

Advies

voor VNG
van Pels Rijcken: mr. L.R. Kiers en mr. M.C. de Vries
datum 1 februari 2016
betreft Aanvulling handreiking – aanbestedingsrechtelijke aspecten contractovername TSN
zaaknr 11001813

1 Inleiding

- 1.1 In de "Handreiking continuïteit van ondersteuning/huishoudelijke hulp bij faillissement aanbieder" zijn de belangrijkste algemene wettelijke kaders bij een faillissement van een WMO-aanbieder geschetst. Mogelijk wordt een derde gevonden die na faillissement van TSN bereid is de overeenkomsten van TSN met gemeenten over te nemen waarbij ook een belangrijk deel van de huidige medewerkers van TSN mee overgaan naar zo'n derde. Een dergelijke contractovername na faillissement kan aanbestedingsrechtelijke consequenties hebben.
- 1.2 Bij gemeenten bestond de behoefte aan een nadere verdieping gericht op mogelijkheden voor contractovername na faillissement door een derde, in het bijzonder Stichting Familiehulp i.o. Deze aanvulling op de Handreiking ziet op de aanbestedingsrechtelijke aspecten waarmee gemeenten rekening moeten houden bij het bepalen of zij al dan niet willen of mogen meewerken aan een dergelijke contractovername. Ook worden de aanbestedingsrechtelijke aspecten besproken van de mogelijkheid om bij faillissement van TSN de overeenkomst door de curator voort te laten zetten op grond van artikel 37 Fw, waarbij een derde de overeenkomst volledig in onderaanneming zal uitvoeren.
- 1.3 Uiteraard is de aanbestedingsrechtelijke ruimte die een gemeente heeft om mee te kunnen of mogen werken aan contractovername of de 'artikel 37 Fw-route' voor iedere gemeente anders en afhankelijk van de lokale omstandigheden. In deze aanvulling op de Handreiking worden de mogelijkheden en risico's in kaart gebracht aan de hand van concrete voorbeelden. Deze geanonimiseerde voorbeelden zijn gekozen uit circa 50 overeenkomsten tussen gemeenten en TSN.

2 Mogelijkheid tot contractovername

2.1 Het navolgende stappenplan is bedoeld als handvat om per gemeente aan de hand van de specifieke situatie de mogelijkheden en risico's te identificeren. Het stappenplan dient slechts als handvat en is niet uitputtend bedoeld.

1. Stel vast om welke dienstverlening het gaat (IIA of IIB diensten) en onder welk regime deze dienstverlening in de markt is gezet.

2.2 Van belang is om vast te stellen of de huidige overeenkomst met TSN tot stand is gekomen op basis van directe concurrentie tussen de dienstverleners of zonder directe concurrentie. Daarbij is ook van belang na te gaan of het om zogenaamde IIA of IIB diensten gaat. Zoals volgt uit de Handreiking geldt voor IIB diensten een verlicht aanbestedingsregime met beperkte verplichtingen. Op IIA diensten (bijvoorbeeld schoonmaakdiensten) is het volledige regime van de Aanbestedingswet van toepassing. Zie voor een nadere toelichting op deze stap ook stap 1 en 2 van de Handreiking.

2.3 Voor beantwoording van de vraag om welke dienstverlening het gaat en onder welk regime deze dienstverlening in de markt is gezet is van belang het volgende te inventariseren.

A. Is de overeenkomst door de gemeente gegund op basis van een procedure waarbij directe concurrentie/mededinging tussen de dienstverleners heeft plaatsgevonden:

- i. Aanbestedingsprocedure waarop het volledige regime van de Aanbestedingswet van toepassing is; of
- ii. Hoewel niet verplicht op grond van de Aanbestedingswet is gekozen voor een procedure met directe concurrentie tussen dienstverleners en is een beperkt aantal aanbieders geselecteerd op basis van hun inschrijving (vrijwillige aanbesteding)

of

B. Is gecontracteerd zonder directe concurrentie op basis van:

- i. Zeeuws model; of
- ii. Bestuurlijk aanbesteden; of
- iii. Subsidieverlening.

C. Zijn er naast de gefailleerde partij nog andere dienstverleners gecontracteerd?

Om goed inzicht te krijgen in de voor een gemeente beschikbare bewegingsvrijheid en potentiële risico's is van belang een goed beeld te hebben van het speelveld en de verschillende partijen.

2. Is in de contractuele voorwaarden iets opgenomen voor de situatie waarbij een dienstverlener failliet gaat?

- 2.4 Van belang is goed na te gaan wat precies in de overeenkomst met TSN (en eventueel andere gecontracteerde dienstverleners) is opgenomen ten aanzien van de situatie dat een dienstverlener failliet gaat. De volgende situaties (A t/m C) kunnen zich voordoen.

A. Is een bepaling opgenomen met de strekking dat de overeenkomst van rechtswege eindigt in geval van faillissement?

- 2.5 Zo'n bepaling kan bijvoorbeeld de volgende strekking hebben:

"Aanbieders op wie één of meer van de onderstaande criteria van toepassing zijn worden door de gemeenten uitgesloten van deelname aan het convenant. Dit geldt voor zowel deelnemende aanbieders als aanbieders die een aanvraag indienen tot deelname.

