

Adviescommissie Utrechts Bibliotheekstelsel

Modellen voor
samenwerking van de
Utrechtse bibliotheken

Utrecht, 15 juni 2010

Inhoud

- 1 Inleiding 3**
 - 2 Voortzetting huidige situatie (0-optie) 4**
 - 3 Samenwerkingsovereenkomst 5**
 - 4 Coöperatie 6**
 - 5 Federatie 7**
 - 6 Fusie 8**
 - 7 Juridische toetsing 9**
 - 8 Conclusie 11**
- Juridisch advies**

1 Inleiding

In onderstaande vergelijking wordt in een beknopte tekst de door de adviescommissie gemaakte analyse weergegeven van de huidige en de mogelijke organisatiemodellen voor het Utrechts bibliotheekstelsel. Elk model is getoetst in een bestaande situatie (reality check'), doorgaans in een andere provincie. De uitkomst van die toetsing is samengevat.

Het Utrechts bibliotheekstelsel anno 2009 bestaat uit de regiobibliotheken, de SUB en het BiSC als voornaamste actoren. Daarbij treden de gemeenten, de provincie en het rijk als bestuurlijke opdrachtgevers en subsidiënten op. De SUB is vooral een bestuurlijk samenwerkingsorgaan.

In essentie is de taakverdeling als volgt:

- SUB geeft een bindend advies aan provincie over de subsidie aan BiSC
- BiSC voert stelseltaken uit
- BiSC voert ook opdrachten uit voor individuele bibliotheken.

De SUB is een samenwerkingsstichting waarvan het bestuur beslist op basis van een gewogen meerderheid (voornamelijk naar rato van het aantal inwoners in het werkgebied van een regiobibliotheek). De SUB benoemt ook enkele leden van de Raad van toezicht van BiSC. Er is dus sprake van een bestuurlijke vervlechting in het Utrechts bibliotheekstelsel.

De huidige onderwerpen van samenwerking in de SUB zijn:

- stelseltaken BiSC (ICT en digitale diensten, vervoer/transport e.d.)
- systemen (tarieven, gebruiksvoorwaarden, 1 pas, overal halen/brengen en reserveren, BICAT)
- centraal collectioneren en andere projecten (Werkplan 2010 SUB)
- voorgenomen onderwerpen: marketing, HRM.

De gezamenlijke sturing aangaande deze onderwerpen vraagt een versterkte sturing. De mogelijkheden hiertoe zijn onderzocht voor vijf definitieve vormen van samenwerking¹:

- 1 voortzetting huidige situatie (0-optie)
- 2 samenwerkingsovereenkomst
- 3 coöperatie
- 4 federatie
- 5 fusie.

Deze vormen worden hieronder toegelicht, elk met een reality check in een bestaande situatie in een provincie.

¹ Er heeft ook een oriëntatie plaatsgevonden op het model van de gemeenschappelijke regeling tussen overheden. Deze figuur bleek meer geschikt te zijn voor samenwerking aangaande publieke taken en minder voor die tussen private uitvoeringsorganisaties.

2 Voortzetting huidige situatie (0-optie)

Structurele vorm van de samenwerking

- gezamenlijkheid in min of meer losse projecten en systemen
- afzonderlijke samenwerkingscontracten tussen bibliotheken en BiSC
- SUB geeft bindend advies over provinciale subsidie BiSC, andere onderwerpen zijn 'vrij'
- SUB is samenwerkingsstichting zonder concrete taken/bevoegdheden
- projectleiders per onderwerp.

Sterke kanten:

- pragmatisch, flexibele structuur, makkelijk uit te breiden/krimpen
- makkelijke intrede/uittrede (eventueel ook op onderdelen)
- gemeenten positief over 'lichte' samenwerking tussen regiobibliotheken.

Zwakke kanten:

- geen/lage doorzettingsmacht, vrijblijvend, weinig slagkracht
- kost veel interne energie tussen partners
- situatie voor gezamenlijke activiteiten (in BiSC) is onzeker, geen continuïteit en 'massa'.

Reality check: huidige functioneren SUB en Utrechts bibliotheekstelsel.

De huidige structuur is te vrijblijvend, maar ten dele wordt ook geen gebruik gemaakt van wel gegeven mogelijkheden (statuten SUB). Anderzijds zijn er wel belangrijke stappen gezet in de samenwerking, met gebleken voordelen. In de toekomst gaat het echter om nieuwe en 'zwaardere' samenwerkingsonderwerpen die een veel grotere gezamenlijke sturing veronderstellen (centraal collectioneren, marketing, HRM, wellicht franchising). Het risico van een te moeizame voortgang wordt daarbij te groot.

Deze conclusie leidt tot de volgende eisen aan de versterkte sturing:

- a Sturingskracht op de 6 gekozen essentiële samenwerkingsthema's tussen de SUB en de regiobibliotheken
- b Lokale speelruimte voor de regiobibliotheek en keuzemogelijkheden voor gemeenten behouden in de lokale situatie
- c Eenvoud in de structuur, voorkomen van overmaat aan structuur en sturingsniveaus
- d Juridische toets wat betreft aanbestedingsrechtelijke aspecten, dus correctheid met het oog op het terecht voorkomen van aanbestedingsverplichtingen
- e Continuïteit in de gezamenlijke activiteiten, nu belegd bij BiSC; voldoende volume in opbouw van de professionele organisatie
- f Beheersbaar transitieproces, voorkomen van onzekerheden en fricties die blokkerend kunnen werken in de overgang naar een grotere onderlinge afhankelijkheid
- g Draagvlak bij gemeenten door voldoende inzicht en invloed bij de gezamenlijke activiteiten.

3 Samenwerkingsovereenkomst

Structurele vorm van de samenwerking

- keuze specifieke onderwerpen, voortvloeiend uit keuzes SUB
- samenwerkingscontract in de vorm van meerjarig raamcontract tussen SUB, regiobibliotheken en BiSC met helder afgebakende programma's en uitonderhandelde tarieven
- SUB functioneert als een stuurgroep met portefeuillehouders (gemandateerd), bestaande uit de organisatiebestuurders van de regiobibliotheken
- BiSC 'levert' projectorganisatie met projectleiders en (aansturing) gedetacheerde medewerkers
- projectleiders rapporteren via portefeuillehouders aan stuurgroep.

Sterke kanten:

- pragmatisch, flexibele structuur, makkelijk uit te breiden/krimpen
- makkelijke intrede/uittrede (eventueel ook op onderdelen)
- betrekkelijk eenvoudige structuur en goed beheersbare transitie
- ruim draagvlak bij gemeenten te verwachten.

Zwakke kanten:

- lage sturingskracht, al gauw vrijblijvend, weinig slagkracht
- risico van aanbestedingsverplichting SUB-BiSC
- kost veel interne energie tussen partners
- uitbreiding van samenwerking afhankelijk van steeds nieuwe consensus.

In het algemeen is de samenwerkingsovereenkomst geschikt voor ketensamenwerking tussen heterogene partners en organisatie van shared services tussen homogene organisaties.

Reality check: Convenant tussen 4 bibliotheken Zeeland.

Overeenkomst bevat afspraken over o.m. uniform tarief, collectiebeleid, één kaart en gastlenschap, ontwikkeling en beheer ICT, marketing. De Zeeuwse Bibliotheek (ook PSO) ondersteunt dit met een programmamanager. Deze situatie kan groeien naar een gezamenlijke backoffice. Lastig blijft het regelmatig moeten onderhandelen over (bijstelling van) contracten. Dank zij een beperkt aantal partners blijft de situatie hanteerbaar en groeit de samenwerking.

Conclusie:

Een samenwerkingsovereenkomst geeft in Utrecht meer structuur dan de huidige situatie maar ontbeert besliskracht om in tempo substantiële voordelen te realiseren.

