

Inleiding. Onderstaande tabel is een overzicht van ingekomen reacties op de aanvullende notitie aanbestedingsrecht van Berenschot, gedeeld op 14 juni 2022 in het gremium van de juristen van de gemeente Utrecht en provincie Utrecht, en ook de adjunct directeur van HUA. Een aantal opmerkingen waren van eenzelfde aard en zijn samengevoegd. Voor leesbaarheid zijn er ook een aantal geredigeerd. Per onderwerp is gereageerd of en hoe deze zijn meegenomen in de definitieve versie van de aanvullende notitie.

| Pagina | Opmerking | Reactie Berenschot |
|--------|---|---|
| 2 | Graag in een paar regels helder maken welke juridische rapporten er zijn gebruikt in de afgelopen jaren en waar de rapportage van Berenschot en de aanbestedingsanalyse op zijn gebaseerd. Het rapport is nu gebaseerd op het rapport van Straatman Koster en dat leidt tot de gepresenteerde visie. De rapporten van Rob de Greef in opdracht van de RHC's en OCW uit 2019 en verder dienen hier ook genoemd te worden omdat deze de basis vormen voor het lopende uittredingstraject van de RHC's. Dat betekent dat de adviezen en oplossingsrichtingen van Rob de Greef onderdeel maken van de visie voor de toekomst. | Voor de aanbestedingsrechtelijke elementen van de juridische invalshoek, is de notitie van Straatman Koster van 24 november 2021 leidend. Het rapport van PROOF waaraan wordt gerefereerd is ook meegenomen in de analyse. Het verdient daarbij de vermelding dat PROOF Adviseurs en Straatman beiden aangeven dat de delegatie-uitzondering toepasbaar is. Straatman geeft daarbij verder nog aan dat, kort samengevat, de gemeente en de provincie zo min mogelijk sturingsmogelijkheden moeten hebben. Dat het advies van Straatman leidend is wordt vermeld in de 'hoofd'-rapportage op pagina 16. Dit is nu ook opgenomen in deze aanvullende notitie. |
| 2 | Strikt genomen behoort quasi-inbesteding ook tot de mogelijkheden. Zie ook advies van Straatman Koster. Al wordt er in het advies wel gewezen op de juridische risico's (omzeilingconstructie). Dit zou ook nader onderzoek vergen, mede gelet op arrest Porin Kaupunki. | Inderdaad. Quasi-inbesteding behoort ook tot de mogelijkheden en staat opgenomen in de hoofd rapportage. Deze aanvullende notitie moet in samenhang daarmee gelezen worden. Mocht de keuze inderdaad vallen op een scenario waar quasi-inbesteding als mogelijkheid relevant wordt, dan zal dit verder worden uitgewerkt. |
| 3 | Verzoek om de grootste overblijvende partner de gemeente als voorbeeld te gebruiken. | Aangepast. |
| 3 | Dit stuk is verwarrend, vanwege specifiek de situatie met HUA waarin er sprake is van een GR met wettelijke en niet wettelijke taken en van quasi inbesteding. Het schema zou bij een echte overdracht van bevoegdheden niet anders zijn. Begrijpen wij het goed, dan wordt met de eerste passage benadrukt dat sprake is van een aanbestedingsplicht? Vervolgens wordt in het tweede deel ingegaan op de uitzondering (quasi-inbesteding). | Dit wordt goed begrepen. Het eerste gedeelte is bedoeld om duidelijk te maken dat er sprake is van een aanbestedingsplicht, om in het tweede deel in te gaan op de uitzondering waar nu gebruik van wordt gemaakt. |
| 3 | Niet 'kunnen', maar 'moeten'. Voor quasi-inbesteding is vereist dat de deelnemers een doorslaggevende invloed hebben op zowel strategische doelstellingen als belangrijke beslissingen van HUA. | Aangepast. |
| 5 | Inzake delegatie-bepaling – Vraag: blijft HUA in deze uitzondering verder zoals het is? | Dit dient verdere uitwerking mocht een scenario gekozen worden waar mogelijk gebruik kan worden gemaakt van de delegatie-bepaling. In geval van scenario I (voortzetten van de GR met zo min mogelijk aanpassingen) is HUA verder laten zoals het is het uitgangspunt. Concrete uitwerking daarvan volgt dan gebeurt in de volgende fase van het onderzoek. |

