

# Is vervanging van de gefailleerde opdrachtnemer onder de herziene Aanbestedingswet toegestaan?

TvI 2017/30

Naar aanleiding van een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel in juni 2016 over de contractsovername na het faillissement van TSN Thuiszorg, leek de weg open voor curatoren om aanbestede contracten na een faillissement van de opdrachtnemer over te dragen aan derden. Uit een advies van begin dit jaar volgt dat de Commissie van Aanbestedingsexperts deze uitspraak, en daarmee de handelwijze van veel curatoren en aanbestedende diensten, onjuist acht en in strijd met de Aanbestedingswet 2012. De vraag is of vervanging van de gefailleerde opdrachtnemer bij een aanbesteed contract wel is toegestaan, en zo ja, in welke gevallen.

## 1. Inleiding

Op 1 juli 2016 is de herziene Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) in werking getreden. De herziening heeft betrekking op de implementatie van een drietal richtlijnen waaronder Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (hierna te noemen: de Aanbestedingsrichtlijn).<sup>2</sup> Het doel van de Aanbestedingsrichtlijn is onder meer om de aanbestedingsregels te verbeteren en om vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie) te codificeren.<sup>3</sup> Eén van de onderwerpen uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie die middels de Aanbestedingsrichtlijn is gecodificeerd, betreft het leerstuk van de wezenlijke wijziging.

Uitgangspunt is dat een opdracht opnieuw moet worden aanbesteed wanneer deze gedurende de looptijd wezenlijk wordt gewijzigd. Een wezenlijke wijziging kan aan de orde zijn wanneer de oorspronkelijke opdrachtnemer gedurende de looptijd van de opdracht, bijvoorbeeld vanwege een faillissement, wordt vervangen door een andere opdrachtnemer. Na de inwerkingtreding van de herziene Aw 2012 leken de mogelijkheden om de oorspronkelijke opdrachtnemer in een dergelijke situatie zonder nieuwe aanbestedingsprocedure te vervangen, te zijn verruimd.

In 2014 schreven Kleijn en Ten Cate in het *Tijdschrift voor Insolventie* over de vraag of de Aanbestedingsrichtlijn in-

derdaad een verruiming is voor de mogelijkheden om de oorspronkelijke opdrachtnemer na een faillissement te vervangen.<sup>4</sup> Zij concludeerden dat de Aanbestedingsrichtlijn weliswaar voorziet in een specifieke uitzondering op de aanbestedingsplicht in geval van contractsovername na insolventie, maar dat deze uitzondering alleen van toepassing is indien aan vrij strikte voorwaarden is voldaan.

Inmiddels is ruim een jaar verstreken sinds de inwerkingtreding van de herziene Aw 2012 en ruim drie jaar sinds de publicatie van de Aanbestedingsrichtlijn. Uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel van juni 2016 en een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts van februari 2017, blijkt dat de vraag wanneer de bepaling over vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer kan worden toegepast, niet eenduidig wordt uitgelegd. De Commissie van Aanbestedingsexperts is een klachteninstituut dat bij besluit van de Minister van Economische Zaken in 2013 in het leven is geroepen. De Commissie heeft onder andere als taak het geven van niet-bindende adviezen naar aanleiding van klachten over een aanbesteding die binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 vallen. Ondanks het feit dat de adviezen niet bindend zijn, worden ze in de praktijk wel als gezaghebbend beschouwd.

De Commissie adviseerde in een advies van 28 februari 2017 dat vervanging van een gefailleerde opdrachtnemer niet was toegestaan op grond van de Aanbestedingsrichtlijn en de herziene Aw 2012<sup>5</sup>, terwijl de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel in juni 2016 in een soortgelijke zaak – vlak voor de inwerkingtreding van de herziene Aw 2012 – tot het tegenovergestelde oordeel kwam op grond van de Aanbestedingsrichtlijn.<sup>6</sup> In dit artikel wordt getracht de vraag te beantwoorden welk oordeel juist is om zodoende meer duidelijkheid te verschaffen over de mogelijkheden van curatoren om bij een faillissement, aanbestede opdrachten te verkopen of over te dragen aan een overnemende partij. In deze bijdrage schetsen wij eerst de relevante feiten en overwegingen in beide zaken. Daarna zal aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, de Aanbestedingsrichtlijn en de herziene Aw 2012 worden besproken welk oordeel volgens ons juist is.

