

# Het bestuurlijk-juridisch dilemma rond de uittreding van het Rijk uit het Utrechts archief

Nota van bevindingen met juridische notitie

1 DECEMBER 2022

# Inleiding

## Waarom deze nota van bevindingen met juridische notitie?

Sinds mei 2022 doet Berenschot onderzoek naar de gevolgen van de uittreding van OCW uit de gemeenschappelijke regeling het Utrechts Archief (HUA).

Tijdens het onderzoek kwam een bestuurlijk-juridisch dilemma naar voren:

- de uittreding van OCW leidt ertoe dat de bestaande juridische constructie van HUA (quasi-inbesteding) niet langer aan de eisen voldoet,
- mogelijke oplossingen voor dit juridische probleem stuiten op operationele, financiële, bestuurlijke of juridische consequenties die de gemeente Utrecht en de provincie Utrecht, als achterblijvende partners, voor een bestuurlijk-juridisch dilemma plaatsen.

Op verzoek van de opdrachtgever heeft Berenschot in deze nota van bevindingen dit dilemma beknopt uitgewerkt. Ter nadere onderbouwing is een juridische notitie toegevoegd.

## Deze nota van bevindingen is een tussenproduct binnen het onderzoek naar toekomstscenario's voor de organisatie van de HUA-taken

Vanwege het aankondigde uittreden van OCW voert Berenschot sinds mei 2022 een onderzoek uit naar toekomstscenario's voor de organisatie van de HUA-taken. Het doel van dit onderzoek is:

- te verkennen wat deze uittreding betekent voor de achterblijvende deelnemers van HUA,
- de achterblijvende partijen te ondersteunen om samen tot besluitvorming te komen over de toekomst van de samenwerking.

Het onderzoek kende de volgende fasering:

- Fase I: een analyse van vijf toekomstscenario's op operationele, financiële, juridische en bestuurlijke consequenties.
- Fase II: een nadere verkenning uitgevoerd van drie door het bestuur geselecteerde toekomstscenario's;
- Fase III: ondersteuning besluitvorming en uitwerking van een voorkeursscenario.

Op de volgende sheet staat de voorlopige indeling van de conceptrapportage voor het onderzoek.

# Opzet rapportage in één beeld



# Redeneerlijn van deze nota van bevindingen

1. Door de uittreding van OCW is quasi-inbesteding niet langer mogelijk

2. Het zoeken naar nieuwe deelnemers om quasi-inbesteding mogelijk te houden, is geen haalbaar alternatief

3. Voor de achterblijvende partijen leidt de toepassing van delegatie tot majeure financiële, bestuurlijke en juridische risico's

4. Het integreren van HUA in de gemeente kost tijd en levert kosten, extra inzet en veel onzekerheid op voor de gemeente Utrecht en HUA

5. De uittreding van OCW levert voor de achterblijvende partners een bestuurlijk-juridisch dilemma op

Onderliggende juridische analyse in bijgevoegde juridische notitie

# Redeneerstap 1: quasi-inbesteding niet langer mogelijk

Door de uittreding van OCW uit de gemeenschappelijke regeling Het Utrechts Archief (HUA) voldoet de huidige aanbestedingsrechtelijke uitzondering (quasi-inbesteding) niet langer aan de wettelijke eisen. De reden is als volgt:

- Nu OCW nog deelnemer is in de gemeenschappelijke regeling, wordt er binnen het aanbestedingsrecht gebruik gemaakt van de quasi-inbesteding uitzondering.
- Van deze uitzondering kan gebruik worden gemaakt omdat in de huidige situatie ten minste 80% van de activiteiten van HUA (bezien naar omzet) vanuit de gezamenlijke bijdrage van de deelnemers aan de GR komt.
- Doordat OCW uittreedt, en de financiële bijdrage omvormt naar een specifieke uitkering (SPUK) ter grote van ca. 38% van de begroting, komt de gezamenlijke bijdrage van de achterblijvende deelnemers (provincie en gemeente tezamen) onder de 80% te liggen.
- Daardoor kan door de provincie Utrecht en de gemeente Utrecht voor de HUA-taken niet langer gebruik worden gemaakt van de uitzondering die quasi-inbesteding biedt.

