

Zijn woningcorporaties aanbestedingsplichtig of niet?

Vastgoed & Recht

Antea Group

Understanding today.
Improving tomorrow.

Een al lang spelende interessante vraag in het aanbestedingsrecht is, of woningcorporaties aanbestedingsplichtig zijn. Zij zouden namelijk als publiekrechtelijke instelling hebben te gelden en daardoor als aanbestedende dienst kunnen worden aangemerkt.

In dat kader heeft de Europese Commissie op 8 december 2017 aangekondigd een inbreukprocedure te starten tegen de Nederlandse Staat. De Commissie geeft kennelijk een brede uitleg aan het begrip “publiekrechtelijke instelling”, waardoor woningcorporaties op grond van de Europese richtlijnen moeten worden aangemerkt als aanbestedende dienst.

De inbreukprocedure (of: beroep wegens niet-nakoming) wordt gebruikt wanneer een lidstaat Europese wet- en regelgeving niet uitvoert. Door deze procedure kunnen lidstaten verplicht worden Europese regelgeving alsnog goed en volledig toe te passen. De Europese Commissie stuurt in de administratieve fase een schriftelijk onderbouwd advies naar de lidstaat in kwestie, waarin wordt uitgelegd op welke manier dat land de Europese regels niet nakomt. De lidstaat moet hierop schriftelijk reageren. Wanneer de lidstaat het oneens is met de Commissie, of geen actie onderneemt om alsnog aan de Europese regels te voldoen, begint de Commissie in de contentieuze fase een zaak bij het Europees Hof van Justitie. De inbreukprocedure die op 8 december 2017 is aangekondigd, bevindt zich nog in de administratieve fase.

De vraag of een woningcorporatie dient te worden gekwalificeerd als een aanbestedende dienst is een vraag over de reikwijdte van het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’, zoals gedefinieerd in artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012. De wetgever heeft in dit kader bepaald dat het begrip ruim en functioneel moet worden uitgelegd.

Er is sprake van een publiekrechtelijke instelling wanneer wordt voldaan aan de volgende voorwaarden: een instelling met rechtspersoonlijkheid die specifiek voorziet in de behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, en waarvan:

- a) de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd;
- b) het beheer is onderworpen aan toezicht door de overheid of;
- c) de leden van het bestuur voor meer dan de helft door de overheid zijn aangewezen.

Een woningcorporatie voldoet aan al deze voorwaarden, al is er sinds de herziening van de Woningwet (in 2015) discussie over sub b. Voor de inwerkingtreding van de Woningwet was de heersende leer, dat de mate dat het beheer van woningcorporaties is onderworpen aan toezicht door de overheid, niet afdoende was om te kwalificeren als publiekrechtelijke instelling. Sinds genoemde herziening heeft de overheid echter nieuwe instrumenten in handen om door middel van toezicht invloed uit te oefenen op woningcorporaties. Zo kan de status als toegelaten instelling worden ingetrokken en dienen niet-Diensten van Algemeen Economisch Belang (niet-DAEB-)activiteiten ter goedkeuring te worden voorgelegd aan de Minister. Ook worden corporaties iedere vier jaar gevisiteerd door een onafhankelijk bureau, aangewezen door de Stichting Visitatie Woningcorporaties.

Met de beschikbaarheid van deze instrumenten wordt de mate dat het beheer is onderworpen aan toezicht door de overheid, uitgebreid. Hiermee lijkt inderdaad, zoals de Commissie ook stelt, te worden voldaan aan het laatste criterium van vornoemde definitie.

De Nederlandse staat, in de persoon van Minister van Binnenlandse Zaken Ollongren, is het niet eens met de Commissie, en wordt daarbij gesteund door de Vereniging van Woningcorporaties, Aedes, die zich op het standpunt stelt dat in de eerste plaats de aanbestedingsplicht principieel niet aansluit bij het Nederlandse stelsel van Volkshuisvesting. Als tweede stelt Aedes, dat een verplichting tot Europees aanbesteden woningcorporaties onnodig veel administratie, tijd en geld zal kosten (± 30 miljoen euro per jaar).

Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat het Europese Hof van Justitie gevoelig is voor het eerste argument: zij zal de Nederlandse staat erop wijzen dat een beroep doen op strijdigheid met nationale wetgeving als primaire argument om te stellen dat geen aanbestedingsplicht (vanuit Europese wetgeving) bestaat, niet houdbaar is.

Het tweede argument, dat aanbesteden duur zou zijn en veel tijd kost, hangt echter sterk af van de wijze waarop de aanbestedingsprocedures vorm worden gegeven, binnen de kaders van de Aanbestedingswet 2012.

De Nederlandse Staat heeft twee maanden de tijd om schriftelijk te reageren op het oordeel van de Commissie. De Minister heeft de Kamer toegezegd de overwegingen van de Commissie te gaan bestuderen en de Kamer te informeren over haar reactie en over het besluit dat de Commissie naar aanleiding daarvan neemt. Wordt vervolgd!



Meer weten?

Neem contact op met Dennis Vecht.

Telefoon: (06) 13 88 91 71

E-mail: dennis.vecht@anteagroup.com