

Aanbestedingsrecht voor de fusie- en overnamepraktijk

*Mr. drs. J.J. van der Kemp**

Inleiding

In het kader van een due diligence-onderzoek wordt niet altijd aan het aanbestedingsrecht gedacht. Ten onrechte. Een fusie, overname of reorganisatie kan ingrijpende gevolgen hebben voor lopende overeenkomsten die zijn gesloten in vervolg op een aanbesteding.

In deze bijdrage wordt eerst kort uiteengezet wat het aanbestedingsrecht is, wanneer er een aanbestedingsplicht bestaat en hoe een aanbestedingsprocedure verloopt. Vervolgens wordt het toetsingskader besproken voor ‘wezenlijke wijzigingen’ in overeenkomsten, aan de hand van het door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) gewezen arrest *Presstext*.¹ Voorts worden de gevolgen van *Presstext* voor de fusie- en overnamepraktijk besproken. Tot slot worden de risico’s besproken van het onterecht niet aanbesteden van een (gewijzigde) opdracht onder de (nieuwe) Wet implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: de *Wira*).²

Aanbestedingsrecht

Aanbestedingsregelgeving

Het aanbestedingsrecht is vastgelegd in een tweetal Europese richtlijnen: de Algemene Richtlijn³ en de Richtlijn Nutssectoren,⁴ die in de Nederlandse rechtsorde zijn geïmplementeerd door middel van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen.⁵ Deze Raamwet is nader uitgewerkt in twee AMvB’s: het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten⁶ (hierna: het BAO) en het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren⁷ (hierna: het BASS).

* Mr. drs. J.J. van der Kemp is werkzaam als advocaat bij Stibbe.

1. HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*).
2. Wet van 28 januari 2010, Stb. 2010, 38.
3. Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PbEG 2004, L 134/114.
4. Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PbEG 2004, L 134/1.
5. Wet van 31 maart 1993, Stb. 1993, 212.
6. AMvB van 16 juli 2005, Stb. 2005, 408, zoals laatstelijk gewijzigd bij AMvB van 10 februari 2010.
7. AMvB van 16 juli 2005, Stb. 2005, 409, zoals laatstelijk gewijzigd bij AMvB van 10 februari 2010.

Ingevolge de hiervoor genoemde Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn aanbestedende diensten gehouden om zogeheten ‘overheidsopdrachten’ Europees aan te besteden wanneer de geraamde waarde van die overheidsopdrachten een bepaalde drempelwaarde overschrijdt (zie hierna).

Naast de Europese aanbestedingsrichtlijnen is ook de Rechtsbeschermingsrichtlijn⁸ uit 2007 van belang. De Rechtsbeschermingsrichtlijn is op 28 januari 2010 in Nederland geïmplementeerd door middel van de *Wira*.

De Rechtsbeschermingsrichtlijn vormt de grondslag voor de handhaving van de voorschriften van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de rechtsbescherming van deelnemers aan aanbestedingsprocedures. Kort gezegd dient eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een overheidsopdracht, toegang te hebben tot een beroepsprocedure.

Aanbestedingsplicht

De Europese aanbestedingsrichtlijnen hebben tot doel

‘de transparantie in de gemeenschappelijke markt voor overheidsaanbestedingen te vergroten en discriminatoir aanbestedingsgedrag van aanbestedende diensten in de lidstaten van de Europese Unie te voorkomen’.⁹

Door het (verplicht) aanbesteden van overheidsopdrachten wordt de markt voor mededinging opengesteld.

Van een aanbestedingsplicht is pas sprake indien aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan. Er moet sprake zijn van (1) een aanbestedende dienst en (2) een overheidsopdracht die (3) de toepasselijke drempelwaarde overschrijdt.

Bij aanbestedende diensten kan worden gedacht aan overheidsorganen zoals de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen, maar ook aan semioverheden, zoals gemeenschappelijke regelingen (art. 1 sub r BAO en art. 1 sub q BASS).

8. Richtlijn 2007/66/EG tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van de overheidsopdrachten, PbEG 2007, L 335/31.
9. Zie de NvT bij het BAO, p. 47.

Overheidsopdrachten zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten met betrekking tot de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten (zie art. 1 sub h, i en j BAO en art. 1 sub h, i en j BASS).

Tot slot is voor de toepasselijkheid van het BAO en het BASS vereist dat de waarde van de overheidsopdracht – exclusief btw – het toepasselijke drempelbedrag overschrijft. De drempelwaarden worden door de Europese Commissie om de twee jaar herzien.¹⁰ Voor werken geldt – zowel onder het BAO als onder het BASS – een drempelbedrag van EUR 4.845.000 exclusief btw. Voor leveringen en diensten onder het BAO geldt een drempelbedrag van EUR 193.000 exclusief btw en onder het BASS een drempelbedrag van EUR 387.000 exclusief btw.