## 2. TSN-zaak

Een aantal Twentse gemeenten heeft op 24 september 2014 gezamenlijk een nationale openbare aanbestedingsprocedure gehouden om per gemeente een raamovereenkomst

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: M.S. Sprik en mr. L.J. Vermeulen, 'Is vervanging van de gefailleerde opdrachtnemer onder de herziene aanbestedingswet toegestaan?', *TvI* 2017/30. Mr. M.S. Sprik en mr. L.J. Vermeulen zijn beiden werkzaam als advocaat aanbestedingsrecht en bouwrecht bij KienhuisHoving advocaten & notarissen te Enschede.

2 Richtlijn 2014/24/EU had uiterlijk op 18 april 2017 geïmplementeerd moeten zijn, maar deze deadline heeft Nederland niet gehaald.

3 Richtlijn 2014/24/EU, overweging 2.

4 P.V. Kleijn & C.R.E. ten Cate, 'Aanbestedingsrechtelijke beperkingen bij een doorstart; bieden de nieuwe Europese richtlijnen uitkomst', *TvI* 2014/29.

5 Commissie van Aanbestedingsexperts 28 februari 2017, advies 323.

6 Rb. Overijssel (vzr.) 2 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1948 (TSN).

te sluiten met betrekking tot huishoudelijke ondersteuning. Naar aanleiding van deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere raamovereenkomsten gesloten met TSN Thuiszorg B.V., Solace Algemene Thuiszorgcombinatie B.V., en BiOns B.V. (hierna: TSN, Solace en BiOns).

In het aanbestedingsdocument is de volgende herzieningsclausule opgenomen die iedere rechtsopvolging met toestemming van de gemeente toestaat:

“Gedurende de looptijd van de raamovereenkomst bestaat de mogelijkheid dat de aanbieder, onderaannemer of combinant in rechte wordt opgevolgd. In geval van rechtsopvolging neemt de rechtsoopvolger deze raamovereenkomst in zijn geheel over, mits de aanbestedende dienst hiertoe vooraf schriftelijk toestemming heeft gegeven.”

Eind 2015 is aan TSN surseance van betaling verleend. De gemeente Enschede vraagt als gevolg daarvan de overige raamcontractanten of zij bereid en in staat zijn om TSN-cliënten en TSN-personeel over te nemen. Daartoe zijn zij niet bereid althans, niet tot overname van al het personeel en niet onder de voor hen geldende arbeidsvoorwaarden. Nadien verklaart een andere aanbieder van huishoudelijke hulp genaamd Buurtzorg Nederland, zich wel bereid om middels de op te richten Stichting Familiehulp in geval van faillissement van TSN, het contract met de gemeente over te nemen.

Op 16 maart 2016 gaat TSN failliet. Daarop sluiten de curatoren van TSN met toestemming van de gemeente een overeenkomst met Stichting Familiehulp op grond waarvan Stichting Familiehulp alle rechten en verplichtingen uit hoofde van raamovereenkomst tussen de gemeente en TSN volledig en ongewijzigd overneemt.<sup>7</sup> Branchevereniging BTN, Solace en BiOns maken bezwaar tegen deze gang van zaken en stellen dat de vervanging van de opdrachtnemer kwalificeert als een wezenlijke wijziging en daarom niet zonder nieuwe aanbestedingsprocedure mag plaatsvinden.

De voorzieningenrechter overweegt dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging is gecodificeerd in artikel 72 van de Aanbestedingsrichtlijn, waarin in artikel 1 aanhef en lid 2 is bepaald dat opdrachten en raamovereenkomsten in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kunnen worden gewijzigd wanneer een nieuwe aannemer de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund, vervangt ten gevolge van:

- i) een ondubbelzinnige herzieningsclausule of optie overeenkomstig punt a);
- ii) rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten

gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen (...).”

