

Memo

Van: Berenschot Datum: 8 september 2022
Aan: Provincie Utrecht & gemeente Utrecht Status: Vertrouwelijk
Cc:
Onderwerp: Aanvullend memo n.a.v. juridische expertsessie

1. Samenvatting

- 1.1. Dit memo betreft een door de gemeente en provincie gedragen juridische uitwerking van de vraag welke mogelijkheden er zijn om de huidige gemeenschappelijke regeling het Utrechts archief (HUA) in stand te houden. Het algemeen bestuur van HUA heeft hierom gevraagd, meer specifiek met de opdracht om de risico's en consequenties van het toepassen van 1) het alleenrecht, 2) 'delegatie', en 3) het behoud van de quasi-inbesteding ('doorgaan op dezelfde voet') uit te werken.
- 1.2. De juristen van de provincie Utrecht, gemeente Utrecht en Berenschot concluderen dat – juridisch bezien – het overdragen van taken en bevoegdheden bij wijze van delegatie de minst risicovolle manier is in geval het bestuurlijk wenselijk wordt geacht de gemeenschappelijke regeling HUA in stand te houden. Dat laat verder onverlet dat er wel een juridisch risico blijft bestaan. Dit staat verderop in de memo, beschreven bij punten 4.7 en 4.8.
- 1.3. Dit memo is tevens op 15 augustus 2022 voorgelegd aan Straatman Koster voor een tweede lezing op de inhoud. 29 augustus 2022 is Straatman Koster met een reactie op de inhoud van dit memo gekomen. Straatman Koster onderschreef de bevindingen, en plaatste een aantal kanttekeningen en suggesties die onder vermelding zijn verwerkt in deze eindversie van dit memo. De inhoud van dit memo dient zo te worden gelezen dat deze de eerdere notitie van Straatman Koster (kenmerk: DMS10-686906330-724/v 3.2) op een aantal punten aanvult. In dit memo staat vanaf punt 4.3 t/m 4.9 aanvullend uitgewerkt welke scheiding tussen de taken en bevoegdheden belegd bij het algemeen bestuur (AB) en het dagelijks bestuur (DB) van de gemeenschappelijke regeling nodig zijn, om zo de gemeenschappelijke regeling HUA binnen de lijnen van "politieke controle" te krijgen.¹ Tevens staat in dit memo vanaf punt 5.1 t/m 5.7 het toepassen van het alleenrecht aanvullend uitgewerkt.²
- 1.4. Dit memo is beperkt tot een juridische uitwerking in het geval dat de samenwerking van de gemeente en provincie in de gemeenschappelijke regeling HUA in stand blijft. In dit memo zijn dus geen varianten verkend waarbij HUA wordt opgeheven. Ook is een uitwerking van andere perspectieven dan het juridische (bestuurlijk, financieel) buiten beschouwing gelaten. Dit memo

¹ Punt 4.5 t/m 4.13 uit de notitie van Straatman Koster met kenmerk: DMS10-686906330-724/v 3.2

² Ibid., punt 6.13

vormt de onderbouwing voor verdere communicatie naar het algemeen bestuur van HUA en zal zodoende dienen als bijlage.

