

# Woningcorporaties aanbestedingsplichtig!

Een overzicht met een conclusie

*Prof. mr. J. M. Hebly\**

## 1 Inleiding

Op 1 februari 2001 besliste het Europese Hof van Justitie over de aanbestedingsplicht van de Franse HLM-vennootschappen.<sup>1</sup> Deze *sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré* zijn de Franse versie van onze woningcorporaties. Het Hof achtte het toezicht door de Franse overheid op deze vennootschappen van dien aard dat voldaan werd aan het toezichtvereiste noodzakelijk om deze vennootschappen als publiekrechtelijke instellingen in de zin van het Europese aanbestedingsrecht te beschouwen. Partijen verschilden niet van mening dat aan de andere criteria van de definitie uit art. 1 lid 9 van Richtlijn 2004/18/EG (zie thans art. 1.1 Aanbestedingswet 2012; AW 2012) werd voldaan.

Sinds dat moment woedt een discussie in de Nederlandse juridische literatuur over de vraag of ook de woningcorporatie als een publiekrechtelijke instelling in de zin van het Europese aanbestedingsrecht moet worden beschouwd. Volgens Koning (2002) is dat het geval,<sup>2</sup> evenals volgens Bregman en De Win (2005)<sup>3</sup> en Van Romburgh (2005).<sup>4</sup> Tegengeluiden komen van De Boer (2006)<sup>5</sup> en Heemskerk en Braat (2010).<sup>6</sup> Een aanbestedingsplicht wordt vervolgens weer aangenomen door Duthmer (2010),<sup>7</sup> Berben en Van Dijk (2010) en Möhlmann (2011).<sup>8</sup> 't Hart geeft een tegengeluid in een annotatie (2015).<sup>9</sup>

## 2 Publiekrechtelijke instelling

Op grond van het HLM-arrest van het Hof en de argumentatie in bovengenoemde gedachtewisseling meen ik dat reeds in 2015 op goede gronden kon worden aangenomen dat een Nederlandse woningcorporatie moest worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling. Een publiekrechtelijke instelling is aanbestedingsplichtig als sprake is van een instelling (a) die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, (b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en (c) waarvan (c.1) de activiteiten in hoofdzaak door een aanbestedende dienst worden gefinancierd, (c.2) het beheer is onderworpen aan toezicht door een aanbestedende dienst, en (c.3) de leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door een aanbestedende dienst zijn aangewezen (art. 1.1 AW 2012). Möhlmann somt de argumenten helder op aan de hand van deze elementen uit de definitie van publiekrechtelijke instelling van art. 1.1 AW 2012: algemeen wordt aangenomen (a) dat de woningcorporatie is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en (b) dat de woningcorporatie rechtspersoonlijkheid bezit. Ook bestaat weinig discussie over de vraag (c.1) of de activiteiten van de woningcorporatie in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, en (c.3) of de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen. Na de bruteringsoperatie<sup>10</sup> is duidelijk dat financiering niet langer overwegend van overheidswege plaatsvindt en in de praktijk blijkt dat ook aan het subcriterium van een in overwegende mate van overheidswege benoemd bestuur(sorgaan) niet langer wordt voldaan.

Bij zijn bespreking van het laatst overgebleven subcriterium (c.2), namelijk of het beheer is onderworpen aan toezicht door aanbestedende diensten, verwijst Möhlmann naar de Woningwet en het Besluit beheer sociale-huursector. Met uitvoering

\* Prof. mr. J.M. Hebly is (emeritus) hoogleraar bouw- en aanbestedingsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Zwolle.

1 HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99, ECLI:EU:C:2001:70 (HLM-vennootschappen).

2 A.Z.R. Koning, Werken in bouwteam, BR 2002, p. 377 e.v.

3 A.G. Bregman & R.W.J. de Win, Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie, Deventer: Kluwer 2005, p. 28 e.v.

4 H.D. van Romburgh, Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland (Bouwrecht Monografieën nr. 25), Deventer: Kluwer 2005, p. 114 e.v.

