



Governance ICTU



Van mr. J.P. Lamfers
Versie 1.0
Datum 24-12-2021



Inhoudsopgave

1. Aanleiding wijziging Governance ICTU	3
2. Oprichting ICTU 2001	4
3. Het huidige ICTU	5
4. Waarom een statutenwijziging?	6
5. Is voor ICTU een Stichting nog steeds de meest geëigende rechtsvorm?	9
6. Gewijzigde wet-en regelgeving.	9
6.1. Aanbestedingswet 2012.....	10
6.2. Stichtingenkader.....	13
6.3. Wet bestuur en toezicht op rechtspersonen	14
7. Tegenstrijdigheden in regelgeving	14
8. Van tegenstrijdigheden naar oplossingen	15
9. Wijziging rol minister van BZK en Benoemende Organisaties	16
10. Conclusie	17



1. Aanleiding wijziging Governance ICTU

ICTU is een onafhankelijke advies- en projectenorganisatie binnen de overheid en helpt overheden bij het verbeteren van hun dienstverlening met behulp van ICT. ICTU werkt aan een betere digitale overheid.

ICTU is van en voor de overheid en is als stichting ondergebracht bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), maar zonder een directe aansturing, zodat ICTU aan opdrachten voor de gehele overheid kan werken.

ICTU is in 2001 opgericht en staat er nu, 20 jaar later, goed voor. De opdrachtenportefeuille is goed gevuld en de omzet groeit. Dat ICTU er goed voor staat is voor het bestuur van ICTU aanleiding geweest om de governance van ICTU goed te evalueren. Het bestuur heeft voor de evaluatie van de governance advies gevraagd aan ABDTOPConsult. De opdracht is als volgt geformuleerd:

Gelet op de wijze waarop ICTU zich de afgelopen jaren heeft ontwikkeld (naar een advies- en projectenorganisatie, inclusief een afdeling waar in opdracht maatwerk (opensource) software wordt ontwikkeld en eventueel tijdelijk wordt onderhouden), alsmede haar positie binnen het overheidsbestel en de wijze waarop het bestuur en toezicht op dit moment functioneert, heeft het bestuur besloten ABDTOPConsult een onderzoek uit te laten voeren op de kwaliteit van het functioneren van de governance van ICTU met als vragen:

- Onderzoek in hoeverre de huidige invulling van de eindverantwoordelijkheid van het bestuur adequaat is geborgd - mede in het licht van de ontwikkelingen in de ICT en het uitvoeringslandschap- conform de beoogde invulling van de governance volgens de statuten.
- Kom tot een afweging of de huidige bestuursstructuur de meest passende vorm is, in de context van het huidige "good governance" (de Nederlandse code voor goed openbaar bestuur het nieuwe Wetsvoorstel Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen).
- Doe aanbevelingen om de kwaliteit van het functioneren van de governance van ICTU verder te verbeteren.

In het adviesrapport van ABDTOPConsult 'Repareer het dak wanneer de zon schijnt' van 14 januari 2021 wordt het volgende aangegeven (hoofdstuk 6, pag. 31/41):

"Het huidige beeld van de stichting ICTU is dat van een goed draaiende organisatie. Het opdrachtenportfolio is al een aantal jaren licht groeiend en er is behoefte aan de diensten van ICTU. Daarnaast wordt ICTU als het destijds in het leven geroepen 'special purpose vehicle' door de klanten nog steeds goed gewaardeerd. Wel is er met het oog op de toekomstbestendigheid van ICTU sprake van een aantal belangrijke aandachtspunten. De governance vertoont kwetsbaarheden en zou verstevigd moeten worden. Of anders geformuleerd: het is verstandig "het dak te repareren als de zon schijnt"."

Daarbij wordt expliciet door ABDTOPConsult aangegeven de goede dingen van ICTU vooral ook te behouden, zoals de quasi-inbestedingspositie, opdrachtgefinancierd werken, onpartijdigheid, flexibel kunnen inspelen op nieuwe opdrachten en interbestuurlijke samenwerking.



Het bestuur van ICTU, BZK en de Benoemende Organisaties (IPO, VNG en UvW) hebben naar aanleiding van het advies van ABDTOPConsult aangegeven een toekomstvaste governance voor ICTU te willen bewerkstelligen.

2. Oprichting ICTU 2001

ICTU is op 11 april 2001 opgericht als overheidsstichting door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG).

ICTU is met het volgende doel opgericht (artikel 2.1 en 2.2 statuten):

2.1 De stichting – een samenwerkingsverband van overheidsorganisaties – heeft ten doel overheden te ondersteunen om innovatieve toepassingen op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie, hierna te noemen: "ICT", te ontwikkelen, te introduceren en te implementeren bij deze overheden, alsmede om die overheden daarbij te faciliteren, en al hetgeen daarmede verband houdt of daaraan bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin van het woord.

2.2 Zij tracht dit doel te bereiken door onder meer:

- a. het uitdragen van vastgestelde ICT-concepten en het introduceren van nieuwe ICT-producten en diensten bij geïnteresseerde overheidspartijen. Deze introductie vindt plaats door middel van stimuleringsprogramma's die zich richten op kennisoverdracht, facilitering, demonstratieprojecten, en dergelijke;*
- b. het (laten) "uit-ontwikkelen" van nieuwe generieke instrumenten en standaarden binnen de openbare sector op het gebied van ICT;*
- c. het bieden van ondersteuning ten behoeve van geïnteresseerde overheidspartijen bij grootschalige innovatieve Europese aanbestedingen van ICT-producten en -diensten, en*
- d. het (doen) beheren en onderhouden van de generieke instrumenten en standaarden op het gebied van ICT, met dien verstande dat zij deze functies en taken uitsluitend op verzoek en ten laste van een of meer overheidsorganisaties vervult. De stichting zal haar doelstelling zoveel mogelijk door uitbesteding aan het bedrijfsleven realiseren.*