2. Aanleiding memo

- 2.1. Het college van de gemeente Utrecht (hierna ook: de gemeente Utrecht), gedeputeerde staten van de provincie Utrecht (hierna ook: de provincie Utrecht) en de minister van OCW (hierna ook: OCW) werken samen in de gemeenschappelijke regeling het Utrechts archief (HUA). OCW is voornemens per 1 januari 2024 uit de gemeenschappelijke regeling te stappen. Met uittreding van OCW uit de gemeenschappelijke regeling HUA ontstaat er een juridisch probleem rondom het aanbestedingsrecht. 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 omzet in 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.
- 2.2. Begin mei 2022 zijn onderzoekers van Berenschot in opdracht van de provincie Utrecht begonnen met het verkennen wat deze uittreding betekent voor de achterblijvende deelnemers van HUA, en tevens de achterblijvende partijen te ondersteunen om samen tot besluitvorming te komen over de toekomst van de samenwerking.
- 2.3. Op 28 juni 2022 heeft het algemeen bestuur van HUA op basis van een eerste conceptrapportage van Berenschot een beeld gevormd over mogelijke toekomstscenario's voor de organisatie van de taken die thans bij HUA zijn belegd. Naar aanleiding van deze bestuursvergadering heeft het algemeen bestuur van HUA om verdere uitwerking van een drietal toekomstscenario's gevraagd, zijnde: voortzetten gemeenschappelijke regeling (op basis van alleenrecht, 'delegatie' of quasi-inbesteding), uitbreiding van de samenwerking en horizontale samenwerking. Aanvullend kwam het bestuur met een aantal specifieke aandachtspunten voor de onderzoekers van Berenschot.
- 2.4. Deze specifieke aandachtspunten zijn onderverdeeld in vier sporen. Spoor 1 is het juridische spoor. In dit spoor is Berenschot gevraagd om een door de gemeente en provincie gedragen uitwerking van de risico's en consequenties van 1) het alleenrecht, 2) 'delegatie', en 3) het behoud van de quasi-inbesteding ('doorgaan op dezelfde voet') op te stellen, zodat deze uitwerking geschikt is voor bestuurlijke oordeelsvorming.
- 2.5. In dit kader is er op dinsdagochtend 26 juli 2022 een juridische expertsessie belegd met juristen van de provincie Utrecht, gemeente Utrecht en Berenschot. In dit memo staan de inzichten en analyses uitgewerkt die tijdens deze juridische expertsessie zijn gedeeld.
- 2.6. Deze memo betreft een uitwerking van het vraagstuk vanuit juridische optiek. Wij zijn ons er terdege van bewust dat deze juridische uitwerking te zijner tijd zal moeten worden geplaatst in een context passend bij een politiek-bestuurlijk weging.

3. Inzake quasi-inbesteding

Juridisch kader

- 3.1. Quasi-inbesteding is een situatie waarin een overheidsopdracht wordt verleend aan een juridische entiteit door een aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst (of in dit geval de aanbestedende diensten) houdt toezicht op deze entiteit als ware het een eigen dienst onderdeel: het zogeheten 'toezicht-criterium'. Daarnaast dient de uitvoerende entiteit het merendeel van haar werkzaamheden uit te voeren voor de (toezichthoudende) aanbestedende diensten: het zogeheten 'merendeel-criterium'. Minimaal 80% van de activiteiten van in dit geval HUA dient te bestaan uit taken die haar door de deelnemers in de GR zijn toegewezen. De derde voorwaarde

betreft het vereiste dat in beginsel geen sprake mag zijn van private deelname in de gecontroleerde rechtspersoon.

Analyse

- 3.2. De huidige gemeenschappelijke regeling HUA is zo opgesteld dat wordt voldaan aan het toezicht-criterium. Het doorslaggevende element in het toepassen van deze uitzondering is gelegen in het merendeel-criterium.³
- 3.3. Op basis van de huidige verdeling zou HUA na uittrekking van OCW 58% van haar activiteiten uitvoeren voor de provincie Utrecht en de gemeente Utrecht, 38% voor OCW en 4% voor (overige) derden. Naar de letter van de wet (art. 2.24b Aanbestedingswet) voldoet HUA dan niet meer aan het merendeelcriterium: minimaal 80% van de activiteiten moet voor de overgebleven deelnemers (provincie Utrecht en gemeente Utrecht) zijn, maar dit is slechts 58%.
- 3.4. De aanbestedingsregels spreken over “activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon”, zonder onderscheid naar de grondslag van die activiteiten (bijv. in opdracht van derden of op basis van overdracht van bevoegdheden). Straatman Koster overweegt hierover: “De wettekst biedt ons inziens dan ook geen aanknopingspunt om ‘eigen’ activiteiten van HUA op grond van door de Minister [OCW] overgedragen bevoegdheden niet mee te rekenen in het totaal van activiteiten. Daarnaast is duidelijk dat die ‘eigen’ activiteiten na uittrekking van de Minister niet kunnen worden aangemerkt als taken die HUA zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten, aangezien de Minister dan geen controlerende aanbestedende dienst meer is.”
- 3.5. Hoewel aan de letter van de wet niet is voldaan, kan betoogd worden dat wel naar de geest van de aanbestedingsregels is voldaan: de (aan HUA overgedragen) taak van OCW niet ‘op de markt’ komt, dat er om die reden geen sprake is van een verstoring van de concurrentie en dat deze activiteit door HUA daarom niet ‘meetelt’ bij het bepalen van het merendeelcriterium. Indien deze redenering gevolgd wordt, is aan het merendeelcriterium voldaan.