(...)

b. De aanbieder verkeert in staat van faillissement of van liquidatie, aanbieder werkzaamheden zijn gestaakt, jegens aanbieder geldt surseance van betaling of een akkoord of aanbieder verkeert in een andere vergelijkbare toestand ingevolge een soortgelijke procedure die voorkomt in de op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving van een lidstaat van de Europese Unie."

Let op: in bovengenoemd geval moet de gefailleerde deelnemer aan het convenant dus daadwerkelijk worden uitgesloten. Daartoe moet wel actie worden ondernomen.

Of

"Beëindiging van de overeenkomst.

Naast hetgeen in artikel 9 Algemene Inkoopvoorwaarden is gesteld eindigt de overeenkomst tussentijds van rechtswege of als gevolg opzegging:

(...)

e. in geval het faillissement van de aanbieder is aangevraagd door hemzelf dan wel een ander.

(...)"

- 2.6 Dit betekent dat bij een faillissement van TSN de overeenkomst met TSN direct automatisch zal (moeten) eindigen.
- 2.7 In de meeste overeenkomsten is echter een bepaling opgenomen waaruit volgt dat een gemeente de *bevoegdheid* heeft om de overeenkomst in geval van faillissement te ontbinden of op te zeggen. Wanneer binnen een gemeente duidelijk is dat zij bij faillissement van TSN *niet* wenst mee te werken aan contractsovername door een derde en zij de overeenkomst dus wil beëindigen, zal de bevoegdheid ingeroepen moeten worden.
- 2.8 Als de overeenkomst daadwerkelijk is geëindigd of wordt beëindigd is contractsovername door een derde niet meer aan de orde. Daarna geldt:

- Stel vast of in de overeenkomsten is bepaald dat wanneer één van de dienstverleners wegvalt de dienstverlening door de andere gecontracteerden wordt overgenomen.

Zie bijvoorbeeld:

"In geval van beëindiging van de overeenkomst 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 opdrachtgever."

NB: Wij kunnen ons voorstellen dat een dergelijke bepaling (in sommige gevallen) is opgenomen vanuit het principe van zorgcontinuïteit en niet is bedoeld voor onderhavige situatie. Als echter naar de letterlijke tekst wordt gekeken volgt daaruit dat bij beëindiging de cliënten naar een andere gecontracteerde aanbieder worden overgedragen. Mogelijk kunnen derden zich hierop met succes beroepen.

Of

In de overeenkomst is een "wachtkamer" bepaling opgenomen dan kan de dienstverlening wellicht worden overgenomen door de als nr. 2 in de aanbesteding geëindigde aanbieder (zie stap 4 Handreiking voor nadere toelichting). Een dergelijke bepaling is echter in geen van de bekeken overeenkomsten opgenomen.

- Zo niet, dan zal de overeenkomst opnieuw in de markt moeten worden gezet.

Zie in dit verband ook stap 1 t/m 4 van de Handreiking.

B. Is een duidelijke, ondubbelzinnige bepaling opgenomen waaruit volgt dat contractsovername door een derde gedurende de looptijd van de overeenkomst mogelijk is?

- 2.9 Allereerst moet gekeken worden of een contractuele bepaling is opgenomen die duidelijk en ondubbelzinnig omschrijft dat (onder voorwaarden) contractsovername in geval van faillissement van de dienstverlener mogelijk is.
- 2.10 In geen van de bekeken overeenkomsten is zo'n specifieke bepaling opgenomen. Wanneer dat echter wel zo is, dan kan de gemeente in principe meewerken aan contractsovername. Als het goed is, is de overeenkomst mee aanbesteed en hebben alle in de opdracht geïnteresseerde dienstverleners van deze optie kennis kunnen nemen.
- 2.11 In sommige overeenkomsten is een meer algemene bepaling opgenomen die overdracht van rechten en verplichtingen uit de overeenkomst aan derden toestaat. De curator moet dan aan de betreffende gemeente akkoord vragen om alle rechten en verplichtingen aan de derde aanbieder over te dragen.

Zie bijvoorbeeld:

"Overdracht aan derden

1. De opdrachtnemer is niet gerechtigd de rechten en verplichtingen uit dit raamcontract zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de opdrachtgever over te dragen aan een derde. Deze toestemming zal niet zonder redelijke grond worden geweigerd. De opdrachtgever is gerechtigd aan het verlenen van deze toestemming voorwaarden te verbinden.
2. De opdrachtnemer is gehouden de opdrachtgever en cliënt tijdig te informeren over een ophanden zijnde overdracht van de onderneming van de opdrachtnemer."

Of

"Overdracht

Aanbieders verplichten zich ertoe dat bij de overdracht van hun onderneming aan een derde, of bij overdracht van de zeggenschap over hun onderneming aan een derde, of bij overdracht van de activiteiten zoals in deze overeenkomst of in deelovereenkomst(en) aan een derde, dat die derde de rechten en verplichtingen zoals vastgelegd in de overeenkomst en de deelovereenkomst(en) ongewijzigd overneemt. Aangezien de gemeente de genoemde rechten en plichten op basis van deze overeenkomst moet kunnen afdwingen bij de derde, geldt voor de gemaakte (extra) kosten door gemeente en derde volledige aansprakelijkheid voor de overdragende aanbieder.

