

Voorkomen is beter dan genezen

De invloed van een insolventiesituatie op de aanbestedingsprocedure
en de overeenkomst die daaruit voortvloeit



H.C.H.L.M. (Hayke) Jansma
Afstudeerscriptie

Oirschot, mei 2016

Voorkomen is beter dan genezen

De invloed van een insolventiesituatie op de aanbestedingsprocedure en de overeenkomst die daaruit voortvloeit

Naam	: Hayke Jansma
Studentnummer Avans	: 2067404
Opleiding	: HBO-Rechten
Onderwijsinstelling	: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Onderwijslocatie	: Tilburg
Afstudeerperiode	: 8 februari 2016- 13 mei 2016
Blok	: E3 en E4
Afstudeerorganisatie	: Bureau inkoop en aanbestedingen Zuidoost-Brabant
Afstudeermenor	: Mevrouw LLM. A. Saric
Eerste afstudeer docent	: Mevrouw mr. N. Lavrijssen
Tweede afstudeerdocent	: Mevrouw mr. T. Wielders

Oirschot, mei 2016

Voorwoord

In het kader van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg ben ik in februari begonnen aan mijn afstudeerstage bij Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant. Door deze stage heb ik de kans gekregen mij verder te verdiepen in het rechtsgebied wat mij het meeste aanspreekt, namelijk het insolventierecht.

In overleg met Bizob is de keuze gemaakt om onderzoek te doen naar de invloed van een insolventiesituatie op de aanbestedingsprocedure en de overeenkomst die daaruit voortvloeit. Dit onderwerp gaf mij een extra uitdaging, omdat het aanbestedingsrecht voor mij een onbekend rechtsgebied was. Naar aanleiding van dit onderzoek is er een handboek opgesteld voor de inkoopmedewerkers van Bizob. Dit handboek biedt een handvat voor de inkoopmedewerkers over hoe te handelen in geval van een insolventiesituatie.

Graag wil ik mijn afstudeerdocenten mevrouw Lavrijssen en mevrouw Wielders bedanken voor de begeleiding gedurende mijn afstudeerstage. Daarnaast wil ik de medewerkers van Bizob bedanken voor de fijne periode die ik bij hun heb gehad. In het bijzonder wil ik Anja Saric bedanken voor de begeleiding die zij mij vanuit Bizob heeft gegeven, met name op het gebied van het aanbestedingsrecht en Douwe van de Goorberg voor het aanbieden van deze stage.

Veel leer- en leesplezier!

Hayke Jansma

Oirschot, mei 2016

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen

Samenvatting

1. Inleiding.....	p.15
1.1 De afstudeerorganisatie.....	p.15
1.2 Probleembeschrijving.....	p.15
1.3 Centrale vraag en deelvragen.....	p.16
1.4 Doelstelling.....	p.16
1.5 Verantwoording onderzoekstrategie.....	p.17
1.4 Leeswijzer.....	p.18
2. Het juridisch kader bij verschillende insolventiesituaties.....	p.19
2.1 Het faillissement.....	p.19
2.1.1 Aanvraag en faillietverklaring.....	p.19
2.1.2 Beheer door de curator.....	p.20
2.1.3 Verificatievergadering.....	p.23
2.1.4 Einde faillissement.....	p.25
2.2 Surseance van betaling.....	p.25
2.2.1 Taak bewindvoerder.....	p.26
2.2.2 De procedure tot surseanceverlening.....	p.26
2.2.3 De rechtsgevolgen van de surseance.....	p.26
2.2.4 Einde surseance.....	p.27
2.3 Pre-pack.....	p.28
2.3.1 De gang van zaken bij een pre-pack.....	p.29
2.3.3 Einde pre-pack.....	p.29
2.4 Doorstart.....	p.29
2.4.1 Het nut van een doorstart.....	p.30
2.4.2 Het gevolg van een doorstart op de overeenkomst.....	p.30
2.5 Tussenconclusie.....	p.31
3. Het juridisch kader dat van toepassing is op de aanbestedingsprocedure.....	p.33
3.1 De betekenis van het aanbestedingsrecht.....	p.33
3.2 Toepasselijke wet- en regelgeving.....	p.33
3.3 De ingrediënten van een aanbesteding.....	p.34
3.3.1 Aanbestedingsplichtige diensten.....	p.35
3.3.2 De overheidsopdracht.....	p.35
3.3.3 De geraamde waarde.....	p.35
3.4 De aanbestedingsprocedures voor opdrachten boven de Europese drempelwaarde.....	p.36
3.4.1 Standaardprocedures.....	p.36
3.4.2 Bijzondere procedures.....	p.34
3.5 De aanbestedingsprocedure voor opdrachten onder de Europese drempelwaarde.....	p.39
3.6 Toepasselijkheid procedures.....	p.39
3.7 Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria.....	p.40
3.7.1 Uitsluitingsgronden.....	p.40
3.7.2 Geschiktheidseisen.....	p.40
3.7.3 selectiecriteria.....	p.40
3.7.4 Gunningscriteria.....	p.41
3.8 Tussenconclusie.....	p.41

4. Insolventiesituaties binnen het aanbestedingsrecht.....	p.43
4.1 Bepalingen uit de Europese richtlijn en de Aanbestedingswet.....	p.43
4.2 Bepalingen uit de UAV.....	p.44
4.3 De wezenlijke wijziging.....	p.46
4.3.1 De definitie van een wezenlijke wijziging.....	p.46
4.3.2 Het Presetext-arrest.....	p.46
4.4 Uitzonderingen op het voeren van een nieuwe aanbestedingsprocedure na een wezenlijke wijziging.....	p.47
4.4.1 Vervanging opdrachtnemer.....	p.47
4.4.2 Dwingende spoed.....	p.48
4.4.3 Vervanging van de onderaannemer.....	p.49
4.4.4 In geval van een bestuurlijke aanbesteding.....	p.49
4.5 Het verschil tussen de oude en de nieuwe richtlijn ten aanzien van de wezenlijke wijziging.....	p.50
4.6 Het gevolg van een contractovername in strijd met het aanbestedingsrecht.....	p.50
4.7 Tussenconclusie.....	p.50
 5. De invloed van een insolventiesituatie op de aanbestedingsprocedure en de mogelijkheden van ontbinding van de overeenkomst	 p.53
5.1 Insolventiesituaties bij procedures waarop het volledig aanbestedingsregime van toepassing is.....	p.53
5.1.1 De invloed van een insolventiesituatie vóór een aanbestedingsprocedure.....	p.53
5.1.2 De invloed van een insolventiesituatie tijdens een aanbestedingsprocedure.....	p.54
5.1.3 De invloed van een insolventiesituatie na een aanbestedingsprocedure.....	p.55
5.1.3.1 De invloed van een faillissement of surseance.....	p.55
5.1.3.2 De invloed van een doorstart	p.57
5.1.3.3 De invloed van een pre-pack.....	p.57
5.2 Insolventiesituaties bij procedures waarop het verlicht regime van toepassing is.....	p.57
5.2.1 De invloed van een insolventiesituatie vóór, tijdens en na de aanbestedingsprocedure.....	p.58
5.3 Gronden waarop de overeenkomst ontbonden kan worden.....	p.58
5.3.1 Ontbindingsgronden op grond van de wet.....	p.59
5.3.2 Ontbindingsgronden op grond van de overeenkomst	p.59
5.4 Tussenconclusie.....	p.60
 6. Mogelijke contractuele bepalingen.....	 p.61
6.1 Contractuele bepalingen met betrekking tot een faillissement en surseance van betaling.....	p.61
6.2 Contractuele bepalingen met betrekking tot een contractovername door de doorstartende partij.....	p.62
6.3 Contractuele bepalingen met betrekking tot een pre-pack.....	p.62
6.4 Contractuele bepalingen met betrekking tot sociale en specifieke diensten middels bestuurlijke aanbesteding.....	p.63
6.5 Tussenconclusie.....	p.65

7. Conclusies & aanbevelingen.....	p.67
7.1 Conclusies ten aanzien van het protocol.....	p.67
7.1.1 Belangrijke stappen ten aanzien van het faillissement.....	p.67
7.1.2 Belangrijke stappen ten aanzien van de surseance.....	p.68
7.1.3 Belangrijke stappen ten aanzien van de doorstart.....	p.68
7.1.4 Standaardbrieven.....	p.69
7.2 Conclusies ten aanzien van de huidige overeenkomsten.....	p.69
7.2.1 Bepalingen ten aanzien van werken en leveringen (volledig regime)	p.69
7.2.2 Bepalingen op het gebied van sociaal domein (verlicht regime)	p.70
7.3 Aanbevelingen.....	p.72

Literatuurlijst.....	p.75
-----------------------------	-------------

Bijlagen

- Bijlage 1 Handboek
- Bijlage 2 Huidige protocol
- Bijlage 3 Toepasselijke wet- en regelgeving
- Bijlage 4 Interview Elise Zeelenberg

Lijst van afkortingen

Afl.	Aflevering
Art.	Artikel
ARW	Aanbestedingsreglement Werken
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Aw	Aanbestedinswet
Bizob	Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant
BW	Burgerlijk Wetboek
Fw	Faillissementswet
GHOR	Geneeskundige Hulpverlening Organisatie in de Regio
Gw	Grondwet
HvJ	Eurpees Hof van Justitie
RAV	Regionale Ambulancevoorziening
Rb.	Rechtbank
Recofa	Recofa- richtlijnen voor faillissement en surseance van betaling
Richtlijn 18	2004/18/EG
Richtlijn 24	2014/24/EU
Surseance	Surseance van betaling
TSN	TSN Thuiszorg
UAV	Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten

Samenvatting

Een aanbesteding is het in de markt zetten van een overheidsopdracht. Op de aanbestedingen is het aanbestedingsrecht van toepassing. De overheidsopdracht wordt op de markt gezet middels een aanbestedingsprocedure. Uiteindelijk komt er uit deze procedure één of meerdere ondernemers, met wie een overeenkomst wordt gesloten om de opdracht uit te voeren. In tijden van crisis komt het steeds vaker voor dat de ondernemers aan wie de opdracht is gegund in een insolventiesituatie terecht komen. Er zijn verschillende insolventiesituaties die zich binnen een aanbesteding voor kunnen doen bij de ondernemer. Dit zijn het faillissement, de surseance van betaling, de pre-pack en de doorstart.

De verschillende insolventiesituaties zijn van invloed op de aanbestedingsprocedure en de overeenkomst die daaruit voortvloeit. Als een ondernemer aan wie de opdracht gegund is in een insolventiesituatie verkeert vóór de aanbestedingsprocedure, is de invloed hiervan op de aanbestedingsprocedure beperkt. Een ondernemer die failliet is of jegens wie een surseance van betaling geldt, kan namelijk niet deelnemen aan de aanbestedingsprocedure omdat op hem de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aanbestedingswet (hierna: Aw) van toepassing is. De invloed van een insolventiesituatie tijdens de aanbestedingsprocedure valt over het algemeen ook nog mee. Tijdens een aanbestedingsprocedure geldt nog steeds de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw, waardoor de ondernemer die failliet is of jegens wie een surseance van betaling geldt, moet worden uitgesloten van deelname. Een insolventiesituatie heeft de grootste invloed na de aanbestedingsprocedure. Na de aanbestedingsprocedure wordt er namelijk een overeenkomst gesloten met de ondernemer die als beste naar voren kwam uit de aanbestedingsprocedure. Op basis van die overeenkomst gaat de ondernemer werkzaamheden uitvoeren voor de opdrachtgever. Bij een insolventiesituatie moet naar het insolventierecht en naar het aanbestedingsrecht worden gekeken. Deze verschillende rechtsgebieden spreken elkaar op sommige punten tegen. Zo bepaalt het insolventierecht dat een overeenkomst een overeenkomst blijft en dat een insolventiesituatie in principe geen invloed heeft op de overeenkomst. Een insolventiesituatie is op grond van de Faillissementswet dus niet direct van invloed op de overeenkomst. Vanuit de het aanbestedingsrecht is dit wel het geval. Het aanbestedingsrecht bepaalt namelijk dat er geen sprake mag zijn van een wezenlijke wijziging van de overeenkomst. Bij een insolventiesituatie moet er uiteindelijk een nieuwe contractpartij gevonden worden. Jurisprudentie bepaalt dat er sprake is van een wezenlijke wijziging wanneer de contractpartij wordt vervangen. Op basis van het aanbestedingsrecht moet er dan een nieuwe aanbestedingsprocedure gevolgd worden. Dit is niet gunstig voor de opdrachtgever, omdat dit veel tijd en geld kost.

Het is dan ook belangrijk dat de opdrachtgever beschermd wordt tegen de gevolgen van een insolventiesituatie. Deze bescherming is mogelijk door in de overeenkomsten bepalingen op te nemen die het mogelijk maken om zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure een nieuwe contractpartij te vinden. Voor de bepalingen die opgenomen moeten worden moet onderscheid gemaakt worden op overeenkomsten waarop het volledig regime van toepassing is en overeenkomsten waarop het verlicht regime van toepassing is. Voor werken, leveringen en diensten is het volledig regime van toepassing. Voor sociale en specifieke diensten, zoals hulp bij het huishouden geldt echter een verlicht regime. Bij het volledig regime is de opdrachtgever gebonden aan de mogelijkheden die het aanbestedingsrecht geeft. Bij het verlicht regime is er voor de opdrachtgever veel meer vrijheid, waardoor er ook meer contractuele vrijheid is. Bij het verlicht regime zijn er dus andere bepalingen mogelijk dan bij het volledig regime.

Voor de inkoopmedewerkers is het belangrijk om de invloed van een insolventiesituatie op de aanbestedingsprocedure en de overeenkomst die daaruit voortvloeit goed voor ogen te hebben. Op die manier kunnen zij de opdrachtgever het best van dienst zijn. Om ervoor te zorgen dat de inkoopmedewerkers over voldoende kennis en naslagwerk beschikken, wordt er een handboek opgesteld, waarin verschillende protocollen zijn opgenomen. In dit handboek wordt omschreven welke stappen de inkoopmedewerkers moeten nemen in geval van een insolventiesituatie, zodat zij de gemeente op een juiste wijze kunnen begeleiden.

Hoofdstuk 1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de afstudeerorganisatie waarvoor het onderzoek verricht wordt, geïntroduceerd (paragraaf 1.1). Daarnaast wordt er een onderzoeksformulering gegeven die bestaat uit een probleembeschrijving, centrale vraag, deelvragen en de doelstelling (paragraaf 1.2). Vervolgens bevat dit hoofdstuk een onderzoeksopzet die bestaat uit de onderzoeksstrategieën, bronnen & methoden en de verantwoording (paragraaf 1.3). Tot slot wordt het hoofdstuk afgesloten met een leeswijzer voor de overige hoofdstukken van het onderzoek (paragraaf 1.4).

1.1 De afstudeerorganisatie

Dit onderzoek wordt verricht in opdracht van Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant (hierna: Bizob). In 2003 hebben tien gemeenten op het gebied van inkoop de krachten gebundeld en de stichting Bizob opgericht. De stichting Bizob is één van de eerste gemeentelijke inkoopbureaus van Nederland. Intussen is de stichting actief voor 21 Brabantse gemeenten en voor de veiligheidsregio. De veiligheidsregio is een organisatie waarin brandweer, GHOR (Geneeskundige Hulpverlening Organisatie in de Regio) en RAV (Regionale Ambulancevoorziening) samenwerken om incidenten en rampen te voorkomen, te beperken en te bestrijden.¹ Bizob begeleidt aanbestedingen op het gebied van sociaal domein, openbare ruimte, facilitair en ICT.

Het doel van Bizob is ondersteuning van de professionalisering van de inkoop van de gemeenten. Hoe professioneler er wordt ingekocht, hoe meer er immers valt te besparen. Tevens vertaalt de kwaliteit van inkoop zich direct in de kwaliteit van producten, diensten en werken. Ook heeft deze een direct effect op de beheersing van doorloop- en levertijden, het voorkomen van onverwachte budgetoverschrijdingen en de integriteit van de gemeentelijke organisatie. Integer en efficiënt inkopen heeft een positieve uitstraling naar burgers, het bedrijfsleven en de eigen medewerkers.²

1.2 Probleembeschrijving

Om de kwaliteit op een hoog niveau te houden, is het voor Bizob noodzakelijk om over voldoende kennis te beschikken op verschillende gebieden. In het kader van de aanbestedingen heeft Bizob te maken met bedrijven die zij inschakelt voor de opdrachtgever. De opdrachtgever is in de meeste gevallen de gemeente. Aanbestedingen die Bizob begeleidt zijn bijvoorbeeld leerlingenvervoer, hulp bij het huishouden, begeleiding en andere diverse producten en diensten. Regelmatig komt het voor dat één van de bedrijven waar producten of diensten worden ingekocht in financiële moeilijkheden komt of zelfs failliet gaat. Tijdens een faillissement gaan de alarmbellen bij zowel de opdrachtgever als bij Bizob rinkelen, omdat een insolventiesituatie van invloed kan zijn op de aanbestedingsprocedure of op de overeenkomst die door middel van een aanbestedingsprocedure is gesloten. Bizob wordt op dat moment geconfronteerd met een aantal vragen van voornamelijk de opdrachtgever. Tot op heden is het voor de inkoopmedewerkers van Bizob lastig om deze vragen zo snel mogelijk en op een correcte wijze te beantwoorden. Dit komt omdat er bij de inkopers nog onduidelijkheid is over het insolventierecht in combinatie met het aanbestedingsrecht. De inkopers moeten door die onduidelijkheid telkens navraag doen bij de juristen en dit kost weer extra tijd, die er eigenlijk niet is. Het is voor de inkopers dan ook belangrijk om te weten hoe de verschillende procedures binnen het insolventierecht eruit zien en wat het aanbestedingsrecht voor invloed heeft op deze procedures. Zo kan er worden bepaald wat de bijdrage van Bizob is in een dergelijke procedure en hoe Bizob de opdrachtgever op een juiste manier kan informeren.

¹ 'Zorg voor veiligheid in Brabant-Zuidoost', *Veiligheidsregio Brabant-Zuidoost*, www.veiligheidsregiobrabantzuidoost.nl.

² 'Doel', *Bizob*, www.bizob.nl (zoek op *doel*).

Binnen Bizob is een protocol beschikbaar, waarin is opgenomen hoe men moet handelen bij een faillissement.³ Dit protocol is erg compact en mist op sommige punten belangrijke informatie, zoals informatie over de wijze waarop er met de curator moet worden gecorrespondeerd, de wijze waarop er kan worden voorkomen dat onderaannemers het retentierecht uitoefenen en informatie over de gevolgen wanneer de curator niet binnen acht dagen reageert op de sommatie als bedoeld in artikel 37 Faillissementswet. Tevens mist het protocol belangrijke punten die vanuit de aanbestedingswetgeving van toepassing zijn op het faillissement, zoals wanneer er sprake is van een wezenlijke wijziging of wat de invloed van de insolventiesituatie is op de overeenkomst. Het is voor de inkopers van Bizob lastig om op basis van het huidige protocol concrete stappen te nemen en de vragen op een juiste manier te beantwoorden. Het kost telkens veel tijd om uit te zoeken wat de beste vervolgstap is. Daarbij komt dat het bestaande protocol alleen maar uitgaat van het faillissement. Tegenwoordig wordt er echter ook vaak surseance van betaling aangevraagd, een doorstart gemaakt, of wordt er een stille bewindvoerder aangesteld die nog vóór het faillissement de mogelijkheden voor een doorstart onderzoekt. Bovenstaande situaties brengen een andere procedure met zich mee, waarvan geen protocol beschikbaar is binnen Bizob. De overname komt niet in de opsomming voor. Dit komt omdat een overname in het kader van een faillissementssituatie niet vaak plaatsvindt. Bij een overname is er sprake van een overdacht van de activa en de passiva. Bij een faillissement is er voornamelijk sprake van passiva, waardoor een overname niet aantrekkelijk is. De overname wordt daarom in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.

Bizob zou gezien bovenstaande graag over een handboek beschikken, waaruit meer informatie kan worden gehaald dan uit het huidige protocol. Door middel van dit handboek kan Bizob eenvoudig en snel informatie verschaffen aan de andere partijen, zoals opdrachtgevers en curatoren. Door meer kennis op het gebied van insolventierecht in combinatie met het aanbestedingsrecht, heeft Bizob een betere positie binnen een dergelijke procedure. De communicatie met de opdrachtgever, maar eventueel ook met de curatoren, komt hierdoor tot een hoger niveau.

1.3 Centrale vraag en deelvragen

De vraag die Bizob met dit onderzoek beantwoord wil zien is de volgende:

“Welke aanbevelingen kunnen worden gedaan ter verbetering van het huidige protocol en de huidige overeenkomsten die Bizob hanteert met betrekking tot aanbestedingen indien er sprake is van een Insolventiesituatie bij de opdrachtnemer?”

Om de centrale vraag te beantwoorden moet er eerst antwoord gegeven worden op de volgende deelvragen:

1. Wat zijn de toepasselijke insolventiesituaties voor Bizob en wat is het juridisch kader dat van toepassing is op de deze insolventiesituaties?
2. Wat is het juridisch kader dat van toepassing is op de aanbestedingsprocedure?
3. Wat wordt er binnen het aanbestedingsrecht specifiek bepaald ten opzichte van faillissement, surseance van betaling, pre-pack of doorstart?
4. Welke invloed heeft een faillissement, surseance van betaling pre-pack of doorstart in de praktijk op de aanbestedingsprocedure en wat zijn de mogelijkheden ten aanzien van de ontbinding van de overeenkomst die uit de aanbestedingsprocedure voortvloeit?
5. Zijn er bepalingen die Bizob in de contracten op kan nemen, waardoor de opdrachtgever beter beschermd wordt?

1.4 Doelstelling

Voor 30 mei 2016 zal er een handboek worden opgesteld voor de medewerkers van Bizob en een onderzoeksrapport dat dient ter juridische onderbouwing van dit handboek.

³ Zie bijlage 2 voor het huidige protocol

In het handboek wordt rekening gehouden met zowel het insolventierecht als het aanbestedingsrecht en de invloed van de insolventiesituatie op de overeenkomst.

Door middel van het handboek krijgen de inkoopmedewerkers van Bizob, die de opdrachtgever begeleiden bij het aanbesteden, een betere kennis op het gebied van insolventierecht in combinatie met het aanbestedingsrecht waardoor zij de opdrachtgevers goed kunnen adviseren in de bescherming van de rechten bij de aanbesteding. Het handboek is in bijlage 1 van dit onderzoeksrapport opgenomen.

1.5 Verantwoording onderzoekstrategie

Voor het juridisch kader van het insolventierecht wordt gebruik gemaakt van een onderzoek naar het recht door de toepasselijke wetgeving uiteen te zetten. Hiervoor worden ten aanzien van de insolventiesituatie de Faillissementswet en de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseance van betaling geraadpleegd.

Voor het juridisch kader dat van toepassing is op de aanbestedingsprocedure, wordt gebruik gemaakt van de Aanbestedingswet 2012, Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU (hierna: Richtlijn 24) die medio 2016 in werking treden, het Aanbestedingsbesluit, de Gids Proportionaliteit en de Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (hierna: UAV). Er wordt gebruik gemaakt van de gewijzigde Aanbestedingswet⁴ en Richtlijn 24, omdat deze medio 2016 in werking treden. Op dit moment kan er al een rechtstreeks beroep worden gedaan op enkele bepalingen uit Richtlijn 24 en de verwachting is dat binnen een korte periode Richtlijn 24 volledig geïnterpreteerd is. De oude regelgeving is hierdoor niet meer relevant.

Daarnaast wordt er gebruik gemaakt van literatuur. De literatuur die als bron dient bij het beantwoorden van de centrale vraag is afkomstig van de bibliotheek van de Universiteit Tilburg. Hierdoor zijn de boeken van voldoende niveau en dus vakkundig. Met de keuze van de literatuur is gekeken naar de informatie die gegeven wordt in de boeken en of deze aansluit op het onderzoek. Doordat de boeken goed aansluiten op de te onderzoeken materie is het een efficiënte bron en wordt ook hier efficiënt onderzoek gedaan. Voor de uiteenzetting van het aanbestedingsrecht wordt relatief weinig gebruik gemaakt van literatuur, maar voornamelijk van de website van Pianoo expertisecentrum aanbesteden en van de wettekst. Er wordt niet veel literatuur gebruikt, omdat er nog geen literatuur beschikbaar over de nieuwe wetgeving en de gevolgen daarvan. Voor deze veranderingen zal voornamelijk gekeken worden naar de wetteksten. De artikelen die worden gebruikt voor het beantwoorden van de centrale vraag, zijn afkomstig uit vaktijdschriften en daardoor vakkundig. Tevens worden de artikelen gepubliceerd op Kluwer Navigator, wat een betrouwbare bron is. De artikelen spitsen zich vaak toe op een bepaald leerstuk, waardoor het een efficiënte en effectieve bron is voor het beantwoorden van de centrale vraag.

Daarnaast wordt er gebruik gemaakt van jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie en de Nederlandse Rechtbanken. Bovenstaande bronnen zullen worden toegepast door middel van een inhoudsanalyse.

Om te onderzoeken welke bepalingen er in overeenkomsten opgenomen moeten worden wordt, er gekeken naar het faillissement van TSN Thuiszorg (hierna: TSN) en het advies dat de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (hierna: VNG) hierover heeft gegeven ten aanzien van de bestaande overeenkomsten. VNG heeft in dit advies gegeven op basis van circa 50 overeenkomsten die gesloten zijn tussen TSN en gemeenten. In dit advies worden ook bepalingen besproken die in de overeenkomst van de Bizob-gemeenten met TSN zijn opgenomen en welke in meerdere overeenkomsten worden gehanteerd.

⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, 2.

Daarnaast wordt er gekeken naar de standaardovereenkomsten die Bizob hanteert. Deze overeenkomsten kunnen aangepast worden naar de wens van de opdrachtgever, maar in grote lijnen blijven zij ongewijzigd. Tot slot is er gebruik gemaakt van bestaande basis- en deelopovereenkomsten voor jeugdhulp van diverse gemeenten.

Tevens wordt er met Elise Zeelenberg een interview gehouden over de manier waarop er in de praktijk met een insolventiesituatie wordt omgegaan binnen een aanbesteding. Elise is schrijfster van het artikel “aanbesteden in tijden van crisis” en adviseert Bizob regelmatig wanneer een onderneming in een insolventiesituatie verkeert.

1.6 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 van dit onderzoek wordt een uiteenzetting gegeven van de verschillende procedures binnen het insolventierecht, namelijk: Faillissement, surseance van betaling, pre-pack en doorstart. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 het aanbestedingsrecht uiteengezet. In hoofdstuk 4 wordt de informatie uit beide hoofdstukken samengevoegd en wordt er uiteengezet wat er binnen het aanbestedingsrecht specifiek over een faillissement in de breedste zin van het woord wordt bepaald. Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 een uiteenzetting gegeven van de invloed van een faillissement, surseance, doorstart of pre-pack op een aanbesteding. Tot slot worden er in hoofdstuk 6 conclusies getrokken en in hoofdstuk 7 aanbevelingen gegeven.

Hoofdstuk 2 Het juridisch kader bij verschillende faillissementssituaties

In dit hoofdstuk zal er worden ingegaan op het insolventierecht. Het insolventierecht is met name geregeld in de Faillissementswet (afgekort: Fw). Op grond van de Faillissementswet kent het insolventierecht de procedures faillissement (art. 1 tot en met 213 Fw), surseance van betaling (214 tot en met 283 Fw) en de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen (art. 284 tot en met 361 Fw).⁵ In dit hoofdstuk wordt in het kader van de Faillissementswet enkel ingegaan op het Faillissement (paragraaf 2.1) en de surseance van betaling (paragraaf 2.2). De schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen is op dit onderzoek niet van toepassing, omdat het bij een aanbestedingsprocedure gaat om rechtspersonen en overheidsinstanties. Naast de procedures op grond van de Faillissementswet kent het insolventierecht ook nog de doorstart en de pre-pack. Ook deze procedures zullen in dit hoofdstuk aan bod komen. De pre-pack wordt besproken in paragraaf 2.3. Vervolgens komt in paragraaf 2.4 de doorstart aan bod. Tot slot wordt in paragraaf 2.5 een tussenconclusie getrokken. In onderstaand schema wordt de opbouw van het insolventierecht weergegeven.



Figuur 1: Schema insolventiesituaties

2.1 Het faillissement

Op het faillissement is uiteraard de Faillissementswet van toepassing. Voor de uiteenzetting van het faillissement wordt naast de Faillissementswet tevens gebruik gemaakt van de Recofa-richtlijnen voor faillissement en surseance van betaling (hierna: Recofa). Deze richtlijnen bevatten regels voor de verdere behandeling van faillissementen en surseances van betaling.⁶

Een faillissement kun je opdelen in verschillende fases, namelijk:⁷

1. aanvraag en faillietverklaring;
2. beheer door de curator;
3. opheffing wegens gebrek aan baten;
4. verificatievergadering;
5. einde faillissement door akkoord of vereffening.

