

## Tijdschrift voor Insolventierecht, Aanbestedingsrechtelijke beperkingen bij een doorstart; bieden de nieuwe Europese richtlijnen uitkomst?

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	Tvl 2014/29	Bijgewerkt tot:	23-06-2014
Auteur:	Patricia Kleijn en Caroline ten Cate		

### Aanbestedingsrechtelijke beperkingen bij een doorstart; bieden de nieuwe Europese richtlijnen uitkomst?<sup>[1]</sup>

#### Samenvatting

Is de verkoop door de curator van een orderportefeuille die met name bestaat uit opdrachten voor overheden wel zinnig, zo kan men zich op grond van de huidige stand van de Europese en Nederlandse rechtspraak afvragen. In beginsel dienen via een aanbesteding door de failliet verkregen overheidsopdrachten opnieuw te worden aanbesteed. Een onderhandse verkoop van een dergelijke orderportefeuille is dan dus niet mogelijk. De recentelijk in werking getreden Europese richtlijnen bieden enige verlichting, maar zeker niet in alle gevallen. Curatoren dienen zich van de blokkerende werking van het aanbestedingsrecht goed rekenschap te geven en het daarmee samenhangende risico in de overname-overeenkomst te ondervangen.

#### 1. Inleiding

Een curator die in zijn boedel een orderportefeuille aantreft, zal deze in de regel (al dan niet tezamen met overige activa) trachten te verkopen. De opdrachten die door de gefailleerde niet of slechts gedeeltelijk zijn uitgevoerd, kunnen, indien de opdrachtgever daarmee instemt, door een koper verder worden uitgevoerd en vertegenwoordigen daarmee doorgaans een zekere waarde. Veelal zullen de doorstarter en de oorspronkelijke opdrachtgever een nieuwe overeenkomst sluiten, maar ook denkbaar is dat het contract door middel van contractsovername overgaat op de doorstartende partij. Indien de in de boedel aangetroffen orderportefeuille bestaat uit één of meer opdrachten voor aanbestedende diensten in de zin van de Aanbestedingswet 2012, zal het overdragen van dergelijke overheidsopdrachten aan een doorstarter veelal aanbestedingsrechtelijk niet zijn toegestaan. Er dient in een voorkomend geval in beginsel een nieuwe aanbestedingsprocedure te worden gevolgd. Bieden de recentelijk in werking getreden Europese aanbestedingsrichtlijnen meer mogelijkheden voor het verkopen van aanbestedingsplichtige opdrachten? Het antwoord hierop luidt bevestigend; deze nieuwe richtlijnen maken contractsovername na faillissement mogelijk. Maar of dit in de praktijk vaak uitkomst zal bieden is geen gegeven. Bij een contractsovername conform deze richtlijnen zijn er eveneens aanbestedingsrechtelijke beperkingen die een drukkend effect kunnen hebben op de waarde van de orderportefeuille en die bovendien een doorstart onder omstandigheden kunnen blokkeren.

In dit artikel besteden wij aandacht aan de aanbestedingsrechtelijke problematiek bij verkoop door de curator van een orderportefeuille die (onder meer) bestaat uit opdrachten voor aanbestedende diensten. Daarbij zullen wij toelichten dat de nieuwe Europese richtlijnen, die uiterlijk op 18 april 2016 in het Nederlandse recht dienen te zijn geïmplementeerd, in dit kader nu al verlichting kunnen brengen.

#### 2. De beperkende werking van het aanbestedingsrecht bij het realiseren van boedelactief

##### Wezenlijke wijziging

Indien een curator opdrachten die na een Europese aanbesteding tot stand zijn gekomen verkoopt, krijgt hij te maken 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.

Dit uitgangspunt is niet wettelijk geregeld, maar is in de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie ontwikkeld.<sup>[2]</sup> In het *Presstext*-arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat als er sprake is van een wezenlijke wijziging, de beginselen van transparantie van de aanbestedingsprocedure 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.<sup>[3]</sup> Voorts heeft het Hof van Justitie zich in dit arrest concreet uitgelaten over de vraag of vervanging van de opdrachtnemer gedurende de looptijd van een overeenkomst een wezenlijke wijziging oplevert. Het heeft in r.o. 40 ter zake overwogen:

“Over het algemeen dient de vervanging van de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegewezen, door een nieuwe contractpartner, te worden aangemerkt als een wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de betrokken overeenkomst inzake de overheidsopdracht, tenzij deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst, bijvoorbeeld op basis van onderaanneming.”

In de in het *Presstext*-arrest behandelde kwestie was er volgens het Hof van Justitie sprake van een zuiver interne reorganisatie van de contractpartner. De nieuwe opdrachtnemer was namelijk een 100% -dochter van de oorspronkelijke opdrachtnemer, die over de nieuwe opdrachtnemer volledige zeggenschap uitoefende. De winsten en verliezen werden door de nieuwe opdrachtnemer aan de oorspronkelijke opdrachtnemer overgedragen en de oorspronkelijke opdrachtnemer bleef hoofdelijk aansprakelijk jegens de aanbestedende dienst. Gelet op deze omstandigheden heeft het Hof van Justitie aangenomen dat de vervanging van de contractpartner géén wezenlijke wijziging opleverde.