4 Coöperatie

Structurele vorm van de samenwerking:

- alle samenwerkingsprojecten/programma's worden gekapitaliseerd, zodat ze in financiële vorm kunnen worden gedeeld
- SUB wordt coöperatieve vereniging (met eventueel een vennootschap), daarin financiële participaties met verrekeningen tussen de bibliotheken, BiSC wordt de vennootschap
- bestuurders regiobibliotheken vormen het coöperatiebestuur, die BiSC aanstuurt met (product)portefeuilles
- programmamanager(s) voeren projecten uit, zijn in dienst van BiSC of van vennootschap.

Sterke kanten:

- zakelijke (financiële) prikkels om gezamenlijke voordelen te behalen
- duidelijke scheiding van gezamenlijke/afzonderlijke activiteiten
- voldoende draagvlak bij gemeenten te verwachten.

Zwakke kanten:

- risico van te calculerend gedrag, spanning tussen rollen van participant en afnemer
- risico van aanbestedingsverplichting SUB-BiSC
- weinig flexibel, lastig uit te breiden/krimpen
- ingewikkeld model en lastige transitie (kapitaliseren niet altijd reëel).

In het algemeen is het coöperatiemodel geschikt voor losstaande projecten en producten buiten het primaire proces die gemakkelijk in financiën (kosten/baten) zijn uit te drukken.

Reality check: discussie over coöperatie in Overijssel.

25 Overijsselse bibliotheken hebben vanuit gezamenlijke visie ('long tail') op drie punten vernieuwingsprojecten ontwikkeld: winkelformule, website en bediening scholen ('biebsearch'). Dit brede programma wordt gedragen door een overlegstructuur op meerdere niveaus (bibliotheken, ambtenaren, wethouders). Er is echter vrijwel geen formele structuur, maar het samenwerkingsklimaat is robuust en de PSO trekt veel. Er wordt wel gezocht naar een minder vrijblijvende structuur. Het coöperatiemodel is verkend maar de daarbij behorende verenigingsstructuur (algemene ledenvergadering, (dagelijks) bestuur e.d.) wordt te ingewikkeld gevonden. Inzet nu: duidelijker mandatering van bibliotheekdirecteuren (vaak nog niet in de rol van bestuurder van hun eigen organisatie).

Conclusie:

Het coöperatiemodel creëert oplossingen maar ook veel problemen.

5 Federatie

Structurele vorm van de samenwerking:

- SUB kiest gezamenlijke beleidsgebieden/programma's die ook in de afzonderlijke regiobibliotheken moeten worden doorgezet
- SUB krijgt als bestuurlijke rechtspersoon aanwijzingsbevoegdheid (mandaat) ten opzicht van regiobibliotheken op gekozen gebieden/programma's
- SUB wordt geleid door federatiebestuur met beleidsportefeuilles, met hiërarchische sturingsbevoegdheid t.o.v. organisatiebestuurders
- federatiebestuur kan bestaan uit 7 bestuurders, uit een apart (gekozen) bestuur (à la Rabobank Nederland) of een mengvorm (b.v. met vrijgesteld dagelijks bestuur of voorzitter)
- BiSC 'levert' federatiebureau (met secretariaat en programmamanagers) en overeengekomen diensten in kader van beleidsgebieden/programma's.

Sterke kanten:

- voldoende doorzettingsmacht, niet vrijblijvend
- ruimte voor nieuwe onderwerpen in de samenwerking
- beperkt risico van aanbestedingsverplichting SUB-regiobibliotheken
- lokale speelruimte blijft (buiten de gezamenlijke beleidsgebieden).

Zwakke kanten:

- risico van competentieconflicten federatie-partners, bestuurlijk complex, kost interne energie
- transitie lastig (overdracht bevoegdheden en aansturing)
- draagvlak bij gemeenten is nu beperkt (zij het toegenomen).

In het algemeen is de federatie geschikt voor continue, structurele samenwerking over diverse gebieden en voor externe machtsvorming (onderhandelingspartij – samen één vuist maken).

Reality check: Brabantse Netwerkbibliotheek.

De 22 Brabantse bibliotheken en de PSO (Cubiss) hebben zich gebonden tot gezamenlijk beleid en projecten via een samenwerkingsovereenkomst. De directeuren (Vereniging van Brabantse bibliotheken – VBB) wijst Cubiss aan als enige leverancier voor stelseltaken, heeft een 'aan instemming grenzend adviesrecht' t.o.v. provinciale subsidie en benoemt de Raad van Toezicht van Cubiss. In beide statuten is deze afhankelijkheidsrelatie vastgelegd. Cubiss plaatst de commerciële activiteiten in aparte BV. De VBB stuurt via 5 programmaliijnen en -commissies, in het kader van landelijk beleid. Deze structuur is nieuw en moet zich inhoudelijk nog bewijzen.

6 Fusie

Structurele vorm van de samenwerking:

- één nieuwe rechtspersoon met overdracht van alle middelen en mensen van alle regiobibliotheken en van BiSC
- één organisatiebestuur met portefeuilles (eventueel ook bij managers)
- onafhankelijke Raad van Toezicht
- integrale managers (lokaal of naar producten), met mogelijkheid van programmamanagement
- met gemeenten productafspraken in termen van locaties, uren, diensten, programmering en initiatieven
- provincie draagt stelseltaken op aan rechtspersoon en geeft subsidie.

Sterke kanten:

- doorzettingsmacht van strategie naar uitvoering, slagkracht
- realiseren voordelen m.b.t. efficiency en vernieuwing (op termijn)
- hiërarchie geeft eenvoud (eenheid van beleid en besluitvorming).
- geen risico van aanbestedingsverplichting.

Zwakke kanten:

- toename van managementlagen, grotere afstand bestuur-uitvoering
- kan los komen van de lokale situatie
- transitie complex, ten dele destructief ('breken en bouwen')
- draagvlak bij gemeenten is nu beperkt (zij het toegenomen).

In het algemeen is het fusiemodel geschikt voor een brede krachtenbundeling met veel diverse voordelen en voor externe machtsvorming (onderhandelingspartij en bestuurlijk).

Reality check: Biblionet Groningen.

Fusie tussen 2 partners: PBCG en stadsbibliotheek Groningen. Integratie backoffices, vorming van 8 gebiedsclusters (elk 50.000 inwoners). Van de 65 zittende managers werden 8 opgeleid tot integrale (locatie)managers, de overigen werden specialist. De integrale (locatie)managers zijn resultaatverantwoordelijk, inclusief het 'trekken' van organisatiebrede specialismen en de lokale verankering bij gemeenten. Gemeenten zijn begeleid richting opdrachtgeverschap en doen nu zaken met de integrale managers. Er wordt veel efficiencywinst gerealiseerd. Extern treedt Biblionet Groningen als stevige partij. De organisatie is stabiel en geaccepteerd, intern en extern.

7 Juridische toetsing

In het voorgaande overzicht van de organisatiemodellen is ook een typering gegeven van de toetsing die is uitgevoerd op de rechtspersoonlijke en aanbestedingsrechtelijke aspecten van de gekozen oplossingen. Deze juridische toetsing heeft het volgende uitgewezen:

Samenwerkingsovereenkomst

Een (aanvullende) samenwerkingsovereenkomst is een nuttig en onmisbaar instrument in aanvulling op het instrument van de SUB als samenwerkingsstichting. Hiermee kunnen nieuwe afspraken snel en zonder de rompslomp van een statutenwijziging vastgelegd worden. Voor zover die afspraken flexibel moeten zijn is een overeenkomst een praktisch instrument. Wel is het goed steeds goed te kijken welke afspraken bij voorkeur in de statuten verwerkt moet worden (structurele taken en bijhorende bevoegdheden) en welke taken (uitwerking op detailniveau en met de taken samenhangende financiële afspraken) meer geschikt zijn voor de samenwerkingsovereenkomst.