Hoewel de termijn voor omzetting van de Aanbestedingsrichtlijn verstreek tussen het tijdstip waarop de akte van contractovername werd gesloten en het tijdstip waarop de akte van kracht werd, oordeelt de voorzieningenrechter dat hij gehouden is tot richtlijnconforme interpretatie van de bestaande wetteksten en jurisprudentie. Vervolgens oordeelt de rechter dat, gelet op de tekst van de herzieningsclausule en hetgeen in artikel 72 van de Aanbestedingsrichtlijn is opgenomen, de contractovername van het failliete TSN door Familiehulp toelaatbaar is. Volgens de voorzieningenrechter is namelijk sprake van een rechtsopvolging onder bijzondere c.q. gedeeltelijke titel ten gevolge van insolventie, waarbij Familiehulp aan de eerder vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie voldoet en Familiehulp het contract een-op-een overneemt.<sup>8</sup>

### 3. Advies Commissie van Aanbestedingsexperts

Een aanbestedende dienst organiseert een nationale openbare aanbestedingsprocedure voor het sluiten van vier separate raamovereenkomsten voor de uitvoering van binnenschilderwerk. Naar aanleiding van de aanbesteding heeft de aanbestedende dienst in december 2014 onder andere met onderneming X en Y raamovereenkomsten gesloten.

Bij de aanbestedingsstukken was een conceptraamovereenkomst gevoegd met daarin de volgende bepaling:

“Opdrachtnemer is niet gerechtigd de uit de raamovereenkomst c.q. Nadere Opdrachten voortvloeiende rechten en verplichtingen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Opdrachtgever aan een derde over te dragen. Opdrachtgever kan aan deze toestemming voorwaarden verbinden.”

Op 24 maart 2015 gaat Y failliet. De curator van Y veilt met toestemming van de aanbestedende dienst de opdracht die oorspronkelijk aan Y was gegund onder de andere raamcontractanten. Hij verkoopt de opdracht aan X als hoogste bieder.

Klager in dit geschil had deelgenomen aan de oorspronkelijke aanbesteding maar kwam niet in aanmerking voor het sluiten van een overeenkomst. Hij dient een klacht in bij de Commissie van Aanbestedingsexperts en stelt zich op het standpunt dat de vervanging van de opdrachtnemer niet zonder nieuwe aanbestedingsprocedure mag plaatsvinden.

<sup>7</sup> Wel stelde de gemeente de voorwaarde dat Familiehulp moest voldoen aan de oorspronkelijk gestelde geschiktheidseisen. In de oorspronkelijke aanbesteding waren echter geen geschiktheidseisen van toepassing verklaard en dus leverde deze voorwaarde geen discussie op.

<sup>8</sup> Rb. Overijssel (vzr.) 2 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1948, r.o. 4.12.

De Commissie overweegt dat een vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer kwalificeert als een wezenlijke wijziging, tenzij één van de uitzonderingen zoals beschreven in artikel 72 lid 1 onder d van de Aanbestedingsrichtlijn (geïmplementeerd in artikel 2.163f Aw 2012) van toepassing is. De Commissie is van oordeel dat in het onderhavige geval niet aan de toepassingsvereisten van deze uitzonderingen is voldaan, omdat de vervanging van Y door X geen verband houdt met een herstructurering van de onderneming.<sup>9</sup> Ook een beroep op de herzieningsclausule slaagt volgens de Commissie niet omdat de clausule geen duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige voorwaarden beschrijft met betrekking tot de vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer.<sup>10</sup>

#### 4. Bespreking aan de hand van het juridisch kader

In zowel de uitspraak van de voorzieningenrechter als het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is sprake van i) een opdrachtnemer die gedurende de uitvoering van de aanbestedende opdracht failliet gaat; ii) een soortgelijke herzieningsclausule die iedere rechtsopvolging met toestemming van de aanbestedende dienst toestaat; en iii) de verkoop van de opdracht door de curator aan een derde partij die overigens voldoet aan de geschiktheidseisen. Desondanks komen beide instanties tot een tegengesteld oordeel respectievelijk advies. De voorzieningenrechter acht de verkoop van de overeenkomst op grond van de interpretatie van artikel 72 van de Aanbestedingsrichtlijn toelaatbaar, terwijl de Commissie meent dat dit op grond van deze bepaling en de implementatie daarvan in de Aw 2012 niet geoorloofd is. De vraag is welke interpretatie juist is, waarbij opgemerkt moet worden dat artikel 72 van de Aanbestedingsrichtlijn bij de implementatie in de Aw 2012 inhoudelijk niet is gewijzigd.