Aanbieders die hun onderneming overdragen aan een derde, of de zeggenschap over

hun onderneming overdragen aan een derde, of de activiteiten zoals in deze overeenkomst of in de deelopereenkomst(en) beschreven overdragen aan een derde zijn verplicht de gemeente hier vooraf en tijdig over te informeren.”

Of

“Overdracht van verplichtingen

De opdrachtnemer zal slechts na voorafgaande schriftelijke toestemming van de opdrachtgever het recht hebben zijn verplichtingen uit deze overeenkomst te cederen of over te dragen aan een derde.”

NB: Vaak is in de overeenkomsten bepaald dat bij overdracht van rechten en verplichtingen uit de overeenkomst aan een derde, dat deze derde de rechten en verplichtingen ongewijzigd overneemt.

- 2.12 Hoewel deze bepalingen niet specifiek zijn gericht op contractovername (in geval van faillissement van de dienstverlener), kunnen dit soort bepalingen een handvat bieden voor contractovername door een derde. Het kan zijn dat de overgebleven contractanten of zelfs derden zich verzetten tegen zo'n overname. In dat geval zou betoogd kunnen worden dat zij gelet op deze bepalingen erop bedacht moesten zijn dat dit zou kunnen gebeuren bij een faillissement. En dat zij dus geen recht hebben op (mededinging over) het TSN deel. Of een rechter een dergelijke redenering zou willen volgen is niet zeker.

NB: Gemeenten kunnen in aanvulling op een beroep op deze bepaling ook aansluiten bij het gestelde onder 3 van deze aanvulling op de Handreiking.

- 2.13 Gemeenten moeten zich wel steeds bewust zijn van het volgende. Gemeenten zijn op grond van zowel het aanbestedingsrecht als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebonden aan het beginsel van gelijke behandeling van aanbieders. Daaruit vloeit voort dat een overeenkomst gedurende de looptijd niet wezenlijk mag worden gewijzigd. In geval van contractovername moet de overeenkomst door de derde dus onder dezelfde voorwaarden als TSN worden uitgevoerd.

- 2.14 Als gemeenten toch besluiten wijzigingen in de overeenkomst door te voeren lopen zij het risico dat andere contractspartijen, en eventueel zelfs derden, hiertegen met succes in rechte opkomen.

Wanneer is sprake van een wezenlijke wijziging?

- 2.15 Het wezenlijk wijzigingen van de oorspronkelijk met TSN gesloten overeenkomst is aanbestedingsrechtelijk niet toegestaan. De Europese richtlijn 2004/18/EG en de daarop gebaseerde (huidige) Aanbestedingswet kennen geen regeling voor het

doorvoeren van contractuele wijzigingen. De vraag of een aanbesteder zo'n wijziging mag doorvoeren, wordt beoordeeld aan de hand van door het Hof van Justitie EU geformuleerde criteria voor een "wezenlijke wijziging". Als daarvan sprake is, zal de overeenkomst opnieuw in de markt moeten worden gezet.

2.16 Er is sprake is van een wezenlijke wijziging indien:

1. de wijziging voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot:
 - a) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten;
 - b) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
2. de wijziging de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot activiteiten die oorspronkelijk niet waren opgenomen;
3. de wijziging het economische evenwicht van de opdracht wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

2.17 In het Business plan van Stichting Familiehulp i.o. wordt vooralsnog gesteld dat de bestaande overeenkomsten met gemeenten in stand blijven. Of het de bedoeling is dat deze overeenkomsten daadwerkelijk ongewijzigd blijven is nu niet duidelijk. Het Business plan bevat signalen waaruit volgt dat het idee is om na contractovername op onderdelen toch afwijkende afspraken met gemeenten te maken.

2.18 Alle afwijkende afspraken/werkwijzen die de Stichting Familiehulp i.o. wil doorvoeren, zullen dus steeds aan de hierboven genoemde criteria moeten worden getoetst om te beoordelen of deze wijzigingen al dan niet zijn toegestaan. Hieronder enkele voorbeelden uit het Business plan die bij uitvoering zouden kunnen leiden tot een wezenlijke wijziging van de overeenkomst:

- Bevoorschotting of sneller betalen gemeenten (in plaats van betaling achteraf conform huidige afspraken):
deze oplossing leidt ertoe dat het economische evenwicht wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer. Dit was oorspronkelijk niet zo bedoeld. De andere aanbieders worden niet op deze wijze gefinancierd. Daarmee ontstaat een ongelijke behandeling tussen aanbieders. Dit zou een niet toegestane wezenlijke wijziging zijn;
- Servicecentrum: in overleg met gemeenten uniformeren administratieve zaken (primair, facturering);
- Exploitatie: afhankelijk van de afspraken zal per gemeente onderzocht worden of differentiatie in teams wenselijk is;

- Familiehulp wil met gemeenten afspraken maken over ondersteuning van deze transitie en ziet de HHT middelen als mogelijkheid om de sociale innovatie die Familiehulp voorstaat hiervoor te benutten.

C. Is een bepaling opgenomen waaruit volgt dat gedurende de looptijd van de overeenkomst ook andere (extra) dienstverleners gecontracteerd kunnen worden?

