

# Mogelijkheden en kansen voor de toepassing van ketensamenwerking indien woningcorporaties aanbestedingsplichtig worden

Datum: 16 april 2023

Voorwoord door dr. Marcel Noordhuis ([m.noordhuis@ketenmanagement.com](mailto:m.noordhuis@ketenmanagement.com))

In de afgelopen maanden hoor ik in mijn interim- en consultancy praktijk steeds meer vragen van corporaties en hun partners rondom de impact die de mogelijke aanbestedingsplicht voor woningcorporaties zou kunnen hebben op het kunnen/mogen toepassen van ketensamenwerking.

Om deze 'onrust' weg te nemen heb ik contact gezocht met twee specialisten op dit vakgebied waarmee ik in het verleden vaker heb samengewerkt bij het implementeren van ketensamenwerking, Bettina Hertstein en Andrea Chao. Beiden waren bereid om een artikel te schrijven waarin ze ingaan op de belangrijke vraag of ketensamenwerking nog steeds mogelijk is, als corporaties verplicht worden te gaan aanbesteden

Via nevenstaande link kunt u het artikel downloaden: [Aanbesteden-van-Ketensamenwerking-Bettina-Andrea-Marcel-Blog-Versie-16-April-2023.pdf](#)

## De auteurs van het artikel

**Mr. Bettina Hertstein** ([info@bouwrechtbedrijf.nl](mailto:info@bouwrechtbedrijf.nl)) is directeur/eigenaar van Het BouwRechtBedrijf, gespecialiseerd in het opstellen van bouwcontracten, waaronder ketensamenwerking, en de opleiding van en het juridisch advies aan alle partijen die betrokken zijn bij de bouw.

**Mr. Andrea Chao** ([Andrea.Chao@twobirds.com](mailto:Andrea.Chao@twobirds.com)) is partner en advocaat bij Bird & Bird en gespecialiseerd in projectontwikkeling en aanbestedingen. Daarnaast is ze voorzitter van de FIDIC Task Group 17 (International Federation of Consulting Engineers) on Collaborative Contracting.

## Inleiding

Regelmatig komen vragen bij woningcorporaties en hun ketenpartners aan de orde over aanbestedingsplicht bij ketensamenwerking. Komt die er nou wel of niet? Hoe zit dat en waar hangt dat vanaf? En als die er komt, mogen we dan nog wel in ketensamenwerking samenwerken? Hoe zorgen we ervoor dat we nu al voorsorteren op die mogelijke plicht zodat we niet achteraf onze samenwerking moeten verbreken?

- Wij starten deze bespreking met een veel gehoorde stelling en volgen met enkele feiten en onjuistheden over wat er zoal de ronde doet;

- Daarna wordt zo praktisch mogelijk ingestoken om de lezer inzicht te geven in de hoofdpijlers van mededinging waaraan alle partijen zich moeten houden, ongeacht of woningcorporaties aanbestedingsplichtig worden;
- Daarop aansluitend bespreken we het thema van het aanbesteden van ketensamenwerking in Nederland en de internationale ketensamenwerkingsvorm;
- Vervolgens informeren we u over de aanbestedingsstatus voor woningcorporaties zoals die op het moment van schrijven bekend is;
- We gaan in op de hierboven gestelde vraag of het erg zou zijn als woningcorporaties aanbestedingsplichtig worden;
- We geven aanbevelingen hoe je ketensamenwerking het beste kunt aanbesteden;
- We sluiten af met wat een aanbestedingsplicht voor woningcorporaties zou kunnen betekenen in mogelijkheden en kansen voor een succesvolle ketensamenwerking.

Enige onderliggende juridische verduidelijking van begrippen mag niet ontbreken. Deze is te vinden in de **bijlage** aan het einde van dit artikel (pagina 12).