##### 4.1 Vervanging opdrachtnemer is een wezenlijke wijziging

Wanneer een nieuwe opdrachtnemer in de plaats komt van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund, is dit in beginsel een wezenlijke wijziging. Dit volgt uit artikel 72 lid 4 sub d van de Aanbestedingsrichtlijn, welke bepaling is geïmplementeerd in artikel 2.163g lid 3 onder d Aw 2012. Het voornoemde uitgangspunt vindt zijn oorsprong in het arrest *Pressetext* waarin het Hof van Justitie oordeelde dat vervanging van de opdrachtnemer gedurende de looptijd van de opdracht in beginsel aangemerkt moet worden als een wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de betrokken overeenkomst.<sup>11</sup> In deze zaak kwam het Hof van Justitie overigens tot de conclusie dat vervanging

van de contactpartner géén wezenlijke wijziging opleverde. De nieuwe opdrachtnemer die door de oorspronkelijke opdrachtnemer werd opgericht gedurende de uitvoering van de overheidsopdracht, was namelijk een 100% dochter (kapitaalvennootschap) van de oorspronkelijke opdrachtnemer die de volledige zeggenschap uitoefende over de nieuwe opdrachtnemer. Daarbij werden de winsten en verliezen door de nieuwe opdrachtnemer overgedragen aan de oorspronkelijke opdrachtnemer en bleef laatstgenoemde, naast de nieuwe opdrachtnemer, hoofdelijk aansprakelijk jegens de aanbestedende dienst. Het Hof van Justitie oordeelde dat onder deze omstandigheden de vervanging geen wezenlijke wijziging oplevert, maar een zuiver interne reorganisatie betreft.

De achterliggende gedachte om vervanging van de opdrachtnemer aan te merken als een wezenlijke wijziging is dat een aanbestedende dienst met een aanbestedingsprocedure beoogt de meest geschikte partij voor de opdracht te vinden. Daarbij speelt de identiteit van de opdrachtnemer een belangrijke rol.<sup>12</sup> Daarnaast rust op de aanbestedende dienst de verplichting om inschrijvers gelijk te behandelen en om een transparante aanbestedingsprocedure te houden.<sup>13</sup> Een tussentijdse wijziging van de opdrachtnemer doet afbreuk aan deze beginselen. Daarom moet de overheidsopdracht in beginsel opnieuw worden aanbesteed wanneer de oorspronkelijke opdrachtnemer wordt vervangen.

Artikel 72 lid 1 sub d, geïmplementeerd in artikel 2.163f Aw 2012, bevat een tweetal uitzonderingen op grond waarvan de oorspronkelijke opdrachtnemer gedurende de overheidsopdracht kan worden vervangen zonder nieuwe aanbestedingsprocedure.

##### 4.2 Uitzondering 1: De ondubbelzinnige herzieningsclausule

De eerste uitzonderingsgrond betreft een in de aanbestedingsstukken opgenomen herzieningsclausule in de zin van artikel 72 lid 1 sub d, onder i Aanbestedingsrichtlijn jo. artikel 72 lid 1 sub a Aanbestedingsrichtlijn, geïmplementeerd in artikel 2.163f onder a Aw 2012 jo. artikel 2.163 c Aw 2012. Deze uitzondering was al voor de inwerkingtreding van de Aanbestedingsrichtlijn aanvaard door het Hof van Justitie.<sup>14</sup> Overigens blijkt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie dat herzieningsclausules niet in alle omstandigheden onverkort gelden. In het *Wall*-arrest oordeelde het Hof van Justitie namelijk dat vervanging van een onderaannemer in uitzonderlijke gevallen een wezenlijke wijziging met zich mee kan brengen, zelfs als er een herzieningsclausule is opgenomen.<sup>15</sup>

9 Commissie van Aanbestedingsexperts 28 februari 2017, advies 323, randnummer 5.6. Dit oordeel wordt verder niet onderbouwd door de Commissie.