2.19 In sommige gevallen is in de overeenkomst bepaald dat gedurende de looptijd van de overeenkomst ook nieuwe/andere aanbieders gecontracteerd kunnen worden. Dat zal meestal het geval zijn bij contractsluiting op basis van het Zeeuws model danwel bestuurlijk aanbesteden. Als gegund is op basis van directe concurrentie ligt dit niet in de rede.

Zie bijvoorbeeld een bepaling met de volgende strekking:

“Toetreding

Nieuwe opdrachtnemers kunnen zich tussentijds aanmelden bij de opdrachtgever. Zij kunnen alleen deelnemen aan de overeenkomst als zij alle bepalingen van de overeenkomst en meest recente bijlagen accepteren. Als opdrachtgever besluit tot toelating sluit zij namens alle partijen de overeenkomst inclusief de conform de overeenkomst tussen partijen eventuele overeengekomen wijzigingen.”

“Toetreding

Partijen onderkennen dat de gemeente op gelijke wijze als met dienstverlener met andere dienstverleners contracteert en dat zij dit ook later tijdens de looptijd van deze resultaatovereenkomst kan doen. Dienstverlener stemt ermee in dat nieuwe dienstverleners daartoe gedurende het gehele kalenderjaar hun interesse kenbaar kunnen maken bij de gemeente. Deze resultaatovereenkomst is derhalve niet gebaseerd op exclusiviteit voor dienstverlener.

Toetreding kan op twee momenten plaatsvinden: 1 januari en 1 juli, mits de betreffende dienstverlener op dat moment voldoet aan de eisen en voorwaarden als gesteld in de resultaatovereenkomst en de basisovereenkomst en de resultaatovereenkomst én de basisovereenkomst rechtsgeldig heeft ondertekend.”

“Gedurende de looptijd van de raamovereenkomst kunnen nieuwe aanbieders zich aanmelden bij de opdrachtgever en daarmee in aanmerking komen voor een raamovereenkomst met de opdrachtgever.

Indien dit zich voordoet, dient de aanbieder te voldoen aan de bij de contractering geldende criteria en volledig in te stemmen met de bij contractering gestelde voorwaarden en eisen, zoals omschreven in het inkoopdocument. In geval van reeds lopende zaken in het kader van transformatieontwikkelingen wordt daar vanaf ingangsdatum van het contract bij aangesloten. Ten aanzien de procedure zal worden aangesloten bij de oorspronkelijke procedure in 2.2 met als uitzondering dat er geen

nieuwe nota van inlichtingen zal plaats vinden. De termijn tussen inschrijving en het afsluiten van een raamovereenkomst zal maximaal 1 maand zijn.”

- 2.20 Een dergelijke bepaling maakt niet dat *contractovername* mogelijk is. Het gaat om nieuwe/andere aanbieders die gedurende de overeenkomst nog een contract krijgen. Wel zou bij een doorstart door een derde partij na faillissement, deze derde kunnen toetreden tot de overeenkomst. Het is dan echter niet zo dat alle cliënten van de gefailleerde aanbieder automatisch zullen over gaan naar de derde. Zij hebben immers een keuzevrijheid.
- 2.21 Op grond van zowel het aanbestedingsrecht als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gemeenten gebonden aan het beginsel van gelijke behandeling van aanbieders. De derde die toetreedt tot het contract kan niet tegen gunstiger voorwaarden worden gecontracteerd dan de andere partijen. Bovendien betekent dit dat cliënten van de gefailleerde aanbieder één van de door de gemeente gecontracteerde dienstverleners moeten kiezen. Dat kan de derde zijn, maar dat hoeft niet.

3. In de overeenkomst is niet voorzien in enige bepaling die ziet op contractovername danwel overname van de dienstverlening door derden

- 2.22 Wat als de overeenkomst niet voorziet in enige bepaling die ziet op contractovername danwel overname van de dienstverlening door derden? Hierbij is van belang of sprake is van IIA diensten of IIB diensten (zie stap 1).

A. IIA diensten

- 2.23 Uitgangspunt is in dit geval dat sprake is van een conform de Aanbestedingswet aanbestede opdracht.
- 2.24 Als hiervoor benoemd, kennen de Europese richtlijn 2004/18/EG en de daarop gebaseerde (huidige) Aanbestedingswet geen regeling voor het doorvoeren van contractuele wijzigingen of *contractovername*. De vraag of een aanbesteder zo'n wijziging mag doorvoeren, wordt beoordeeld aan de hand van de hiervoor beschreven criteria voor een “wezenlijke wijziging”.
- 2.25 Uit jurisprudentie van het HvJEU volgt dat de vervanging van een contractspartij in uitgangspunt heeft te gelden als een wezenlijke wijziging, tenzij deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst.
- 2.26 Op grond van de huidige regelgeving is contractovername bij het ontbreken van een ondubbelzinnige bepaling in de overeenkomst die hierin voorziet (zie stap 2), niet mogelijk.