5 M.R. de Boer, Invloed van Europese regels en beleidsvoornemens op aanbesteding door woningcorporaties, BR 2006/153.

6 P.F.C. Heemskerk & B. Braat, Woningcorporaties zijn (niet) aanbestedingsplichtig, BR 2010/148.

7 L.A. Duthmer, Woningcorporaties aanbestedingsplichtig? Nieuwe ontwikkelingen, TBR 2010/142.

8 W.R. Möhlmann, Over aanbestedingsplichtige instellingen, woningcorporaties en zorgverzekeraars, BR 2011/15.

9 Rb. Oost-Brabant 27 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1327, JAAN 2015/102 m.n. G. 't Hart.

10 Wet houdende balansverkorting geldelijke steun volkshuisvesting, Stb. 1995, 313.

verwijzingen naar voor het toezicht relevante artikelen uit die regelgeving, die hij van een toelichting voorziet, komt hij tot de onderbouwde conclusie ‘dat het wettelijke kader dat toepasselijk is op woningcorporaties inhoudt dat hun beheer is onderworpen aan toezicht door aanbestedende diensten’.<sup>11</sup>

Daarmee is de cirkel rond en zou in mijn visie een voldoende grondslag hebben bestaan voor de Nederlandse overheid om haar woningcorporaties te wijzen op de aanbestedingsplicht en waar nodig handhavend op te treden. Maar er gebeurde niets. Integendeel: de Nederlandse regering stelde zich in 2010<sup>12</sup> nadrukkelijk op het standpunt dat de toegelaten instellingen (woningcorporaties) niet zijn aan te merken als publiekrechtelijke instellingen en dus geen aanbestedende diensten zijn.<sup>13</sup>

Möhlmann was ten tijde van het schrijven van zijn artikel in het Tijdschrift Bouwrecht werkzaam bij de Europese Commissie, directoraat-generaal Interne markt en diensten.<sup>14</sup> Dat is de afdeling die inbreukprocedures opstart als daar aanleiding toe is. Kennelijk durfde de Europese Commissie op dat moment op basis van de argumentatie van Möhlmann nog geen inbreukprocedure aan tegen Nederland. Nederland gaf de Commissie kort daarna echter zelf de argumenten in handen om alsnog een inbreukprocedure op te starten.

### 3 Herziening Woningwet

Met ingang van 1 juli 2015 is de Woningwet gewijzigd.<sup>15</sup> De aanleiding voor deze wetswijziging was velerlei, maar een belangrijke rol speelden de toenemende commerciële, niet-DAEB activiteiten van woningcorporaties en de resultaten van de parlementaire enquête Woningcorporaties, waarin de nodige misstanden naar voren kwamen. De herziening leidde tot een wijziging van het stelsel van toegelaten instellingen, waaronder het toezicht dat op hen wordt uitgeoefend (criterium c.2).<sup>16</sup> De nieuwe toezichtsregeling is uitvoerig besproken door Bregman en Bruggeman<sup>17</sup> en door Aders en Van de Meent.<sup>18</sup> De gewijzigde Woningwet introduceerde een dubbel systeem van toezicht, zowel volkshuisvestelijk als financieel, door de nieuw ingestelde Autoriteit Woningcorporaties en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. De relevante bepalingen zijn art. 53a, 60 en 61 Woningwet, op grond waarvan onder meer onderzoeken ter plaatse kunnen worden verricht (art. 53a lid 1) en aanwijzingen kunnen worden gegeven (art. 60 en 61).<sup>19</sup>