10 Commissie van Aanbestedingsexperts 28 februari 2017, advies 323, randnummer 5.9.

11 HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 34.

12 HvJ EG 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 40. Zie ook Hebly & Plas, *T&C Aanbestedingsrecht*, artikel 2.163g Aanbestedingswet 2012, aant. 3.

13 HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 34.

14 Zie HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*), r.o. 118 en HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 40.

15 HvJ EG 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 38-39.

Uit de overwegingen bij de Aanbestedingsrichtlijn volgt dat aanbestedende diensten ook onder het huidige recht geen onbeperkte vrijheid hebben om een opdracht wezenlijk te wijzigen op grond van herzienings- of optieclausules.<sup>16</sup> Daarom worden er in artikel 72 lid 1 sub a van de Aanbestedingsrichtlijn en in artikel 2.163c lid 2 Aw 2012 uitdrukkelijke voorwaarden gesteld aan herzieningsclausules. Deze randvoorwaarden zijn gedeeltelijk gebaseerd op rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>17</sup> Om werking te hebben moeten herzieningsclausules in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige bewoordingen zijn opgesteld, waarbij aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden moet zijn voldaan:

- de clause dient de omvang en de aard van de mogelijke wijzigingen of opties te omschrijven;
- de clause dient de voorwaarden waaronder de herzieningsclausule kan worden gebruikt te omschrijven (hoe en wanneer de wijziging kan worden doorgevoerd);
- de clause mag niet voorzien in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht kunnen veranderen. De algemene aard verandert bijvoorbeeld als een overheidsopdracht voor een werk wordt gewijzigd in een dienst of als een raamovereenkomst wordt omgezet in een opdracht aan één opdrachtnemer.<sup>18</sup>

Uit de herzieningsclausule moet dus blijken wanneer en op welke wijze de oorspronkelijke opdrachtnemer vervangen kan worden. Vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer kan niet gebaseerd worden op een algemeen geformuleerde herzieningsclausule die niet aan de hiervoor beschreven voorwaarden voldoet. Een herzieningsclausule die slechts inhoudt dat iedere rechtsopvolging met toestemming van de gemeente is toegestaan zoals het geval is in de betreffende twee uitspraken, kan ons inziens niet aangemerkt worden als een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige clausule. Laat staan dat deze voldoet aan de voorwaarden in artikel 72 lid 1 sub a van de Aanbestedingsrichtlijn en artikel 2.163c lid 2 Aw 2012. Het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is naar onze mening op dit punt dus juist.<sup>19</sup> Het oordeel van de voorzieningenrechter dat de gemeente de herzieningsclausule niet nader had hoeven te specificeren en dat vervanging van de opdrachtnemer op basis van de beschreven herzieningsclausule is toegestaan, achten wij daarentegen in strijd met de Aanbestedingsrichtlijn en de Aw 2012.<sup>20</sup>

#### 4.3 Uitzondering 2: Herstructurering van de onderneming

De tweede uitzonderingsgrond wordt beschreven in artikel 72 lid 1 sub d onder ii Aanbestedingsrichtlijn en is hiervoor in hoofdstuk 2 reeds geciteerd. In artikel 2.163f Aw 2012 is deze uitzondering als volgt geïmplementeerd:

- “b. rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de aanvankelijke opdrachtnemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, waaronder door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheidseisen, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen als bedoeld in artikel 2.163g, derde lid, in de opdracht meebrengt en dit niet gebeurt met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2 van deze wet.”

Deze uitzonderingsgrond kende het aanbestedingsrecht voorheen niet en biedt in die zin dus een verruiming van de mogelijkheden om de oorspronkelijke opdrachtnemer te vervangen. De achtergrond van deze bepaling blijkt uit de volgende overweging bij de Aanbestedingsrichtlijn:

“De begunstigde inschrijver moet in de loop van de uitvoering van de opdracht, met name wanneer de opdracht aan meer dan één onderneming is toegekend, bepaalde structurele veranderingen kunnen ondergaan, bijvoorbeeld door zuiver interne reorganisatie, overname, fusie en acquisitie of insolventie. Deze veranderingen hoeven niet automatisch tot een nieuwe aanbestedingsprocedure te leiden voor elke opdracht die door deze inschrijver wordt uitgevoerd.”<sup>21</sup>

Uit de letterlijke tekst van de Aanbestedingsrichtlijn en artikel 2.163f Aw 2012 kan worden afgeleid dat vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer alleen mogelijk is in geval van rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel *ten gevolge van herstructurering van de onderneming*. Eén van de voorbeelden die daarbij wordt genoemd is insolventie. Vervanging van de opdrachtnemer wegens insolventie zou dan alleen zijn toegestaan wanneer sprake is van herstructurering van de onderneming.