In de brief met de datum 21 november 2000 van de Minister voor Grote Steden- en Integratiebeleid R.H.L.M. van Boxtel, gericht aan de Voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal (Kamerstuk 27 510; datum publicatie 29 november 2000) is over de oprichting van ICTU aangegeven:

"Gegeven de doelstelling en de opzet van ICTU is gekozen voor een rechtsvorm waarin de samenwerking tussen overheidsorganisaties over de grenzen van departementen en bestuurslagen heen, maximaal mogelijk is gemaakt. ICTU als onderdeel van één van de deelnemers, bijvoorbeeld in de vorm van een departementale dienst of agentschap, is daarom niet goed denkbaar. De ZBO-vorm komt evenmin in aanmerking, aangezien aan ICTU geen openbaar gezag wordt toebedeeld en er ook geen publiekrechtelijke taken worden overgedragen. Om deze redenen is gekozen voor samenwerking in de vorm van een stichting.

Gezien het doel en de vormgeving van ICTU moeten de opdrachten van (samenwerkende) overheden aan ICTU beschouwd worden als zogenoemde «in-house» opdrachten, zogenaamde "quasi-inbesteding", waarop de Europese aanbestedingsregels niet van



toepassing zijn. ICTU zelf is een aanbestedende dienst, waarop deze regels wel van toepassing zijn. ICTU neemt als het ware de aanbestedingsplicht van de samenwerkende overheidsorganisaties over. Er zal op worden toegezien dat ICTU de aanbestedingsregels correct toepast en dat het bedrijfsleven conform de bedoelingen van de aanbestedingsregels wordt ingeschakeld. Taken die overheidsorganisaties anders ieder afzonderlijk hadden uitbesteed, zullen nu door ICTU namens die overheidsorganisaties gezamenlijk, worden uitbesteed. Zo vindt er zo min mogelijk versnippering plaats. ICTU kan evenwel als onderdeel van de openbare dienst worden beschouwd, omdat de bestuurlijk-juridische inrichting zodanig is vormgegeven dat de overheid een overwegende invloed heeft op het beleid en beheer van de stichting.

De bestuurlijk-juridische inrichting heeft de vorm gekregen van een bestuur, bestaande uit vertegenwoordigers van de rijksoverheid (maximaal 7), de VNG (1), de Unie van Waterschappen (1) en het Interprovinciaal Overleg (IPO) namens de Provincies (1), zie artikel 4.2 statuten. Dit is zo gekozen, dat ICTU zo optimaal mogelijk over alle bestuurslagen heen kan werken. In het bestuur zijn daarom alle overheidslagen vertegenwoordigd.

De hoofdlijnen van de informatie- en sturingsrelaties kunnen als volgt worden samengevat:

- De verantwoordelijkheid voor de beleidsmatige en financiële aansturing en voor de inhoudelijke resultaten van de programma's berust niet bij ICTU als opdrachtnemer maar bij de opdrachtgevende overheden. In de overeenkomst die de opdrachtgever(s) van een programma met ICTU sluiten, worden standaard zodanige voorwaarden opgenomen dat de opdrachtgevers voldoende rechten en bevoegdheden hebben om deze verantwoordelijkheid te kunnen dragen. Dit impliceert dat als één of meer departementen deelnemen aan een programma de ministeriële verantwoordelijkheid daarvoor ten volle blijft bestaan en dat er ook voldoende instrumenten zijn om deze verantwoordelijkheid te kunnen dragen.
- De verantwoordelijkheid voor het beheer van ICTU berust bij het ICTU-bestuur. De statuten zijn zodanig vormgegeven dat de Benoemende Organisaties voldoende rechten en bevoegdheden hebben om toezicht uit te oefenen op hun vertegenwoordigers in het bestuur en om corrigerende maatregelen te nemen indien dit nodig mocht zijn. Ook in dit opzicht blijft de ministeriële verantwoordelijkheid intact.

Intern wordt ICTU voorgegeven als een programma-organisatie met (wisselende) programma- en projectteams. Een kleine staf op financieel-administratief, organisatorisch en juridisch gebied zorgde voor ondersteuning van de directeur. De beleidsmatige en inhoudelijke aansturing van de opdrachten zou verlopen via een stuurgroep of het ICT-beraad door de gezamenlijke opdrachtgevers namens de voor het programma/project verantwoordelijke bewindspersonen."

3. Het huidige ICTU

Op dit moment voert ICTU ongeveer 150 projecten uit door alle lagen van de overheid heen met een omzet van circa 100 miljoen euro. ICTU is een matrixorganisatie met een bestuur,



bestaande uit leden vanuit alle lagen van de overheid (Rijk, VNG, IPO, UvW), een algemeen directeur en drie directies (Projecten, Advies en Bedrijfsvoering) met elk een eigen directeur en daaronder afdelingshoofden. ICTU bestaat uit een vaste kern van ongeveer 170 medewerkers aangevuld met een flexibele kern van medewerkers, veelal externe inhuur, tot ongeveer 500 medewerkers. De minister van BZK is verantwoordelijk voor het toezicht op het bestuur en keurt de jaarstukken, statutenwijzigingen en eventuele andere besluiten goed. Daarnaast zijn de VNG, IPO en UvW aangewezen als Benoemende Organisaties. De Benoemende Organisaties vaardigen elk een lid af in het bestuur en hebben bevoegdheden ten aanzien van het schorsen van leden, goedkeuren statutenwijziging en ontbinding.

ICTU wordt ingezet op grofweg vier typen opdrachten:

1. Adviestrajecten op haar expertisegebied;
2. Projectmatig ontwikkelen (en doorontwikkelen) van concrete producten en software;
3. Projectmatig verzorgen van de implementatie van de ontwikkelde producten;
4. Tijdelijk beheer van ontwikkelde software (in de overgang van de ontwikkelings- naar de beheerfase).