- 2.27 Echter, de jurisprudentie van het Hof is grotendeels gecodificeerd én aangevuld in de (nieuwe) Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU. Deze richtlijn moet uiterlijk op 18 april 2016 zijn geïmplementeerd in nationale regelgeving. Met het oog daarop is inmiddels een wetsvoorstel voor de wijziging van de Aanbestedingswet verschenen. Het wijzigingsvoorstel is nog niet definitief vastgesteld en ligt momenteel nog bij de Tweede Kamer.
- 2.28 Onder richtlijn 2014/24/EU en het wetsvoorstel blijft uitgangspunt dat wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan noopt tot het volgen van een nieuwe aanbestedingsprocedure (artikel 2.163g lid 3 sub d wijzigingsvoorstel). Wél is bepaald dat onder strikt te interpreteren omstandigheden mogelijk is de contractspartij te vervangen. Een van die in omstandigheden is vervanging van de contractspartij ten gevolge van insolventie (artikel 2.163f wijzigingsvoorstel):
- Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien een nieuwe opdrachtnemer de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund, vervangt ten gevolge van:
- a. een ondubbelzinnige herzieningsclausule als bedoeld in artikel 2.163c, *of*
 b. rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, waaronder door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheidseisen, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen als bedoeld in artikel 2.163g, derde lid, in de opdracht meebrengt en dit niet gebeurt met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2 van deze wet.
- 2.29 Als niet contractueel is voorzien in contractsovername (bij faillissement), zou door gemeenten een anticiperend beroep op de verruimde mogelijkheid van artikel 2.163f van het wijzigingsvoorstel gedaan kunnen worden. Dat geldt indien sprake is van een doorstart van de onderneming waarbij de werkzaamheden onder dezelfde voorwaarden als het onder oorspronkelijke contract worden voortgezet. Bovendien zal deze nieuwe aanbieder moeten voldoen aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheidseisen en zal de overeenkomst overigens dus niet wezenlijk mogen worden gewijzigd. Een en ander mag evenmin gebeuren met het oogmerk om zich te onttrekken aan de aanbestedingswet.
- 2.30 Contractsovername op bovengenoemde gronden is verdedigbaar, maar zou aanleiding kunnen geven tot terechte bezwaren van andere aanbieders nu contractsovername onder de huidige aanbestedingsregels nog niet is toegestaan.

NB: De gemeente zal aan de hand van het stappenplan in de Handreiking moeten bezien of aanbesteding noodzakelijk is. Zo ja, dan kan mogelijk nog een

uitzondering op de aanbestedingsplicht worden ingeroepen wegens "dwingende spoed". Dat zal echter alleen kunnen wanneer sprake is van een noodsituatie en dan slechts voor een proportionele periode (dat wil zeggen de periode die nodig is om een aanbestedingsprocedure te doorlopen om te komen tot een nieuwe contractspartner). Wanneer het echter juridisch mogelijk is de werkzaamheden bij de andere bestaande dienstverleners weg te zetten (omdat daarin contractueel was voorzien), lijkt dit een geëigender pad.

B. IIB diensten

- 2.31 Bij IIB diensten is slechts een verlicht aanbestedingsregime van toepassing met beperkte verplichtingen (geen discriminatoire technische specificaties, gunning achteraf publiceren in publicatieblad EU). Voor gemeenten bestaat in dit geval meer vrijheid. Wel zijn gemeenten, als gezegd, op grond van zowel het aanbestedingsrecht als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gemeenten gebonden aan het beginsel van gelijke behandeling van aanbieders. Een wezenlijke wijziging van de overeenkomst is daarmee in strijd.
- 2.32 Ook in een dergelijke situatie zou, met dezelfde risico's als bij IIA diensten, een wijziging van contractspartij in principe mogelijk zijn. Of hierbij een groot risico op terechte klachten van andere dienstverleners bestaat, is onder meer afhankelijk van de wijze waarop deze diensten zijn uitgevraagd (vrijwillig gekozen voor een procedure met mededinging, bestuurlijk aanbesteden, Zeeuws model, subsidieregeling, zonder procedure een contract sluiten met 1 dienstverlener) en welke verwachtingen daarbij zijn gecreëerd. Zijn de oorspronkelijke overeenkomsten in concurrentie tot stand gekomen, dan kunnen andere aanbieders bijvoorbeeld verwachten dat het vrijgevallede deel opnieuw in de markt wordt gezet.

Zo ja, dan kan mogelijk een uitzondering op de aanbestedingsplicht worden ingeroepen wegens "dwingende spoed". Zie hiervoor.

C. Hoe luidt het gemeentelijke aanbestedingsbeleid?

- 2.33 Tenslotte zullen gemeenten in ieder geval ook moeten nagaan of contractsovername op grond van het gemeentelijke (aanbestedings)beleid en in het licht van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mogelijk is. Bestaande gemeentelijke aanbestedingsbeleidsregels zullen overigens allicht voorzien in uitzonderingsmogelijkheden.

Afsluitende opmerking

- 2.34 Het staat een gemeente overigens hoe dan ook vrij een vrijgevallede overeenkomst, zoals die met TSN, in concurrentie te vergeven (tenzij expliciet bepaald dat andere contractanten de zorg overnemen). In dat geval komt het gelijkheidsbeginsel tot zijn

recht. Wel zal het vergeven in concurrentie op een transparante en objectieve wijze moeten plaatsvinden.