### 4 Amendement Schouten/Bisschop

Tijdens de parlementaire behandeling van de Herzieningswet hebben de Kamerleden Schouten en Bisschop een amendement ingediend met als doel te voorkomen dat de nieuwe toezichtsregeling zou leiden tot een aanbestedingsplicht voor woningcorporaties. Het nieuwe art. 61d lid 1 Woningwet bepaalt namelijk dat de minister in het belang van de volkshuisvesting aan een toegelaten instelling of een dochtermaatschappij een aanwijzing kan geven om een of meer handelingen te verrichten of na te laten. Het amendement voorzag in een aanvulling aan het slot van het eerste lid van dat artikel, dat ‘een aanwijzing geen betrekking heeft op het plaatsen van opdrachten door de toegelaten instelling of haar dochtermaatschappij’. De Kamer nam het amendement ten onrechte over. Ten onrechte, omdat het voor een nationale wetgever wel erg makkelijk zou worden om Europese (aanbestedings)verplichtingen te ontlopen als een dergelijke nationale wetsbepaling het door de lidstaat gewenste effect zou sorteren.

### 5 Inbreukprocedure

De herziene Woningwet lijkt de terughoudendheid bij de Europese Commissie te hebben weggenomen om een inbreukprocedure tegen Nederland te beginnen over de aanbestedingsplicht van Nederlandse woningcorporaties. De uitvoerige beschrijving van de nieuwe toezichtsregeling in de Woningwet 2015 van Bregman en Bruggeman in 2018 en in nog sterkere mate de overwegingen van Aders en Van de Meent in 2019 moeten de Commissie het extra vertrouwen hebben gegeven dat het systeem van toezicht op woningcorporaties in Nederland thans valt binnen het door het Europese Hof van Justitie uit de aanbestedingsrichtlijnen gedestilleerde kader. Het verrast dan ook niet dat de Europese Commissie in december 2017 een inbreukprocedure tegen Nederland ahangig maakt over de aanbestedingsplicht van woningcorporaties.<sup>20</sup> Een aanvullende ingebrekestelling volgde in januari 2019.<sup>21</sup> In juni 2021 ontving Nederland vanuit Brussel een ‘met redenen omkleed advies’, waarin het geschil formeel wordt ingekaderd.<sup>22</sup> Als de Nederlandse Staat ook nu nog niet bereid is op zijn schreden terug te keren, kan de Europese Commissie een beroepsprocedure ahangig maken bij het Europese Hof van Justitie.

Bregman en Bruggeman bespreken de consequenties van de wetswijziging uit 2015 voor een aanbestedingsplicht voor corporaties.<sup>23</sup> Zij menen bij hun conclusies terughoudendheid te moeten betrachten omdat thans een inbreukprocedure ahangig is. Om die reden spreken deze auteurs zich niet heel duidelijk uit over de vraag of de huidige regelgeving tot een aanbestedingsplicht voor woningcorporaties leidt. Uit hun afsluitende paragraaf valt mijns inziens echter op te maken dat zij de kans aanzienlijk achten dat van die aanbestedingsplicht sprake is. Uitgesproken zijn Aders en Van de Meent. Zij trek-

11 Möhlmann 2011, p. 66 r.k.

12 En overigens ook nog in 2018, zie noot 23.

13 Kamerstukken II 2010/11, 32769, nr. 3, p. 20-21.

14 Zie Möhlmann 2011, noot 1.

15 Stb. 2015, 145 en 146.

16 W.J. Aders & G.W.A. van de Meent, *Aanbestedingsplicht als nieuwe werkelijkheid voor woningcorporaties?*, TA 2019, afl. 3, p. 9 l.k.

17 A.G. Bregman & E.M. Bruggeman, *Aanbestedingsplicht voor corporaties?*, TBR 2018/59, p. 414 e.v.

18 Zie Aders & Van de Meent 2019, p. 9-13.

19 Zie Bregman & Bruggeman 2018, p. 414-416.

20 Persbericht EC 7 december 2017, kenmerk 174767.

21 Persbericht EC 24 januari 2019, kenmerk 19462.

22 Persbericht EC 9 juni 2021, kenmerk 212743.

23 Bregman & Bruggeman 2018, p. 418-419.

ken ‘alles overziend’ de conclusie ‘dat corporaties voor hun beheer zijn onderworpen aan overheidstoezicht, waardoor er beïnvloeding kan plaats hebben van hun inkoopgedrag’.<sup>24</sup>