ICTU werkt vraaggestuurd en op basis van voorfinanciering (opdrachtgefinancierd). Een opdracht aan ICTU is een vorm van quasi-inbesteding. Voorbeelden van opdrachten van ICTU zijn terug te vinden op: <https://www.ictu.nl/projecten>.

4. Waarom een statutenwijziging?

Uit het advies van ABDTOPConsult komt naar voren dat de huidige stand van zaken van de governance, oftewel de *feitelijke* situatie, niet strookt met de governance zoals deze is beschreven in de statuten van ICTU dus met de *formele* situatie. In het kort komt onder meer het volgende naar voren:

- ICTU voert de taken uit in overeenstemming met en binnen de grenzen van de statuten.
- De Minister ontvangt alle verlangde informatie (art. 6 statuten) en er vindt overleg plaats tussen BZK en het bestuur als ook afstemmingsoverleggen tussen BZK en ICTU.
- De Minister van BZK benoemt (formeel) de leden van het bestuur (art. 4 statuten). Informeel worden benodigde nieuwe leden door de algemeen directeur in afstemming met de voorzitter van het bestuur benaderd en vervolgens voor benoeming voorgedragen.
- De Minister mag aanwijzingen geven (art. 6 statuten), maar hier is de afgelopen jaren nimmer gebruik van gemaakt.
- De drie benoemende organisaties benoemen elk een bestuurder (art. 4 statuten). In de praktijk wordt bij een eventuele vervanging of bij het einde van de zittingstermijn (2 x 4 jaren) een bestuurder uit een van die organisaties benaderd voor het zitting nemen in het bestuur.
- Het recht tot het vaststellen van een reglement (art. 16 statuten) heeft zich nog nimmer voorgedaan.
- Het bestuur is eindverantwoordelijk (belast met het besturen) voor de stichting ICTU. In de praktijk staat het bestuur (relatief) op afstand en ligt de dagelijkse aansturing bij de algemeen directeur. Het bestuur heeft voor de algemeen directeur een mandaat



vastgesteld (art. 11 statuten). Het bestuur is en blijft in deze constructie als mandaterende partij eindverantwoordelijk.

Daarnaast geeft het rapport van ABDTOPConsult aan dat:

- De eigenaar (BZK) haar rol beperkt invult en nog zoekende is naar een passende invulling.
- Het bestuur zijn rol beperkt invult.
- De materiële rolinvulling van de algemeen directeur niet overeen komt met zijn formele rol.
- De toezichtrol van BZK en de Benoemende Organisaties beperkt wordt ingevuld. Dit is in het kader van de Aanbestedingswet 2012 een kwetsbaarheid.
- De feedback tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer nog niet gestructureerd plaatsvindt.

Voor de invulling van de gewenste governance gebruikt ABDTOPConsult als referentiepunten het basismodel voor de inrichting van de governance voor agentschappen uit het rapport "Verbeter de werking!!". ICTU is een (overheids-)stichting en kent echter andere inrichtingsprincipes dan een agentschap. De ervaring heeft ABDTOPConsult evenwel geleerd dat "Verbeter de werking!!" zich ook goed leent om te betrekken bij governance-discussies voor andere rechtsvormen zoals ZBO's of een stichting als ICTU. Volgens ABDTOPConsult is het vanwege de maatschappelijke doelen die overheidsorganisaties met elkaar gemeen hebben interessant om ook de huidige formele én materiële governance van ICTU te toetsen aan de governance principes van het driehoekmodel uit dit rapport. Daarbij dient wel rekening te worden gehouden met het specifieke karakter van ICTU als overheidsstichting in relatie tot het beoogd doel. Deze governance principes uit het rapport "Verbeter de werking!!" zijn derhalve louter als denkkader en als handelingsperspectief gehanteerd, omdat ze inzichten opleveren die tot een betere werking van de governance kunnen leiden. En de begrippen 'eigenaar, opdrachtgever en -nemer' mogen dan centraal staan in het driehoeksmodel, in de statuten komen deze begrippen niet voor.

ABDTOPConsult concludeert dat de governance kwetsbaarheden vertoont en verstevigd zou moeten worden. In de aanbevelingen van ABDTOPConsult wordt binnen de geschetste context het volgende aangegeven:

Aanbevelingen t.a.v. de Eigenaarsrol:

- Versterk de rol van BZK en de medeoverheden als eigenaar respectievelijk mede-eigenaar.¹
- Bespreek met BZK en de medeoverheden welke invulling (van het rapport Verbeter de werking) past bij het specifieke karakter van ICTU als stichting en het behoud van ICTU als "special purpose vehicle".
- Een goede optie daarvoor vinden wij een invulling waarbij BZK in overleg met de mede-eigenaren de rol van toezichthouder mandateert aan een (in te stellen) orgaan in de vorm van een Raad van Toezicht.

¹ In de nieuwe governance is er vanwege de geldende aanbestedingsregels geen onderscheid gemaakt tussen de eigenaars- en mede-eigenaarsrol. De minister van BZK, IPO, VNG en UvW komen op gelijke hoogte te staan en gaan gezamenlijk de rol van aangesloten overheidsorganisaties vervullen.



- Daarbij zou afgesproken kunnen worden dat er periodiek (bijvoorbeeld jaarlijks) een gesprek plaatsvindt tussen BZK (en overige mede-eigenaren) en de Raad van Toezicht over de invulling van deze taak. Betrek als ´eigenaar de andere overheden in hun rol als mede-eigenaar vanaf het begin actief bij dit traject.
- Deze wijziging van de governance maakt een wijziging van de statuten noodzakelijk.
- Het is van belang dat bij toetsing van het stichtingenkader het speciale karakter van ICTU behouden blijft.