Aanbestedingsprocedure

Indien aan de drie hiervoor genoemde cumulatieve voorwaarden is voldaan, dan dient de opdracht Europees te worden aanbesteed volgens een van de aanbestedingsprocedures uit het BAO of het BASS.

De meest gebruikelijke Europese aanbestedingsprocedures zijn – zowel onder het BAO als onder het BASS – de openbare procedure en de niet-openbare procedure.

De openbare procedure vindt plaats in één ronde. De aanbesteding wordt algemeen bekendgemaakt, door middel van publicatie in het Publicatieblad van de Europese Unie.¹¹ Geïnteresseerde marktpartijen kunnen deelnemen aan de aanbesteding door middel van indiening van een inschrijving. De aanbestedende dienst gunt de opdracht aan een marktpartij op basis van een vooraf bekendgemaakt gunningcriterium: de laagste prijs of de ‘economisch meest voordelige inschrijving’ (de beste prijs-kwaliteitverhouding).

De niet-openbare procedure is een aanbesteding met voorafgaande selectie. De aanbesteding wordt algemeen bekendgemaakt, maar vindt plaats in twee rondes. In de eerste ronde kunnen geïnteresseerde marktpartijen zich aanmelden als gegadigde. De marktpartijen die aan de door de aanbestedende dienst bekendgemaakte kwalificatievereisten voldoen, worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving op de aanbesteding. Slechts de uitgenodigde gegadigden mogen een inschrijving indienen op de aanbesteding. De aanbestedende dienst gunt de opdracht aan een gegadigde op basis van een vooraf bekendgemaakt gunningcriterium: de laagste prijs of de ‘economisch meest voordelige inschrijving’.

10. De Commissie heeft de drempelwaarden voor 2010 gepubliceerd in Verordening EG 1177/2009, PbEG 2009, L 314/64.

11. Zie <<http://ted.europa.eu>>.

Na definitieve gunning van de opdracht wordt de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de ‘winnende’ marktpartij gesloten.

Het arrest Presstext

De feiten (voor zover van belang)

In 1994 – vóórdat Oostenrijk toetrad tot de EU – sloten de Republiek Oostenrijk en de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid APA Austria Presse Agentur (hierna: APA) met betrekking tot de verrichting van nieuwsagentschapdiensten een overeenkomst voor onbepaalde tijd. In september 2000 richtte APA APA-OTS op, waarvan APA het volledige aandelenkapitaal in handen had. Vervolgens bracht APA een deel van de ingevolge de overeenkomst te verrichten activiteiten onder bij APA-OTS. Later werd door de contractspartijen nog een aantal andere wijzigingen in de lopende overeenkomst doorgevoerd, zoals de hoogte van de vergoeding aan APA (onder meer als gevolg van de invoering van de euro en de wijzigingen van het indexcijfer).

In het kader van een gerechtelijke procedure verzoekt het Bundesvergabeamt (Oostenrijk) het Hof een prejudiciële beslissing te nemen over – kort gezegd – de vraag of voornoemde wijzigingen kunnen worden aangemerkt als wijzigingen als gevolg waarvan opnieuw zou moeten worden aanbesteed.

Oordeel Hof

Het Hof komt in r.o. 34 van het arrest tot het volgende oordeel:

‘Met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, vormen wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een *nieuwe plaatsing van een opdracht* in de zin van richtlijn 92/50 [thans de Algemene Richtlijn; JvdK] *wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst* en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst (zie in die zin arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk, C-337/98, Jurispr. blz. I-8377, punten 44 en 46).’ (cursivering JvdK)

Hieruit volgt dat sprake is van een nieuwe overheidsopdracht waarvoor een aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd indien bepalingen uit de oorspronkelijke overeenkomst wezenlijk zijn gewijzigd. In r.o. 35 oordeelt het Hof dat een wijziging kan worden aangemerkt als ‘wezenlijk’ wanneer:

1. zij 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; of

- b. de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
2. zij de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot activiteiten die oorspronkelijk niet waren opgenomen;
 3. zij 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.

Voor genoemd toetsingskader voor wezenlijke wijzigingen hanteert het Hof bij de beantwoording van de prejudiciële vragen. In het kader van deze bijdrage richt ik mij op de vraag of overdracht van de activiteiten aan APA-OTS en/of een verandering in de ledensamenstelling van APA kwalificeren als een wezenlijke wijziging.

