

# Woningcorporaties aanbestedingsplichtig? Recente ontwikkelingen (1 juli 2011)



# Woningcorporaties aanbestedingsplichtig? Recente ontwikkelingen (1 juli 2011)

## Woningcorporaties aanbestedingsplichtig? Recente ontwikkelingen (1 juli 2011)

De minister van Wonen, Wijken en Integratie (WWI) heeft op 29 april 2011 naar buiten gebracht dat maatschappelijk vastgoed door woningcorporaties niet Europees hoeft te worden aanbesteed. Volgens de minister blijft de verplichting om (nationaal) aan te besteden hoe dan ook bestaan. Voorts heeft de minister nogmaals het standpunt ingenomen dat woningcorporaties geen aanbestedende diensten zijn. Het standpunt van de minister is discutabel. Bovendien lijkt zijn standpunt haaks te staan op de inhoud van het eveneens op 29 april 2011 ingediende wetsvoorstel.

### Nieuw wetsvoorstel

Het Kabinet heeft op 29 april 2011 een nieuw wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer (persbericht Rijksoverheid). Dit wetsvoorstel betreft een wijziging op de huidige Woningwet. Met het wetsvoorstel wordt beoogd om het functioneren van woningcorporaties te verbeteren.

Uit het wetsvoorstel volgt dat het toezicht op woningcorporaties verscherpt zal worden. Er zal een nieuwe autoriteit, als opvolger van het Centraal Fonds Volkshuisvesting (CFV), in het leven worden geroepen. Deze nieuwe autoriteit gaat extern financieel toezicht houden op de woningcorporaties en op de naleving van de staatssteunregels. De nieuwe autoriteit krijgt zelfstandige bevoegdheden, waaronder de mogelijkheid aanwijzingen te geven. Voor het interne toezicht wordt de positie van de Raad van Toezicht versterkt. De Raad van Toezicht:

- moet vooraf goedkeuring geven over omvangrijke voorstellen zoals groot-schalige verkoopbesluiten;
- moet verantwoording afleggen in het jaarverslag;
- is verantwoordelijk voor een goed functionerend bestuur van de corporatie.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) gaat steviger toezicht houden op governance (bestuur), integriteit en de prestaties van de woningcorporaties. De minister kan bij slecht functioneren een of meer leden van de Raad van Toezicht ontslaan. Voorts houdt de verantwoordelijke minister de mogelijkheid een externe toezichthouder te benoemen.

### **Woningcorporaties (straks) aanbestedingsplicht?**

In de 'Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volks-huisvesting' (Tijdelijke regeling) is een aanbestedingsplicht voor woningcorporaties voorgeschreven. Die Tijdelijke regeling is op 1 januari 2011 inwerking getreden. Realisatie van maatschappelijk vastgoed dient door woningcorporaties hoe dan ook nationaal of Europees te worden aanbesteed. Indien de geraamde waarde van het werk de drempelwaarde (€ 4.845.000,-) te boven gaat, moet het werk Europees worden aanbesteed.

Vóór de inwerkingtreding van de Tijdelijke regeling was al de vraag of woningcorporaties aanbestedende diensten zijn. De heersende opinie was dat woningcorporaties wel aanbestedende diensten zijn. Door de inwerkingtreding van de Tijdelijke regeling is dat standpunt (nog verder) versterkt.

De minister heeft op 29 april 2011 te kennen gegeven dat de verplichting om de realisatie van maatschappelijk vastgoed bij een geraamde waarde van de aanneemsom van meer dan € 4.845.000,- Europees aan te besteden, komt te vervallen. De verplichting om de realisatie van maatschappelijk vastgoed aan te besteden blijft op zichzelf bestaan. Woningcorporaties kunnen straks zelf kiezen tussen een nationale of een Europese aanbestedingsprocedure. De Tijdelijke regeling is inmiddels op dit punt aangepast door middel van een besluit van 6 juni 2011 (Regeling van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 6 juni 2011, nr. 2011-2000218049, tot wijziging van de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting en het Besluit beheer sociale-huursector).