Hieronder zullen de belangrijkste fases worden uiteengezet. Op de aanvraag en de faillietverklaring wordt maar kort ingegaan, omdat er in dit onderzoek wordt uitgegaan van de situatie dat er al sprake is van een faillissement. De tweede stap, namelijk het beheer door de curator wordt wel uitgebreid behandeld, omdat hierover veel informatie terug komt in het handboek. De opheffing wegens gebrek aan baten wordt buiten beschouwing gelaten, omdat dit niet vaak voorkomt en dit ook geen gevolgen heeft voor Bizob. Voor stap vier, namelijk de verificatievergadering wordt enkel ingegaan op een aantal belangrijke voorrechten.

2.1.1 Aanvraag en faillietverklaring

Op grond van art. 1 Fw kan de schuldenaar, die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, op eigen aangifte of op die van één of meerdere schuldeisers failliet worden verklaard.

⁵ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 1.

⁶ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 1.

⁷ 'Wat is een faillissement', MKB Servicedesk, www.mkb servicedesk.nl (zoek op *faillissement*).

De faillietverklaring vindt plaats door middel van een gerechtelijk vonnis. In wezen kan dus iedereen die zijn schulden niet betaalt failliet worden verklaard.⁸

Wanneer een rechter van mening is dat de schuldenaar inderdaad in een toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen, zal hij het faillissement uitspreken.⁹

Bij het uitspreken van het faillissement zal de rechtbank een curator aanwijzen (art. 14 Fw jo art. 1.2 onder a en c Recofa). Tevens wordt er bij het vonnis tot faillietverklaring een rechter-commissaris aangesteld (art. 14 Fw).

Nadat het faillissement is uitgesproken, wordt een uitspraak van het vonnis gepubliceerd in de Staatscourant (art. 14 lid 3 Fw jo art. 1.3 onder a Recofa). Tevens wordt het faillissement vermeld in het centraal insolventieregister (art. 19a Fw jo art. 1.3 onder a Recofa).¹⁰ Door middel van deze registratie kan een ieder snel nagaan of een bepaalde persoon of onderneming failliet is. De medewerkers van Bizob dienen bij signalen van een faillissement na te gaan of er daadwerkelijk faillissement is uitgesproken door het insolventieregister te raadplegen.

2.1.2 Beheer door de curator

Na de faillissementsverklaring komt de curator in beeld die de boedel gaat beheren. Een faillissement kun je omschrijven als een algeheel beslag op vrijwel het hele vermogen van de schuldenaar.¹¹ De schuldenaar wordt ook wel de gefailleerde of failliet genoemd. Op grond van art. 20 Fw omvat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring en hetgeen gedurende het faillissement wordt verworven. Om deze reden verliest de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn vermogen (art. 23 Fw). Op grond van art. 68 Fw gaat de bevoegdheid tot het beschikken en het beheren van de boedel over naar de curator.¹² De onbevoegdheid van de schuldenaar en het beheer door de curator gaat in bij de aanvang van de dag waarop het faillissement wordt uitgesproken.¹³ Hieronder ter illustratie een voorbeeld.

Een taxibedrijf gaat op 3 januari om 9:00 failliet. Het faillissement werkt dan terug tot 3 januari om 00:00

Voorbeeld 1: terugwerkende kracht faillissement

Een belangrijk punt voor het beheren van de boedel is dat de curator op grond van art. 14 lid 2 jo art. 99 Fw de bevoegdheid krijgt om de brieven die gericht zijn aan de schuldenaar te openen. Deze bevoegdheid van de curator gaat zelfs zo ver dat alle postbedrijven verplicht zijn alle post die voor de schuldenaar bestemd is aan de curator af te geven.¹⁴ Op het moment dat Bizob contact op wil nemen met de onderneming die failliet is of met de curator, kunnen de brieven te allen tijde gericht worden aan de curator.

Bepalingen die de boedel beschermen

Het uiteindelijke doel van het faillissement is het gehele vermogen van de schuldenaar te gelde te maken en de opbrengst onder de schuldeisers te verdelen.¹⁵ Het is daarom belangrijk om de boedel te beschermen, om te voorkomen dat er minder geld in de boedel zit. Om de boedel te beschermen, bepaalt art. 33 Fw allereerst dat de gelegde beslagen komen te vervallen als gevolg van het faillissement. Dit voorkomt dat schuldeisers die vóór het faillissement beslag hebben gelegd, goederen uit de boedel ontnemen door middel van het beslag.

⁸ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 7.

⁹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 11.

¹⁰ Dit register is te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

¹¹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 2.

¹² Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 2.

¹³ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 2.

¹⁴ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 33.

¹⁵ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 2.

Dit zou namelijk ten kosten komen van de andere schuldeisers en is daarom in strijd met het paritas creditorum dat is bepaald in art. 3:277 Burgerlijk Wetboek (Hierna: BW). Deze term houdt in dat alle schuldeisers gelijk recht hebben, ongeacht het moment waarop ieders vordering is ontstaan.¹⁶

Een tweede bepaling die de boedel beschermt is art. 35 Fw. Hierin wordt bepaald dat indien de schuldenaar een goed heeft verkocht, maar nog niet heeft geleverd, er geen geldige levering meer kan plaats vinden. Het verkochte goed blijft hierdoor in de boedel. Ter illustratie een voorbeeld:

Het taxibedrijf dat failliet is verklaard, verkoopt voor het faillissement een van zijn taxi's aan B. B heeft de auto al wel betaald, maar de auto is nog niet geleverd. 35 Fw bepaalt dat er geen geldige levering meer kan plaats vinden. Het gevolg hiervan is dat het geld van de koopprijs in de boedel valt en dat B een concurrente schuldeiser is.

Voorbeeld 2: Uitleg van art. 35 Fw.

Op art. 35 Fw bestaan echter wel uitzonderingen. Als koper van een roerende zaak wordt men namelijk in sommige gevallen wel beschermd. Kort gezegd houdt deze uitzondering in dat de koper van het goed beschermd wordt wanneer hij op het moment dat het faillissement is uitgesproken nog niet wist dat de onderneming failliet is, omdat dit nog niet bekend is gemaakt. In dit onderzoek is het enkel relevant om te weten dat er op grond van art. 35 Fw geen geldige levering meer plaats kan vinden. In het huidige protocol van Bizob (zie bijlage 2) staat namelijk dat er bij de curator levering van goederen gevorderd kan worden. Dit is op grond van art. 35 Fw in beginsel niet meer mogelijk. Wanneer de situatie van art. 35 Fw zich voordoet binnen, dan is het verstandig dat de inkoopmedewerker contact opneemt met de juristen. De juristen kunnen dan kijken of de uitzondering op art. 35 Fw geldt.

Ten derde bepaalt art. 24 Fw dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan, behalve voor zover de boedel door de verbintenis is gebaat.¹⁷ Aan de hand van onderstaand voorbeeld wordt de werking van art. 24 Fw uitgelegd.

De failliet heeft een taxibedrijf en heeft op 3 januari om 9:00 uur één van zijn taxi's laten bedrukken met reclame van het taxibedrijf. Om 15:00 uur wordt het taxibedrijf failliet verklaard. Door een faillissement raakt de ondernemer het beheer en beschikking over zijn vermogen kwijt. Omdat het faillissement op grond van art. 23 Fw terugwerkt tot 00:00 uur, was de eigenaar om 9:00 uur niet bevoegd om zijn auto te laten bedrukken. Het bedrukken van een auto met reclame is geen noodzakelijke rechtshandeling voor het behoud van de auto. De boedel is daarom niet door de bedrukking gebaat. In dit geval is er dus een vordering ontstaan die niet in het faillissement kan worden verhaald. De bedrukker moet dan ook wachten tot het faillissement ten einde is wil hij zijn

Voorbeeld 3: Werking van art. 24 Fw

Zoals uit het artikel al volgt, wordt er een uitzondering gemaakt voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan, waar de boedel door gebaat is. Ook voor deze situatie wordt hieronder een voorbeeld gegeven.

We gaan ervan uit dat de auto niet bedrukt werd, maar verkocht. De auto werd verkocht voor € 20.000,-, terwijl hij maar € 17.000,- waard was. In dit geval is de boedel er wel bij gebaat en blijft de koopovereenkomst in stand.

Voorbeeld 4: Uitzondering op art. 24 Fw

¹⁶ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 4.

¹⁷ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 31.

De invloed van de faillietverklaring op bestaande overeenkomsten

Vaak heeft een onderneming die failliet wordt verklaard een aantal overeenkomsten. Hierbij kan men denken aan huurovereenkomsten, koopovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten. In de Faillissementswet zijn een aantal artikelen opgenomen die bepalen wat er met een bestaande overeenkomst gebeurt in geval van faillissement. Echter zijn niet voor alle soorten overeenkomsten bepalingen opgenomen in de Faillissementswet. In onderhavig onderzoek zijn de overeenkomst ten behoeve van overheidsopdrachten van toepassing. De arbeidsovereenkomst, huurovereenkomst en de koopovereenkomst worden daarom buiten beschouwing gelaten.

Voor een overeenkomst ten behoeve van een overheidsopdracht is geen specifieke bepaling opgenomen in de Faillissementswet. Indien er een wettelijke regeling ontbreekt, dan moet men er in beginsel van uit gaan dat de faillietverklaring geen invloed heeft op bestaande overeenkomsten.¹⁸ Een bepaling die van belang is op een wederkerige overeenkomst is art. 37 Fw. Een wederkerige overeenkomst is een overeenkomst waarbij tussen partijen over en weer verplichtingen gelden. Zo heeft de ene partij een verplichting tot betaling van bijvoorbeeld de koopsom en de andere partij de verplichting om het goed dat gekocht is te leveren. Het betreft in artikel 37 Fw een wederkerige overeenkomst die ten tijde van de faillissementsverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel of slechts gedeeltelijk niet is nagekomen. In dat geval kan de wederpartij aan de curator een redelijke termijn stellen, waarbinnen de curator moet verklaren of hij de overeenkomst gestand doet.¹⁹ Op grond van lid 2 van art. 37 Fw is de curator verplicht, indien hij de overeenkomst in stand wil houden, bij die verklaring een zekerheid te stellen voor de nakoming. De zekerheidsstelling moet de curator ervan weerhouden om lichtvaardig over de gestanddoening te besluiten. Ook heeft de zekerheidsstelling als doel de wederpartij het vertrouwen te geven dat de curator in geval van gestanddoening ook daadwerkelijk zal nakomen.²⁰ De zekerheid kan op grond van art. 6:51 lid 1 BW in de vorm van een zakelijke zekerheid of een persoonlijke zekerheid worden gegeven. Voorbeelden van een zakelijke zekerheid is een pand- of hypotheekrecht en een voorbeeld van een persoonlijke zekerheid is een bankgarantie.²¹ *“Een bankgarantie is een overeenkomst tussen de begunstigde en de bank. Deze overeenkomst houdt in dat de bank op het eerste schriftelijke verzoek van de begunstigde een afgesproken bedrag uitbetaalt. Deze betaling dient als vergoeding van de schade die de begunstigde lijdt als gemaakte afspraken niet worden nagekomen.”*²² Bij Bizob wordt vaak gebruik gemaakt van de bankgarantie. Door middel van deze bankgarantie kan Bizob namelijk zien of de ondernemer over voldoende financiën beschikt om de kosten van de opdracht te voldoen.

Als aan de curator een redelijke termijn wordt gesteld en hij niet tijdig laat weten of hij de overeenkomst gestand wil doen, dan verliest hij het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen op grond van art. 37 lid 1 Fw.²³ Art. 37 (oud) Fw gaf in de wettekst als termijn acht dagen. In het huidige artikel 37 Fw is deze achtdagentermijn vervangen voor een redelijke termijn. Deze wijziging is doorgevoerd, omdat uit de praktijk bleek dat de termijn van acht dagen vaak te kort was en in spoedeisende gevallen weer te lang.²⁴ Wat een redelijke termijn is hangt af van de omstandigheden van het geval. Volgens de memorie van toelichting bij art. 37 Fw mag er in het algemeen van worden uitgegaan dat degene aan wie een termijn is gesteld waarvan hij meent dat zij niet redelijk is, dit aangeeft bij de wederpartij.²⁵ In het huidige protocol van Bizob, wordt een termijn van acht dagen gehanteerd.

¹⁸ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 40.

¹⁹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 41.

²⁰ Van Zanten 2012, p. 153.

²¹ Van Zanten 2012, p. 155.

²² ‘Bankgarantie’, ING, www.ing.nl (zoek op *bankgarantie*).

²³ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 41.

²⁴ Van Zanten 2012, p. 106.

²⁵ Kortmann & Faber 1995, p. 95.

Als de curator een bezwaar heeft tegen deze termijn, dan dient hij dit aan te geven bij de wederpartij en een andere termijn te stellen.

Verklaart de curator zich niet bereid, dan kan de wederpartij de overeenkomst ontbinden en eventueel aanvullende schadevergoeding vorderen.

Deze vordering tot schadevergoeding levert een concurrente vordering op (art. 37a Fw).²⁶ De ontbinding is overigens niet van rechtswege.²⁷ Wel kan de ontbinding schriftelijk. De overeenkomst eindigt op het moment van de ontbinding. De ontbinding heeft geen terugwerkend kracht. Wel bestaat er een verplichting over en weer tot 'ongedaanmaking' van deze verplichtingen (art. 6:271 BW).²⁸

Tot slot gaat artikel 37 Fw over de situatie waarin beide partijen nog geheel of gedeeltelijk na moeten komen. Het kan echter ook zo zijn dat er maar op een partij een verplichting rust. Bij een overheidsopdracht kan er zowel voor als achteraf betaald worden. Indien de opdrachtgever vooraf betaalt, en de ondernemer gaat failliet voordat hij zijn tegenprestatie heeft verricht, is er geen sprake van een overeenkomst waarbij beide partijen nog na moeten komen. In dat geval is er sprake van een prestatieplicht die rust op de gefailleerde. *"De wederpartij kan de curator dan vragen het contract na te komen en indien hij zich daartoe bereid verklaart, transformeren haar contractuele aanspraken tot boedelschuld."*²⁹ De curator zal in deze situatie niet vaak een bereidverklaring geven, omdat de wederpartij hier geen tegenprestatie tegenover zet. De boedel is hierbij dan niet gebaat. Indien de curator zich niet bereid verklaart, dan kan de vordering enkel ter verificatie worden ingediend (art. 26 jo 110 Fw).³⁰ Binnen Bizob wordt er niet vaak vooraf betaald. Dit wordt enkel gedaan bij een aanbesteding van een werk, wanneer er kostbare materialen moeten worden ingekocht. De werkzaamheden die een ondernemer verricht worden vrijwel altijd achteraf betaald. Wanneer de situatie zich voordoet dat er vooraf is betaald, dan moeten de medewerkers van Bizob er rekening mee houden dat de curator de overeenkomst niet meer zal nakomen.

2.1.3 Verificatievergadering

Nadat de curator een beeld heeft van de boedel en als er voldoende baten aanwezig zijn om de schuldeisers te voldoen, zal er een verificatievergadering worden gepland.

Een verificatievergadering is een vergadering waarbij de schuldeisers hun vordering bij de curator kunnen indienen en eventueel kunnen toelichten.

Binnen een faillissement zijn er verschillende schuldeisers die een vordering in kunnen dienen ter verificatie. De belangrijkste schuldeisers zijn in dit onderzoek de concurrente schuldeiser en de preferente schuldeiser. Allereerst zijn er concurrente schuldeisers. Een concurrente schuldeiser is een schuldeiser die geen voorrang heeft op andere schuldeisers. Een concurrente schuldeiser wordt als laatste uitbetaald in een faillissement. Daarnaast zijn er preferente schuldeisers. Preferente schuldeisers krijgen voorrang boven de concurrente op grond van een voorrangrecht waarover zij beschikken. De belangrijkste voorrangrechten die een preferente schuldeiser uit kan oefenen zijn het recht van reclame, verrekening en retentierecht.³¹ Hieronder wordt ingegaan op deze voorrangrechten.

²⁶ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 41.

²⁷ Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1057, r.o.10.3.2.

²⁸ 'Contractenrecht: Hoe beëindig ik een overeenkomst? Opzegging, ontbinding en vernietiging' Dirkzwager ondernemingsrecht 6 augustus 2014, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl (zoek op *contractenrecht*).

²⁹ Van Zanten 2012, p. 56.

³⁰ Van Zanten 2012, p. 56.

³¹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 73.

Recht van reclame

Het recht van reclame is geregeld in art. 7:39 BW. Dit houdt in dat als een verkoper een roerende zaak al aan de koper geleverd heeft, maar deze nog niet betaald is, de verkoper de roerende zaak als zijn eigendom kan terugvorderen, wanneer betaling van de koopsom uitblijft.³² Wanneer er met succes een beroep kan worden gedaan op het recht van reclame, wordt de koop ontbonden (art. 7:39 BW).³³

Verrekening

Verrekening is geregeld in art. 53 Fw. Dit doet zich voor als de schuldeiser tegelijkertijd ook schuldenaar is ten opzichte van de gefailleerde. De schuldeiser heeft dan nog een vordering op de gefailleerde, maar de gefailleerde heeft ook nog een vordering op de schuldeiser. In dit geval kunnen de vorderingen tegenover elkaar wegvallen.³⁴

De vorderingen moeten dan wel gelijksoortig zijn. Door verrekening heeft de schuldeiser binnen het faillissement een voordeel. Als er geen verrekening plaats zou vinden, dan zou de schuldeiser zijn schuld aan de gefailleerde moeten voldoen bij de curator en zou hij moeten wachten tot hij zijn vordering op de gefailleerde betaald krijgt.³⁵ Belangrijk bij dit leerstuk is dat de vorderingen op de failliet evenals de schulden aan de failliet nog niet opeisbaar hoeven te zijn. Wel moeten beide vorderingen vóór faillissement zijn ontstaan en voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht.³⁶

Het retentierecht

Het retentierecht is vervolgens geregeld in art. 60 Fw. Het retentierecht wordt uitgelegd aan de hand van onderstaand voorbeeld.

Van het taxibedrijf is een van de auto's kapot gegaan en staat bij de garage ter reparatie. Terwijl de auto zich daar bevindt gaat het taxibedrijf failliet. De garage hoeft in dit geval de auto niet af te staan, wanneer de vordering nog niet is voldaan. De vordering is hier het betalen van de rekening voor de reparatie. Deze rekening moet dus eerst betaald worden, voordat de auto teruggegeven moet worden. De garage oefent dus het retentierecht uit door de auto van de failliet onder zich te houden.

Voorbeeld 5: De werking van het retentierecht

In vervolgstap twee van het huidige protocol (zie bijlage 2) wordt vermeld dat de stand van zaken moet worden vastgelegd, eigendom moet worden gekenmerkt en de bouwplaats moet worden verzegeld om te voorkomen dat onderaannemers het retentierecht uitoefenen. Dit is een belangrijke stap om te ondernemen.

Indien een onderaannemer een retentierecht uitoefent kan dat namelijk gevolgen hebben voor de opdrachtgever. *“De onderaannemer heeft een vordering op de opdrachtnemer, maar oefent een retentierecht uit op een zaak die meestal het eigendom is van de opdrachtgever. Het kan in het ergste geval zelfs zo zijn dat de onderaannemer zich uiteindelijk verhaalt op de eigendommen van de opdrachtgever, terwijl de opdrachtgever niets aan de onderaannemer verschuldigd is en mogelijk zelfs al voor de werkzaamheden van de onderaannemer heeft betaald.”*³⁷ Voor de onderaannemer is het uitoefenen van retentierecht een goede manier om toch nog betaling te ontvangen, indien jegens de opdrachtnemer een insolventiesituatie geldt. Voor de opdrachtgever is dit echter een situatie die dient te worden voorkomen.³⁸

³² Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 73.

³³ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 73.

³⁴ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 73.

³⁵ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 73.

³⁶ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 75.

³⁷ Uitoefening retentierecht door de aannemer op het bouwwerk', *Blenheim Advocaten*, www.blenheim.nl (zoek op *retentierecht*).

³⁸ 'Uitoefening retentierecht door de aannemer op het bouwwerk', *Blenheim Advocaten*, www.blenheim.nl (zoek op *retentierecht*).

De opdrachtgever als schuldeiser

De opdrachtgever is bij een aanbesteding de gemeente. In de meeste gevallen betaalt de gemeente achteraf voor de werkzaamheden die verricht zijn. In dat geval is de gemeente geen schuldeiser, maar een schuldenaar binnen het faillissement. De failliet heeft dan namelijk nog iets te goed van de gemeente. In enkele gevallen wordt er vooraf betaald. Dit is bijvoorbeeld het geval bij werken waarbij de aannemer kostbare materialen aan moet schaffen. Wanneer er vooraf betaald is, maar de werkzaamheden zijn nog niet uitgevoerd op het moment van faillissement, dan is er sprake van een prestatieplicht die rust op de gefailleerde. Eerder in dit hoofdstuk is besproken dat de gemeente dan aan de curator kan vragen of hij het contract na wil komen. Als de curator hiertoe bereid is, dan transformeren haar contractuele aanspraken tot boedelschuld. De gemeente is dan een boedelschuldeiser. Een boedelschuldeiser staat wel hoog in de rangorde van schuldeisers, waardoor zij in dat geval wel voorrang krijgt. Indien de curator zich niet bereid verklaart, dan kan de vordering enkel ter verificatie worden ingediend (art. 26 jo 110 Fw). In dat geval is de gemeente een concurrente schuldeiser.

De verificatie van de vorderingen

Omdat de curator het beheer en de beschikking heeft over de boedel, moeten de schuldeisers bij hem de vorderingen ter verificatie indienen. Enkel de concurrente schuldeisers en de schuldeisers met een voorrecht moeten hun vordering indienen ter verificatie. De separatisten en de boedelschuldeisers hoeven dit dus niet.³⁹ Verificatie houdt in dat de schuldeisers hun vorderingen bij de curator melden. Op grond van art. 108 Fw bepaalt de rechter-commissaris de dag waarop de vorderingen uiterlijk moeten worden ingediend. Op grond van artikel 110 Fw wordt een vordering ingediend door overlegging van een rekening of schriftelijke verklaring, worden de aard en het bedrag van de vordering vermeld en bevat de indiening bewijsstukken. Tevens moet de schuldeiser bij de indiening van zijn vordering aangeven of hij aanspraak maakt op een voorrangrecht. Als de vordering ter verificatie wordt ingediend, dan wordt onderzocht of de vordering inderdaad bestaat en of de schuldeiser recht heeft op de vordering.⁴⁰ De curator checkt de vorderingen aan de hand van de administratie van de schuldenaar en treedt bij bezwaar in overleg met de schuldeiser (art. 111 Fw).

2.1.4 Einde faillissement

Als alle fases zijn doorlopen komt er een eind aan het faillissement. Een faillissement kan op verschillende manieren aan een einde komen. De faillissementsverklaring kan worden vernietigd (art. 15 Fw), het faillissement kan worden opgeheven (art. 16 Fw), het faillissement kan vereenvoudigd worden afgewikkeld (art. 137a e.v. Fw), er kan een akkoord worden gesloten of er vindt vereffening plaats.⁴¹

Allereerst kan een faillissement worden opgeheven wegens gebrek aan baten. Een faillissement wordt opgeheven, indien er niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten (art. 16 Fw). Indien er binnen drie jaar opnieuw aanvraag tot faillissement wordt gedaan, is de schuldenaar of de aanvrager verplicht aan te tonen dat er voldoende baten aanwezig zijn om in de kosten van faillissement te voldoen (art. 18 Fw).

Ten tweede kan een faillissement vereenvoudigd worden afgewikkeld. Een vereenvoudigde afwikkeling vindt plaats wanneer er niet voldoende baten beschikbaar zijn om daaruit de concurrente schuldeisers geheel of gedeeltelijk te voldoen (art. 137a Fw). De afhandeling van de concurrente vorderingen blijft dan achterwege.

Ten derde kan er nog een akkoord gesloten worden tussen de failliet en zijn schuldeisers. *“Dit akkoord kan gezien worden als een overeenkomst, waarin wordt afgesproken op welke wijze de schuldeisers voldoening van hun vorderingen krijgen.”*⁴²

³⁹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 93.

⁴⁰ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 93.

⁴¹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 103.

⁴² Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 103.

Tot slot kan er, indien er geen akkoord is aangeboden of het akkoord is verworpen, een vereffening plaatsvinden. De boedel verkeert dan van rechtswege in staat van insolventie (art. 173 Fw). Bij vereffening gaat de curator de boedel te gelde maken en de opbrengst verdelen onder de schuldeisers. Bij deze verdeling wordt uiteraard rekening gehouden met de rangorde van de schuldeisers.⁴³

2.2 Surseance van betaling

Op de surseance van betaling is tevens de Faillissementswet van toepassing. Voor de uiteenzetting van de surseance van betaling wordt naast de Faillissementswet tevens gebruik gemaakt van de Recofa-richtlijnen voor faillissement en surseance van betaling.

Naast de faillietverklaring kan de schuldenaar, die voorziet dat hij niet al zijn schulden kan blijven betalen, een surseance van betaling (hierna: surseance) aanvragen (art. 214 Fw). De surseance is in wezen een voorstadium van het faillissement, waarbij de schuldenaar over een bepaalde termijn niet verplicht is om zijn schulden te betalen. De schuldenaar krijgt hierdoor de mogelijkheid om alle zaken weer op orde te stellen. De schuldenaar krijgt eigenlijk een uitstel van betaling. Alleen rechtspersonen en natuurlijke personen die een bedrijf of beroep uitoefenen, kunnen in aanmerking komen voor een surseance (art. 214 lid 4 Fw). Het doel van de surseance is het behoud van de boedel en eventueel de voortzetting van het bedrijf.⁴⁴

2.2.1 Taak bewindvoerder

De taak van een bewindvoerder is op grond van art. 215 lid 2 Fw om samen met de schuldenaar het beheer over zijn zaken te voeren. *”In de praktijk komt die taak er meestal op neer dat de bewindvoerder op korte termijn onderzoekt of de schuldenaar voldoende levensvatbaar is om de voorlopige surseance definitief te krijgen, of dat deze moet worden omgezet in een faillissement.”*⁴⁵ Daarnaast maakt hij een staat van de boedel op aan de hand van een staat van baten en lasten, beoordeelt hij de crediteurenlijst en verleent machtigingen voor het handelen van de schuldenaar. ⁴⁶Tot slot brengt de bewindvoerder telkens na verloop van drie maanden verslag uit over de toestand van de boedel (art. 227 Fw).

2.2.2 De procedure tot surseanceverlening

De aanvraag van de surseance geschiedt middels een verzoekschrift dat is ondertekend door de schuldenaar en een advocaat (art. 214 Fw). De schuldenaar is echter niet verplicht tot het aanvragen van een surseance. Hij kan hiertoe ook niet gedwongen worden.⁴⁷

Na de aanvraag gaat de rechtbank het verzoek beoordelen. De rechtbank zal op grond van art. 215 lid 2 Fw de surseance voorlopig verlenen en een of meer bewindvoerders benoemen om samen met de schuldenaar het beheer over zijn zaken te voeren. Tot slot wordt de verlening van de surseance ingeschreven in het openbaar register en in het centraal register (art. 22a en 22b Fw).⁴⁸

2.2.3 De rechtsgevolgen van de surseance

Allereerst verliest de schuldenaar niet het gehele beheer en beschikking over zijn vermogen, maar moet hij de medewerking van de bewindvoerder hebben voor het verrichten van rechtshandelingen.⁴⁹ Als er zonder de toestemming van de bewindvoerder wordt gehandeld, is de boedel hiervoor niet aansprakelijk, tenzij de boedel daarbij gebaat is. Dit komt dus overeen met het faillissement.

⁴³ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 108.

⁴⁴ Wessels 2014, p. 2.

⁴⁵ Wessels 2014, p. 30.

⁴⁶ Wessels 2014, p. 30.

⁴⁷ Wessels 2014, p. 22.

⁴⁸ Het centraal register is te raadplegen op www.rechtspraak.nl.

⁴⁹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 130.

