



Aanbesteding(splicht) en (regisserend) opdrachtgeverschap

9 oktober 2018

VBTM Advocaten

Marijn Huijbers

06 – 48 54 46 51 / m.huijbers@vbtm.nl



- Aanbestedingsplicht woningcorporaties: kader en stand van zaken
- Woningcorporatie als aanbestedende dienst: wat zijn de gevolgen als opdrachtgever (in vogelvlucht)?
- Alvast voorsorteren op een aanbestedingsplicht bij het verstrekken van opdrachten?



Drie elementen van belang:

- Aanbestedende dienst;
- Overheidsopdracht voor werken, diensten en leveringen;
- Drempelwaarde:
 - Werken EUR 5.548.000,--;
 - Diensten en leveringen EUR 221.000,--.

Element: Aanbestedende dienst

- Overheidsorgaan, rijk, gemeente
- Publiekrechtelijke instelling, vereisten:
 - Doel van algemeen belang
 - Rechtspersoonlijkheid
 - Activiteiten in hoofdzaak door Staat gefinancierd, of beheer onderworpen aan toezicht Staat, of leden bestuur/RVT voor meer dan 50% door Staat aangewezen
- Woningcorporatie aanbestedende dienst?

Woningcorporatie aanbestedende dienst?

- Europese Hof: HLM-vennootschappen
 - Franse context
 - Maatstaf: invloed overheid op aanbesteding

- Interpretatie in Nederland
 - Toezicht Minister en Autoriteit obv Woningwet
 - Art. 61d lid 1 Woningwet:

Onze Minister kan in het belang van de volkshuisvesting een toegelaten instelling of een dochtermaatschappij een aanwijzing geven om een of meer handelingen te verrichten of na te laten. Een aanwijzing aan een toegelaten instelling kan betrekking hebben op werkzaamheden van een dochtermaatschappij of van een samenwerkingsvennootschap waarin zij volledig aansprakelijke vennoot is, in welk geval zij er voor zorgdraagt dat de dochtermaatschappij of die vennootschap die aanwijzing naleeft. Een aanwijzing heeft geen betrekking op het plaatsen van opdrachten door de toegelaten instelling of haar dochtermaatschappij. (Gearceerde deel: amendement Schouten/Bisschop)

Woningcorporatie aanbestedende dienst? (2)

Toezicht overheid op grond van herziene Woningwet?

- Status als Toegelaten Instelling intrekken
- Verzoek aan rechtbank onder toezicht stellen, waarna alleen nog besluiten mogen worden genomen na goedkeuring
- Goedkeuring voor niet-DAEB-activiteiten
- Prestatieafspraken gemeente
- Vier jaarlijkse visitatie
- Toestemming vervreemding onroerende zaken / dochtermaatschappijen

Toezicht is met name repressief, niet echt proactief (zoals in de Franse situatie).



Inbreukprocedure

Juridische procedure bij Hof van Justitie Europese Unie op initiatief van Europese Commissie naar aanleiding van een geconstateerde inbreuk op Europese Aanbestedingsregels.



Verloop Inbreukprocedure

Notificatiefase

- EC neemt kennis van een overtreding

Administratieve fase

- Ingebrekestelling
- Reactie Ministerie BZK
- Met redenen omkleed advies (MROA) EC
- Antwoord Ministerie BZK

Juridische fase

- Procedure Europese Hof van Justitie tussen EC en Nederlandse Staat
- Vervolgprocedure (boete)
- Voorlopige voorziening

Stand van zaken nu?

Europese Commissie heeft de Nederlandse staat op 7 december 2017 formeel in gebreke gesteld. EC van oordeel dat een corporaties als aanbestedende dienst gekwalificeerd moeten worden.

- Onduidelijk wat precies de argumenten zijn van de EC (niet openbaar gemaakt)
- Wijziging Woningwet en (beperkte) toezicht overheid zal een belangrijke rol hebben gespeeld in de besluitvorming van de EC

Stand van zaken nu? (2)

Het Ministerie BZK kan zich niet vinden in de overwegingen van de Commissie (zie [hier](#)). Kort gezegd meent de Minister dat Nederlandse woningcorporaties niet kwalificeren als “*publiekrechtelijke instelling*”, omdat het op hen uit te oefenen overheidstoezicht niet is te begrijpen als “toezicht op het beheer” (als hiervoor bedoeld onder de ‘criteria aanbestedende dienst’).

