



WIJZIGING VAN ONDERAANNEMER NIET WEZENLIJK



DE ZAAK

Na het doorlopen van een Europese openbare aanbesteding gunt het Nationaal Archief ("NA") in 2023 de opdracht voor het digitaliseren van 400 strekkende meter aan dossiers van het Centraal Archief voor Bijzondere Rechtspleging ("CABR") aan Oasis Data & Document Management Netherlands B.V. ("Oasis"). Onderdeel van deze opdracht is de zogenaamde materiële voorbereiding ("MV") van de te scannen documenten. Voor de uitvoering van de scanwerkzaamheden maakt Oasis gebruik van onderaannemer 2dA B.V. ("2dA") en voor de MV heeft Oasis een samenwerkingsovereenkomst met onderaannemer Helicon Conservation Support B.V. ("Helicon"). In 2024 gunt het NA op grond van het Beschrijvend Document een aanvullende opdracht voor de digitalisering van nog eens 1.000 strekkende meter van het CABR. Oasis informeert Helicon dat zij uitsluitend 2dA inschakelt voor de uitvoering van deze vervolgoopdracht, waaronder dus ook de MV-werkzaamheden.

Helicon aanvaardt dit bericht niet en start een [kort geding](#). De door het NA aan Oasis verleende toestemming voor vervanging van Helicon leidt volgens Helicon namelijk tot een wezenlijke wijziging van de Opdracht waardoor een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig is

Volgens Oasis is het vervangen van een onderaannemer in beginsel toegestaan. Oasis en het NA voeren allebei aan dat er bovendien geen sprake is van een wezenlijke wijziging omdat de inzet van Helicon geen beslissend element is geweest voor de gunning van de initiële Opdracht aan Oasis. Het NA voegt daaraan toe dat er geen sprake is van vervanging van Helicon als onderaannemer van Oasis aangezien 2dA al bij inschrijving als uitvoerend onderaannemer van Oasis is genoemd. Daarnaast stelt het NA dat bij het verstrekken van de vervolgoopdracht het Programma van Eisen niet is gewijzigd, en dus de kring van gegadigden ook niet. Volgens het NA is er evenmin sprake van een situatie waarin het economisch evenwicht van de Opdracht ten gunste van Oasis is veranderd.

De vraag, of het NA onrechtmatig handelt tegenover Helicon door in strijd met het aanbestedingsrecht aan Oasis toe te staan Helicon niet langer als onderaannemer voor de MV in te

zetten, wordt door de voorzieningenrechter opgesplitst in twee vragen. Allereerst de vraag of er sprake is van een doorlopende Opdracht. Zowel in het Beschrijvend Document als in de (concept) Dienstverleningsovereenkomst is duidelijk vermeld dat de Opdracht een initiële opdracht betreft met daarbij de optie voor het NA om de Overeenkomst meermaals te verlengen tot het volledige CABR is gedigitaliseerd. De voorzieningenrechter concludeert dat door de verlenging door het NA sprake is van een doorlopende Opdracht na afronding van de initiële fase. De tweede vraag luidt of sprake is van een wezenlijke wijziging van die Opdracht nu Helicon niet meer betrokken is bij het vervolg van de uitvoering daarvan. Op grond van de Dienstverleningsovereenkomst en de daarop van toepassing zijnde algemene inkoopvoorwaarden (ARVODI 2018) is er geen verplichting om bij de uitvoering van de Opdracht gebruik te maken van hetzelfde personeel. Het is daarbij niet relevant of dat personeel in dienst is bij een in de inschrijving genoemde onderaannemer. Aan de hand van de gunningsbeslissing stelt de voorzieningenrechter vast dat de keuze van Oasis om Helicon als onderaannemer in te zetten voor de MV-werkzaamheden voor het NA geen beslissend element is geweest bij de gunning. Ook van belang is dat geen beroep op Helicon is gedaan om te voldoen aan de door het NA gestelde geschiktheidseisen. Daar komt bij dat vaststaat dat vanaf de aanvang van de initiële Opdracht personeel van 2dA ook is ingezet bij de uitvoering van MV-werkzaamheden om het gebrek aan daartoe gekwalificeerd personeel bij Helicon op te vangen. De voorzieningenrechter stelt vast dat er geen voorwaarden of eisen met betrekking tot de Opdracht zijn veranderd. Ook de materiële aard van de Opdracht verandert niet met het door 2dA laten uitvoeren van MV-werkzaamheden, waardoor het niet aannemelijk is dat Oasis met de wijziging van onderaannemer een financieel voordeel heeft behaald. Van een verschuiving van het economisch evenwicht in het voordeel van Oasis is derhalve geen sprake. De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat er geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de Opdracht als gevolg van het niet langer inzetten van Helicon door Oasis voor de MV.