## **1. Stelling: Indien woningcorporaties als aanbestedingsplichtig worden aangemerkt door het Europese Hof van Justitie mogen zij niet meer via ketensamenwerking werken.**

### **Feiten:**

- Steeds vaker is ketensamenwerking de eerste keus bij woningcorporaties als het aankomt op een project overstijgende (meerpartijen)samenwerking die geschillenvrij verloopt.
- Ketenpartners streven ernaar om in ketensamenwerking meerwaarde te creëren door in een kortere tijd en met een betere kwaliteit van het werk en van het proces, een hogere tevredenheid van de eindgebruiker, minder (faal)kosten en een duurzamer product te realiseren.
- Veel woningcorporaties werken (als private partijen) inmiddels al jaren in ketensamenwerking, tot volle tevredenheid van alle betrokkenen.
- De Europese Commissie (de Commissie) is in 2017 een zogeheten inbreukprocedure gestart, middels een aanmaningsbrief, tegen de Nederlandse Staat.
- In januari 2019 verstuurde de Commissie een tweede aanmaningsbrief. In juni 2022 heeft de Commissie een ‘Met redenen omkleed advies’ (MROA) verstuurd.
- De Commissie is van oordeel dat Nederland de EU wetgeving schendt – dit is met name waar het de transparantieverplichting betreft. Volgens de Commissie zijn woningcorporaties gegeven de Aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU en 2014/24/EG te zien als publiekrechtelijke instellingen en als zodanig aanbestedingsplichtig. Ze dienen, volgens de Commissie, *“hun aanbestedingen te publiceren teneinde gelijke kansen voor bedrijven mogelijk te maken en bij hun aankopen de beste prijs-kwaliteitsverhouding te krijgen”*. Indien woningcorporaties niet als zodanig behandeld gaan worden, dan start de Commissie wellicht een procedure bij het Europese Hof van Justitie hierover.

- Aedes is van mening is dat corporaties geen publiekrechtelijke instellingen zijn en daarom niet aanbestedingsplichtig zijn. Dat gezegd hebbende, stelt de Governancecode woningcorporaties 2020 (een uitgave van Aedes en de Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties): *“Bestuur en RvC hebben een visie op opdrachtgeverschap en het beleid van aanbestedingen. Hierop volgend stelt het bestuur een aanbestedingsbeleid op. Dit beleid onderschrijft de beginselen van aanbesteden, namelijk gelijke behandeling, objectiviteit, transparantie en proportionaliteit”*. Dit laat het belang zien van de beginselen van aanbesteden bij het selecteren van ketenpartners. Wellicht in het verlengde daarvan heeft Aedes voor haar leden een Leidraad Aanbesteden gepubliceerd.

#### **Onjuistheden:**

- Indien woningcorporaties als aanbestedende diensten worden aangemerkt, mogen zij niet meer in ketensamenwerking werken.
- Ketensamenwerking kun je niet Europees aanbesteden.

### **2. Ketensamenwerking door woningcorporaties als private partijen**

De keuze om in ketensamenwerking te gaan werken, start bij de visie en missie van de woningcorporatie. Om die visie in de praktijk tot uitvoering te brengen, selecteert de corporatie als *private partij* een aantal ketenpartners die project overstijgend en langdurig zullen gaan samenwerken. Mag dat? Ja dat mag.

Meer openheid en transparantie dan in de Modellen Ketensamenwerking, zoals deze zijn opgesteld in 2016 met de leden van de Netwerkgroep (voor downloads van de modellen zie [Publicaties - Het BouwRechtBedrijf](#)), bestaat er niet in contracten. Overigens zijn deze contracten ‘slechts’ Modelcontracten en worden ze in de praktijk op maat gemaakt naar de wensen van de woningcorporatie en haar ketenpartners. Enkele aanpassingen in verband met een mogelijke aanbestedingsplicht kunnen op hun plaats zijn. Denk daarbij name aan de situatie van lopende contracten (zoals bij de overkoepelende project overstijgende samenwerkingsovereenkomst). Hierdoor zijn dit adaptieve en dynamische contracten. Soms ligt de voorkeur van partijen om de aanpassing middels een door alle ketenpartners ondertekend addendum vast te leggen.