Hoewel het Hof van Justitie in het *Presstext*-arrest niet had te oordelen over de vervanging van de contractpartner in geval van faillissement van deze laatste, wordt op grond van dit arrest in de Nederlandse (lagere) rechtspraak aangenomen 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 verkoop vanuit faillissement van via een aanbesteding door de failliet verkregen opdrachten, deze (resterende) opdrachten in beginsel opnieuw dienen te worden aanbesteed.<sup>[4]</sup>

### **Blokkerende werking van het aanbestedingsrecht in de (faillissements)praktijk**

In de tot nu toe gepubliceerde Nederlandse jurisprudentie is ons slechts één uitspraak bekend waarin het aanbestedingsrecht contractsovername door een doorstarter daadwerkelijk blokkeerde.<sup>[5]</sup> Deze zaak betrof een failliete boedel waarin zich (onder andere) een via een Europese aanbesteding tot stand gekomen raamovereenkomst bevond. Gedurende de looptijd van deze raamovereenkomst zouden aan drie aannemers, waaronder de failliet, opdrachten tot het verrichten van werkzaamheden betreffende groot onderhoud en renovatie van rioolgemaal worden verstrekt. De twee niet failliete aannemers maakten met succes bezwaar tegen een door de aanbestedende dienst voorgenomen onderhandse gunning van de contractpositie van de failliet aan een doorstartende partij. Volgens de Voorzieningenrechter Rechtbank Limburg zou de aanbestedende dienst onrechtmatig en onzorgvuldig handelen jegens de betreffende twee partijen indien de aanbestedende dienst zou toestaan dat een derde partij onderhands de contractpositie van de failliet zou overnemen. De contractsovername door de doorstarter werd door de voorzieningenrechter op grond van het aanbestedingsrecht geblokkeerd. De voorzieningenrechter heeft dit oordeel gegrond op de uitleg van de raamovereenkomst, die mede werd beheerst door het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Volgens de voorzieningenrechter mochten de andere twee partijen bij de raamovereenkomst er in redelijkheid vanuit gaan dat alleen de partijen die de aanbestedingsprocedure hadden doorlopen en voldeden aan de minimumeisen – en dus niet een willekeurige doorstarter – mochten toetreden tot de raamovereenkomst.

Wat opvalt, is dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging in deze zaak helemaal niet wordt aangehaald, terwijl

dat gelet op de hiervoor beschreven lijn in de Europese jurisprudentie wel voor de hand had gelegen. De grondslag van de wezenlijke wijziging, die wordt gedragen door de ook door de Voorzieningenrechter Rechtbank Limburg aangehaalde algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (gelijkheids- en transparantiebeginsel), had naar onze mening eveneens geleid tot een verbod tot onderhandse gunning aan de doorstarter.

### **Uitzonderingen: herzieningsclausule en dwingende spoed**

Deze zaak was waarschijnlijk anders afgelopen als de aanbestedende dienst in de raamovereenkomst concreet had voorzien in contractsoverneming in geval van faillissement, zo blijkt uit de overwegingen van de voorzieningenrechter.<sup>[6]</sup> Dit is in lijn met de vaststelling door het Hof van Justitie in het *Presstext*-arrest dat vervanging van de contractpartner conform een contractuele herzieningsclausule in beginsel geen wezenlijke wijziging is.<sup>[7]</sup> Het is in de praktijk dus van belang om na te gaan of een herzieningsclausule is opgenomen in de tussen de failliet en de aanbestedende dienst gesloten overeenkomst.

Een dergelijke herzieningsclausule kent echter ook haar beperkingen. In het *Wall*-arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de vervanging van een onderaannemer in uitzonderlijke gevallen<sup>[8]</sup> ook kan leiden tot een wezenlijke wijziging als de overeenkomst in de mogelijkheid van vervanging voorziet. Een herzieningsclausule werkt dus niet zonder meer, zo kan hieruit worden afgeleid. Dit is ook gecodificeerd in de nieuwe Europese richtlijnen.<sup>[9]</sup> Wijzigingen conform een dergelijke clausule hoeven niet te leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure, mits de clausule duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is en niet voorziet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst kunnen veranderen.

Indien sprake is van dwingende spoed, is contractsoverneming door een doorstartende partij zonder nieuwe aanbesteding ook mogelijk.<sup>[10]</sup> In de Limburgse kwestie zou deze ontsnappingsroute naar onze mening partijen geen soelaas hebben geboden, want er waren naast de failliet nog twee andere partijen die de werkzaamheden konden uitvoeren. Het bestaan van dergelijke 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 de versnelde procedure als bedoeld in artikel 2.74 Aanbestedingswet 2012 niet aan de orde kon zijn. Gelet op de tekst van de wet is het (enkele) feit dat er sprake is van een faillissement van de opdrachtnemer en dat een nieuwe aanbesteding ongewenste vertraging tot gevolg heeft, onvoldoende voor het aannemen van dwingende spoed.

Maar dat het bestaan van dwingende spoed bij de uitvoering van een opdracht in de boedel van de failliet in bepaalde gevallen een mogelijkheid kan zijn om deze opdracht te verkopen zonder dat het aanbestedingsrecht deze verkoop doorkruist, blijkt onder andere uit een uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage.<sup>[11]</sup> Deze heeft na een faillissement van een leverancier van kantoormeubilair op maat, geoordeeld dat er sprake was van zodanige dwingende spoed dat een nieuwe aanbesteding zelfs met gebruikmaking van de versnelde procedure niet van de aanbestedende dienst mocht worden gevergd. De aanbestedende dienst had te maken met een opleveringsplicht aan de verhuurder van zijn oude kantoor op korte termijn op straffe van een forse boete. Deze opleveringsplicht zou in het gedrang komen indien een nieuwe aanbesteding gevolgd zou moeten worden. Bovendien zouden ook andere projecten gerelateerd aan de verhuizing in dat geval vertraging oplopen. Onderhandse gunning aan een andere partij werd door de voorzieningenrechter om deze reden toelaatbaar geacht.

### **Gevolgen wezenlijke wijziging**

Zonder herzieningsclausule of het bestaan van dwingende spoed, zal het aanbestedingsrecht zich in beginsel verzetten tegen contractsoverneming door een doorstartende partij van een na een gereguleerde aanbesteding tot stand gekomen opdracht. Voor de beoordeling of de vervanging van een contractpartner in geval van faillissement leidt tot een (hernieuwde) aanbestedingsplicht, is relevant wat de waarde is van het nog niet door de failliet uitgevoerde gedeelte van de opdracht. Dat aspect is in de rechtspraak tot nu toe onderbelicht gebleven. In de hiervoor beschreven uitspraak was dit ook geen relevant aspect, omdat het aan de

aanbestedende dienst opgelegde verbod tot onderhandse gunning aan de doorstarter werd gebaseerd op een in de raamovereenkomst gelezen verplichting van de aanbestedende dienst jegens de andere partijen onder de raamovereenkomst.

Als sprake is van een wezenlijke wijziging, dan zal de gewijzigde opdracht aanbestedingsrechtelijk (opnieuw) moeten worden beoordeeld om te bepalen welke procedure daarop van toepassing is.<sup>[12]</sup> Dit volgt naar onze mening uit de overweging van het Hof van Justitie in het *Presstext*-arrest dat wezenlijke wijzigingen een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van Richtlijn 92/50/EEG<sup>[13]</sup> vormen. Indien de waarde van de resterende opdracht echter onder de Europese drempelbedragen<sup>[14]</sup> blijft, behoeft deze op grond van de Europese richtlijn niet Europees te worden aanbesteed en staat in beginsel de weg open voor contractsovername.<sup>[15]</sup>

Daarbij dient wel te worden bedacht dat de per 1 april 2013 in werking getreden Aanbestedingswet 2012 (anders dan haar voorgangers het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO) en het Besluit Aanbestedingsregels voor Speciale Sectoren (Bass)) ook voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen voorschriften bevat. Zo moeten werken onder de Europese drempelbedragen in beginsel conform het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012) worden aanbesteed. Het ARW 2012 bevat voorgeschreven procedures voor zogenaamde nationale aanbestedingen. Het is goed voorstelbaar dat een wezenlijk gewijzigde opdracht waarvan het resterende deel onder de Europese drempelwaarden blijft, via een (nationale) aanbesteding conform de Aanbestedingswet 2012 in de markt dient te worden gezet. De Nederlandse rechter heeft zich hier echter sinds de invoering van de Aanbestedingswet 2012 per 1 april 2013 nog niet over uitgesproken. De Europese jurisprudentie is op dit punt niet relevant omdat de Europese regelgeving opdrachten onder de Europese drempelwaarden niet reguleert. Dit zal in de Nederlandse rechtspraak dus nader moeten uitkristalliseren.

### **De failliete onderaannemer en de wezenlijke wijziging**

Aandacht verdient nog de positie van de failliete onderaannemer van via een Europese aanbesteding tot stand gekomen opdracht. Hoewel in geval van vervanging van de failliete onderaannemer door een doorstarter geen sprake is van vervanging van de contractpartner van de aanbestedende dienst – want dat is immers de hoofdaannemer –, kan ook in een dergelijk geval het aanbestedingsrecht zich tegen een contractsovername verzetten. Volgens het Hof van Justitie in het *Wall*-arrest 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 (tussen de hoofdaannemer en de aanbestedende dienst).<sup>[16]</sup> De curator van een failliete onderaannemer bij een aanbestedingsplichtige opdracht dient zich hier dus ook rekenschap van te geven.

### **Aantastbaarheid overeenkomst in strijd met het aanbestedingsrecht**

Het voorgaande samenvattend is de huidige stand van de rechtspraak dat een contractsovername na een faillissement van de opdrachtnemer en in uitzonderlijke gevallen ook na een faillissement van een onderaannemer, een wezenlijke wijziging van de overeenkomst inhoudt. De Voorzieningenrechter Rechtbank Limburg heeft contractsovername na het faillissement van een failliete aannemer bij een raamovereenkomst met meerdere partijen op een andere grondslag dan het leerstuk van de wezenlijke wijziging, namelijk een redelijke uitleg van de raamovereenkomst, niet geoorloofd geacht.

Het – al dan niet via contractsovername – voortzetten door een doorstarter van een aanbestedingsplichtige opdracht is dus gelet op de huidige stand van de rechtspraak veelal niet mogelijk. Uitgangspunt is dat de opdracht opnieuw moet worden aanbesteed conform de toepasselijke Europese richtlijnen. Waarschijnlijk zal een Nederlandse opdracht opnieuw moeten worden aanbesteed conform de Aanbestedingswet 2012, die een nog verdergaande aanbestedingsplicht kent dan de Europese richtlijnen.

Indien de aanbestedende dienst in weerwil van een aanbestedingsplicht toch meewerkt aan

contractoverneming door een doorstartende partij, dan heeft de contractoverneming gewoon rechtsgevolg. De in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten overeenkomst is naar Nederlands recht niet van rechtswege nietig.<sup>[17]</sup> Wel is een in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten overeenkomst op grond van artikel 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 in rechte vernietigbaar.<sup>[18]</sup> Hoe dit artikel precies uitwerkt als er sprake is van een wezenlijke wijziging, bijvoorbeeld in geval van contractoverneming, is niet helemaal duidelijk.

Naar Nederlands recht blijft de oorspronkelijke overeenkomst bij contractoverneming in stand; er vindt enkel een vervanging van één van de contractspartijen plaats. De vraag is waartegen die vernietiging zich dan richt en hoever de vernietiging in een dergelijk geval strekt.

Het Hof van Justitie heeft in het *Presstext*-arrest overwogen dat wezenlijke wijzigingen een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van de toepasselijke richtlijn vormen:

“Met het oog op het garanderen van de transparantie van 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, 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.”