Risico's

- 3.6. De argumentatielijn in 3.5 is (nog) niet getoetst bij de rechter. Dit maakt het doorzetten van dergelijke argumentatie juridisch kwetsbaar en risicovol, te meer het in strijd is met de letter van de wet. Dit risico doordenkend zou een ondernemer of ander archief naar de rechter kunnen stappen met het argument dat zij de archieftaak voor de provincie Utrecht en/of de gemeente Utrecht wil en kan uitvoeren voeren, met als gevolg dat de constructie mogelijk onrechtmatig wordt verklaard en een andere oplossing moet worden gevonden. Ook zou de Europese Commissie een inbreukprocedure kunnen starten. Ten slotte zou de accountant de uitgaven van de provincie Utrecht en/of de gemeente Utrecht aan HUA als onrechtmatig kunnen aanmerken. Dit risico kan mogelijk door voorafgaande consultatie van de accountant en door gebruik te maken van een zogenoemde ex ante-bekendmaking (art. 4.16 Aanbestedingswet) beperkt kunnen worden.

4. Inzake overdracht van bevoegdheden

Juridisch kader

- 4.1. De gemeenschappelijke regeling in de vorm van een gemeenschappelijk openbaar lichaam is een nieuwe zelfstandige rechtspersoon die op grond van artikel 8 lid 1 van de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) wordt bestuurd door een algemeen bestuur, een dagelijks bestuur en een voorzitter. Na oprichting heeft het bestuur alleen nog maar organisatorische bevoegdheden, zoals

³ Punt 7.4 t/m 7.9 uit de notitie van Straatman Koster met kenmerk: DMS10-686906330-724/v 3.2

de bevoegdheid de jaarrekening en begroting vast te stellen of de bevoegdheid als openbaar lichaam privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikken de bestuursorganen pas, nadat deze expliciet zijn overgedragen door de deelnemende bestuursorganen. In beginsel kunnen alle bevoegdheden aan organen van een gemeenschappelijk openbaar lichaam worden overgedragen, ook regelgevende bevoegdheden.

- 4.2. De overdracht van bestuursbevoegdheden en regelgevende bevoegdheden vindt plaats door delegatie als bedoeld in artikel 10:13 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Voor delegatie is een wettelijke grondslag vereist (artikel 10:15 Awb). Voor delegatie aan de bestuursorganen van een intergemeentelijk gemeenschappelijk openbaar lichaam vormt artikel 54 Wgr die wettelijke grondslag. Bij delegatie wordt niet alleen de bevoegdheid overgedragen maar komt de verantwoordelijkheid ook volledig bij de organen van het gemeenschappelijk openbaar lichaam te liggen. De overgedragen bevoegdheid wordt door het bestuur van het gemeenschappelijk openbaar lichaam zelfstandig en uit eigen naam uitgeoefend. Het overdragende provincie- en gemeentebestuur kunnen de bevoegdheid niet langer zelf uitoefenen (art. 10:17 Awb) en hebben daarop evenmin directe invloed.⁴
- 4.3. Zoals aangegeven in de notitie van Straatman Koster moet voor een overdracht van bevoegdheden worden voldaan aan een aantal voorwaarden. Eén van die voorwaarden is dat de instantie aan wie de bevoegdheden worden overgedragen voldoende (financieel) autonoom is en onder eigen bevoegdheid kan handelen. Er mag maar een beperkte vorm van toezicht zijn die geen inmenging in de concrete uitvoering van overgedragen taken en bevoegdheden mag betekenen⁵ (door de advocaat-generaal van het Europees Hof benoemd als “politieke controle”).⁶