Het valt echter te betwijfelen of dit de bedoeling is geweest van de Europese wetgever. In het oorspronkelijk voorstel voor de Aanbestedingsrichtlijn van de Europese Commissie staat namelijk de volgende bepaling (artikel 72 lid 3 Aanbestedingsrichtlijn):

“De vervanging van de ondernemer wordt geacht een wezenlijke wijziging te zijn in de zin van lid 1.

De eerste alinea geldt echter niet in het geval van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke ondernemer, ten gevolge van herstructurering of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aan de aanvankelijke criteria voor kwalitatieve selectie, (...)”<sup>22</sup>

In het oorspronkelijke voorstel was vervanging van de opdrachtnemer in geval van rechtsopvolging onder algemene

16 Richtlijn 2014/24/EU, overweging 111.

17 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*), r.o. 118-126.

18 *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 94.

19 De Commissie beschouwt de randvoorwaarden als een uitvloeisel van het transparantiebeginsel.

20 Rb. Overijssel (vzr.) 2 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1948, r.o. 4.11.

21 Richtlijn 2014/24/EU, overweging 110.

22 Europese Commissie, COM(2011)896 def.

of bijzondere titel ten gevolge van insolventie dus mogelijk zonder dat herstructurering van de onderneming daarbij een vereiste was. Uit de parlementaire geschiedenis kan echter niet worden afgeleid of met de herziening van de concepttekst een inhoudelijke wijziging is beoogd, dan wel dat insolventie (door een ongelukkige plaatsing van de komma) per abuis als voorbeeld van herstructurering van de onderneming wordt genoemd.

Ons inziens ligt echter de uitleg dat vervanging van de opdrachtnemer wegens insolventie alleen is toegestaan wanneer sprake is van herstructurering van de onderneming, het meest voor de hand. Het betreft hier immers een uitzondering op de aanbestedingsplicht. Dergelijke uitzonderingen doen afbreuk aan het hoofddoel van de Europese aanbestedingsregels namelijk het openstellen van de markt voor overheidsopdrachten voor onvervalste mededinging. En uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat uitzonderingen op de aanbestedingsplicht restrictief moeten worden uitgelegd.<sup>23</sup>

Daarnaast kan uit de hierboven geciteerde overweging 110 bij de Aanbestedingsrichtlijn worden afgeleid dat de achtergrond van de bepaling is dat de begunstigde inschrijver in de loop van de uitvoering van de opdracht bepaalde structurele veranderingen moet kunnen ondergaan, bijvoorbeeld door insolventie. Dit lijkt er op te duiden dat vervanging van de onderneming in geval van insolventie mogelijk is, wanneer dit plaatsvindt in het kader van een structurele verandering van de oorspronkelijke opdrachtnemer (oftewel een herstructurering).

Voorts ligt deze uitleg ook meer in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie over wezenlijke wijzigingen. Zoals hiervoor besproken volgt uit het *Presstext*-arrest dat vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer geen wezenlijke wijziging is, wanneer het een zuiver interne reorganisatie betreft.<sup>24</sup> De gedachte hierachter is dat materieel geen wijziging van de opdrachtnemer plaatsvindt. In de lijn van deze gedachte ligt het voor de hand dat vervanging in geval van insolventie alleen is toegestaan, indien sprake is van een herstructurering van de oorspronkelijke opdrachtnemer.

Wanneer herstructurering geen vereiste zou zijn, zou dit bovendien betekenen dat iedere partij (die voldoet aan de kwalificaties) een overheidsopdracht zou kunnen verwerven zonder deel te nemen aan de aanbesteding. Dit zou in strijd zijn met het doel van het aanbestedingsrecht.