1. Door de uittreding van OCW is quasi-inbesteding niet langer mogelijk

## Redeneerstap 2: meer deelnemers biedt geen alternatief

Er is onderzocht of het uitbreiden van het aantal deelnemers ertoe leidt dat de bijdrage van de deelnemers van HUA de drempel van 80% van de omzet overschrijdt. In dat geval blijft quasi-inbesteding mogelijk. Dit blijkt echter geen haalbaar alternatief:

- Om deze opzet te laten slagen in de situatie van HUA moeten de nieuwe deelnemers € 6.411.907 inbrengen.
- Uit onze analyse blijkt dat wanneer de gemeente Utrecht en de provincie Utrecht alle gemeenten binnen de provincie ervan weten te overtuigen om deelnemer te worden in HUA, dit leidt tot een bijdrage van tussen de €2.500.000 en €3.000.000. Dit is minder dan de helft van het benodigde bedrag.
- Het fuseren met andere RHC's is eveneens niet zinvol omdat deze ieder ook een eigen SPUK meenemen. Dit zal het te overbruggen bedrag des te meer verhogen.

2. Het zoeken naar nieuwe deelnemers om quasi-inbesteding mogelijk te houden, is geen haalbaar alternatief

## Redeneerstap 3: delegatie levert risico's op

Het voortzetten van de gemeenschappelijke regeling HUA is met een andere aanbestedingsrechtelijke constructie mogelijk. Uit de bijgevoegde juridische analyse blijkt dat delegatie hiertoe (vanuit juridisch perspectief) de meest reële constructie is.

Echter, uit de juridische analyse blijkt ook dat delegatie erin resulteert dat (zie verder de bijgevoegde juridische notitie):

- de achterblijvende partijen (colleges, raad en staten) aanmerkelijk beperkt worden in hun sturingsmogelijkheden op zowel de bestuurlijke aspecten als de financiën van HUA;
- bestuurders van de achterblijvende partijen moeten werken met een – in de praktijk – ingewikkelde en foutgevoelige scheiding tussen activiteiten als lid van het AB en het DB, deze foutgevoeligheid kan tot onbedoelde onrechtmatige handelingen leiden;
- de achterblijvende partijen (in vergelijking met nu) een groter juridisch risico nemen.

Het is de vraag of de achterblijvende partijen bereid zijn deze financiële, bestuurlijke en juridische risico's te dragen.

3. Voor de achterblijvende partijen leidt de toepassing van delegatie tot majeure financiële, bestuurlijke en juridische risico's

# Redeneerstap 4: tijd en kosten integratie in de gemeente

Ook onderzocht is een scenario waarin de gemeenschappelijke regeling HUA wordt geliquideerd en de gemeente Utrecht de vrijvallende taken van HUA voor zowel de provincie als het Rijk gaat uitvoeren door HUA te integreren in de eigen organisatie.

Dit scenario lost weliswaar het juridische probleem op, maar heeft voor zowel HUA als de gemeente Utrecht belangrijke consequenties:

- de integratie van HUA in de gemeentelijke organisatie kost de achterblijvende partners geld, tijd, menskracht en energie;
- dit scenario vergt aanvullende en duurzame afspraken (bindend en niet-bindend) tussen de gemeente Utrecht, de provincie Utrecht en het Rijk, bijvoorbeeld over de verdeling van operationele en financiële risico's.
- dit scenario levert voor (de medewerkers van) HUA onzekerheid op. Deze onzekerheid ziet onder meer op de positie binnen de gemeente, de arbeidsvoorwaarden, de relatie met andere RHC's en de autonomie van het archief.

4. Het integreren van HUA in de gemeente kost tijd en levert kosten, extra inzet en veel onzekerheid op voor de gemeente Utrecht en HUA



# Redeneerstap 5: bestuurlijk-juridisch dilemma

De uittreding van OCW maakt quasi-inbesteding niet langer mogelijk en dit heeft operationele, financiële, juridische en bestuurlijke consequenties voor de achterblijvende partners.

Daardoor stelt de uittreding de achterblijvende partners voor een ingewikkeld dilemma:

- kiezen voor het voortzetten van de gemeenschappelijke regeling met een andere aanbestedingsrechtelijke constructie leidt tot minder grip op de organisatie, een ingewikkeld bestuurlijk model en meer juridische risico's;
- kiezen voor de integratie in de gemeentelijke organisatie kost geld, menskracht en energie en levert veel onzekerheid op voor HUA en zijn medewerkers.

*In de bijgevoegde juridische notitie wordt vooral de juridische invalshoek van dit bestuurlijk-juridisch dilemma verder uitgewerkt. Deze notitie is het resultaat van een samenwerking tussen de juristen van de provincie Utrecht, de gemeente Utrecht, juristen van Berenschot, Rob de Greef en een second opinion van het advocatenkantoor StraatmanKoster.*

5. De uittreding van OCW levert voor de achterblijvende partners een bestuurlijk-juridisch dilemma op