| Pagina | Opmerking | Reactie Berenschot |
|--------|--|--|
| 5 | <p>Twee opmerkingen:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ja, het Rijk is opdrachtgever, maar wij zouden meer benadrukken dat het Rijk geen deelnemer meer is in de GR. 2. En dat betekent weer dat daarmee de overblijvende deelnemers (Gemeente en Provincie) risicodragend zijn. Het Rijk draagt de (financiële) risico's niet meer. | Beide opmerkingen worden nu benadrukt. |
| 5 | <p>Een ander risico is dat de GR moet zien op de belangen van de deelnemers (straks nog een aandeel 58 procent).</p> <p>Na uittreding van het Rijk is het de vraag in hoeverre de voortzetting van het beheer van de rijkscollecties door HUA in het belang van de PU of GU is.</p> | Deze vraag wordt ook gesteld in het advies van Straatman Koster en vraagt om een bestuurlijke beantwoording. |
| 5 | <p>Er staat: "Door gebruik van de delegatie uitzondering maakt het Rijk de juridische risico's zeer klein (kleiner zelfs dan op dit moment)."</p> <p>Voorstel "Door gebruik van de delegatie uitzondering maakt het Rijk de juridische risico's kleiner"</p> | Aangepast. |
| 5 | <p>Er staat: " Voor de gemeente en de provincie is de juridische toepassing juist groot (groter dan nu), om twee" etc.</p> <p>Voorstel: " Voor de gemeente en de provincie wordt de juridische toepassing juist groter, om twee" etc.</p> | Aangepast. |
| 5 | <p>Bedoeld is vermoedelijk het juridische risico van de toepassing van deze mogelijkheid?</p> <p>Daarbij: weliswaar geen juridisch risico, maar wel degelijk een belangrijk risico: bij overdracht heeft het Rijk wel de lusten maar niet de lasten. PU en GU draaien zelf voor alle tekorten op en risico's op. Wij gaan er van uit dat dit in het rapport terugkomt bij de financiële paragraaf.</p> | Zie ook de gemaakte aanpassingen vermeld hierboven (inzake het punt om expliciet te maken dat gemeente en provincie risicodragend worden). Verder staat dit ook doorlopend vermeld in de rapportage. |
| 5 | <p>Inzake opmerking "deze mogelijkheid bestaat nog maar kort: er zijn slechts twee arresten van het Hof van Justitie die hierover gaan, waardoor de criteria nog niet uitgekristalliseerd zijn."</p> <p>Wellicht iets anders verwoorden. Schrappen eerste deel? Dat de mogelijkheid nog maar kort bestaat is niet echt een argument.</p> | Aangepast. |
| 5 | <p>Er staat: "deze mogelijkheid bestaat nog maar kort: er zijn slechts twee arresten van het Hof van Justitie die hierover gaan, waardoor de criteria nog niet uitgekristalliseerd zijn."</p> <p>Herkenbaar, maar wat ons betreft wordt er wel opgemerkt dat dit geen belemmering hoeft te vormen voor een delegatie uitzondering, zie advies Rob de Greef.</p> | Deze opmerking is ter kennisgeving aangenomen. De toepassing van de delegatie-uitzondering zal onderdeel vormen van een verdere uitwerking, mocht dit relevant zijn in één (of meerdere) aangewezen voorkeursscenario's. |