Een handeling met de medewerking van de bewindvoerder levert voor de schuldeiser een boedelvordering op. Dat de boedel niet aansprakelijk is voor een handeling zonder toestemming van de bewindvoerder is niet het enige gevolg dat kan intreden voor deze handeling. Op grond van art. 242 Fw kan de surseance worden ingetrokken of kan een strafrechtelijk sanctie worden opgelegd (art. 442 Wetboek van Strafrecht).⁵⁰

Een tweede gevolg van de surseance is dat de schuldenaar op grond van art. 230 Fw niet tot betaling van de schulden kan worden genoodzaakt. In dit artikel wordt tevens bepaald dat de executies worden geschorst en de beslagen vervallen. Een surseance geldt niet ten aanzien van de preferente vorderingen.⁵¹

Tot slot geldt ook bij een surseance paritas creditorum. Dit blijkt uit art. 233 Fw, waarin wordt bepaald dat betalingen van schulden aan alle schuldeisers gezamenlijk en naar evenredigheid van hun vordering plaatsvindt.

Gevolgen van de overeenkomst bij een surseance van betaling

Ook een surseance kan van invloed zijn op de overeenkomst die de failliet met een andere partij heeft gesloten. Bij een surseance geldt eigenlijk dezelfde regeling als bij een faillissement, alleen is deze regeling opgenomen in art. 236 Fw en niet in art. 37 Fw. Op grond van art. 236 Fw kan de wederpartij in geval van een wederkerige overeenkomst die door zowel de schuldenaar als door haar niet is nagekomen aan de schuldenaar en de bewindvoerder een redelijke termijn stellen, waarin zij aan moeten geven of zij de overeenkomst gestand willen doen. Ook bij een surseance moeten de schuldenaar en de curator een zekerheid stellen als zij de overeenkomst gestand willen doen (art. 236 lid 2 Fw). Reageren de schuldenaar en de curator niet binnen de gestelde termijn, dan verliezen zij het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen. Het verschil met art. 37 Fw is dat bij art. 236 Fw sprake is van een redelijke termijn met betrekking tot zowel de schuldenaar als de curator. Bij art. 37 Fw geldt de redelijke termijn alleen voor de curator. Dit verschil is natuurlijk te verklaren door het gegeven dat bij een faillissement de failliet het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest en bij een surseance dit alleen wordt beperkt.

2.2.4 Einde surseance

Een surseance kan op verschillende manieren tot een eind komen. Allereerst kan de surseance in opdracht van de rechter-commissaris, op verzoek van de bewindvoerders of één of meer schuldeisers of ambtshalve door de rechtbank worden ingetrokken.⁵²

Dit kan op de gronden die genoemd worden in art. 242 Fw, bijvoorbeeld wanneer de schuldenaar gedurende de loop van de surseance zich aan kwade trouw schuldig maakt of als hij in strijd handelt met art. 228 lid 1 Fw. Ook de schuldenaar is bevoegd tot intrekking van de surseance te verzoeken, op de voorwaarde dat de toestand van de boedel hem weer in staat stelt zijn betaling te hervatten (art. 247 lid 1 Fw).

Ten tweede kan er bij een surseance ook een akkoord gesloten worden. Op grond van art. 273 Fw is het akkoord alleen bindend voor de schuldeisers jegens wie de surseance werkt. Voor de aanneming van het akkoord wordt vereist dat er een gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en toegelaten schuldeisers, die tezamen ten minste de helft van het bedrag van de erkende en toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen voor het akkoord stemmen (artikel 268 Fw). Nadat het akkoord wordt aangenomen, vindt er homologatie van het akkoord plaats door de rechter (art. 271 Fw). De rechtbank zal de homologatie weigeren om de in art. 272 Fw lid 2 genoemde redenen. Als de homologatie wordt geweigerd, dan kan in dezelfde beschikking de schuldenaar failliet worden verklaard.

⁵⁰ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 131.

⁵¹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 131.

⁵² Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 136.

Ten derde kan de surseance worden omgezet in een faillissement. Art. 248 Fw bepaalt dat een faillietverklaring gedurende surseance niet zonder meer kan worden verzocht. Een faillissement kan worden uitgesproken op grond van art. 272 Fw, omdat de rechtbank de homologatie van het akkoord weigert. Daarnaast kan het faillissement worden uitgesproken op grond van art. 277 Fw, omdat het akkoord wordt geweigerd. Tot slot kan de schuldenaar failliet worden verklaard op grond van 280 Fw, wanneer het akkoord wordt ontbonden. Als een faillissement is uitgesproken op een van bovenstaande gronden, dan kan er binnen het faillissement geen akkoord meer worden aangeboden. Er is immers al een akkoord gedaan bij de surseance en deze is niet geslaagd.

Tot slot kan een surseance verlopen, omdat de termijn is verstreken en verlenging niet meer nodig is. De schuldenaar is dan weer in staat om zijn schulden te betalen.⁵³

2.3 Pre-pack

Voor de pre-pack is er nog geen wettelijke regeling in de Nederlandse wetgeving. Er is in juni 2015 wel een Wetsvoorstel Continuïteit ondernemingen I gedaan, maar dit is nog niet in werking getreden. Er zijn tot op heden dus nog geen bepalingen die weergeven hoe een pre-pack moet voorlopen. Deze regels blijken uit de praktijk en worden straks in de wet gecodificeerd.

Door middel van een pre-pack krijgt een bedrijf de kans om na faillissement in een snel tempo een doorstart te maken. De schuldenaar kan bij de rechtbank een verzoek doen om een stille bewindvoerder toe te kennen. Deze kan dan nog vóór het faillissement onderzoeken of er een doorstart mogelijk is.⁵⁴ De overdracht van de activa van de onderneming wordt reeds voor faillissement in stilte voorbereid, zonder de schuldeisers te raadplegen en beperkt tot een aantal serieuze kandidaat-kopers onder oplegging van een geheimhouding.⁵⁵ Dit voorkomt de chaos die bij een faillissement wordt veroorzaakt, waardoor er snel kan worden gehandeld, wat de kansen op een succesvolle doorstart vergroot.⁵⁶

Voordelen die de pre-pack met zich mee brengt zijn een gestructureerde en doelmatige afwikkeling van het faillissement, het tegengaan van waardeverlies door negatieve publiciteit, behoud van werkgelegenheid en de realisatie van een doorstart direct na faillissement.⁵⁷

Naast de voordelen kent een pre-pack ook nadelen. *“Zo heeft de beoogd curator geen bevoegdheden zonder instemming van de schuldenaar. De stille bewindvoerder is daarnaast in zijn informatiebehoefte aangewezen op de schuldenaar. Ook ligt misbruik op de loer om goedkoop van het personeel af te komen. Tot slot kan concurrentievervalsing in de hand worden gewerkt, zeker in gevallen waarbij de doorstart met een gelieerde partij wordt beklonken.”*⁵⁸

Ondanks het feit dat er geen wettelijke regeling is voor de pre-pack, dient de curator bij een pre-pack niet alleen rekening te houden met de belangen van de schuldeisers en de gefailleerde, maar ook met de belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid. Het doel van de pre-pack is een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren voor de schuldeisers.⁵⁹

De pre-pack geldt in beginsel voor een periode van twee weken, maar er is een mogelijkheid om deze te verlengen indien dit het belang van de schuldeisers dient.⁶⁰

⁵³ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 108.

⁵⁴ Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 2.

⁵⁵ Van Apeldoorn, *TvI* 2012/17, p. 1.

⁵⁶ Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47, p.1.

⁵⁷ Mulder, *TvI* 2015/5, p. 1.

⁵⁸ Mulder, *TvI* 2015/5, p. 1.

⁵⁹ Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 2.

⁶⁰ Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 3.

2.3.1 De gang van zaken bij een pre-pack

*“Bij het verzoek tot aanstelling van een beoogd curator zal de rechtbank derhalve dienen te toetsen of lopende en nieuwe verplichtingen kunnen worden nagekomen. Mocht blijken dat er onvoldoende financiering is, dan zal het verzoek afgewezen dienen te worden. Als de pre-pack wel wordt toegekend moet de beoogde curator vervolgens nagaan of de schuldenaar over voldoende middelen of financiering beschikt om de bedrijfsvoering voort te kunnen zetten zonder schade aan derden te berokkenen.”*⁶¹ Als dit het geval is, dan gaat de stille bewindvoerder de markt verkennen en op zoek naar een kandidaat voor de doorstart. Wanneer deze kandidaat gevonden is, wordt er een faillissement aangevraagd, waarna er binnen een korte periode een doorstart plaats kan vinden.

De pre-pack moet men niet verwarren met de surseance. Bij een surseance wordt er een bewindvoerder aangesteld, die samen met de schuldenaar orde op zaken moet brengen om een faillissement te voorkomen. Bij een pre-pack is het onvermijdelijk dat er een faillissement wordt uitgesproken. Het doel is echter om voor dit faillissement de mogelijkheden voor een doorstart al duidelijk te hebben, waardoor de doorstart sneller doorlopen kan worden en ook een grotere kans van slagen heeft.

2.3.2 Einde pre-pack

Een pre-pack duurt in beginsel maar twee weken. Na deze termijn wordt er veelal een faillissement aangevraagd, waarna een doorstart plaatsvindt.

2.4. Doorstart

In de Nederlandse wetgeving is geen enkele definitie voor een doorstart opgenomen. Ook zijn nergens regels gesteld ten aanzien van een doorstart.

*“Onder een doorstart wordt verstaan het voortzetten van de onderneming of een deel ervan na de faillietverklaring.”*⁶² De onderneming wordt dan vaak geheel of gedeeltelijk verkocht en voortgezet in een andere rechtspersoon. Het kan echter ook zo zijn dat een onderneming na een akkoord kan blijven bestaan. Ook dan is er sprake van een doorstart.⁶³

Een doorstart is mogelijk als er sprake is van een rechtspersoonlijke onderneming, zoals een besloten vennootschap (hierna: bv) of een naamloze vennootschap (hierna: nv). Een doorstart is iets anders dan een overgang van onderneming, ook wel overname genoemd. Bij een overgang van onderneming moet er sprake zijn van behoud van identiteit. De onderneming moet zijn identiteit zodanig behouden in het economisch verkeer dat gezegd kan worden dat er sprake is van een overgang in continuïteit.⁶⁴

Bij een doorstart is er geen sprake van eenzelfde onderneming. Bij een doorstart is de onderneming in staat van faillissement verklaard, waarna er een doorstart plaatsvindt. Bij een doorstart wordt een deel van het kapitaal, namelijk de schulden (passiva) achtergelaten en gaat men verder met het kapitaal wat onaangetast is (activa). Hierdoor is er geen sprake van dezelfde onderneming die wordt voortgezet.⁶⁵ Een overname vindt in het kader van een faillissementverklaring nooit plaats en zal daarom buiten beschouwing worden gelaten.

Een doorstart vindt altijd plaats nadat er faillissement is uitgesproken. Het kan dus zijn dat er in eerste instantie faillissement is uitgesproken en dat er gedurende het faillissement is onderzocht of er de mogelijkheid is om een doorstart te maken. Het kan ook zo zijn dat er vóór het faillissement al een pre-pack is geweest, waardoor er gelijk nadat het faillissement is uitgesproken een doorstart plaatsvindt.

⁶¹ Mulder, *TvI* 2015/5, p. 3.

⁶² Deterink e.a. 2008, p. 1.

⁶³ Deterink e.a. 2008, p. 1.

⁶⁴ Deterink e.a. 2008, p. 99.

⁶⁵ Deterink e.a. 2008, p. 101.

2.4.1 Het nut van een doorstart

Men moet zich afvragen in hoeverre een doorstart zinvol is. *“Het faillissement van een onderneming is in wezen een saneringsproces. Wat niet rendabel functioneert moet verdwijnen.”*⁶⁶ Men kan zeggen dat het staande houden van een bedrijf dat de concurrentiestrijd heeft verloren, niet zinvol is.⁶⁷

Daarentegen heeft een doorstart ook voordelen. Allereerst zorgt een doorstart voor meer behoud van werkgelegenheid. Bij een doorstart vindt vaak een reorganisatie plaats, waardoor niet alle werknemers hun baan behouden. Wel kunnen meer mensen hun baan behouden dan bij een faillissement. Ten tweede leidt een doorstart tot minder kapitaalvernietiging. Onder kapitaalvernietiging wordt bedoeld dat de activa van de onderneming minder waard worden door geforceerde verkoop.⁶⁸ Tot slot leidt een doorstart tot een betere betaling van de schulden van de onderneming.

2.4.2 Het gevolg van een doorstart op de overeenkomst

Ook een doorstart kan van invloed zijn op de overeenkomsten die de failliet met een andere partij heeft gesloten. De failliet wordt immers vervangen door een andere onderneming en dit gaat niet zomaar. Er moet dan namelijk een contractovername plaatsvinden door de doorstartende partij. Voor een contractovername geldt de algemene bepaling van contractovername (art. 6:159 BW).

In de uitspraak van de rechtbank Groningen⁶⁹ wordt duidelijk weergegeven wat de vereisten voor een geldige contractovername in de zin van art. 6:159 BW zijn. In deze uitspraak ging het over twee privaatrechtelijke rechtspersonen die samen een overeenkomst hebben gesloten. De opdrachtnemer ging failliet en maakte een doorstart. Bij deze doorstart is de orderportefeuille overgenomen door de doorstartende partij. Volgens de curator was de doorstartende partij bereid het werk uit te voeren en de curator stemde er mee in dat het werk rechtstreeks door de doorstartende partij werd uitgevoerd. De vraag die centraal stond was of er door de verklaring van de curator een geldige contractovername op grond van art. 6:159 lid 1 BW heeft plaatsgevonden.⁷⁰

In deze uitspraak is bepaald dat er voor contractovername voldaan moet worden aan de eisen van 6:159 BW. Dit betekent dat een partij bij een overeenkomst haar rechtsverhouding met de wederpartij met toestemming van de wederpartij kan overdragen aan een derde, bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte. In het geval van een doorstart moet dus de failliet samen met degene die het contract overneemt een akte opstellen, waaruit de toestemming van de failliet, de wederpartij en de gene die het contract overneemt duidelijk uit blijkt.⁷¹ Is er aan een van deze eisen niet voldaan, dan is er geen sprake van contractovername en kan de wederpartij de overnemende partij niet aanspreken op de nakoming van het werk. In onderhavige casus moet dus uit de akte de toestemming van de curator en de doorstartende partij blijken. De toestemming van de doorstartende partij ontbreekt echter, waardoor er geen geldige contractovername tot stand is gekomen.⁷²

In het kader van aanbestedingen van overheidsopdrachten, is voor contractovername het aanbestedingsrecht van toepassing in plaats van het Burgerlijk Wetboek.

⁶⁶ Deterink e.a. 2008, p. 106.

⁶⁷ Deterink e.a. 2008, p. 106.

⁶⁸ Deterink e.a. 2008, p. 5.

⁶⁹ Rb. Groningen (vrz.) 28 december 20011, ECLI:RBGRO:2011:BU9962.

⁷⁰ ‘Schriftelijke toestemming & contractovername’, *Tevi-advocaten*, www.trevi-advocaten.nl (zoek op *contractovername*).

⁷¹ Rb. Groningen (vrz.) 28 december 20011, ECLI:RBGRO:2011:BU9962.

⁷² ‘Schriftelijke toestemming & contractovername’, *Tevi-advocaten*, www.trevi-advocaten.nl (zoek op *contractovername*).

Het gaat immers om een overheidsopdracht die wordt aanbesteed door een overheidsinstantie aan een rechtspersoon. Art. 6:159 BW heeft betrekking op een contractovername tussen rechtspersonen. Omdat het aanbestedingsrecht een grote rol speelt binnen de contractovername, ziet de procedure die gevolgd moet worden er anders uit. Hoe een contractovername plaatsvindt in het kader van een aanbesteding van een overheidsopdracht wordt in hoofdstuk 4 besproken.

2.5 Tussenconclusie

Er zijn verschillende insolventiesituaties die zich voor kunnen doen binnen een aanbesteding, namelijk het faillissement, de surseance van betaling, de pre-pack en de doorstart. Het faillissement is een belangrijke insolventiesituatie in dit onderzoek. Door het faillissement worden namelijk de werkzaamheden stilgelegd, waardoor de opdracht niet meer uitgevoerd kan worden. Bij een faillissement moet er dan ook meteen gehandeld worden door de medewerkers van Bizob. Ten aanzien van het faillissement is art. 37 Fw het belangrijkste artikel in het kader van dit onderzoek. Op grond van art. 37 Fw kan aan de curator gevraagd worden of hij de overeenkomst gestand doet of niet.

Ten aanzien van de surseance is art. 236 Fw belangrijk voor dit onderzoek. Dit artikel bepaalt eigenlijk hetzelfde als art. 37 Fw, namelijk of de bewindvoerder en de schuldenaar overeenkomst gestand doen of niet. Verder is de surseance minder van invloed op een aanbesteding. De werkzaamheden worden namelijk voortgezet, waardoor er niet direct gehandeld hoeft te worden.

De pre-pack is een insolventiesituatie die nog niet zo bekend is. Binnen de aanbestedingen komt het wel steeds vaker voor, waardoor het wel belangrijk is deze situatie kort aan te stippen. De invloed van een pre-pack kan vrij groot zijn op een aanbesteding. Wat die invloed precies is wordt in hoofdstuk 5 besproken.

Tot slot is het belangrijkste punt bij een doorstart de contractovername door de doorstartende partij. De doorstartende partij vervangt de failliet, waardoor het in sommige gevallen het gunstigste is om de opdracht over te dragen aan de doorstartende partij. Normaliter vindt er een contractovername plaats op grond van art. 6:159 BW. Wanneer er sprake is van een overheidsopdracht, moet er naast de bepalingen uit het contractenrecht ook rekening worden gehouden met het aanbestedingsrecht. Hoe de contractovername binnen een aanbesteding eruit ziet wordt besproken in hoofdstuk 5.

Hoofdstuk 3 Het juridisch kader dat van toepassing is op de aanbestedingsprocedure

In dit hoofdstuk wordt het aanbestedingsrecht uiteengezet. In paragraaf 3.1 zal worden uitgelegd wat het aanbestedingsrecht inhoudt. In paragraaf 3.2 worden de toepasselijke wet- en regelgeving uiteengezet. In paragraaf 3.3 worden de ingrediënten van een aanbesteding aangehaald. Daarna wordt in paragraaf 3.4 ingegaan op de aanbestedingsprocedures voor opdrachten boven de Europese drempelwaarde. Daarna worden in paragraaf 3.5 de aanbestedingsprocedures voor opdrachten onder de Europese drempelwaarde uiteengezet. In paragraaf 3.6 wordt de toepasselijkheid van de procedures toegelicht. Vervolgens wordt in paragraaf 3.7 ingegaan op de selectiecriteria, gunningscriteria en uitsluitingsgronden. Tot slot zal er in paragraaf 3.8 een tussenconclusie getrokken worden.

3.1 De betekenis van het aanbestedingsrecht

Aanbesteden is het in de markt zetten van een (overheids)opdracht. Ondernemingen kunnen daarop inschrijven door een offerte in te dienen (inschrijving).⁷³ Boven een bepaalde drempelwaarde zijn overheidsinstanties verplicht een opdracht aan te besteden en moeten ze ook een van de voorgeschreven aanbestedingsprocedures volgen. In het kader van dit onderzoek is de opdrachtgever in alle gevallen een overheidsinstantie. Binnen het aanbestedingsrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen het aanbesteden van werken, diensten en leveringen. Onder het aanbesteden van werken vallen opdrachten die betrekking hebben op de openbare ruimte, zoals het aanleggen van wegen. Onder het aanbesteden van diensten valt het sociaal domein, waaronder hulp bij het huishouden of jeugdzorg vallen. Tot slot valt er onder het aanbesteden van leveringen de facilitaire voorzieningen en ICT. Hierbij kan men denken aan het leveren van printers. *“ Het doel van aanbesteden is om vraag en aanbod op elkaar af te stemmen door “de markt” zijn werk te laten doen. Op deze wijze wordt ofwel de laagste prijs gerealiseerd, ofwel de prijs-kwaliteit verhouding zo goed mogelijk af gestemd.”*⁷⁴

3.2 Toepasselijke wet- en regelgeving

Op het aanbestedingsrecht is verschillende wet- en regelgeving van toepassing. De basis van het aanbestedingsrecht wordt gelegd in de Europese regelgeving. Tot op heden zijn de richtlijnen 2004/18/EG (hierna: richtlijn 18) en 2004/17/EG (hierna: richtlijn 17) van toepassing. Inmiddels is richtlijn 18 omgezet in Richtlijn 24. Bij dit onderzoek zal Richtlijn 24 gebruikt worden, omdat deze Richtlijn 18 vervangt en deze betrekking heeft op de aanbesteding van overheidsopdrachten.⁷⁵ Naast de Richtlijnen is tot op heden de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. Op basis van de nieuwe Richtlijn 24 zal deze gewijzigd worden. De verwachting is dat de wijzigingen van de Aanbestedingswet 2012 medio 2016 in werking zullen treden. In dit onderzoek zal dan ook gebruik worden gemaakt van de gewijzigde Aanbestedingswet (hierna: Aw).

Naast de wetgeving is op aanbestedingen in de bouw (aanbesteding van werken) en technische installatiewerken de UAV van toepassing. Voor de aanbesteding van werken geldt tevens het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (hierna: ARW), waarmee op grond van art. 1:22 Aw rekening moet worden gehouden.⁷⁶ Tot slot wordt bij alle aanbestedingen rekening gehouden met de Gids Proportionaliteit. Naar aanleiding van de nieuwe Richtlijn 24 en de nieuwe Aanbestedingswet zal ook de Gids Proportionaliteit en de ARW worden gewijzigd.

⁷³ ‘Waarom een aanbesteding?’, MKB Servicedesk, www.mkb servicedesk.nl (zoek op *waarom aanbesteden*).

⁷⁴ ‘Waarom een aanbesteding?’, MKB Servicedesk, www.mkb servicedesk.nl (zoek op *waarom aanbesteden*).

⁷⁵ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen 2014, p. 13.

⁷⁶ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen 2014, p. 13.

Aangezien er diverse wet- en regelgeving van toepassing is op de aanbestedingsprocedure, wordt er in bijlage drie een overzicht gegeven van de wet- en regelgeving die van toepassing is op de procedure. In dit overzicht wordt een onderscheid gemaakt tussen procedures onder de drempelwaarde en boven de drempelwaarde. Wat deze drempelwaarde inhoudt, wordt in paragraaf 3.3.3 uitgelegd.

Naast bovenstaande wet- en regelgeving zijn de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Allereerst kent het aanbestedingsrecht het gelijkheidsbeginsel (art. 1.8 Aw). Het beginsel houdt in dat gelijke gevallen in gelijke omstandigheden gelijk moeten worden behandeld.⁷⁷ Daarnaast geldt het non-discriminatiebeginsel (art. 1.8 Aw). *“Dit houdt in dat aanbestedende diensten geen onderscheid mogen maken op grond van nationaliteit en geen zwaardere eisen aan ondernemingen uit andere lidstaten mogen opleggen.”*⁷⁸ Nog een belangrijk beginsel is het transparantiebeginsel, ook wel doorzichtigheidsbeginsel genoemd (art. 1.9 lid 1 Aw). *“Dit beginsel houdt in dat elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd en de relevante eisen en criteria voorafgaand aan de inschrijving aan de potentiële inschrijvers bekend worden gemaakt en de verplichting voor de aanbestedende dienst om de gunning van een opdracht te motiveren.”*⁷⁹ Daarnaast geldt er nog het evenredigheid-/proportionaliteitsbeginsel. *“Dit houdt in dat de door de aanbestedende dienst gekozen maatregel passend en noodzakelijk moet zijn met het oog op hetgeen de aanbestedende dienst wil bereiken.”*⁸⁰ De Gids proportionaliteit is opgesteld aan de hand van dit beginsel. Ook geldt het beginsel van wederzijdse erkenning (art. 2:75 e.v. AW). Dit beginsel bepaalt dat EU-lidstaten goederen en diensten van ondernemingen uit andere lidstaten moet toelaten.⁸¹ Tot slot is er nog het beginsel van objectiviteit. *“Hieronder wordt verstaan dat de aanbestedende dienst objectief moet handelen en de procedure controleerbaar moet zijn.”*⁸²

Naast de aanbestedingsbeginselen zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Allereerst is ook daar het gelijkheidsbeginsel van toepassing. Dit beginsel is vergelijkbaar met het gelijknamige beginsel van het aanbestedingsrecht en is gecodificeerd in art. 1 Grondwet (hierna: Gw).⁸³ Ten tweede geldt het zorgvuldigheidsbeginsel, dat betrekking heeft op de inhoud van het besluit (materiële zorgvuldigheidsbeginsel) en het proces voor het nemen van een besluit (formele zorgvuldigheidsbeginsel).⁸⁴ Ten derde is er het rechtszekerheidsbeginsel, dat inhoudt dat het geldende recht moet worden toegepast, dat besluiten niet met terugwerkende kracht ten nadele van de betrokkenen worden toegepast (materiële rechtszekerheid) en dat besluiten duidelijk en ondubbelzinnig moeten worden geformuleerd (formele rechtszekerheid).⁸⁵ Tot slot is het vertrouwensbeginsel van toepassing. *“Dit houdt in dat het door het bestuursorgaan gewekt vertrouwen, beschermd dient te worden.”*⁸⁶

3.3 De ingrediënten van een aanbesteding

Bij een aanbesteding moet er altijd sprake zijn van een aanbestedende dienst en een overheidsopdracht van een bepaalde waarde. Wat er onder een aanbestedende dienst en een overheidsopdracht van een bepaalde waarde wordt verstaan, wordt hieronder uiteengezet.

⁷⁷ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen 2014, p. 37.

⁷⁸ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen 2014, p. 40.

⁷⁹ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen 2014, p. 42.

⁸⁰ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen, 2014 p. 52.

⁸¹ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen, 2014 p. 53.

⁸² T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen, 2014 p. 54.

⁸³ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen, 2014 p. 56.

⁸⁴ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen, 2014 p. 56.

⁸⁵ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen, 2014 p. 57.

⁸⁶ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen, 2014 p. 58.

3.3.1 Aanbestedingsplichtige diensten

Allereerst moet er sprake zijn van een aanbestedende dienst. Art. 2 van Richtlijn 24 en art. 1.1 Aw verstaan onder de aanbestedende diensten: staats- regionale en lokale overheidsinstanties, publiekrechtelijke instellingen of samenwerkingsverbanden bestaande uit één of meer van deze overheidsinstanties of publiekrechtelijke instellingen.

3.3.2 De overheidsopdracht

Ten tweede moet er sprake zijn van een overheidsopdracht. Art. 2 van Richtlijn 24 jo art. 1.1 Aw verstaat onder een overheidsopdracht een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, leveringen van producten of de verlening van diensten. In art. 2 lid 18 van Richtlijn 24 jo art. 1.1 Aw wordt uitgelegd wat onder schriftelijk wordt verstaan. Schriftelijk omvat alles wat op schrift of in tekens is gevat, zoals een overeenkomst, maar ook een e-mail of een kassabon. *“Onder bezwarende titel wordt verstaan dat er voor de uitvoering, levering of dienstverlening een op geld waardeerbare tegenprestatie wordt geleverd door de aanbestedende dienst aan de opdrachtnemer.”*⁸⁷ Tot slot moet het gaan om het uitvoeren van werken, leveringen van producten of de verlening van diensten. Een werk is op grond van art. 2 lid 7 Richtlijn 24 jo 1.1 Aw het product van een geheel van bouwkundig of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen. Levering heeft op grond van art. 2 lid 8 Richtlijn 24 jo 1.1 Aw betrekking op de aankoop, leasing, huur of huurkoop van producten. Van een dienst is er sprake als het gaat om het verlenen van andere diensten dan die in lid 6 van art. 1 Richtlijn 24 jo 1.1 Aw worden genoemd.

Helmut Müller

*“In het arrest Helmut Müller van het Europese Hof van Justitie⁸⁸ heeft het Hof in het kader van de uitleg van de definitie van een overheidsopdracht voor werken verduidelijkt dat een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat de aanbestedende dienst een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt. De tegenprestatie vanuit de aanbestedende dienst zal veelal bestaan uit een vergoeding aan de ondernemer. De prestatie door de ondernemer moet voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden. Daarnaast moet de prestatie die de ondernemer uitvoert door de aanbestedende dienst afdwingbaar zijn.”*⁸⁹

*“Van een rechtstreeks economisch belang is onder meer sprake als de aanbestedende dienst eigenaar wordt van het werk, het geleverde product dan wel de dienst of hierover kan beschikken met het oog op de openbare bestemming. Daarnaast kan het economisch belang liggen in de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal halen uit toekomstig gebruik, in het feit dat hij financieel heeft deelgenomen aan de verwezenlijking van het project of in de economische risico's die de aanbestedende dienst loopt bij mislukking.”*⁹⁰

*“Bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten is vaak minder duidelijk aan te geven of er sprake is van een rechtstreeks economisch belang. In dit geval kan worden aangehouden dat als de gemeente betaalt voor de uitvoering van diensten (die zij anders zelf zou moeten uitvoeren) er sprake is van een rechtstreeks economisch belang.”*⁹¹

3.3.3 de geraamde waarde

Ten derde is er bij een overheidsopdracht sprake van een bepaalde waarde. Aan de hand van deze waarde moet worden gekeken welke aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. Bij de waarde van een opdracht moet rekening worden gehouden met de Europese drempelwaarden. Deze drempelwaarden zijn geregeld in art. 4 van Richtlijn 24.