Het risico van aanbestedingsverplichting is bij de samenwerkingsovereenkomst zonder meer groot en op termijn onhoudbaar.

Coöperatie

Een coöperatie is een in de wet geregelde rechtsvorm (vereniging) met (artikel 53 lid 1 Boek 2 Burgerlijk Wetboek) als doel: "in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoefte uitoefent of doet uitoefenen". De aangesloten leden (hier de regiobibliotheken) blijven zelfstandige lichamen. De BiSC kan blijven bestaan als zelfstandige organisatie maar kan geen lid worden van de coöperatie. De (taken van de) BiSC kunnen wel worden verplaatst naar de coöperatie. Deze structuur vergt een relatief grote ombuiging. De samenwerking wordt dan georganiseerd in een vereniging in plaats van een stichting zoals nu.

Voor de coöperatie is het aanbestedingsrisico minder dan bij de samenwerkingsovereenkomst, maar er kan niet worden gesproken van een zekere en veilige constructie, hooguit dat vanwege de ontwikkelingen in de jurisprudentie de kans groter mag worden geacht dan voorheen dat een coöperatie de toets der kritiek kan doorstaan.

Federatie

De federatie is als rechtsvorm niet in de wet geregeld. Dit betekent dat daarmee in de praktijk verschillende rechtsvormen kunnen worden aangeduid. In het spraakgebruik wordt daarmee in de regel aangeduid een vereniging van rechtspersonen. Als dat het geval is dan heeft de federatie de rechtsvorm coöperatie. In de situatie van de Utrechtse bibliotheken wordt de term federatie gereserveerd voor de (verdergaande) samenwerking georganiseerd in een stichting. Inhoudelijk biedt dit model op hoofdlijnen de zelfde mogelijkheden als de coöperatie. Voordeel is dat deze vorm kan krijgen door een verdere uitwerking / aanpassing van de SUB. Feitelijk is dit dan ook eenvoudiger te realiseren dan de coöperatie.

Voor de federatie geldt een vergelijkbaar aanbestedingsrisico als bij de coöperatie.

Fusie

De fusie is het enige model waarbij de oude organisaties verdwijnen. De wijze waarop de fusie vorm moet krijgen en hoe de nieuwe organisatie zal worden ingericht verdient wel aandacht. Juridisch is totstandkoming van dit model betrekkelijk complex en vergt investeringen. Het

veronderstelt een opheffing van de huidige rechtspersonen en een overdracht van middelen naar één (eventueel nieuwe) rechtspersoon. De wenselijkheid van dit model is afhankelijk van de keuzes die gemaakt gaan worden, en van de aanbestedingsrechtelijke aspecten.

Het fusiemodel heeft geen risico van aanbestedingsverplichting. Als de regiobibliotheken, de SUB en het BiSC opgaan in één organisatie is er aangaande de taken die nu door BiSC worden uitgevoerd geen sprake van uitbesteden en geen sprake van een aanbestedingsverplichting.

8 Conclusie

In deze analyse zijn vijf organisatiemodellen voor het Utrecht bibliotheekstelsel vergeleken, zowel wat betreft hun algemene kenmerken als wat betreft het functioneren in een vergelijkbare praktijk in andere provincies. De vergelijking betreft de langere termijn, dus met als uitgangspunt de sturingskracht die nodig is voor het realiseren van inhoudelijke voordelen aangaande tenminste de zes onderwerpen zoals die hiervoor zijn geanalyseerd, aan te vullen met onderwerpen die de SUB verder op de agenda zal plaatsen. Een realisatietermijn van drie tot vijf jaar is hiervoor realistisch.

Voor het realiseren van de versterkte sturing is het een voortzetting van de huidige situatie op deze langere termijn ongewenst. De versterking kan alleen worden gerealiseerd op basis van een gedeeltelijke integratie van de activiteiten en de besturing van de regiobibliotheken. Vanuit deze invalshoek kan de vergelijking van organisatiemodellen verder worden beoordeeld.

De totale vergelijking levert het volgende beeld op:

	Sturingskracht SUB	Lokale speelruimte	Eenvoudige structuur	Juridische toets aanbesteding	Continuïteit gezamenl. activiteiten	Transitie beheersbaar	Draagvlak gemeenten
Voortzetting van huidige situatie	--	+	+/-	-	--	++	+
Samenwerkingsovereenkomst	--	+	+/-	-	--	++	++
Coöperatie	-	+	-	+/-	--	+/-	+
Federatie	+/-	+/-	-	+/-	+	+/-	+/-
Fusie	+	+/-	+/-	+	++	-	+/-

De conclusie is dat een voortzetting van de huidige situatie, een samenwerkingsovereenkomst en een coöperatie geen bruikbare modellen zijn voor een versterkte sturing van gezamenlijke activiteiten maar op dit moment wel op het grootste draagvlak bij gemeenten kunnen rekenen. Een gezamenlijke sturing kan alleen goed tot stand worden gebracht door een federatie of fusie, maar deze modellen hebben vragen een transitieperiode en hebben tot dusverre een beperkt draagvlak bij gemeenten, hoewel dit draagvlak tijdens de discussies tussen adviescommissie en gemeenten wel is gegroeid.

Samenwerkingsmodellen
en juridisch advies
Utrechtse bibliotheken

Advies Bibliotheekstelsel in de provincie Utrecht.

1. Opdracht.

Door de provincie Utrecht is in november 2009 een adviescommissie ingesteld die advies moet uitbrengen over de toekomstige vorm van het Utrechtse bibliotheekstelsel.

Dit advies wordt in april 2010 opgeleverd en daarin worden vijf organisatiemodellen besproken.

Aan ondergetekende is verzocht dit advies globaal juridisch te toetsen op de volgende onderdelen:

1. Welke zijn de rechtspersoonlijke en aanbestedingsrechtelijke consequenties van de 5 modellen.
2. Welke zijn de rechtspersoonlijke en aanbestedingsrechtelijke consequenties van het bestuurlijke arrangement 2010-2014 dat wordt voorgesteld voor de periode dat wordt toegewerkt naar realisatie van het model dat definitief wordt gekozen. Is het in dat model beter BiSC te laten samengaan met SUB?

De stukken die ik tot mijn beschikking had zijn:

Concept advies bibliotheekstelsel versie 28 mei 2010 met bijlagen

Memo samenwerkingsstructuur Utrechtse Bibliotheken

Juridisch advies van Pels Rijcken uit 2007

Statuten van de SUB

Statuten van de BiSC

2. Rechtspersoonlijke kenmerken en consequenties van de vijf organisatiemodellen.

In zijn algemeenheid maakt samenwerking bij overeenkomst de minste inbreuk op de eigen organisatie. Afhankelijk van het aantal terreinen waarop men gaat samenwerken en de vorm die men voor de samenwerking kiest, is de samenwerking meer of minder hecht. De organisaties blijven bij samenwerking zelfstandige rechtspersonen. Contractuele samenwerking is de samenwerking die bij overeenkomst wordt geregeld. In de overeenkomst wordt afgesproken op welk terrein de organisaties zullen samenwerken. Het samenwerkingsverband dat berust op een overeenkomst heeft geen eigen rechtspersoonlijkheid en kan geen rechtshandelingen verrichten. De rechten en verplichtingen van de samenwerkende organisaties kunnen niet anders dan met hun instemming worden verzwaaard of gewijzigd.

Een verdergaande vorm van samenwerking is de samenwerking die wordt georganiseerd in een speciaal voor de samenwerking opgerichte organisatie. De facto bestaat daarvoor al een rechtspersoon/organisatie: de SUB. Deze stichting kan als zelfstandige eenheid in het maatschappelijk verkeer optreden. Deze stichting is een nieuwe rechtspersoon naast de bestaande rechtspersonen (de regiobibliotheken). De invloed van de samenwerkingsstichting op de deelnemende organisaties is afhankelijk van de bevoegdheden die aan de stichting zijn overgedragen.

