



Vertrouwelijk & geprivilegieerd

Aan: Noord-Hollands Archief

T.a.v.: Willeke de Groot

Van: Anke Stellingwerff Beintema - Advocaat Maasdam Broers Fischer advocaten
Anouk Hofman - Advocaat Boels Zanders advocaten

Betreft: Oplegnotitie Second opinion op memo Berenschot d.d. 8 september 2022

Datum: 11 januari 2023

1. Het Rijk wenst met ingang van 1 januari 2025 uit de gemeenschappelijke regelingen te treden waarbij Noord-Hollands Archief ('NHA') respectievelijk Het Utrechts Archief ('HUA') zijn ingesteld. Het Rijk wenst het NHA en HUA dan financieel te ondersteunen door middel van een specifieke uitkering. De hoogte van deze uitkering is meer dan 20% van de begroting van NHA respectievelijk HUA. Het NHA en HUA vragen zich in dit kader af welke risico's en consequenties dit vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt heeft voor de achterblijvende deelnemers.
2. Maasdam Broers Fischer advocaten en Boels Zanders advocaten hebben dit in opdracht van NHA in een memo van 16 december 2022 uiteengezet. Zij concluderen hierin dat de uittreding van het Rijk géén gevolgen heeft voor de achterblijvende deelnemers. Immers, de achterblijvende deelnemers hebben de archiefbeheertaken reeds door middel van taakoverdracht overgedragen aan NHA. Dit betekent dat géén sprake is van een overheidsopdracht, en dus ook géén sprake is van een (Europese) aanbestedingsplicht. Provincie Noord-Holland en/of andere gemeenten kunnen in de toekomst ook van deze uitzondering gebruik maken door toe te treden tot het NHA.
3. Berenschot heeft in opdracht van HUA een memo van 8 september 2022 opgesteld. In dit memo is de input van Straatman Koster advocaten verwerkt.¹ Berenschot/Straatman Koster advocaten concluderen dat 'taakoverdracht' de minst risicovolle optie is, maar dat deze optie wel betekent dat de gemeenschappelijke regeling moet worden aangepast, onder meer de toebedeling van taken en bevoegdheden aan het AB en DB. Dit laat volgens Berenschot/Straatman Koster advocaten onverlet dat er wel een risico blijft bestaan.
4. Het NHA heeft Maasdam Broers Fischer advocaten en Boels Zanders advocaten gevraagd om een second opinion af te geven op het memo van Berenschot/Straatman Koster advocaten. Wij komen tot de volgende conclusies:
 - Quasi-inbestedingsuitzondering: Wij zijn het met Berenschot/Straatman Koster advocaten eens dat een beroep op de quasi-inbestedingsuitzondering zeer risicovol is.
 - Taakoverdracht: Wij zijn het met Berenschot/Straatman Koster advocaten eens dat als de gemeenschappelijke regeling wordt aangepast conform hetgeen voorgesteld in het memo voldaan wordt aan de voorwaarden van 'taakoverdracht'.
 - Wij zijn het evenwel niet met Berenschot/Straatman Koster advocaten eens dat aanpassing van de gemeenschappelijke regeling vereist is. Ons inziens wordt reeds nu (net zoals in het geval van het NHA) voldaan aan de voorwaarden voor 'taakoverdracht'.

¹ Memo Berenschot aan Provincie Utrecht & gemeente Utrecht 'Aanvullend memo n.a.v. juridische expertsessie' d.d. 8 september 2022.



- Er is immers reeds sprake 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 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 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.
- In tegenstelling tot Berenschot/Straatman Koster advocaten schatten wij de risico's van een beroep op deze uitzondering reeds laag in. Als de aanpassingen worden doorgevoerd schatten wij deze risico's nog lager tot nihil in.
- Wij zijn het met Berenschot/Straatman Koster advocaten eens dat voor wat betreft activiteiten die niet onder de gemeenschappelijke regeling vallen afzonderlijk beoordeeld zal moeten worden of sprake is van een (Europese) aanbestedingsplicht. Opdrachten onder de Europese drempelwaarde kunnen één op één aan HUA worden verstrekt, mits dit objectief gerechtvaardigd is. Voor wat betreft het Rijk kan dus géén beroep worden gedaan op deze uitzondering.
- Alleenrecht: Wij schatten een beroep op deze uitzondering lager in dan Berenschot/Straatman Koster advocaten. Ons inziens valt niet in te zien dat de uitvoering van archiefbeheertaken (wat het behoud van nationaal historisch erfgoed behelst) op gelijkwaardige wijze kan worden bereikt door een ander dan HUA (respectievelijk het NHA), en is er dus voldoende gerechtvaardigd belang bij het vestigen van een alleenrecht.

* * * * *