| Pagina | Opmerking | Reactie Berenschot |
|--------|--|---|
| 6 | <p>Horizontale samenwerking tussen welke partijen? Gemeente en Provincie? Of ook de Staat?</p> <p>En geen rol voor HUA? Zo ja, dan moet het Rijk de taken en bevoegdheden gaan overdragen aan een andere partij? De Gemeente of Provincie?</p> | In de hoofdrapportage wordt in het scenario van de centrumregeling (scenario IV) er van uit gegaan dat de gemeente Utrecht de centrumgemeente wordt. Er wordt vanuit gegaan dat de taken en bevoegdheden vanuit het Rijk worden overgedragen aan de gemeente Utrecht, incl. SPUK. De horizontale samenwerking zal dan worden onderzocht tussen de gemeente Utrecht en provincie Utrecht. |
| 6 | <p>In de omschrijving missen wij artikel 2.24c lid 1 sub c Aanbestedingswet.</p> <p>Zelfde redenatie als bij quasi-inbesteding met overdracht van bevoegdheden? (Porin Kaupunki). Dit is namelijk wel een risico.</p> | Toegevoegd. |
| 6 | Graag bij de consequenties een derde punt toevoegen: de consequenties voor de lopende DVO's en samenwerkingsovereenkomsten tussen HUA en andere partijen. | Deze voorgestelde toevoeging staat reeds al doorlopend benoemd in de hoofdrapportage. Deze notitie dient aanvullend daarop te worden gelezen. Vandaar dat deze aanvulling niet is overgenomen. |
| 6 | Staat nu: "gemeenschappelijk doel". Moet zijn: "gemeenschappelijke doelstellingen" | Aangepast. |
| 6 | Horizontale samenwerking is vormvrij en niet gebonden aan centrumconstructie. Maar dit lijkt ook niet zo te zijn bedoeld. We snappen de koppeling naar scenario's en in dat licht lijkt de horizontale samenwerking alleen voor de hand te liggen bij scenario IV. | Terechte opmerking. De nuance dat horizontale samenwerking vormvrij is wordt erkend. Echter ligt –bezien vanuit de geschetste scenario's – alleen uitwerking van horizontale samenwerking bij scenario IV voor de hand. |
| 7 | Wij zouden toevoegen: een bullet over de verenigbaarheid met VWEU | In principe staat dit al uitgewerkt in de rechter kolom op dezelfde sheet. Dit is in de tekst verduidelijkt. |
| 7 | <p>Het is juist dat de twee voorbeelden een grondslag kunnen vormen, maar dit is niet limitatief. Een andere grondslag is niet uitgesloten. We zouden de tekst iets anders maken:</p> <p>"Het alleenrecht kan onder meer een grondslag hebben in:"</p> | Aangepast. |
| 7 | <p>We hebben hier wat vragen:</p> <p>Wie gaat het alleenrecht toekennen aan wie? Dus PU en GU aan HUA? Of PU aan GU? Welke het alleenrecht al dan niet doorzet aan HUA?</p> <p>De Staat gaat geen alleenrecht verstrekken toch?</p> | In geval scenario's I en/of II worden aangewezen als nader uit te werken scenario's, dan zal het toekennen van een alleenrecht vanuit PU en/of GU aan HUA worden onderzocht. In de overige scenario's zal het niet zinvol zijn om het doorzetten van het alleenrecht aan HUA verder uit te werken, omdat HUA niet zal bestaan (of er zal sprake zijn van andere aanbestedingsrechtelijke uitzonderingsgronden waar gebruik van kan worden gemaakt). |
| 7 | Staat nu: "de dienst". Moet zijn: "de diensten" | Aangepast. |
| 7 | <p>Als een ander scenario goed verdedigbaar is, dan is alleenrecht niet nodig.</p> <p>En de hiervoor genoemde vragen gelden ook hier. Met name: aan wie wordt alleenrecht toegekend als HUA niet meer bestaat?</p> | Zie ook de opmerking hierboven. |

| Pagina | Opmerking | Reactie Berenschot |
|--------|---|---|
| 7 | <p>Zoals in de inleiding hierboven vermeld graag de visie baseren op zowel Straatman Koster als De Greef.</p> | Zie opmerking hierboven. |
| 7 | <p>Inzake passage: "Van de alleenrecht-uitzondering kan niet lichtvaardig gebruik worden gemaakt. Straatman Koster geeft aan een alleenrecht niet toepasbaar te vinden, gelet op het EU-verdrag. Daarbij vindt geen nadere motivatie plaats. Daarmee is de mogelijke toepassing van deze uitzondering juridisch dus erg riskant."</p> <p>Deze uitzondering nog niet afschrijven. Juridisch risicovol (in praktijk wellicht minder kans op bezwaar), maar zou kunnen dienen als "last resort", dan in combinatie met transparantie vooraf.</p> | Inderdaad. Bedoeling was ook niet om dit af te schrijven, maar wel om volledig te zijn in de analyse waardoor dit het benoemen waard is. Mocht een scenario worden gekozen waarin toepassen van het alleenrecht relevant is, dan zal dat nader worden uitgewerkt. |
| 7 | <p>"Daarmee is de mogelijke toepassing van deze uitzondering juridisch dus erg riskant."</p> <p>Zonder nadere motivatie van Straatman Koster is de conclusie van deze laatste zin niet zo te trekken. Wij stellen voor dat er verder onderzoek nodig is om een conclusie te kunnen trekken.</p> | Zie het antwoord hierboven. |