De stichting is een in de wet geregelde rechtsvorm. Bij wet is bepaald dat een stichting geen leden mag hebben en geen uitkeringen mag doen aan haar oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen. Dit is een belangrijk onderscheid tussen de stichting enerzijds en de vereniging, besloten vennootschap en naamloze vennootschap anderzijds. Een stichting die is opgericht om tot een betere samenwerking te komen kan bij de verwezenlijking van dat doel op gespannen voet komen met deze verboden. Toch is in het maatschappelijk leven de samenwerkingsstichting inmiddels een veel voorkomend fenomeen. Het is wel zaak deze buitengrenzen (het leden- en uitkeringenverbod) goed in het oog te houden bij de ontwikkeling van verdergaande samenwerkingsvormen.

De coöperatie en de federatie zijn beide varianten van een samenwerking die is georganiseerd in (een of meerdere) daartoe opgerichte organisatie(s), de samenwerkende organisaties blijven bestaan als zelfstandige juridische lichamen.

De meest vergaande vorm van samenwerking is de fusie waarin de oude organisaties geheel opgaan. Er blijven dan een (of wellicht twee) organisaties over, of er wordt een nieuw lichaam opgericht en de oude verdwijnen (afhankelijk van de wijze waarop de fusie plaatsvindt).

De vijf organisatiemodellen die worden geschetst zijn, juridisch, alle mogelijk, mits zij uiteraard goed vorm worden gegeven. De vraag welk model juridisch het meest passend kan worden geacht wordt dan ook vooral beoordeeld vanuit de vraag welk model juridisch het eenvoudigst te realiseren is vanuit de nu bestaande feitelijke situatie.

De juridische aspecten worden dan ook beoordeeld, uitgaande van de feitelijke situatie dat voor de samenwerking reeds een daartoe opgerichte samenwerkingsorganisatie beschikbaar is: de SUB, die echter nu feitelijk vooral functioneert als een overlegplatform in plaats van als sturingsorgaan. De modellen zijn opgesteld met als oogmerk te komen tot een efficiënte, krachtige en goed verankerde samenwerking.

De modellen:

- voortzetting huidige model, omschreven als: de gezamenlijkheid is georganiseerd in min of meer losse projecten en systemen, er bestaan afzonderlijke samenwerkingscontracten tussen bibliotheken en BiSC, SUB geeft bindend advies over provinciale subsidie BiSC, andere onderwerpen zijn 'vrij'.

De SUB is een stichting met als statutair doel: bevordering van de samenwerking, de samenhang, kwaliteit en ontwikkeling van de openbare bibliotheekvoorziening in de provincie Utrecht. Zij heeft statutair geen concrete bevoegdheden op/overgedragen gekregen vanuit de regiobibliotheken (ook georganiseerd in Stichtingen met uitzondering van de GBU, die een gemeentelijke dienst is). Het bestuur van de SUB bestaat uit de directeuren van de afzonderlijke bibliotheken.

De BiSC is een stichting met als statutair doel: de ondersteuning en bevordering van het bibliotheekwerk in de provincie Utrecht, en voorts al hetgeen met een en ander rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn. Het bestuur van BiSC bestaat uit een door de Raad van Toezicht te benoemen directie. De Raad van Toezicht bestaat blijkens de statuten uit vertegenwoordigers van SUB (drie leden), de Provincie (één lid) en twee leden door coöptatie uit een voordracht van de Ondernemingsraad van BiSC.

Feitelijk is BiSC een service-organisatie/facilitair bedrijf en zou SUB meer de regietaak moeten krijgen.

Om die feitelijke sturing te kunnen geven heeft de SUB bevoegdheden nodig. Die kunnen aan de SUB worden verstrekt, hetzij bij statutenwijziging, hetzij bij overeenkomst. De wet bepaalt dat de stichting wordt bestuurd door het bestuur. De statuten kunnen dit bestuur enigszins beperken. De belangrijkste beperkingsmogelijkheden zijn: bepaling dat het bestuur niet (zonder meer) bevoegd is tot aan- en verkoop van registergoederen en /of borgstelling. De wet bepaalt niet hoeveel leden een bestuur moet of mag hebben, dat wordt vastgelegd in de statuten. Naast het bestuur kan eventueel een directie worden benoemd voor de dagelijkse uitvoering. In de praktijk komt ook voor dat boven het bestuur nog een raad van advies of raad van toezicht hangt, dit zijn geen wettelijk verplichte organen, maar kan nuttig zijn om slagkracht te creëren. Binnen het bestuur kan één lid daarvan (de voorzitter) niet wezenlijk zwaardere bevoegdheden toegedeeld krijgen dan andere leden van het bestuur. De 'zwaarte' van de voorzitter moet vooral schuilen in houding en overtuigingskracht.

De mogelijke alternatieve modellen:

- het model van een (aanvullende) samenwerkingsovereenkomst in de vorm van een meerjarig raamcontract tussen de SUB, regiobibliotheken en BiSC met helder afgebakende programma's en uitonderhandelde tarieven.

SUB vervult de rol van stuurgroep. De bestuurders zijn gemandateerd door regiobibliotheken van waaruit zij deelnemen op nader te bepalen onderwerpen.

BiSC is facilitator en 'levert' projectorganisatie met projectleiders en interne of (aansturing van) gedetacheerde medewerkers.

De voornoemde rollen van SUB en BiSC kunnen bij overeenkomst worden vastgelegd naast en in aanvulling op het instrument van de samenwerkingsstichting. Hiermee kunnen nieuwe afspraken snel en zonder de rompslomp van een statutenwijziging vastgelegd worden. Voor zover die afspraken flexibel moeten zijn is een overeenkomst een praktisch instrument. Wel is het van belang steeds goed te kijken welke afspraken bij voorkeur in de statuten verwerkt moet worden (structurele taken en bijhorende bevoegdheden) en welke (uitwerking op detailniveau en met de taken samenhangende financiële afspraken) meer geschikt zijn voor de overeenkomst. NB Statutair verstrekte taken en bevoegdheden kunnen bij overeenkomst wel nadere invulling krijgen, wijziging of intrekking ervan moet statutair gebeuren.

- de coöperatie waarbij de SUB wordt omgevormd tot vereniging die de BiSC (om te vormen tot een vennootschap) aanstuurt. BiSC wordt vaste leverancier van SUB en regiobibliotheken. De bestuurders van de regiobibliotheken vormen het coöperatiebestuur, die de Bisc-vennootschap aanstuurt met (product)portefeuilles.

De coöperatie is een in de wet geregelde rechtsvorm (vereniging) met (artikel 53 lid 1 Boek 2 Burgerlijk Wetboek) als doel : "in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen". Dit is daarmee juridisch gezien een zeer geëigende vorm voor een gewenst samenwerkingsverband.

De aangesloten leden: hier de regiobibliotheken zijn en blijven zelfstandige lichamen. De BiSC kan blijven bestaan als zelfstandige organisatie maar kan geen lid worden van de coöperatie, de (taken van de) BiSC kunnen hetzij worden verplaatst naar de coöperatie (daarin worden opgenomen zodat de coöperatie die gaat uitvoeren), hetzij in een aparte organisatie (als een besloten vennootschap) worden verricht waarvan de aandelen worden gehouden door de coöperatie. Deze structuur vergt een relatief grote ombuiging. De samenwerking wordt dan georganiseerd in een vereniging en is nu georganiseerd in een stichting. Dit maakt dat, vanuit praktisch oogpunt, het volgende model meer voor de hand ligt.

