmogelijkheden verliest, verliest ook GS en B&W en ook PS en raad de mogelijkheid om te sturen

# Praktische toepassing op digitale transformatie (3/3)

## Huidige mogelijkheden tot sturing vanwege faillissement softwareleverancier (voorbeeld 3)

- het DB heeft beslissende bevoegdheid om reserves aan te wenden en nieuwe software leveranciers te benaderen. Daarnaast heeft het DB de bevoegdheid om een nieuwe begroting voor te bereiden voor vaststelling in het AB,
- het AB houdt toezicht op het benaderen van een nieuwe software leverancier en kan zich zo nodig mengen in de discussie. De deelnemers aan de GR, vertegenwoordigd in het AB, voorzien in voldoende middelen, en kunnen nadere regels over het financieel en materieel beheer, en de inrichting van de begroting stellen,
- GS en B&W kunnen via het AB invloed uitoefenen en via hen kunnen PS en Raad invloed uitoefenen.

## Mogelijkheden tot sturing vanwege faillissement softwareleverancier bij toepassing delegatie-uitzondering (voorbeeld 3)

- voor het DB verandert niets, maar de betrokken leden krijgen een complexe rol omdat ze ook zitting hebben als AB-lid,
- het AB kan zich, als toezichthouder, niet meer mengen in de keuze van een nieuwe software leverancier. Verder dragen de de gemeente en de provincie het volledige (financiële) risico omdat zij de plicht behouden het openbare lichaam te voorzien van voldoende middelen. De deelnemers kunnen geen nadere regels meer stellen aan het financieel beheer of de begroting omdat deze macht is overgedragen aan HUA om aan de eisen voor de delegatie-uitzondering te voldoen. De kosten zijn voor de achterblijvende deelnemers en hierop kan niet worden gestuurd,
- GS en B&W kunnen via het AB invloed uitoefenen en via hen kunnen PS en Raad invloed uitoefenen.

# Praktische toepassing op verlaging van de structurele bijdrage vanuit het Rijk

## Het risicoscenario

Het Rijk moet bezuinigen en besluit de specifieke uitkering met 50% af te bouwen

## Inschatting sturingsbehoefte

- Bestuurders moeten zich over de kosten van HUA kunnen verantwoorden richting raad en staten.
- Dit betekent dat bestuurders de behoefte hebben om te sturen de kosten en de begroting van HUA.

## Huidige sturingsmogelijkheden

Een eenzijdige verlaging van de bijdrage door één van de partijen is in de huidige situatie niet mogelijk. In de huidige situatie dragen de deelnemers gezamenlijk zorg voor voldoende middelen voor het openbaar lichaam. In geval één van de partijen -in dit scenario: het Rijk- voornemens is om de bijdrage structureel te verlagen, leidt dit tot een onderhandeling van deelnemers over de begroting. Het AB moet de begroting unaniem vaststellen, waardoor vaststelling kan worden uitgesteld totdat de begroting weer sluitend is. Daarbij kunnen deelnemers in de huidige situatie nog nadere regels stellen over het financieel en materieel beheer, en de inrichting van de begroting.

## Sturingsmogelijkheden bij toepassing delegatie-uitzondering

In de nieuwe situatie doet zich in dit risicoscenario het volgende voor:

1. Allereerst kan het Rijk in de nieuwe situatie dit besluit eenzijdig nemen. Het Rijk is namelijk niet langer deelnemer in de gemeenschappelijke regeling en zit daardoor ook niet meer in het bestuur van het openbaar lichaam. Zodoende kan het Rijk dit besluit nemen zonder dat zij gebonden is aan een vaststelling van de begroting in het AB. Omdat de provincie en gemeente nog wel deelnemer zijn, zullen zij zorg dragen voor het beschikbaar stellen van voldoende middelen aan het openbare lichaam. Dit legt een extra (financiële) last neer bij de achterblijvende deelnemers.
2. Daarbij aanvullend zal een dergelijk besluit van het Rijk betekenen dat de begroting van het openbare lichaam moet worden aangepast. Echter, bij het toepassen van delegatie door de provincie en de gemeente kunnen zij géén regels meer stellen inzake hoe de begroting moet worden ingericht. Doen ze dit wél, dan is het openbare lichaam niet langer financieel autonoom (een randvoorwaarde om delegatie toe te kunnen passen). In dit risicoscenario hebben de deelnemers dus geen sturingsmogelijkheden. Achterblijvende deelnemers zullen het gat in de begroting moeten dichten met extra middelen.

# Praktische toepassing op fraude en sociale veiligheid

## **Twee risicoscenario's rondom fraude en sociale veiligheid**

Om de analyse te concretiseren werken we met de volgende twee risicoscenario's rondom fraude en sociale veiligheid (voor de volledigheid tekenen we daarbij aan dat uit onze risicoanalyse blijkt dat HUA formele maatregelen en soft controls heeft ingesteld om dit voorkomen).

- tijdens de accountantscontrole komt grootschalige fraude van een lid van het MT van HUA aan het licht
- er komt mediaberichtgeving over een onveilige werksfeer binnen HUA

## **Vertaling naar sturingsbehoefte**

- Bestuurders moeten zich als bestuurder HUA kunnen verantwoorden richting raad en staten over hetgeen zich in de organisatie afspeelt.
- Dit betekent dat bestuurders willen kunnen sturen op regels voor de organisatie, de accountantscontrole en het al dan niet kunnen schorsen of ontslaan van medewerkers.

## **Huidige sturingsmogelijkheden**

Het DB heeft de bevoegdheid regels vast te stellen over de ambtelijke organisatie van Het Utrechts Archief, waaronder regels omtrent sociale veiligheid of aandachtspunten voor de accountant. Het DB heeft ook de bevoegdheid ambtenaren te schorsen, en in het uiterste geval te ontslaan.

Het AB houdt toezicht op het DB, en kan zich in de discussie over schorsing en ontslag mengen. Daarbij kunnen deelnemers zich in de discussie over regels voor de ambtelijke organisatie mengen en nadere aandachtspunten voor de accountantscontrole stellen.

## **Sturingsmogelijkheden bij toepassing delegatie-uitzondering**

Het DB behoudt de bevoegdheden die ze nu heeft. In het geval het DB er voor kiest niet over te gaan tot schorsing of ontslag, dan kan het AB zich niet langer in de discussie mengen. Ook kan het AB zich niet mengen in het vaststellen van regels over de ambtelijke organisatie. Deze macht is immers overgedragen aan HUA. Het AB zal hier niet meer op kunnen sturen. Tevens kunnen er door de achterblijvende deelnemers geen nadere aandachtspunten voor de accountantscontrole worden gesteld omdat Het Utrechts Archief financieel autonoom dient te zijn.

Het is in dergelijke scenario's mogelijk dat Provinciale Staten of de Gemeenteraad de Gedeputeerde Staten resp. het College B&W onder druk zet om een bestuurder te ontslaan voor iets dat voorvalt wat onder zij of haar verantwoordelijkheid als DB-lid valt op basis van het vertrouwensbeginsel.