

Toets aanbestedingsplichtige activiteiten bij faillissement aan aanbestedingsrecht

Het aantal faillissementen in de bouwsector neemt helaas nog steeds toe. Het gevolg is dat de bouwactiviteiten stil komen te liggen. Een hard gelag voor de opdrachtgevers die het werk zo snel mogelijk afgerond willen zien.

Overeenkomsten worden niet geraakt door het faillissement. De curator zal deze gewoon moeten nakomen. Als nakoming (niet) meer mogelijk is heeft de curator er baat bij (delen van) het failliete bedrijf of losse opdrachten (projecten) zo snel mogelijk te verkopen. De vraag is echter of dit in het licht van het aanbestedingsrecht wel altijd mogelijk is. De kans bestaat dat bij een aanbestedingsplichtige opdracht in rechte zal worden aangenomen dat een wisseling van opdrachtnemer zonder voorafgaande aanbesteding ontoelaatbaar is.

Gelijke kansen

Overheidsopdrachten dienen op een transparante, objectieve wijze en met gelijke kansen voor eenieder gegund te worden. Om dit te bewerkstelligen zijn vanuit Europa aanbestedingsregels opgesteld, onder meer om de vrije concurrentie tussen bedrijven te stimuleren. Gunning van een opdracht dient volgens een voorgeschreven aanbestedingsprocedure te verlopen. Na gunning van de opdracht en tijdens de uitvoering daarvan mogen geen wijzigingen in de bestaande overeenkomst worden doorgevoerd die in feite leiden tot een nieuwe opdracht.

Dergelijke wijzigingen worden "wezenlijke wijzigingen" genoemd. Volgens het Europese Hof is sprake van een wezenlijke wijziging als de voorwaarden van de opdracht zodanig wijzigen dat de keuze op een andere inschrijver of een andere offerte zou vallen, de opdracht voor meer dan 50 procent wordt uitgebreid of het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer. Vervanging van een contractspartner is in de regel een wezenlijke wijziging, aldus het Hof. Bij de verkoop van (een deel van) de activiteiten van het gefailleerde bouwbedrijf aan een ander bouwbedrijf wijzigt de uitvoerder van het contract. Zonder deelgenomen te hebben aan een aanbestedingsprocedure krijgt de overnemende partij een overheidsopdracht. De eerlijke mededinging is daardoor in het geding. Ook wijziging van andere voorwaarden van het contract komt voor, zoals bijvoorbeeld betaling van een hogere prijs door de aanbestedende dienst. Eveneens een wezenlijke wijziging, nu het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer wijzigt. Een contractsovername kan alleen plaatsvinden als de wederpartij van het contract toestemming geeft voor de overname. De aanbestedende dienst zal zich goed moeten beraden of zij die toestemming wel geeft, nu zij wellicht verplicht is een (nieuwe) aanbestedingsprocedure voor de opdracht te initiëren. De aanbestedende dienst die

ten onrechte een opdracht niet aanbesteedt loopt sinds de inwerking-treding van de Wet implementatie rechtsbeschermingrichtlijnen aanbesteden (Wira) het risico op vernietiging van de overeenkomst. Een andere belanghebbende bij de opdracht kan de rechter vragen de reeds gesloten overeenkomst te vernietigen. Niet alleen de overheid en de nieuwe contractspartner lopen hierbij risico, maar ook de curator. Een andere voorkomende praktijk is dat de oorspronkelijke contractspartij niet wordt vervangen, maar de uitvoering van de overeenkomst wordt uitgevoerd

Aanbestedingsregels bieden oplossing voor te lange procedure

door een nieuwe onderaannemer. Niet een daadwerkelijke overname van de activiteiten van het bedrijf dus, maar wel een andere uitvoerder. Een wijziging van de onderaannemer of, in dit geval, een toevoeging van een aannemer, kan ook een wezenlijke wijziging van het contract vormen. Er zijn situaties denkbaar dat een nieuwe aanbestedingsprocedure te lang duurt. De aanbestedingsregels bieden hiervoor een oplossing. Deze uitzonderingen op de aanbestedingsplicht moeten echter strikt worden

uitgelegd, waardoor de toepassingsmogelijkheid gering is. Als het om "dringende redenen" die niet aan de aanbestedende dienst te wijten zijn, niet mogelijk is de bij een aanbestedingsprocedure voorgeschreven termijnen te hanteren, kan een versnelde niet-openbare aanbestedingsprocedure worden gevolgd. In plaats van 37 dagen geldt dan een minimumtermijn van 15 dagen voor de aanmelding van geïnteresseerden.

Onvoorziene gebeurtenis

In niet voorzien spoedgevallen die niet aan de aanbestedende dienst te wijten zijn, kan een opdracht onderhands worden gegund. In de rechtspraak is een (dreigend) faillissement na gunning van de opdracht aangemerkt als een onvoorziene gebeurtenis. In deze zaak was ook sprake van dwingende spoed; er verstreek een harde termijn om het pand op te leveren.

Bedenk bij een faillissement van een bouwbedrijf goed of de activiteiten die worden overgedragen aanbestedingsplichtig zijn. Is dat het geval, dan zal getoetst moeten worden of het overdragen van projecten aan een andere opdrachtnemer (al dan niet met verhoging van de aanneemsom) aanbestedingsrechtelijk wel is toegestaan.

Mr. Petra Heemskerk
Advocaat partner bij CMS Derks Star Busmann
www.cms-dsb.com