- de federatie: deze rechtsvorm is in de wet niet apart benoemd. Dit betekent dat daarmee in de praktijk verschillende rechtsvormen kunnen worden aangeduid. In het spraakgebruik wordt daarmee meestal aangeduid een vereniging van rechtspersonen. Als dat het geval is dan heeft de federatie de rechtsvorm coöperatie.

Hier is de term federatie gereserveerd voor de (verdergaande) samenwerking georganiseerd in een stichting. Daarbij kan de SUB als uitgangspunt dienen en kan, in steeds verdergaande samenwerking op basis van overeenkomst (model 2) doorontwikkeld worden. De juridische basis voor model 1, 2 en 4 is de zelfde: samenwerking tussen stichtingen, geregeld in een daartoe opgerichte stichting, aangevuld met afspraken bij overeenkomst. Als voor dit model wordt geopteerd is het misschien verstandig niet meer van een federatie te spreken in verband met de verwarring die dit kan oproepen.

Inhoudelijk biedt dit model op hoofdlijnen de zelfde mogelijkheden als de coöperatie (met inachtneming van het eerder genoemde onderscheid: geen leden en geen uitkering aan eigen organen). Voordeel is dat deze vorm kan krijgen door een verdere uitwerking / aanpassing van de SUB. Feitelijk is dit dan ook eenvoudiger te realiseren dan de coöperatie.

- de fusie. Het enige model waarbij de oude organisaties verdwijnen. Deze ombuiging vergt naar verwachting de meeste voorbereidingstijd. Dit model is goed mogelijk, de wenselijkheid ervan is afhankelijk van de keuzes die gemaakt gaan worden, en van de aanbestedingsrechtelijke aspecten.

3. Aanbestedingsrechtelijke consequenties.

Dit onderdeel bouwt voort op het eerdere advies ter zake dat in 2007 is opgesteld door het advocatenkantoor Pels Rijcken. Daarin werd, zeer kort samengevat, geconcludeerd dat BiSC, vanwege de diensten die zij aanbiedt, gezien moet worden als ondernemer in de zin van Richtlijn 2004/18/EG (Algemene Richtlijn) en het Besluit aanbestedingsregels (Bao) en dat de Regiobibliotheken moeten worden gezien als aanbestedingsplichtige diensten, ongeacht of een deel van de financiering via de

SUB loopt. Ook als een deel van de financiering gebeurt via subsidie doet dit aan die aanbestedingsplicht niet af.

De opdrachten die de Regionale Bibliotheken, al dan niet via de SUB, verstrekt aan een externe organisatie (thans is dat de BiSC) dienen op grond van het bepaalde in de Algemene Richtlijn en het Bao dan ook in principe europees te worden aanbesteed zodra de waarde van deze contracten de drempelwaarde overschrijdt. Deze drempelwaarde bedraagt voor diensten op dit moment 193.000 euro.

Het verlenen van een opdracht aan een eigen onderdeel van de aanbestedende dienst (met andere woorden: het zelf uitvoeren van de dienst) is niet aanbestedingsplichtig. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie is opdrachtverlening aan een derde die met de opdrachtverlener te vereenzelvigen is, eveneens vrij van een aanbestedingsplicht (dit heet "quasi-inbesteding").

Het advies van 2007

In 2007 heeft Pels Rijcken zich nader gebogen over de vraag of met het oprichten van een coöperatie de regiobibliotheken, SUB en BiSC zodanig met elkaar verbonden zouden kunnen worden dat onderlinge opdrachtverstrekking zou kunnen worden gezien als quasi-inbesteding. Als dat lukt worden zo immers de aanbestedingsrechtelijke bezwaren ondervangen.

Pels Rijcken concludeerde, samengevat, daarover als volgt:

Het Hof van Justitie legt de lat bij uitzonderingen op de aanbestedingsplicht hoog. Het moet gaan om opdrachtverlening van een aanbestedende dienst aan "een persoon die daar rechtens van onderscheiden is", terwijl die aanbestedende dienst (1) "op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten" en (2) "deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen" (2).

Indien – en voorzover - de werkzaamheden van BiSC en/of SUB zouden worden ondergebracht in een coöperatie (vereniging) waarvan de Regionale Bibliotheken lid worden dient, om te kunnen spreken van "quasi-inbesteding" – naar de stand van het recht in 2007 – aan de volgende twee voorwaarden te zijn voldaan:

- 1) de Regionale Bibliotheken dienen op de coöperatie toezicht uit te oefenen als op hun eigen diensten. Het toezicht dient statutair én feitelijk zodanig te zijn vormgegeven dat een doorslaggevende invloed bestaat zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van de rechtspersoon. Het gaat hierbij om het in directe zin kunnen uitoefenen van reële invloed op het bestuur van de rechtspersoon;
- 2) de coöperatie dient het merendeel van haar werkzaamheden te verrichten ten behoeve van de Regionale Bibliotheken (of andere lichamen die de rechtspersoon beheersen). Elke andere activiteit dient "marginaal" te zijn. Met andere woorden: BiSC mag geen economische activiteiten ten behoeve van de "markt" ontplooiën.

Aan het tweede vereiste kan eenvoudig worden voldaan. Het eerste vereiste is echter veel problematischer. Weliswaar kan de coöperatie zodanig worden vormgegeven dat de Regionale Bibliotheken *gezamenlijk* doorslaggevende invloed op de coöperatie hebben (zo kan het bestuur van de coöperatie uit de leden worden benoemd en kunnen aan de algemene ledenvergadering speciale rechten worden toegekend), het is de vraag of met deze *gemeenschappelijke invloed* aan het door het Hof geformuleerde toezichtsvereiste wordt voldaan.

Dat geldt eens te meer indien de coöperatie de werkzaamheden van BiSC (en/of SUB) niet zelf uitoefent, maar deze doet uitoefenen in een rechtspersoon waarvan zij de aandelen houdt. In dat geval is het toezicht van de Regionale Bibliotheken immers nog indirecter.

Hoewel in de jurisprudentie van het Hof rekening is gehouden met de mogelijkheid dat de "quasi-inhouse" uitzondering toepassing kan vinden bij een samenwerkingsverband van meerdere aanbestedende diensten, is het toezichtsvereiste – ook tot zeer voorkort - steeds op het niveau van de individuele opdrachtgever door het Hof getoetst. Ook bij een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten is dus nog steeds voorwaarde geweest dat elk van die opdrachtgevers reële

invloed op de opdrachtnemer (de rechtspersoon) moet hebben om vrij te zijn van een aanbestedingsplicht.

Dit vereiste lijkt binnen bestaande vennootschapsrechtelijke structuren niet goed haalbaar. Immers, niet alle samenwerkende aanbestedende diensten kunnen tegelijkertijd doorslaggevende invloed op een privaatrechtelijke rechtspersoon uitoefenen. Ook binnen een coöperatie zal niet aan dit stringente toezichtvereiste kunnen worden voldaan.

Onder welke voorwaarden binnen een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten wel aan het stringente toezichtvereiste zou kunnen worden voldaan, is door het Hof niet uitgemaakt. Wel biedt het recente arrest van het Hof van Justitie in de zaak ASEMFO (zaak C-295/05) van 19 april 2007 op het eerste gezicht aanknopingspunten voor de gedachte dat het Hof bij samenwerkingsverbanden van aanbestedende diensten mogelijk voor een andere invulling van het toezichtvereiste kiest.

In de zaak ASEMFO participeerden zogenoemde autonome regio's in een samenwerkingsverband, te weten de overheidsvennootschap "Tragsa", waarin ook de Spaanse Staat participeerde. Gezien de bijzonder geringe participatie per regio in het aandelenkapitaal, rees de vraag of de regio's wel voldoende invloed konden uitoefenen op Tragsa.

