



Nadere informatie over een eventuele aanbestedingsplicht voor woningcorporaties

De Europese Commissie (EC) heeft op 9 juni 2021 de [volgende stap genomen in het aanbestedingsdossier](#): het versturen van een Met Redenen Omkleed Advies (MROA). Hierin verzoekt de EC de Nederlandse overheid om binnen 2 maanden maatregelen te nemen om haar wetgeving in lijn te brengen met het Unierecht. Indien Nederland dit niet doet kan de EC de zaak aanhangig maken bij het Hof.

Met Redenen Omkleed Advies (MROA)

De EC heeft tot tweemaal toe (2017 en 2019) een ingebrekestelling verstuurd naar Nederland over het aanbestedingsdossier. Met het versturen van het MROA gaat de EC nu nadrukkelijk een stap verder door Nederland een ultimatum te geven om passende maatregelen te nemen. Ook is dit de laatste fase voor de zaak naar het Europese Hof gaat.

In het MROA worden de argumenten herhaald die door de EC eerder gebruikt zijn: woningcorporaties komen het transparantiebeginsel uit de aanbestedingsrichtlijn niet na. De EC herhaalt haar standpunt dat woningcorporaties publiekrechtelijke instellingen zijn en daarom onder de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijn vallen.

Volgende stappen in het proces

Stapsgewijs ziet het vervolg van de procedure er als volgt uit:

- 1) Nederland stelt een reactie op het MROA op. Hierbij is de verwachting dat de Nederlandse overheid wederom zal stellen dat corporaties haar inziens niet onder de aanbestedingsrichtlijn vallen.
- 2) Na de reactie van Nederland moet de Europese Commissie besluiten of zij de zaak aanhangig maakt bij het Hof. Hierover moet het College van Eurocommissarissen het unaniem eens zijn.
- 3) Hierna volgt eerst een schriftelijke ronde (verweer, repliek, dupliek) en daarna een zitting bij het Hof. Daarna volgt een uitspraak van het Hof. Hoewel het lastig is in te schatten hoe het tijdspad gaat lopen, is een realistische inschatting dat in 2023 een uitspraak gedaan wordt.
- 4) Na die uitspraak zijn corporaties, bij een negatieve uitkomst, per direct aanbestedingsplichtig.

Wat verwacht Aedes

Belangrijk om te vermelden is dat het versturen van het MROA, en het bijbehorende ultimatum, niet betekent dat woningcorporaties binnen een paar maanden een aanbestedingsplicht hebben. Wel wordt hiermee door de EC een intensivering ingezet waarvan de kans reëel is dat dit leidt tot een aanbestedingsplicht voor woningcorporaties.

Na de reactie van Nederland op het MROA zal de EC eerst nog moeten beslissen of zij de zaak aanhangig wil maken bij het Hof. Als de zaak voorkomt bij het Hof zal aangetoond moeten worden dat woningcorporaties weliswaar binnen een wettelijk kader handelen, maar hierbinnen autonoom hun eigen beleid bepalen, waaronder met betrekking tot het contracteren van opdrachtnemers.

Hoewel dit geen kansloze redenering is, kan ook gesteld worden dat onder veel juridische experts de mening heerst dat corporaties publieksrechtelijke instellingen zijn en daarom wel onder de aanbestedingswet vallen. De kans op een voor ons negatieve uitkomst van een hofzaak is dan ook aanwezig.

Wat mag u van Aedes verwachten

De verwachting dat de EC op enig moment het MROA zal versturen, was er altijd al en hierop zijn wij dan ook voorbereid. Daarom maakten wij onder andere de [Leidraad Aanbesteden](#), hebben wij in de [governancecode](#) het één en ander opgenomen over opdrachtgeverschap, is er kosteloos een [spendanalyse-tool](#) beschikbaar en helpen wij corporaties bij het verder [professionaliseren van het opdrachtgeverschap](#).

Uiteraard mag u van ons verwachten dat wij er in de lobby alles aan doen om te voorkomen dat deze zaak naar het Hof gaat. Wij herhalen hierbij wel dat de verwachting is dat de EC deze zaak aanhangig gaat maken bij het Hof. Als dit gebeurt gaan wij er ook alles aan doen om aan te tonen dat woningcorporaties privaatrechtelijke organisaties zijn die niet onder de aanbestedingsrichtlijn vallen.

Wederom is het echter belangrijk om te herhalen dat de kans aanwezig is dat het Hof in ons nadeel besluit en woningcorporaties mogelijk in 2023 projecten moeten gaan aanbesteden. Ook dan mag u van Aedes verwachten dat wij onze leden gaan helpen in de voorbereiding, door het aanreiken van opleidingsmogelijkheden en het herzien van adviesdocumenten in het inkoopdossier. Hierover volgt binnenkort meer informatie.