Het Hof van Justitie ziet de wezenlijk gewijzigde opdracht dus als de gunning van een nieuwe opdracht, die een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist.<sup>[19]</sup> Vanaf het moment van de wijziging lijkt er dus een knip aangebracht te worden in de overeenkomst. De oorspronkelijke overeenkomst eindigt, en de wezenlijk gewijzigde afspraken moeten via een aanbesteding in de markt worden gezet.<sup>[20]</sup> Als die aanbestedingsprocedure in het geval van contractoverneming in strijd met het aanbestedingsrecht ten onrechte niet wordt gevolgd, zal dat in onze visie betekenen dat de tussen de doorstarter en de aanbestedende dienst als gevolg van die contractoverneming tot stand gekomen overeenkomst, vernietigbaar is. De oorspronkelijke overeenkomst tussen de failliet en de aanbestedende dienst zal voor het reeds uitgevoerde deel in stand blijven en vanaf het moment van contractoverneming als geëindigd gelden. Deze wordt dus niet door de vernietiging geraakt, hetgeen ook logisch is. Het niet gewijzigde deel van de overeenkomst was immers conform het aanbestedingsrecht in de markt gezet en uitgevoerd.

Elke ondernemer in de zin van de Aanbestedingswet die zich door de contractoverneming benadeeld acht, kan gedurende zes maanden na het sluiten van de overeenkomst een vordering tot vernietiging instellen.

### 3. Nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen

Per 18 april 2014 zijn de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen in werking getreden, waaronder de Richtlijn klassieke overheid 2014/24/EU (Richtlijn klassieke overheid). In deze richtlijn is in artikel 72 een regeling inzake de wezenlijke wijziging opgenomen. Dit betreft ten dele een codificatie van hetgeen het Hof van Justitie in de hiervoor aangehaalde *Presstext*- en *Wall*-arresten heeft geoordeeld. Het uitgangspunt is en blijft dat er bij contractoverneming een nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig de Richtlijn klassieke overheid dient te worden gevolgd.<sup>[21]</sup> Nieuw – en voor de insolventiepraktijk van belang – is dat deze richtlijn een regeling bevat voor gevallen waarin de contractpartner zonder nieuwe aanbesteding kan worden vervangen. Artikel 72 lid 1 onder d bepaalt dat een wezenlijke wijziging van de opdracht is toegestaan:

“[...] wanneer een nieuwe aannemer de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund, vervangt ten gevolge van:

- i) een ondubbelzinnige herzieningsclausule of optie overeenkomstig punt a);
- ii) 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, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor

kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen.”

Dit lijkt een versoepeling ten opzichte van het *Presstext*-arrest dat de vervanging van een contractpartner slechts mogelijk leek te maken in geval van een interne reorganisatie van de opdrachtnemer, hetgeen bij een doorstart of verkoop van de opdracht vanuit faillissement niet aan de orde is.

Of op dit artikel een beroep kan worden gedaan bij verkoop van een enkele opdracht uit de boedel blijkt niet duidelijk uit de tekst van de wet. Deze spreekt over herstructurering van de onderneming als gevolg van insolventie. Dit suggereert dat er sprake zal moeten zijn van een doorstart van de onderneming als geheel. Daarvan is geen sprake indien slechts losse opdrachten worden verkocht.

De doorstarter zal op grond van dit artikel dienen te voldoen aan de in de oorspronkelijke aanbesteding gestelde criteria voor kwalitatieve selectie en *overigens* mogen er geen wezenlijke wijzigingen in de overeenkomst worden aangebracht. Voorts mag de doorstart niet zijn overeengekomen om de toepassing van de Richtlijn klassieke overheid te omzeilen. Het is de vraag of de eerste twee beperkingen in de insolventiepraktijk werkbaar zijn. De curator zal niet specifiek op zoek gaan naar een doorstarter die voldoet aan deze criteria. Bovendien wordt er veelal voorafgaand aan de contractsovername (her)onderhandeld over de voorwaarden. Een doorstarter zal bijvoorbeeld doorgaans niet de door de failliet afgegeven garanties willen overnemen en ook de hoogte van de (resterende) aanneemsom zal in de regel voorwerp zijn van debat. De heronderhandelingsruimte is door de voorwaarden die de Europese wetgever heeft gesteld beperkt; slechts minimale wijzigingen zijn toegestaan. In dat verband merken we op dat we menen dat als een deel van de aanneemsom reeds aan de failliet is voldaan, terwijl de tegenprestatie nog niet is uitgevoerd, dat deel van de aanneemsom nogmaals moet kunnen worden betaald door de aanbestedende dienst, ditmaal aan de doorstarter (die voldoet aan de in de Richtlijn klassieke overheid gestelde voorwaarden), zonder dat er sprake is van een wezenlijke wijziging.

De Richtlijn klassieke overheid biedt dus voor doorstarters en aanbestedende diensten extra mogelijkheden om aan een nieuwe aanbestedingsprocedure te ontkomen en dus mogelijkheden voor de curator om de zich in de boedel bevindende opdrachten te gelde te maken, maar het is de vraag of van deze mogelijkheden in de insolventiepraktijk veel gebruik zal worden gemaakt.

De richtlijn is weliswaar inmiddels in werking getreden, maar dient pas binnen twee jaar na inwerkingtreding in het Nederlandse recht te zijn geïmplementeerd. De richtlijn heeft nog geen directe (horizontale) werking in het Nederlandse recht. In het navolgende gaan wij in op de vraag in hoeverre de Nederlandse rechter al vóór het verstrijken van de omzettingstermijn het Nederlandse recht richtlijnconform dient te interpreteren, zodat in voorkomende gevallen nu al kan worden geprofiteerd van de nieuw geïntroduceerde regeling voor contractsovername in geval van insolventie.