Evenwel valt ook iets te zeggen voor de uitleg dat herstructurering bij insolventie geen vereiste is, aangezien vanuit de Nederlandse praktijk het lastig voor te stellen is wat de Europese wetgever precies bedoeld kan hebben met her-

structurering van de onderneming door insolventie. Echter, het betreft hier Europese wetgeving, dus het is mogelijk dat deze uitleg wel aansluit bij de praktijk in andere lidstaten.

Wellicht dat Hof van Justitie op dit punt verduidelijking kan geven, maar gelet op het voorgaande gaan wij er vooralsnog van uit dat de letterlijke tekst van de bepalingen moet worden gevolgd en dat rechtsopvolging alleen is toegestaan als gevolg van een herstructurering van de onderneming.<sup>25</sup>

Wat vervolgens moet worden verstaan onder opvolging onder algemene of bijzondere titel *ten gevolge van herstructurering van een onderneming*, is niet duidelijk. In de memorie van toelichting bij de Aw 2012 staat dat gedacht moet worden aan gevallen zoals in het eerder beschreven *Presstext*-arrest waar de vervanging (slechts) betrekking had op een zuiver interne reorganisatie.<sup>26</sup> Kleijn en Ten Cate merken op dat het vereiste van herstructurering suggereert dat sprake moet zijn van een doorstart van de onderneming als geheel en dat daarvan geen sprake is bij de verkoop van losse opdrachten.<sup>27</sup> Ons inziens is duidelijk dat van herstructurering van de onderneming geen sprake is bij de verkoop van losse opdrachten. Bij de verkoop van een losse opdracht kan naar onze mening dan ook geen beroep worden gedaan op artikel 2.163f sub b Aw 2012. In beginsel dient de aanbestedende dienst dan een nieuwe aanbesteding te organiseren. Of bij een doorstart van de onderneming als geheel, sprake is van een herstructurering van de onderneming door insolventie durven wij niet met zekerheid te zeggen. Dit kan er immers ook op neerkomen dat een derde partij die niet heeft deelgenomen aan de aanbesteding, door overname van een insolvente partij de opdracht verkrijgt. Wanneer een dergelijke doorstart echter niet zou worden aangemerkt als een herstructurering van de onderneming, zou dit tot gevolg hebben dat de toepassing van artikel 2.163f Aw 2012 nog beperkter is. In dat geval zou bijvoorbeeld nog gedacht kunnen worden aan de situatie dat binnen een concern één van de ondernemingen failliet gaat, maar dat de werkzaamheden worden overgenomen door bijvoorbeeld de moedermaatschappij. Deze situatie is enigszins te vergelijken met de interne reorganisatie uit het *Presstext*-arrest. In dat geval lijkt in ieder geval sprake te zijn van een (interne) herstructurering door insolventie, maar het is de vraag of de Europese wetgever een beroep op deze bepaling tot deze gevallen heeft willen beperken.

Gelet op het voorgaande achten wij het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts dat vervanging van de

23 Zie o.a. HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13, r.o. 22-23 (*Datenlotsen*) en HvJ EU 13 december 2007, C-337/06, r.o. 64 (*Bayerischer Rundfunk*).

24 HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*).

25 In de meest recente versie van Tekst & Commentaar wordt er ook van uitgegaan dat rechtsopvolging alleen is toegestaan als gevolg van herstructurering, zonder dat hiervoor een andere bron wordt vermeld dan de wettekst zelf (zie Hebly & Plas, *T&C Aanbestedingsrecht*, art. 2.163g Aanbestedingswet 2012, aant. 3). Ook Kleijn en Ten Cate gaan in hun artikel ervan uit dat rechtsopvolging alleen is toegestaan als gevolg van herstructurering.

26 *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, 3, p. 95.