De minister heeft bovendien nogmaals betoogd dat woningcorporaties niet gekwalificeerd worden als aanbestedende diensten. Dit standpunt van de minister is op zijn minst merkwaardig te noemen. Nota bene op dezelfde dag (29 april 2011) is door het Kabinet besloten om het toezicht op woningcorporaties te verscherpen. Daartoe heeft het Kabinet een nieuw wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend. De kans dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) straks bij woningcorporaties een overwegende overheidsinvloed aanwezig acht door middel van overheidstoezicht, wordt met de beoogde verscherping van het toezicht, vergroot. Als gevolg daarvan zal naar verwachting

## Woningcorporaties aanbestedingsplichtig? Recente ontwikkelingen (1 juli 2011)

de aanbestedingsplicht van woningcorporaties niet meer in twijfel worden getrokken. Een woningcorporatie is immers te kwalificeren als aanbestedende dienst, wanneer deze rechtspersoonlijkheid bezit, is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard én afhankelijk is van de overheid. Door de introductie van een nieuwe toezichthouder die nog scherper toezicht moet gaan houden, wordt de vaststelling dat er sprake is van afhankelijkheid van de overheid, (nog) duidelijker.

De meningen over dit onderwerp blijven echter verdeeld totdat de rechter in Nederland een definitief oordeel heeft gegeven. De verwachting is dat de inwerkingtreding van de wijziging op de Woningwet (verwachte datum 1 januari 2012) de discussie definitief beslecht en woningcorporaties buiten twijfel tot aanbestedende diensten bestempelt.

Wij delen de verwachting dat woningcorporaties definitief als aanbestedende diensten gekwalificeerd gaan worden. Overigens zijn wij van mening dat woningcorporaties nu al aangemerkt moeten worden als aanbestedende diensten. Woningcorporaties zijn immers rechtspersonen, opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang (volkshuisvesting) die niet van industriële of commerciële aard zijn. De vraag is of ook aan het derde vereiste wordt voldaan. Daarvan is sprake in-geval van financiering, zeggenschap of toezicht door de overheid. Dan rijst de vraag in hoeverre woningcorporaties afhankelijk zijn van de overheid.

### **Toezicht door de overheid**

Naar ons idee wordt ook aan het derde vereiste voldaan en zijn woningcorporaties daarmee aanbestedingsplichtig. Dit is inmiddels ook het heersende standpunt in de literatuur. Het beheer van de woningcorporatie is immers onderworpen aan toezicht van de overheid.

In de Woningwet en in het Besluit beheer sociale-huursector (Bbsh) wordt bepaald dat woningcorporaties onder toezicht staan van de minister van WWI. Deze kan aanwijzingen geven om één of meer handelingen te verrichten of juist na te laten. Ook kan de minister bepalen dat bepaalde handelingen

slechts na voorafgaande goedkeuring van de minister kunnen worden verricht. De overheid heeft ook verschillende mogelijkheden om in te grijpen. De toelating kan worden ingetrokken of de woningcorporatie kan onder bewind worden gesteld. Ook al zouden de aanwijzings- en goedkeuringsbevoegdheden slechts in uitzonderlijke gevallen door de minister worden uitgeoefend, dan impliceert dit niettemin een permanent toezicht.

Een en ander betekent dat de minister, in het belang van de volkshuisvesting, zeer ruime bevoegdheden heeft om preventief of repressief alle positieve en negatieve maatregelen te treffen die hij noodzakelijk acht. Het toezicht van de overheid gaat aldus verder dan enkel een controle achteraf. Hiermee lijkt voldaan te worden aan het toezichtscriterium.

De minister heeft in het recente verleden gebruik gemaakt van zijn toezichthoudende bevoegdheid. De minister van WWI heeft in het jaar 2009 aan woningcorporaties Servatius, SGBB, Rochdale en Woonbron aanwijzingen gegeven in de zin van artikel 41 van het Bbsh. Daarbij ging het om vergaand ingrijpen in het handelen van de woningcorporatie. Bovendien heeft de minister bij die woningcorporaties in het belang van de volkshuisvesting externe toezichthouders aangewezen op grond van artikel 43 van het Bbsh. Uit deze voorbeelden (en de mate waarin in die concrete gevallen dat toezicht verder is ingevuld) blijkt dat er wel degelijk sprake is van afhankelijkheid van de overheid op het gebied van overheidsopdrachten.