Aanbevelingen t.a.v. de Opdrachtnemersrol:

- Beleg de opdrachtnemersrol bij de algemeen directeur van ICTU.
- Geef de algemeen directeur mandaat, uiteraard binnen de (met name door de eigenaar en het toezicht gestelde) kaders, voor de uitvoerende bevoegdheden.
- Overweeg, gezien de grotere verantwoordelijkheid van de algemeen directeur, zijnde bestuurder, een uitbreiding naar een twee- of driehoofdige bestuur.
- Leg bovenstaande aanbevelingen vast in de statuten.

Aanbevelingen t.a.v. de relatie met de Opdrachtgever:

- Breng opdrachtgevers die gebruik maken van dezelfde kennis en kunde maar ook van capaciteit van ICTU met elkaar in contact. Dit, om met elkaar het opdrachtenportfolio te bespreken en elkaars ervaringen en kennis te benutten, maar ook om te komen tot een logische volgorde van opdrachten die zowel de opdrachtgevers helpt als ook rekening houdt met de capaciteitsplanning (kwantitatief en kwalitatief) van ICTU.

Tegen de door ABDTOPConsult beschreven achtergrond kan de huidige structuur – ook met eventueel kleine aanpassingen – niet in stand blijven en ligt een wijziging van het governancemodel van ICTU voor de hand. Het bestuur heeft op 14 januari 2021 de conclusie en de aanbevelingen van ABDTOPConsult overgenomen en op 19 mei 2021 hebben de minister van BZK en de VNG, IPO en UvW dit eveneens gedaan.

Uit het onderzoek dat hierop volgde is daarnaast gebleken dat ook vanwege gewijzigde regelgeving, te weten de Aanbestedingswet 2012 en de Wet bestuur en toezicht op rechtspersonen, het van belang is dat de governance wijzigt. Met de huidige statuten kan de quasi-inbestedingspositie niet voldoende overeind gehouden worden. Ook om deze reden is wijziging van de statuten noodzakelijk.

Verder is na de oprichting van ICTU, te weten in 2007, het Stichtingenkader opgesteld. In dit kader worden een aantal zaken aangegeven die tegenstrijdig zijn met de huidige statuten. Ook het Stichtingenkader, zij het van na de oprichting van ICTU, geeft aanleiding voor een statutenwijziging. Zie hiervoor hoofdstuk 6 en 7.

Met de gewijzigde governance is er een toekomstvaste basis gelegd voor een interbestuurlijke samenwerking tussen de overheden op relevante digitale dossiers. Het Coalitieakkoord heeft het belang van deze samenwerking nog eens benadrukt, het programma Werken aan Uitvoering is daarvan een voorbeeld.



5. Is voor ICTU een Stichting nog steeds de meest geëigende rechtsvorm?

Bij de oprichting van ICTU in 2001 was vastgesteld “dat -gezien de doelstelling en opzet- ICTU een rechtsvorm dient te krijgen waarin maximaal tot uitdrukking komt dat het gaat om samenwerking tussen overheidsorganisaties over de grenzen van departementen en bestuurslagen heen”.

ICTU als onderdeel van één van de deelnemers, bijvoorbeeld in de vorm van een departementale dienst of agentschap, was daarom niet goed denkbaar. De ZBO-vorm kwam evenmin in aanmerking, aangezien aan ICTU geen openbaar gezag werd toebedeeld en er ook geen publiekrechtelijke taken werden overgedragen. Om deze redenen werd gekozen voor samenwerking in de vorm van een stichting. Hoewel weliswaar gebruik werd gemaakt van een privaatrechtelijke rechtsvorm, is de bestuurlijk-juridische inrichting zodanig vorm gegeven dat de overheid een overwegende invloed houdt op het beleid en beheer van de stichting. ICTU kon en kan daarom nog steeds beschouwd worden als een onderdeel van de openbare dienst.

Bij het wijzigen van de governance en statuten is ook gekeken of de stichting als rechtsvorm nog steeds de meest toepasselijke is of dat een andere rechtsvorm beter is. Gedacht kan dan worden aan bijvoorbeeld een ZBO, agentschap of vereniging. Basis voor welke rechtsvorm dan ook, is dat de elementaire kenmerken van ICTU behouden blijven of zoals ABD TOPConsult aangeeft: het goede van ICTU moet behouden blijven. Het gaat dan om het quasi-inbesteden, opdrachtgefinancierd werken, onpartijdigheid, flexibel kunnen inspelen op nieuwe opdrachten en interbestuurlijke samenwerking. Daarvoor is het onder meer nodig dat ICTU flexibel kan omgaan met het aantrekken van personeel. Tevens vinden opdrachtgevers het van belang (blijkt uit de rapportages over de meting van de opdrachtgeverstevredenheid) dat ICTU niet direct door een departement of andere overheidsorgaan wordt aangestuurd. ICTU dient ‘onpartijdig’ te kunnen opereren.

De conclusie is dan ook dat de rechtsvorm stichting voor ICTU (nog steeds) het meest geëigend is.

6. Gewijzigde wet-en regelgeving.

Naast de constatering uit het onderzoek van ABD TOPConsult is uit nader onderzoek naar een toekomstvast governance voor ICTU naar voren gekomen dat er sprake is van gewijzigde regelgeving en kaders die meegewogen moeten worden in het vormen van een toekomstvast governance. Allereerst is gebleken dat de huidige statuten niet meer voldoende voldoen aan de Aanbestedingswet 2012. Daarnaast is na de oprichting van ICTU het Stichtingenkader opgesteld. Bovendien is de Wet bestuur en toezicht op rechtspersonen (Wbtr) op 1 juli 2021 in werking getreden.



