

Instantie en datum: Rb. Overijssel 2 juni 2016

Zaaknummer: C/08/185163 / KG ZA 16-124 en
C/08/185165 / KG ZA 16-125

ECLI (indien toegewezen): ECLI:NL:RBOVE:2016:1948

Naam annotator (inclusief titels en voorletters): mr. drs. S. van den Boogaart

Functie annotator en kantoor of instelling waar annotator werkzaam is: advocaat te Houthoff
Buruma

Datum inlevering annotatie: 5 juli 2016

Titel annotatie: Vervanging van de opdrachtnemer in een faillissementssituatie

Annotatie:

Inleiding

De zaak waarop deze noot ziet, heeft betrekking op de vervanging van de opdrachtnemer in een faillissementssituatie.

Wat was het geval? Een aantal Twentse gemeenten, waaronder de gemeente Enschede ("de gemeente"), heeft gezamenlijk een openbare nationale aanbestedingsprocedure gehouden voor huishoudelijke ondersteuning. Op de aanbesteding is de AW 2012 van toepassing. De gemeente heeft naar aanleiding van de aanbestedingsprocedure een raamovereenkomst gesloten met onder meer thuiszorgorganisaties TSN, Solace en BiOns. Het aanbestedingsdocument voorziet in een herzieningsclausule die rechtsopvolging van de opdrachtnemer gedurende de looptijd van de raamovereenkomst mogelijk maakt na toestemming van de gemeente.

Op 16 maart 2016 gaat TSN failliet. De curatoren van TSN sluiten op 13 april 2016 een akte van contractsovername met Familiehulp, op grond waarvan Familiehulp alle rechten en verplichtingen uit hoofde van de tussen de gemeente en TSN gesloten raamovereenkomst met ingang van 25 april 2016 overneemt. De toestemming voor deze contractsovername had de gemeente kennelijk al op 23 februari 2016 gegeven. Branchevereniging BTN, Solace en BiOns maken in kort geding bezwaar tegen deze gang van zaken en stellen dat de vervanging van de opdrachtnemer een wezenlijke wijziging is die niet zonder nieuwe aanbestedingsprocedure mag worden doorgevoerd.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de contractsovername van TSN door Familiehulp toelaatbaar is. De rechter komt tot dit oordeel op basis van de tekst van de herzieningsclausule en hetgeen in artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU ("de aanbestedingsrichtlijn") is opgenomen. Dit artikel was op het moment van vonnis in de onderhavige zaak evenwel nog niet omgezet in de nationale wetgeving. Aan dit gegeven wordt in de uitspraak slechts één zin gewijd (r.o. 4.12). De voorzieningenrechter erkent weliswaar dat de gemeente op artikel 72 van de aanbestedingsrichtlijn in principe geen beroep kan doen, maar overweegt dat hij gehouden is de bestaande wetteksten en de jurisprudentie richtlijnconform te interpreteren. Een en ander nodigt uit tot een kritische reflectie.

Vervanging van de opdrachtnemer in geval van een faillissementssituatie

Waar het gaat om de mogelijkheid om de opdrachtnemer in geval van een faillissementssituatie te vervangen, bevatte de AW 2012 op het moment van vonnis in de onderhavige zaak nog geen voorschriften. Derhalve moest deze mogelijkheid in beginsel worden beoordeeld aan de hand van de jurisprudentie.

Terecht neemt de voorzieningenrechter hierbij het *Pressetext*-arrest tot uitgangspunt.¹ In dit arrest oordeelde het HvJ EG dat de vervanging van de opdrachtnemer tijdens de looptijd van de opdracht in beginsel dient te worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging en daarom niet toelaatbaar is, tenzij deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de opdracht. In het *Pressetext*-arrest was evenwel geen sprake van een faillissementssituatie, maar van een zuiver interne reorganisatie.

In Nederland is wel een uitspraak geweest die specifiek ziet op de vervanging van de opdrachtnemer in een faillissementssituatie. In 2013 oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Limburg dat een gefailleerde opdrachtnemer niet mocht worden vervangen door een nieuwe opdrachtnemer, onder meer omdat de nieuwe opdrachtnemer niet had meegedaan aan de aanbestedingsprocedure en ook niet kon voldoen aan alle aanbestedingsvoorwaarden (bijvoorbeeld voor wat betreft de minimumvereisten met betrekking tot financiële en economische draagkracht). Om die reden achtte de voorzieningenrechter een contractsovername in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen.²

Aanbestedingsrichtlijn

Het *Pressetext*-arrest is ten dele gecodificeerd in artikel 72 van de aanbestedingsrichtlijn. Deze richtlijn is op 17 april 2014 in werking getreden en moest uiterlijk op 18 april 2016 zijn omgezet in de nationale wetgeving. De gewijzigde AW 2012, waarmee die omzetting in Nederland moest plaatsvinden, is echter pas op 1 juli 2016 in werking getreden. Vaststaat dus de Nederlandse wetgever niet heeft voldaan aan zijn verplichting tot tijdige omzetting. Op de implicaties hiervan kom ik zo terug.