Opgemerkt wordt dat van dergelijk toezicht pas sprake is wanneer de overheid actief toezicht uitoefent. Dat moet verder gaan dan louter controle achteraf; vereist is dat de overheid beslissingen kan beïnvloeden. Volgens de Minister voldoet het toezicht ingevolge de Woningwet daar niet aan.

Stand van zaken nu? (3)

- Inbreukprocedure bevindt zich nu in de Administratieve fase
- Indien de reactie Ministerie BZK onvoldoende is volgt een MROA
- Op het moment dat de voorgestelde maatregelen van het Ministerie van BZK niet toereikend zijn volgt de juridische fase en een procedure bij het Europese Hof van Justitie

Verwachting is dat het totale traject 2 / 3 jaren kan duren.

Gevolgen bij aanbestedingsplicht corporaties

- Opdrachten boven drempelwaarde dienen Europees te worden aanbesteed
- Corporaties dienen zich te houden aan Nationale aanbestedingswetgeving
- Corporaties kunnen algemene beginselen van aanbestedingsrecht niet meer uitsluiten
- Corporaties mogen in beginsel niet afwijken van paritair tot stand gekomen algemene voorwaarden tenzij de afwijking wordt gemotiveerd

Drempelwaarden Europese aanbesteding

- Drempelwaarde:
 - Werken EUR 5.548.000,--
 - Diensten en leveringen EUR 221.000,--

- Raamovereenkomsten:
 - Maximaal 4 jaar
 - Drempelwaarde: 48 x gemiddeld (verwacht) maandbedrag

Nationale wetgeving (herzien in 2016)

- Aanbestedingswet 2012
- Aanbestedingsbesluit
- Aanbestedingsreglement werken (ARW) 2016
- (Herziene) Gids Proportionaliteit 2016

Aanbestedingswet 2012 (versie 2016)

- Voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven
- Kern bepalingen, o.a.:
 - Proportionaliteitseis
 - Motiveringsplichten: procedure, beste PKV
 - Clusterverbod, indeling in percelen
 - Termijnen, procedurevoorschriften
 - Klachtenregeling

Algemene beginselen aanbestedingsrecht

- **Gelijkheid:**
 - Ontwikkeling gezonde en daadwerkelijke mededinging
 - Gelijke kansen voor alle inschrijvers

- **Transparantie:**
 - Alle eisen duidelijk, precies en ondubbelzinnig geformuleerd
 - In staat om na te gaan of de offertes aan de gestelde criteria voldoen

- **Proportionaliteit:**
 - Redelijke eisen in verhouding tot aard en omvang opdracht

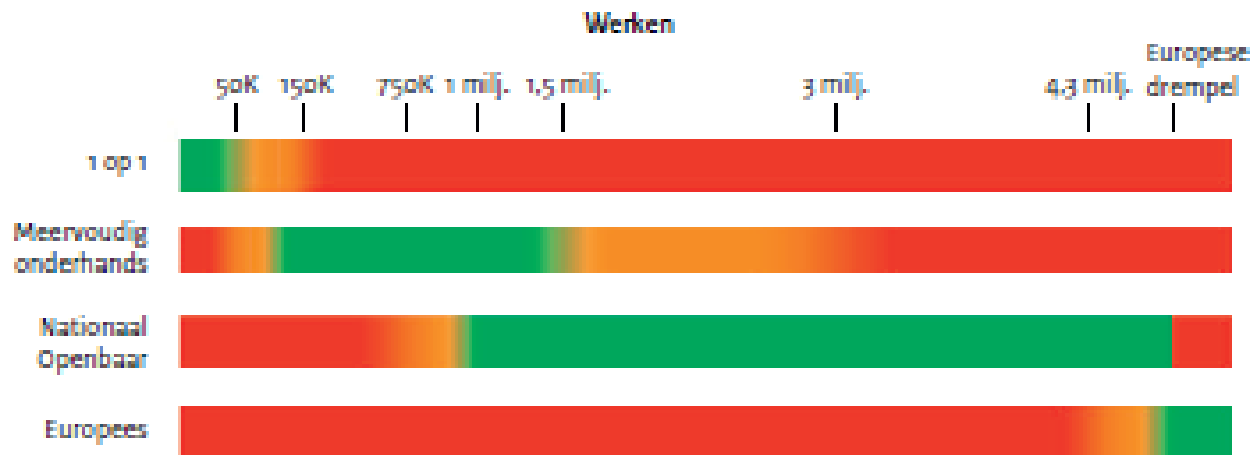
Beginselen zijn vastgelegd in Aanbestedingswet 2012. Private aanbesteders mogen de beginselen uitsluiten, een aanbestedende dienst niet.