6.1. Aanbestedingswet 2012

Vanaf het ontstaan van ICTU worden de opdrachten van de (samenwerkende) overheden gezien als quasi-inbesteden waarop de Europese aanbestedingsregels niet van toepassing zijn. Evenwel zijn de bepalingen van de Europese Aanbestedingsregels de afgelopen jaren aangescherpt, hebben uitspraken van het Hof van Justitie grenzen gesteld aan de mogelijkheden van quasi-inbesteden en is in Nederland de Wet Markt en Overheid in werking getreden die stelt dat overheden niet zonder meer activiteiten kunnen laten uitvoeren door collega overheden. Aangezien quasi-inbesteden een elementair onderdeel voor het verkrijgen van opdrachten door ICTU is, bestaan er derhalve voldoende redenen te bezien welke eisen er bij een gewijzigde governance worden gesteld aan het behoud van (quasi)-inbesteden.

Hierover is advies gevraagd aan dhr. prof. Dr. G.W.A. van der Meent, hoogleraar aanbestedingsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, dhr. mr. A.L. Appelman, specialist in Europees aanbestedingsrecht, advocaat bij De Haan Advocaten & Notarissen te Zwolle, mw. mr. F. van Nouhuys en mw. Mr. A. de Jong, advocaten bij Straatman Koster advocaten te Amsterdam, mr. P. Hoogendoorn, notaris bij Pels Rijcken advocaten en notarissen te Den Haag, en mr. J. Muller, advocaat bij Pels Rijcken advocaten en notarissen te Den Haag. De voorgelegde vraag luidt óf, en zo ja, hoe de juridische structuur moet worden vormgegeven zodat opdrachten onderhands door de genoemde entiteiten aan ICTU kunnen worden gegund met een beroep op de in artikel 2.24b Aanbestedingswet 2012 opgenomen uitzonderingsgrond van "quasi-inbesteden". Hun adviezen zijn eensluidend.

De hoofdlijn is dat een aanbestedende dienst onderhands een opdracht kan verlenen aan een gelieerde rechtspersoon op basis van de zogenaamde quasi-inbestedingsconstructie, mits voldaan wordt aan drie voorwaarden: respectievelijk het zogenaamde toezichtscriterium, het zogenaamde merendeelcriterium en het privékapitaal. Dit is ontleend aan afdeling 2.1.3 van de Aanbestedingswet 2012) waarin enkele uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht zijn opgenomen.

De artikelen 2.24a én 2.24b Aanbestedingswet 2012 hebben betrekking op de uitzondering van "quasi-inhouse opdrachtverlening", ook wel "quasi-inbesteding" genoemd. Deze uitzonderingsgrond is ontwikkeld door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) in de jurisprudentie (zie de arresten C-107/98 (Teckal), C-26/03 (Stadt Halle), C-340/04 (Carbotermo), C-295/05 (Asemfo/Tragsa) en C-324/07 (Coditel)) en is in artikel 2.24a en 2.24b Aanbestedingswet 2012 gecodificeerd. In de kern komt deze uitzondering erop neer dat een aanbestedende dienst een overheidsopdracht onderhands aan een andere rechtspersoon kan gunnen wanneer de aanbestedende dienst (al dan niet tezamen met andere aanbestedende diensten) op die rechtspersoon op eenzelfde wijze toezicht uitoefent als op zijn eigen diensten.

Teneinde gebruik te kunnen maken van de uitzondering van quasi-inbesteding (al dan niet met gezamenlijk toezicht), dient derhalve te zijn voldaan aan de volgende drie (inmiddels in de Aanbestedingswet 2012 vastgelegde) voorwaarden:



- A. De aanbestedende dienst oefent (al dan niet tezamen met andere aanbestedende diensten) toezicht uit op de gecontroleerde rechtspersoon, zoals op de eigen diensten ("**Toezichtcriterium**"), zonder dat er directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon is.
- B. de gecontroleerde rechtspersoon verricht meer dan 80% van de werkzaamheden ten behoeve van de toezichthoudende aanbestedende dienst(en) ("**Merendeelcriterium**").
- C. er geen directe participatie van privékapitaal is in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van vormen van participatie van privékapitaal die geen controle of blokkerende macht inhouden, die vereist zijn krachtens nationale regelgeving welke verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon ("**Privékapitaal**").

Toezichtcriterium

Voor de gewenste situatie is het allereerst noodzakelijk dat de Staat, VNG, IPO en UvW 'gezamenlijk toezicht' uitoefenen op ICTU als bedoeld in artikel 2.24b Aanbestedingswet 2012. Volgens lid 2 van artikel 2.24b Aanbestedingswet 2012 worden aanbestedende diensten geacht op een rechtspersoon gezamenlijk toezicht uit te oefenen indien:

- A. de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen,
- B. deze aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon én
- C. de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

Het gezamenlijke toezicht moet aldus dusdanig zijn dat de aanbestedende diensten de beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon kunnen beïnvloeden. De aanbestedende diensten moeten een beslissende invloed uitoefenen, zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon.

Vertegenwoordiging

Op grond van artikel 2.24 lid 2 sub a Aanbestedingswet 2012 dienen de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon te zijn samengesteld uit of namens vertegenwoordigers van de deelnemende, aanbestedende diensten. De bepaling luidt:

"de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele



vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen”

Teneinde aan het bepaalde in artikel 2.24b lid 2 sub a Aanbestedingswet 2012 te voldoen wordt aangeraden om de statuten zó aan te passen dat BZK en de VNG, IPO en UvW de leden van de Raad van Toezicht benoemen. Verder wordt aangeraden om de in de statuten op te nemen dat iedere lid van de Raad van Toezicht een van de overheidsorganisaties De Staat (vertegenwoordigd door BZK) en de VNG, IPO en UvW dient te vertegenwoordigen.

Beslissende invloed en belangen

Op grond van artikel 2.24b lid 2 sub b Aanbestedingswet 2012 dienen de controlerende aanbestedende diensten in staat te zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen én de belangrijke beslissingen van ICTU. Dat kan zo ingevuld worden dat de aangesloten overheidsorganisaties hun controlerende taak overlaten aan de door hen ingestelde Raad van Toezicht.