Het Hof van Justitie oordeelde als volgt. Voor het antwoord op de vraag of was voldaan aan het toezichtvereiste leek voor het Hof niet doorslaggevend of elk van de autonome regio's door middel van vennootschapsrechtelijke structuren toezicht kon uitoefenen op strategische doelstellingen en andere belangrijke beslissingen van Tragsa. Het Hof hecht in het arrest veeleer waarde aan het feit dat de werkzaamheden van de overheidsvennootschap door elk van de samenwerkende/participerende aanbestedende diensten konden worden geconditioneerd. De overheidsvennootschap was verplicht opdrachten uit te voeren die haar door elk van de regio's werden toegewezen, en beschikte niet over de mogelijkheid om de tarieven van haar dienstverlening zelf vast te stellen. Door het gebrek aan deze invloed was de overheidsvennootschap ten opzichte van de autonome regio's volgens het Hof niet aan te merken als een "derde" ten opzichte van de aanbestedende diensten.

Dit verschil in aanpak biedt wellicht ruimte voor discussie. Naar mening van Pels Rijcken moet evenwel uiterste voorzichtigheid worden betracht bij het trekken van conclusies uit het ASEMFO-arrest ten behoeve van de Coöperatie als hier voorgesteld:

In de zaak ASEMFO ging het om een bij publiekrechtelijke regeling in het leven geroepen uitvoeringsorganisatie die op publiekrechtelijke basis volledig was onderworpen aan de orders en aanwijzingen van de betrokken aanbestedende diensten. Aan het eindoordeel, dat geen sprake was van een met de (oude) aanbestedingsrichtlijnen strijdige publiekrechtelijke regeling, legt het Hof nadrukkelijk mede ten grondslag dat tussen de aanbestedende diensten geen sprake is van een contractuele verhouding. Eerder in het arrest overweegt het Hof:

"Indien Tragsa geen enkele vrijheid zou hebben om een door de bevoegde instanties verstrekte opdracht al dan niet uit te voeren of om het op haar diensten toe te passen tarief te bepalen, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan, zou niet zijn voldaan aan de voorwaarde voor toepassing van de betrokken richtlijnen dat er sprake is van een overeenkomst".

Het opdragen van werkzaamheden aan Tragsa viel dus reeds buiten de werkingssfeer van de (oude) Richtlijnen omdat die opdracht niet op een privaatrechtelijke overeenkomst berustte, maar op een publiekrechtelijke regeling. Mogelijk moet het arrest vooral tegen die achtergrond worden gezien.

Het lijkt te ver te gaan om op basis van het ASEMFO-arrest te concluderen dat het Hof een andere weg is ingeslagen en is teruggekomen op de reeks eerdere, ook recente, arresten die – zoals hiervoor opgemerkt – praktisch gezien weinig ruimte laten voor het onderhands gunnen van opdrachten binnen contractuele samenwerkingsverbanden.

Vooralsnog moet er veiligheidshalve vanuit worden gegaan dat het verlenen van opdrachten aan de coöperatie aanbestedingsrechtelijke bezwaren oproept. De coöperatie opereert niet, zoals Tragsa, binnen een samenstel van publiekrechtelijke regels, maar op grondslag van een met haar leden (de Regionale Bibliotheken) te sluiten (wederkerige) privaatrechtelijke overeenkomst met contractuele verplichtingen en rechten.

Tot zover het advies van Pels Rijcken.

Ontwikkelingen inzake de quasi-inbesteding sedert het advies van 2007

Na het ASEMFO Arrest zijn nog twee uitspraken gedaan door het Europese Hof van Justitie waarmee op onderdelen meer helderheid wordt verschaft over de vraag wanneer sprake is van quasi-inbesteding.

Dat is in de eerste plaats met het Arrest HvJ EG, van 13 november 2008, zaak C-324/07, Coditel. In de zaak Coditel is aan het Hof een drietal prejudiciële vragen gesteld.

De eerste twee vragen betreffen (1) de vraag of een gemeente, zonder een aanbesteding uit te schrijven, kan toetreden tot een coöperatieve vennootschap (cv) die uitsluitend bestaat uit andere (verenigingen van) gemeenten, om het beheer van het gemeentelijke kabeltelevisienet aan deze cv over te dragen.

In dit geval verrichte de cv het merendeel van haar werkzaamheden enkel met en ten behoeve van de bij haar aangesloten leden. De beslissingen over die werkzaamheden worden genomen door de raad van bestuur en daaronder hangende sectorcomités, die bestaan uit afgevaardigden van de overheidslichamen en beslissen bij meerderheid.

De vervolgvraag (2) is of de controle over de beslissingen van de cv, die dus via de statutaire organen wordt uitgeoefend door alle aangesloten leden, kan worden geacht hun in staat te stellen op die cv toezicht uit te oefenen als op hun eigen diensten.

De derde vraag (3) is of die controle en dat toezicht door elk aangesloten lid individueel moeten worden uitgeoefend of volstaat het dat zij door de meerderheid van de aangesloten leden worden uitgeoefend.

De eerste twee vragen worden door het Hof bevestigend beantwoord, het antwoord op de derde vraag stelt dat de meerderheid het toezicht moet uitoefenen.

Het Hof merkt daarbij echter in de eerste plaats op dat de overdracht van het beheer van het kabeltelevisienetwerk niet een gewone opdracht betreft maar een concessieovereenkomst is (omdat de vergoeding voor het beheer van het netwerk niet wordt betaald door de gemeente maar door de gebruikers van het net/uit de exploitatie van het net voortvloeien). Concessieovereenkomsten voor openbare diensten vallen niet onder de werkingssfeer van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 (dit is de voorloper van de Algemene Richtlijn die nu van kracht is).

Hoewel concessieovereenkomsten zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de die richtlijn, moeten overheidsinstanties die deze overeenkomsten sluiten toch de fundamentele regels van het EG-Verdrag, neergelegd in artikel 12, 43 en 49 van het Verdrag: t.w. het verbod op discriminatie, het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting in acht nemen.

Op de eerste twee vragen antwoordt het Hof dan (in ro 26 e.v. en 39 e.v.) dat diverse Verdragsartikelen en –beginselen (gelijkheid, non-discriminatie en transparantie) zich er niet tegen verzetten dat een overheidsinstantie, zonder een aanbesteding uit te schrijven, een concessie voor openbare diensten toewijst aan een intergemeentelijke cv waarvan alle vennoten overheidsinstanties zijn, wanneer deze instanties op die cv toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en die cv het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van deze instanties.

Onder voorbehoud van nader onderzoek door de nationale rechter uit te voeren over de feiten met betrekking tot de mate van zelfstandigheid waarover de cv in kwestie beschikt, stelt het Hof dat in de omstandigheden van dit geval het toezicht dat de bij een dergelijke intergemeentelijke cv betrokken overheidsinstanties via de statutaire organen op de beslissingen van die cv uitoefenen, deze instanties in staat stellen op die vennootschap toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten.

De derde vraag tenslotte wordt door het Hof als volgt beantwoord (ro 54). Wanneer een overheidsinstantie toetreedt tot een intergemeentelijke cv waarvan alle vennoten overheidsinstanties zijn, om aan die vennootschap het beheer van een openbare dienst over te dragen, kan het toezicht van de bij die vennootschap aangesloten instanties op die vennootschap, om als toezicht zoals op hun eigen diensten te worden aangemerkt, door deze instanties gezamenlijk worden uitgeoefend, in voorkomend geval bij meerderheidsbeslissing. Het toezicht op de (in dit geval) concessiehouder moet effectief zijn, maar het hoeft niet door elk aangesloten lid individueel te worden uitgeoefend.