#### 4. Richtlijnconforme uitleg?

Richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht houdt volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie in dat de nationale rechter de niet of niet juist aangepaste bepalingen van nationaal recht zo veel mogelijk uitlegt in het licht van de bepalingen van de richtlijn.<sup>[22]</sup> De verplichting tot richtlijnconforme uitleg van het nationale recht werd voor het eerst door het Hof van Justitie aangenomen in het *Von Colson*-arrest<sup>[23]</sup> en is vervolgens herhaald in het arrest *Marleasing*.<sup>[24]</sup> Deze verplichting geldt in ieder geval *nadat* de omzettingstermijn van de richtlijn is verstreken. Hierna zal worden ingegaan op de vraag of ook voor die tijd al van de Nederlandse rechter gevergd kan worden om het aanbestedingsrecht conform de Richtlijn klassieke overheid te interpreteren.

In 2006 heeft het Hof van Justitie in het *Adeneler*-arrest geoordeeld dat:

“[...] de rechterlijke instanties van de lidstaten zich vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van een richtlijn zo veel mogelijk dienen te 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.”<sup>[25]</sup>

Hieruit volgt dat er reeds nu al rechtsgevolgen voortvloeien uit de inwerkingtreding van de Richtlijn klassieke overheid. Betlem noemt de in het *Adeneler*-arrest geformuleerde regel de 'negatieve uitlegverplichting'.<sup>[26]</sup> Er bestaat een verbod om doelstellingen van een richtlijn te ondermijnen.

De doelstellingen van de Richtlijn klassieke overheid volgen uit haar considerans. Paragraaf 107 van de considerans luidt:

“Rekening houdend met de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet duidelijkheid worden verschaft over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen. [...]”

Aan de hand van deze doelstelling zou betoogd kunnen worden dat het door de Nederlandse rechter buiten toepassing laten van artikel 72 van de Richtlijn klassieke overheid de “verwezenlijking van de met deze Richtlijn nagestreefde doelstelling ernstig in gevaar zou kunnen brengen.” Nu de Aanbestedingswet 2012 geen voorschriften bevat voor de situatie van een (wezenlijke) wijziging van een na een aanbesteding gegunde opdracht, lijkt er des te meer reden te zijn voor de Nederlandse rechter om de in de Richtlijn klassieke overheid geregelde mogelijkheid voor contractsovername in geval van faillissement reeds nu in het Nederlandse recht toe te passen, althans niet langer vast te houden aan de striktere eisen die voortvloeien uit het *Presstext*-arrest. Wij menen bovendien dat het *Presstext*-arrest zelf daar ook wel enige ruimte voor biedt. Het Hof van Justitie heeft daarin immers overwogen dat ‘in het algemeen’ aangenomen moet worden dat wijziging van de contractpartij dient te leiden tot een nieuwe aanbesteding. Er zijn dus uitzonderingsgevallen denkbaar, waaronder anticiperend op artikel 72 van de Richtlijn klassieke overheid een faillissement zou kunnen worden geschaard.

De Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage<sup>[27]</sup> leek reeds in 2012 zelfs bereid te zijn conform de toen nog *toekomstige* richtlijn uit te leggen. De voorzieningenrechter oordeelde:

“Op grond van het *Presstext*-arrest [...] en de (toekomstige) codificatie daarvan in artikel 72 van de richtlijn 2011/0438 [...], wordt de vervanging van een ondernemer geacht een wezenlijke wijziging te zijn in de zin van het bepaalde in het *Presstext*-arrest en voormelde (nieuwe) richtlijn.”

Dit oordeel was tevens in overeenstemming met het *Presstext*-arrest, waardoor het de vraag is of van een zuivere richtlijnconforme uitleg kan worden gesproken. Het Hof 's-Hertogenbosch was *niet* genegen om reeds voor de inwerkingtreding van de Richtlijn klassieke overheid het Nederlandse recht conform die toekomstige richtlijn uit te leggen. Het hof heeft in een arrest van 11 februari jl. geoordeeld:

“Voorts constateert het hof dat het Europees Parlement op 15 januari 2014 heeft ingestemd met nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, die binnen twee jaar na inwerkingtreding moeten zijn geïmplementeerd door de lidstaten. Het hof laat deze verder buiten beschouwing.”

Wij benadrukken dat deze uitspraken zijn geweest vóór de inwerkingtreding van de Richtlijn klassieke overheid. Toen was uitleg van het Nederlandse recht conform deze richtlijn in ieder geval nog niet verplicht, ook niet in negatieve zin. Inmiddels is dat door de inwerkingtreding van de Richtlijn klassieke overheid anders.

Nu de Aanbestedingswet 2012 en het *Presstext*-arrest ruimte bieden voor toepassing van artikel 72 lid 1 sub d van de Richtlijn klassieke overheid, menen wij dat de Nederlandse rechter in lijn met het *Adeneler*-arrest hierop dient te anticiperen.

## 5.Aansprakelijkheid curator

### Omvang mededelings- en onderzoeksplicht curator

Zoals hiervoor uiteengezet is, blijven ook na de inwerkingtreding van de Richtlijn klassieke overheid de mogelijkheden tot het wijzigen van de doorstarter als contractpartij beperkt indien de opdracht is onderworpen

aan het aanbestedingsrecht. De doorstarter kan aanbestedingsrechtelijk gezien slechts de rechtspositie van de gefailleerde overnemen indien hij voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria en er overigens geen wezenlijke wijzigingen in de oorspronkelijke overeenkomst worden doorgevoerd.