### **3. Ketensamenwerking en de Mededingingswet**

Ongeacht of corporaties aanbestedingsplichtig worden, moet men zich aan de (Mededingings)wet houden.

De drie hoofdpijlers van de Mededingingswet zijn:

- I. **Kartelverbod**
- II. **Misbruik van een economische machtspositie**

### III. Concentratietoezicht (fusies en overnames)

#### Ad I.

Wat betreft ketensamenwerking mag er ook indien woningcorporaties gekwalificeerd blijven als private partijen - zoals nu het geval is - mededingingsrechtelijk *geen sprake zijn van kartelvorming* tussen de ondernemingen van de ketenpartners, zodat er sprake blijft van eerlijke concurrentie. Onderling op elkaar afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen zijn verboden. Mededinging op de Nederlandse markt mag niet verhinderd worden. Een erg belangrijk punt, zeker met de bouwfraude in gedachte aan het begin van dit millennium.

#### Ad II.

Er mag *geen sprake zijn van het misbruik maken van een economische machtspositie*. Bij woningcorporaties staat dat echter niet op de voorgrond met vooral middelgrote en kleine corporaties. Alhoewel wij onze eigen Autoriteit Consument en Markt (ACM) hebben die 'namens de Minister' toezicht houdt op de Mededingingswet, zijn de woningcorporaties bepaald geen Google of Meta ondernemingen - om maar eens wat te noemen - waar de Commissie haar peilen in Europees verband op heeft gericht/richt.

In het kader van de economische machtspositie is in opdracht van de ACM een rapport gepubliceerd 'Concentraties in de nieuwbouwmarkt'. Dit onderzoek door de hoogleraren Edwin Buitelaar en Erwin van der Krabben, in samenwerking met het Kadaster, betreft de mate van concentratie van vastgoedontwikkelaars en bouwers voor nieuwbouwlocaties. (Eventueel misbruik van) marktmacht is geen onderdeel van deze studie. (...) Het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft inmiddels – mede naar aanleiding van dit rapport – opdracht gegeven voor een onderzoek om te bekijken wat er in de wet- en regelgeving mogelijk is om de nieuwbouwmarkt beter te laten functioneren, aldus de berichtgeving van de ACM die waar nodig dit onderdeel van de woningmarkt zal blijven volgen.

### **Ad III.**

Als derde hoofdpijler is het opletten *bij fusies en overnames* van eerder onafhankelijke ondernemingen (denk aan het recente verbod door ACM van de overname door RTL van Talpa), en op het gebied van directe of indirecte zeggenschap, dat niet een marktdominante partij ontstaat.

Kortom: (ondernemingen van) ketenpartners mogen *geen* afspraken maken die de concurrentie belemmeren zoals:

- Zelf gebieden of opdrachten onder elkaar verdelen;
- Overleggen met elkaar over prijs, opslagen of korting op de prijs;
- Overleggen met elkaar over salarissen en voorwaarden personeel;
- Overleggen over de verwachte prijstrends;
- Overleggen over toekomstig marktgedrag van het eigen bedrijf.

Wel mogen ketenpartners binnen wettelijke kaders eerlijk samenwerken ten behoeve van de economische voordelen van de eindklanten/bewoners. Ketensamenwerking in Nederland door corporaties als private partijen, zoals ook vastgelegd in de Modellen Ketensamenwerking, is toegestaan zolang alle mededingingsregels in acht worden genomen.

### **4. Ketensamenwerking door woningcorporaties als publiekrechtelijke instellingen**

Stel dat woningcorporaties *als publiekrechtelijke instellingen* in de zin van de Aanbestedingswet worden aangemerkt: is ketensamenwerking dan nog toegestaan? Het antwoord is volmondig ja.