⁸⁷ ‘Overheidsopdrachten’, *Europa Decentraal*, www.europadecentraal.nl (zoek op *overheidsopdracht*).

⁸⁸ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller)

⁸⁹ Van Laerhoven 2014, p. 2.

⁹⁰ Van Laerhoven 2014, p.3.

⁹¹ Van Laerhoven 2014, p.3.

Voor werken is de drempelwaarden € 5.225.000, - , voor leveringen en diensten die gegund zijn door aanbestedende diensten die centrale overheidsinstanties zijn € 209.000, - en voor sociale en andere specifieke diensten € 750.000, -. In bijlage drie is een schema opgenomen die weergeeft welke regelgeving van toepassing is als de drempelwaarde wel of niet wordt overschreden.

3.4 De aanbestedingsprocedures voor opdrachten boven de Europese drempelwaarde

Bij een aanbesteding zijn er verschillende procedures die kunnen worden gevolgd. Bij opdrachten boven de drempelwaarde is de aanbestedende dienst verplicht om een procedure uit Richtlijn 24 te volgen. Voor deze opdrachten gelden als standaardprocedures de openbare en de niet- openbare procedure. Deze procedures kunnen bij elke opdracht gebruikt worden. Indien er sprake is van bijzondere omstandigheden of een sociale of specifieke dienst, is er de mogelijkheid om een bijzondere procedure te volgen. Hieronder worden de standaard en de bijzonder procedures uiteengezet.

3.4.1 Standaardprocedure Openbare procedure

De openbare procedure is geregeld in art. 27 van Richtlijn 24 en in art. 2.26 van de Aanbestedingswet. De procedure begint met een vooraankondiging, gevolgd door een aankondiging via TenderNed van de opdracht.⁹² Alle inschrijvers kunnen naar aanleiding van deze aankondiging zich inschrijven door een offerte in te dienen. Nadat de inschrijving gesloten is, worden alle inschrijvingen getoetst aan de geschiktheidseisen en de gunningscriteria. Vervolgens wordt de opdracht gegund aan de inschrijver die aan alle eisen voldoet en op wie geen uitsluitingsgrond van toepassing is. De gunning vindt plaats op basis van de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving (art. 67 Richtlijn 24).⁹³

Niet openbare procedure

De niet-openbare procedure is geregeld in art. 28 van Richtlijn 24 en art. 2.27 Aw. Deze procedure bestaat uit twee rondes. Bij de eerste ronde dient er ook bij deze procedure een aankondiging plaats te vinden via TenderNed. Vervolgens kan een ondernemer zich naar aanleiding van deze aankondiging als gegadigde inschrijven. In de eerste ronde worden alle gegadigden getoetst op de geschiktheidscriteria en mag er op hen geen uitsluitingsgrond van toepassing zijn. Aan de hand van deze toetsing worden er in de eerste ronde uit alle aanmeldingen een aantal (meestal vijf) meest geschikte gegadigde geselecteerd.⁹⁴ Vervolgens worden de geselecteerde uitgenodigd om een inschrijving te doen. Hiermee wordt de tweede ronde gestart. Vervolgens worden ook de inschrijvingen getoetst aan de geschiktheidseisen en wordt er gekeken of er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Tot slot vindt de gunning plaats op basis van de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving.

3.4.2 Bijzondere procedures

De hoofdregel is dat er gebruik wordt gemaakt van de openbare of niet-openbare procedure. Slechts wanneer er sprake is van specifieke omstandigheden mag een bijzondere procedure gevolgd worden.⁹⁵ Van de bijzondere procedures worden hieronder de mededingingsprocedure met onderhandeling, de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, de versnelde procedure, de concurrentiegericht dialogoog en de sociale en specifieke diensten besproken.

⁹² TenderNed is een systeem waarmee de aanbestedingsprocedures gevolgd worden.

⁹³ 'Europese standaardprocedures', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *Europese standaardprocedures*).

⁹⁴ 'Europese standaardprocedures', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *Europese standaardprocedures*).

⁹⁵ 'Mogelijke aanbestedingsprocedures', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *Europese standaardprocedures*).

De mededingingsprocedure met onderhandeling

Ten eerste mag de onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging alleen worden toegepast op de gronden van art. 29 Richtlijn 24 jo art. 2.30 en 2.31 Aw 2012. De procedure start met een voorafgaande aankondiging via TenderNed. Vervolgens worden de gegadigden getoetst aan de geschiktheidseisen en mogen er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Vervolgens worden er ten minste drie gegadigden geselecteerd om een inschrijving te doen. Daarna vindt er een onderhandeling plaats met de inschrijvers over de ingediende inschrijving. De onderhandelingen kunnen alleen gaan over de prijs en de uitvoering van de opdracht. Telkens zullen er inschrijvers afvallen, waarna er nog een aantal overblijven. Aan de hand van de overgebleven inschrijvers zal er worden gegund.⁹⁶ In art. 2.31 Aw staan de stappen die de aanbestedende dienst in het kader van deze procedure moet nemen, opgesomd.

Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging mag alleen worden toegepast als er sprake is van een van de gronden van art. 32 Richtlijn 24 jo 2.32 tot en met 2.37 Aw.⁹⁷ Bij deze procedure hoeft er niet te worden aangekondigd. Afhankelijk van de bijzondere omstandigheden, wordt er onderhandeld met een of meerdere inschrijvers over de prijs en de uitvoering van de opdracht. Als maar een inschrijver in staat blijkt de opdracht uit te voeren, wordt er alleen met die partij onderhandeld.⁹⁸

In art. 32 Richtlijn 24 jo 2.32 onder c Aw staat dat deze procedure toegepast kan worden indien de termijnen van de niet-openbare procedure of de openbare procedure wegens dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen als gevolg van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten. Voor het toepassen van deze procedure moet er dus sprake zijn van dwingende spoed. In hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.2 wordt nader ingegaan op het begrip dwingende spoed.

Versnelde procedure

Ten tweede kan er in geval van een urgente situatie op grond van art. 2.74 Aw jo 27 lid 3 en 28 lid 6 Richtlijn 24 een versnelde procedure gevolgd worden. Van een urgente situatie is sprake als het gaat om een uitzonderlijke situatie, die niet door toedoen van de opdrachtgever is ontstaan. Bovendien moet het voor de opdrachtgever onmogelijk zijn de normale termijnen te hanteren.⁹⁹ Het gaat om situaties waarin de minimale termijnen voor de openbare procedure, niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandeling te lang zijn, maar waarin geen sprake is van dwingende spoed.¹⁰⁰ Bij de versnelde procedure kunnen kortere termijnen worden gehanteerd voor het verzoeken tot deelneming en de ontvangst van de inschrijvingen.¹⁰¹

⁹⁶ 'Onderhandelingsprocedure na voorafgaande aankondiging', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *onderhandelingsporcedure na voorafgaande aankondiging*).

⁹⁷ 'Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *onderhandelingsporcedure*).

⁹⁸ 'Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *onderhandelingsporcedure*).

⁹⁹ 'Versnelde procedure', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *versnelde procedure*).

¹⁰⁰ 'Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *onderhandelingsporcedure*).

¹⁰⁰ 'Versnelde procedure', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *versnelde procedure*).

¹⁰¹ 'Mogelijke aanbestedingsprocedure', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *mogelijke aanbestedingsprocedure*).

Concurrentiegericht dialog

Ten derde kan gebruik worden gemaakt van de concurrentiegericht dialog (art.30 Richtlijn 24 jo 2.28 en 2.29 Aw). Deze procedure kan worden toegepast bij het plaatsen van bijzonder complexe opdrachten, waarvoor de openbare of de niet-openbare procedure niet geschikt is.¹⁰² Een opdracht wordt gezien als bijzonder complex als vooraf niet kan worden aangegeven welke technische middelen of juridische dan wel financiële voorwaarden op de opdracht van toepassing zijn.¹⁰³ Deze procedure dient vooraf te worden aangekondigd via TenderNed. Vervolgens wordt er een eerste selectieronde gehouden waarbij minimaal drie gegadigden worden geselecteerd die voldoen aan de geschiktheidseisen en op wie geen uitsluitingsgrond van toepassing is. Daarna wordt er in een of meerdere rondes een dialog gevoerd met de gegadigden. Na de dialogfase blijven uiteindelijk een of meer oplossingen over. De overgebleven deelnemers worden dan uitgenodigd om inschrijving van hun oplossing te doen. Tot slot wordt de opdracht op basis van EMVI gegund en niet op basis van de laagste prijs.¹⁰⁴

Sociale en specifieke diensten

In art. 74 van Richtlijn 24 wordt bepaald dat de in bijlage XVI van de Richtlijn opgesomde opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten boven de vastgestelde drempel moet worden gegund conform art. 75 en 76 Richtlijn 24 jo 2.39 Aw. Voor deze opdrachten geldt een verlicht regime, dat inhoudt dat de opdracht van te voren bekend moet worden gemaakt en de gunning achteraf gepubliceerd moet worden. Daarnaast moeten de algemene beginselen van transparantie en non-discriminatie worden toegepast. Voor de verdere invulling van de procedure is de aanbestedende dienst vrij ook al gaat het om een opdracht boven de Europese drempel.

Voor opdrachten onder de Europese drempel gelden de voorschriften van art. 75 en 76 Richtlijn 24 en 2.39 Aw niet. In die gevallen is de aanbestedende dienst bevrijd van het voeren van een aanbestedingsprocedure.

Alleen wanneer er sprake is van een grensoverschrijdend belang, mag de opdrachtgever niet zelf bepalen welke procedure hij volgt. De opdrachtgever dient dan volgens de regels van de richtlijn aan te besteden, waardoor ook andere lidstaten de mogelijkheid krijgen om zich voor de opdracht in te schrijven.

Bestuurlijk aanbesteden

Voor het aanbesteden van sociale en specifieke diensten, wordt binnen Bizob gebruik gemaakt van een bestuurlijke aanbesteding. *“Bestuurlijk aanbesteden is ontwikkeld om in het sociaal domein om te gaan met de in dat domein altijd aanwezige onzekerheid en complexiteit. Bovendien staat in dit domein dienstverlening centraal en wel dienstverlening aan burgers met specifieke, individuele zorgvragen. Bestuurlijk aanbesteden probeert “inclusief” te organiseren en daarbij de cliënt werkelijk centraal te stellen. Daarbij past volledige keuzevrijheid voor cliënten, beperkt alleen door kwalitatieve randvoorwaarden enkele dienstverleners en dienstverlening.”*¹⁰⁵ Binnen het bestuurlijk aanbesteden zijn altijd bepaalde stukken aanwezig. Zo is er altijd een overeenkomst die alleen gaat over communicatie, overleg en besluitvorming, met daarin uitsluitings- geschiktheids- en selectiecriteria (basisovereenkomst). Ten tweede zijn er één of meer overeenkomsten die de te leveren diensten beschrijven, de prijsstelling en andere contractuele voorwaarden (deelovereenkomst).

¹⁰² ‘Concurrentiegericht dialog’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 19 september 2012, www.pianoo.nl (zoek op *concurrentiegericht dialog*).

¹⁰³ ‘Concurrentiegericht dialog’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 19 september 2012, www.pianoo.nl (zoek op *concurrentiegericht dialog*).

¹⁰⁴ ‘Concurrentiegericht dialog’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 19 september 2012, www.pianoo.nl (zoek op *concurrentiegericht dialog*).

¹⁰⁵ Robbe, TA 2016/2, p.2.

In deze overeenkomsten is het gunningscriterium van de keuze van de cliënt opgenomen. Daarnaast is er altijd een fysieke overlegtafel die fungeert als adviesgroep.¹⁰⁶

3.5 De aanbestedingsprocedures voor opdrachten onder de Europese drempelwaarde

Bij opdrachten waarbij de Europese drempelwaarde niet wordt behaald, hoeven niet de Europese procedures te worden gevolgd. Op deze procedures zijn alleen de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing.

De opdrachtgever kan zelf bepalen welke procedure hij wil volgen. De procedures die kunnen worden gevolgd zijn:

- nationale openbare en nationale niet-openbare procedure
- enkelvoudige onderhandse procedure
- meervoudige onderhandse procedure

Nationale openbare en niet-openbare procedure

Allereerst kan er gebruik worden gemaakt van de nationale openbare en niet-openbare procedure. Bij de nationale openbare en niet-openbare procedure wordt de hele nationale markt bereikt. Bij de niet-openbare procedure vinden er twee rondes plaats, namelijk eerst de selectie van gegadigden en daarna die van de inschrijvers. Bij de openbare procedure is er een ronde en kan iedereen zich inschrijven. De procedures verlopen over het algemeen hetzelfde als bij de Europese procedure, alleen zijn er afwijkingen in de termijnen.

Enkelvoudig onderhandse procedure

Ten tweede kan de enkelvoudige onderhandse procedure worden toegepast. Bij de enkelvoudige onderhandse procedure wordt er aan één aanbieder gevraagd een offerte in te dienen.¹⁰⁷ Deze procedure wordt vaak gebruikt bij kleine opdrachten met een waarde van minder dan € 15.000, - voor leveringen en diensten en € 50.000, - voor werken.

Meervoudig onderhandse

Ten derde is er nog de meervoudige onderhandse procedure. De meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is een procedure waarvoor een beperkt aantal van ten minste drie ondernemers door de gemeente tot inschrijving wordt uitgenodigd. Hierbij is het aantal uit te nodigen ondernemers in de regel niet meer dan 5. Deze procedure wordt vaak gebruikt bij relatief kleinere opdrachten. Ook is deze procedure geschikt in een markt met weinig aanbod of capaciteit. Deze procedure is eigenlijk hetzelfde als de Nationale openbare procedure. Echter kan bij de Nationale openbare procedure iedere geïnteresseerde zich inschrijven en bij de meervoudige procedure wordt een aantal ondernemers uitgenodigd voor de inschrijving.

3.6 Toepasselijkheid procedures

Bij de keuze van de procedure die gevolgd moet worden, moet er allereerst onderscheid worden gemaakt tussen opdrachten die binnen en buiten de werkingssfeer van de richtlijnen vallen. Opdrachten vallen binnen de werkingssfeer van de richtlijnen, indien de Europese drempelwaarde wordt overschreden. *“De verlening van opdrachten die buiten de werkingssfeer van de richtlijnen vallen is niet aan procedurevoorschriften onderworpen.”*¹⁰⁸ Als de drempelwaarde wordt overschreden, moet er gebruik worden gemaakt van de Europese openbare of niet-openbare procedure. Met uitzondering van de uitzonderingsgronden die de toepassing van een bijzondere procedure rechtvaardigen, zoals de concurrentiegericht dialogoog (art. 30 Richtlijn 24 jo art. 2.28 Aw).

¹⁰⁶ Robbe, TA 2016/2 p. 3.

¹⁰⁷ ‘Nationale procedures’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden*, www.pianoo.nl (zoek op *nationale procedures*).

¹⁰⁸ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2004, p. 134.

Indien de drempelwaarde niet is overschreden, kan de aanbestedende dienst een keuze maken uit de verschillende procedures die in paragraaf 3.5 beschreven zijn. Wel moet de aanbestedende dienst altijd de algemene beginselen in acht nemen.

3.7 Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria

Zoals hierboven bij de behandeling van de verschillende procedures al aan bod is gekomen, wordt er bij een aanbesteding gebruik gemaakt van selectiecriteria, gunningscriteria en uitsluitingsgronden. Door het formuleren van uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen bepaalt de opdrachtgever welke bedrijven geschikt zijn voor het uitvoeren van de opdracht.¹⁰⁹ In art. 57 van Richtlijn 24 jo art. 2.86 en 2.87 Aw worden de uitsluitingsgronden gegeven. Vervolgens staan in art. 58 Richtlijn 24 jo 2.90 Aw de selectiecriteria en de geschiktheidscriteria. Tot slot bevat art. 67 Richtlijn 24 jo 2.113 t/m 2.115 Aw de gunningscriteria. Hieronder zullen de selectiecriteria, gunningscriteria en uitsluitingsgronden nader worden toegelicht.

3.7.1 Uitsluitingsgronden

Art. 57 van de richtlijn is geïmpliceerd in art. 2.86 en 2.87 Aw.

De richtlijn en de Aanbestedingswet maken een onderscheid tussen verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden. De aanbestedende dienst kan zelf beslissen of zij een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing verklaren. Wanneer zij beslist dit wel te doen, dan moet deze uitsluitingsgrond ook gehandhaafd worden. Het is dus niet mogelijk een facultatieve uitsluitingsgrond op te nemen en deze vervolgens niet toe te passen wanneer er bij een onderneming ook daadwerkelijk sprake is van een uitsluitingsgrond. In art. 57 Richtlijn 24 jo 2.86 en 2.87 Aw worden de gronden genoemd waarop de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde uit kan sluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure. Niet al de gronden zijn van belang voor dit onderzoek. Er is echter wel een grond die wel belangrijk is. Dit is namelijk de grond die is genoemd in lid 1 onder b van art. 2.87 Aw. Hierin is bepaald dat een inschrijver of gegadigde kan worden uitgesloten van deelneming indien hij in staat van faillissement of liquidatie verkeert, diens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens hem een surseance van betaling of een akkoord geldt, of wanneer de gegadigde verkeert in een andere vergelijkbare toestand ingevolge een soortgelijke procedure uit hoofde van op hem van toepassing zijnde wetgeving. Op deze uitsluitingsgrond wordt in het volgende hoofdstuk nader ingegaan. De rest van de uitsluitingsgronden worden voor dit onderzoek buiten beschouwing gelaten

3.7.2 Geschiktheidseisen

Art. 2.90 e.v. Aw geeft bepalingen over de geschiktheidseisen. *“Met geschiktheidseisen toetst een aanbestedende dienst of een gegadigde of inschrijver geschikt is om de opdracht uit te voeren. Een gegadigde of inschrijver moet tenminste aan deze eisen voldoen om deel te mogen nemen aan de verdere procedure.”*¹¹⁰

Op grond van art. 2.90 lid 1 Aw kan de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stellen die betrekking hebben op de financiële en economische draagkracht, technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid en tot slot beroepsbevoegdheid. Vooral de geschiktheidseisen die betrekking hebben op de financiële en economische draagkracht zijn voor dit onderzoek van belang. Hierop zal in hoofdstuk 4 nader worden ingegaan.

3.7.3 Selectiecriteria

In art. 58 Richtlijn 24 jo 2.90 Aw staat aangegeven waarop de selectiecriteria betrekking kunnen hebben.

¹⁰⁹ ‘Opstellen selectiecriteria’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 13 september 2012, www.pianoo.nl (zoek op *selectiecriteria*).

¹¹⁰ ‘Wat is het onderscheid tussen geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en selectie- en gunningscriteria?’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 17 augustus 2010, www.pianoo.nl (zoek op *onderscheid geschiktheidseisen*).

“Selectiecriteria zijn criteria die gebruikt worden om het aantal geschikte gegadigden, die dus voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen, te beperken tot een vooraf bepaald aantal.”¹¹¹

Eigenlijk liggen selectiecriteria dus in het verlengde van de geschiktheidseisen. Een belangrijk punt in deze is ook hier de economische en financiële draagkracht. In bepaalde gevallen kan de aanbestedende dienst een omzeteis stellen aan de inschrijver. Op de financiële en economische draagkracht en het stellen van een omzeteis wordt in hoofdstuk 4 nader ingegaan.

3.7.4 Gunningscriteria

In art. 67 Richtlijn 24 jo art. 2.113 t/m 2.115 Aw worden de gunningscriteria geïmplementeerd. Er zijn twee gunningscriteria mogelijk, namelijk de laagste prijs of economisch meest voordelige aanbidding. In beginsel wordt er gegund vanuit de economisch meest voordelige aanbidding, maar de aanbestedende dienst kan ook gunnen op basis van de laagste prijs mits zij dat criterium motiveert in de aanbestedingsstukken.

3.8 Tussenconclusie

Er moet sprake zijn van een overheidsopdracht met bezwarende titel van een bepaalde waarde. Afhankelijk van de waarde moet de opdracht middels een procedure worden aanbesteed. Voor opdrachten boven de waarde gelden de procedures op grond van Richtlijn 24 en de Aanbestedingswet. In uitzonderlijke gevallen mogen bijzondere procedures gebruikt worden. Voor opdrachten onder de drempel geldt Richtlijn 24 en de Aanbestedingswet niet. In dat geval kan de opdrachtgever kiezen uit de nationale openbare of niet- openbare procedure, de enkelvoudig onderhandse procedure of meervoudig onderhandse procedure. Vervolgens wordt de inschrijving bij iedere aanbesteding getoetst op uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria. Tot slot wordt de opdracht gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige aanbidding.

¹¹¹ ‘Wat is het onderscheid tussen geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en selectie- en gunningscriteria?’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 17 augustus 2010, www.pianoo.nl (zoek op *onderscheid geschiktheidseisen*).

Hoofdstuk 4 Insolventiesituaties binnen het aanbestedingsrecht

In dit hoofdstuk wordt uiteengezet wat het aanbestedingsrecht specifiek bepaalt ten aanzien van de verschillende insolventiesituaties. In paragraaf 4.1 wordt behandeld of er in de Europese Richtlijn 24 en de Aanbestedingswet bepalingen zijn opgenomen ten aanzien van een insolventiesituatie. Vervolgens wordt in paragraaf 4.2 gekeken of de UAV 2012 bepalingen heeft opgenomen op dit gebied. In paragraaf 4.3 wordt vervolgens uiteengezet wanneer er sprake is van een wezenlijke wijziging in het geval van een insolventiesituatie en wat de jurisprudentie hierover bepaalt. In paragraaf 4.4 worden de uitzonderingen op het voeren van een nieuwe aanbestedingsprocedure na een wezenlijke wijziging uiteengezet. In paragraaf 4.5 wordt in gegaan op het verschil tussen de oude en de nieuwe richtlijnen ten aanzien van de wezenlijke wijziging. In paragraaf 4.6 wordt uiteengezet wat de gevolgen zijn van een contractovername die in strijd is met het aanbestedingsrecht. Tot slot wordt in paragraaf 4.7 een tussenconclusie getrokken.

4.1 Bepalingen uit de Europese richtlijn en de Aanbestedingswet

In Richtlijn 24 en in de Aanbestedingswet zijn een aantal artikelen opgenomen die betrekking hebben op een insolventiesituatie. Hieronder zullen de betreffende artikelen worden toegelicht.

Uitsluitingsgronden

In art. 2.87 Aw worden enkele facultatieve uitsluitingsgronden genoemd. Een belangrijke uitsluitingsgrond voor dit onderzoek is de grond die genoemd is in lid 1 onder a van dit artikel. Hierin wordt namelijk bepaald dat de inschrijver of gegadigde uitgesloten kan worden van deelneming, indien hij in staat van faillissement of liquidatie verkeert, diens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens hem een surseance van betaling geldt of in een andere vergelijkbare toestand verkeert. Deze uitsluitingsgrond is dus van toepassing op een faillissement en een surseance van betaling. Om aan te tonen dat de uitsluitingsgrond van art. 2.87 onder a niet op de inschrijver of gegadigden van toepassing is, dient hij een uittreksel uit het handelsregister te overleggen dat op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of inschrijving niet ouder is dan zes maanden (art. 2.89 lid 1 Aw). Wanneer de aanbestedende dienst ervoor kiest om de facultatieve uitsluitingsgrond toe te passen, dan is hij ook verplicht deze te handhaven wanneer de uitsluitingsgrond van toepassing is op een ondernemer.¹¹²

Geschiktheidseisen en selectiecriteria

Daarnaast gelden er binnen een aanbesteding ook nog geschiktheidseisen en selectiecriteria. In art. 2.90 Aw is bepaald dat de aanbestedende dienst geschiktheidseisen kan stellen aan de inschrijver of gegadigde ten aanzien van de financiële en economische draagkracht. De financiële en economische draagkracht is van toepassing, omdat hieruit kan blijken of de onderneming voldoende financiële middelen heeft om de opdracht uit te voeren. Indien er eisen worden gesteld ten aanzien van de financiële en economische draagkracht, mogen deze geen betrekking hebben op de hoogte van de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, tenzij de aanbestedende dienst dit met zwaarwegende argumenten motiveert in de aanbestedingsstukken (art. 2.90 lid 3 Aw). Als er toch eisen worden gesteld die betrekking hebben op de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, dan mag de eis niet hoger zijn dan driemaal de geraamde waarde van de betreffende opdracht (art. 2.90 lid 4).

De financieel economische draagkracht kan door de ondernemer worden aangetoond door het overleggen van een bankverklaring of een bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's, van balansen of van balansuittreksels of een verklaring over de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteiten die het voorwerp zijn van de overheidsopdracht over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren (art. 2.91 lid 1 Aw). De aanbestedende dienst geeft bij de aankondiging van de opdracht aan welke stukken als bewijs dienen te worden overgelegd (art. 2.91 lid 2 Aw).

¹¹² Zeelenberg, Gst. 2012/55, p. 1.

De aanbestedende dienst zal voor dat de gunning plaatsvindt, de niet-uitgesloten inschrijver toetsen op de geschiktheid, aan de hand van de eigen verklaring en de ingediende bewijsstukken.

In Richtlijn 24 zijn de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria geregeld in art. 57 en 58. Art. 58 lid 3 bepaalt dat de aanbestedende dienst kan eisen dat de ondernemers een bepaalde minimumjaaronzet hebben, met inbegrip van een minimumomzet op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft. Hierin wijkt de Aanbestedingswet van de richtlijn af. De Aanbestedingswet bepaalt dat er geen omzet geëist mag worden, tenzij zorgvuldig wordt gemotiveerd waarom er wel een bepaalde omzet vereist is. Indien er een omzet wordt geëist, mag deze op grond van de Aanbestedingswet driemaal de geraamde waarde van de opdracht zijn. Op grond van de richtlijn mag er wel een bepaalde omzet geëist worden, maar mag de eis niet hoger zijn dan tweemaal de geraamde waarde van de opdracht. Enerzijds is de Aanbestedingswet op dit punt strenger dan de richtlijn, omdat zij bepaalt dat selectiecriteria die betrekking hebben op de omzet niet mogen. Anderzijds is de Aanbestedingswet soepeler dan de richtlijn, omdat zij driemaal in plaats van tweemaal de geraamde waarde toelaat als eis. Men zou ook van mening kunnen zijn dat het stellen van een eis met betrekking tot de omzet in strijd is met de aanbestedingsbeginselen. Hoe hoger de omzet moet zijn hoe minder groot de kans is voor MKB'ers dat zij deel kunnen nemen aan de aanbestedingsprocedure. Hierdoor komen het gelijkheidsbeginsel en proportionaliteitsbeginsel in het gedrang. Het uitgangspunt dat het stellen van een eis ten aanzien van de omzet niet mag in de Aanbestedingswet vergroot de kans van deelname voor de MKB'ers.¹¹³ Een MKB'er kan wellicht niet aan een hoge omzeteis voldoen. In de Aanbestedingswet is opgenomen dat men enkel bij zwaarwichtige redenen een omzeteis mag toepassen. In de praktijk zal niet snel een dergelijke eis worden gesteld. Elise Zeelenberg is echter van mening dat het stellen van een omzeteis inderdaad lastig is, maar dat het wel mogelijk is in dringende situatie. Zo zul je bijvoorbeeld eerst een bankgarantie kunnen vragen. Als er sprake van een branche waarin dit lastig is, dan zou wellicht de omzeteis toch een uitkomst bieden.¹¹⁴ Zij sluit niet uit dat het stellen van een omzeteis om bijvoorbeeld een pre-pack te voorkomen niet mogelijk is in de praktijk.

De wezenlijke wijziging

Een derde belangrijk artikel uit Richtlijn 24 is artikel 72. Hierin is bepaald dat opdrachten in overeenstemming met de richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kunnen worden gewijzigd in de gevallen die in dit artikel zijn genoemd. Lid 1 sub d onder heeft het over een herzieningsclausule of een rechtsopvolging van de aannemer ten gevolge van insolventie. In paragraaf 4.4.1 komt art. 72 Richtlijn 24 nader aan bod.