Wat kunt u zelf doen?

1. Houdt bij een eventuele Europese aanbestedingsplicht rekening met een benodigde capaciteitstoename. Procedures die onder de aanbestedingswet vallen kennen een langere doorlooptijd. Verlenging van huidige contracten zal in veel gevallen niet rechtmatig zijn onder de aanbestedingswet.
Het is belangrijk om na te gaan of uw organisatie een inkoopkalender en [spendanalyse](#) heeft, of indien nodig deze documenten op te stellen. Kijk hierbij dan welke inkooptrajecten aan een aanbestedingsplicht zouden moeten voldoen. Om hoeveel trajecten gaat het? En is er voldoende capaciteit en kennis in huis om deze trajecten via een aanbestedingsprocedure te doorlopen?
2. Keuzes die gemaakt worden in een inkooptraject dienen gemotiveerd te worden en niet in strijd te zijn met de vier basisprincipes *objectief, transparant, non-discriminatoir* en *proportioneel*, zoals nu ook al opgenomen is in de Leidraad Aanbesteden. Zijn deze basisprincipes nu al opgenomen in uw beleid, dan is dat een goed vertrekpunt. Zo niet, zorg dat u hier de aankomende periode stappen in gaat zetten.
Door de vier basisprincipes, die ook opgenomen zijn in de Aanbestedingswet, krijgt u mogelijk te maken met zwaardere beoordelingsprocedures, vraagspecificaties die u gedurende het aanbestedingsproces niet meer mag wijzigingen, inschrijvers die u verplicht bent toe te laten in de procedure, en

opdrachtwaares die gedurende de looptijd van een overeenkomst niet sterk mogen afwijken. Het clusteren van werkzaamheden dient gemotiveerd te worden en dit geldt ook voor het wel/niet gebruiken van percelen. Maar ook de keuze van deelnemers aan een meervoudig onderhandse aanbesteding dient gemotiveerd te worden.

3. Dossiervorming van de inkooptrajecten is essentieel om bij vragen eenvoudig stukken te kunnen overdragen en zorg te dragen voor de vereiste transparantie. Het naleven van een goed inkoopbeleid waarin de motivatie van de keuzes is geborgd en wordt nageleefd is hierbij van belang. Aanbestedingssoftware kan helpen bij een goede dossiervorming van de aanbesteding en zorgt, als het zover komt, voor een eenvoudige koppeling met [Tenderned](#). Het kan ook een overweging zijn om nieuwe aanbestedingen vrijwillig openbaar te maken, zodat juridische procedures over de rechtsgeldigheid van de overeenkomst moeilijk zijn ('vrijwillige aankondiging'). Vermeld wel steeds uitdrukkelijk dat het gaat om een private aanbesteding. Ook hiervoor kunt u aanbestedingssoftware dat geschikt is voor zowel private als publieke organisaties, gebruiken.
4. Het verdient aanbeveling om in lopende inkooptrajecten de (concept) overeenkomsten door te nemen. Staat hierin opgenomen dat door wetswijzigingen de overeenkomst kan veranderen? Ons advies is om expliciet een bepaling op te nemen waarin staat dat overeenkomsten ontbonden kunnen worden als woningcorporaties toch aanbestedingsplichtig blijken te zijn. Tot slot is het aan te raden nieuwe opdrachten pas te gunnen na afloop van een gestelde termijn waarbinnen eventuele bezwaren kenbaar moeten worden gemaakt.

Onderstaand treft u een en ander nog kort en bondig geformuleerd aan.

TIPS VOOR RISICO BEHEERSING

- korte looptijd en verlengingsopties voor korte perioden;
- Ontbindende voorwaarde waarbij de samenwerking eindigt, indien vaststaat dat corpo een aanbestedende dienst is;
- schadeclaims zoveel mogelijk uitsluiten;
- Gebruik maken van de vrijwillige aankondiging vooraf;
- Algemene beginselen van aanbesteding in acht nemen ook al worden niet de gedetailleerde EU regels voor aanbestedingen gevolgd:
Zie inkoopleidraad Aedes
 - Transparantie,
 - Gelijkheid
 - Objectiviteit
- Geef expliciet aan dat eventuele bezwaren binnen een bepaalde periode kenbaar moeten worden gemaakt op straffe van verval van het recht om zich over de procedure en de gunning te beklagen;

Als toch gekozen wordt voor een Europese procedure: Vermeld steeds dat het om een private aanbesteding gaat;