Onderscheid moet gemaakt worden tussen de fase van selecteren/aanbesteden (de precontractuele fase) en de contractvorm voor het samenwerken (contractfase). Of woningcorporaties hun ketenpartners zoeken als waren zij reguliere marktpartijen of als publiekrechtelijke instellingen: dat maakt voor de contractvorm ketensamenwerking geen verschil. Het gaat puur om de wijze van het uitvragen van het werk en de keuze van de ondernemingen die als ketenpartners door de corporaties gecontracteerd zullen worden, waar het verschil in kan zitten.

De manier om **tot contractvorming te komen** kan met een aanbestedingsplicht voor corporaties anders worden. Maar, de contractvorm ketensamenwerking: die blijft toegestaan.

## 5. Ketensamenwerking is een blijvertje, ook internationaal

Als gezegd, is het goed te beseffen dat er (juist) niets mis is met de open en transparante samenwerking waar vertrouwen de basis is. In ketensamenwerkingscontracten leg je niet alleen prestatie-eisen vast maar ook eisen die appelleren aan de mens achter de contractant-ketenpartner. Er wordt voor ketensamenwerking een beroep gedaan op niet alleen het zich inzetten door gebruik van de vakkennis en kunde op het werkgebied maar ook op de culturele, communicatieve, zogeheten soft skills, die de langdurige samenwerking tot een succes maken. De jaarlijkse evaluatie per ketenpartner betreft dan ook meer aspecten dan alleen wat er op (ver)bouw- en renovatiegebied geleverd is. Alles samen creëert deze aanpak meerwaarde voor de individuele ketenpartners en de corporatie maar resulteert deze werkwijze ook in tevreden eindklanten/bewoners.

Geen wonder dat door deze werkwijze een cascade aan positieve effecten wordt geactiveerd. Immers door elkaar te vertrouwen durf je je kwetsbaarder op te stellen en ook opener en transparanter naar elkaar toe te zijn. Door een proactieve houding voorkom je onnodige frictie want het uitgangspunt is niet om beschuldigend naar elkaar te wijzen, maar elkaar juist te vinden in overleg. *Elkaar vertrouwen leidt tot beter communiceren en informeren en daardoor tot een betere samenwerking met minder vertraging, een betere kwaliteit van het werk en een proces met minder faalkosten en last but not least tot een grotere tevredenheid bij de eindgebruikers/bewoners.*

Tegenwoordig zijn soft skills en values niet meer weg te denken uit steeds meer contractenvormen en is er veel minder top-down instructie vanuit de opdrachtgever. Zo zijn in de nieuwe modellen bouwteamovereenkomsten meer soft skills zoals houding- en gedragsbepalingen en competentie-eisen van de deelnemers in de Bouwteamovereenkomst DG2020 van Duurzaam Gebouwd opgenomen en zijn er ook overleg- en keuzebepalingen in de bouwteamovereenkomst van Koninklijke Bouwend Nederland 2021 meegenomen.

Ook internationaal wordt ketensamenwerking steeds belangrijker. Onder punt 10 zet Andrea Chao, voorzitter van de FIDIC Task Group 17 on Collaborative Contracting (<https://fidic.org/node/33011>), uiteen hoe zij met de leden van de Task Group internationale ketensamenwerking contractueel vorm geeft en ook het gedachtegoed van de Modellen Ketensamenwerking (zoals deze zijn opgesteld in 2016 met de leden van de Netwerkgroep) daarin meeneemt.

Voor de beantwoording van de vraag of woningcorporaties als *aanbestedende dienst* kunnen/zullen worden aangemerkt en aldus aanbestedingsplichtig worden, is het verstandig ook de verduidelijking van enkele relevantie juridische begrippen, de bijlage onder dit artikel te lezen.