### 6 Zorgplicht overheid

Is het aannemen van een aanbestedingsplicht voor woningcorporaties nu zó uitzonderlijk, dat de Nederlandse regering zich bij herhaling uitspreekt dat van een aanbestedingsplicht geen sprake is?<sup>25</sup> Ik meen van niet. Art. 22 lid 2 Grondwet bepaalt dat bevordering van voldoende woongelegenheden voorwerp van zorg is voor de overheid. De overheid zou aan die grondwettelijke zorgverplichting kunnen voldoen door zelf zorg te dragen voor voldoende woongelegenheden. Dat hoeft echter niet. De overheid kan er ook voor kiezen haar taken of de door haar van belang geachte taken door een andere entiteit te laten uitvoeren. In de Europese aanbestedingsregelgeving wordt dan gesproken van een publiekrechtelijke instelling als een private entiteit die (semi)overheidstaken uitvoert. Een dergelijke instelling behartigt het algemeen belang en is voor haar functioneren in sterke mate afhankelijk van een overheid of andere publiekrechtelijke instelling.<sup>26</sup> Door deze publiekrechtelijke instellingen onder het aanbestedingsrecht te scharen wordt voorkomen dat de overheid haar taken door andere entiteiten laat c.q. kan laten uitvoeren zonder dat de voorschriften omtrent aanbesteding worden nageleefd.<sup>27</sup> Om die reden zijn bijvoorbeeld scholen, universiteiten, schouwburgs, overheidsstichtingen, de landelijke politie en zelfstandige bestuursorganen als publiekrechtelijke instellingen aanbestedingsplichtig.

Woningcorporaties zijn in Nederland bij uitstek de entiteiten die zorgen of kunnen zorgen voor voldoende woongelegenheden voor degenen die dat niet (eenvoudig) zelf kunnen regelen. Via de Woningwet 1901, het Besluit Toegelaten Instellingen Volkshuisvesting, de Grondwetsherziening 1983, de bruteringsoperatie en ten slotte de Woningwet 2015<sup>28</sup> ligt de zorgverplichting van de overheid voor de volkshuisvesting bij de woningcorporaties.

### 7 Openbare bekendmaking

Een aanbestedingsplicht betekent voor woningcorporaties dat opdrachten voor werken, leveringen of diensten volgens het regime van de AW 2012 moeten worden gegund. Dat houdt in dat een openbare bekendmaking van de aanbesteding vereist is.<sup>29</sup> Deze bekendmaking dient plaats te vinden in het Europees Publicatieblad als de geraamde waarde van de opdracht boven de wettelijk vastgestelde drempelwaarde ligt. Die drempelwaarde wordt iedere twee jaar opnieuw vastgesteld, maar komt er kort gezegd op neer dat opdrachten voor bijvoorbeeld architectendiensten met een geraamde waarde boven circa

€ 225.000 op Europees niveau moeten worden gepubliceerd. Bij opdrachten voor werken ligt die drempelwaarde op circa € 5,3 miljoen.<sup>30</sup>

Het aanbestedingsrecht beoogt de concurrentie op de Europese interne markt te bevorderen. Die concurrentie neemt toe als alle potentieel geïnteresseerde partijen ervan op de hoogte zijn dat een nieuwe opdracht op de markt is gezet. Deze partijen hebben dan de mogelijkheid om hun interesse in de opdracht te laten blijken. Hoe meer interesse, des te groter de kans dat een ideale prijs-kwaliteitverhouding voor de aanbesteder wordt gerealiseerd. Vertaald naar het belang van de gemiddelde Nederlander betekent dit dat het belastinggeld zo goed en efficiënt mogelijk wordt besteed.