In de huidige statuten is niets opgenomen over eventuele toestemming van de minister en de VNG, IPO en UvW voor beslissingen die zien op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen. De statuten laten dergelijke beslissingen volledig over aan het bestuur. Het bestuur kan volledig zelfstandig – zonder instemming van de controlerende aanbestedende diensten – de strategie bepalen. In het licht van het voorgaande komt het er de facto op neer dat er op basis van de huidige statuten onvoldoende sprake is van controlerende aanbestedende diensten die de belangrijke beslissingen van ICTU beïnvloeden.

Teneinde aan artikel 2.24 lid 2 sub b Aanbestedingswet 2012 te voldoen, zijn de desbetreffende taken en bevoegdheden zoals opgenomen in de statuten verder uitgebreid en verscherpt. Zodanig dat de bestuurder uitsluitend na afstemming met de Raad van Toezicht bevoegd is tot het nemen van strategische beslissingen. Daartoe stemmen de leden van de Raad van Toezicht af met de overheidsorganisaties die zij vertegenwoordigen. Tevens dient de bestuurder jaarlijks een strategisch plan, inclusief tenminste een meerjarenbegroting en een investeringsplan ter goedkeuring voor te leggen aan de Raad van Toezicht.

De laatste voorwaarde van het toezichtcriterium bepaalt dat de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen mag nastreven die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten. Aangeraden werd om in de statuten te borgen dat ICTU geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de Staat, de VNG, IPO en UvW.

Dit geheel is verwerkt in de statuten.

Merendeelcriterium

ICTU kan op basis van de quasi-inbesteding werkzaamheden voor de toezichthoudende overheidsorganisaties verrichten. Voor een geslaagd beroep op de quasi-inbesteding op grond van onderdeel b van artikel 2.24b lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 vereist dat ICTU



meer dan 80% van haar activiteiten uitvoert in opdracht van deze toezichthoudende overheidsorganisaties. Van belang is derhalve dat de werkzaamheden van ICTU voor niet deelnemende aanbestedende diensten marginaal zijn/blijven (maximaal 20%). Onder niet deelnemende aanbestedende diensten dienen ook bijvoorbeeld ZBO's met eigen rechtspersoonlijkheid, gemeenten, provincies en waterschappen te worden verstaan. Gemeenten, provincies en waterschappen kunnen niet geacht worden te zijn aangesloten bij ICTU (en toezicht te houden op ICTU) vanwege hun enkele lidmaatschap/deelname aan het VNG, het IPO en/of de UvW.

Sinds de oprichting van ICTU in 2001 is 90 tot 95% van de opdrachten (zowel in aantal als in geld) afkomstig is van de toezichthoudende overheidsorganisaties.

Dit is eveneens verwerkt in de statuten.

Privékapitaal

Er is geen sprake van (directe) participatie van privékapitaal bij ICTU.

6.2. Stichtingenkader

Het kader voor stichtingen (hierna: stichtingenkader) is in 2006 gepubliceerd door het ministerie van Financiën om nadere duiding te geven aan de Comptabiliteitswet (CW) en de afwegingen omtrent het oprichten van stichtingen. Bestaande stichtingen (zoals ICTU dat conform de formele procedure correct in 2001 is opgericht) worden ook aan dit stichtingenkader gehouden en daar waar nodig dienen hun statuten en besturing hierop aangepast te worden. Dit laatste is sinds de oprichting van ICTU niet gebeurd.

ICTU is als stichting bedoeld om de mogelijkheid te creëren om voor en over al de bestuurslagen heen activiteiten te kunnen verrichten. Het stichtingenkader geeft voorschriften voor het inrichten van het bestuur van een stichting, als de overheid er een oprichtingsrelatie mee heeft. Gezien het gebruik van een privaatrechtelijke rechtsvorm in het publieke domein is het noodzakelijk om de bevoegdheden van de minister afdoende te regelen. Het stichtingenkader geeft gedetailleerd weer waar de bevoegdheden liggen en wat de rechten en plichten zijn.

Zo stelt het stichtingenkader 'dat bevoegdheden om bestuursleden te benoemen, schorsen en ontslaan passen bij de situatie waarin de minister een zekere verantwoordelijkheid wil nemen voor de continuïteit en kwaliteit van het functioneren van de stichting. Dit recht maakt het mogelijk bestuursleden die niet of slecht functioneren te vervangen. Wel moet bedacht worden dat met deze vorm van directe zeggenschap de minister ook ter verantwoording geroepen kan worden bij het wel of niet (juist) toepassen van deze bevoegdheid. Het verdient de aanbeveling terughoudend met deze bevoegdheid om te gaan'.

Ook geeft het stichtingenkader aan dat er (in beginsel) geen ambtenaren in het bestuur van een stichting mogen zitten. Ambtenaren in het bestuur kan leiden tot dubbele loyaliteiten bij de betreffende ambtenaar. De hoofdregel is dan ook dat ambtenaren niet in het bestuur van een stichting plaatsnemen. Indien hier toch de voorkeur naar uit gaat, vereist dit een bijzondere argumentatie. Voor ICTU -met vier benoemende organisaties en daarmee de



mogelijkheid creërend voor de gehele overheid te kunnen werken, alsmede op grond van aanbestedingsregels- zou deze argumentatie goed te leveren zijn.

Anders dan ICTU met een bestuur en een uitvoerend algemeen directeur (met directie), hanteren stichtingen tegenwoordig een governancemodel met een (uitvoerend) bestuur en een Raad van Toezicht. De Raad van Toezicht kan – mits goed beargumenteerd- bestaan uit ambtenaren. De taakafbakening van de leden en integriteitsvraagstukken zullen dan extra aandacht moeten krijgen en zeer scherp ingevuld moeten worden, om eventuele dubbele loyaliteit te voorkomen.