## **6. Verschil van mening Europese Commissie en Nederland**

De Commissie ziet de woningcorporaties als publiekrechtelijke instellingen en daarmee als aanbestedingsplichtig. Nederland ziet de woningcorporaties als private partijen. *Waarom is er zo'n groot verschil van mening?*

Het Europese Hof oordeelde - al in 2001 - dat de Franse 'evenknie' van de Nederlandse woningcorporaties, de HLM-vennootschappen, publiekrechtelijke instellingen zijn en dus aanbestedingsplichtig. Het ging daarbij volgens het Hof om de vraag **of de overheid** de beslissingen van de woningcorporaties **kan** beïnvloeden. Dat is volgens het Hof het geval bij de HLM-vennootschappen. De Commissie meent, naar aanleiding van de uitspraak van het Hof over de Franse HLM-vennootschappen, dat eenzelfde situatie aan de orde is bij de Nederlandse woningcorporaties. Nederland is het daar niet mee eens en heeft dat uitgebreid gemotiveerd laten weten.

## **7. Wanneer wordt de uitspraak van het Hof van Justitie verwacht?**

Het lijkt erop dat het nog jaren zal duren voordat het Hof een uitspraak heeft gedaan. Immers na het gemotiveerde antwoord van Nederland op de Mroa kan de Commissie een verzoekschrift naar het Hof sturen. Partijen kunnen dan hun standpunten eerst schriftelijk uiteenzetten, daarna op zitting nogmaals mondeling. Dat neemt tijd in beslag.

## **8. Wat als de woningcorporaties aanbestedingsplichtig worden?**

Indien woningcorporaties toch aanbestedingsplichtig zouden worden, zullen zij verplicht zijn opdrachten die boven de respectievelijke Europese drempelwaarden (voor werken, leveringen en diensten) uitkomen, Europees aan te besteden. Daarnaast moeten de woningcorporaties opdrachten voor werken, leveringen en diensten die onder die drempelwaarden vallen, gaan aanbesteden overeenkomstig hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit.

Aanbesteden is een omslachtiger methode en een langduriger proces (en dus kostbaarder) van het uitzetten van een opdracht in de markt dan de thans door woningcorporaties als private partijen gebruikte selectiemethode zonder toepassing van de aanbestedingsregels. Nogmaals zij opgemerkt dat de Governancecode woningcorporaties 2020 in onze ervaring met woningcorporaties wordt onderschreven en nageleefd. Daarmee worden de beginselen voor eerlijk selecteren/aanbesteden op onverplichte wijze al gehanteerd.

## 9. Hoe kun je ketensamenwerking aanbesteden?

Ketensamenwerking aanbesteden verlangt dat er vooral sterk gekeken wordt naar kwalitatieve aspecten: wat zijn de ervaring en visie op het vlak van samenwerking, en dan vooral ook ketensamenwerking. Dat maakt dat de aanbestedingsprocedure van de concurrentiegerichte dialoog een veelgebruikte optie is. Maar er kan ook gedacht worden aan de niet-openbare aanbesteding, omdat ook daarbij eerst geselecteerd wordt op ervaring, waardoor er met minder gegadigden tijdens de aanbesteding meer de diepte ingegaan kan worden. Qua gunningscriterium in het kader van EMVI (economisch meest voordelige inschrijving) komt men ook uit op de keuze voor beste prijs-kwaliteitverhouding. Visie op ketensamenwerking kan dan als gunningscriterium gelden. Cruciaal daarbij is dat de visie SMART uitgevraagd wordt: zorg dat de aanbesteder daarbij wat te kiezen heeft, en vraag partijen gedetailleerd en concreet in te gaan op hun visie. Formuleer het gunningscriterium zo dat op een geobjectiveerde manier samenwerken als kwaliteitsaspect in relatie tot de prijs wordt vergeleken.

En dan is de vraag: is het erg als woningcorporaties aanbestedingsplichtig worden? Gegeven de Governancecode en het gegeven dat woningcorporaties steeds meer op zoek zijn naar aantoonbare *value for money*, zal het Europees aanbesteden voor veel woningcorporaties niet tot enorme aanpassingen leiden. Steeds meer woningcorporaties zien het proces van eerlijk en transparant samenwerken uitzetten in de markt als een manier om zoveel mogelijk interesse in de markt op te wekken en het best mogelijke aanbod uit te markt te krijgen. De ervaring leert dat als marktpartijen weten dat zij een faire kans maken, zij er ook echt voor gaan. Wetende dat er steeds meer schaarste komt in markt, is elke maatregel om ervoor te zorgen dat je zoveel mogelijk marktpartijen aan je kan binden, meegenomen. Daarnaast zijn woningcorporaties behoorlijk ervaren met het aangaan van raamovereenkomsten, wat pas sinds een paar jaar voor andere aanbesteders in zwang is geraakt. Ook op dat vlak is dus al veel kennis en ervaring opgedaan.