Rolverdeling AB / DB

- 4.4. De huidige gemeenschappelijke regeling is ingericht om opdrachtverlening door de deelnemers aan HUA mogelijk te maken op basis van quasi-inbesteding. In deze constructie is vereist dat de achterliggende partijen juist wél beslissende invloed kunnen uitoefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon. Dit gaat niet samen met het beperkte toezicht en de vereiste autonomie in het kader van de overdracht van bevoegdheden. De gemeenschappelijke regeling HUA dient daarop dan ook te worden aangepast in geval er voor wordt gekozen gebruik te maken van de ‘delegatie-uitzondering’. Er zullen ook andere aanpassingen nodig zijn, zoals onder meer in artikel 26 van de gemeenschappelijke regeling HUA, dat nu nog de mogelijkheid geeft aan de provincie Utrecht en de gemeente Utrecht over het financieel en materieel beheer, over de inrichting van de begroting, het financieel verslag, jaarverslag en aandachtspunten voor de accountantscontrole (zie art. 26 gemeenschappelijke regeling HUA).
- 4.5. Een dergelijke aanpassing zal moeten voorzien in een striktere scheiding tussen de taken en bevoegdheden belegd bij het algemeen bestuur (AB) en het dagelijks bestuur (DB) van de gemeenschappelijke regeling, om zo de gemeenschappelijke regeling HUA binnen de lijnen van “politieke controle” te krijgen. Straatman Koster onderschrijft deze benadering. In dit kader is een explicitering van het onderscheid tussen de rollen binnen het AB en DB noodzakelijk, namelijk: in het AB nemen de afgevaardigde bestuurders *wel* zitting namens de provincie respectievelijk de gemeente; in het DB nemen de afgevaardigde bestuurders *niet* zitting namens de provincie respectievelijk de gemeente. De leden van het AB leggen immers verantwoording af aan het college dat hen heeft aangewezen en kunnen door dat college ook ontslagen worden bij gebrek aan

⁴ Vgl. *Handelingen II* 1983/84, p. 4923.

⁵ Notitie van Straatman Koster met kenmerk: DMS10-686906330-724/v 3.2, punt 4.1 en 4.2

⁶ Conclusie AG Mengozzi, zaak C-51/15 (Remondis), pt. 56.

vertrouwen (art. 18 jo. art. 16 Wgr). In die zin vertegenwoordigen zij bij een collegeregeling dus expliciet het college van B&W resp. GS.⁷ Het college van B&W en GS zijn op hun beurt voor dit handelen verantwoording schuldig aan de gemeenteraad resp. PS (art. 169 Gemw en art. 167 Provw). Tot slot moet het lid van het AB ook verantwoording afleggen aan de raad of PS van zijn eigen gemeente/provincie (art. 19 lid 1 jo. art. 16 Wgr). Het AB is dus het vertegenwoordigend orgaan binnen het openbaar lichaam. De leden daarvan vertegenwoordigen de deelnemers aan de GR en stemmen *niet* zonder last. Dat is het zgn. *verlengd lokaal bestuur*. Het AB als bestuursorgaan legt aan niemand verantwoording af⁸ - het is immers het hoofd van het openbaar lichaam (art. 12 lid 2 Wgr) en daarmee eindverantwoordelijk. In het DB zitten de bestuurders er namens het HUA om te voorzien in de dagelijkse gang van zaken van HUA. Bestuurders kunnen door staten respectievelijk raad niet ter verantwoording worden geroepen over hetgeen dat in het DB wordt verricht.⁹ Het AB houdt toezicht op het DB (art. 19a Wgr). Hoewel er in het DB dus in beginsel alleen wethouders, de burgemeester, gedeputeerden of de Commissaris van de Koning plaats kunnen nemen, zitten zij daar niet in die hoedanigheid. Het DB is een collegiaal bestuursorgaan, met één collegiale verantwoording voor de uitvoering van de taken van het DB (art. 19a Wgr).

- 4.6. In de nieuw op te stellen gemeenschappelijke regeling zal het zaak zijn de rol van het AB af te slanken om zo de gemeenschappelijke regeling HUA binnen de lijnen van "politieke controle" te krijgen. Met het oog op de Wgr zal dit betekenen dat er onder andere rekenschap moet worden gegeven aan bijvoorbeeld het gebruik van zienswijzen, en dat hier geen gebruik van wordt gemaakt. De taken en bevoegdheden van het DB zullen verder moeten worden aangevuld om zo voldoende bestuurlijke autonomie te creëren. Dit kan door overgedragen taken in beginsel bij het DB te leggen (art. 57 Wgr), net als alle andere bevoegdheden binnen de GR. Natuurlijk behoudens bevoegdheden die bij het AB *moeten* liggen (vgl. art. 57a lid 2 Wgr).

Aanvullende overweging

- 4.7. Ons inziens is het mogelijk voor de provincie Utrecht en gemeente Utrecht om taken anders dan de wettelijke archieftaken (de zogenaamde 'bovenwettelijke taken') over te dragen aan HUA, waaronder: het proactief acquireren van nieuwe archiefbescheiden vanuit particulieren en het proactief beschikbaar maken van archiefbescheiden aan het publiek. Artikel 54 Wgr spreekt immers van overdragen en niet van delegeren, dus het kan ook om meer dan alleen publiekrechtelijke bevoegdheden gaan bij de overdracht.¹⁰ Provincie- en gemeentebesturen beschikken over autonome bevoegdheden, en kunnen zodoende taken en verantwoordelijkheden aan zich trekken voor zover een hogere overheid dat nog niet gedaan heeft. Die belangen kunnen dan natuurlijk ook in een GR worden gebracht. Daarmee vervalt het onderscheid tussen wettelijke en bovenwettelijke taken grotendeels. Straatman Koster plaatst in hun reactie hierbij de kanttekening dat deze overdracht van bevoegdheden alleen een aanbestedingsrechtelijke rechtvaardiging oplevert voor de activiteiten van HUA die voortvloeien uit deze bevoegdheden, en dat voor al de activiteiten niet 'gedekt' door een aan HUA overgedragen bevoegdheid of verantwoordelijk afzonderlijk zal moeten worden beoordeeld of daarvoor een aanbestedingsplicht rust op de Provincie c.q. Gemeente.

⁷ Kamerstukken I 2004/05, 27008 en 29532, E, p. 9.

⁸ Handelingen II 1983/84, p. 4925.

⁹ Kamerstukken II 2012/13, 33597, nr. 3, p. 16.

¹⁰ Kamerstukken II 1996/97, 25280, nr. 3, p. 76.

Risico's

- 4.8. Wel is het ons inziens zaak te vermelden dat de onder 4.6 weergegeven scheiding juridisch gezien goed te regelen zal zijn, maar dat dit in de praktijk niet risicovrij is. Een mogelijk risico vormt zich door het feit dat dezelfde mensen betreft die zitting nemen in zowel het DB als het AB. Straatman Koster onderschrijft dit risico in hun reactie op dit memo d.d. 28 augustus 2022: *“Als de Provincie of Gemeente in de nieuwe situatie echter nog toezicht zou uitoefenen op het AB dat verder gaat dan is toegestaan bij de overdracht van bevoegdheden en verantwoordelijkheden, dan gaat die uitzondering op de aanbestedingsverplichting ons inziens niet op. [...] Een gebrek aan autonomie bij het AB kan daarom worden geacht in de praktijk ook door te werken naar het DB.”* In hun reactie stelt Straatman Koster verder dat de nieuwe regeling derhalve zal moeten waarborgen dat niet alleen het DB maar ook het AB voldoende autonoom is ten opzichte van de Provincie en de Gemeente. Ons inziens zal dit strikt genomen niet mogelijk zijn omdat een lid van het AB juist de Gemeente resp. de Provincie vertegenwoordigd. Dit is het wezenskenmerk van verlengd lokaal bestuur zoals beschreven onder punt 4.5 van dit memo, en het uitgangspunt van democratische legitimatie. Het AB autonoom maken zoals Straatman Koster in hun reactie voorstelt is daarmee onmogelijk gelet op de geldende verantwoordingslijnen zoals deze staan opgenomen in de recente wijzigingen van de Wgr. Mede daarom vraagt dit een rolvaste invulling van de bestuurders in de verschillende besturen, en zal er in de praktijk vanuit het archief en de deelnemers goed moeten worden gestuurd op deze scheiding. Echter is het heel goed mogelijk dat de rechter deze benadering desondanks niet als voldoende autonoom zal beschouwen. Handelingen van de bestuurders die de indruk wekken dat de rollen in het AB respectievelijk DB anders worden ingevuld kunnen aanleiding zijn voor de rechter om te constateren dat geen sprake is van overdracht van bevoegdheden in de zin van het Europees recht (in Nederland geregeld via delegatie) en dat mogelijk sprake is van een overheidsopdracht die aanbesteed had moeten worden. Voor de volledigheid merken wij hier nog op dat het volledig weghalen van de bevoegdheden bij de bestuurders niet mogelijk is.
- 4.9. Wat betreft de taken voor OCW kan de vraag gesteld worden of de uitoefening van die taak een belang van de provincie en/of gemeente is. In dit kader gaat het om de interpretatie van artikel 51 Wgr. Er is tot op heden geen jurisprudentie wat betreft de invulling van artikel 51 Wgr en de rechter heeft hierop tot op heden nog niet indringend getoetst. Straatman Koster merkt in hun reactie op dat het in dit verband bovendien relevant is *“dat de Provincie en de Gemeente op grond van art. 51 WGR aan HUA alleen bevoegdheden en verantwoordelijkheden kunnen overdragen die onder de provinciale c.q. gemeentelijke belangen vallen”*, en dat het daarom de aanbeveling verdient om *“nader te onderzoeken en waar nodig te onderbouwen indien gekozen zou worden voor de aanbestedingsrechtelijke uitzondering bij overdracht van bevoegdheden en verantwoordelijkheden”* daar waar deze onderbouw ook wenselijk is *“ten aanzien van de activiteiten van HUA voor derden, waaronder OCW”*. Er zijn in de praktijk echter vele gemeenschappelijke regelingen die ook voor derden werken (waaronder ook de meeste regionale archieven).

5. Inzake alleenrecht

Juridisch kader

- 5.1. Decentrale overheden kunnen bij overheidsopdrachten voor leveringen, werken of diensten een alleenrecht verlenen. De partij aan wie dat alleenrecht wordt verleend is dan exclusief bevoegd om het werk, de levering of de dienst uit te voeren. Er kan in dergelijke gevallen een afwijkend of zelfs geen Europees aanbestedingsregime gelden. Zo wordt een opdracht aan de markt onttrokken. Het 'alleenrecht' is als volgt in de wet terug te vinden in: artikelen 2 en 11 van Richtlijn 2014/24, artikel 22 van Richtlijn 2014/25, en artikel 2.24 sub a van de Aanbestedingswet 2012.
- 5.2. Voor een alleenrecht gelden de volgende voorwaarden:

- a) Een aanbestedende dienst gunt een opdracht aan ...
- b) ... een andere aanbestedende dienst (of samenwerking van aanbestedende diensten) ...
- c) ... op basis van een uitsluitend recht dat ...
- d) ... wettelijk of bestuursrechtelijk bekend is gemaakt ...
- e) ... en waarvan de bepalingen in overeenstemming zijn met het VWEU.

5.3. Van punt a) en b) is zeker sprake: de provincie en gemeente zijn aanbestedende diensten, en gunnen de opdracht aan een openbaar lichaam waarvan ze samen eigenaar zijn, d.w.z. een samenwerking van aanbestedende diensten. Punt d kan worden ingevuld door een verordening op te stellen.

Punt c) – ‘... op basis van een uitsluitend recht dat ...’

5.4. Voor punt c) geldt dat een nadere duiding van de term ‘uitsluitend recht’ nodig is. Deze is terug te vinden in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012, en is uitgelegd als volgt:

een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan één onderneming wordt verleend. Voor die enkele onderneming wordt het recht voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of activiteit uit te oefenen.

Geografisch gebied wordt als volgt uitgelegd:

het gebied waarbinnen betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag en aanbod van goederen of diensten. De concurrentievoorwaarden hierbinnen moeten voldoende homogeen zijn en zich van aangrenzende gebieden onderscheiden, doordat daar duidelijke afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.

In de toelichting op de verordening van de provincie respectievelijk gemeente zal een argumentatie moeten worden opgenomen waarom hiervan sprake is. Voor de provinciale archieven is de provinciale grens een logische geografische grens voor de archieven, echter bevinden zich binnen deze provinciale grenzen ook overige archiefdiensten. Voor de gemeente zijn er ook aangrenzende gemeentes die een archiefdienst uitvoeren waarvan in theorie ook gebruik van zou kunnen worden gemaakt, en onzeker is of de concurrentievoorwaarden binnen de gemeentegrenzen afwijken ten opzichte van de concurrentievoorwaarden van de aangrenzende gemeentes. Het is daarom onzeker of dergelijke argumentaties stand zullen houden bij een toets door de rechter. Het verdient overigens vermelding dat Straatman Koster deze geciteerde definitie als niet relevant beschouwt, mede omdat deze in het mededingingsrecht wordt gehanteerd om de relevante markt af te bakenen, en dat de Hoge Raad ook weinig waarde lijkt toe te kennen aan deze toevoeging in de Aanbestedingswet 2012.¹¹

Punt e) – ‘...bepalingen in overeenstemming ... met het VWEU’

5.5. Voor punt e. is een nadere duiding van ‘bepalingen in overeenstemming ... met het VWEU’ vereist. Dit betekent een rechtvaardiging door de uitoefening van:

- i. het openbaar gezag,
- ii. door de openbare orde,
- iii. openbare veiligheid,

¹¹ Zie art. 11 Richtlijn 2014/24/EU resp. HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900, r.o. 3.4.2.

- iv. *openbare gezondheid; of*
- v. *door dwingende redenen van algemeen belang.*

Ons inziens komt alleen punt v. in aanmerking om het toepassen van een alleenrecht in deze casus te verantwoorden. Voor 'algemeen belang' geldt dat hiervoor een verordening kan worden gebruikt om de algemene (publieke) belangen te duiden. Dat archivering een publiek belang kent, valt ook al op te maken uit de overwegingen bij de Aanbestedingsrichtlijn (zie overweging 118). Voor toepassen van het alleenrecht is daarbij aanvullend dus nog de drempel 'dwingende reden'. In dit kader kan gedacht worden aan de verwevenheid van archieven van OCW (het gaat immers om historische archieven van "de provincie" Utrecht, voor de tijd van de totstandkoming van het Koninkrijk), de provincie en de gemeente, en de unieke toegankelijkheid daarvan gezien deze verwevenheid. De vraag is echter of dit een voldoende zwaarwegend argument is om het toepassen van een alleenrecht te rechtvaardigen en of er geen andere mogelijkheden zijn om dit doel te realiseren. De praktische toepassing van het alleenrecht wordt op deze manier dusdanig laagdrempelig ingevuld, anders dan wat de wetgever op Europees niveau oorspronkelijk had beoogd met het instellen van de aanbestedingsrichtlijnen. Het is ons inziens dan ook onzeker of een dergelijke argumentatie in rechte stand houdt. Straatman Koster maakt in hun reactie kenbaar dat *"een beperking van het vrij verkeer wegens dwingende redenen van algemeen enkel is gerechtvaardigd indien de betrokken maatregel (i) geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (ii) niet verder gaat dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is."*¹² Het is aan de betrokken overheid om aan te tonen dat aan deze voorwaarden wordt voldaan. Juist vanwege deze harde eisen en bewijslast is de optie van een alleenrecht ons inziens zo risicovol".