27 P.V. Kleijn & C.R.E. ten Cate, 'Aanbestedingsrechtelijke beperkingen bij een doorstart; bieden de nieuwe Europese richtlijnen uitkomst', *Tvl* 2014/29. Zie ook Hebly & Plas, *T&C Aanbestedingsrecht*, art. 2.163g Aanbestedingswet 2012, aant. 3.

opdrachtnemer bij insolventie niet mogelijk is wanneer geen sprake is van een herstructurering van de onderneming, juridisch beter verdedigbaar. Het oordeel van de voorzieningenrechter is op dit punt te kort door de bocht, nu geen sprake was van een algehele doorstart van TSN door Familiehulp. In zowel het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts als de uitspraak van de voorzieningenrechter, was enkel sprake van de verkoop van een losse opdracht. In dat geval is ons inziens geen sprake van een herstructurering van de onderneming en is een beroep op artikel 2.163f sub b Aw 2012 niet mogelijk.

Overigens moet de nieuwe opdrachtnemer op grond van artikel 2.163f Aw 2012 tevens voldoen aan de oorspronkelijke geschiktheidseisen en dient hij alle wederzijdse rechten en verplichtingen uit de overheidsopdracht op zich te nemen. De nieuwe opdrachtnemer zal dus ook de voor hem ongunstige contractvoorwaarden moeten overnemen omdat anders sprake kan zijn van een onvoorziene wijziging van het economisch evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de nieuwe opdrachtnemer, hetgeen niet is toegestaan. Tot slot mag de vervanging niet tot doel hebben om het aanbestedingsrecht te omzeilen. Deze eisen zullen in de praktijk de mogelijkheden voor een contractovername verder beperken.

Wanneer een aanbestedende dienst instemt met een contractovername vanwege insolventie terwijl niet is voldaan aan de voorwaarden uit artikel 2.163f Aw 2012, is de gewijzigde overeenkomst ten onrechte niet opnieuw aanbesteed. Een dergelijke overeenkomst kan vernietigbaar zijn op grond van artikel 4.15 Aw 2012. Klein en Ten Cate gaan in hun artikel uitgebreid in op de gevolgen voor de curator wanneer een dergelijke overeenkomst wordt vernietigd en de wijze waarop de curator hierop kan anticiperen.<sup>28</sup>

## 5. Conclusie

Vervanging van de opdrachtnemer gedurende de looptijd van de overheidsopdracht is in beginsel een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke opdracht op grond waarvan de opdracht opnieuw moet worden aanbesteed. Op deze aanbestedingsplicht bestaan een aantal uitzonderingen waaronder een in de aanbestedingsstukken opgenomen herzieningsclausule en rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel ten gevolge van de herstructurering van de onderneming. De Aw 2012 stelt aan de herzieningsclausule de voorwaarde dat deze uitdrukkelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is geformuleerd. Wij sluiten ons aan bij het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts dat, anders dan de voorzieningenrechter in de TSN-zaak oordeelde, niet volstaan kan worden met een algemene formulering inhoudende het toestaan van iedere rechtsopvolging onder goedkeuring van de aanbestedende dienst. Voorts achten wij het oordeel van de Commissie van Aan-

bestedingsexperts juridisch beter verdedigbaar dat vervanging van de opdrachtnemer bij insolventie niet mogelijk is wanneer geen sprake is van een herstructurering van de onderneming. Duidelijk is dat van herstructurering van een onderneming geen sprake is bij de verkoop van losse opdrachten. Of bij een doorstart van de onderneming als geheel sprake is van een herstructurering van de onderneming door insolventie of dat de reikwijdte van deze bepaling is beperkt tot interne herstructureringen, durven wij niet met zekerheid te zeggen. In ieder geval is het advies voor curatoren om bij de boedels waarin zich een orderportefeuille bevindt met veel overheidsopdrachten, zorgvuldig na te gaan of het mogelijk is om deze overeenkomsten over te dragen, bijvoorbeeld op grond van een ondubbelzinnige herzieningsclausule. En wanneer hier twijfel over bestaat in een eventuele overnameovereenkomst, een zodanige voorziening te treffen dat de curator niet aansprakelijk kan worden gesteld wanneer de overgenomen overeenkomst wordt vernietigd omdat deze ten onrechte niet is aanbesteed.

<sup>28</sup> P.V. Kleijn & C.R.E. ten Cate, 'Aanbestedingsrechtelijke beperkingen bij een doorstart; bieden de nieuwe Europese richtlijnen uitkomst', *Tvl* 2014/29.