## 10. Ketensamenwerking in internationaal perspectief

Ook internationaal wordt er steeds meer aandacht besteed aan ketensamenwerking. In Nederland is al behoorlijke ervaring opgedaan met ketensamenwerking. Onderzoek na onderzoek wijst uit dat de kans op een succesvol project vergroot wordt als de keten op een goede manier mee wordt genomen. Omgekeerd leert de ervaring ook dat als er een mismatch zit in verschillende afspraken in de keten, het risico op een faalproject juist vergroot wordt. Zeker nu onderaannemers en leveranciers steeds meer gespecialiseerd worden, wordt het belangrijker hen op de goede manier te betrekken bij projecten.

In opkomst zijn de projecten die simpelweg niet van de grond te krijgen zijn zonder ketenpartners: denk aan technologisch complexe en innovatieve projecten. En het is bij dit soort projecten dat de potentiële impact van ketensamenwerking in volle wasdom duidelijk wordt: het gaat niet alleen meer om het verlagen van de risico's, maar ook om het identificeren en gebruik maken van kansen.

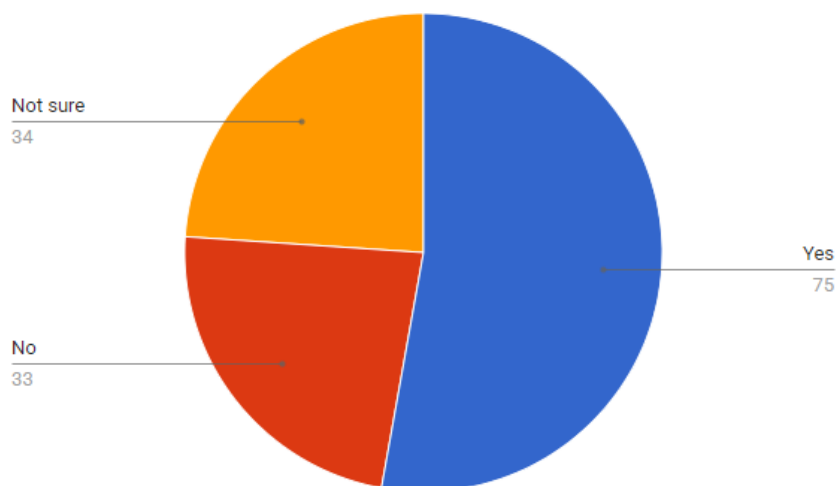


Dit gedachtegoed wordt sinds enige tijd ook omarmd in de internationale collaboratieve contractvormen van NEC. Dit is een suite van contracten die op elkaar zijn afgestemd: er is telkens een hoofdaannemingscontract en een daarop afgestemd onderaannemingscontract. De stap die nu volgt is dat FIDIC aan de slag gaat met het onderwerp ketensamenwerking. Dat gebeurt via diverse routes. Een daarvan is via het nieuwe collaboratieve contract dat de Task Group (o.l.v. Andrea Chao) momenteel opstelt, wat gepland staat om eind 2023 uit te komen.