Gids Proportionaliteit

- De Gids heeft de status: wettelijk richtsnoer
- De Gids bevat handvatten op grond waarvan een aanbestedende dienst in de verschillende fasen van het aanbestedingstraject aan het proportionaliteitsbeginsel kan voldoen
- Van de Gids kan worden afgeweken, maar dit dient te worden gemotiveerd ('pas toe of leg uit'-principe)

Welke procedure (Gids Proportionaliteit)

Gids Proportionaliteit schrijft op basis van de waarde van de opdracht / werk voor welke procedure moet worden toegepast



Gids proportionaliteit

Regels voor:

- Het clusteren van opdrachten
- Het indelen in percelen van opdrachten
- Keuze aanbestedingsprocedure
- Toepassen uitsluitingsgronden
- Invulling geschiktheidseisen (financiële draagkracht, referenties, technische bekwaamheid)

Gids proportionaliteit

Regels voor:

- Invulling selectiecriteria
- Invulling gunningscriteria (uitgangspunt is beste prijs/kwaliteitsverhouding, laagste prijs alleen gemotiveerd toegestaan)
- Afwijken van standaardvoorwaarden zoals de UAV 2012 en de UAV-GC 2005
- Eisen duurzaamheid/sociale voorwaarden
- Toepassen stand still termijn van 20 dagen (met mogelijkheid toets rechter)

Raamovereenkomst (1)

- Toekomstige opdrachten
- Voorwaarden uitvoering vastgelegd (prijs, kwaliteit, hoeveelheid, levertijd)
- Geen leverings- of afname verplichting
- Aparte overeenkomsten voor concrete opdrachten
- Mini-competities mogelijk

Raamovereenkomst (2)

- Maximaal 4 jaar
- Langere looptijd mogelijk als op goede gronden gerechtvaardigd: terugverdiendtijd investeringen, noodzakelijk voor eerlijke concurrentie
- Toets door rechter op langere looptijd
- Opdrachten verstrekt obv raamovereenkomst mogen looptijd van 4 jaar overschrijden
- Niet toegestaan om tijdens looptijd nieuwe partijen toe te laten, als zittende partij wegvalt



Raamcontract

- Wel afname- leverplicht -> in feite reguliere opdracht over langere termijn
- Geen beperking in duur
- Wel aanbesteden!



Aanbesteding

Vrijwillig alle aanbestedingsregels in acht gaan nemen

Oftewel: handelen alsof je aanbestedende dienst bent

Mededeling: niet verplicht, maar vrijwillig, blijft private aanbesteding

Voorbereiden op eventuele aanbestedingsplicht: aanbesteding

Aanbesteding

Praktisch zo veel mogelijk handelen in overeenstemming met aanbestedingsregels:

- Transparantie (duidelijke aanbestedingsdocumenten, met daarin spelregels aanbesteding opgenomen)
- Proportionaliteit (Gids Proportionaliteit in acht nemen)
- Gelijkheid (transparante/eerlijke selectie- en gunningscriteria)
- Rechtsgang tegen gunningsbeslissing open stellen (20 dagen termijn)
- ARW toepassen
- Gunningsbesluit goed motiveren

NB: wijzen op private karakter aanbesteding



Voorbereiden op eventuele aanbestedingsplicht: aanbesteding

26

Aanbesteding

Minimaal:

- Transparantie (duidelijke aanbestedingsdocumenten, met daarin spelregels aanbesteding opgenomen)
- Gelijkheid (transparante/eerlijke selectie- en gunningscriteria)
- Gunningbesluit goed motiveren

NB: wijzen op private karakter aanbesteding



Voorbereiden op eventuele aanbestedingsplicht: overeenkomsten

- Ontbindende voorwaarde: indien mocht blijken dat overeenkomst had moeten worden aanbesteed / indien overeenkomst wordt vernietigd / indien (duur)overeenkomst niet volledig kan worden uitgediend in verband met plicht tot aanbesteden
- Uitsluiten plicht tot schadevergoeding bij beëindiging overeenkomst wegens totstandkoming in strijd met aanbestedingsregels



- Op basis van Aanbestedingswet verplicht