Op grond van artikel 72 van de aanbestedingsrichtlijn levert de vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer door een nieuwe opdrachtnemer een wezenlijke wijziging op (lid 4 sub d), tenzij een van de in het artikel limitatief opgesomde uitzonderingsgronden van toepassing is (lid 1 sub d).

De eerste uitzonderingsgrond betreft de situatie waarin de opdrachtnemer wordt vervangen ten gevolge van een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken. Aan deze uitzonderingsgrond is een aantal voorwaarden verbonden. Een herzieningsclausule moet de omvang en aard van de mogelijke wijzigingen omschrijven en de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Wijzigingen die de algemene aard van de opdracht kunnen veranderen zijn niet toegestaan.³ In overweging 111 van de aanbestedingsrichtlijn wordt op een en ander als toelichting gegeven dat een herzieningsclausule de aanbestedende dienst geen onbeperkte vrijheid mag geven om in een opdracht wijzigingen aan te brengen.

¹ HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*pressetext Nachrichtenagentur*).

² Rb. Roermond (Limburg) 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482.

³ De genoemde voorwaarden zijn opgenomen in artikel 72 lid 1 sub a van de aanbestedingsrichtlijn.

De tweede uitzonderingsgrond betreft de situatie waarin de opdrachtnemer wordt vervangen ten gevolge van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de oorspronkelijke opdrachtnemer. Hierbij moet sprake zijn van rechtsopvolging als gevolg van herstructurering van de onderneming, onder meer door een faillissement. Ook aan deze uitzonderingsgrond is een aantal voorwaarden verbonden. De nieuwe opdrachtnemer moet voldoen aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie. Voorts mag de vervanging van de opdrachtnemer geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengen. Tot slot mag de vervanging van de opdrachtnemer niet zijn bedoeld om de toepassing van de aanbestedingsrichtlijn te omzeilen.⁴

Artikel 72 van de aanbestedingsrichtlijn lijkt dus meer ruimte te bieden voor vervanging van de opdrachtnemer in een faillissementssituatie dan op grond van de AW 2012 (zoals deze voor 1 juli 2016 gold) en de jurisprudentie mocht worden aangenomen. Dit roept de vraag op of de voorzieningenrechter gehouden was tot richtlijnconforme interpretatie, zoals de voorzieningenrechter zelf overwoog.

Richtlijnconforme interpretatie?

In algemene zin is voor de vraag of de nationale rechter gehouden is tot richtlijnconforme interpretatie bepalend of de omzettingstermijn van de richtlijn is verstreken.

De omzettingstermijn begint te lopen vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van de richtlijn. Gedurende de omzettingstermijn geldt nog géén verplichting tot richtlijnconforme interpretatie.⁵ Wel geldt dat de nationale rechter zich gedurende de omzettingstermijn moet onthouden van een uitlegging van het interne recht die, na het verstrijken van de omzettingstermijn, de verwezenlijking van de met deze richtlijn nagestreefde doelstelling ernstig in gevaar zou kunnen brengen.⁶ Deze verplichting wordt in de literatuur ook wel 'onthoudingsverplichting' genoemd.⁷

Wanneer na afloop van de omzettingstermijn een richtlijn nog niet is omgezet, moet de nationale rechter (in de eerste plaats) beoordelen of richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht mogelijk is.⁸ Bij richtlijnconforme interpretatie moet de nationale rechter, binnen het kader van zijn bevoegdheden, het nationale recht zoveel mogelijk interpreteren in het licht van de bewoordingen van het doel van een richtlijnbevestiging.⁹

⁴ De genoemde voorwaarden zijn opgenomen in artikel 72 lid 1 sub d onder (ii) van de aanbestedingsrichtlijn.

⁵ R.J.G.M. Widdershoven, 'De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde Europese rechtsorde', in: H.R.B.M. Kummeling (red.), *De samengestelde Besselink. Bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht*, 2012, p. 207-226.

⁶ HvJ EG 18 december 1997, nr. C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie*); HvJ EG 5 februari 2004, nr. C-157/02 (*Rieser Internationale Transporte*); HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04 (*Adeneler*).

⁷ R.J.G.M. Widdershoven, t.a.p.

⁸ Zie hierover nader J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, 'Een race tegen de klok: over de consequenties van niet-tijdige omzetting van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen', *TA* 2016-2 (18).

⁹ HvJ EG 10 april 1984, nr. 14/84 (*Von Colson*); HvJ EG 13 november 1990, nr. C-106/89 (*Marleasing*).