- 5.6. Het verdient daarbij nadrukkelijk de vermelding dat het alleenrecht bedoeld is als uitzondering op de regel, en dat de Europese Commissie destijds voornemens was deze uitzondering te schrappen als überhaupt een mogelijkheid.¹³ Het Europees Parlement heeft het echter terug in het voorstel geamendeerd.¹⁴

Risico's

- 5.7. Kortom: de variant waarbij een alleenrecht gevestigd wordt, is een (juridisch) risicovolle. Dit wordt ook onderschreven door Straatman Koster in hun reactie op dit memo. Dit is met name omdat de rechter vermoedelijk niet mee zal gaan in de redenering dat sprake is van een *dwingende reden* van algemeen belang. In het geval er toch voor wordt gekozen gebruik te maken van een alleenrecht, dan is het aankondigen van de intentie daarvan zoals bedoeld in artikel 4.16 Aanbestedingswet daarvan aan te bevelen. Zolang er verder geen interesse wordt getoond in het verkrijgen door andere partijen voor het uitvoeren van de betreffende taken, dan zal het toekennen van het alleenrecht doorgang kunnen vinden, althans zal de te verstrekken overheidsopdracht en de te sluiten overeenkomst in uitgangspunt niet kunnen worden vernietigd. Straatman Koster stelt in hun reactie hierop dat dit *"evenwel ten onrechte de indruk [kan] wekken dat een dergelijke bescherming tegen vernietiging op grond van de Aanbestedingswet 2012 aannemelijk is. Een ex ante-bekendmaking biedt alleen bescherming als de Provincie c.q. Gemeente te goeder trouw is, in die zin dat zij van mening mogen zijn dat onderhandse gunning is toegestaan"*,

¹² Zie bijv. HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard), pt. 37. Anders dan in rnr. 5.5 van het memo van Berenschot, wordt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie de "dwingende reden" overigens niet als een aparte drempel aangemerkt (naast het "algemeen belang").

¹³ Zie het voorstel met nummer COM(2011) 896.

¹⁴ Amendement 27, zie het Verslag A7-0007/2013.

en dat “[g]elet op de gesignaleerde risico’s ten aanzien van de optie van gunning op basis van een alleenrecht van HUA, is het ons inziens zeer twijfelachtig of hier aan die voorwaarde voor bescherming zou worden voldaan.”

6. Conclusie

- 6.1. Concluderend komt uit de juristen van de provincie Utrecht, gemeente Utrecht en Berenschot dat – juridisch bezien – het overdragen van taken en bevoegdheden bij wijze van delegatie de minst risicovolle manier is in geval het bestuurlijk wenselijk wordt geacht de gemeenschappelijke regeling HUA in stand te houden. Straatman Koster onderschrijft deze conclusie. Dat laat onverlet dat er wel een risico blijft bestaan. Daarnaast zal deze optie betekenen dat de gemeenschappelijke regeling moet worden aangepast, onder meer de toedeling van taken en bevoegdheden aan het AB en DB. Tevens zal het takenpakket nog tegen het licht moet worden gehouden, wanneer er voor een bepaalde oplossing gekozen wordt.
- 6.2. Daarbij aanvullend is het de vermelding waard dat, hoewel delegatie juridisch bezien de minst risicovolle manier is, wij ons er terdege van bewust zijn dat dit te zijner tijd zal moeten worden geplaatst in een bredere context passend bij een politiek-bestuurlijk weging. In dat kader verdient het vermelding dat het afslanken van de taken en bevoegdheden van het AB een mindering van invloed betekent op de gemeenschappelijke regeling. Dit zal verder worden uitgewerkt in de bovenliggende rapportage ter voorbereiding op de tweede bestuursvergadering HUA, 21 oktober 2022.