Tot slot is er nog art. 73 van Richtlijn 24. Hierin wordt bepaald dat een aanbestedende dienst de overeenkomst gedurende de looptijd kan beëindigen, indien de opdracht ingrijpend is gewijzigd, waardoor een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist zou zijn geweest op grond van art. 72 van de richtlijn. Op het leerstuk 'wezenlijke wijziging' wordt in paragraaf 4.3 nader ingegaan.

4.2 Bepalingen uit de UAV

Naast Richtlijn 24 en de Aanbestedingswet wordt er bij het aanbesteden van werken ook gebruik gemaakt van de UAV. Hieronder zullen de bepalingen uit de UAV die betrekking hebben op een insolventiesituatie worden toegelicht.

Eigendom bouwstoffen

Allereerst is in Paragraaf 19 lid 1 UAV een bepaling opgenomen die het eigendom van de voor het werk bestemde bouwstoffen regelt. Lid 1 van dit artikel bepaalt namelijk dat de bouwstoffen, zonder dat de opdrachtgever daardoor aansprakelijk wordt voor betalingen aan leveranciers of andere rechthebbende, eigendom van de opdrachtgever worden, zodra zij zijn goedgekeurd en de aannemer door overlegging van een verklaring heeft aangetoond dat de leveranciers of

¹¹³ *Kamerstukken II 2015/16, 34 329, 3, p. 72.*

¹¹⁴ Zie interview Elise Zeelenberg bijlage 4.

andere rechthebbenden afstand doen van alle aanspraken op die bouwstoffen ten behoeve van de opdrachtgever. Deze verklaring is voor de opdrachtgever belangrijk. Doordat de verklaring wordt afgegeven kunnen onderaannemers niet meer het retentierecht uitoefenen over de bouwstoffen, wanneer de opdrachtnemer failliet gaat. Met die verklaring hebben ze namelijk afstand gedaan van alle aanspraken op die bouwstoffen. Het is dus belangrijk voor de inkoopmedewerkers van Bizob om er telkens voor te zorgen dat er een dergelijke verklaring wordt getekend op het moment dat er bouwstoffen gebruikt worden.

Tekortkoming opdrachtnemer

Paragraaf 46 UAV regelt vervolgens de tekortkoming aan de zijde van de aannemer. Lid 1 bepaalt dat, wanneer de opdrachtnemer failliet is of jegens hem een surseance geldt, de opdrachtgever de curator kan sommen om binnen acht dagen te verklaren of hij de overeenkomst gestand doet en hierbij de verlangde zekerheidsstelling af te geven. Tevens wordt in dit artikel nog bepaald dat de opdrachtgever in afwachting van de beslissing van de curator in dringende gevallen gerechtigd is voor rekening van de aannemer zodanige maatregelen te nemen als hij ten nutte van het werk dienstig oordeelt. Wat ook opvallend is aan dit artikel is dat in de slotzin van lid 3 wordt bepaald dat de opdrachtgever het werk voor rekening van de aannemer kan voltooien of laten voltooien, onverminderd des opdrachtgevers recht op schadevergoeding indien de curator zich niet bereid verklaard het werk voort te zetten. De vraag is of dit laatste wel zinvol is. Als men het werk wil laten uitvoeren op kosten van de aannemer en de aannemer is failliet, dan zal er niet veel geld zijn om die kosten ook daadwerkelijk te verhalen. Vaak wordt van de slotzin van paragraaf 46 lid 3 UAV wel gebruik gemaakt als er sprake is van een gevaarlijke situatie, die snel dient te worden opgelost, in dit geval door een derde.

Bovenstaande is in het protocol van Bizob in vervolgstap drie opgenomen. Hierin wordt aangegeven dat indien nodig aan de curator de opdracht een gevaarlijke situatie op te lossen, kan worden verstrekt. Indien de curator hierin verzuimt mag hiervoor een derde worden ingeschakeld en de kosten hiervan worden verhaald bij de curator. In het protocol staat alleen 'indien nodig' en 'bij een gevaarlijke situatie'. Wanneer hiervan sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval. In het verleden heeft zich een dergelijke situatie voorgedaan. Bij die situatie was er een opdracht voor het aanleggen van een weg aanbesteed. Het bedrijf dat de wegwerkzaamheden uitvoerde, was failliet gegaan. In de weg zaten echter nog grote gaten die moesten worden afgezet. In dit geval heeft Bizob de weg af laten zetten door een derde en de kosten verhaald bij de curator.

In hoofdstuk 1 werd al uiteengezet dat art. 37 Fw geldt in het kader van overeenkomsten. In art. 37 Fw wordt gesproken over een redelijke termijn. In paragraaf 46 van de UAV wordt deze termijn ingevuld met acht dagen. In de meeste gevallen zal dit een redelijke termijn zijn. De curator heeft immers de mogelijkheid om kenbaar te maken dat hij een bezwaar heeft tegen de gestelde termijn.

In artikel 37 wordt bepaald dat de curator een zekerheid moet stellen voor de gestanddoening van de overeenkomst. In de UAV wordt juist bepaald dat de aannemer of de opdrachtgever kan bepalen welke zekerheid hij wil hebben. Op grond van de faillissementswet heeft de curator dus een keuzevrijheid in de zekerheid die hij stelt en op basis van de UAV heeft hij deze keuzevrijheid niet. Hiërarchisch gezien is de Faillissementswet een hogere wetgeving dan de UAV. De UAV is immers een besluit en de Faillissementswet een wet in formele zin. Er bestaat geen jurisprudentie over een geschil tussen de curator en de opdrachtgever omtrent de zekerheidsstelling. Dit kan komen, omdat het simpelweg in de praktijk geen problemen oplevert of omdat de bepaling uit de UAV nauwelijks wordt toegepast en er voornamelijk wordt gehouden aan de Faillissementswet.

Tot slot is paragraaf 43a UAV nog van belang. Hierin wordt namelijk bepaald dat de opdrachtgever ook een zekerheid kan stellen aan de onderneming voor zijn nakoming.

Op grond van lid 3 kan de opdrachtgever dit doen door een bankgarantie te stellen. Aan de hand van deze bankgarantie kan de opdrachtgever ook inschatten of de onderneming gedurende de uitvoering van de opdracht failliet zal gaan.

4.3 De wezenlijke wijziging

Binnen het aanbestedingsrecht is het leerstuk wezenlijke wijziging belangrijk. Er kunnen namelijk wijzigingen plaatsvinden in een reeds gesloten opdracht/overeenkomst. In het kader van dit onderzoek wordt er ingegaan op de wezenlijke wijziging in geval van de insolventiesituaties. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich meerdere keren uitgelaten over de toelaatbaarheid van wijziging van een overheidsopdracht gedurende de looptijd zonder het volgen van een nieuwe aanbestedingsprocedure.¹¹⁵ Deze jurisprudentie is in de gewijzigde Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerd en aangevuld. Uitgangspunt blijft dat wijzigingen van een overheidsopdracht tijdens de looptijd nopen tot het volgen van een nieuwe aanbestedingsprocedure. Door de verwevenheid met de aanbestedingsbeginselen (transparantie, gelijke behandeling) gelden deze regels ook voor aanbestedingen onder de Europese drempel. Uitsluitend in de gevallen genoemd in de wet wordt hiervan afgezien.

4.3.1 De definitie van de wezenlijke wijziging

In het kader van de Europese aanbestedingen kan de aanbestedende dienst te maken krijgen met het leerstuk van de wezenlijke wijziging. *“Dit leerstuk houdt onder andere in dat een conform het aanbestedingsrecht gegunde overeenkomst gedurende de looptijd daarvan niet wezenlijk mag worden gewijzigd. Als dat toch gebeurt, dan dient de aanbestedende dienst de opdracht in beginsel opnieuw conform het aanbestedingsrecht aan te besteden.”*¹¹⁶ De wezenlijke wijziging vloeit niet voort uit de wet. Wel is er het een en ander bepaald in jurisprudentie. Sinds het Rennes-arrest heeft het Hof van Justitie in essentie telkens dezelfde maatstaf gehanteerd.¹¹⁷ Deze maatstaf is in het Presstext-arrest nader uitgewerkt en dient als huidige maatstaf.¹¹⁸ Op grond van het Presstext-arrest is er sprake van een wezenlijke wijziging van een reeds gesloten opdracht/overeenkomst als de wijziging¹¹⁹

- zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers of tot de keuze voor een andere offerte;
- de markt in belangrijke mate uitbreidt tot (werken, leveringen en) diensten die in de oorspronkelijke opdracht niet waren opgenomen;
- het economisch evenwicht van de overeenkomst op niet- voorziene wijze wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer.

4.3.2 Het Presstext-arrest

Omdat het Presstext-arrest dat hierboven al genoemd is een belangrijk arrest is voor het leerstuk ‘wezenlijke wijziging’ in het kader van een insolventiesituatie, wordt dit arrest nader toegelicht. *“In het Presstext-arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat als er sprake is van een wezenlijke wijziging, de beginselen van transparantie en van de gelijke behandeling van inschrijvers meebrengen dat de opdracht door de aanbestedende dienst (opnieuw) met inachtneming van het (Europese) aanbestedingsrecht dient te worden geplaatst.”*¹²⁰

¹¹⁵ Ter illustratie: HvJ EG 5 oktober 2000, C-337/98 (Rennes); HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P (Succhi di Frutta); HvJ EG 14 oktober 2004, C-340/02 (Commissie/Frankrijk); HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall); HvJ EU 29 april 2010, C-160/08 (Commissie/Duitsland); HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (Presstext-arrest).

¹¹⁶ Kleijn & Ten Cate, *TvI* 2014/29, p.1.

¹¹⁷ HvJ EG 5 oktober 2000, C-337/98 (Rennes).

¹¹⁸ Hebly & Heijnsbroek, *NtEr* 2012, p. 103.

¹¹⁹ HvJ EG 19 juni 2008 C-454/06 ro. 33 t/m 37 (Presstext-arrest).

¹²⁰ HvJ EG 14 oktober 2004, C-340/02 ro 44 en 46 (Commissie/Frankrijk); HvJ EG 19 juni 2008 C-454/06 ro. 33 t/m 37 (Presstext-arrest).

Naast deze bovengenoemde voorwaarden gaat het Hof van Justitie in op de vraag of vervanging van de opdrachtnemer (de ondernemer) gedurende de looptijd van de overeenkomst een wezenlijke wijziging oplevert.¹²¹ Wanneer er zich een insolventiesituatie voordoet bij de opdrachtnemer dan vindt er in de meeste gevallen een vervanging van de opdrachtnemer plaats. Wanneer een doorstartende partij de opdracht overneemt is er altijd sprake van een vervanging van de opdrachtnemer, waardoor deze vraag ook van groot belang is voor dit onderzoek. In de praktijk ziet men namelijk dat er steeds vaker een doorstart wordt gemaakt. In beginsel moet de vervanging van de onderneming volgens het Hof van Justitie worden gezien als een wezenlijke wijziging. Dit is echter niet het geval als de vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst, bijvoorbeeld op basis van onderaanneming.¹²²

Ook de Nederlandse rechters hebben het Pressetext-arrest geïnterpreteerd. *“Zij nemen aan dat de vervanging van de (failliete) contractpartner van de aanbestedende dienst een wezenlijke wijziging van de overeenkomst oplevert, tenzij deze mogelijkheid vooraf is ingebouwd in de aanbestedingsdocumentatie. Dit betekent dat in geval van doorstart na een faillissement de opdracht in beginsel opnieuw dient te worden aanbesteed, als de opdracht door de failliet via een aanbesteding is verkregen.”*¹²³

4.4 Uitzonderingen op het voeren van een nieuwe aanbestedingsprocedure na een wezenlijke wijziging.

Ondanks dat er sprake is van een wezenlijke wijziging kan het zijn dat er toch geen nieuwe aanbestedingsprocedure hoeft te worden gevolgd. De uitzonderingen op het volgen van een nieuwe aanbestedingsprocedure worden hieronder toegelicht.

4.4.1 Vervanging opdrachtnemer

Allereerst is in de nieuwe richtlijn in art. 72 opgenomen wanneer er geen nieuwe aanbestedingsprocedure gevolgd hoeft te worden. De overheidsopdracht kan zonder Europese aanbesteding worden gewijzigd door vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer in de volgende gevallen (limitatief):

- a. De vervanging volgt uit een ondubbelzinnige herzieningsclausule als bedoeld in art. 2.163c Aw.
- b. Er is sprake van rechtsopvolging in de positie van de oorspronkelijke ondernemer ten gevolge van herstructurering (zoals overname, fusie acquisitie of insolventie).

Hieronder zullen punt a en punt b nader worden toegelicht.

De (ondubbelzinnige) herzieningsclausule

Als een contractpartij wordt vervangen op grond van een herzieningsclausule die is opgenomen in de aanbestedingsdocumentatie is er in beginsel geen sprake van een wezenlijke wijziging. Wel zijn er een aantal eisen die in de nieuwe richtlijn (art 72 lid 1 sub d onder 1 Richtlijn 24 jo art. 2.163c Aw) aan een herzieningsclausule worden gesteld. Als in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken een herzieningsclausule is opgenomen kan de opdracht worden gewijzigd zonder nieuwe aanbestedingsprocedure, mits de herzieningsclausule

- a. duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is en;
- b. tenminste de omvang van de aard van mogelijke wijzigingen of opties omschrijft en;
- c. de voorwaarden omschrijft waaronder deze mogen worden gebruikt en;
- d. niet voorziet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht kunnen veranderen.¹²⁴

¹²¹ Kleijn & Ten Cate, *TvI* 2014/29, p.2.

¹²² Kleijn & Ten Cate, *TvI* 2014/29, p.2.

¹²³ Kleijn & Ten Cate, *TvI* 2014/29, p.2.

¹²⁴ Kleijn & Ten Cate, *TvI* 2014/29, p.3.

Rechtsopvolging

In art. 72 lid 1 sub d onder ii Richtlijn 24 staat opgenomen dat 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 mogelijk is.

De contractpartner mag op grond van dit artikel worden gewijzigd indien

- de nieuwe contractpartner voldoet aan de oorspronkelijke vastgestelde geschiktheidseisen;
- mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen met zich meebrengt; en
- dit niet het oogmerk heeft de aanbestedingsregels te omzeilen.

Deze bepaling is belangrijk in het kader van een doorstart. Bij een doorstart vindt er namelijk een rechtsopvolging plaats door insolventie, waardoor er sprake is van dit artikel. Op grond van dit artikel is het dus mogelijk dat de doorstartende partij het contract overneemt, zonder dat er een nieuwe aanbestedingsprocedure gevolgd hoeft te worden.

4.4.2 Dwingende spoed

Ook in geval van dwingende spoed hoeft er niet per definitie een nieuwe aanbestedingsprocedure te worden gevolgd. *“Dwingende spoed wordt niet zomaar aangenomen. De aanbestedende dienst zal bij een beroep op dwingende spoed moeten aantonen dat daarvan sprake was, dat dit onvoorzienbaar en niet aan hem te wijten was en bovendien, gezien de omstandigheden, zelfs het voeren van een versnelde procedure als bedoeld in art. 2.74 Aw niet aan de orde kon zijn.”*¹²⁵

In een uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage¹²⁶ is er geoordeeld over een situatie waarin er sprake was van dwingende spoed in geval van faillissement. Deze zaak betrof een opleveringsplicht aan de zijde van de aanbestedende dienst aan de verhuurder van zijn oude kantoor op korte termijn op straffe van een forse boete. Als er een nieuwe aanbestedingsprocedure zou moeten worden gevolgd, dan zou deze oplevering in het gedrang komen. In dit geval stond de rechter toe dat de opdracht onderhands gegund werd aan de doorstarter. *“Als er sprake is van een noodsituatie waardoor er tevens sprake is van dwingende spoed, dan geldt dit slechts voor een proportionele periode. Dat wil zeggen de periode die nodig is om een aanbestedingsprocedure te doorlopen om te komen tot een nieuwe contractpartner.”*¹²⁷

Naast deze uitspraak is er geen jurisprudentie beschikbaar waarin wordt bepaald of er sprake is van dwingende spoed in geval van een insolventiesituatie bij de opdrachtnemer. In art. 2.74 Aw wordt niet gesproken over een faillissement. *“Hieruit kan worden afgeleid dat het feit dat een onderneming failliet is en dit ongewenste vertraging tot het gevolg heeft, niet voldoende is voor het aannemen van dwingende spoed.”*¹²⁸ *“Wel erkent de Europese Commissie dat het wijzigen van opdrachten gedurende de looptijd problematisch is. De nieuwe richtlijn bevat dan ook in art. 72 een specifieke bepaling over wijziging van de opdrachten. Hierin wordt de basisoplossing uit de rechtspraak van het Hof overgenomen en een oplossing gegeven voor het aanpakken van onvoorziene omstandigheden die een aanpassing van een overheidsopdracht gedurende de looptijd vergen.”*¹²⁹ In artikel 72 Richtlijn 24 is de rechtsopvolging in het kader van een faillissement opgenomen. Hieruit blijkt dus dat de commissie van mening is dat er bij een faillissement sprake is van een onvoorziene omstandigheid. Dit zou betekenen dat in dat geval dwingende spoed wel aangenomen kan worden. Wanneer dwingende spoed wel wordt aangenomen kan er gebruik worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging (art. 32 Richtlijn 24 jo 2.32 t/m 2.37 Aw).

¹²⁵ Kleijn & Ten Cate, *Tvl* 2014/29, p.3.

¹²⁶ Rb 's-Gravenhage 2 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI8761.

¹²⁷ *Handreiking continuïteit van ondersteuning/huishoudelijke hulp bij faillissement aanbieder* 2015, p. 6.

¹²⁸ Kleijn & Ten Cate, *Tvl* 2014/29, p.3.

¹²⁹ 'Wezenlijke wijziging opdracht', *Europa Decentraal*, www.europadecentraal.nl (zoek op wezenlijke wijziging).

4.4.3 Vervanging van de onderaannemer

Op grond van art. 71 Richtlijn 24 jo 2.79 Aw kan een inschrijver aangeven welk gedeelte van de overheidsopdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Het komt ook voor dat de onderaannemer failliet gaat. Het Wall-arrest heeft hier het een en ander over heeft bepaald.¹³⁰ *“Volgens het Hof van Justitie kan de vervanging van een onderaannemer, zelfs als de overeenkomst in die mogelijkheid voorziet, in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld als de keuze voor de onderaannemer een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst, een wezenlijke wijziging vormen van de overeenkomst.”*¹³¹ Indien er sprake is van een wezenlijke wijziging doordat de onderaannemer failliet is, zal de opdracht opnieuw moeten worden aanbesteed ook al is de onderneming aan wie de opdracht oorspronkelijk is aanbesteed niet failliet.

Wel is er de mogelijkheid om op grond van art. 37 Fw een onderaannemer toe te voegen in het geval de ondernemer aan wie de opdracht gegund is failliet is gegaan. Er is in dat geval geen sprake van een contractovername. De curator laat dan het contract op grond van art. 37 Fw gestand en maakt gebruik van de mogelijkheid om de contracten integraal te laten uitvoeren door onderaannemers (een derde partij).¹³²

Deze constructie kan echter niet worden toegepast als de overeenkomst van rechtswege wordt beëindigd in geval van faillissement. Ook is deze constructie alleen mogelijk als ze geen wezenlijke wijziging met zich meebrengt. Meestal wordt de mogelijkheid om een onderaannemer in te schakelen opgenomen in de overeenkomst. Vaak wordt dan wel vereist dat de onderaannemer voldoet aan de geschiktheidseisen en dat op hem geen uitsluitingsgrond van toepassing is.¹³³ Een aandachtspunt bij deze constructie is dat deze manier van doen kan worden opgevat als een constructie die het aanbestedingsrecht omzeilt. Er is in principe sprake van een nieuwe dienstverlener. De constructie is daarom niet zonder risico's.¹³⁴ Het voordeel is wel dat er bij het aanbestedingsrecht sprake is van een 'piepsysteem'.¹³⁵ Zolang er niemand bezwaar maakt is er niets aan de hand. Daarnaast blijft de failliet contractpartij. Dit kan in de praktijk problemen opleveren, bijvoorbeeld op het gebied van de betaling van de derde.¹³⁶

4.4.4 In geval van een bestuurlijke aanbesteding

Ook bij bestuurlijk aanbesteden zorgt een faillissement of een doorstart er in beginsel voor dat de overeenkomst wezenlijk wordt gewijzigd. Over het algemeen gelden er voor het bestuurlijk aanbesteden dezelfde regels als voor de andere aanbestedingsprocedures. Bij bestuurlijk aanbesteden is er over het algemeen sprake van sociale en specifieke diensten. Op sociale en specifieke diensten is een verlicht aanbestedingsregime van toepassing. De opdrachtgever mag dan zelf uitmaken middels welke procedure hij de opdracht aanbesteedt. Vandaar dat er in dit geval ook bestuurlijk kan worden aanbesteed. Dit is namelijk niet mogelijk als het volledige aanbestedingsregime van toepassing is, omdat dan de reguliere procedures moeten worden gevolgd. Wanneer er in een overeenkomst die bestuurlijk is aanbesteed een wezenlijke wijziging plaatsvindt, dan moet hij dus opnieuw worden aanbesteed. Dit brengt bij bestuurlijk aanbesteden minder problemen met zich mee, omdat de opdrachtgever mag kiezen welke procedure hij volgt. Hij kan de opdracht dus ook onderhands gunnen. Vaak is er ook een andere contractpartij die de opdracht eenvoudig over kan nemen, omdat de mogelijkheid is opgenomen in de overeenkomsten en er meerdere contractpartners zijn. Hoe de procedure van een wezenlijke wijziging binnen het bestuurlijk aanbesteden precies in zijn werk gaat wordt besproken in hoofdstuk vijf.

¹³⁰ HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall).

¹³¹ Kleijn & Ten Cate, *Tvl* 2014/29, p.4.

¹³² Kiers & De Vries 2016, p. 12.

¹³³ Kiers & De Vries 2016, p. 12.

¹³⁴ Kiers & De Vries 2016, p. 14.

¹³⁵ Zie interview Elise Zeelenberg bijlage 4.

¹³⁶ Kiers & De Vries 2016, p. 14.

4.5 het verschil tussen de oude en de nieuwe richtlijnen ten aanzien van de wezenlijke wijziging

Op grond van de oude regelgeving moest er in beginsel een nieuwe procedure worden gevolgd in geval van een insolventiesituatie. Alleen als er sprake was van een herzieningsclausule zou er onderhandse gunning plaats kunnen vinden. Nu is er in art. 72 Richtlijn 24 al een bepaling opgenomen dat als er sprake is van een rechtsopvolging ten gevolge van insolventie, waarbij de overnemende partij voldoet aan de vastgestelde criteria, mits dit geen andere wezenlijke wijziging in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van Richtlijn 24 te omzeilen, er geen nieuwe aanbestedingsprocedure gevolgd hoeft te worden.¹³⁷ Dit maakt het voor de opdrachtgever een stuk makkelijker om contractovername plaatst te laten vinden met de doorstartende partij. Het is echter de vraag of deze voorwaarde in de praktijk werkt. Er wordt bij een doorstart namelijk vaak onderhandeld over voorwaarden uit een overeenkomst, waardoor er alsnog een wezenlijke wijziging van de overeenkomst plaats kan vinden.¹³⁸

4.6 Het gevolg van een contractovername in strijd met het aanbestedingsrecht

Een contractovername met een doorstartende partij die in strijd is met het aanbestedingsrecht heeft gewoon rechtsgevolg. In het Nederlands recht is de aanbestedingsovereenkomst niet van rechtswege nietig. Wel is de overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 2 Aw vernietigbaar.¹³⁹ Pas als een partij zich op de vernietigbaarheid van de overeenkomst beroept, kan de overeenkomst daadwerkelijk worden vernietigd. Indien dit niet gebeurt, blijft de overeenkomst gewoon gestand.

4.7 Tussenconclusie

In Richtlijn 24, de Aanbestedingswet en de UAV zijn een aantal bepalingen opgenomen die betrekking hebben op een insolventiesituatie. Zo is er in art. 57 Richtlijn 24 jo 2.87 Aw een uitsluitingsgrond opgenomen die bepaalt dat in geval van faillissement of surseance de inschrijver dient te worden uitgesloten van deelname. Daarnaast is er in art. 2.90 Aw bepaald dat de aanbestedende dienst eisen kan stellen aan de financiële en economische draagkracht. Door aan de financiële en economische draagkracht eisen te stellen, kan blijken of de onderneming over de financiële middelen beschikt om de opdracht uit te voeren. Op die manier zou de opdrachtgever kunnen zien of de kans aanwezig is dat de ondernemer in een insolventiesituatie komt te verkeren. De beste manier om dit te zien is om een omzeteis te stellen. Op grond van art. 2.90 Aw mag er echter geen omzeteis gesteld worden, tenzij er zwaarwegende redenen zijn. Wel kan de opdrachtgever een bankverklaring vragen, waaruit ook kan blijken of de ondernemer een grote kans heeft om in een insolventiesituatie terecht te komen.

In de UAV zijn vervolgens een aantal bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de tekortkoming van de opdrachtnemer. In de UAV wordt als een redelijke termijn in de zin van art. 37 Fw een termijn van acht dagen gehanteerd. Deze termijn is in het protocol van Bizob overgenomen en is in de meeste gevallen redelijk. Als de curator van mening is dat de termijn niet redelijk is, dan moet hij dit bij de wederpartij kenbaar maken.

Daarnaast is een belangrijk leerstuk in het kader van dit onderzoek de wezenlijke wijziging. Uit de jurisprudentie die in dit hoofdstuk is besproken blijkt namelijk dat het vervangen van de opdrachtnemer ervoor zorgt dat er sprake is van een wezenlijke wijziging. Wanneer er sprake is van een wezenlijke wijziging, moet de opdracht in beginsel opnieuw worden aanbesteed. De belangrijkste uitzondering hierop in het kader van een insolventiesituatie is opgenomen in art. 72 Richtlijn 24. Hierin wordt bepaald dat er geen nieuwe aanbestedingsprocedure hoeft te worden gevolgd als er sprake is van rechtsopvolging van de opdrachtnemer door insolventie of wanneer er in de overeenkomst een herzieningsclausule is opgenomen.

¹³⁷ Kleijn & Ten Cate, *TvI* 2014/29, p.5.

¹³⁸ Kleijn & Ten Cate, *TvI* 2014/29, p.6.

¹³⁹ Kleijn & Ten Cate, *TvI* 2014/29, p.5.

Dit zou betekenen dat in een aantal gevallen de opdrachtnemer vervangen kan worden door een derde, zonder dat er een nieuwe aanbestedingsprocedure hoeft te worden gevolgd. Een voorwaarde voor het toepassen van art. 72 Richtlijn 24 is dat er geen sprake mag zijn van een andere wezenlijke wijziging van de opdracht in de zin van lid 4. Als er wel sprake is van een wezenlijke wijziging dan moet er alsnog een nieuwe aanbestedingsprocedure gevolgd worden.

Tot slot is duidelijk geworden dat voor sociale en specifieke diensten een verlicht regime geldt. Dit verlicht regime houdt in dat de aanbestedende dienst vrij is in de keuze van de procedure die zij wil volgen. Een procedure die binnen Bizob vaak gebruikt wordt bij sociale en specifieke diensten is het bestuurlijk aanbesteden. Wanneer er in een overeenkomst die bestuurlijk is aanbesteed een wezenlijke wijziging plaatsvindt, dan is ook hier in principe sprake van een wezenlijke wijziging en moet er een nieuwe aanbestedingsprocedure gevolgd worden. Bij bestuurlijk aanbesteden is dit alleen een minder groot probleem, omdat de aanbestedende dienst zelf mag kiezen welke procedure er wordt gevolgd.

Hoofdstuk 5 De invloed van een insolventiesituatie op de aanbestedingsprocedure en de mogelijkheden van ontbinding van de overeenkomst

Allereerst zal in dit hoofdstuk worden uiteengezet wat nu de invloed van een insolventiesituatie is op een aanbestedingsprocedure. Hiervoor wordt onderscheid gemaakt tussen de procedures waarop het volledige aanbestedingsregime van toepassing is (paragraaf 5.1) en de procedures waarop een verlicht regime van toepassing is (paragraaf 5.2). In beide paragrafen wordt tevens een onderscheid gemaakt tussen de invloed vóór, tijdens en na afronding van de aanbestedingsprocedure. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3 onderzocht of er in de wet of de overeenkomst zelf bepalingen zijn opgenomen op grond waarvan de overeenkomst ontbonden kan worden. Tot slot wordt in paragraaf 5.4 een tussenconclusie getrokken.