Dit arrest toont een verruiming ten opzichte van het ASEMFO arrest: in beide zaken wordt geconcludeerd dat aan het toezichtscriterium kan worden voldaan als dit door de instanties gezamenlijk wordt uitgeoefend. Bij Coditel gaat het echter om een samenwerkingsverband waarin gemeenten naar eigen keuze deelnemen en waar de wederzijdse verplichtingen voortvloeien uit overeenkomst en niet (zoals in ASEMFO) uit de nationale wetgeving.

Er is echter ook een beperkende factor in dit arrest waardoor de toepasbaarheid van dit arrest voor de in het kader van dit advies te beoordelen organisatiemodellen voor het Bibliotheekstelsel in Utrecht niet rechtstreeks kan worden geconcludeerd: het gaat daar om een concessieovereenkomst en hier om een gewone opdracht.

Deze zaak betrof overigens gemeenten in België en dus een coöperatieve vennootschap naar Belgisch recht. Deze rechtsvorm is niet geheel gelijk aan de Nederlandse rechtsvorm coöperatie.

Een tweede arrest dat meer helderheid verschaft over de voorwaarden waaronder gesproken kan worden van quasi-inbesteding betreft: HvJ EG 9 juni 2009, C-480/06 Commissie tegen Duitsland.

De kwestie betrof: Vier Duitse Landkreise (bestuursdistricten) in de buurt van Hamburg sloten in 1995 een contract met de Stadtreinigung van de stad Hamburg met betrekking tot de verwijdering van hun afvalstoffen in een vuilverbrandingsinstallatie gedreven door de Stadtreinigung Hamburg. Het contract werd gesloten zonder een voorafgaande aanbestedingsprocedure.

De Europese Commissie stelde dat de Landkreise moesten worden aangemerkt als een aanbestedende dienst in de zin van de aanbestedingsrichtlijn, dat het contract een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel betrof waarvan de waarde de drempelwaarde van de aanbestedingsrichtlijn overschreed, en dat de overeenkomst dus binnen de werkingssfeer van de richtlijn viel.

Het Hof van Justitie neemt o.m. in aanmerking dat de litigieuze overeenkomst een samenwerking tussen territoriale lichamen tot stand brengt die ertoe strekt, de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust, te weten de verwijdering van afvalstoffen. Er zij aan herinnerd dat deze taak verband houdt met de uitvoering van richtlijn 75/442/EEG van de Raad van 15 juli 1975 betreffende afvalstoffen (PB L 194, blz. 39), die de lidstaten de verplichting oplegt om plannen voor het beheer van afvalstoffen op te stellen die inzonderheid voorzien in „maatregelen waarmee de rationalisatie van inzameling, sortering en behandeling van de afvalstoffen kan worden gestimuleerd”, en dat volgens richtlijn 91/156/EEG van de Raad van 18 maart 1991 (PB L 78, blz. 32), waarbij artikel 5, lid 2, van richtlijn 95/442 is gewijzigd, een van de belangrijkste van deze maatregelen de doelstelling betreft om de afvalstoffen in een zo nabij mogelijk gelegen installatie te verwijderen.

Voorts wordt in aanmerking genomen dat voor de diensten voor afvalstoffenverwijdering enkel aan de exploitant van de installatie een vergoeding moet worden betaald. Dit berust op een overeenkomst die in deze zaak geen onderdeel van de beoordeling uitmaakt. Uit de wel in deze zaak betrokken overeenkomst blijkt dat voor de op basis van deze overeenkomst tussen Stadtreinigung Hamburg en de vier betrokken Landkreise tot stand gebrachte samenwerking daarentegen tussen deze organen geen andere financiële transfers plaatsvinden dan die ter vergoeding van het deel van de kosten dat voor rekening van die Landkreise is, maar door Stadtreinigung Hamburg aan de exploitant is betaald.

Het Hof oordeelt dat het samenwerkingsverband tussen de lokale overheden was opgericht met het doel te verzekeren dat een publieke taak die zij allen moeten vervullen wordt uitgevoerd. Daar het contract geen enkele private partij betrof, zou niets een lokale overheid moeten weerhouden om haar taken die haar in het publieke algemene belang zijn toegewezen uit te voeren met haar eigen middelen, zonder verplicht te moeten zijn om externe lichamen die niet tot haar diensten behoren op te roepen. Zij zou dit moeten mogen doen in samenwerking met andere overheidsinstanties.

Het Hof concludeert dan dat het EG-recht niet vereist dat overheidsinstanties een bepaalde wettelijke vorm aannemen om gezamenlijk hun publieke diensttaken te kunnen uitvoeren. Een dergelijke samenwerking tussen overheidsinstanties ondermijnt niet de hoofddoelstelling van de EG-regels voor aanbesteden.

Ook dit arrest geeft dus verruiming: het is niet nodig om een bepaalde wettelijke vorm aan te nemen voor publieke diensten om een gezamenlijke publieke diensttaak uit te voeren als daar geen private partner bij betrokken is. In deze zaak ging het echter opnieuw om taken waarbij aan het uitvoerings-

orgaan verplichtingen worden opgelegd ten aanzien van de wijze van uitvoering in wetgeving, in casu een Europese richtlijn. Voorts is hier van belang dat in deze zaak wel aan het oordeel van het Hof is voorgelegd de overeenkomst waarin de samenwerking wordt geregeld om de uitvoering te regelen van de verwijdering van afvalstoffen (afspraken over verdeling van de beschikbare capaciteit e.d.) tussen de Landkreise en Stadtreinigung, maar niet over de overeenkomst tussen Stadtreinigung met de exploitant van de installatie voor de afvalstoffenverbranding.

Als de reikwijdte van deze casus moet worden beoordeeld in het kader van de in dit advies te beoordelen organisatiemodellen voor het Bibliothekenstelsel in Utrecht, past ook hier voorzichtigheid: het betreft in deze zaak vooral de samenwerkingstaken, de taken die meer gericht zijn op afstemming en regie, dus de taken die binnen het bibliothekenstelsel vooral door SUB uitgevoerd (moeten gaan) worden, en niet de taken die nu door BiSC worden uitgevoerd.

Conclusies:

Sinds het advies van Pels Rijcken zijn er in de jurisprudentie ontwikkelingen te zien die meer ruimte lijken te geven aan intergemeentelijke/regionale samenwerking zonder dat steeds verplicht moet worden aanbesteed. Dit leidt ertoe dat:

de in het advies beschreven modellen 1 en 2 (voortzetting huidige situatie en de samenwerkingsovereenkomst) in strijd zijn met de aanbestedingrechtelijke regels als SUB en regiobibliotheken opdrachten willen uitzetten bij BiSC.

Voor model 3 (de coöperatie) stelde Pels Rijcken destijds dat de coöperatie niet geheel onmogelijk lijkt maar wel als riskant moet worden aangemerkt. De jurisprudentie sedertdien geeft een ontwikkeling die als positief is op te vatten. Op dit moment kan nog niet gezegd worden dat, gegeven de context waarin het oordeel van het Hof in beide hierboven besproken zaken bekeken moet worden, dat dit nu een zekere en veilige constructie is; wel is de kans groter dan in 2007 dat een dergelijke constructie de toets der kritiek kan doorstaan. Van belang is daarbij goed te kijken hoe de huidige BiSC taken worden georganiseerd, het is zaak die zo veel mogelijk in de coöperatie te plaatsen.

Met name op grond van het arrest inzake Commissie tegen Duitsland geldt dit eveneens voor model 4, met inachtneming van de eerdere kanttekeningen op dit model (de federatie).

Model 5 (de fusie) is vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt een volledig passend model. Als niet alleen de Sub en de BiSC opgaan in één organisatie maar ook de bibliotheken zelf is er tav de taken die nu door BiSC worden uitgevoerd geen sprake van uitbesteden en dus geen sprake van een aanbestedingsverplichting.