In de onderhavige zaak was de termijn voor omzetting van de aanbestedingsrichtlijn al verstreken op de tijdstippen waarop de akte van contractsovername van kracht werd (25 april 2016) en vonnis werd gewezen (2 juni 2016), maar nog niet op de tijdstippen waarop de gemeente toestemming gaf voor de contractsovername (23 februari 2016) en de akte van contractsovername werd gesloten (13 april 2016). Dit roept de vraag op bij welk van deze tijdstippen moet worden aangeknoopt voor de beoordeling van de vraag of de voorzieningenrechter gehouden was tot richtlijnconforme interpretatie.

Kennelijk knoopt de voorzieningenrechter aan bij het tijdstip waarop de akte van contractsovername in werking trad of het tijdstip waarop vonnis werd gewezen, nu op die tijdstippen de omzettingstermijn al was verstreken en dus een verplichting tot richtlijnconforme interpretatie gold. Hij motiveert dit echter niet.

Naar analogie met het *Rennes*-arres lijkt er mijns inziens wel wat voor te zeggen om juist aan te knopen bij het tijdstip waarop de gemeente toestemming gaf voor de contractsovername, althans het tijdstip waarop de akte van contractsovername werd gesloten. In voornoemd arrest werd de aanbestedende dienst een schending van (een voorloper van) de aanbestedingsrichtlijn verweten, welke schending haar oorsprong vond in een bepaalde beslissing van de aanbestedende dienst. Het HvJ EG oordeelde dat voor de vraag of de desbetreffende richtlijn op deze beslissing van toepassing is, in beginsel dient te worden uitgegaan van het tijdstip waarop deze beslissing is genomen.¹⁰

In de onderhavige zaak werd op het tijdstip waarop de gemeente toestemming gaf voor de contractsovername, althans het tijdstip waarop de akte van contractsovername werd gesloten, de beslissing over het ter discussie staande feit, de vervanging van TSN door Familiehulp, genomen. Op de desbetreffende tijdstippen was de omzettingstermijn evenwel nog niet verstreken en gold dus nog géén verplichting tot richtlijnconforme interpretatie, maar een onthoudingsverplichting (zie hiervoor nr. 0). Daaraan doet mijns inziens niet af dat de akte van contractsovername pas van kracht werd na het verstrijken van de omzettingstermijn.

Hoe dan ook, materieel gezien lijkt het weinig uit te maken of de voorzieningenrechter een verplichting tot richtlijnconforme interpretatie dan wel een onthoudingsverplichting had. In de literatuur is in beide gevallen wel betoogd dat de AW 2012 (zoals deze voor 1 juli 2016 gold) en de jurisprudentie ruimte bieden voor toepassing van artikel 72 van de aanbestedingsrichtlijn.¹¹ Zo beschouwd heeft de voorzieningenrechter deze ruimte dus terecht benut door zijn oordeel over de toelaatbaarheid van de contractsovername van TSN door Familiehulp te baseren op artikel 72 van de aanbestedingsrichtlijn.

Tot slot

De voorzieningenrechter lijkt te concluderen dat aan beide uitzonderingsgronden in artikel 72 van de aanbestedingsrichtlijn is voldaan. Op deze conclusie zou wellicht nog wel wat kunnen worden

¹⁰ HvJ EG 5 oktober 2000, nr. C-337/98 (*Rennes*).

¹¹ Zie hierover nader P.V. Kleijn & C.R.E. ten Cate, 'Aanbestedingsrechtelijke beperkingen bij een doorstart; bieden de nieuwe Europese richtlijnen uitkomst?', *TvI* 2014-29; J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, t.a.p.

afgedongen. Men kan zich namelijk afvragen of de herzieningsclausule, die *iedere* rechtsopvolging na toestemming van de gemeente toelaat, voldoet aan de in artikel 72 gestelde voorwaarden. De herzieningsclausule is weliswaar in zoverre beperkt dat deze alleen betrekking heeft op de wijziging van de opdrachtnemer, maar die wijzigingsmogelijkheid lijkt op zichzelf weer onbeperkt.

Dit laat overigens onverlet dat aan de voorwaarden voor toepassing van de andere uitzonderingsgrond (zie hiervoor nr. 0) in de onderhavige zaak in ieder geval lijkt te zijn voldaan. Immers, Familiehulp voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie en neemt de raamovereenkomst één-op-één over. Met name dit laatste is in de praktijk niet vanzelfsprekend. Een nieuwe opdrachtnemer zal veelal de overeenkomst juist niet één-op-één willen overnemen, maar met de curator willen heronderhandelen over de voorwaarden daarvan.¹² Een wezenlijke wijziging ligt dan al snel op de loer.¹³

¹² Vgl. ook P.V Kleijn & C.R.E. ten Cate, t.a.p.

¹³ Vgl. ook M.B. Klijn & S. van den Boogaart, 'Wezenlijke wijziging tijdens aanbesteding of opdracht, aan de hand van het Commissievoorstel', *TBR* 2013-97.