Bij een onderhandse aanbesteding, zoals op dit moment nog gebruikelijk bij woningcorporaties, vindt geen publicatie op Europees niveau plaats en worden veelal drie of vijf partijen uitgenodigd. Deze partijen komen dan uit het adresbestand van de opdrachtgever of worden via internet geselecteerd. Private partijen zijn vrij hun aanbestedingen zelf vorm te geven en kiezen dus meestal voor een meervoudig onderhandse aanbesteding<sup>31</sup> met regionale partijen of voor een aanbesteding die alleen in Nederland bekend wordt gemaakt.<sup>32</sup>

### 8 Uitvoering aanbesteding

Een woningcorporatie die een woningbouwproject op de markt wil zetten, dient dit als aanbestedende dienst te doen conform de regels van de AW 2012. Bij een geraamde waarde van het project boven de drempelwaarde betekent dat handelen overeenkomstig de procedureregels van deel 2 van de AW 2012, wat op hoofdlijnen wil zeggen: een bekendmaking publiceren, een bestek opstellen, vragen van marktpartijen beantwoorden, gegadigden selecteren op betrouwbaarheid en bekwaamheid, offertes van de inschrijvers beoordelen aan de hand van de gunningscriteria en de winnende offerte kiezen. Met uitzondering van de bekendmaking wijkt die procedure nauwelijks af van de meervoudig onderhandse procedure die woningcorporaties op dit moment veelal volgen bij het op de markt zetten van een opdracht voor werken; de (Europese) bekendmaking maakt de aanbesteding transparant en zorgt er bij de woningcorporaties voor dat iedereen van de aanbesteding afweet.

### 9 Gelijke kansen

Openbaar aanbesteden, zoals het aanbesteden overeenkomstig de regels van de AW 2012 vaak wordt genoemd, leidt vanwege de mededinging veelal tot een goede prijs en voorkomt favoritisme en willekeur. Alle in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen die aan de basisvoorwaarden voor deelneming voldoen, kunnen zich aanmelden voor de aanbesteding. De aan een openbare aanbesteding inherente transparantie voorkomt ook dat prijzen onnodig hoog worden of blijven. Bij de ge-

24 Zie Aders & Van de Meent 2019, p. 14 r.k.

25 Kamerstukken II 2010/11, 32769, nr. 3, p. 20 (MvT); Kamerstukken II 2017/18, 29453, nr. 468, p. 7 (Verslag).

26 Zie de definitie van ‘publiekrechtelijke instelling’ in art. 1.1 AW 2012.

27 Hierover ook Möhlmann 2011, p. 56.

28 Zie het historisch overzicht bij Aders & Van de Meent 2019, p. 8-9.

29 Art. 2.62 AW 2012. Enkel in uitzonderingsgevallen kan een procedure zonder bekendmaking worden gevolgd, zie art. 2.32 e.v. AW 2012.

30 De overheidswebsite Pianoo.nl geeft de actuele drempelwaarden weer.

31 Art. 1.14 e.v. AW 2012.

32 Art. 1.11 e.v. AW 2012.

biedsonwikkeling in het kader van de Vinex-locaties bleek dat bij het bouwrijp maken de omschakeling van onderhands aanbesteden naar openbaar aanbesteden in vele gevallen tot aanzienlijke kostenbesparingen leidde. Die kostenbesparingen kunnen bij de woningcorporaties zorgen voor een hogere bouwproductie.

### 10 Conclusie

Er is alle reden voor de Nederlandse overheid om terug te komen op haar standpunt dat voor woningcorporaties geen aanbestedingsplicht bestaat. Aanbesteden conform de procedures van de AW 2012 is niet ingewikkelder dan een onderhandse aanbesteding, voorkomt willekeur en favoritisme, en geeft alle belanghebbende marktpartijen de mogelijkheid ‘mee te eten’ uit de ruif van overheidsopdrachten. Daarbij komt dat de kans op lagere kosten voor woningbouwprojecten in het algemeen toeneemt, hoewel de huidige omstandigheden (covid, Oekraïne, grondstofprijzen) voor het prijsniveau van bouwprojecten op dit moment zeker niet gunstig zijn. De huidige woningnood vraagt om duidelijke stappen en daarom is snelle actie vereist om de inbreukprocedure in der minne te beëindigen.