5.1 Insolventiesituaties bij procedures waarop het volledige aanbestedingsregime van toepassing is

Een insolventiesituatie kan gevolgen hebben voor een aanbesteding. Deze gevolgen zijn anders naargelang de insolventiesituatie zich afspeelt vóór de aanbestedingsprocedure, tijdens de aanbestedingsprocedure of na de aanbestedingsprocedure. Hieronder zullen de gevolgen worden uiteen gezet.

5.1.1 De invloed van een insolventiesituatie vóór een aanbestedingsprocedure

In artikel 2.87 Aw staat opgenomen wanneer de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde kan uitsluiten van deelname. Er wordt gebruik gemaakt van het woord 'kan' omdat er sprake is van een facultatieve uitsluitingsgrond. De aanbestedende dienst kan zelf bepalen of ze gebruik maakt van de uitsluitingsgronden van art. 2.87 Aw. In de praktijk worden deze uitsluitingsgronden vrijwel altijd toegepast. Wanneer de uitsluitingsgronden direct dwingend worden voorgeschreven in het aanbestedingsdocument, dan is er geen keuze meer en moet de inschrijver of gegadigde worden uitgesloten als op hem een van de gronden van toepassing is.¹⁴⁰ Onder lid 1 sub b van art. 2.87 staat dat uitsluiting mogelijk is, indien de inschrijver of gegadigde verkeert in een staat van faillissement of liquidatie, diens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens hem een surseance van betaling of een (faillissements-)akkoord geldt, of de gegadigde of inschrijver in een andere vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure uit hoofde van op hem van toepassing zijn de wet- en regelgeving.

Het faillissement en de surseance van betaling worden letterlijk genoemd in het artikel. Dit betekent dat een ondernemer dus daadwerkelijk kan worden uitgesloten op grond van dit artikel. De doorstart is niet geregeld in dit artikel. Dit komt, omdat het bij dit artikel gaat om de situatie dat er binnen de onderneming van de inschrijver veranderingen plaatsvinden. In het geval van de doorstart vinden de veranderingen in de onderneming al vóór de inschrijving plaats. De inschrijver is in dat geval niet de failliete ondernemer, maar de doorstartende partij. Deze doorstartende partij verkeert niet in een situatie zoals genoemd in art. 2.87 Aw, waardoor hij niet kan worden uitgesloten van deelname.

De vraag is of het artikel ook van toepassing kan worden verklaard op de pre-pack. De laatste zin van het artikel geeft aan dat uitsluiting ook mogelijk is indien de gegadigde of de inschrijver verkeert in een andere vergelijkbare toestand ingevolge een soortgelijke procedure uit hoofde van op hem van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Een pre-pack is weliswaar niet geregeld in de wet, maar is wel een vergelijkbare procedure die in de praktijk erg vaak wordt toegepast. Het lastige aan de pre-pack is dat deze niet in de wet- en regelgeving is vastgelegd. Dit heeft als gevolg dat de opdrachtgever niet kan toetsen aan de wet. Een pre-pack wordt weliswaar uitgesproken door een rechter, maar er is geen register waarin de pre-pack wordt vermeld. Het gegeven dat een pre-pack vaak in het geheim plaatsvindt, maakt het voor de opdrachtgever van een aanbesteding moeilijk om te toetsen of jegens de onderneming een pre-pack geldt.

¹⁴⁰ Zeelenberg, Gst. 2012/55, p. 2.

Een lichtpuntje in deze lastige situatie is dat er wel een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer (Wetsvoorstel Continuïteit ondernemingen I) ligt, waarin de pre-pack gecodificeerd wordt. In dat geval is het wellicht voor de opdrachtgever wel mogelijk om de pre-pack onder de uitsluitingsgrond te laten vallen. Of dit daadwerkelijk zo zal zijn, moet in de toekomst blijken.

5.1.2 De invloed van een insolventiesituatie tijdens een aanbestedingsprocedure

Als een ondernemer failliet gaat tijdens een aanbesteding dan kan dit op twee momenten, omdat de aanbestedingsprocedure kan worden verdeeld in twee fasen.

Na inschrijving maar vóór voorlopige gunning

Allereerst wordt ingegaan op fase één, namelijk als de onderneming na de inschrijving, maar vóór de voorlopige gunning in een insolventiesituatie komt te verkeren. Als een onderneming failliet gaat nadat hij zich heeft ingeschreven, dan toetst de aanbestedende dienst altijd nog vóór de voorlopige gunning of er een uitsluitingsgrond van toepassing is. Hierboven heeft u kunnen lezen dat er een uitsluitingsgrond van toepassing kan zijn bij een faillissement en surseance van betaling. Als de onderneming dus in een faillissement of een surseance van betaling verkeert voordat de opdracht voorlopig gegund wordt, is er niets aan de hand omdat op hem een uitsluitingsgrond van toepassing is, waardoor hij van deelname wordt uitgesloten.

Bij een doorstart die plaatsvindt tussen de inschrijving en de voorlopige gunning hangt de invloed die de doorstart op de procedure heeft af van het stadium dat vooraf is gegaan aan de doorstart. Dit kan namelijk een faillissement of een pre-pack zijn. Als er een faillissement of een surseance van betaling vooraf is gegaan is er geen probleem, omdat de ondernemer dan al ten tijde van de inschrijving in staat van faillissement verkeerde of jegens hem een surseance van betaling gold, waardoor op hem de uitsluitingsgrond van 2.87 lid 1 onder a van toepassing was.

De procedure verloopt anders indien er voorafgaand aan de doorstart een pre-pack heeft plaatsgevonden. In dat geval wist de aanbestedende dienst niets van de pre-pack af. De eigenlijke inschrijver (failliete onderneming) valt alsnog af, omdat op hem een uitsluitingsgrond van toepassing is. De doorstartende partij kan de inschrijving niet overnemen. Dit komt, omdat de eigenlijke inschrijver en de doorstartende ondernemer twee verschillende ondernemingen zijn. De economische en juridische entiteit van de eigenlijke inschrijver is niet meer hetzelfde. Indien de inschrijftermijn nog niet is verstreken, kan de doorstartende partij een eigen inschrijving doen. Is de inschrijftermijn echter al wel verstreken, dan is er geen mogelijkheid meer voor de doorstartende partij om aan de procedure deel te nemen.

Tussen de voorlopige gunning en de definitieve verlening van de opdracht

Van de tweede fase is sprake als er een insolventiesituatie intreedt tussen de voorlopige gunning van de opdracht en de definitieve verlening hiervan. Het kan voorkomen dat de onderneming in een insolventiesituatie verkeert, nadat de opdracht al voorlopig aan hem is gegund, maar voordat de opdracht definitief aan hem is verleend. Tussen de bekendmaking van de voorlopige gunning en het daadwerkelijk verlenen van de opdracht zit bij de Europese procedures 20 dagen. Het kan dus zo zijn dat een onderneming in deze periode failliet gaat, een surseance van betaling aanvraagt, jegens hem een pre-pack wordt uitgesproken of dat zij een doorstart maakt als gevolg van een pre-pack. Alleen de doorstart als gevolg van een pre-pack is hier van toepassing. Als er namelijk een doorstart zal plaatsvinden na een faillissement of een surseance van betaling, dan gold er ten tijde van de voorlopige gunning een uitsluitingsgrond, waardoor er aan die inschrijver niet meer gegund kan worden. Een pre-pack kan niet getoetst en uitgesloten worden, waardoor een doorstart als gevolg van een pre-pack wel voor kan komen.

Er is dus eerst sprake van een voorlopige gunning. Pas als de opdracht definitief verleend is, is er sprake van een definitieve gunning. Omdat er enkel nog sprake is van een voorlopige gunning, levert een faillissement of een surseance van betaling geen probleem op. De opdracht kan in dat geval alsnog aan een andere partij worden gegund, omdat de uitsluitingsgrond op de failliet van toepassing is.

Ook hier loopt de aanbestedende dienst weer tegen een probleem aan als het gaat om een pre-pack die wordt verleend tussen de voorlopige en definitieve gunning. De aanbestedende dienst weet niet van de pre-pack, waardoor de opdracht waarschijnlijk definitief gegund wordt aan de onderneming jegens wie de pre-pack geldt. De stille bewindvoerder zal wellicht akkoord gaan met een deelname aan de procedure, omdat deze het bedrijf meer waard maakt. Wanneer een ondernemer jegens wie een pre-pack geldt, deelneemt aan de procedure is dat nadelig voor de opdrachtgever, omdat er na een pre-pack een faillissement of een doorstart plaatsvindt. Bij een faillissement zal er weer opnieuw een contractpartij moeten worden gevonden, middels een nieuwe aanbestedingsprocedure. Bij een doorstart kan er echter sprake zijn van een wezenlijke wijziging, waardoor er wellicht ook een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. Dit is erg nadelig voor de opdrachtgever, want dit kost veel tijd en geld.

Artikel 2.87 Aw geeft alleen aan wat er met de inschrijver gebeurt als er een insolventiesituatie optreedt. Zoals in hoofdstuk vier aan bod is gekomen, mogen inschrijvers een beroep doen op onderaannemers. Het kan zijn dat niet de inschrijver, maar de onderaannemer failliet gaat tijdens de procedure. De vraag is wat er gebeurt met de inschrijving als de onderaannemer op wiens ervaring of omzet een beroep wordt gedaan failliet is of gedurende de aanbestedingsprocedure failliet gaat? De hoofdschrijver is namelijk niet failliet. In beginsel is het zo dat door het faillissement de hoofdschrijver niet meer kan voldoen aan de geschiktheidseisen. De inschrijving zal daarom terzijde moeten worden gelegd.¹⁴¹

5.1.3 De invloed van een insolventiesituatie na een aanbestedingsprocedure

Indien de opdracht definitief is verleend en de opdracht is overgedragen, komt de aanbestedingsprocedure ten einde en wordt de aanbestedingsovereenkomst uitgevoerd door de onderneming waaraan de opdracht is verleend. De gesloten overeenkomst is vanaf dat moment het document waaruit rechten en plichten voortvloeien. Een wijziging in deze overeenkomst, waarvan sprake kan zijn als de onderneming failliet gaat, heeft gevolgen voor de overeenkomst. Hieronder zal worden uitgelegd wat de gevolgen voor de overeenkomst zijn. Hierbij wordt ingegaan op de verschillende insolventiesituaties.

5.1.3.1 De invloed van een faillissement of surseance

Wanneer er een goede analyse gemaakt wordt van de wet- en regelgeving die van toepassing is bij een faillissement, zal men zien dat er een soort stappenplan is opgenomen. Dit stappenplan blijkt met name uit de richtlijn 24 in combinatie met de Aanbestedingswet.

Stap 1: vragen om gestanddoening overeenkomst bij curator

In de meeste gevallen is de allereerste stap in geval van faillissement en surseance van betaling, de vraag aan de curator of hij de overeenkomst gestand doet op grond van art. 37 Fw. Als de curator de overeenkomst namelijk gestand doet, is er niets aan de hand want dan wordt de opdracht gewoon uitgevoerd. Het kan ook zo zijn dat de curator de overeenkomst voor een bepaalde periode gestand doet. In dat geval kan er in die periode een nieuwe contractpartij worden gevonden. Pas als de curator de overeenkomst niet gestand doet, moet er gekeken worden naar de Aanbestedingsrechterlijke bepalingen.

Als de curator bij een faillissement de overeenkomst niet gestand doet, dan vindt er een beëindiging van de opdracht/overeenkomst plaats. Deze beëindiging is niet van rechtswege.¹⁴² Voor het uitvoeren van de niet uitgevoerde werkzaamheden van de opdracht dient er een nieuwe onderneming gecontracteerd te worden. Bij een surseance van betaling geldt hetzelfde alleen is dit geregeld in art 236 Fw. Ook hierin is bepaald dat er aan de bewindvoerder en de ondernemer gevraagd kan worden of zij de overeenkomst gestand willen doen. Doen zij dit dan kan de overeenkomst voortgezet worden. Doen zij dit niet dan wordt de overeenkomst ook ontbonden (niet van rechtswege). Bij een ontbinding komt de wezenlijke wijziging om de hoek kijken.

¹⁴¹ Zeelenberg, Gst. 2012/55, p. 2.

¹⁴² Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1057.

Door het wegvallen van de ondernemer en de opdracht vindt er een wezenlijke wijziging plaats en dient er in geval van een faillissement of een surseance, wanneer er geen doorstart plaatsvindt, in beginsel opnieuw een aanbestedingsprocedure te worden gevolgd.

Zoals hierboven al vermeld is art. 37 Fw in de meeste gevallen de eerste stap. Dit is echter niet zo als er in de overeenkomst een verplichte uitsluitingsgrond of ontbindingsgrond is opgenomen in het geval van een faillissement of een surseance van de ondernemer. Deze ontbinding hoeft dan niet van rechtswege te zijn. Als er in de overeenkomst namelijk een grond is opgenomen dat de overeenkomst ontbonden wordt in geval van faillissement of surseance, dan moet de opdrachtgever hiertoe actie ondernemen. Art. 37 Fw zegt dat een contract in beginsel een contract is. De bepaling van de ontbinding blijft daardoor gewoon van kracht. Het heeft dan geen zin om de curator te verzoeken de overeenkomst gestand te doen, als dit op basis van de overeenkomst niet mogelijk is. Wanneer deze situatie zich voordoet, zal er een andere contractpartij gevonden moeten worden op basis van een van de volgende stappen.

Stap 2: Contractovername op grond van art. 72 lid 1 onder d van Richtlijn 24

Ten tweede kan het zo zijn dat er als gevolg van een faillissement of een pre-pack een doorstart wordt gemaakt. Bij een doorstart wordt de failliete ondernemer opgevolgd en is art. 72 lid 1 sub d van Richtlijn 24 van belang voor een eventuele contractovername door de doorstartende partij. In hoofdstuk 4 is al besproken dat deze richtlijn kortgezegd bepaalt dat er in geval van een doorstart contractovername plaats kan vinden als er een ondubbelzinnige herzieningsclausule is opgenomen of er rechtsopvolging plaatsvindt door insolventie en er geen sprake is van een wezenlijke wijziging in de zin van art. 72 lid 4 van Richtlijn 24. Dit laatste kan in de praktijk een probleem opleveren, omdat er bij een doorstart vaak onderhandeld wordt.¹⁴³ Zo kan er onderhandeld worden over de prijs of over de wijze van betaling. Een wijziging met betrekking tot de betaling is op grond van het arrest *Succhi di frutta* een wezenlijke wijziging.¹⁴⁴ De kans dat er dus toch een wezenlijke wijziging in de zin van art. 72 lid 4 van Richtlijn 24 plaatsvindt, is aanwezig en in dat geval zal er alsnog een nieuwe aanbestedingsprocedure moeten worden gevolgd.¹⁴⁵ Of art. 72 van Richtlijn 24 de situatie bij een doorstart daadwerkelijk makkelijker maakt, zal uit de praktijk moeten blijken.

Stap 3: De wachtkamerconstructie

Ervan uitgaande dat er niet wordt voldaan aan de eisen van art. 72 Richtlijn 24, volgt nu de derde stap. Het kan namelijk zo zijn dat er in de overeenkomst een wachtkamerconstructie is opgenomen, die een uitkomst biedt. De wachtkamerconstructie houdt namelijk in dat in geval de uitvoerende ondernemer wegvalt, de opdracht kan worden overgedragen aan de ondernemer die tijdens de aanbesteding als tweede is geëindigd. Dit kan dus alleen als deze constructie is opgenomen in de overeenkomst. Is deze constructie niet opgenomen, dan moet er alsnog een nieuwe aanbestedingsprocedure worden gevolgd. De wachtkamerconstructie wordt in paragraaf 6.4 verder behandeld.

Stap 4: Dwingende spoed

De vierde stap is wanneer curator de overeenkomst niet gestand doet, artikel 72 Richtlijn 24 kan niet worden toegepast en er geen wachtkamerconstructie is opgenomen in de overeenkomst. Een volgende optie is dan dat er sprake is van dwingende spoed, waardoor er een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging kan worden gebruikt. Wanneer er sprake is van dwingende spoed is al besproken in hoofdstuk drie en vier. Dwingende spoed wordt niet zomaar aangenomen. *“Er moet dan namelijk sprake zijn van i) het bestaan van een onvoorziene gebeurtenis, ii) het bestaan van dwingende spoed die onverenigbaar is met de inachtneming van termijnen van de openbare, niet-openbare en de onderhandelingen met*

¹⁴³ Kleijn & Ten Cate, *Tvl* 2014/29, p.6.

¹⁴⁴ HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*).

¹⁴⁵ Kleijn & Ten Cate, *Tvl* 2014/29, p.6.

*voorafgaande mededinging, alsmede iii) het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dwingende spoed.*¹⁴⁶

Stap 5: Versnelde procedure

Wanneer er geen sprake is van dwingende spoed kan er wellicht nog wel een versnelde procedure worden gevolgd op grond van art. 2.74 Aw. In dat geval moet er sprake zijn van een urgente situatie en hiervan is eerder sprake als van dwingende spoed. Mocht er ook geen sprake zijn van een urgente situatie, waardoor er ook geen versnelde procedure kan worden gevolgd, dan moet er via de normale regels worden aanbesteed.¹⁴⁷ Dit houdt in dat er een hele nieuwe procedure moet worden gevolgd conform de aanbestedingsregelgeving. Welke procedure er dan moet worden gevolgd, hangt af van de geraamde waarde van de opdracht. Het kan zijn dat dit een andere procedure is dan die in eerste instantie gebruikt is. Een deel van de opdracht is namelijk al uitgevoerd door de failliet. De nieuwe opdracht heeft alleen betrekking op de werkzaamheden die nog moeten worden uitgevoerd, waardoor de waarde van de opdracht lager is.

5.1.3.2 De invloed van een doorstart

Bij een doorstart is er sprake van een wezenlijke wijziging en moet de opdracht in beginsel opnieuw worden aanbesteed. Artikel 72 van Richtlijn 24 bepaalt echter dat opdrachten zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kunnen worden gewijzigd in geval de oude aannemer aan wie de opdracht is gegund, wordt vervangen door een nieuwe aannemer als gevolg van een doorstart. Door deze bepaling kan een overeenkomst tot het verlenen van een opdracht dus door een andere ondernemer worden overgenomen. Wel moet er dan sprake zijn van een omstandigheid die de aanbestedende dienst niet kon voorzien of moet er een ondubbelzinnige herzieningsclausule zijn opgenomen in de overeenkomst. In ieder geval mag de wijziging niet wezenlijk zijn in de zin van lid 4 van art. 72 Richtlijn 24.

5.1.3.3 De invloed van een pre-pack

Tot slot is er nog de pre-pack. Een pre-pack heeft niet per se gevolgen voor de overeenkomsten. Echter, er wordt bij een pre-pack vaak een doorstart gemaakt, die meteen na het faillissement kan worden gerealiseerd. De pre-pack zelf heeft dan wel geen invloed op de overeenkomst, maar de doorstart die wordt gerealiseerd wel. In dat geval geldt dat de opdracht grond van art. 72 Richtlijn 24 zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kan worden gegund aan de doorstartende partij.

Er zijn echter wel uitzonderingen op bovenstaand stappenplan. Het kan namelijk ook zijn dat in de overeenkomst zelf of in de voorwaarden die van toepassing zijn op de verleende opdracht een bepaling is opgenomen, waardoor er bij een faillissement de opdracht kan worden overgedragen aan een derde of aan een inschrijver die op de tweede plaats is geëindigd. Op bepalingen die dit mogelijk maken wordt in paragraaf 5.4 nader ingegaan.

5.2 Insolventiesituaties bij procedures waarop het verlicht regime van toepassing is

Omdat er binnen Bizob bij een aanbesteding waarop het verlicht regime van toepassing is meestal gebruik wordt gemaakt van het bestuurlijk aanbesteden, wordt in deze paragraaf de invloed van een insolventiesituatie op een bestuurlijke aanbesteding uiteengezet. Hierbij wordt uiteengezet wat de invloed vóór, tijdens en na de procedure is en worden de verschillen met de reguliere aanbestedingsprocedure aangestipt.

Bestuurlijk aanbesteden is een lastige procedure. Het is een procedure die onder het verlicht regime valt, waardoor alleen de Gids Proportionaliteit van toepassing is en de algemene beginselen van aanbesteding en bestuur. Bij het gebruik van deze procedure wordt de grens van de wetgeving soms opgezocht.

¹⁴⁶ Rb 's-Gravenhage 2 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI8761.

¹⁴⁷ Zeelenberg, Gst. 2012/55, p. 4.

Als een ondernemer die middels een bestuurlijke aanbesteding contractpartij is geworden failliet gaat, kan er op verschillende manieren een nieuwe contractpartij gevonden worden. Eigenlijk bevindt het bestuurlijk aanbesteden zich in een grijs gebied. Omdat het een grijs gebied is, is het lastig om te bepalen wat nu de invloed van een insolventiesituatie is op een overeenkomst die is gesloten op basis van het bestuurlijk aanbesteden (of andere procedures op grond van het verlicht regime).

In ieder geval blijft de regel gelden dat er geen wezenlijke wijziging plaats mag vinden. Een insolventiesituatie zorgt vaak wel voor een wezenlijke wijziging, waardoor er in beginsel opnieuw moet worden aanbesteed. Bij bestuurlijk aanbesteden is er sprake van een open systeem. De inschrijving is laagdrempelig en staat open voor iedereen. Doordat er vaak in de overeenkomst een bepaling is opgenomen, waardoor cliënten makkelijk kunnen worden overgenomen, hoeft de opdracht niet opnieuw in de markt te worden gezet. Er zijn namelijk al een aantal contractanten, waardoor er makkelijk een nieuwe partij kan worden gevonden. De cliënten hebben hierbij een keuzevrijheid.

5.2.1 De invloed van een insolventiesituatie vóór, tijdens en na de aanbestedingsprocedure bij een bestuurlijke aanbesteding

Ook op een bestuurlijke aanbesteding worden in de meeste gevallen de facultatieve uitsluitingsgronden van art. 2.87 Aw van toepassing verklaard. Voor de invloed vóór de aanbestedingsprocedure geldt dus hetzelfde als voor de reguliere procedure (zie paragraaf 5.1.1 en 5.1.2). Wel heeft een insolventiesituatie andere gevolgen tijdens en na afloop van de aanbestedingsprocedure als het gaat om een bestuurlijke aanbesteding. Bij bestuurlijk aanbesteden hoeft de aanbestedende dienst zich niet te houden aan de Aanbestedingswet. De overeenkomst is daardoor bij bestuurlijk aanbesteden leidend. Bij bestuurlijk aanbesteden is er tijdens de procedure sprake van een basis- en deelovereenkomst die gesloten dient te worden tussen de gemeente en de aanbieder. Indien er enkel een basisovereenkomst is afgesloten met een aanbieder, jegens wie een insolventiesituatie geldt, dan dient deze opgezegd te worden. Dit heeft verder geen gevolgen voor de uitvoering van de dienstverlening, aangezien de basisovereenkomst enkel betrekking heeft op de overlegstructuur tussen de gemeente en de aanbieder. De basisovereenkomst kan ook wel gezien worden als een samenwerkingsovereenkomst.

De bestuurlijke aanbesteding eindigt met het afsluiten van een deelovereenkomst met de dienstverleners die de opdracht daadwerkelijk uit gaan voeren. De deelovereenkomst is daarom te zien als een uitvoeringsovereenkomst. Zowel in de basisovereenkomst als in de deelovereenkomst verschillen de bepalingen per opdracht ten aanzien van een faillissement, surseance van betaling en een doorstart gedurende de uitvoering van de opdracht. Per geval dient er dus in de basisovereenkomst en in de deelovereenkomst te worden gekeken naar wat er bepaald is ten opzichte van een insolventiesituatie. De gevolgen kunnen dus per overeenkomst verschillen en zijn afhankelijk van de bepalingen uit de betreffende overeenkomsten. In 5.3.1 en 6.4 wordt nader ingegaan op de overeenkomst binnen het bestuurlijk aanbesteden.

5.3 Gronden waarop de overeenkomst ontbonden kan worden

In de vorige paragrafen is duidelijk geworden dat een insolventiesituatie van grote invloed kan zijn op de aanbestedingsprocedure of de overeenkomst die daaruit voortvloeit. De overeenkomst wordt in het kader van art. 37 Fw wel als leidend beschouwd, omdat een contract nu eenmaal een contract blijft. Een overeenkomst kan op meerdere gronden ontbonden worden. Zo kan er uit de wet- en regelgeving die op de overeenkomst van toepassing is een ontbindingsgrond voortvloeien. Ook kan er in andere documenten zoals in de voorwaarden die van toepassing zijn op een overeenkomst een ontbindingsgrond zijn opgenomen. Hieronder zullen de ontbindingsgronden uit de wet uiteengezet worden. Tevens wordt er ingegaan op de ontbindingsgronden die voortvloeien uit stukken die tot de overeenkomst behoren of de overeenkomst zelf.

5.3.1 Ontbindingsgronden op grond van de wet

Te beginnen bij de Aanbestedingswet en de Richtlijn 24. Opmerkelijk is dat er in zowel de richtlijn als in de Aanbestedingswet zelf geen bepaling is opgenomen, die bepaalt dat de overeenkomst wordt ontbonden in geval van een insolventiesituatie. Artikel 2.87 lid 1 onder a is hier namelijk niet van toepassing, omdat dit een uitsluitingsgrond is voor deelname aan de aanbestedingsprocedure. De overeenkomst wordt pas gesloten na de aanbestedingsprocedure, waardoor uitsluiting niet meer van toepassing is.

Wel is er in de Faillissementswet een bepaling opgenomen waarop de overeenkomst met de failliet kan worden ontbonden. Artikel 37 van de Faillissementswet bepaalt dat de aanbestedende dienst de curator een termijn kan stellen waarin hij laat weten of hij de overeenkomst gestand wil doen. Als de curator de overeenkomst niet gestand doet, wordt de overeenkomst ontbonden. In de vorige hoofdstukken is al duidelijk geworden dat deze ontbinding niet van rechtswege is.¹⁴⁸

Tot slot is er nog de ontbinding van de overeenkomst op grond van het contractenrecht. Indien er namelijk in de Richtlijnen en in de Aanbestedingswet, andere relevante wet- en regelgeving of in de overeenkomst niets is opgenomen over ontbinding van de overeenkomst, wordt er teruggevallen op het contractenrecht. Bij een aanbesteding is er immers sprake van een privaatrechtelijke overeenkomst. De ontbinding van de overeenkomst is geregeld in art. 6:265 BW. Binnen het contractenrecht kan een overeenkomst worden ontbonden wanneer de andere partij tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen.¹⁴⁹ *“Daarnaast dient de nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk te zijn of dient de wederpartij ‘in verzuim’ te zijn.”*¹⁵⁰ *“Van verzuim is sprake wanneer er fatale termijnen zijn overschreden, wanneer de wederpartij in gebreke is gesteld of wanneer de wederpartij zelf aangeeft niet na te zullen komen.”*¹⁵¹

5.3.2 Ontbindingsgronden op grond van de overeenkomst

Bij een aanbesteding is er sprake van een overheidsopdracht. Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meerdere aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten (art. 2 lid 8 Richtlijn 24). De overheidsopdracht omvat alle aanbestedingsstukken. U kunt zich voorstellen dat dit een groot pakket is. Het kan zijn dat er in de aanbestedingsstukken tegenstrijdige bepalingen staan. Binnen de aanbestedingsstukken geldt in geval van tegenstrijdigheid een hiërarchische volgorde: 1. Overeenkomst 2. Nota van inlichtingen 3. Aanbestedingsdocument 4. Inkoopvoorwaarden 5. Inschrijving.

Er zijn binnen Bizob standaarddocumenten opgesteld, waaronder standaardovereenkomsten per domein. Deze overeenkomsten worden vervolgens afhankelijk van de opdracht op maat gemaakt. In deze standaardovereenkomsten is geen ontbindingsgrond opgenomen in geval van een insolventiesituatie. Indien een opdracht het domein facilitair betreft, worden op deze overeenkomsten de inkoopvoorwaarden Leveringen en Diensten 2013 (hierna: inkoopvoorwaarden) van toepassing verklaard.

¹⁴⁸ Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1057.

¹⁴⁹ ‘Contractenrecht: Hoe beëindig ik een overeenkomst? Opzegging, ontbinding en vernietiging’ Dirkzwager ondernemingsrecht 6 augustus 2014, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl (zoek op contractenrecht).

¹⁵⁰ ‘Contractenrecht: Hoe beëindig ik een overeenkomst? Opzegging, ontbinding en vernietiging’ Dirkzwager ondernemingsrecht 6 augustus 2014, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl (zoek op contractenrecht).

¹⁵¹ ‘Contractenrecht: Hoe beëindig ik een overeenkomst? Opzegging, ontbinding en vernietiging’ Dirkzwager ondernemingsrecht 6 augustus 2014, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl (zoek op contractenrecht).