Hierbij is tevens van belang dat voor het behoud van de mogelijkheid tot inbesteding, de desbetreffende benoemende overheidsorganisaties de mogelijkheid hebben beslissende invloed uit te oefenen op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van en voor ICTU, alsmede effectief toezicht kunnen uitoefenen (Hof van Justitie van de Europese Unie, 29 november 2012, nr. C-182/11 en C-183/11 Econord).

6.3. Wet bestuur en toezicht op rechtspersonen

In de wet bestuur en toezicht op rechtspersonen (Wbtr) die op 1 juli 2021 is ingegaan, is opgenomen dat de leden van de Raad van Toezicht bij de vervulling van hun taak zich richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie. Verder bepaalt de Wbtr dat alle rechtspersonen gelijk worden getrokken, waardoor onder meer een Raad van Toezicht de facto een Raad van Commissarissen is, de bestuursaansprakelijkheid wordt vergroot en tracht wanbestuur, onverantwoord financieel beheer en misbruik van positie te voorkomen.

7. Tegenstrijdigheden in regelgeving

Uit het voorgaande hoofdstuk blijkt dat de van toepassing zijnde wet- en regelgeving en kaders niet altijd een duidelijke lijn voor een toekomstbestendige governance voor ICTU geven. De volgende tegenstrijdigheden zijn geconstateerd:

- De Aanbestedingswet 2012 geeft aan dat voor het behoud van de quasi-inbestedingspositie van ICTU er toezicht op ICTU gehouden moet worden door de deelnemende partijen als ware het de eigen organisatie. Het Stichtingenkader geeft aan dat de overheid (in casu de minister) op afstand moet staan van de stichting.
- Voor de invulling van het toezicht vanuit de Aanbestedingswet 2012 is het toezicht door medewerkers vanuit de eigen deelnemende organisaties gewenst. En dit zijn voornamelijk ambtenaren. Het Stichtingenkader geeft aan dat er geen ambtenaren in de Raad van Toezicht kunnen plaatsnemen tenzij dit zeer goed kan worden gemotiveerd.
- Vanuit de Wbtr wordt aangegeven dat de leden van de Raad van Toezicht bij de vervulling van hun taak zich richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie. Vanuit de Aanbestedingswet 2012 moet men zich richten naar het belang van de deelnemende partijen.



8. Van tegenstrijdigheden naar oplossingen

Door ICTU is in samenwerking het ministerie van BZK, het ministerie van Financiën, IPO, VNG en UvW op diverse niveaus overleg geweest over de inrichting van de nieuwe governance en de daarop volgende statutenwijziging. Hierbij zijn tevens de adviezen van de eerdergenoemde advocaten en juristen betrokken (zie pagina 10) waaronder die van de Landsadvocaat.

De volgende oplossingsrichtingen zijn gekozen.

1. De stichtingsvorm is de meest passende vorm voor ICTU. Dit is in hoofdstuk 4 toegelicht.
2. De minister van BZK en IPO, VNG en UvW komen op gelijke hoogte te staan en gaan gezamenlijk de rol van aangesloten overheidsorganisaties vervullen. Zij zullen de leden van de Raad van Toezicht benoemen en kunnen deze schorsten of ontslaan. Verder dienen zij goedkeuring te geven voor een eventuele ontbinding van de organisatie en een eventuele statutenwijziging. Verder kunnen de aangesloten overheidsorganisaties andere organisaties (publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke met een publiekrechtelijke taak dan wel privaatrechtelijke met een publiekrechtelijk toezicht) toe laten treden (tot een maximaal van 7 partijen in totaal).
3. Voor behoud van de quasi-inbestedingspositie bij de stichtingsvorm en omvorming van het bestuur naar een Raad van Toezicht en de algemeen directeur naar een Raad van Bestuur moeten de aangesloten overheidsorganisaties toezicht kunnen houden op ICTU als ware het hun eigen organisatie. In de Raad van Toezicht zullen vertegenwoordigers door en vanuit deze partijen worden benoemd.
4. De huidige aanwijzingsbevoegdheid van de minister gaat over op de Raad van Toezicht. Hiermee is zowel aan het aanbestedingsrecht (toezicht) als het Stichtingenkader (op afstand en geen aanwijzingsbevoegdheid van de minister meer) voldaan.
5. Het bestuur richt zich naar het belang van de organisatie en houdt daarbij rekening met het belang van de aangesloten overheidsorganisaties. Hiermee wordt zowel aan de Aanbestedingswet 2012 als aan de Wbtr tegemoet gekomen.
6. Of de leden van de Raad van Toezicht al dan niet ambtenaren zullen zijn, staat nog open. Onderzocht wordt of het mogelijk is vertegenwoordigers van de aangesloten overheidsorganisaties in de Raad van Toezicht te benoemen die geen ambtenaar zijn om zoveel mogelijk rekening te houden met de uitgangspunten van het Stichtingenkader. Niettemin vereist de Aanbestedingswet 2012 dat de leden toezicht houden op de organisatie ICTU 'als ware het hun eigen dienst'. Dit kan er toe leiden dat, als het toezicht niet (goed) ingevuld kan worden door een persoon die geen ambtenaar is, er ambtenaren plaats dienen te nemen in de Raad van Toezicht.
7. Er is een opdrachtgeversberaad voor de opdrachtgevers ingericht.

In de concept statuten zijn deze keuzes vastgelegd.



9. Wijziging rol minister van BZK en Benoemende Organisaties

Door de wijziging van de statuten verandert de rol van de minister van BZK en van de Benoemende Organisaties ten opzichte van ICTU.