Ter voorbereiding op dit nieuwe contract heeft de Task Group een wereldwijde enquête georganiseerd onder organisaties en individuen. Deze enquête kan hier nagelezen worden: <https://fidic.org/node/34921>. De antwoorden op een drietal vragen duiden daarbij op een behoorlijk enthousiasme voor het concept van ketensamenwerking:

➔ *Do you consider that a collaborative contract should create direct contractual connections between all or some of the following organisations:*

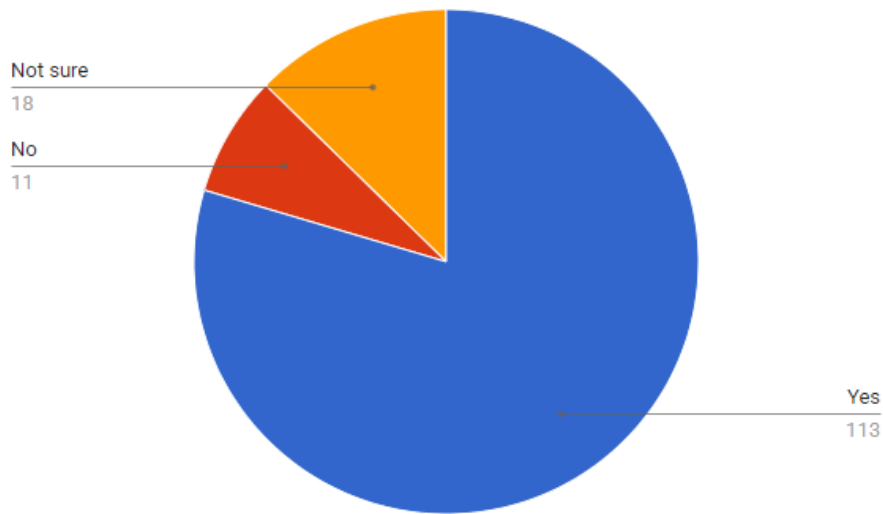
Supplier(s)



142 responses in 142 results

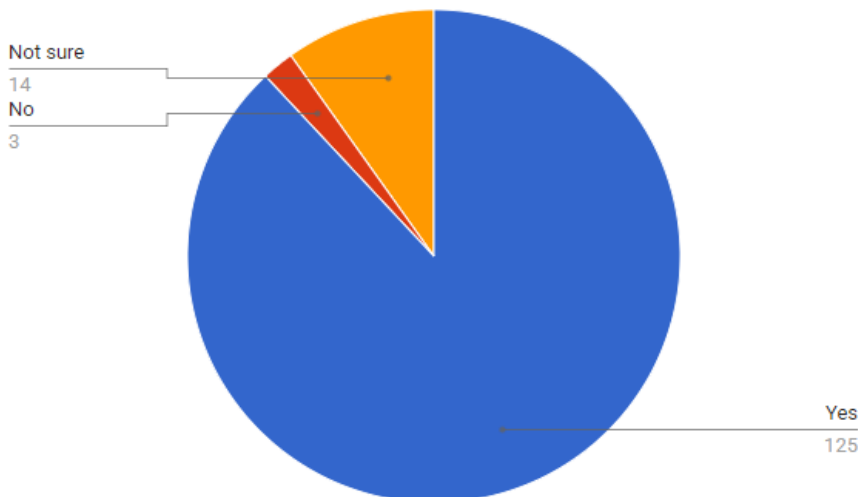
➔ *Do you consider that a collaborative contract should create direct contractual connections between all or some of the following organisations:*

Specialist Contractor(s) or Subcontractor(s)



142 responses in 142 results

➔ *Do you consider that a collaborative contract benefits from [...] a decision-making forum comprising the different parties' representatives?*



142 responses in 142 results

Daarnaast is FIDIC ook op een andere manier bezig met ketensamenwerking. Er is een speciale Task Group opgericht die zich bezig gaat houden met onder aannemingscontracten die matchen met de bestaande aannemingscontracten.

Ook op internationaal vlak zijn er terugkerende vragen over mededingingsrecht en het aanbestedingsrecht. Zeker in een EU-setting zijn de antwoorden daarop vaak gelijklopend als wat hierboven is gezegd, omdat de basis van het mededingings- en aanbestedingsrecht in de verschillende EU landen gelijk is.