### **Franse HLM-vennootschappen**

Het HvJ EU heeft zich in de zaak Commissie Frankrijk (C-237/99) uitgelaten over de interpretatie van het toezichtscriterium. De vraag was of de Franse HLM-vennootschappen aanbestedingsplichtig zijn. Deze entiteiten zijn in Nederland te vergelijken met woningcorporaties. Het Hof kwam tot de conclusie dat het toezicht van de Franse overheid op het beheer van die HLM-vennootschappen dusdanig is dat zij de beslissingen van deze vennootschappen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden. De Franse regels op het beheer zijn zeer gedetailleerd en het toezicht op de naleving daarvan leidt tot afhankelijkheid van de overheid. Het Hof bepaalde onder meer dat ook al zouden de bevoegdheden door de minister slechts bij uitzondering worden

# Bijlage: Staatscourant, 1 juli 2011

uitge oefend, dit niettemin een permanent toezicht impliceert. Alleen op die manier kunnen immers zware fouten of nalatigheden van de bestuursorganen worden opgespoord. Aan het toezichtscriterium werd aldus voldaan. De HLM-vennootschappen zijn volgens het Hof dan ook aanbestedingsplichtig.

Relevant wordt dan de vraag of het toezicht in Nederland net zo ver gaat als het toezicht in Frankrijk. Naar ons idee is het toezicht in Nederland minder vergaand, maar in het kader van de aanbestedingsrechtelijke toets zodanig vergaand dat ook woningcorporaties in Nederland (gemeten naar deze toezichtseis) in de huidige situatie moeten worden aangemerkt als aanbestedende diensten. Immers, in de Woningwet, het Bbsh en het Besluit Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting wordt op gedetailleerde wijze voorgeschreven welke activiteiten de woningcorporaties mogen uitoefenen, op welke wijze ze moeten functioneren en hoe zij de financiële huishouding moeten regelen. Bovendien zijn er van overheidswege verschillende mogelijkheden om in te grijpen (intrekking toelating, onder bewindstelling, verstrekken van aanwijzingen en het aanwijzen van een externe toezichthouder).

## De Kempenaer Advocaten

De sectie Bouw- en Aanbestedingsrecht van De Kempenaer Advocaten heeft ruimschoots ervaring op het gebied van het aanbestedingsrecht. Wij begeleiden organisaties, waaronder woningcorporaties, bij het ontwikkelen, implementeren en uitvoeren van inkoop- en aanbestedingsbeleid. Ook verzorgen wij cursussen en lezingen op dit gebied. Indien daartoe aanleiding bestaat, staan wij u graag bij. Voor de beantwoording van eventuele vragen houden wij ons beschikbaar.

De Sectie Bouw- en Aanbestedingsrecht van De Kempenaer Advocaten bestaat uit:

J.P.A. (Jip) Greuters

B.H.H.M. (Björn) Ramakers

J. (Janneke) Colen

A.A. (Ali) Rassa

C.H.J. (Cindy) Willemsen





# STAATSCOURANT

Nr. 11161

27 juni

2011

Officiële uitgave van het Koninkrijk der Nederlanden sinds 1814.

**Regeling van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 6 juni 2011, nr. 2011-2000218049, tot wijziging van de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting en het Besluit beheer sociale-huursector (vervallen verplichting voor toegelaten instellingen om bij grotere aanbestedingen van maatschappelijk vastgoed de aanbestedingsrichtlijn te volgen)**

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

Gelet op de artikelen 2, eerste lid, en 26, derde lid, van het Besluit beheer sociale-huursector;

Besluit:

#### **ARTIKEL I**

In artikel 5 van de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting vervallen het tweede lid, alsmede de aanduiding '1.' voor het eerste lid.

#### **ARTIKEL II**

Bijlage II, hoofdstuk 5.9, bij het Besluit beheer sociale-huursector vervalt.

#### **ARTIKEL III**

Deze regeling treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin zij wordt geplaatst.

Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

*Den Haag, 6 juni 2011*

*De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,  
J.P.H. Donner.*

# Bijlage: Staatscourant, 1 juli 2011



## TOELICHTING

### Algemeen

#### Inleiding

Met deze regeling komt artikel 5, tweede lid, van de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting (hierna: Tijdelijke regeling DAEB) te vervallen. In verband daarmee vervalt tevens hoofdstuk 5.9 van bijlage II bij het Besluit beheer sociale-huursector (hierna: Bbsh).

#### Administratieve en bestuurlijke lasten

Aangezien de toegelaten instellingen niet voor iedere opdracht verplicht zijn een Europese aanbesteding te doen, maar meer vrijheid krijgen in de keuze van de aanbestedingsvorm zullen de administratieve lasten voor de toegelaten instellingen afnemen. Ook met het laten vervallen van hoofdstuk 5.9 van bijlage II bij het Bbsh wordt een administratieve lastenverlichting beoogd.

#### Vaste verandermomenten

Er wordt afgeweken van de vaste verandermomenten omdat de opgave van de verantwoordingsgegevens voor 1 juli 2011 moet worden aangeleverd. Indien deze regeling voor die datum in werking treedt, worden de administratieve lasten voor de toegelaten instellingen verminderd.

### Artikelsgewijs

#### Artikel I

De in artikel 5, tweede lid, van de Tijdelijke regeling DAEB opgenomen plicht voor toegelaten instellingen om het bouwen van maatschappelijk vastgoed als bedoeld in artikel 2, onderdeel f, van de Tijdelijke regeling DAEB en het treffen van voorzieningen aan dergelijk vastgoed en de onroerende en infrastructurele aanhorigheden aan te besteden volgens de richtlijn 2004/18/EG van de Europese Commissie (hierna: aanbestedingsrichtlijn) indien de werkzaamheden een bedrag van € 4,845 miljoen exclusief omzetbelasting te boven gaan, komt te vervallen. Hiertoe is besloten om een administratieve lastenverlichting voor toegelaten instellingen door te voeren.

Voor implementatie van het besluit C(2009)9963 van 15 december 2009 van de Europese Commissie betreffende de steunmaatregelen E 2/2005 (bestaande steun) en N 642/2009 (bijzondere projectsteun) is aanbesteding volgens de aanbestedingsrichtlijn niet strikt noodzakelijk.

Los hiervan geldt ook op grond van de aanbestedingsrichtlijn zelf geen Europese aanbestedingsplicht, aangezien toegelaten instellingen niet aan te merken zijn als aanbestedende diensten, meer specifiek als publiekrechtelijke instellingen als bedoeld in artikel 1, onder q en r, van de aanbestedingsrichtlijn. Hierop is dieper ingegaan in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (Kamerstukken II 2010/2011, 32 769, nr. 3, p. 20–21).

De aanbestedingsplicht voor maatschappelijk vastgoed voor woningcorporaties, bedoeld in artikel 5 van de Tijdelijke regeling DAEB, zal als zodanig wel blijven gelden. Dit betekent dat toegelaten instellingen meer vrijheid krijgen in de keuze van de aanbestedingsvorm (Europees, openbaar of onderhands). De Tijdelijke regeling DAEB stelt hieromtrent geen nadere regels meer.

#### Artikel II

Met het laten vervallen van hoofdstuk 5.9 van bijlage II bij het Bbsh over de verantwoording van de aanbestedingsplicht voor maatschappelijk vastgoed wordt een administratieve lastenverlichting beoogd. Verantwoording over de aanbestedingsplicht wordt geïntegreerd in de jaarlijkse accountantscontrole. De accountant zal jaarlijks toetsen op de naleving van de aanbestedingsplicht, welke onderdeel zal zijn van de accountantsverklaring.

*De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,  
J.P.H. Donner.*



# De Kempnaer

Advocaten

Weerdjesstraat 70  
6811 JE Arnhem  
t +31(0)26 352 28 88  
f +31(0)26 352 28 89  
[www.dekempnaer.nl](http://www.dekempnaer.nl)