In de inkoopvoorwaarden is in artikel 25 opgenomen dat ieder der partijen het recht heeft de overeenkomst zonder tussenkomst en zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang te ontbinden indien ten aanzien van de andere partij faillissement is aangevraagd dan wel uitgesproken of, al dan niet voorlopig, surseance van betaling is aangevraagd of verleend. Een dergelijke ontbinding kan ook plaatsvinden als de andere partij fuseert, splitst of op enigerlei wijze (een deel van) het bedrijf overdraagt. Deze bepaling regelt dus dat er in geval van faillissement, surseance van betaling en doorstart kan worden ontbonden.

Of er in de nota van inlichtingen of in het aanbestedingsdocument al dan niet een ontbindingsgrond staat, kan niet getoetst worden. De Nota van Inlichtingen en het aanbestedingsdocument verschilt namelijk per aanbesteding.

In paragraaf 5.2 werd al toegelicht dat er bij het Sociaal Domein sprake is van een basisovereenkomst en een deelovereenkomst. In sommige basisovereenkomsten wordt de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw opgenomen waardoor de dienstverlener waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, moet worden uitgesloten van deelname. Als gevolg van deze uitsluiting wordt de overeenkomst ontbonden. Dit gebeurt niet van rechtswege, waardoor de aanbestedende dienst hiervoor actie moet ondernemen.

Is sommige gevallen wordt er echter een ontbindingsmogelijkheid opgenomen. Indien er in de basisovereenkomst een verplichting tot ontbinding is opgenomen (uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw) en in de deelovereenkomst een mogelijkheid tot ontbinding, dan hangt van de rangorde die in de overeenkomsten is bepaald af welke bepaling moet worden gevolgd (zie paragraaf 5.4.4.).

5.4 tussenconclusie

Voor de invloed van een insolventiesituatie op de aanbestedingsprocedure en de overeenkomst die daaruit voortvloeit, moet onderscheid worden gemaakt tussen de invloed vóór, tijdens en na een aanbestedingsprocedure. Als er sprake is van een aanbestedingsprocedure waarop het volledig regime van toepassing is, dan geldt ten aanzien van de invloed vóór en tijdens de aanbestedingsprocedure dat de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw van toepassing is. Op basis van deze uitsluitingsgrond moet de ondernemer die in staat van faillissement verkeert of jegens wie een surseance van betaling geldt uitgesloten worden. Als er sprake is van een doorstart geldt deze uitsluitingsgrond niet. De doorstart is namelijk al gerealiseerd, waardoor er geen sprake meer is van een faillissement. De pre-pack valt ook niet onder deze uitsluitingsgrond omdat die niet in de wet geregeld is.

De grootste invloed heeft een insolventiesituatie na de aanbestedingsprocedure. Op dat moment is er namelijk sprake van een overeenkomst. Door de insolventiesituatie vindt er een wezenlijke wijziging van de overeenkomst plaats en moet de opdracht op grond van het aanbestedingsrecht in beginsel opnieuw worden aanbesteed. Voor een antwoord de vraag of er wellicht sprake is van een uitzondering, kan een stappenplan gevolgd worden. De eerste stap is om de curator te vragen of hij de overeenkomst gestand doet en voor welke termijn. Wanneer de curator de overeenkomst gestand doet, kan er in de tussentijd een nieuwe contractpartij gevonden worden door het volgen van een aanbestedingsprocedure.

Wellicht dat er na het faillissement een doorstart wordt gerealiseerd. In dat geval kan er een contractovername plaatsvinden op grond van art. 72 lid 1 onder d Richtlijn 24, mits er geen sprake is van een andere wezenlijke wijziging van de opdracht. Wanneer art. 72 lid 1 onder d Richtlijn 24 niet op gaat, kan er wellicht nog worden teruggevallen op de herzieningsclausule of een wachtkamerconstructie. Wanneer geen van bovenstaande opties gelden, kan men een beroep doen op dwingend spoed. Wanneer er sprake is van dwingend spoed kan de opdracht middels een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging worden gegund. Wanneer er geen sprake is van dringende spoed kan er wellicht nog een versnelde procedure gevolgd worden. Als ook hier geen sprake van is, dan zit er niets anders op dan de opdracht opnieuw in de markt te zetten.

Hoofdstuk 6 Mogelijke contractuele bepalingen

In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden dat de invloed van een insolventiesituatie het grootste is na de aanbestedingsprocedure. Op dat moment is er een overeenkomst gesloten en duidelijk is geworden dat er niet zomaar contractovername plaats kan vinden. Het is dan ook belangrijk dat er in de overeenkomsten van Bizob bepalingen opgenomen worden, die de opdrachtgever beter kan beschermen tegen een insolventiesituatie. In paragraaf 6.1 wordt ingegaan op de mogelijke bepalingen in contracten met betrekking tot een faillissement en een surseance van betaling. In paragraaf 6.2 worden de mogelijke bepalingen die betrekking hebben op een contractovername met de doorstartende partij toegelicht. Vervolgens wordt er in paragraaf 6.3 ingegaan op de mogelijke bepalingen ten aanzien van de pre-pack. Tot slot gaat paragraaf 6.4 in op de mogelijke bepalingen in de overeenkomsten die betrekking hebben op sociale en specifieke diensten die middels een bestuurlijke aanbesteding op de markt worden gezet.

6.1 Contractuele bepalingen met betrekking tot een faillissement en surseance van betaling

In de meeste contracten is er al een bepaling opgenomen dat de overeenkomst ontbonden kan worden in geval van faillissement, surseance van betaling of doorstart. Deze bepaling is in ieder geval al opgenomen in de inkoopvoorwaarden. Het is gunstig voor de opdrachtgever om een kan-bepaling op te nemen. In dat geval heeft de opdrachtgever namelijk de keuze om de overeenkomst te ontbinden of niet. Het kan echter ook voorkomen dat in de overeenkomst wordt bepaald dat de overeenkomst ontbonden moet worden of dat dit zelfs van rechtswege gebeurt in geval van een insolventiesituatie. Een dergelijke bepaling is niet gunstig voor de opdrachtgever, omdat zij dan geen keuze heeft. Sterker nog, bij een ontbinding van rechtswege of een verplichting tot ontbinding kan er, wanneer de overeenkomst daadwerkelijk is beëindigd, zelfs geen contractovername meer plaatsvinden. In dat geval is de enige mogelijkheid nog het volgen van een nieuwe aanbestedingsprocedure, weliswaar nog met de mogelijkheid van onderhandse gunning door dwingende spoed of het volgen van een versnelde procedure. De beste optie is dus om een kan-bepaling op te nemen in de overeenkomst, waardoor de opdrachtgever zelf de keuze heeft om te ontbinden of niet.

Herzieningsclausule

Ten tweede kan er op grond van art. 72 lid 1 sub d onder i van Richtlijn 24 ook een contractovername plaatsvinden indien er een duidelijke en ondubbelzinnige herzieningsclausule is opgenomen in de overeenkomst. Naast de mogelijkheid van contractovername door de doorstartende partij in geval van een insolventiesituatie kan er ook een herzieningsclausule worden opgenomen in de overeenkomsten, voor het geval er niet aan de eisen van art. 72 lid 1 sub d onder ii van Richtlijn 24 wordt voldaan.

Wachtkamerconstructie

Daarnaast is het mogelijk om een wachtkamerconstructie op te nemen in de overeenkomst. De aanbestedende dienst behoudt zich bij de wachtkamerconstructie het recht voor om bij ontbinding van de overeenkomst of bij faillissement de opdracht alsnog te gunnen aan de nummer twee. Het opnemen van een wachtkamerconstructie mag niet onbeperkt gebeuren. Over de voorwaarden van een wachtkamerconstructie is het een en ander bepaald in het Politiepistolen-arrest.¹⁵² *“Uit dit arrest kan worden afgeleid dat een aanbestedende dienst de opdracht, in het geval van een mislukte uitvoering van de opdracht, niet zomaar kan gunnen aan de nummer twee in de rangorde.”*¹⁵³ Dit uitgangspunt geldt ook als de contractpartij van de aanbestedende dienst failliet gaat.¹⁵⁴

¹⁵² ‘Visie 9: De wezenlijke wijziging’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 14 oktober 2015, www.pianoo.nl (zoek op *wezenlijke wijziging*).

¹⁵³ Rb. ’s-Gravenhage (vrz.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1636.

¹⁵⁴ ‘Visie 9: De wezenlijke wijziging’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 14 oktober 2015, www.pianoo.nl (zoek op *wezenlijke wijziging*).

Ook het Preettext-arrest is van toepassing op de wachtkamerconstructie. *“Dit arrest bepaalt dat de vervanging van de contractpartij door de nummer twee in de rangorde slechts is toegestaan, als vervanging in de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht is vastgelegd.”*¹⁵⁵ Het is daarom ook belangrijk om de wachtkamerconstructie op te nemen in de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht en in het aanbestedingsdocument. Daarnaast moet er bij het opnemen van een wachtkamerconstructie wel rekening worden gehouden met het non-discriminatie beginsel, proportionaliteitsbeginsel en het verbod van willekeur.¹⁵⁶ Tot slot mag de gestanddoeningstermijn nog niet zijn verstreken en moet de tweede inschrijver in de rangorde zijn aanbidding ook nog gestand doen.¹⁵⁷

Tot slot is het verstandig om in een overeenkomst met een dochtermaatschappij van een grote moedermaatschappij, te vragen naar een holdinggarantie van de moedermaatschappij. Deze garantie houdt in dat in geval van faillissement de opdracht wordt uitgevoerd door de holding. Hiermee voorkomt de opdrachtgever dat er een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. Echter, dit laatste gaat niet altijd op. De holding moet namelijk wel over de middelen beschikken om de opdracht uit te voeren. Wanneer dit niet zo is, zal de holdinggarantie eerder een financiële zekerheid inhouden dan een zekerheid tot het uitvoeren van de werkzaamheden. In dat geval zal er voor het uitvoeren van de werkzaamheden alsnog een nieuwe partij moeten worden gecontracteerd, waardoor er sprake is van een wezenlijke wijziging en er wellicht alsnog een nieuwe aanbestedingsprocedure dient te worden gevolgd.

6.2 Contractuele bepalingen met betrekking tot een contractovername door de doorstartende partij

Omdat de richtlijn de mogelijkheid geeft dat de doorstartende partij het contract overneemt, is het niet nodig om een andere bepaling op te nemen die dit mogelijk maakt. Men zou enkel voor de duidelijkheid de bepaling uit de richtlijn over kunnen nemen in de overeenkomst.

6.3 Contractuele bepalingen met betrekking tot een pre-pack

In paragraaf 5.1 is al uitgelegd dat de pre-pack voor problemen kan zorgen gedurende de aanbestedingsprocedure. De uitsluitingsgrond van art. 2.87 lid 1 onder a is enkel van toepassing op het faillissement en de surseance van betaling. Hierdoor is de gegadigde of inschrijver ook niet verplicht in de eigen verklaring aan te geven dat jegens hem een pre-pack geldt. Toch kan een dergelijke pre-pack in een later stadium voor problemen zorgen omdat deze wordt gevolgd door een faillissement en daarna eventueel een doorstart. Het kan dan ook belangrijk zijn voor de aanbestedende dienst om te weten dat er jegens een onderneming een pre-pack geldt. De enige mogelijkheid om dit te achterhalen is via een voorwaarde in het aanbestedingsdocument die inhoudt dat de ondernemer kenbaar moet maken als jegens hem een pre-pack geldt. Doet hij dit vervolgens niet, dan kan de ondernemer worden uitgesloten van deelname op grond van art. 2.87 lid 1 onder e, namelijk het niet verschaffen van gevraagde informatie. Geeft de ondernemer echter wel netjes aan dat jegens hem een pre-pack geldt, dan kan hij op basis van deze pre-pack niet worden uitgesloten.

Het is echter de vraag of de aanbestedende dienst door in de aanbestedingsstukken op te nemen dat een pre-pack kenbaar gemaakt moet worden, niet handelt in strijd met het insolventierecht. Wel kan de aanbestedende dienst met deze situatie rekening houden door bepalingen op te nemen in de overeenkomst. Een van de manieren om hiermee rekening te houden is het opnemen van een wachtkamerconstructie. In het geval dat de opdracht dan toch aan de onderneming jegens wie de pre-pack geldt wordt gegund, is het namelijk aanneembaar dat niet al te lang na de definitieve gunning er een faillissement of een doorstart zal plaatsvinden.

¹⁵⁵ ‘Visie 9: De wezenlijke wijziging’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 14 oktober 2015, www.pianoo.nl (zoek op *wezenlijke wijziging*).

¹⁵⁶ ‘Visie 9: De wezenlijke wijziging’, *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 14 oktober 2015, www.pianoo.nl (zoek op *wezenlijke wijziging*).

¹⁵⁷ Zeelenberg, *Gst* 2012/55, p. 4.

In dat geval kan worden teruggevallen op de wachtkamerconstructie, of op een eventuele bepaling die contractovername door de doorstartende partij mogelijk maakt (art. 72 Richtlijn 24).

6.4 Contractuele bepalingen met betrekking tot sociale en specifieke diensten middels bestuurlijke aanbesteding

Bij het aanbesteden van sociale en specifieke diensten (ingeval van Wmo en Jeugdzorg) wordt er binnen Bizob vaak gebruik gemaakt van de bestuurlijke aanbesteding. Bij een bestuurlijke aanbesteding is er meer contractuele vrijheid, omdat er bij bestuurlijk aanbesteden sprake is van een verlicht regime en daardoor de Aanbestedingswet niet van toepassing is. Hieronder zullen een aantal mogelijke bepalingen worden besproken.

Ontbinding van rechtswege

Allereerst kan er in een overeenkomst een bepaling worden opgenomen dat de overeenkomst van rechtswege eindigt in geval van faillissement. Indien een dergelijke bepaling is opgenomen, wordt de overeenkomst automatisch ontbonden. Er is dan geen mogelijkheid meer tot contractovername door een derde. In dat geval dient de opdrachtgever vast te stellen of in de overeenkomsten wordt bepaald dat wanneer één van de dienstverleners wegvalt de dienstverlening door de andere gecontracteerde wordt overgenomen.¹⁵⁸ Als er geen enkele bepaling is opgenomen die het mogelijk maakt dat andere gecontracteerde de opdracht overnemen, zal er opnieuw moeten worden aanbesteed.¹⁵⁹

Verplichting tot ontbinding

Daarnaast wordt er vaak een bepaling opgenomen waarin is gesteld dat een aanbieder wordt uitgesloten van deelname als op hem een uitsluitingsgrond van toepassing is. Een van de uitsluitingsgronden die vaak op de aanbesteding van toepassing wordt verklaard, is als de aanbieder in staat van faillissement verkeert of jegens hem een surseance van betaling is uitgesproken. *“In bovenstaand geval moet de gefailleerde deelnemer daadwerkelijk worden uitgesloten. Daartoe moet wel actie worden ondernomen.”*¹⁶⁰ Als de overeenkomst daadwerkelijk is geëindigd of wordt beëindigd, is contractovername door een derde niet meer aan de orde. Er kan dan enkel nog een contractovername plaatsvinden indien de overeenkomst bepaalt dat een gecontracteerde het contract overneemt.¹⁶¹

In paragraaf 5.3 werd bij de ontbindingsgronden op grond van de wet uitgelegd dat de uitsluitingsgrond daar niet van toepassing is, omdat deze enkel betrekking heeft op de aanbestedingsprocedure en niet bij het uitvoeren van de opdracht. Bij bestuurlijk aanbesteden is dit anders, omdat verschillende ondernemers deel uit maken van de overeenkomst. De uitsluitingsgrond is in dat geval bedoeld om de ondernemer van die deelname uit te sluiten.

Keuze tot ontbinding

In de meeste gevallen wordt er echter een bepaling opgenomen waaruit volgt dat de opdrachtgever bevoegd is om de overeenkomst in geval van faillissement te ontbinden of op te zeggen. In dat geval heeft de opdrachtgever dus de keuze om de overeenkomst te ontbinden. Wanneer deze situatie zich voordoet is contractovername door een derde nog wel mogelijk. Wel moet dan in de overeenkomst een bepaling opgenomen worden waarin contractovername door een derde mogelijk wordt gemaakt.¹⁶² De opdrachtgever kan bij de mogelijkheid tot ontbinding ervoor kiezen om de overeenkomst te beëindigen, waardoor contractovername door derden niet meer mogelijk is, maar de dienstverlening wel nog door een andere gecontracteerde overgenomen kan worden. De opdrachtgever kan er ook voor kiezen om de overeenkomst gestand te doen en over te dragen aan een derde.¹⁶³

¹⁵⁸ Kiers & De Vries 2016, p.4.

¹⁵⁹ Kiers & De Vries 2016, p.4.

¹⁶⁰ Kiers & De Vries 2016, p. 3.

¹⁶¹ Kiers & De Vries 2016, p. 12.

¹⁶² Kiers & De Vries 2016, p.4.

¹⁶³ Kiers & De Vries 2016, p.4.

Het gunstigste is dus als de opdrachtgever in de overeenkomst opneemt dat hij de keuze heeft om al dan niet te ontbinden. Daarnaast moet er dan een bepaling worden opgenomen op grond waarvan contractovername door een derde mogelijk is of op grond waarvan een andere gecontracteerde de dienstverlening kan overnemen. De opdrachtgever heeft dan de volledige keuzevrijheid. Uit het rapport van VNG is gebleken dat bijna geen enkele overeenkomst een dergelijke bepaling bevat.¹⁶⁴ *“Wel wordt er vaker een algemenere bepaling aangetroffen, waarin wordt gesteld dat overdracht van rechten en verplichtingen uit de overeenkomst aan derden is toegestaan. De curator moet in zo’n geval aan de betreffende opdrachtgever akkoord vragen om alle rechten en verplichtingen aan de derde aanbieder over te dragen.”*¹⁶⁵ Omdat de bepaling niet specifiek toeziet op een faillissementssituatie kunnen andere contractpartijen bezwaar maken tegen de contractovername op basis van een dergelijke bepaling. *“In dat geval zou kunnen worden betoogd dat zij erop bedacht moesten zijn dat deze bepalingen zouden kunnen worden toegepast bij een faillissement.”*¹⁶⁶ Deze onduidelijkheid kan makkelijk opgelost worden door in de bepaling op te nemen dat dit ook mogelijk is in geval van faillissement, surseance van betaling of doorstart.

Wel moet de aanbestedende dienst er op letten dat de derde(n) de overeenkomst onder dezelfde voorwaarden overneemt c.q. overnemen. Bij een contractovername moet de aanbestedende dienst namelijk altijd het leerstuk van de wezenlijke wijziging in acht nemen.

Tussentijds toetreden

*“In sommige gevallen wordt er in de overeenkomst bepaald dat gedurende de looptijd van de overeenkomst ook nieuwe aanbieders kunnen worden gecontracteerd. Dit is meestal het geval bij bestuurlijk aanbesteden.”*¹⁶⁷ Het tussentijds toetreden, maakt geen contractovername mogelijk. *“Het gaat om nieuwe aanbieders die gedurende de overeenkomst nog een contract krijgen.”*¹⁶⁸ Wel zou bij een doorstart door een derde partij na faillissement, deze derde kunnen toetreden tot de overeenkomst, waarna het contract aan die derde kan worden overgedragen.¹⁶⁹ Bovenstaande is dus ook mogelijk indien de opdrachtgever verplicht is te ontbinden in geval van faillissement. In dat geval was het alleen nog maar mogelijk dat een andere gecontracteerde de dienstverlening overneemt. Door een derde toe te laten treden wordt hij een gecontracteerde en kan hij de dienstverlening overnemen. De vraag is echter of dit binnen een korte tijd te realiseren is. Er moet namelijk acuut gehandeld worden bij een faillissement, omdat anders de dienstverlening stil ligt.

De rangorde

Bij de overeenkomst binnen het bestuurlijk aanbesteden moet daarnaast onderscheid worden gemaakt tussen de basisovereenkomst en de deelovereenkomst. De bepalingen van hierboven kunnen in zowel de basis- als in de deelovereenkomst worden opgenomen. Vaak wordt de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw opgenomen in de basisovereenkomst, omdat hierin alle aanbieders zijn gecontracteerd. De uitsluitingsgrond geldt dan ook voor de aanbieder die de opdracht niet uitvoert. Indien de uitsluitingsgrond wordt opgenomen in de deelovereenkomst, geldt deze alleen voor de aanbieder waarmee de deelovereenkomst is gesloten.

Binnen Bizob zijn er een aantal overeenkomsten waarin in de deelovereenkomst de uitsluitingsgronden zijn opgenomen, waardoor ontbinding verplicht is en waarin in de deelovereenkomst een kan-bepaling is opgenomen. In een dergelijke situatie spreken de overeenkomsten elkaar tegen. Men moet in dat geval kijken naar de rangorde die in de overeenkomsten is bepaald.

¹⁶⁴ Kiers & De Vries 2016, p.5.

¹⁶⁵ Kiers & De Vries 2016, p. 5.

¹⁶⁶ Kiers & De Vries 2016, p. 6.

¹⁶⁷ Kiers & De Vries 2016, p. 8.

¹⁶⁸ Kiers & De Vries 2016, p. 9.

¹⁶⁹ Kiers & De Vries 2016, p. 7.

Vaak geldt de basisovereenkomst boven de deelopereenkomst, maar dit hoeft niet. Per geval dient goed te worden gecontroleerd welke rangorde er in de deelopereenkomst wordt vastgesteld.

Het is verstandig om eenzelfde rangorde te gebruiken in alle overeenkomsten. Aan de hand van deze rangorde kan dan worden beslist of een bepaling in de basisovereenkomst of in de deelopereenkomst dient te worden opgenomen. Daarnaast is het verstandig om in elke basis- en deelopereenkomst dezelfde ontbindingsgronden op te nemen, waardoor er bij alle overeenkomsten op dezelfde manier dient te worden gehandeld. Dit zorgt voor meer duidelijkheid.

6.5 Tussenconclusie

Reguliere procedures

Ten aanzien van de reguliere procedures waarop het volledig regime van toepassing is, is het vooral belangrijk om de opdrachtgever in de overeenkomst te beschermen tegen een faillissement of een surseance van de opdrachtnemer. Deze bescherming kan worden opgenomen in de vorm van een herzieningsclausule op grond waarvan de overeenkomst kan worden overgenomen door een derde. Wanneer er niet voldaan wordt aan de eisen van de herzieningsclausule kan er wellicht worden teruggevallen op de wachtkamerconstructie.

Ten aanzien van de doorstart wordt er in art. 72 Richtlijn 24 bepaald dat er geen nieuwe aanbestedingsprocedure hoeft te worden gevolgd, indien de opdrachtnemer wordt vervangen wegens rechtsopvolging als gevolg van insolventie. Er moet dus sprake zijn van een rechtsopvolging als gevolg van een insolventie en dat is bij de doorstart het geval. Omdat deze bepaling al in de Richtlijn is opgenomen is het niet noodzakelijk deze in de overeenkomsten op te nemen. Wel zou de opdrachtgever dit desondanks kunnen doen om onduidelijkheid te voorkomen.

Ten aanzien van de pre-pack is het alleen mogelijk om in de aanbestedingsdocumenten (die deel uitmaken van de overeenkomst) op te nemen dat de inschrijver kenbaar moet maken als jegens hem een pre-pack geldt. De vraag is alleen of dit niet in strijd is met het insolventierecht, omdat de pre-pack in stilte plaatsvindt. De enige meerwaarde van dergelijke bepaling is dat de opdrachtgever er op voorbereid is dat er een faillissement en een doorstart kan volgen. De inschrijver jegens wie een pre-pack geldt, kan namelijk niet worden uitgesloten, omdat de pre-pack niet onder de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw valt.

Bestuurlijk aanbesteden

Bij een bestuurlijke aanbesteding is het van belang om het volgende onderscheid te maken. Als er sprake is van een bepaling waarbij de overeenkomst hoe dan ook moet worden beëindigd, is het niet meer mogelijk om door een derde de contractovername plaats te laten vinden. Er is dan enkel nog contractovername door een andere gecontracteerde partij mogelijk, mits deze mogelijkheid in de overeenkomst is opgenomen. Als er sprake is van een bepaling die de opdrachtgever de bevoegdheid geeft om in geval van faillissement de overeenkomst te beëindigen, wordt het contract niet per direct ontbonden en is het nog wel mogelijk om het contract door een derde te laten overnemen. Ook deze mogelijkheid moet dan in de overeenkomst zijn opgenomen. Dit is een betere optie, omdat de aanbestedende dienst dan zelf de keuze heeft in de weg die zij wil volgen.

De beste optie om de opdrachtgever te beschermen tegen een insolventiesituatie is door in de overeenkomst een kan-bepaling op te nemen met betrekking tot de ontbinding. Vervolgens kan de opdrachtgever de overeenkomst gestand doen en een contractovername met een derde plaats laten vinden of hij kan de overeenkomst ontbinden, waardoor een andere gecontracteerde de dienstverlening over kan nemen.

Hoofdstuk 7 Conclusies

Aan de hand van het onderzoek kunnen er conclusies worden getrokken en kunnen er aan Bizob aanbevelingen worden gedaan. In paragraaf 7.1 zullen de conclusies ten aanzien van het bestaande protocol worden getrokken. In paragraaf 7.2 wordt vervolgens ingegaan op de conclusies ten aanzien van de huidige overeenkomsten. Tot slot worden in paragraaf 7.3 aanbevelingen gedaan.

In deze conclusie wordt antwoord gegeven op de vraag die centraal staat in dit onderzoek:

“Welke aanbevelingen kunnen worden gedaan ter verbetering van het huidige protocol en de huidige overeenkomsten die Bizob hanteert met betrekking tot aanbestedingen indien er sprake is van een insolventiesituatie bij de opdrachtnemer?”

7.1 Conclusies ten aanzien van het protocol

Binnen Bizob bestaat er één protocol. Dit protocol heeft betrekking op een faillissement van de ondernemer en is opgenomen in bijlage 2. Het protocol over het faillissement is erg kort en oppervlakkig. Tevens gaat dit protocol alleen over een faillissement. In dit onderzoek is duidelijk geworden dat het faillissement niet de enige insolventiesituatie is die van toepassing is binnen een aanbesteding. Naast het faillissement kan er jegens de ondernemer een pre-pack of een surseance van betaling gelden of kan de ondernemer een doorstart maken. Bovendien heeft het huidige protocol alleen betrekking op het domein werken. Een belangrijk domein waarvoor geen protocol bestaat, is het sociaal domein. Binnen het sociaal domein komen er de laatste tijd namelijk erg veel insolventiesituaties voor, waardoor het belangrijk is dat er ook voor dat domein een protocol wordt opgesteld. Voor de inkoopmedewerkers van Bizob zijn er twee protocollen opgesteld, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen een protocol ten aanzien van het volledig regime en een protocol ten aanzien van het bestuurlijk aanbesteden. Waar nodig zal in de protocollen aandacht worden besteed aan de verschillende insolventiesituaties. In beide protocollen wordt ingegaan op de stappen die vóór, tijdens en na de aanbestedingsprocedure gevolgd moeten worden. Het is echter niet efficiënt om een aantal verschillende protocollen op te stellen. In plaats daarvan is er één handboek opgesteld. In dit handboek worden de protocollen en algemene informatie over de verschillende insolventiesituaties opgenomen. De protocollen verwijzen naar de algemene informatie voor een verdere toelichting over het betreffende onderwerp. Het handboek is opgenomen in bijlage 1. Hieronder zal in worden gegaan op de punten uit het huidige protocol ten aanzien van het faillissement, die verduidelijkt kunnen worden en zal er in worden gegaan op belangrijke punten ten aanzien van de overige insolventiesituaties. In het handboek is vervolgens te zien hoe de conclusies zijn toegepast.

7.1.1 Belangrijke stappen ten aanzien van het faillissement

Voorkomen dat de onderaannemer retentierecht uitoefent

In vervolgstap twee van het huidige protocol (zie bijlage 2) wordt vermeld dat de stand van zaken vastgelegd moet worden, eigendom moet worden gekenmerkt en de bouwplaats moet worden verzegeld om te voorkomen dat onderaannemers het retentierecht uitoefenen. Een inkoopmedewerker is een leek op het gebied van faillissementsrecht en weet waarschijnlijk niet wat het retentierecht inhoudt. Het is dan ook belangrijk dat het retentierecht wordt toegelicht, zodat de inkoopmedewerker weet wat er wordt bedoeld en wat het nut is van deze stap.