Voldoet de doorstarter niet aan de kwalitatieve selectiecriteria of zijn er overige wijzigingen in de oorspronkelijke overeenkomst doorgevoerd, dan is er aanbestedingsrechtelijk gezien sprake van een nieuwe overeenkomst tussen de doorstarter en de aanbestedende dienst. Deze overeenkomst kan op grond van het aanbestedingsrecht worden vernietigd. Na de vernietiging van deze overeenkomst is de doorstarter geen contractpartij meer van de opdrachtgever en staat hij dus met lege handen.

Het is denkbaar dat de doorstarter zal stellen dat de curator jegens hem toerekenbaar tekort is geschoten. De curator heeft een rechtsverhouding overgedragen, terwijl achteraf blijkt dat die overdracht aan aanbestedingsrechtelijke beperkingen was onderworpen. De doorstarter zal wellicht bij de curator de koopsom terugvorderen die hij heeft voldaan om als contractpartij in de plaats van de gefailleerde te treden.<sup>[28]</sup> Mogelijk dat de doorstarter als gevolg van de vernietiging nog andere schade heeft geleden. De doorstarter kan bijvoorbeeld schade hebben geleden doordat hij investeringen heeft gedaan die door de vernietiging waardeloos zijn geworden. Daarnaast was de doorstarter mogelijk voorafgaand aan de vernietiging al gestart met de uitvoering van de overeenkomst en heeft hij kosten gemaakt. Het is de vraag of hij de curator in hoedanigheid (op grond van een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad) of zelfs *pro se* aansprakelijk kan stellen voor deze schade.

De curator is aansprakelijk indien hij heeft gehandeld in strijd met een op hem rustende zorgvuldigheidsnorm. Hoe ver reikt de zorgvuldigheid die de curator in acht dient te nemen? Behoort het tot de taak van de curator om voorafgaand aan een contractsovername te onderzoeken of dit op aanbestedingsrechtelijke bezwaren stuit? Dient hij de doorstarter te informeren over de eventuele aanbestedingsrechtelijke beperkingen?

Vooropgesteld dient te worden dat in de contractuele verhouding tussen de curator en de doorstarter een mededelingsplicht op de curator als verkoper rust.<sup>[29]</sup> Hij dient het voorafgaand aan de contractsovername te melden indien hij weet dat de overeenkomst op grond van het aanbestedingsrecht kan worden vernietigd. Indien hij bijvoorbeeld weet dat de doorstarter niet voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria, dient hij de daarmee samenhangende risico's te melden aan de doorstarter. Wanneer hij dit nalaat, schiet hij toerekenbaar tekort jegens de doorstarter.

De curator zal echter doorgaans zonder nader onderzoek niet weten of de contractsovername in lijn is met het aanbestedingsrecht. Hij draagt de orderportefeuille over aan de doorstarter, waarbij de doorstarter de diverse opdrachtgevers benadert. De curator is meestal niet betrokken bij de heronderhandeling van de oorspronkelijke overeenkomsten. Hij is er dus in de regel niet mee bekend of de doorstarter en de aanbestedende dienst wezenlijke wijzigingen overeenkomen die in strijd zijn met het aanbestedingsrecht. Voorts weet de curator doorgaans zonder nader onderzoek niet of de doorstarter voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria.

Wij zien geen taak voor de curator als verkoper tot het verrichten van dit nadere onderzoek. Dit is bij uitstek de taak van de aanbestedende dienst aangezien dit de partij is die aanbestedingsplichtig is. Daarbij komt dat de doorstarter en de aanbestedende dienst de eventuele verdere wijzigingen van de oorspronkelijke overeenkomst zijn overeengekomen. Het is dan ook aan hen om te onderzoeken of die wijzigingen aanbestedingsrechtelijk gezien zijn toegestaan. Ook is de doorstarter bij uitstek de partij die kan nagaan of hij voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria. Daarbij komt dat op de doorstarter in zijn hoedanigheid van koper ook een onderzoeksplicht rust.

De vraag is of van een curator mag worden verwacht dat hij de doorstarter er in algemene zin op wijst dat het aanbestedingsrecht van invloed is op de contractsovername. Mogelijk is de doorstarter hier niet van op de hoogte en verkeert hij in de veronderstelling dat een contractsovername aanbestedingsrechtelijk gezien niet aan voorwaarden is gebonden. Indien de curator hem wijst op de aanbestedingsrechtelijke voorwaarden, is het vervolgens aan de doorstarter om nader onderzoek te verrichten naar de vraag of en in hoeverre de contractsovernames aan het aanbestedingsrecht zijn onderworpen.



Wanneer een dergelijke mededelingsplicht van de curator wordt aangenomen, zal dat in die faillissementen waarin de orderportefeuille vrijwel geheel bestaat uit aanbestedingsplichtige opdrachten mogelijk vergaande consequenties hebben. Indien een integrale overname van de overeenkomsten zonder wezenlijke wijzigingen voor de doorstarter niet interessant is (hetgeen vaak het geval zal zijn), zal de doorstarter immers waarschijnlijk besluiten dat hij de orderportefeuille niet wenst over te nemen.

