



>Retouradres Postbus 16375 2500 BJ Den Haag

Bestuur Het Utrechts Archief
Postbus 131
3500 AC Utrecht

Media en Creatieve Industrie
Rijnstraat 50
Den Haag
Postbus 16375
2500 BJ Den Haag
www.rijksoverheid.nl

Contactpersoon
L.P. Breevaart
T +31615038256
l.p.breevaart@minocw.nl

Onze referentie
35659092

Datum 14 februari 2023
Betreft Voorgenomen uittreden en reactie OCW op gesprek met HUA op 12 december 2022

Geacht bestuur,

Op 12 december jl. mocht ik namens het ministerie van OCW aanwezig zijn bij uw bestuursvergadering voor een mondelinge toelichting op het voorgenomen besluit tot uittreden door OCW uit de gemeenschappelijke regeling van Het Utrechts Archief (HUA).

Tijdens deze vergadering vond tevens een presentatie plaats over de hoofdlijnen van het in uw opdracht uitgevoerde onderzoeksrapport 'Toekomstscenario's voor de organisatie van Het Utrechts Archief' door bureau Berenschot. Na de bespreking hiervan is afgesproken dat het ministerie nog terug zou komen op dit onderwerp. Met deze brief geef ik hieraan gaarne gevolg.

Aanleiding

Het gesprek over de toekomst van de gemeenschappelijke regeling HUA wordt voor een belangrijk deel bepaald door vragen over de verhouding tussen de uitvoering van de aan het RHC op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen (WGR) overgedragen taken en de aanbestedingsregels. Het genoemde rapport schetst de situatie, dat door de uittreding van OCW uit de gemeenschappelijke regeling HUA niet langer voldoet aan de wettelijke eisen en criteria, in casu het merendeelcriterium en de aanbestedingsrechtelijke uitzondering, ook wel aangeduid met quasi-inbesteding. Een beroep (blijven) doen op deze uitzondering houdt derhalve volgens het rapport een zeker risico in.

Overdracht en verantwoordelijkheid

Gelet op het belang sta ik hier met u stil bij enkele begrippen die in deze discussie een centrale rol spelen. Overheidsinstanties zijn aanbestedende diensten in de zin van Richtlijn 2014/24 (inmiddels geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012). Dit volgt uit artikel 2, eerste lid, van de betreffende Richtlijn. In de Aanbestedingswet 2012 is dit als volgt geconcretiseerd (artikel 1.1.):
'aanbestedende dienst: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.'

Op het moment dat een aanbestedende dienst een zogenoemde overheidsopdracht geeft, zijn de bepalingen van Richtlijn 2014/24 (en de

Aanbestedingswet 2012) van toepassing. Een overheidsopdracht is ingevolge de richtlijn een 'schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten is gesloten en die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van die richtlijn'.

Onze referentie
35659092

Tegelijk is in *artikel 4, tweede lid*, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) bepaald: 'De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur. Zij eerbiedigt de essentiële staatsfuncties, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Met name de nationale veiligheid blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat.'

Dit is nader geconcretiseerd in artikel 1, zesde lid van Richtlijn 2014/24: 'Overeenkomsten, besluiten of andere rechtsinstrumenten waarbij de overdracht van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen aanbestedende diensten of groepen van aanbestedende diensten met het oog op het verrichten van hun openbare taak georganiseerd wordt en die niet voorzien in vergoeding van contractuele prestaties, worden beschouwd als behorende tot de interne organisatie van de betrokken lidstaat en worden als zodanig door onderhavige richtlijn geheel onverlet gelaten.'

Arrest-Remondis

Voorts is in het arrest Remondis (HvJ 21 december 2016, C-51/15, Remondis) het Hof van Justitie ingegaan op de verhouding tussen een overheidsopdracht en de interne organisatie van een staat en overdracht van bevoegdheden. Wanneer is iets een overheidsopdracht en wanneer is iets niet aanbestedingsplichtig, omdat het de interne organisatie van een staat betreft?

Uit het arrest-Remondis kan worden afgeleid dat een overdracht van bevoegdheden van het ene overheidsorgaan naar het andere de interne organisatie van de staat betreft en dus betekent dat de bevoegdheid of taak in kwestie niet onder de aanbestedingsregels valt. Wel stelt het Hof vast dat deze overdracht aan bepaalde criteria moet voldoen (r.o. 47). Volgens het Hof is van een bevoegdheidsoverdracht slechts sprake als de overdracht van verantwoordelijkheid ook een overdracht van macht betekent. Er moet sprake zijn van een vrijheid om het verrichten van taken waarvoor die bevoegdheid is verleend te organiseren en voor die taken geldende bepalingen vast te stellen en over een financiële autonomie te beschikken.

Kort gezegd moet er sprake zijn van:

- Beslissingsautonomie. Volgens het Hof betekent dit echter *niet* dat er helemaal geen toezicht mag worden gehouden. Een instantie die een bevoegdheid overdraagt, mag immers enig toezicht behouden op de taken die verband houden met die openbare dienst. Een dergelijke invloed sluit in beginsel echter elke inmenging in de concrete wijze van uitvoering van de onder de overgedragen bevoegdheid vallende taken uit. Via een orgaan, zoals een algemene vergadering, dat bestaat uit vertegenwoordigers van de voorheen bevoegde organen (r.o. 52), kan een dergelijke invloed worden uitgeoefend. Ook mag het overdragende orgaan geen beslissingen die

verband houden met de taakuitoefening aan goedkeuring onderwerpen (r.o. 49)

- Financiële autonomie voor het uitoefenen van de taken. Financieel toezicht van het overdragende orgaan op de taken is dus niet mogelijk.