Indien een onderaannemer een retentierecht uitoefent kan dat namelijk gevolgen hebben voor de opdrachtgever. *“De onderaannemer heeft een vordering op de opdrachtnemer, maar oefent een retentierecht uit op een zaak die meestal het eigendom is van de opdrachtgever. Het kan in het ergste geval zelfs zo zijn dat de onderaannemer zich uiteindelijk verhaalt op de eigendommen van de opdrachtgever, terwijl de opdrachtgever niets aan de onderaannemer verschuldigd is en mogelijk zelfs al voor de werkzaamheden van de onderaannemer heeft*

*betaald.*¹⁷⁰ Voor de onderaannemer is het uitoefenen van retentierecht een goede manier om toch nog betaling te ontvangen, indien jegens de opdrachtnemer een insolventiesituatie geldt. Voor de opdrachtgever is dit echter een situatie die dient te worden voorkomen.¹⁷¹

Het oplossen van gevaarlijke situaties

In vervolgstap drie wordt vermeldt dat er, indien nodig, een opdracht verstrekt kan worden aan de curator voor het oplossen van gevaarlijke situaties. Bij verzuim mag hiervoor een derde worden ingeschakeld, de kosten hiervan moeten worden verhaald op de curator. Ook dit punt is erg oppervlakkig. In hoofdstuk 4 werd al uiteengezet dat bovenstaande bepaald is in paragraaf 46 lid 3 van de UAV. In de UAV is echter niet opgenomen wanneer er sprake is van een gevaarlijke situatie. Voor de inkoopmedewerkers is dit dan ook onduidelijk. Aan de hand van een voorbeeld kan dit punt duidelijker worden. Daarnaast wordt er in de vervolgstap gesproken over verzuim. Een inkoopmedewerker weet niet wat deze term inhoudt, waardoor dit nader toegelicht moet worden.

Correspondentie met de curator

Ook vervolgstap vier is erg juridisch geformuleerd. Dit is binnen een faillissement een belangrijke stap. Het betreft namelijk art. 37 Fw, waarin de opdrachtgever een verzoek kan doen aan de curator om de overeenkomst gestand wil doen en hierbij zekerheid te stellen. In het protocol staat art. 35 Fw, maar uit de context blijkt dat art. 37 Fw wordt bedoeld. Deze stap moet duidelijk worden weergegeven in het protocol. In hoofdstuk 2 en 4 is ingegaan op de zekerheidstelling. Ook is hierbij ingegaan op de redelijke termijn die aan de curator moet worden gesteld, waarbinnen hij moet reageren op het verzoek. In het protocol wordt een termijn van acht dagen gehanteerd. Deze termijn wordt ook gehanteerd in paragraaf 46 van de UAV. In hoofdstuk 4 werd al duidelijk dat dit een redelijke termijn is. De curator kan aangeven wanneer een termijn in zijn ogen niet redelijk is. Zolang hij dit niet doet, kan de termijn van acht dagen worden gehanteerd. In het protocol staat wel dat de curator zekerheid moet stellen, maar staat niet wat een zekerheid is en hoe de curator deze afgeeft. Door dit toe te lichten weet de inkoopmedewerker wat hij kan verwachten.

7.1.2 Belangrijke stappen ten aanzien van de surseance

Ten aanzien van de surseance van betaling is het voor de inkoopmedewerkers van Bizob eigenlijk het belangrijkste om te weten of de werkzaamheden worden voortgezet of niet. Hiervoor moeten de medewerkers weten of de bewindvoerder en de ondernemer de overeenkomst gestand doen of niet. Art. 256 Fw regelt deze stap. Hierin wordt bepaald dat de opdrachtgever de bewindvoerder en de ondernemer een redelijke termijn kan stellen, waarin zij bekenbaar moeten maken of ze de overeenkomst gestand doen. Wanneer de bewindvoerder en de ondernemer niet bereid zijn tot gestanddoening, dan wordt de overeenkomst ontbonden en moet er een nieuwe contractpartij gevonden worden. Hoe dit kan wordt in paragraaf 7.2 toegelicht.

7.1.3 Belangrijke stappen ten aanzien van de doorstart

In hoofdstuk vijf werd al duidelijk dat de doorstart tijdens de procedure geen invloed heeft op een aanbesteding, omdat er van tevoren een faillissement moet zijn geweest en daardoor de ondernemer al wordt uitgesloten. De stappen die ondernomen moeten worden bij een doorstart hebben vooral betrekking op de overeenkomst zelf. Er moet namelijk contractovername plaats vinden of er moet een nieuwe contractpartij gevonden worden. Hoe deze stappen eruit zien wordt in paragraaf 7.2 toegelicht.

¹⁷⁰ Uitoefening retentierecht door de aannemer op het bouwwerk', *Blenheim Advocaten*, www.blenheim.nl (zoek op *retentierecht*).

¹⁷¹ 'Uitoefening retentierecht door de aannemer op het bouwwerk', *Blenheim Advocaten*, www.blenheim.nl (zoek op *retentierecht*).

7.1.4 Standaardbrieven

Tot slot zijn er in het handboek ook standaardbrieven opgenomen. Zo is er een brief opgenomen waarin het verzoek van art. 37 Fw wordt gedaan in geval van faillissement en surseance van betaling. Dit is een belangrijke stap die in vrijwel elke situatie ondernomen moet worden. Het is daarom makkelijk voor de inkoopmedewerkers als er een format voor een dergelijke brief is opgenomen in het handboek. Daarnaast kan het zijn dat de overeenkomst wordt ontbonden. Wanneer deze ontbinding plaatsvindt wordt besproken in paragraaf 7.2. In ieder geval wordt er in het handboek een brief tot ontbinding van de overeenkomst opgenomen.

7.2 Conclusies ten aanzien van de huidige overeenkomsten

In hoofdstuk 6 zijn bepalingen benoemd die in de contracten opgenomen kunnen worden, waardoor de rechten van de opdrachtgever beter worden beschermd. Op dit moment bieden de contracten van Bizob die in het kader van dit onderzoek bekeken zijn, niet voldoende waarborg in geval van een insolventiesituatie. Er zijn wel bepalingen opgenomen die in een dergelijke situatie kunnen worden gebruikt, maar deze bepalingen gaan niet specifiek over een insolventiesituatie waardoor ze niet duidelijk en ondubbelzinnig zijn. Dit zorgt voor verwarring en extra werk, omdat er telkens een weg moet worden gevonden om de bepalingen toe te kunnen passen. Hieronder zullen een aantal bepalingen worden toegelicht, die kunnen worden gebruikt door Bizob, waardoor het in de toekomst makkelijker wordt om te handelen in geval van een insolventiesituatie.

7.2.1 Bepalingen ten aanzien van werken en leveringen (volledig regime)

Allereerst is in de nieuwe Richtlijn 24 in art. 72 lid 1 sub d onder ii een bepaling opgenomen, die contractovername door de doorstartende partij in geval van een insolventiesituatie mogelijk maakt. *“Aanbestedende diensten kunnen in de aanbestedingsdocumenten anticiperen op deze regeling. Dit is mogelijk door letterlijk in de tekst van de aanbestedingsdocumenten op te nemen onder welke condities vervanging van de failliete partij mogelijk is met daarbij een verwijzing naar de nieuwe Europese richtlijn.”*¹⁷²

Herzieningsclausule

Ten tweede kan er op grond van art. 72 lid 1 sub d onder i van Richtlijn 24 ook een contractovername plaatsvinden indien er een duidelijke en ondubbelzinnige herzieningsclausule is opgenomen in de overeenkomst. Naast de mogelijkheid van contractovername in geval van een insolventiesituatie kan er ook een herzieningsclausule worden opgenomen in de overeenkomsten, voor het geval er niet aan de eisen van art. 72 lid 1 sub d onder ii van Richtlijn 24 wordt voldaan.

De herzieningsclausule kan als volgt luiden:

In geval er jegens de opdrachtnemer een faillissement, surseance van betaling of een soortgelijke procedure van kracht is op grond waarvan de overeenkomst niet meer door de opdrachtgever kan worden uitgevoerd, kan de overeenkomst door een derde worden overgenomen zonder dat er een nieuwe aanbestedingsprocedure wordt gevolgd, mits de derde voldoet aan de gestelde eisen.

Wachtkamerconstructie

Het is niet verstandig om art. 72 van Richtlijn 24 als enige waarborg op te nemen in de overeenkomst. Bij art. 72 van Richtlijn 24 mag er namelijk geen sprake zijn van een wezenlijke wijziging én moet de doorstartende partij voldoen aan de gestelde criteria. Zoals eerder toegelicht gaat de curator bij een doorstart waarschijnlijk niet op zoek naar een partij die voldoet aan de voorwaarden, maar kijkt hij alleen maar naar welke partij geschikt is. Tevens wordt er bij een doorstart vaak onderhandeld, waardoor het voor kan komen dat er alsnog een wezenlijke wijziging in de overeenkomst plaatsvindt.

¹⁷² ‘Aanbesteden in barre tijden’, *Bentham Gratame advocaten*, www.benthamgratama.nl (zoek op aanbesteden).

Als er geen bepaling in de overeenkomst is opgenomen, die bepaalt dat contractovername alsnog mogelijk is, dient de opdracht opnieuw te worden aanbesteed. Om dit te voorkomen is het verstandig om naast de herzieningsclausule en de verwijzing naar art. 72 van Richtlijn 24 een andere bepaling op te nemen waarop een beroep kan worden gedaan, indien art. 72 niet van toepassing is. Een dergelijke bepaling kan de wachtkamerconstructie zijn. Door een wachtkamerconstructie op te nemen kan de opdracht eenvoudig worden gegund aan de ondernemer die als tweede is geëindigd in de aanbestedingsprocedure. In de aanbestedingsdocumenten moet dan wel kenbaar worden gemaakt dat de opdrachtgever van plan is een wachtkamerconstructie toe te passen. Daarnaast moet er met de opdrachtnemer, de tweede in de rangorde en de derde in de rangorde een wachtkamerovereenkomst worden gesloten.

De wachtkamerconstructie wordt in enkele overeenkomsten van Bizob al toegepast en luidt als volgt:

"Art. 6 wachtkamer

1. Na gunning worden er met de drie hoogst scorende inschrijvers voor het desbetreffende perceel overeenkomsten afgesloten.

2. Aan de best scorende inschrijver wordt de uitvoering van de opdracht toegewezen. De nummer 2 en 3 in de rangorde nemen plaats in de 'wachtkamer' zonder dat daar een financiële vergoeding vanuit de opdrachtgever tegenover staat.

3. In geval de opdrachtnemer de overeenkomst niet nakomt, krijgt deze na ingebrekestelling nog maximaal 6 weken de tijd om de opdracht alsnog conform de gestelde eisen uit te voeren. Indien de uitvoering hierna nog steeds niet voldoet kunnen de opdrachtgevers de opdracht voor de resterende contractperiode "doorschuiven" naar de opvolgend best scorende inschrijver in rangorde (nummer 2). Als ook deze opdrachtnemer de dan gesloten overeenkomst niet nakomt, kan de uitvoering doorgeschoven worden naar de derde inschrijver in rangorde. Het doorschuiven van de opdracht kan ook worden toegepast wanneer de overeenkomst om andere redenen tussentijds wordt ontbonden, bijvoorbeeld wanneer er jegens de opdrachtnemer een insolventiesituatie van kracht is.

4. Door in te schrijven op deze aanbesteding verklaren de inschrijvers dat ze instemmen met deze constructie en dat ze, in het geval ze als tweede of derde eindigen bereid zijn een dergelijke 'wachtkamerovereenkomst' af te sluiten. Ook verklaren zij dat ze in een dergelijk geval binnen maximaal drie maanden na de aankondiging dat de opdracht zal worden doorgeschoven de uitvoering over kunnen nemen.

De inschrijvingen van de nummers 2 en 3 worden "bevroren", alleen de prijzen worden volgens de vastgelegde indexeringsmethodiek aangepast. De looptijd van de reservebankovereenkomsten is één jaar. Na deze periode kan de reservebankovereenkomst alleen worden verlengd als beide partijen daarmee instemmen. Verlenging is dan telkens voor één jaar en dient voor afloop van de lopende overeenkomst te worden overeengekomen."

Primair/subsidiair vorm

Wellicht is het verstandig om bovenstaande op te nemen in een primair/subsidiaire vorm. Hierdoor zal er altijd eerst een beroep worden gedaan op de contractovername door de doorstartende partij, indien dit mogelijk is. Als dit niet mogelijk is kan er teruggevallen worden op de herzieningsclausule. Als ook die niet kan worden toegepast, dan kan er een beroep worden gedaan op de wachtkamerconstructie.

De vraag is echter in hoeverre de partijen van de wachtkamerconstructie hiermee akkoord gaan. De wachtkamerconstructie wordt dan als laatste optie gehanteerd, waardoor de ondernemingen die in de wachtkamer zitten, beschikbaar moeten blijven terwijl zij alleen, Indien er geen andere mogelijkheid is, in aanmerking komen voor contractovername. Of de ondernemers met wie de wachtkamerconstructie overeengekomen wordt hier bezwaar tegen zullen maken, zal uit de praktijk moeten blijken.

7.2.2 Bepalingen op het gebied van sociaal domein (verlicht regime)

Contractovername door gecontracteerde partij

Voor opdrachten binnen het sociaal domein wordt er gebruik gemaakt van een bestuurlijke aanbesteding. Bij een bestuurlijke aanbesteding wordt er met verschillende dienstverleners een basisovereenkomst gesloten (samenwerkingsovereenkomst). Met de dienstverleners die de opdracht vervolgens daadwerkelijk uitvoeren wordt een deelovereenkomst gesloten (uitvoeringsovereenkomst). Omdat er al verschillende gecontracteerde zijn, is het makkelijker om de opdracht aan een andere partij toe te kennen.

Ten aanzien van faillissement of surseance

De meest gunstige situatie is dat de opdrachtgever de keuze heeft in de weg die hij gaat volgen in geval van een insolventiesituatie bij een dienstverlener. Dit is mogelijk door allereerst in de overeenkomst op te nemen dat ontbinding mogelijk is bij een insolventiesituatie. In dat geval is er dus sprake van een kan-bepaling en heeft de opdrachtgever een keuzevrijheid. Vervolgens kan de opdrachtgever twee keuzes maken:

1. De opdrachtgever kan ervoor kiezen om de overeenkomst te ontbinden, waardoor er geen contractovername door een derde meer kan plaatsvinden. In dat geval kan een andere gecontracteerde de dienstverlening overnemen, mits dit is bepaald in de overeenkomst.

Deze bepaling kan als volgt luiden:

“Wanneer de overeenkomst wordt beëindigd omdat er jegens de opdrachtnemer een insolventiesituatie geldt, werkt de opdrachtnemer mee aan de continuïteit van de hulpverlening aan cliënten. De opdrachtnemer werkt mee aan een zorgvuldige overdracht van cliënten aan een andere, gecontracteerde opdrachtnemer naar keuze van cliënt. De opdrachtnemer doet dit in overleg en met akkoord van de opdrachtgever.”¹⁷³

2. De opdrachtgever kan ervoor kiezen om de overeenkomst niet te ontbinden en contractovername door een derde te realiseren. Ook deze contractovername moet dan in de overeenkomst mogelijk worden gemaakt.

Een dergelijke bepaling kan als volgt luiden:

“Wanneer de overeenkomst wordt beëindigd omdat er jegens de opdrachtnemer een insolventiesituatie geldt, werkt de opdrachtnemer mee aan de continuïteit van de hulpverlening aan cliënten. De opdrachtnemer werkt om die reden mee aan een zorgvuldige contractovername door een derde.”¹⁷⁴

Ten aanzien van een doorstart

Daarnaast kan het zijn dat de onderneming jegens wie een faillissement geldt, een doorstart maakt.¹⁷⁵ In dat geval wil de opdrachtgever wellicht verder met de doorstartende partij. Er wordt ervan uitgegaan dat de doorstartende partij nog geen deel uitmaakt van de basisovereenkomst. De contractovername door de doorstartende partij kan dan op de volgende manieren plaatsvinden:

1. De eerste manier is dat er in de deelovereenkomst een bepaling is opgenomen dat nieuwe dienstverleners gedurende de looptijd van de overeenkomst kunnen toetreden, mits zij voldoen aan de gestelde criteria. Deze bepaling is in de huidige basis- en deelovereenkomsten reeds opgenomen. De doorstartende partij is een nieuwe dienstverlener, waardoor zij eerst op grond van deze overeenkomst deel van de basisovereenkomst moet gaan uitmaken. Vervolgens kan de overeenkomst met de failliet ontbonden worden en de doorstartende partij de dienstverlening overnemen, omdat zij nu een gecontracteerde is.

¹⁷³ Kiers & De Vries 2016, p. 4.

¹⁷⁴ Kiers & De Vries 2016, p. 4.

¹⁷⁵ Eventueel met een voorafgaande pre-pack.

2. Een tweede manier is om terug te vallen op de bepaling waarin contractovername door een derde mogelijk is gemaakt. De doorstartende partij is immers een derde. Wel is het dan van belang dat er geen verplichting tot ontbinding rust op de opdrachtgever, omdat dan contractovername door een derde niet meer mogelijk is.

Rangorde basis- en deelopereenkomst

Ten aanzien van de sociale en specifieke diensten die middels een bestuurlijke aanbesteding in de markt worden gezet, wordt er in de basis- en deelopereenkomsten een verschillende rangorde gebruikt. Hierdoor moet er per geval telkens zorgvuldig in de deelopereenkomst worden nagegaan welke rangorde is bepaald. Omdat er telkens een andere rangorde van kracht is, moet er in ieder situatie anders worden gehandeld. Door eenzelfde rangorde te hanteren, wordt dit voorkomen. Aan de hand van die rangorde kan er gekeken worden welke bepalingen in de basisovereenkomst dienen te worden opgenomen en welke bepalingen juist in de deelopereenkomst dienen te worden opgenomen.

Een rangorde kan als volgt liden:

In geval van tegenstrijdigheden geldt de navolgende rangorde in documenten:

- 1. De basisovereenkomst*
- 2. De Deelopereenkomst en bijlagen*
- 3. De algemene inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten 2013.*

Bovenstaande bepalingen kunnen zowel in de basisovereenkomst als in de deelopereenkomst worden opgenomen. De beste optie is dat de opdrachtgever in de rangorde opneemt dat de deelopereenkomst boven de basisovereenkomst geldt. De deelopereenkomst is immers de uitvoeringsovereenkomst en daardoor het belangrijkste in geval van faillissement, omdat op basis hiervan de opdracht wordt uitgevoerd. Vervolgens moet er in de deelopereenkomst bovenstaande bepalingen worden opgenomen op grond waarvan de opdrachtgever de volledige keuzevrijheid heeft.

7.3 Aanbevelingen

Ten aanzien van het retentierecht

Het is belangrijk dat de opdrachtgever voorkomt dat het retentierecht uitgeoefend kan worden door bijvoorbeeld een onderaannemer. Het retentierecht kan echter erg ruim worden toegepast. In dit stadium van het onderzoek is het niet mogelijk om concrete aanbevelingen te doen over de vraag hoe voorkomen kan worden dat het retentierecht wordt uitgeoefend. Hiervoor zal nader onderzoek moeten worden gedaan. Dit valt echter buiten de reikwijdte van dit onderzoeksrapport. Het is daarom aan te bevelen om wellicht in de toekomst hier nog onderzoek naar te laten doen.

Aan de hand van dat onderzoek zal het voor de inkoopmedewerkers duidelijk kunnen worden hoe zij moeten handelen om uitoefening van retentierecht te voorkomen, maar ook hoe zij moeten handelen als het retentierecht terecht of onterecht wordt uitgeoefend.

Ten aanzien van de pre-pack

In hoofdstuk 5 is opgenomen dat er in het aanbestedingsdocument kan worden opgenomen dat de ondernemer kenbaar moet maken als er jegens hem een pre-pack geldt. Op deze manier zou de opdrachtgever er in de overeenkomst rekening mee kunnen houden dat er een faillissement en eventueel een doorstart volgt. Het probleem is echter dat binnen het insolventierecht een pre-pack in het geheim wordt uitgevoerd. Niemand weet van de pre-pack af, waardoor de onderneming zo min mogelijk schade loopt doordat contracten worden ontbonden. Door een pre-pack kenbaar te laten maken in een aanbestedingsdocument wordt er in strijd met het insolventierecht gehandeld. Wellicht dat bovenstaande niet meer geldt, indien de pre-pack gecodificeerd wordt in de wet.

Het wetsvoorstel om de pre-pack te codificeren is op 4 juni 2015 ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁷⁶ Het is aan te bevelen om in de toekomst nog na te gaan of de pre-pack door de codificatie wellicht onder de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw valt en of het dan wel mogelijk is om de pre-pack op te nemen in de aanbestedingsdocumenten.

Ten aanzien van de rangorde

Ten aanzien van de rangorde in de overeenkomsten die binnen het sociaal domein vallen, ligt het aan de wens van de opdrachtgever welke rangorde moet worden gehanteerd. Wel is het advies aan de gemeente om altijd de mogelijkheid te houden om te ontbinden. Het is verstandig om te inventariseren of de opdrachtgever de plicht wil om te ontbinden of juist de mogelijkheid. In de basisovereenkomst is vaak al de plicht te ontbinden, omdat de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw wordt opgenomen in de overeenkomst. In de deelovereenkomsten wordt er vervolgens een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt de overeenkomst te ontbinden indien de dienstverlener niet voldoet aan de eisen van de overeenkomst. Een van de eisen van de overeenkomst is dat de dienstverlener niet in staat van faillissement verkeert of jegens hem geen surseance van betaling geldt. Op dit moment wordt er in elke deelovereenkomst een andere rangorde opgenomen. In de ene overeenkomst geldt de basisovereenkomst boven de deelovereenkomst en in het andere geval andersom. Hierdoor kan een insolventiesituatie een ander gevolg hebben. Door een zelfde rangorde te hanteren wordt dit voorkomen. Afhankelijk van de wens van de gemeenten die deel uitmaken van Bizob, kan er gekeken worden of de verplichte ontbindingsgrond boven de mogelijkheid tot ontbinding moet komen. Wel is het aan te bevelen aan de gemeente om altijd de mogelijkheid te houden voor ontbinding. Hierdoor is de keuze altijd aan de zijde van de gemeente.

Ten aanzien van het doorvoeren van de wijzigingen in de overeenkomst

Nog een belangrijk punt is dat de bepalingen die op grond van dit onderzoek kunnen worden opgenomen in de overeenkomsten alleen opgenomen kunnen worden in nieuwe overeenkomsten voor nieuwe opdrachten. De overeenkomsten die al gesloten zijn kunnen namelijk niet zomaar worden gewijzigd, omdat er dan sprake is van een wezenlijke wijziging. Bizob wordt daarom aanbevolen om in de toekomstige overeenkomsten de bepalingen op te nemen, zodat in de toekomst alle overeenkomsten dezelfde bepalingen bevatten.

¹⁷⁶ 'Wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I', *Stibbe*, www.stibbe.com (zoek op *continuïteit ondernemingen*).

Literatuurlijst

Artikelen

Van Apeldoorn, *TvI* 2012/17

J.C. van Apeldoorn, 'Pre-packs', *TvI* 2012/17.

Hebly & Heijnsbroek, *NtEr* 2012

J.M. Hebly & P. Heijnsbroek, 'Wezenlijke wijzigingen na Europese aanbesteding', *NtEr* 2012, afl. 3.

Kleijn & Ten Cate, *TvI* 2014/29

P. Kleijn & C. ten Cate, 'Aanbestedingsrechtelijke beperkingen bij een doorstart. Bieden de nieuwe Europese richtlijnen uitkomst?', *TvI* 2014/29.

Mulder, *TvI* 2015/5

R. Mulder, 'De Pre-pack: verkoop en voortzetting in stilte, verantwoording in het openbaar. Een bespreking van de concept praktijkregels van Insolad', *TvI* 2015/5.

Robbe, *TA* 2016/2

T.H.G. Robbe, 'Het abrupte einde van "bestuurlijk aanbesteden"?', *Ben je mal!*, *TA* 2016, afl.1.

Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47

M.R. van Zanten, 'Maandblad voor de praktijk, Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47.

Zeelenberg, *Gst.* 2012/55

E. Zeelenberg, 'Aanbestedingen in tijden van crisis', *Gst.* 2012/55.

Boeken

Van Buchem-Spapens, Pouw 2013

A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Monografieën Privaatrecht. Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2013.

Deterink e.a. 2008

A.A.M. Deterink e.a., *INSOLAD jaarboek 2008. Doorstart*, Deventer: Kluwer 2008.

T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen, 2014

T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen (red.), *Aanbestedingsrecht* (Boom Basics), Den Haag: P.H.L.M. Kuypers 2014.

Kortmann & Faber 1995

S.C.J.J. Kortman & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, Serie Onderneming en Recht deel 2-III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2004

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Wessels 2014

B. Wessels, *Wessels insolventierecht. Surseance van betaling*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Zanten 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2015/16, 34 329, 3, p. 72.

Kamerstukken II 2015/16, 34 329, 2.

Personen

Interview met E. Zeelenberg

Rapportages

Handreiking continuïteit van ondersteuning/huishoudelijke hulp bij faillissement aanbieder 2015

Handreiking continuïteit van ondersteuning/huishoudelijke hulp bij faillissement aanbieder, Den Haag: VNG 2015.

Kiers & De Vries 2016

L.R. Kiers & M.C. de Vries, *Aanvulling handreiking- aanbestedingsrechtelijke aspecten contractovername TSN* (Advies aan VNG ter aanvulling van de handreiking) 2016.

Van Laerhoven 2014

D.M.C. van Laerhoven, *Handleiding overheidsopdracht versus subsidie* (handleiding Bizob), 2014.

Elektronische bronnen

Bentham Gratame advocaten

H. s'Jacob, 'Aanbesteden in barre tijden', *Bentham Gratame advocaten* 11 april 2014.

Bizob

<www.bizob.nl>

'Doel', (laatst geraadpleegd op 27 mei 2016).

Blenheim Advocaten

<www.blenheim.nl>

M. van Weeren, 'Uitoefening retentierecht door de aannemer op het bouwwerk', *Blenheim Advocaten* 21 november 2012.

Dirkzwager ondernemingsrecht

<www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl>

C. Snelder-van de kamp, 'Contractenrecht: Hoe beëindig ik een overeenkomst? Opzegging, ontbinding en vernietiging', *Dirkzwager ondernemingsrecht* 6 augustus 2014.

Europa Decentraal

<www.europadecentraal.nl>

'Overheidsopdrachten', (laatst geraadpleegd op: 27 mei 2016).

'Wezenlijke wijziging opdracht', (laatst geraadpleegd op 27 mei 2016).

ING Bank

'Bankgarantie', *ING* 22 mei 2016.

MKB Servicedesk

<www.mkbservicedesk.nl>

'Wat is een doorstart?', 10 mei 2016.

'Waarom een aanbesteding?', 21 januari 2013.

'Wat is een faillissement', 11 mei 2016.

PIANOO, Expertisecentrum Aanbesteden

<www.pianoo.nl>

'Europese standaardprocedures', 19 september 2012.

'Onderhandelingsprocedure na voorafgaande aankondiging', 2 november 2012.

'Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging', 19 september 2012.

'Versnelde procedure', 19 september 2012.

'Mogelijke aanbestedingsprocedure', 19 september 2012.

'Concurrentiegericht dialoog', 19 september 2012.

'Opstellen selectiecriteria', 13 september 2012.

'Wat is het onderscheid tussen geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en selectie- en gunningscriteria?' 17 augustus 2010.

'Visie 9: De wezenlijke wijziging', 14 oktober 2015.

'Mogelijke aanbestedingsprocedures', 19 september 2012.

'Nationale procedures', 20 september 2012.

Stibbe

'Wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I', 3 juli 2015.

Trevi-advocaten

<www.trevi-advocaten.nl>

N. Franse, 'Schriftelijke toestemming & contractovername', *Trevi-advocaten*.

Veiligheidsregio Brabant-Zuidoost

<www.veiligheidsregiobrabantzuidoost.nl>

'Zorg voor veiligheid in Brabant-Zuidoost', (laatst geraadpleegd op 27 mei 2016).

Regelgeving

Europees

Richtlijn 24/24/EU

Richtlijn nr. 2004/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG.

Nationaal

Aanbestedingswet 2012

Wijzigingen van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2015/25/EU.

ARW 2012

Aanbestedingsreglement Werken 2012

Reglement voor het aanbesteden van opdrachten voor werken en aan werken gerelateerde leveringen en diensten, *Stb.* 2013, 3075.

Faillissementswet

Wet van 30 september 1893, op het faillissement en de surseance van betaling, *stb.* 1893,140, zoals laatst gewijzigd op 26 november 2014, *stb.* 2014,504.

Gids Proportionaliteit 2013

Gids proportionaliteit, Ministerie van Economische Zaken, *Stcrt.* 2013, 3075.

UAV

Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012.