

Faillissement OSG Metrium – nader advies

Door mr. Floris Koster, Poelmann van den Broek

Dit advies is gericht op de overeenkomst tussen uw school en het inmiddels failliete OSG Metrium en wat dat betekent voor uw relatie met Helder Onderwijs. Let op, het betreft het aangaan van langdurige overeenkomsten met Helder Onderwijs, dan wel de uitvoering van langdurige overeenkomsten door Helder Onderwijs.

Als uw school op de voorwaarden van uw school een kortdurende overeenkomst sluit (zonder verlenging), uit praktische overwegingen, teneinde die tijd te gebruiken een nieuwe aanbesteding te organiseren, dan geldt het onderstaande niet.

Naar aanleiding van uitlatingen van de curator in het faillissement van OSG Metrium, volgt onderstaand nader advies. Er zijn twee situaties denkbaar:

1. De overeenkomst van uw school met OSG Metrium wordt uitgevoerd door de curator

Bij een faillissement zonder aanbestedingsrechtelijke aspecten kan een wederpartij van de overeenkomst aan de curator om gestanddoening van de overeenkomst vragen. Doet de curator de overeenkomst gestand, dan wordt een door de failliet aangegane overeenkomst door de curator voortgezet.

Om te bezien of een overeenkomst door de curator wordt nagekomen, dient de wederpartij van gefailleerde aan de curator een schriftelijke (redelijke) termijn te stellen, waarbinnen de curator moet verklaren of hij bereid is de overeenkomst gestand te doen. Als hij dat niet doet, dan verliest de curator het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen.

De vraag is of de curator in het faillissement ook de mogelijkheid heeft de overeenkomsten die door OSG Metrium ooit zijn aangegaan voort te zetten, door die desgevraagd 'gestand' te doen?

Vanuit het perspectief van het faillissementsrecht is dat mogelijk, maar niet vanuit het perspectief van het aanbestedingsrecht.

In het geval van het faillissement van OSG Metrium is nakoming door de curator namelijk een zinledige bezigheid. Immers, de curator in het faillissement van OSG Metrium gaat die doorlopende overeenkomsten (de overeenkomsten die hij gestand doet) niet zelf uitvoeren, maar geeft een ander bedrijf het recht om dit te doen.

In dit geval is dat recht verstrekt aan Helder Onderwijs.

In een aanbestedingsrechtelijke context moet dit (door de bank genomen) onrechtmatig worden geacht.

Helder Onderwijs heeft niet aan de aanbesteding meegedaan en kan waarschijnlijk niet voldoen aan de eisen die bij die aanbesteding werden gesteld (denk aan uitsluitingsgronden, referentie-eisen, gunningeisen, etc.).

Uitvoering door Helder Onderwijs van de op basis van een aanbesteding aan OSG Metrium gegunde overeenkomst is daarom waarschijnlijk niets meer dan een onrechtmatige onderhandse gunning.

Het advies is dus dat uw school de curator aanschrijft dat op grond van artikel 6:80 BW nakoming niet meer mogelijk wordt geacht, daarom geen termijn voor de gestanddoening wordt gesteld en de overeenkomst wordt ontbonden.

Overigens: indien in de overeenkomst die op basis van een aanbesteding aan OSG Metrium is gegund is bepaald dat die overeenkomst in geval van faillissement eindigt, dan is sowieso duidelijk dat de curator die niet gestand kan doen, waardoor Helder Onderwijs nooit met de uitvoering belast kan worden.

Conclusie: Het aanbestedingsrecht staat in de weg aan uitvoering van de aanbestede overeenkomst die uw school heeft gesloten met OSG Metrium door Helder Onderwijs. De boedel is (voor wat betreft de door een aanbesteding verkregen opdrachten) eenvoudigweg niet in staat de overeenkomst ten volle na te komen.

2. Contractsovername bij een activa-overeenkomst

De curator heeft middels een activa-overeenkomst de opdrachten- en orderportefeuille van het failliete OSG Metrium verkocht aan Helder Onderwijs.

Helder Onderwijs heeft daarmee het recht gekocht de lopende overeenkomsten voort te zetten. In zo'n geval is er sprake van een situatie van contractsovername. In dergelijke gevallen is men in beginsel afhankelijk van instemming van de wederpartij (art. 6:159 BW), uw school dus.

Het is dus uw school die moet instemmen met contractsovername, voordat er überhaupt sprake is van de overname van een contract tussen OSG Metrium en Helder Onderwijs.

Ook in dat geval staat het aanbestedingsrecht in de weg. Helder Onderwijs is immers een nieuwe entiteit, die niet heeft meegedaan aan de (oorspronkelijke) aanbesteding. Zij kan dus geen aanspraak maken op een (aan te besteden) opdracht. Temeer nu Helder Onderwijs waarschijnlijk niet kan voldoen aan de eisen die wél aan OSG Metrium (en andere inschrijvers) zijn gesteld.

Conclusie: Het aanbestedingsrecht staat in de weg aan contractsovername van de aanbestede overeenkomst die uw school heeft gesloten met OSG Metrium door Helder Onderwijs.

Met het bovenstaande zijn twee uitgangspunten weergegeven die generiek goed toepasbaar zijn in de situatie rondom het faillissement van OSG Metrium. Het kan zijn dat uw school een aanbesteding heeft georganiseerd die heeft voorzien in gevallen als de onderhavige; dat maakt het anders. Het is daarom raadzaam de aanbestedingsdocumentatie erop na te slaan.

Informatie: Helpdesk, 0348-405250 van 08.30 tot 12.30 uur, helpdesk@vosabb.nl