De minister (van BZK) heeft in de huidige statuten de volgende bevoegdheden, zoals:

- Dient voorafgaand aan een besluit over het aantal bestuurders (anders dan zeven) te worden geraadpleegd.
- Heeft de bevoegdheid twee bestuurders te benoemen die werkzaam zijn op zijn departement.
- Heeft de bevoegdheid vijf bestuurders te benoemen die werkzaam zijn op een ander departement (dan BZK), dan wel bij een uitvoeringsorganisatie in de publieke sector.
- Benoemt de voorzitter en secretaris van het bestuur in functie.
- Schorst de benoemde bestuurder(s).
- Ontvangt alle verlangde informatie (inlichtingen) van het bestuur.
- Is bevoegd schriftelijk aan te geven welke besluiten hij zelf wil nemen.
- Keurt de jaarstukken goed (voorafgaande aan de vaststelling door het bestuur).
- Moet vooraf door het bestuur schriftelijk om goedkeuring van een statutenwijziging of ontbinding van de stichting worden gevraagd.

Volgens het Stichtingenkader moeten 'de gewenste ministeriële bevoegdheden ten aanzien van de uitvoering van taken' in verhouding staan tot de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de minister. Een ruime ministeriële verantwoordelijkheid en de daarbij horende ministeriële bevoegdheden passen niet bij een private rechtsvorm met een zelfstandig bestuur zoals de stichting.' Evenwel dient de minister – samen met de andere aangesloten overheidsorganisaties – op grond van de Aanbestedingswet 2012 adequaat toezicht te kunnen uitoefenen op ICTU. Daarvoor is onder meer nodig dat strategische beslissingen - zo mogelijk aan de hand van een strategisch plan – samen met de meerjarenbegroting en een investeringsplan worden voorgelegd door en besproken met de Raad van Toezicht en de bestuurder(s).

Dit geheel maakt dat de minister en VNG, IPO en UvW in de nieuwe governance een andere verantwoordelijkheid toebedeeld krijgen, namelijk:

- Benoemen, schorsen en/of ontslaan van de leden van de Raad van Toezicht.
- Benoemen van de voorzitter (op voordracht van de Raad van Toezicht en het bestuur).
- Bespreken van de algemene gang van zaken van de stichting (2 x per jaar), inclusief een periodieke evaluatie (op basis van de jaarstukken).
- Bespreken van het strategisch plan, de meerjarenbegroting en het investeringsplan.
- Mogelijkheid tot deelname aan het overleg met de opdrachtgevers.
- Goedkeuring van een statutenwijziging en ontbinding van de organisatie.
- Inzicht verkrijgen in de onderzoekswerkzaamheden van de accountant.

E.e.a. geldt evenzo voor de Benoemende Organisaties IPO, VNG en de UvW. Deze organisaties hebben binnen de huidige statuten voornamelijk de rol van benoemde



overheidsorganisaties met de bevoegdheid elk één lid in het bestuur te benoemen. De overige bevoegdheden van de VNG, IPO en UvW volgens de huidige statuten zijn:

- Schorsen van de benoemde bestuurder.
- Inzicht verkrijgen in de onderzoekswerkzaamheden van de accountant.
- Ontvangen van het bestuur het ontwerp van de jaarstukken.
- Evalueren samen met het bestuur tenminste eenmaal per jaar de werkzaamheden van de stichting.
- Zijn gezamenlijk - na raadpleging van het bestuur - bevoegd de statuten te wijzigen.
- Zijn gezamenlijk - na raadpleging van het bestuur - bevoegd de stichting te ontbinden.

In de nieuwe statuten krijgen zij dezelfde bevoegdheden als de minister. Zowel de minister als IPO, VNG en UvW worden lid van de vergadering van aangesloten overheidsorganisaties.

Periodiek zal er een evaluatie plaatsvinden van de Raad van Toezicht en de werking van de governance. Deze evaluatie wordt verder uitgewerkt in de reglementen die onder de statuten liggen.

Diverse regelgeving en kaders zullen op de Stichting ICTU van toepassing zijn zoals de Wet Open Overheid, de Archiefwet en het Normenkader Financieel Beheer. Ook dit wordt opgenomen in de reglementen die onder de statuten liggen.

10. Conclusie

ICTU is een onafhankelijke advies- en projectenorganisatie binnen de overheid en helpt overheden bij het verbeteren van hun dienstverlening met behulp van ICT. De afgelopen jaren kenmerken zich door een gestage groei. ICTU staat er goed voor. Indachtig de notie "het is verstandig het dak te repareren als de zon schijnt" heeft het bestuur van ICTU besloten tot een kritische reflectie op de governance. Het bestuur heeft hiervoor ABDTOPConsult gevraagd advies uit te brengen.

ABDTOPConsult stelt in het adviesrapport "Repareer het dak als de zon schijnt" dat de minister van BZK de 'eigenaarsrol' beperkt invult en zoekende is naar een passende bredere invulling, dat de rol van het bestuur beperkt is ingevuld en dat de materiele rolinvulling van de directeur in de praktijk niet overeenkomt met de formele rol zoals deze is vastgelegd in de statuten. Alles overziend adviseert ABDTOPConsult de feitelijke situatie te formaliseren, waarbij het bestuur wordt omgevormd naar een Raad van Toezicht en namens aangesloten overheidsorganisaties toezicht uitoefent, de algemeen directeur de bestuurder wordt en dat dit alles wordt geformaliseerd in nieuwe statuten. Dit advies is uitgewerkt.

Om tot een toekomstbestendige governance voor ICTU te komen is het daarnaast van belang aan de geldende regelgeving en kaders te voldoen en voor zover mogelijk bij de opzet van ICTU blijven zoals deze in 2001 is neergezet. Dit om de interbestuurlijke samenwerking voort te kunnen zetten met behulp van quasi-inbesteding, flexibiliteit en onpartijdigheid. Met de opzet zoals deze nu is neergelegd in de statuten wordt hieraan voldaan.