- 2.35 In dat verband het volgende. Als hiervoor benoemd, moet uiterlijk 18 april 2016 de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn zijn geïmplementeerd in nationale regelgeving en is inmiddels een wetsvoorstel voor de wijziging van de Aanbestedingswet verschenen. Het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten is in de richtlijn 2014/24/EU en dus ook in het wetsvoorstel komen te vervallen. In plaats daarvan komen bepaalde diensten te vallen onder een aangepast verlicht aanbestedingsregime. Dit regime geldt wanneer sprake is van een opdracht voor zo'n dienst met een waarde van € 750.000,- of meer (art. 2.6a wetsvoorstel). De diensten die onder dat regime vallen zijn opgesomd in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU. Daaronder vallen gezondheidszorg, maatschappelijke en aanverwante dienstverlening. Dat is dus ook huishoudelijke hulp. Wanneer gemeenten na 18 april 2016 opnieuw opdrachten / de vrijgevallen overeenkomst van TSN willen vergeven, zullen zij met het nieuwe regime rekening moeten houden.

3 Artikel 37 Fw en onderaanneming

- 3.1 Bewindvoerders hebben aangegeven dat overname van het contract met een gemeente ook mogelijk is via artikel 37 Fw. In dit scenario is geen sprake van contractovername door een derde partij na faillissement van TSN, maar van toevoeging van een onderaannemer.
- 3.2 De curator zal gebruik maken van zijn wettelijke recht de overeenkomst op grond van artikel 37 Fw gestand doen en voort te zetten. De curator zal de contracten vervolgens integraal laten uitvoeren door een onderaannemer: de derde partij.
- 3.3 Allereerst zal moeten worden vastgesteld dat de overeenkomst bij faillissement niet van rechtswege eindigt/moet eindigen (zie scenario 2A hiervoor).
- 3.4 Inschakeling van een onderaannemer voor het uitvoeren van werkzaamheden is in principe toegestaan, mits dit niet leidt tot wezenlijke wijzigingen van de overeenkomst. In de meeste overeenkomsten zijn hiervoor bepalingen opgenomen. Vaak zal eerst goedkeuring van de gemeente moeten worden gevraagd. Daarnaast kan in de overeenkomst bepaald zijn dat de onderaannemer aan dezelfde geschiktheidseisen moet voldoen als de contractspartij en geen van de uitsluitingsgronden op hem van toepassing is. Tenslotte zullen gemeenten moeten nagaan of hun eigen aanbestedingsbeleid hierover nog iets regelt.

Zie bijvoorbeeld:

“Uitvoering van de overeenkomst

Opdrachtnemer verplicht zich om de werkzaamheden uit hoofde van deze overeenkomst in beginsel zelf uit te voeren. De Opdrachtnemer zal geen van deze werkzaamheden door enig ander natuurlijk of rechtspersoon, anders dan door werknemers van haar organisatie laten uitvoeren zonder daarvoor vooraf toestemming te hebben verkregen van Opdrachtgever.”

Of

“Onderaannemerschap

1. Verleende Hulp bij het Huishouden in Onderaanneming komt alleen voor vergoeding in aanmerking indien vooraf schriftelijk toestemming is verleend door de Gemeente. De Gemeente kan eisen stellen aan deze toestemming. De inschakeling van een Onderaannemer geschiedt voor eigen rekening en risico van Aanbieder en doet niet af aan de verplichtingen van Aanbieder uit deze Overeenkomst.
2. Aanbieder is en blijft volledig verantwoordelijk en aansprakelijk voor alle aspecten van de door de Onderaannemer geleverde Hulp bij het Huishouden. Aanbieder garandeert dat de Zorgverlening door de Onderaannemer(s) aan dezelfde eisen voldoet, als die welke aan hem zouden zijn gesteld als hij hoofdaannemer was.
3. In aanvulling op hetgeen in het offertetraject door Aanbieder schriftelijk is opgegeven, geeft Aanbieder op verzoek van de Gemeente nadere informatie over de Onderaannemer en het door hem geleverde volume.
4. Aanbieder staat er voor in dat de Onderaannemer desgevraagd aan de Gemeente alle inlichtingen verschafft die Aanbieder zelf ook dient te verstrekken alsmede alle informatie die de Gemeente verlangt over de verhouding tussen Aanbieder en de Onderaannemer.
5. Aanbieder ziet erop toe dat de Onderaannemer niet rechtstreeks facturen aan de Cliënt, aan de Gemeente en/of aan derden stuurt voor Zorgverlening die valt binnen de kaders van deze Overeenkomst.”

Of

“Onderaanneming

1. Indien Opdrachtnemer bij de uitvoering van deze Raamovereenkomst door middel van onderaanneming gebruik wil maken van de diensten van derden, die niet tot haar concern behoren, zal hij daartoe slechts bevoegd zijn na daartoe verkregen schriftelijke toestemming van Opdrachtgever. Bij het verlenen hiervan is de Opdrachtgever gerechtigd aan de toestemming voorwaarden te verbinden die voortvloeien uit deze Raamovereenkomst.
2. De door Opdrachtgever gegeven toestemming laat onverlet de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van Opdrachtnemer voor de nakoming van de krachtens deze Raamovereenkomst op hem rustende verplichtingen en de krachtens de belasting- en sociale verzekeringswetgeving op hem als werkgever rustende verplichtingen.”