Maar, voor de lezers die bij woningcorporaties bezig zijn met ketensamenwerking is er niks nieuws onder de zon. Sterker nog: die lopen een stuk vooruit. Internationaal zien we dat de Nederlandse ervaringen steeds vaker aandacht trekken en andere landen inspireren. We zien dat op het vlak van Rijkswaterstaat, waterschappen en gemeentes; we zien hier ook een mooie rol in voor woningcorporaties.

## **Conclusie**

De terughoudendheid in een sector, die mogelijk geconfronteerd wordt met een aanbestedingsplicht, is niet nieuw. Tegelijkertijd is er voor woningcorporaties weinig om bang voor te zijn: de wijze van samenwerking via ketensamenwerking blijft mogelijk en woningcorporaties kunnen nog steeds goed selecteren op kwaliteit en (keten)samenwerking.

Het mooie van aanbestedingen is dat deze prettige manier van samenwerking beter beschikbaar gaat worden voor meer marktpartijen: dat gaat leiden tot meer aanbod voor woningcorporaties alsook tot meer ervaring voor de markt.

Sterker nog: juist met de ervaring die woningcorporaties hebben opgedaan met ketensamenwerking, is er de mogelijkheid voor deze organisaties om een leidende rol te pakken in de verdere ontwikkeling naar een goede samenwerking met de markt. En deze ervaringen kunnen ook andere sectoren en op een internationaal vlak inspireren. We roepen woningcorporaties dan ook graag op hun kennis en ervaringen ruimhartig te delen.

## **Voor meer informatie/vragen:**

Bettina Hertstein [info@bouwrechtbedrijf.nl](mailto:info@bouwrechtbedrijf.nl) en/of Andrea Chao:  
[Andrea.Chao@twobirds.com](mailto:Andrea.Chao@twobirds.com)

## BIJLAGE BIJ AANBESTEDING VAN KETENSAMENWERKING

### Enkele juridische begrippen verduidelijkt:

#### A. Aanbestedende dienst

Dat staat in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw): *een aanbestedende dienst is de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een **publiekrechtelijke instelling** dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.*

Een woningcorporatie is niet een overheid of onderdeel van de staat, provincie, gemeente of waterschap. Maar is een woningcorporatie te kwalificeren als een publiekrechtelijke instelling? Als de woningcorporatie zou kunnen worden gekwalificeerd als een publiekrechtelijke instelling, wordt zij gezien als een aanbestedende dienst.

#### B. Publiekrechtelijke instelling

De discussie of een woningcorporatie moet worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling spitst zich toe op het **toezicht criterium**.

In art. 1.1 Aw: wie kwalificeert als publiekrechtelijke instelling?

**publiekrechtelijke instelling:** *een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van **algemeen belang**, anders dan van **industriële of commerciële aard**, die **rechtspersoonlijkheid** bezit en waarvan:*

- a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,*
- b. het beheer is onderworpen aan **toezicht** door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of*
- c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen*

Het toezichtcriterium blijkt in de discussie tussen de Commissie en Nederland een van de hete hangijzers te zijn. Het andere is de aanwijzingsbevoegdheid

Er wordt door bepaalde schrijvers gesteld dat het door de Autoriteit woningcorporaties (valt onder het Ministerie van Binnenlandse Zaken) uitgeoefende **toezicht** in combinatie met de **aanwijzingsbevoegdheid** die de Minister heeft op grond van de **Woningwet** een aanzienlijke afhankelijkheid van de corporaties schept van de overheid.

### C. Aanwijzingsbevoegdheid

De Woningwet is aangepast per juli 2015. Er is toen in de wet opgenomen dat het **toezicht** voortaan plaats vindt door **de Autoriteit woningcorporaties** (valt onder het Ministerie van Binnenlandse Zaken). Heel expliciet is bepaald dat de **aanwijzing** van de Minister geen betrekking mag hebben op het plaatsen van opdrachten! De Tweede kamer wilde absoluut geen aanbestedingsplicht voor corporaties en de Minister was/is het hier mee eens.

Artikel 61d Woningwet

lid 1. *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 vennote 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. (...leden 2, 3, 4...)*