Overdracht van activiteiten

De overdracht van de activiteiten aan APA-OTS kwalificeert volgens het Hof niet als een wezenlijke wijziging omdat:¹²

- APA-OTS een 100%-dochtermaatschappij is van APA; en
- APA de (volledige) zeggenschap uitoefent over APA-OTS; en
- tussen APA en APA-OTS een overeenkomst is gesloten op grond waarvan winsten en verliezen aan APA worden overgedragen; en
- een vertegenwoordigingsbevoegde medewerker van APA de aanbestedende dienst had verzekerd dat APA, na overdracht van de activiteiten, samen met APA-OTS hoofdelijk aansprakelijk zou zijn en dat de totale prestatie niet zou veranderen.

Deze overdracht betreft volgens het Hof een ‘interne reorganisatie’, waardoor de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst niet wezenlijk zijn gewijzigd.

Voorts oordeelt het Hof dat indien APA de aandelen in APA-OTS gedurende de looptijd van de overeenkomst aan een derde zou verkopen, het niet meer zou gaan om een interne reorganisatie, maar om een daadwerkelijke wijziging van de contractspartner, hetgeen in beginsel een wezenlijke wijziging van de contractvoorwaarde vormt.¹³

Verandering in ledensamenstelling

Het Hof overweegt dat overheidsopdrachten in de regel worden gegund aan rechtspersonen. Voor de geldigheid van de gunning van een overheidsopdracht aan een rechtspersoon acht het Hof niet relevant dat de kring van aandeelhouders gedurende de looptijd van de overeenkomst kan wijzigen. Gunning zou volgens het Hof ook geldig kunnen geschieden aan een naamloze vennootschap (NV) die aan de beurs genoteerd is. Uit de aard van de rechtspersoon vloeit voort dat de samenstelling van zijn aandeelhouders kan wijzigen, maar dit

doet aan de geldigheid van de gunning van een overheidsopdracht aan een NV in beginsel niets af.¹⁴

Vergelijkbare overwegingen zouden volgens het Hof moeten gelden voor een opdracht die is gegund aan een geregistreerde coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Eventuele wijzigingen in de samenstelling van de kring van leden van een dergelijke coöperatie brengen in beginsel geen wezenlijke wijziging van de aan haar gegunde opdracht met zich mee.

De gevolgen van Presstext voor de fusie- en overnamepraktijk

Als gevolg van een fusie, overname of reorganisatie kunnen lopende overeenkomsten wezenlijk worden gewijzigd, waardoor opnieuw moet worden aanbesteed.

Hierna zal – niet uitputtend – een aantal situaties worden besproken waarin waakzaamheid geboden is. Bij de bespreking wordt ervan uitgegaan dat A de aanbestedende dienst is die – na een aanbesteding – een overeenkomst heeft gesloten met de besloten vennootschap B.

Interne reorganisatie

Een louter interne reorganisatie van B levert in beginsel geen wezenlijke wijziging op in de contractvoorwaarden tussen A en B. Een voorbeeld is een activa-passivatransactie waarbij B (een gedeelte van) de rechten en verplichtingen uit de overeenkomst met A (de overheidsopdracht) overdraagt aan zijn 100%-dochtermaatschappij C.

Transacties met derden

Overdracht van aandelen

Indien de geplaatste aandelen in het kapitaal van B worden overgedragen aan een derde, is in beginsel geen sprake van een wezenlijke wijziging in de contractvoorwaarden tussen A en B. De overeenkomst is gesloten tussen A en rechtspersoon B. B blijft contractspartner van A.

Dit zou volgens het Hof echter anders zijn indien de geplaatste aandelen in het kapitaal van de 100%-dochtermaatschappij C – die (een gedeelte van) de activiteiten uit de overeenkomst tussen A en B uitvoert – worden overgedragen aan een derde. In dat geval oefent B niet meer de (volledige) zeggenschap uit in C en is er sprake van een daadwerkelijke wijziging van de contractspartner van A.

Het Hof kwalificeert de situatie waarin de aandelen in contractspartner B worden overgedragen aan een derde, anders dan de situatie waarin de aandelen in de 100%-dochtermaatschappij van B (die een gedeelte van de activiteiten uit de overeenkomst tussen A en B uitvoert) worden overgedragen aan een derde. Relevant daarbij lijkt *aan wie* de opdracht is

12. R.o. 44.

13. R.o. 47.

14. R.o. 51.

gegund. In de eerste situatie is en blijft B contractspartij van A. De band tussen A en B blijft – ondanks de overdracht van aandelen in B – bestaan. In de tweede situatie is B contractspartij van A, maar laat B (een gedeelte van) de activiteiten uit de overeenkomst uitvoeren door haar 100%-dochtermaatschappij C. Als gevolg van de overdracht van aandelen door B in C wordt de band tussen A en B verbroken, wat het Hof kennelijk ontoelaatbaar acht.