De beantwoording van de vraag in hoeverre er op de curator een mededelingsplicht rust, is uiteindelijk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het uitgangspunt is naar onze mening echter dat de verkoop van de orderportefeuille plaatsvindt in het kader van het beheer en de vereffening van de boedel en dat een curator bij de verkoop primair het belang van de gezamenlijke crediteuren behartigt. De curator dient een zo hoog mogelijke verkoopopbrengst te genereren. Hij mag daarbij het actief aanprijzen, mag geen zaken verzwijgen, heeft een bepaalde mededelingsplicht, maar is niet gehouden om de doorstarter te wijzen op elk mogelijk risico. Het aannemen van een dergelijke zorgplicht zou te verstrekkende consequenties hebben. Bij een doorstart loopt de doorstarter immers een veelvoud aan (al dan niet door de doorstarter afgewogen) risico's. Te denken valt aan bijvoorbeeld arbeidsrechtelijke, fiscale en IE-rechtelijke risico's. De curator dient in principe niet tevens de belangen van de doorstarter te behartigen. Wij verwijzen in dat kader naar een recent arrest van de Hoge Raad<sup>[30]</sup>, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat op de curator geen bijzondere zorgplicht rust om een borg te informeren over de risico's die aan de borgstelling zijn verbonden. Ook ten aanzien van de doorstarter rust naar onze mening geen bijzondere zorgplicht op de curator. Het is aan de doorstarter om voorafgaand aan de overdracht van de activa onderzoek te doen naar de eventuele risico's die aan die overdracht zijn verbonden en/of zich hierover te laten adviseren.

Onder omstandigheden dient de curator de doorstarter er echter op te wijzen dat het aanbestedingsrecht van invloed is op de contractsovername. Bijvoorbeeld indien in een faillissement de orderportefeuille grotendeels bestaat uit opdrachten die zijn onderworpen aan het aanbestedingsrecht. De beperkende werking van het aanbestedingsrecht dient in die faillissementen een bijzonder aandachtspunt te zijn voor de curator. De curator verkoopt immers de orderportefeuille terwijl het maar zeer de vraag is of deze enige waarde vertegenwoordigt. Er mogen immers bij/na de contractsovername geen wezenlijke wijzigingen op de oorspronkelijke overeenkomst worden doorgevoerd. In de praktijk vinden er vrijwel altijd heronderhandelingen plaats over de oorspronkelijke overeenkomst (bijvoorbeeld over de verstrekte garanties). Dit dient bij de curator bekend te worden verondersteld. Gelet hierop, heeft de curator in geval van een orderportefeuille die grotendeels bestaat uit overheidsopdrachten, wel een mededelingsplicht. Indien het de curator niet is gebleken dat de doorstarter bekend is met de aan contractsovername verbonden aanbestedingsrechtelijke beperkingen, dient hij de doorstarter hierover te informeren.

Wanneer de curator in een dergelijk geval de doorstarter niet informeert, handelt hij in strijd met een op hem rustende zorgvuldigheidnorm. Indien tevens is voldaan aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid<sup>[31]</sup>, kan hij naar onze mening succesvol in hoedanigheid aansprakelijk worden gesteld (op grond van een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad) voor de door de doorstarter geleden schade.

Wij menen echter dat het uitgangspunt is dat de curator niet *pro se* aansprakelijk is indien hij de doorstarter niet informeert over de aanbestedingsrechtelijke beperkingen. Hiervoor geldt de maatstaf dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met inzet en nauwgezetheid vervult.<sup>[32]</sup> Bij de beoordeling van deze aansprakelijkheid dient conform vaste rechtspraak terughoudendheid te worden betracht. De curator heeft een grote mate van beleidsvrijheid. Het is aan hem om de bij het beheer en de afwikkeling van het faillissement betrokken (soms tegenstrijdige) belangen tegen elkaar af te wegen. Het is aan de curator om te bepalen of het noodzakelijk is om de doorstarter al dan niet te informeren over de aanbestedingsrechtelijke beperkingen bij contractsovername. Daarbij mag hij echter niet bewust zijn mededelingsplicht schenden. In dat geval kan hem een persoonlijk verwijt worden gemaakt. Hij heeft dan gehandeld terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijs behoorde in te zien.<sup>[33]</sup> Indien de curator de doorstarter bewust niet informeert zodat hij de orderportefeuille (tegen een bepaalde waarde) kan 'verzilveren', is hij naar onze

### De werking van een algemeen exonerationbeding

In de praktijk sluiten curatoren in de overname-overeenkomst doorgaans elk beroep op terugbetaling, verrekening en opschorting van de koopsom en vernietiging van de overeenkomst uit. Voorts wijzen curatoren doorstarters in de overname-overeenkomst vaak op hun eigen onderzoeksplicht en sluiten zij de aansprakelijkheid van de curator (in hoedanigheid en *pro se*) uit.

De exonerationbedingen in overname-overeenkomsten zijn vaak algemeen geformuleerd. Het is echter de vraag of een curator zich – indien met de doorstart een specifiek risico is gemoeid – kan vrijwaren van aansprakelijkheid met een enkele verwijzing naar deze algemene bepalingen. Rechtbank Utrecht<sup>[34]</sup> heeft in een kwestie een door curatoren als verkopers en kopers overeengekomen algemeen exonerationbeding (gedeeltelijk) vernietigd. Dat beding was opgenomen in de algemene voorwaarden bij de overname-overeenkomst. De rechtbank oordeelde dat dit beding onredelijk bezwarend was. De rechtbank heeft daarbij overwogen dat de curatoren een mededelingsplicht hadden geschonden en dat het doen van mededelingen bij de verkoop van een zaak de kern van de verplichtingen van de curatoren (de verkopers) betreft. De curatoren konden zich volgens de rechtbank niet succesvol vrijwaren van aansprakelijkheid met een enkele verwijzing naar een algemeen exonerationbeding. Alhoewel een exonerationbeding doorgaans niet is opgenomen in de algemene voorwaarden maar in de overname-overeenkomst, dienen curatoren er ook in dat geval rekening mee te houden dat een algemeen exonerationbeding hen niet altijd kan baten. De rechter kan een beroep op een dergelijk beding met een verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar achten.