Of

- “2. Indien (Naam organisatie) bij uitvoering van deze overeenkomst, gebruik wil maken van diensten van derden, hetzij onderaanneming, hetzij door tijdelijke inhuur van derden, dan zal hij daartoe slechts bevoegd zijn na daartoe verkregen schriftelijke

toestemming van de gemeente, welke toestemming niet op onredelijke gronden zal worden onthouden. Bij het verlenen van goedkeuring als in dit lid bedoeld is, is de gemeente gerechtigd aan de goedkeuring voorwaarden te verbinden c.q. deze in tijd te beperken. De door de gemeente gegeven toestemming laat onverlet de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van (Naam organisatie) voor nakoming van de krachtens deze overeenkomst op hem rustende verplichtingen en de krachtens de belasting- en sociale verzekeringswetgeving op hem als werkgever rustende verplichtingen.

7.3 (Naam organisatie) vrijwaart de gemeente volledig van aanspraken en vorderingen die voortvloeien uit de Wet Ketenaansprakelijkheid. Eventuele boetes als gevolg van Wet Ketenaansprakelijkheid zijn volledig voor rekening en risico van (Naam organisatie)."

Of

"Onderaanneming

1. Het door opdrachtnemer inschakelen van een onderaannemer voor het verrichten van diensten, geschiedt uitsluitend mits daartoe schriftelijke toestemming is verkregen van opdrachtgever en indien de onderaannemer voldoet aan de eisen zoals opgenomen in deze overeenkomst en bijlagen. Aan de toestemming kan opdrachtgever voorwaarden verbinden.

2. In geval van onderaanneming is de hoofdaannemer volledig aansprakelijk voor alle afspraken die volgen uit de overeenkomst."

Let op:

Het komt voor dat in overeenkomsten is bepaald dat 100% onderaanneming is uitgesloten. Ook kan voorkomen dat is bepaald dat gedurende de uitvoering van een overeenkomst geen onderaannemers kunnen worden toegevoegd. Gemeenten zullen dit moeten nagaan. Dergelijke bepalingen zijn in geen van de bekeken overeenkomsten opgenomen.

- 3.5 Als gezegd, is dit scenario in principe mogelijk als de overeenkomst hier ruimte voor biedt. Wel zou het kunnen worden opgevat als een constructie om de aanbestedingsregels te omzeilen. De facto is immers sprake van een nieuwe dienstverlener. Een constructie om daarmee de regels te omzeilen is kwetsbaar en daarmee niet zonder risico's. Het is natuurlijk nooit uit te sluiten dat een (concurrerende) dienstverlener tegen deze oplossing zal opkomen, en evenmin valt uit te sluiten dat een klacht bij bijvoorbeeld de Europese Commissie toch niet succesvol zal zijn. Echter, de curator maakt gebruik van zijn recht om de overeenkomst voort te zetten en als binnen de grenzen van de overeenkomst wordt gebleven en de overeenkomst nauwelijks wordt gewijzigd lijkt dit goed verdedigbaar.
- 3.6 Dit scenario roept wel de nodige praktische vragen op. De failliete onderneming blijft contractspartij. Er zullen als hiervoor gekozen wordt dus goede afspraken gemaakt moeten worden met de curator en de derde partij die onderaannemer wordt. Hieronder slechts enkele aandachtspunten en openstaande vragen:

- Voorkomen moet worden dat betaling aan de derde partij blijft hangen in de boedel. Afsproken zou kunnen worden dat overmaking aan de derde wordt beschouwd als bevrijdende betaling aan de curator.
- Met wie moet een gemeente bijvoorbeeld schakelen, de curator of derde?
- Hoe werkt een en ander uit met de Wet Ketenaansprakelijkheid?
- Hoe worden de aansprakelijkheid en garanties geregeld?
- Hoe wordt de communicatie en het factureringsproces met cliënten geregeld? Rechtstreeks via de onderaannemer of via de curator?

4 Enkele voorbeelden

Casus 1

- 4.1 Een gemeente heeft naar aanleiding van een aanbesteding conform de Aanbestedingswet 2012 (IIA diensten) 10 overeenkomsten gesloten.
- In de overeenkomsten is niet bepaald dat deze van rechtswege eindigen bij faillissement van de dienstverlener;
 - In de overeenkomsten is geen enkele bepaling opgenomen die voorziet in contractovername (bij faillissement);
 - In de overeenkomsten is niets bepaald voor het geval dat dienstverlening door de overige gecontracteerden wordt overgenomen bij het wegvallen van een dienstverlener;
 - De potentiële nieuwe contractspartij voldoet aan alle oorspronkelijk gestelde geschiktheidseisen.
- 4.2 Onder de huidige aanbestedingsregels is contractovername een niet toegestane wezenlijke wijziging. In principe moet het vrijgefallen contract opnieuw in concurrentie in de markt worden gezet (zie stap 1-4 Handreiking).
- 4.3 Echter, vanaf 18 april 2016 moet de nieuwe aanbestedingsrichtlijn geïmplementeerd zijn. De Gemeente zou een anticiperend beroep kunnen doen op de verruimde mogelijkheid van artikel 2.163f van het wijzigingsvoorstel Aanbestedingswet. Dit artikel staat vervanging van de contractspartner bij faillissement toe als de overeenkomst niet wezenlijk wordt gewijzigd. Er dient dan wel sprake te zijn van integrale contractovername (zie in dit verband 2.15-2.18).