Activa-passivatransactie

Ingeval sprake is van een activa-passivatransactie waarbij de overeenkomst tussen A en B door B wordt overgedragen aan een derde, verkrijgt de derde een overheidsopdracht, zonder dat hij heeft deelgenomen aan de voor de gunning van deze overheidsopdracht georganiseerde aanbestedingsprocedure, althans deze aanbestedingsprocedure niet heeft gewonnen. Overdracht van de overeenkomst tussen A en B door B aan de derde zou ongeoorloofd mededingingsbeperkend zijn. De gewijzigde opdracht zou – zo lijkt het Hof te oordelen – opnieuw moeten worden aanbesteed.

Wijziging in samenstelling vennoten

Indien B een maatschap, een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap zou zijn, zullen alle vennoten in de praktijk veelal partij zijn bij de overeenkomst met A. Indien de samenstelling van de vennoten wijzigt, leidt dit waarschijnlijk tot een wijziging in de wezenlijke contractvoorwaarden tussen A en B, als gevolg waarvan de gewijzigde opdracht zou moeten worden aanbesteed.

Uit het voorgaande volgt dat er onder omstandigheden sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging in de contractvoorwaarden, als gevolg waarvan er opnieuw zou moeten worden aanbesteed. Het niet nakomen van een dergelijke aanbestedingsplicht brengt risico's met zich, die hierna zullen worden besproken.

Risico's van onterecht niet aanbesteden

Vóór de inwerkingtreding van de Wira

In 1999 oordeelde de Hoge Raad in het arrest Uneto/De Vliert dat de – toen geldende – Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn en de Rechtsbeschermingsrichtlijn Nutssectoren niet de strekking hadden dat overeenkomsten nietig zijn, indien de in de Europese aanbestedingsrichtlijnen vervatte voorschriften niet werden nageleefd.¹⁵ Voorts oordeelde de Hoge Raad als volgt:

‘Zoals is opgemerkt in de MvA bij art. 3:40 zal een rechtshandeling die in strijd is met een wettelijke bepaling die niet de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, ook niet op grond van alleen die strijdigheid door inhoud of strekking in strijd met de goede zeden of de openbare orde kunnen worden

geacht. Het enkele feit dat de aanbestedingsregels in het onderhavige geval niet zouden zijn nageleefd, wettigt aldus niet de conclusie dat de aanbestedingsovereenkomst nietig is. Dat zich in het onderhavige geval bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan die tot een ander oordeel zouden moeten leiden, is in dit geding niet aangevoerd.’

Vorderingen tot het nietig verklaren of vernietigen van overeenkomsten die tot stand zijn gekomen in strijd met de aanbestedingsregelgeving, werden – tot de inwerkingtreding van de Wira – veelal afgewezen op grond van het arrest Uneto/De Vliert. Wel zijn er voorbeelden bekend waarin een rechter – op vordering van een marktpartij – gebood een overeenkomst te beëindigen.

Na de inwerkingtreding van de Wira

Volgens artikel 8 Wira kunnen derdebelanghebbenden bij de rechter vernietiging vorderen van een overeenkomst die, in strijd met de aanbestedingsregels, is gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van de opdracht. Deze regel geldt niet voor overeenkomsten die vóór 20 december 2009 gesloten zijn (art. 21 Wira). Voor deze overeenkomsten geldt het bepaalde in Uneto/De Vliert.

Een rechter kan op grond van artikel 11 lid 1 Wira afzien van vernietiging indien dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft. Artikel 11 lid 2 Wira bepaalt dat economische belangen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst, geen dwingende reden als bedoeld in artikel 11 lid 1 Wira vormen. Zodanige belangen omvatten onder meer de kosten die voortvloeien uit vertraging bij de uitvoering van de overeenkomst, de kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure, de kosten die veroorzaakt worden door het feit dat een andere onderneming de overeenkomst uitvoert, en de kosten van de wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit de vernietiging.

Indien de rechter afziet van vernietiging wegens het algemeen belang, kan hij op verzoek van een belanghebbende of ambts-halve de looptijd van de overeenkomst verkorten op grond van artikel 12 lid 1 Wira. In dat geval legt de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) een boete op aan de aanbestedende dienst. De boete wordt echter betaald aan de Staat, zodat concurrerende marktpartijen het nakijken hebben.

Conclusie

Als gevolg van een fusie, overname of reorganisatie kunnen lopende overeenkomsten die zijn gesloten in vervolg op een aanbesteding, ‘wezenlijk’ worden gewijzigd in de zin van de jurisprudentie van het Hof. Een dergelijke wezenlijk gewijzigde overeenkomst kwalificeert als een nieuwe overheidsopdracht die moet worden aanbesteed. Voor zover niet aan deze aanbestedingsplicht wordt voldaan, bestaat het risico dat de overeenkomst – voor zover deze is gesloten ná 20 december 2009 – in rechte wordt vernietigd op grond van artikel 8 Wira.

15. HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 (Uneto/De Vliert).