Wij bevelen dan ook aan om – zeker indien de orderportefeuille vrijwel geheel bestaat uit opdrachten die zijn onderworpen aan het aanbestedingsrecht – in de overname-overeenkomst expliciet op te nemen dat eventuele contractsovernemingen mogelijk aan aanbestedingsrechtelijke beperkingen zijn onderworpen en dat de doorstarter dit risico onderkent. Er kan dan geen discussie met de doorstarter ontstaan over de vraag of de curator de doorstarter heeft geïnformeerd over de aanbestedingsrechtelijke risico's.

## 6. Tot slot

In het voorgaande hebben wij de invloed van het aanbestedingsrecht in het faillissement van de opdrachtnemer uiteengezet. De Richtlijn klassieke overheid voorziet in een specifieke uitzondering op de aanbestedingsplicht in geval van contractsovername na insolventie. Deze uitzondering is echter alleen van toepassing indien aan vrij strikte voorwaarden is voldaan. Niet alleen de (advocaat van de) doorstarter en de aanbestedende dienst maar ook de curator dient daarop alert te zijn en daarop te anticiperen.

---

## Voetnoten

### Voetnoten

- [1] Gelieve dit artikel aan te halen als: P.V. Kleijn en C.R.E. ten Cate, 'Aanbestedingsrechtelijke beperkingen bij een doorstart; bieden de nieuwe Europese richtlijnen uitkomst?', *Tvl* 2014/29. Patricia Kleijn en Caroline ten Cate zijn beiden advocaat bij Wijn & Staal Advocaten. De auteurs danken Thijs van Zanten voor zijn bijdrage aan dit artikel.
- [2] De meest relevante arresten zijn 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 EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*), HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*).
- [3] *Commissie/Frankrijk* r.o. 44 en 46 en *Pressetext* r.o. 34.
- [4] Zie Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 24 januari 2012, *LJN* BV1636 (*politiepijstolen*), Rb. Midden-Nederland 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:4691 en Rb. Limburg (vzr.) 7 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482, *JOR* 2013/327.
- [5] Zie Rb. Limburg (vzr.) 7 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482, *JOR* 2013/327.

- [6] R.o. 4.4.
- [7] Zie *Presstext*, r.o. 40.
- [8] Deze bijzondere omstandigheden worden hieronder nader toegelicht.
- [9] In artikel 72 lid 1 sub a van de Richtlijn klassieke overheid.
- [10] Artikel 2.32 sub c Aanbestedingswet 2012.
- [11] Zie Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 2 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI8761.
- [12] Zo ook Hebly en Heijnsbroek in "Wezenlijke wijzigingen na Europese aanbesteding" in NtEr april 2012, nr. 3, p. 94 t/m 106.
- [13] Deze Europese richtlijn is vervangen door Richtlijn 2004/18/EG, die per 28 maart 2014 is gewijzigd met de Richtlijn klassieke overheid.
- [14] Deze drempelbedragen zijn voor 2014-2015 vastgesteld op € 5,186 miljoen voor werken, € 134.000 voor leveringen en diensten voor de centrale overheid en € 207.000 voor overige leveringen en diensten.
- [15] Ook als de waarde van de opdracht onder de Europese drempelbedragen blijft, kan het transparantiebeginsel echter meebrengen dat toch een verplichting geldt tot het uitschrijven van een aanbesteding, namelijk als er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zo is de heersende leer in de Europese en nationale jurisprudentie (recent nog HR 18 januari 2013, *NJ* 2013/317).
- [16] *Wall* r.o. 39.
- [17] Zie HR 4 november 2005, *NJ* 2006/204, HR 22 januari 1999, *NJ* 2000/305 en recentelijk nog Rb. Midden-Nederland 2 oktober 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:4691.
- [18] Zie artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012.
- [19] Dit was aldus ook letterlijk opgenomen in artikel 72 lid 1 van het voorstel voor de Richtlijn klassieke overheid, die luidde: "Een wezenlijke wijziging van de bepalingen van een opdracht voor werken, leveringen of diensten tijdens de looptijd ervan vormt een nieuwe gunning in de zin van deze richtlijn en vereist een nieuwe gunningsprocedure overeenkomstig deze richtlijn." Artikel 72 is in de definitieve versie van de Richtlijn klassieke overheid anders komen te luiden, maar de strekking is nog steeds gelijk.
- [20] Zie ook Hebly en Heijnsbroek, in "Wezenlijke wijzigingen na Europese aanbesteding", NtEr april 2012, nr. 3, p. 105.
- [21] Zie artikel 72 lid 5 Richtlijn klassieke overheid.
- [22] Zie R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer: Kluwer, 13e druk, 2012, p. 232.
- [23] Zie HvJ EG 10 april 1984, 14/83 (*Von Colson en Kamann*).
- [24] Zie HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*).
- [25] Zie HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (*Adeneler*).
- [26] G. Betlem, 'Richtlijnconforme interpretatie', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus, *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer, 2007, p. 113-114.
- [27] Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 24 januari 2012, *JAAN* 2012/33.
- [28] Waarbij zij opgemerkt dat het in de praktijk doorgaans niet eenvoudig zal zijn om te bepalen welk deel van de koopsom aan één of enkele opdrachten kan worden toegerekend.
- [29] Zie Rb. Utrecht 13 juni 2012, *RI* 2012/97.
- [30] Zie HR 21 maart 2014, *RvdW* 2014/496.
- [31] Mogelijk dat de curator succesvol het causaal verband tussen de schade en de schending van de zorgvuldigheidsnorm kan betwisten. Dat is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een dergelijk verweer heeft bijvoorbeeld kans van slagen indien is gebleken dat de aanbestedende dienst vaker bewust in strijd met het aanbestedingsrecht handelt en het risico op vernietiging van de overeenkomst neemt.
- [32] HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727.
- [33] Zie HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515.
- [34] Zie Rb. Utrecht 13 juni 2012, *RI* 2012/97.