Onze referentie
35659092

De gemeenschappelijke regeling (GR)

In het licht van het voorgaande is te stellen dat bij de overdracht van bevoegdheden aan een GR is voldaan aan de eisen zoals deze in het Remondis-arrest zijn gesteld aan uitzondering van de aanbestedingsplicht. Er is immers sprake van delegatie van bevoegdheden, dus de delegerende gemeente voert niet zelf de bevoegdheid meer uit. Ook kan de gemeente geen beslissende invloed meer uitoefenen. Dat is ook de kern bij een GR: door de overdracht aan een GR is de gemeente echte zeggenschap kwijt. Daarnaast gaat het bestuur van de GR (AB/DB) over de inzet van de middelen en niet meer de gemeente. Ook is in het arrest onderstreept dat de deelnemers via het AB invloed uit kunnen oefenen.

Second opinion

Voor een vergelijkbaar betoog in dit verband wijs ik op de *second opinion* van het kantoor Maasdam Broers Fischer advocaten van 11 januari jl., die werd opgesteld in opdracht van het Noord-Hollands Archief (NHA) en is gedeeld tijdens de door u georganiseerde bijeenkomst voor RHC-besturen op 12 januari jl.

Genoemde advocaten stellen vast dat er in het geval van HUA reeds sprake is van delegatie, dat met zich brengt dat de deelnemers (i) hun bevoegdheden kwijt zijn en niet meer zelf kunnen uitoefenen en (ii) geen instructies in een individueel geval kunnen geven. Van inmenging in een concrete wijze van uitvoering van de archiefbeheertaken kan daarom feitelijk geen sprake zijn. Ook is HUA financieel autonoom. Dat het algemeen en dagelijks bestuur inlichtingen verschaffen en verantwoording schuldig zijn aan hun deelnemers over het door hen gevoerde bestuur doet hier niet aan af. Dit houdt niet in dat de deelnemers in een concreet geval kunnen ingrijpen in besluiten die op basis van de gedelegeerde bevoegdheden zijn genomen. Ook het feit dat er een bevoegdheid is om beleidsregels te geven en dat leden van het algemeen bestuur door het college dat hen heeft aangewezen kunnen worden ontslagen doet hier niet aan af.

Conclusie van deze second opinion is dat de uittreding van het Rijk geen gevolgen heeft voor de achterblijvende deelnemers, aangezien de achterblijvende deelnemers de archiefbeheertaken reeds door middel van taakoverdracht hebben overgedragen aan de GR. Dit betekent dat geen sprake is van een overheidsopdracht en er dus ook geen sprake is van een (Europese) aanbestedingsplicht. Overheden kunnen in de toekomst ook van deze uitzondering gebruik maken door toe te treden tot de GR.¹

Overwegingen en slot

Bij de overdracht van bevoegdheden schetst het rapport-Berenschot een aantal in mijn ogen vergaande aanpassingen en maatregelen om de mate van autonomie te realiseren die men nodig acht (wijzigen verhouding AB/DB, 'afslanken' taken AB, uitbreiding taken en bevoegdheden DB, geen gebruik van zienswijzen e.d.). In het licht van het hierboven gestelde over de interne organisatie van de

¹ Overigens geldt dat de minister van OCW zijn taken en bevoegdheden voor de overgebrachte documenten kan overdragen aan onder meer (het bestuur van) een openbaar lichaam op grond van de nieuwe Archiefwet 2021. De specifieke uitkering na uittreden valt dan onder deze taakoverdracht.

(lid)staat, eigen verantwoordelijkheid en de vaststelling dat er geen sprake is van aanbestedingsplicht lijken deze aanpassingen niet of niet in die mate nodig of aan de orde. Dit geldt tevens voor de majeure financiële, bestuurlijke en juridische risico's die het rapport schetst. Ook de genoemde second opinion wijst hierop.²

Onze referentie
35659092

Mede met het oog op vergaande opties die het rapport schetst, waarvan een zelfs opheffing betekent van deze goed functionerende GR, hecht ik met u aan een goede afweging over de toekomst van de GR na uittreden door OCW. Met mijn reactie hoop ik in positieve zin daaraan bij te dragen.

Het Utrechts Archief kan bogen op een rijke geschiedenis. Graag blijft OCW betrokken om hier samen met u een even rijke toekomst voor te bereiden.

Een afschrift van deze brief stuur ik aan de besturen van de RHC's.

Met vriendelijke groet,

de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,
namens deze,
de directeur Media en Creatieve Industrie,



Youssef Louakili

² In aanvulling is nog te stellen dat, uitgaande van het rapport-Berenschot, ook de laatste wijziging van de WGR (uitbreiding zienswijzen) problematisch zou zijn. Het Hof lijkt zich echter juist zeer bewust van het feit dat staten vrijheid moeten hebben om zaken intern te organiseren.