4. rechtspersoonlijke en aanbestedingrechtelijke consequenties van het bestuurlijk arrangement 2010-2014

Hierop geef ik nog een paar globale opmerkingen:

- In het routeplan dat de komende jaren wordt gevolgd is het goed van tijd tot tijd te toetsen welke ontwikkelingen in de jurisprudentie te zien zijn die het federatief model meer mogelijk maken. Daarnaast is op dit moment bij de Tweede Kamer aanhangig een wetsvoorstel tot het creëren van een nieuwe rechtsvorm: de maatschappelijke onderneming. Dit wetsvoorstel beoogt het stichtingen en verenigingen die een maatschappelijk belang nastreven mogelijk te maken slagvaardiger op te treden door gebruik te maken van nieuwe toezicht- en besluitvormingsregels. Ook deze rechtsvorm, zo dit wetsvoorstel wordt aangenomen, kan te zijner tijd meegenomen worden bij de keuze voor de definitieve vormgeving van de juridische structuur van de samenwerking; Een andere mogelijkheid die nog kort aan de orde is geweest is het oprichten van de een Gemeenschappelijke regeling door betrokken gemeenten en provincie. Dit kan worden gebaseerd op de wet gemeenschappelijke regelingen die, kortweg, aan gemeenten en provincies de mogelijkheid geeft om voor taken die zij uitvoeren een samenwerkingsverband aan te gaan. De gemeenschappelijke regeling is, net als gemeente en provincie, een openbaar lichaam ter vervulling van taken die de afzonderlijke openbare lichamen (gemeenten en provincie in dit geval) gezamenlijk wensen uit te voeren. Bij de oprichting van de GR kunnen ook bevoegdheden van de gemeenten en provincie worden overgedragen aan de GR. Een

keuze voor een GR betekent een keuze voor uitvoering van de taken in een openbaar lichaam, dus weer dicht bij gemeente en provincie. om tot een GR te komen moeten deelnemende partijen op vergelijkbare wijze tot overeenstemming komen als thans het geval is: door consensus. Deze variant is mogelijk maar lijkt niet meteen nieuwe oplossingen voor de bestaande vraagstukken te bieden.

- Verzelfstandiging GBU kan om allerlei redenen nuttig worden geacht, juridisch is dit waarschijnlijk alleen noodzakelijk bij het fusiemodel. De federatie is immers een volgende stap in wat nu al in de basis als structuur aanwezig is via de samenwerking in de SUB. In alle gevallen zal getoetst moeten worden of, voor volgende stappen in een geïntensiveerde samenwerking zoals bij de coöperatie of de federatie, de interne regels van de aangesloten organisaties moeten worden aangepast.
- Borging invloed gemeenten kan voor een niet onbelangrijk deel via het geld worden geregeld in de vorm van voorwaarden aan de door de gemeenten te verstrekken subsidie;
- Voor het overige zijn de in het arrangement opgenomen structuren: projectbureau, projectleidersoverleg georganiseerd in informele structuren; hebben dus geen rechtsvorm. Er moet bij overeenkomst invulling gegeven worden aan taken, aansturing en kostenverdeling.

De huidige structuur voldoet aanbestedingsrechtelijk niet. Dit zal de komende jaren nog wel het geval blijven. Uit de jurisprudentie zijn een aantal elementen te destilleren die, als zij allemaal optimaal vorm krijgen kunnen leiden tot een model waarbinnen geen aanbestedingsverplichting is. Het is niet gezegd dat alle elementen optimaal vorm moeten krijgen voordat een aanbestedingsverplichting vervalt. Het is alleen niet op voorhand aan te geven welke elementen in welke mate voldoende zijn daartoe. Hoe meer elementen worden versterkt en hoe sneller dat gebeurt hoe beter dat is.

In zowel het uitvoeringsmodel in de periode 2010 als bij de vormgeving van het definitieve model verdient het aanbeveling om ieder van de navolgende elementen daarin zo veel mogelijk te versterken. Dit betreft:

a) Rechtsvorm en zeggenschapsstructuur

Als het toezicht door de aanbestedende dienst indirect wordt uitgeoefend – dus het toezicht van de regiobibliotheken op de BiSC via de SUB – dan kan dit volgens het Hof, onder omstandigheden, afbreuk doen aan de mate van toezicht dat de opdrachtgever op de opdrachtnemer uitoefent. Organiseer de zeggenschapsstructuur daarom zo rechtstreeks mogelijk, waarbij in ieder geval SUB en BiSC(taken) zo dicht mogelijk bij elkaar georganiseerd worden, bij voorkeur in één organisatie.

b) De openstelling voor private derden

Als het gemeenschappelijk bedrijf (BiSC) haar dienstverlening ook aanbiedt op de markt en in die zin commercieel opereert, belemmert dit een beroep op de inbestedingsuitzondering. In dit kader is het goed te kijken naar de activiteiten die BiSC verricht voor derden. Meest optimaal is deze taken af te stoten.

Van belang is immers SUB en BiSC zo met elkaar te verweven dat er als het ware sprake is van één organisatie en dus van quasi inbesteding gesproken kan worden. Een aparte poot in BiSC met marktgerichte activiteiten betreft een element dat tegen een dergelijke verwevenheid pleit. Voor zover de activiteiten daadwerkelijk marginaal zijn is niet goed begrijpelijk dat het nuttig is daarvoor een aparte rechtspersoon op te richten.

c) Bevoegdheden van het bestuur

Hoe meer zelfstandigheid en bevoegdheden het bestuur van de opdrachtnemer heeft, des te minder waarschijnlijk het is dat de aanbestedende dienst toezicht kan uitoefenen op de opdrachtnemer als op zijn eigen diensten. In dit kader lijkt het verstandig BiSC en SUB te laten samengaan, daarmee wordt de invloed van de regiobibliotheken op de BiSC (taken) rechtstreekser.

d) Territoriale reikwijdte van de activiteiten

Hoe ruimer de geografische reikwijdte van de activiteiten van opdrachtnemer is of hoe meer deze in de loop van de tijd worden uitgebreid, des te eerder moet volgens het Hof worden aangenomen dat de aanbestedende dienst onvoldoende toezicht op de opdrachtnemer uitoefent. Dit element is helder en lijkt beperkt genoeg: het maximale territorium is de provincie Utrecht.

e) Maatschappelijk doel van opdrachtnemer

Hoe ruimer het maatschappelijke doel van de opdrachtnemer is, en bijgevolg hoe ruimer het spectrum van uit te oefenen activiteiten van de opdrachtnemer kan zijn, des te eerder moet worden aangenomen dat de aanbestedende dienst onvoldoende toezicht kan uitoefenen. Dit element ligt hier in het verlengde van element b., de meest adequate maatregel is dezelfde.

f) Verplichting van opdrachtnemer tot uitvoeren van opdrachten

Indien de opdrachtnemer geen enkele vrijheid heeft om de uitvoering van de opdrachten van de opdrachtgever te weigeren, zal eerder sprake zijn van voldoende toezicht. Beperk de vrijheid dus zo veel mogelijk.

g) Onmogelijkheid opdrachtnemer vrijelijk vaststellen tarieven

Indien de opdrachtnemer geen enkele vrijheid heeft om het op zijn dienstverlening toe te passen tarief te bepalen, dan zal ook eerder sprake zijn van voldoende toezicht.

h) Gezamenlijk toezicht

Aanbestedende diensten in een samenwerkingsverband kunnen gezamenlijk toezicht uitoefenen op een opdrachtnemer als op hun eigen diensten. De invulling van dit element moet gebeuren in samenhang met element c, bij de regeling van de bevoegdheden van de (diverse) bestuurslagen.

Tot slot: de exacte optimale vormgeving van ieder element moet steeds beoordeeld worden aan de hand van het uiteindelijk te kiezen model.

Amsterdam, 15 juni 2010

Mr J.C. Arendse