Casus 2

- 4.4 Een gemeente heeft op basis van het Zeeuws model 30 contracten gesloten.
- In de overeenkomsten is niet bepaald dat deze van rechtswege eindigen bij faillissement van de dienstverlener;

- In de overeenkomsten is geen enkele bepaling opgenomen die voorziet in contractovername (bij faillissement);
- In de overeenkomsten is bepaald dat gedurende de looptijd van de overeenkomst nieuwe contractspartijen kunnen toetreden.

4.5 De overeenkomst voorziet niet in contractovername.

- Het verlichte IIB regime is van toepassing. Integrale contractsovername lijkt mogelijk (zie ook bij IIA diensten). Gemeenten zijn wel gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het gelijkheidsbeginsel is van toepassing, dus inhoudelijke wezenlijke wijzigingen van de overeenkomst zijn niet toegestaan.

Of

- Na een doorstart kan de derde als nieuwe contractspartij toetreden tot de overeenkomst. Deze overeenkomst is inhoudelijk dezelfde overeenkomst als de overeenkomst met de andere contractspartijen. De cliënten gaan niet automatisch mee over naar de derde. Zij kunnen zelf een dienstverlener kiezen.

Casus 3

4.6 Hoewel niet verplicht op grond van de Aanbestedingswet heeft een gemeente ervoor gekozen voor een aanbestedingsprocedure waarbij directe concurrentie/mededinging plaatsvindt (vrijwillige aanbesteding). Zij heeft de opdracht gegund aan 10 aanbieders op basis van hun inschrijving. Zij heeft dus 10 overeenkomsten gesloten.

- In de overeenkomsten is niet bepaald dat deze van rechtswege eindigen bij faillissement van de dienstverlener;
- In de overeenkomsten is geen enkele bepaling opgenomen die voorziet in contractovername (bij faillissement);
- In de overeenkomsten is bepaald dat wanneer één van de dienstverleners wegvalt de dienstverlening door de andere gecontracteerden wordt overgenomen.

4.7 Contractovername is risicovol. Het vrijgevalen contract zal in principe moeten worden verdeeld / in mededinging worden vergeven aan de zittende contractanten.

Casus 4

4.8 Een gemeente heeft bestuurlijk aanbesteed en heeft 30 contracten gesloten.

- In de overeenkomsten is niet bepaald dat deze van rechtswege eindigen bij faillissement van de dienstverlener;
- In de overeenkomsten is geen specifieke bepaling opgenomen die voorziet in contractovername bij faillissement;
- In de overeenkomsten is een bepaling opgenomen die overdracht van rechten en verplichtingen uit de overeenkomst aan derden toestaat;
- De potentiële nieuwe contractspartij voldoet aan alle oorspronkelijk gestelde geschiktheidseisen.

4.9 De overeenkomst biedt een handvat voor contractovername door een derde. De curator moet aan de gemeente akkoord vragen voor overdracht van alle rechten en verplichtingen aan de derde aanbieder. Eventuele wezenlijke wijzigingen zijn gelet op het gelijkheidsbeginsel niet toegestaan.

Casus 5

4.10 Een gemeente heeft meerdere dienstverleners gecontracteerd op basis van een procedure (maakt niet uit welke).

- In de overeenkomst is bepaald dat deze van rechtswege eindigt in geval van faillissement van de dienstverlener.

4.11 De overeenkomst eindigt bij een faillissement automatisch. Contractovername is niet mogelijk.

- Stel vast of in de overeenkomsten is bepaald dat wanneer één van de dienstverleners wegvalt de dienstverlening door de andere gecontracteerden wordt overgenomen;
- Zo niet, dan zal de overeenkomst opnieuw in de markt moeten worden gezet. (zie stap 1-4 van de Handreiking).

Casus 6

4.12 Een gemeente heeft één of meerdere dienstverleners gecontracteerd op basis van een procedure (maakt niet uit welke).

- In de overeenkomst is een duidelijke, ondubbelzinnige bepaling opgenomen waaruit volgt dat contractovername (in geval van faillissement) mogelijk is.

4.13 Contractovername is toegestaan.

Casus 7

- 4.14 De curator maakt gebruik van zijn recht de overeenkomst voort te zetten (art. 37 Fw) en de derde zal als onderaannemer de volledige overeenkomst uitvoeren.
- In de overeenkomsten is niet bepaald dat deze van rechtswege eindigen bij faillissement van de dienstverlener;
 - In de overeenkomst is bepaald dat onderaanneming is toegestaan, mits de gemeente goedkeuring verleent;
 - In de overeenkomst is niet bepaald dat het integraal door een onderaannemer laten uitvoeren van de overeenkomst is uitgesloten;
- 4.15 De gemeente zal, conform het bepaalde in de overeenkomst, goedkeuring moeten verlenen aan het inschakelen van de derde als onderaannemer. Vervolgens zal de gemeente met de curator en de derde goede afspraken moeten maken over de uitvoering (betaling, Wet Ketenaansprakelijkheid, aanspreekpunt etc.). Ook hierbij geldt dat eventuele wezenlijke wijzigingen gelet op het gelijkheidsbeginsel niet zijn toegestaan.