JURIDISCH KADER

De voorwaarden waaronder een opdracht mag worden gewijzigd zijn vastgelegd in artikel 2.163a t/m 2.163g van de Aanbestedingswet. Een wijziging moet worden aangemerkt als 'wezenlijk' wanneer:

- de gewijzigde voorwaarden zouden hebben geleid tot i) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of ii) tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
- de wijziging ervoor zorgt dat het economische evenwicht

van de overeenkomst op niet-voorzien wijze wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer;

- de verruiming van de overheidsopdracht met werken, leveringen en/of diensten die oorspronkelijk niet in de opdracht waren opgenomen, ervoor zorgt dat de markt in belangrijke mate uitbreidt; of
- een andere opdrachtnemer in de plaats komt van degene aan wie de opdracht oorspronkelijk is gegund, anders dan vanwege een in artikel 2.163f Aw 2012 bedoeld geval.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het [Wall AG-arrest](#) uit 2010 bepaalde het Hof van Justitie van de Europese Unie dat de vervanging van een onderaannemer in uitzonderlijke gevallen een wezenlijke wijziging tot gevolg kan hebben, als het beroep op die bepaalde onderaannemer (die bijvoorbeeld een bepaald product levert) een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst.
- In 2012 vorderde een onderaannemer dat hij ook daadwerkelijk moest worden ingeschakeld door de hoofdaannemer aan wie de opdracht was gegund, omdat de hoofdaannemer dat tijdens de aanbestedingsprocedure kenbaar had gemaakt. [De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam](#) oordeelde dat het inschakelen van een andere onderaannemer niet was aan te merken als een wezenlijke wijziging. Dit zou volgens de rechter pas anders zijn indien de keuze voor een specifieke onderaannemer beslissend zou zijn geweest voor gunning. De onderaannemer is bij de inschrijving weliswaar genoemd in verband met de kwaliteitseisen, maar indien een andere onderaannemer aan dezelfde eisen voldoet, wijzigt dat de opdracht niet. Derhalve valt volgens de rechter niet in te zien dat de toestemming van de gemeente om een andere onderaannemer te mogen inschakelen, invloed heeft of had kunnen hebben op de kring van gegadigden (potentiële inschrijvers).
- De voorzieningenrechter van de [rechtbank Gelderland](#) oordeelde in 2019 dat het laten uitvoeren van werkzaamheden door een onderaannemer, terwijl de inschrijver tijdens de aanbesteding had aangegeven geen gebruik te maken van onderaannemers, niet kwalificeerde als een wezenlijke wijziging. De opdrachtnemer zette een door fusie ontstane zusteronderneming in voor verschillende werkzaamheden. Uit de concessieovereenkomst kon niet worden afgeleid dat het de opdrachtnemer niet was toegestaan derden in te schakelen. Tevens voorzag de concessieovereenkomst in de mogelijkheid om de overeenkomst over te laten gaan op een andere partij in geval van fusie.
- Ook [het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden](#) oordeelde in 2024 dat de vervanging van de onderaannemer niet kwalificeerde als een wezenlijke wijziging. Bij de aanbesteding was de eis opgenomen dat de inschrijver daadwerkelijk gebruik moest maken van de opgegeven onderaannemer gedurende de contractperiode. De contractant wilde de opgegeven onderaannemer wijzigen gedurende de contractperiode. De voorzieningenrechter oordeelde dat deze eis in de weg stond aan het wijzigen van een onderaannemer en kwalificeerde het als een wezenlijke wijziging. Het hof oordeelde in hoger beroep echter anders. Het hof kwalificeert de wijziging niet als wezenlijk, aangezien de kring van gegadigden niet anders zou zijn geweest en de aanvankelijk aangedragen onderaannemer geen beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst.



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Stel duidelijke regels op ten aanzien van de inzet van derden, zodat voor een inschrijver in ieder geval duidelijk is wanneer hij een derde moet vermelden in zijn inschrijving, aan welke voorwaarden derden moeten voldoen en/of onder welke voorwaarden hij bij de uitvoering van de opdracht toestemming nodig heeft van opdrachtgever om derden in te zetten die niet in de inschrijving benoemd zijn.
- Overweeg of bepaalde kritieke taken door de inschrijver zelf dienen te worden verricht.
- Als de keuze van de inschrijver om een specifieke onderaannemer in te zetten voor (een deel van) de opdracht van doorslaggevende betekenis is geweest bij de gunning, dan is dit informatie die relevant is om te vermelden in de motivering van de gunningsbeslissing.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP