

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 379

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 28 juli 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst tot levering van leermiddelen en daarmee verband houdende dienstverlening. De levering is verdeeld in twee percelen waarbij beoogd wordt per perceel een raamovereenkomst met één onderneming te sluiten.
- 1.2. In de 'Offerteaanvraag Europese openbare procedure levering van leermiddelen en aanbieden van onderwijsdiensten' [hierna: "Offerteaanvraag"] is in de Begrijpenlijst onder meer bepaald:

'(...)

Consumentenprijs

De actuele prijs van het betreffende leermiddel, zoals vastgesteld en vervolgens gepubliceerd door de betreffende uitgever. Het is niet toegestaan een afwijkende prijs te hanteren.

Fijndistributie

Nadat leermiddelen in bulk zijn geleverd, het samenstellen van de individuele pakketjes voor de leerling en het op het thuisadres van de leerling afleveren van dit pakketje.

(...)

Kortingspercentage

Percentage waarmee de consumentenprijs wordt verminderd;

(...)

Leermiddelen

Lesmateriaal voor het voortgezet onderwijs, zowel folio als digitaal;

Lesmethode

Al het materiaal dat het verplichte lesprogramma volledig dekt (door school vastgestelde curriculum) onder één merknaam, voor één vak in één leerjaar, zoals de uitgever dit aan de commerciële markt aanbiedt inclusief toebehoren (onder andere docentenmateriaal) en opties;

LIFO- concept

Het Licentie-Folioconcept (LIFO) bestaat uit de digitale licentie met de mogelijkheid meerdere niveaus te gebruiken van de betreffende lesmethode en indien opdrachtgever dat wenst ook de folio verschijningsvormen van de lesmethode. Alle leermiddelen zowel digitaal als folio zijn voor éénjarig gebruik. Van de betreffende lesmethode dienst de meest actuele versie/druk aangeboden te worden.

(...)

Opslagpercentage

Percentage waarmee de consumentenprijs wordt verhoogd

(...)'

1.3. In de Offerteaanvraag is in paragrafen 1.1 tot en met 1.6 het volgende bepaald:

1.1. Inleiding

De vaksecties biologie en wiskunde binnen [Beklaagde] (verder te noemen [Beklaagde], dan wel opdrachtgever, dan wel aanbestedende dienst) kiezen op beperkte schaal voor het zogenaamde "LIFO- concept". Een nadere toelichting van dit "LIFO- concept" is terug te lezen in paragraaf 2.2. Door deze keuze passen de huidige overeenkomsten voor deze lesmethoden niet langer. Deze vaksecties kiezen dan ook voor nieuwe overeenkomsten voor het leveren van leermiddelen voor deze lesmethoden.

1.2. Omvang van de aanbesteding

Deze aanbesteding betreft op de eerste plaats de levering van leermiddelen voor de [lesmethode voor biologie] (gehele onderbouw) (perceel 1) en [lesmethode voor wiskunde] (klas 1 schooljaar 2017/2018 en klas 1 en 2 schooljaar 2018/2019) (perceel 2) voor zover de betreffende vaksectie in het schooljaar 2016/2017 gebruikt maakt van de betreffende lesmethoden (zie bijlage 1A, 1B en 1C voor het betreffende overzicht). Op de tweede plaats betreft deze aanbesteding het bieden van onderwijsdiensten welke gerelateerd zijn aan de levering van genoemde leermiddelen. Voor zover inschrijvers van mening zouden zijn dat de levering van leermiddelen in combinatie met het inkopen van deze onderwijsdiensten in strijd is met artikel 1.5. Aw 2012 (clusterverbod), merkt opdrachtgever op dat deze onderwijsdiensten gericht zijn op de doorontwikkeling en het personaliseren van de te leveren leermiddelen en daarmee onlosmakelijk verbonden zijn met de betreffende leermiddelen. Voor een nadere motivering wordt verwezen naar paragraaf 2.2. Lees ook rechtsoverweging 4.5.4. Vonnis Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951. De fijndistributie van de leermiddelen in deze aanbesteding, voor zover sprake is van folio, is voor de schooljaren waar deze aanbesteding betrekking op heeft reeds gecontracteerd en maakt dus geen deel uit van deze aanbesteding.

1.3. Percelen

De opdracht is verdeeld in 2 percelen. Perceel 1 betreft de [lesmethode voor biologie] voor de onderbouwklassen van opdrachtgever met bijbehorende diensten. Perceel 2 betreft de [lesmethode voor wiskunde] voor de klassen 1 van opdrachtgever voor het schooljaar 2017 / 2018 en de klassen 1 en 2 voor het schooljaar 2018 / 2019 met bijbehorende diensten. Voor beide percelen geldt dat deze aanbesteding alleen geldt voor de klassen van opdrachtgever die in het schooljaar 2016/2017 ook daadwerkelijk gebruik maken van de betreffende lesmethoden A en B. Zie voor een overzicht van deze klassen de bijlage 1A, 1B en 1C. Percelen worden separaat van elkaar gegund. Inschrijven is mogelijk voor beide percelen dan wel voor slechts 1 perceel. Voor elk perceel dient inschrijver dan ook een volledige offerte in te vullen en in te leveren (hoofdstuk 5 en 6).

1.4. Keuze voor lesmethoden

Vanaf de inwerkingtreding van de Wet Gratis Schoolboeken is een groot aantal Europese aanbestedingen gepasseerd. In tegenstelling tot de hier voorliggende aanbesteding, kenden eerdere aanbestedingen geen nadrukkelijke verwijzing naar te leveren lesmethoden. Daarentegen was er bij deze aanbestedingen wel meestal sprake van een bijgevoegde boekenlijst waarop leermiddelen werden vermeld die gebruikt werden. Indirect werden op deze wijze de leermiddelen geïdentificeerd die geleverd moesten worden door de opdrachtnemer.

Opdrachtgever kiest er thans nadrukkelijk voor de titels van lesmethoden te vermelden die geleverd moeten kunnen worden door de opdrachtnemer. Voor

zover inschrijvers van mening zouden zijn dat de verwijzing naar titels van lesmethoden in strijd zou zijn met artikel 2.76, lid 5 Aw 2012 merkt de aanbestedende dienst het volgende op.

Op de eerste plaats is de keuze voor gebruik van lesmethoden en lesmateriaal voorbehouden aan de vakdocenten van opdrachtgever, dit impliceert de vrijheid van onderwijs welke als grondrecht is vastgelegd in artikel 23 Grondwet. Deze vrijheid van onderwijs vormt ook een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht waaraan Richtlijn 2004/18 EG getoetst dient te worden.

Op de tweede plaats heeft de Europese Commissie reeds bij inwerkingtreding van de Wet Gratis Schoolboeken, de vraag of scholen boektitels mogen specificeren, zonder dat daaraan toegevoegd moet worden "of gelijkwaardig", bevestigend beantwoord. Gezien de bijzondere context is de Commissie namelijk van mening dat scholen het onderwerp van de overheidsopdracht mogen vaststellen door de enkele vermelding van de titel van een specifiek boek. Scholen zijn vrij dit te doen op basis van pedagogische redenen [noot 2: Zie ook Kamerstukken Eerste Kamer der Staten-Generaal; Vergaderjaar 2007-2008; nr. 31325 C].

Tenslotte verwijst de aanbestedende dienst naar het eerder vermelde vonnis van de Voorzieningenrechter Zeeland-West-Brabant van 1 mei 2015 rechtsoverweging 4.10.4., waarin het noemen van ISB- nummers naar het oordeel van de rechtbank toegestaan is [noot 3: ECLI:NL:RBZWB:2015:2951].

1.5. Duur van de raamovereenkomsten

Deze aanbesteding zal voor elk afzonderlijk perceel leiden tot één raamovereenkomst met één opdrachtnemer met een ingangsdatum van 1 januari 2017, waarbij leveringen en onderwijsdiensten voor het schooljaar 2016/2017 uitgesloten zijn. De leveringen en onderwijsdiensten betreffende de schooljaren 2017/ 2018 en 2018/2019. De overeenkomsten expireren op 1 augustus 2019. Partijen hebben de mogelijkheid de overeenkomst schriftelijk tussentijds op te zeggen. Opzeggen dient schriftelijk plaats te vinden rekening houdend met een opzegtermijn van 12 maanden.

1.6. Economisch meest voordelige inschrijving

Met toepassing van artikel 2.114, eerste lid en tweede lid sub a Aw 2012, gunt opdrachtgever de opdracht, op grond van beste prijs-kwaliteitverhouding.'

1.4. In paragrafen 2.1 en 2.2 van de Offerteaanvraag is het volgende bepaald:

'2.1. [Beklaagde]

[Beklaagde] bestaat uit 12 instellingen voor bijzonder voortgezet onderwijs in Nederland. Op ruim 50 schoollocaties wordt een breed onderwijsaanbod verzorgd. Door deze veelheid aan schoollocaties waarborgen de instellingen een kleinschalige, veilige leeromgeving voor hun leerlingen. In totaal worden circa 35.000 leerlingen in hun leerproces begeleid door ruim 4.300 medewerkers.

(...)

2.2. Leermiddelen

De vaksecties biologie en wiskunde van opdrachtgever wensen voor de komende schooljaren een pilot te starten met het zogenaamde "LIFO- concept". Deze vaksecties wensen niet langer verplicht te worden lesmethoden gedurende een vaste periode te gebruiken (in de regel 4 jaar). Met name de verplichting om het lesboek gedurende deze periode van 4 jaar af te nemen wordt als statisch en onwenselijk ervaren. De vaksecties kiezen voor de [lesmethoden voor biologie en

wiskunde], aangezien deze methoden naar de mening van de vaksecties het beste passen binnen het LIFO- concept.

De vaksecties kiezen nadrukkelijk op de eerste plaats voor de digitale licentie van de lesmethode. De digitale licentie biedt de vaksecties de mogelijkheid om in te zetten op gepersonaliseerd leren. Daarbij is het van belang dat ook andere niveaus beschikbaar zijn voor de leerling dan alleen de licentie van de betreffende klas waarin de leerling zit.

Daarnaast wensen de vaksecties echter ook de mogelijkheid om de folio leermiddelen van de lesmethode af te nemen, naast de digitale licentie. Zowel folio leer- als werkboeken worden gekocht door opdrachtgever en zijn verbruiksmateriaal en betreffende laatste versie/druk. Dus voor éénjarig gebruik. Dit betekent dat opdrachtgever van de marktpartijen een nieuwe propositie vraagt betreffen het aanbod van met name folio leermiddelen. Deze moeten een consumentenprijs krijgen van de marktpartijen die het ook financieel mogelijk maakt alle folio leermiddelen als verbruiksmateriaal te gebruiken.

Keuze voor de leermiddelen in de pilot komt voort uit de wens van de vaksecties van opdrachtgever die op dit thema bevraagd werden. De vaksecties zijn van mening dat de betreffende lesmethoden zich het meest lenen voor de start van deze pilot.

Om gepersonaliseerd leren mogelijk te maken is het van belang dat de opdrachtnemer van opdrachtgever de docenten van opdrachtgever kan ondersteunen bij het arrangeren en verder door ontwikkelen van gepersonaliseerd leren. Met name de digitale licentie kan niet langer gezien worden als alleen de levering van content. Het is zaak dat deze content bewerkt kan worden met ondersteuning van opdrachtnemer. Vandaar dat opdrachtgever er nadrukkelijk voor kiest om de levering van content te combineren met de vraag naar onderwijsdiensten.'

- 1.5. In paragraaf 4.3 van de Offerteaanvraag is het volgende bepaald:

'4.3. Economisch meest voordelige offerte

De opdracht wordt per perceel gegund aan de inschrijver die de hoogste score behaalt. Indien twee of meer inschrijvers de hoogste score behalen, wint de inschrijver met de hoogste score voor het onderdeel "kwaliteit". Indien ook deze scores gelijk zijn, wordt de winnaar aangewezen door middel van loting in het bijzijn van de betreffende inschrijvers. Voor de weging van de betreffende onderdelen en de scores wordt verwezen naar hoofdstuk 6.'

- 1.6. In hoofdstuk 6 van de Offerteaanvraag worden onder meer de volgende (sub)gunningscriteria vermeld:

6.0. Score-overzicht

	maximale score
6.1. Logistiek en beschikbaarheid	
wens 1 leveren aanvullende bestellingen	25
wens 2 leermiddelen ander niveaus	250
wens 3 inname leermiddelen	25
wens 4 werking digitale leermiddelen browsers	250
wens 5 directe beschikbaarheid digitale leermiddelen	250
wens 6 voorkomen niet-beschikbaarheid	25
subtotaal	825
6.2. kwaliteit	
wens 1 invloed leermiddelen	250
wens 2 gepersonaliseerd leren	250
wens 3 bewaren historie	25
subtotaal	525
Totaal kwaliteit	1.350
6.4. prijsstelling	
wens 1 kortingspercentage	1.200
wens 2 verkoop leerboeken	150
Totaal prijs	1.350
Totaal prijs en kwaliteit	2.700

6.1. Logistiek en beschikbaarheid

Minimumeisen		
Eis 1.	Garandeert inschrijver uitvoering te geven aan het gestelde in paragraaf 2.3. Levering leermiddelen?	Ja / Nee
Eis 2.	Garandeert inschrijver dat leermiddelen die niet conform paragraaf 2.3. Levering leermiddelen zijn besteld (aanvullende bestellingen), de folio leermiddelen uiterlijk 10 werkdagen na moment van bestelling worden geleverd op de aangegeven locatie en digitale leermiddelen uiterlijk binnen 5 werkdagen na moment van bestelling aan de betreffende leerling beschikbaar worden gesteld?	Ja / Nee
Eis 3.	Inschrijver garandeert dat het opdrachtgever is toegestaan gebruik te maken van leermiddelen die afkomstig zijn van de niet-commerciële markt (bijvoorbeeld VO- content)?	Ja / Nee

Eis 4.	Opdrachtgever geeft geen garanties voor het aantal te bestellen lesmethoden en aantallen te bestellen leermiddelen. Inschrijver accepteert dit?	Ja / Nee
Eis 5.	Opdrachtgever maakt gebruik van het "LIFO- concept" zoals beschreven in hoofdstuk 2.2. Inschrijver garandeert leermiddelen overeenkomstig dit concept te leveren?	Ja / Nee
Eis 6.	Inschrijver garandeert dat bestelde digitale licenties overeenkomstig paragraaf 2.3., beschikbaar worden gesteld aan de betreffende leerlingen van opdrachtgever. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
Eis 7.	Inschrijver garandeert de Model bewerkersovereenkomst zoals vastgesteld door PO- en VO- raad in het convenant privacy te tekenen indien de opdracht aan inschrijver wordt gegund?	Ja / Nee

Vragen met puntenwaardering		
Wens 1.	Overeenkomstig paragraaf 2.3. dient inschrijver aanvullende bestellingen betreffende folio leermiddelen binnen 15 werkdagen na moment van bestelling te leveren. Indien inschrijver deze leermiddelen binnen 10 werkdagen na moment van bestelling kan leveren ontvangt inschrijver hiervoor 25 punten. Garandeert inschrijver deze leermiddelen binnen 10 werkdagen te leveren?	Ja / Nee
Score wens 1. max. 25 punten	Ja scoort 25 punten Nee scoort 0 punten	
Wens 2.	Zodra de leerling van opdrachtgever een digitale licentie van een lesmethode bestelt, wenst opdrachtgever dat deze leerling ook over de andere niveaus van deze lesmethode kan beschikken (VMBO/HAVO/VWO), zonder dat de leerling beperkt wordt in het gebruik van deze licentie. Inschrijver dient het aanbod toe te lichten. Hoe meer niveaus van de licentie worden geboden, zonder dat beperkingen in het gebruik worden gesteld hoe hoger de waardering.	Toelichting als bijlage bijvoegen.
Score wens 2. max. 250 punten	Voor de wijze van beoordeling wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2. betreffende het onderdeel relatieve beoordeling.	

Wens 3.	Uitgangspunt van het gebruik van leermiddelen is dat alle leermiddelen verbruiksmateriaal zijn. Opdrachtgever garandeert dat door opdrachtnemer geleverde leermiddelen alleen aan de eigen leerlingen ter beschikking worden gesteld. Indien inschrijver dat wenst kunnen folio leermiddelen aan het einde van het schooljaar wel ingenomen worden door inschrijver. Hier zal opdrachtgever medewerking aan verlenen, waarbij opdrachtgever wel een werkwijze wenst die voor opdrachtgever tot zo min mogelijk werkbelasting leidt. Hoe minder werkbelasting wordt gegarandeerd voor opdrachtgever, hoe hoger de waardering.	Toelichting als bijlage bijvoegen.
Score wens 3. max. 25 punten	Voor de wijze van beoordeling wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2. betreffende het onderdeel relatieve beoordeling.	
Wens 4.	Opdrachtgever heeft een voorkeur voor een inschrijver die er zorg voor draagt dat digitale licenties beschikbaar zijn en zonder beperkingen werken in minimaal de browsers Internet Explorer, Chrome, Fire Fox en Safari. Opdrachtgever heeft daarbij de voorkeur voor licenties die beschikbaar zijn en zonder beperkingen werken in de meest actuele versie van deze browsers en in de browser die vooraf ging aan de meest actuele versie (-1). Hoe meer van de gevraagde browsers beschikbaar zijn in beide versies hoe hoger de waardering.	Toelichting als bijlage bijvoegen.
Score wens 4. max. 250 punten	Voor de wijze van beoordeling wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2. betreffende het onderdeel relatieve beoordeling.	
Wens 5.	Opdrachtgever wenst dat leerlingen rechtstreeks dan wel via DTDL- toegang hebben tot de licenties die voor hen bestemd zijn. Inschrijver dient toe te lichten op welke wijze hieraan wordt voldaan. Hoogte van de waardering is afhankelijk van de mate waarin inschrijver genoemde toegang garandeert gedurende het hele schooljaar en dit gemotiveerd onderbouwd en daarbij de werkbelasting voor opdrachtgever zo laag mogelijk is	Toelichting als bijlage bijvoegen.
Score	Voor de wijze van beoordeling wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2. betreffende het onderdeel relatieve beoordeling.	

wens 5. max. 250 punten	fende het onderdeel relatieve beoordeling.	
Wens 6.	Opdrachtgever heeft een voorkeur voor een inschrijver die voorkomt dat digitale leermiddelen korte of langere tijd niet beschikbaar zijn (bijvoorbeeld als gevolg van een bug). Hoe voorkomt inschrijver dat digitale leermiddelen niet-beschikbaar zijn en indien het wel gebeurt hoe wordt deze niet-beschikbaarheidsperiode tot een minimum beperkt. Hoogte van waardering is afhankelijk van de mate waarin inschrijver gemotiveerd kan aantonen dat niet-beschikbaarheid van leermiddelen tot een minimum beperkt blijft.	
Score wens 6. max. 25 punten	Voor de wijze van beoordeling wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2. betreffende het onderdeel relatieve beoordeling.	

6.2. Kwaliteit van leermiddelen

Vragen met puntenwaardering		
Wens 1.	Opdrachtgever hecht grote waarde aan de kwaliteit van leermiddelen waarbij opdrachtgever het van belang vindt dat de vaksecties van opdrachtgever de mogelijkheid hebben invloed te hebben op de kwaliteit van de geboden leermiddelen. Het betreft niet de arrangeerfunctie. Op welke wijze biedt inschrijver deze mogelijkheid. Hoogte van waardering is afhankelijk van de mate waarin inschrijver de mogelijkheid biedt aan vaksecties commentaar te geven op leermiddelen en aantoont dat dit commentaar daadwerkelijk invloed heeft op de verdere doorontwikkeling van de leermiddelen.	Toelichting als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.
Score wens 1. max. 250 punten	Voor de wijze van beoordeling wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2. betreffende het onderdeel relatieve beoordeling.	
Wens 2.	Naast de door inschrijver geleverde leermiddelen heeft opdrachtgever behoefte aan ondersteuning bij	Toelichting als bijlage achter deze

	het gebruik van de geleverde leermiddelen in het onderwijsleerproces waarbij gepersonaliseerd leren centraal staat. Deze behoefte bestaat enerzijds uit een technische ondersteuning bij het arrangeren (knoppenfuncties) van leermiddelen en anderzijds uit onderwijskundige ondersteuning (wat is het doel van het leermiddel, hoe kan dit het beste aangeboden worden, etc.) bij het gebruik van het leermiddel in het onderwijsleerproces. Hoogte van waardering is afhankelijk van de mate waarin de technische ondersteuning wordt geboden en de mate waarin onderwijskundige ondersteuning wordt geboden.	paragraaf bijvoegen.
Score wens 2. max. 250 punten	Voor de wijze van beoordeling wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2. betreffende het onderdeel relatieve beoordeling.	
Wens 3.	Opdrachtgever heeft een voorkeur voor een inschrijver die het mogelijk maakt dat bewerkingen in digitale licenties door de docent (arrangeren) en bewerkingen door de leerling (invullen opgaven) meerdere jaren naar believen bewaard kunnen worden. Hoogte van de waardering is afhankelijk van de mogelijkheden om genoemde bewerkingen te bewaren.	Toelichting als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.
Score wens 3. max.25 punten	Voor de wijze van beoordeling wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2. betreffende het onderdeel relatieve beoordeling.	

6.3. Communicatie, facturering en informatie

Minimumeisen		
Eis 1.	Inschrijver factureert leermiddelen digitaal aan opdrachtgever ([e-mailadres Beklaagde]). Facturen zijn voorzien van naam lesmethode, verschijningsvorm leermiddel, ISB- nummer, consumentenprijs, kortingspercentage en aantallen. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
Eis 2.	Inschrijver verzendt geen losse facturen, maar facturen worden gebundeld, maximaal éénmaal per maand verzonden. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
Eis 3.	Opdrachtgever betaalt facturen eerst na levering van leermiddelen. Accepteert inschrijver dit?	Ja / Nee

Eis 4	Inschrijver biedt een telefonische helpdesk die aanspreekbaar is op leveringen en dienstverlening zoals geoffreerd. De helpdesk is tijdens kantooruren bereikbaar, wachttijden bedragen niet langer dan 1 minuut en er worden door inschrijver geen kosten in rekening gebracht voor het telefoongesprek. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
Eis 5.	Inschrijver communiceert in woord en geschrift in goed en begrijpelijk Nederlands. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
Eis 6.	Inschrijver garandeert één vaste accountmanager op opdrachtgeversniveau, die op verzoek van opdrachtgever overleg voert met opdrachtgever over de voortgang van de overeenkomst. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
Eis 7.	Inschrijver zal jaarlijks, tijdens een overleg ten kantore van opdrachtgever, in de maand oktober/november rapporteren over de uitvoering van de overeenkomst, waarbij inschrijver in het bijzonder informatie verstrekt, over gerealiseerde en niet-gerealiseerde afspraken in de overeenkomst. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee

6.4. Prijsstelling

Uitgangspunten prijsstelling:

- Inschrijver dient één kortingspercentage dan wel opslagpercentage te offrenen;
- De consumentenprijs van alle te leveren leermiddelen zowel digitaal als folio wordt verminderd met het geoffreerde kortingspercentage dan wel vermeerderd met het geoffreerde opslagpercentage;
- Indien de leerling de licentie niet opent is opdrachtgever geen kosten verschuldigd voor deze licentie;
- Voor zover inschrijver kosten in rekening wenst te brengen dient inschrijver deze kosten mee te nemen in het offrenen van het kortings- / opslagpercentage. Kosten worden niet separaat vergoed.

Vragen met knock out waardering		
Eis 1.	Inschrijver accepteert de bovenstaande uitgangspunten inzake prijsstelling en zal hier uitvoering aan geven.	Ja / Nee

Vragen met punten waardering		
Wens 1.	Inschrijver dient het kortingspercentage te vermelden waarmee de consumentenprijs van alle leermiddelen wordt verminderd dan wel het opslagpercentage te vermelden waarmee de	kor- ting%

	consumentenprijs van alle leermiddelen wordt verhoogd.	opslag%
Score wens 1 max 1.200 punten	Voor de bepaling van de score voor de prijs neemt opdrachtgever als aanname het bedrag van € 2.000.000,-. Dit bedrag wordt verminderd met het geoffreerde kortingspercentage dan wel verhoogd met het geoffreerde opslagpercentage. Voorbeeld: een opslagpercentage van 10% leidt tot een vergelijkingsbedrag van € 2.200.000,-. Een kortingspercentage van 10% leidt tot een vergelijkingsbedrag van € 1.800.000,-. Inschrijver met het laagste vergelijkingsbedrag ontvangt de maximale score van 1.200 punten. Andere inschrijvers ontvangen een score die gerelateerd is aan hun eigen inschrijving en de inschrijving van de inschrijver met het laagste vergelijkingsbedrag. Voorbeeld: inschrijver A heeft het laagste vergelijkingsbedrag van € 1.800.000,- geoffreerd en scoort 1.200 punten. Inschrijver B heeft het vergelijkingsbedrag van € 2.400.000,- geoffreerd en scoort $\frac{€ 1.800.000,-}{€ 2.400.000,-} * 1.200$ punten = 900 punten.	
Wens 2.	Opdrachtgever wenst de leerboeken vermeld in bijlage 1A, 1B en 1C, te verkopen aan inschrijver voor één vast kooppercentage van de consumentenprijs per leerboek, ongeacht de periode dat het leerboek op de leermiddelenlijst staat. Het betreffen alleen de leerboeken van de lesmethode waar dit perceel betrekking op heeft. Inschrijver dient één vast kooppercentage te offrenen. %
Score wens 2. max 150 punten	Inschrijver met het hoogste kooppercentage ontvangt 150 punten. Overige inschrijvers ontvangen een score waarbij het geoffreerde kooppercentage van de inschrijver wordt gerelateerd aan het geoffreerde hoogste kooppercentage (met een maximum van 45%). Voorbeeld: inschrijver A offreert het hoogste kooppercentage van 45% en scoort 150 punten. Inschrijver B offreert een kooppercentage van 30% en scoort $\frac{30\%}{45\%} * 150$ punten = 100 punten. Ook indien het hoogste kooppercentage meer zou bedragen dan 45%, was de noemer in de breuk gemaximeerd op 45%.	

1.7. In de eerste Nota van Inlichtingen zijn onder andere de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.7.1. Vraag 8: 'Consumentenprijs' Het begrip "consumentenprijs" is gedefinieerd als: *"De actuele prijs van het betreffende leermiddel, zoals vastgesteld en vervolgens gepubliceerd door de betreffende uitgever. Het is niet toegestaan een afwijkende prijs te hanteren."*

In paragraaf 2.2 is opgenomen: *"Dit betekent dat opdrachtgever van de marktpartijen een nieuwe propositie vraagt betreffen (sic!) het aanbod van met name folio leermiddelen. Deze moeten een consumentenprijs krijgen van de marktpar-*

*tijen die het ook financieel mogelijk maakt alle folio leermiddelen als verbruiks-
materiaal te gebruiken."*

Kan worden aangegeven wat in de definitiebepaling van het begrip "consumentenprijs" wordt bedoeld met "de actuele prijs" en "het is niet toegestaan een afwijkende prijs te hanteren", terwijl in paragraaf 2.2 nu juist om "een nieuwe propositie" wordt gevraagd, waarvoor marktpartijen in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure een consumentenprijs moeten afgeven.'

Antwoord: 'Met actuele prijs wordt bedoeld op de prijs zoals deze laatstelijk door de uitgever is vastgesteld en gepubliceerd.

Opdrachtgever gaat ervan uit dat uitgevers voor het nieuwe LIFO-model een nieuwe consumentenprijs gaan publiceren die inschrijvers moeten hanteren. Het is niet toegestaan dat inschrijvers een consumentenprijs gaan hanteren die afwijkt van de gepubliceerde consumentenprijs.

Van belang is namelijk dat de score voor het onderdeel prijs wordt bepaald door het kortingspercentage/opslagpercentage. Indien niet voor alle inschrijvers dezelfde consumentenprijs voor het betreffende leermiddel zou worden gehanteerd, zou dit betekenen dat de inschrijver met het hoogste kortingspercentage nog niet de laagste aanbieding zou hoeven te doen, als deze inschrijver een hogere consumentenprijs dan andere inschrijvers zou kunnen hanteren. Vandaar dat opdrachtgever kiest voor optimale transparantie en gelijkheid tussen inschrijvers.

Inschrijver heeft voldoende mogelijkheid een inschrijving te doen door een kortings- dan wel opslagpercentage te offrenen.'

1.7.2. Vraag 9: '**Onderwijsdiensten** Het begrip "onderwijsdiensten" is gedefinieerd als: "Dienstverlening welke gericht is op de verdere doorontwikkeling van leermiddelen en het personaliseren van leermiddelen."

In paragraaf 1.2 wordt aangegeven dat "voor zover inschrijvers van mening zouden zijn dat de levering van leermiddelen in combinatie met het inkopen van deze onderwijsdiensten in strijd is met artikel 1.5 Aw 2012 (clusterverbod), merkt opdrachtgever op dat deze onderwijsdiensten gericht zijn op de doorontwikkeling en het personaliseren van de te leveren leermiddelen en daarmee onlosmakelijk verbonden zijn met de betreffende leermiddelen."

Deze uitleg kan niet kan worden aangemerkt als afdoende motivering en rechtvaardiging voor de beoogde samenvoeging van de opdracht tot de levering van leermiddelen en de opdracht tot het verrichten van onderwijsdiensten.

Onderwijsdiensten en leermiddelen kunnen worden gezien als afzonderlijke activiteiten. In de huidige markt verrichten ook andere ondernemingen dit soort activiteiten. Het is niet nodig om de opdracht voor het verrichten van de onderwijsdiensten en de opdracht voor de levering van de leermiddelen samen te voegen en het levert niets op, anders dan bevoordeling van uitgever Malmberg en uitgever Noordhoff.

Wij maken bezwaar tegen de samenvoeging van de opdracht tot de levering van leermiddelen en de opdracht tot het verrichten van onderwijsdiensten. Het is onjuist dat wordt verondersteld in paragraaf 2.2: "Met name de digitale licentie kan niet langer gezien worden als alleen de levering van content. Het is zaak dat deze content bewerkt kan worden met ondersteuning van opdrachtnemer. Vandaar dat opdrachtgever er nadrukkelijk voor kiest om de levering van content te combineren met de vraag naar onderwijsdiensten."

Kan, met inachtneming van artikel 1.5 *gewijzigde* Aanbestedingswet 2012 en op basis van een valide argumentatie, worden aangegeven waarom de onderwijsdiensten onlosmakelijk verbonden zijn met de te leveren leermiddelen?

De enkele opmerking dát het de doorontwikkeling en het personaliseren van de desbetreffende leermiddelen betreft is een onvoldoende reden om de beoogde samenvoeging van de levering van de leermiddelen enerzijds en het verrichten van de onderwijsdiensten anderzijds te rechtvaardigen. Zoals ook uit het vornoemde artikel uit de *gewijzigde* Aanbestedingswet 2012 volgt dient, alvorens samenvoeging plaatsvindt, acht te worden geslagen op de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf; de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst en de mate van samenhang van de opdrachten.

Antwoord: Opdrachtgever heeft voorafgaande aan deze procedure een uitgebreide consultatie doorlopen met haar vaksecties, waarin de onderwijsprofessionals zijn vertegenwoordigd. Doel van deze consultatie was om de ontwikkelingen in beeld te brengen op het terrein van leermiddelen binnen de vaksecties en daarnaast de vakdocenten te vragen naar hun behoefte op het terrein van leermiddelen. Resultaat van deze consultatie was dat vakdocenten eenduidig aangeven niet langer behoefte te hebben aan een statisch "product", dat door een uitgever is gemaakt en dat vervolgens op een standaardwijze wordt gebruikt in de klas. De professionals hebben de ambitie om een leermiddel in de vorm van een "kapstok" aangeboden te krijgen, waar ze zelf eigen leermiddelen en open source leermiddelen aan willen hangen. Daarbij is er wel de nadrukkelijke vraag naar ondersteuning om deze "kapstok" te kunnen bewerken. Er kan dan ook niet meer gesproken worden van de statische levering van een boek, maar de levering van een dynamisch digitale licentie waarbij dienstverlening wordt gebruikt om deze licentie optimaal te gebruiken.

Geconcludeerd moet dan ook worden dat de professionals van opdrachtgever niet de visie van inschrijver delen dat er sprake is van een statisch product en daarnaast van separate onderwijsdiensten.

Opdrachtgever is dan ook met haar vakdocenten van mening dat de hier gevraagde leveringen van leermiddelen een zeer sterke samenhang vertoont met de gevraagde onderwijsdiensten.

Voor zover inschrijver zou betogen dat ze niet kan inschrijven door deze combinatie van leveringen en diensten merkt opdrachtgever op dat het LIFO-concept voor alle partijen nieuw is en dat alle partijen hierop zullen moeten anticiperen. Er is opdrachtgever geen marktpartij bekend die dit concept thans reeds kan leveren.

Daarnaast wordt inschrijver er op geattendeerd dat het mogelijk is om in combinatie dan wel als hoofd- en onderaannemer in te schrijven.

Tenslotte verwijst opdrachtgever naar de aangehaalde jurisprudentie van de Voorzieningenrechter Zeeland-West-Brabant uit de offerteaanvraag pagina 9. In deze zaak was sprake van een identieke situatie waarbij leveringen van content werd gecombineerd met onderwijsdiensten. De Voorzieningenrechter geeft aan dat de betreffende schoolbesturen rechtmatig hadden gehandeld in deze. Opdrachtgever zal voor inschrijver de betreffende rechtsoverweging 4.5.4. uit het Vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant citeren: "*De voorzieningenrechter is van oordeel dat de scholen niet in strijd handelen het clusterverbod als verwoord in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012. Het gaat hier om (in toenemende mate)*

digitaal onderwijs, waarbij de scholen de mogelijkheid wensen te benutten om de inhoud van de leermiddelen aan te passen, en dus te wijzigen, aan de persoonlijke omstandigheden van iedere leerling. Uit de door de scholen gegeven toelichting blijkt van voldoende samenhang tussen de opdrachten. Op dit punt hebben de scholen niet onrechtmatig gehandeld.”

- 1.7.3. Vraag 11: 'In vervolg op vraag 2 Kan, met inachtneming van artikel 1.10 a *gewijzigde* Aanbestedingswet 2012 en op basis van een valide argumentatie, worden aangegeven waarom de samenvoeging van de levering van de leermiddelen en de onderwijsdiensten niet in strijd is met het voornoemde artikel.

Per slot van rekening worden door in Perceel 1 uitsluitend te vragen naar [de lesmethode voor biologie] van [uitgever X] en in Perceel 2 uitsluitend te vragen naar [de lesmethode voor wiskunde] van [uitgever Y] de samengevoegde opdrachten (de levering van de leermiddelen enerzijds en de uitvoering van de onderwijsdiensten anderzijds) toegeschreven naar de voornoemde uitgevers, hetgeen onmiskenbaar er toe leidt dat de mededinging op kunstmatige wijze wordt beperkt met het doel de voornoemde uitgevers ten onrechte te bevoordelen.'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 9. Opdrachtgever neemt de opvattingen van inschrijver voor kennisgeving aan, dat de uitgevers van de betreffende methoden worden bevoordeeld. Uitgangspunt voor opdrachtgever is niet de markt van uitgevers en distributeurs, maar het onderwijs dat zij haar leerlingen wenst aan te bieden. Dit onderwijs snakt naar vernieuwingen waar niet langer de lesmethode leidend is, maar de ontwikkeling van het kind. Na een uitgebreide consultatie van haar vaksecties heeft opdrachtgever besloten te starten met een pilot waarin dit nieuwe didactische model (LIFO-model) gebruikt gaat worden. Hierbij hebben de vaksecties biologie en wiskunde een voortrekkersrol genomen hetgeen heeft geleid tot deze aanbesteding. Om zoveel mogelijk partijen een kans te geven in te schrijven heeft opdrachtgever er voor gekozen de percelen per lesmethode te beperken. Nu de afgelopen jaren de aanbestedingen van leermiddelen steeds werden gedomineerd door twee distributeurs van leermiddelen verwacht opdrachtgever dat meer partijen een kans krijgen in te schrijven. Hierbij is naar de mening van opdrachtgever zeer de vraag of uitgevers in het voordeel zijn bij het aanbieden van onderwijsdiensten op schoolniveau. Met name distributeurs hebben een veel fijnmaziger netwerk op schoolniveau om diensten aan te bieden dan uitgevers.'

- 1.7.4. Vraag 17: 'De opdracht is in twee percelen verdeeld, waarbij geldt dat in het desbetreffende perceel uitsluitend het leermiddel van één specifieke uitgever wordt genoemd.

In Perceel 1 wordt uitsluitend gevraagd naar [de lesmethode voor biologie] van [uitgever X] en in Perceel 2 wordt uitsluitend gevraagd naar [de lesmethode voor wiskunde] van [uitgever Y].

Anders gezegd, de aanbestedende dienst bedient zich niet alleen van merkverwijzingen zonder de toevoeging "of gelijkwaardig", maar deelt de opdracht ook nog eens in percelen per uitgever in. Dientengevolge schrijft de aanbestedende dienst de opdracht in strijd met het gelijkheidsbeginsel, non-discriminatiebeginsel en artikel 2.75 lid 6 *gewijzigde* Aanbestedingswet 2012, naar de desbetreffende uitgevers toe.

De desbetreffende uitgever heeft in het desbetreffende perceel per slot van rekening een onoverbrugbare voorsprong op de concurrentie. De Offerteaanvraag is om deze reden discriminatoir en disproportioneel.

Dit is door de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant bij een aanbestedingsprocedure van een opdracht die op een vergelijkbare wijze was

vormgegeven ook expliciet geoordeeld. Wij verwijzen in dit verband naar rechts-overweging 4.6 en verder van het vonnis zoals die ook in de Offerteaanvraag is genoemd (ECLI:NL:RBZWB:2015:2951).

Wij maken bezwaar tegen de discriminatoire opzet van de Offerteaanvraag en verzoeken om aanpassing daarvan. Jaarlijks vinden er tientallen aanbestedingen van leermiddelen plaats en nog nooit is een opdracht zoals de onderhavige op basis van een dergelijke discriminatoir opgezette aanbestedingsprocedure gegund. Dát en het voornoemde vonnis, onderschrijven dat het naast een onrechtmatige opzet ook volstrekt onnodig is om de opdracht op de thans vorm gegeven wijze in de markt te zetten.'

Antwoord: 'Opdrachtgever heeft in haar offerteaanvraag reeds uitgebreid gemotiveerd waarom zij gekozen heeft voor deze percelenindeling. Het is begrijpelijk dat inschrijver zijn belangen voorop stelt bij haar inschrijving. Echter opdrachtgever kan hier geen rekening mee houden en wenst de vraag van haar vaksecties en dus het onderwijs voorop te stellen. Hierbij hebben na uitgebreide consultaties 2 vaksecties gevraagd het ontwikkelde LIFO-model in te kopen voor de genoemde lesmethoden. Om zoveel mogelijk partijen de kans te geven wordt de opdracht uitgevraagd op de kleinst mogelijke eenheid, namelijk per lesmethode. Dit is een wezenlijk verschil met de casus in het vonnis van de voorzieningenrechter waarbij meerdere lesmethoden in één percelen werden geplaatst.

Nogmaals wenst opdrachtgever de inschrijver er op te wijzen dat hij kan inschrijven in combinatie dan wel als hoofd- /onderaannemer. Sterker nog opdrachtgever doet een beroep op zoveel mogelijk partijen om in te schrijven zodat de huidige markt die volledig op slot zit wordt opengebroken.

Voor wat betreft de opmerking dat jaarlijks opdrachten op een andere wijze worden aanbesteed, kan opdrachtgever alleen maar opmerken dat haar vaksecties deze opdrachten niet meer wensen, aangezien ze niet tegemoet komen aan het onderwijs waar opdrachtgever voor staat. Daarmee staat de visie van inschrijver dat deze nieuwe wijze van aanbesteden niet nodig is volledig haaks op de visie op onderwijs van opdrachtgever. Overigens wordt bij deze aanbestedingen waarnaar inschrijver verwijst ook steeds weer een lesmethode uitgevraagd die uiteindelijk geleverd wordt door een uitgever.'

1.7.5. Vraag 36: 'Wij maken bezwaar tegen de als (sub)gunningscriterium onder paragraaf 6.4 opgenomen wens 1.

Door de vormgeving van de percelen en het feit dat ruim 44% van de totaal te behalen punten (1.200 punten van de 2.700 punten) voor de (sub)gunningscriteria *Prijs en Kwaliteit* behaald kunnen worden met de als (sub)gunningscriterium onder paragraaf 6.4 opgenomen wens 1, wordt een onvoldoende mate van *level playing field* in de aanbestedingsprocedure gecreëerd en onrechtmatig gehandeld jegens die inschrijvers die niet de uitgever zijn van de per perceel gevraagde lesmethode. Dát dit in strijd is met het toepasselijke aanbestedingsrecht is reeds eerder door de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, bij een aanbestedingsprocedure van een opdracht die op een vergelijkbare wijze was vormgegeven, expliciet geoordeeld. Immers in rechtsoverweging 4.6.4 van dat vonnis (ECLI:NL:RBZWB:2015:2951) staat:

"4.6.4. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de percelen 1, 2 en 3 zijn toegeschreven op de daarin genoemde uitgevers. Vooralsnog is voldoende aannemelijk dat een uitgever zijn boeken en digitale licenties goedkoper kan leveren dan andere inschrijvers omdat hij die leermiddelen zonder tussenkomst van een distributeur rechtstreeks aan de scholen kan leveren. De rechthebbende uitgever

moet bij uitstek in staat worden geacht om ten aanzien van de eigen titels het hoogste kortingspercentage te bieden. Met het gunningscriterium kortingspercentage kunnen 1.250 punten respectievelijk 1.000 punten van de totaal in de aanbestedingsprocedures te behalen 2.500 punten worden gescoord. Aannemelijk is dat door de wijze waarop de percelen 1, 2 en 3 zijn vormgegeven de drie daarin genoemde uitgevers een voorsprong hebben op andere inschrijvers. Bovendien geldt die voorsprong ook voor de opdracht tot dienstverlening, die immers is samengevoegd met de opdracht tot het leveren van leermiddelen. De conclusie luidt dat het toeschrijven van ieder van de percelen 1, 2 en 3 op één specifieke uitgever in strijd is met het gelijkheidsbeginsel als bedoeld in artikel 1.8 Aw 2012. Dit is jegens kandidaat-inschrijvers als Van Dijk onrechtmatig.”

Antwoord: 'Zoals reeds eerder aangegeven kennen de percelen in deze aanbesteding een andere indeling dan de percelen in de casus waarnaar inschrijver verwijst. Thans is gekozen voor de meest kleine eenheid mogelijk van percelen, namelijk één lesmethode. Keuze voor deze percelen op het niveau van afzonderlijke lesmethoden is op de eerste plaats het resultaat van de keuze van de onderwijsprofessionals die kiezen voor deze twee lesmethoden.

Het lijkt alsof inschrijver de opdrachtgever wil dwingen alle lesmethoden gezamenlijk aan te besteden. Dit kan niet aan de orde zijn, nu opdrachtgever een pilot wil voor slechts twee vakken. Op de tweede plaats heeft opdrachtgever gekozen voor de kleinst mogelijke eenheid om zoveel mogelijk inschrijvers de kans te bieden in te schrijven.

Dat uitgevers een betere uitgangspositie zouden hebben komt voort uit het feit dat opdrachtgever de keuze heeft voor een lesmethode op ISBN-nummer en titel, die uiteindelijk altijd door de uitgever zal worden aangeboden. Deze situatie is niet anders dan de situatie van de aanbestedingen die inschrijver schijnbaar wenst. Ook in deze aanbestedingen worden de leermiddelen uiteindelijk geleverd aan scholen en distributeurs door uitgevers en zouden de uitgevers op grond hiervan een betere prijs kunnen offeren.

Daarbij wordt opgemerkt dat ook onderwijsdiensten worden gevraagd die meegenomen worden in de prijsstelling en waarover geen zekerheid geboden kan worden wie deze het goedkoopste kan aanbieden. Verwachting is hier dat distributeurs in het voordeel kunnen zijn doordat zij een fijnmazig netwerk hebben uitgerold over de scholen in Nederland.

Ook verwijst opdrachtgever naar wens 2 van prijsstelling die naar verwachting voor uitgevers zeer onaantrekkelijk zal zijn en in ieder geval de huidige opdrachtnemers die deze leermiddelen verkopen een aanzienlijk betere uitgangspositie bieden.'

- 1.7.6. **Vraag 58:** 'Opdrachtgever vermeldt in paragraaf 1.2 dat de aanbesteding op de eerste plaats de levering van leermiddelen voor [de lesmethode voor biologie] (gehele onderbouw) (perceel 1) en [de lesmethode voor wiskunde] (klas 1 schooljaar 2017/2018 en klas 1 en 2 schooljaar 2018/2019) (perceel 2) betreft.

Opdrachtgever schrijft in paragraaf 1.2 er thans nadrukkelijk voor te kiezen titels te vermelden die geleverd moeten kunnen worden door de opdrachtnemer. Opdrachtgever rechtvaardigt deze keuze door onder andere te verwijzen naar het vonnis van de Voorzieningenrechter Zeeland-West-Brabant van 1 mei 2015, rechtsoverweging 4.10.4, waarin volgens Opdrachtgever is gemotiveerd dat het noemen van ISB-nummers naar het oordeel van de rechtbank is toegestaan.

Aangezien de in paragraaf 1.2 genoemde lesmethoden (op zich zelf) geen ISBN-nummer hebben, verzoeken wij u de/alle ISBN-nummers kenbaar te maken van de titels die u van opdrachtnemer wenst af te nemen; dit mede ter verduidelijking van de omvang van de aanbesteding.'

Antwoord: 'Opdrachtgever heeft nadrukkelijk vermeld de titels van de lesmethoden die het betreffen en daarnaast de verschijningsvormen van de leermiddelen, te weten op de eerste plaats de digitale leermiddelen (te allen tijde) en naar keuze de folio leermiddelen van deze methode. Opdrachtgever kan geen ISBN-nummers vermelden aangezien deze nog niet bekend zijn.'

- 1.7.7. Vraag 85: 'De opdracht betreft de levering van digitale licenties van [de lesmethode voor biologie en voor wiskunde]. Deze 2 methoden behoren toe aan 2 specifieke uitgevers en daarmee zijn de specificaties voor wat betreft de browsers al bekend. Er kan geen onderscheid in score worden behaald door extra browsers op te geven.

Wij verzoeken u alle wensen met technische specificaties van methoden te verwijderen.'

Antwoord: 'Het verzoek wordt niet gehonoreerd. Vraag is of de inschrijver zich wenst te binden aan de beschikbaarheid en daarmee aanspreekbaar wenst te zijn op dit resultaat. Dit is een keuze afhankelijk van de inschrijver, waardoor differentiatie mogelijk is.'

- 1.7.8. Vraag 95: 'Kunt u een indicatie van de consumentenprijzen van de verschillende verschijningsvormen van de gevraagde methoden binnen het LIFO-concept aanleveren, zodat er een gefundeerd kortingspercentage danwel opslagpercentage kan worden aangeboden?'

Antwoord: 'Dit is opdrachtgever niet mogelijk en zal net als bij alle andere leermiddelen afhankelijk zijn van de uitgever.'

- 1.8. In de tweede Nota van Inlichtingen zijn onder andere de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.8.1. Vraag 1: 'In het antwoord op vraag 8 van de eerste Nota van Inlichtingen geeft u aan dat u ervan uitgaat dat de uitgevers een nieuwe consumentenprijs gaan publiceren voor de gevraagde "nieuwe propositie" en dat inschrijvers niet van die prijs mogen afwijken. Deze systematiek heeft tot gevolg dat van ons wordt gevraagd om bij inschrijving een kortingspercentage of een opslagpercentage aan te bieden op basis van een consumentenprijs die de uitgevers nog niet bekend hebben gemaakt. Wij moeten derhalve een kortings- of opslagpercentage afgeven op basis van een voor ons onbekende consumentenprijs. Dit terwijl die consumentenprijs van doorslaggevend belang is voor de hoogte van de korting of opslag die wij aanbieden. Ter illustratie: een korting van 10% van EUR 30,-- levert een korting van EUR 3,-- op en een korting van 10% van EUR 35,-- een korting van EUR 3.50,--. Van ons wordt aldus gevraagd om een korting of opslag aan te bieden waarvan de daadwerkelijke hoogte pas bekend zal worden nadat de uitgevers – na gunning – de consumentenprijzen bekend hebben gemaakt. Dit kan niet van ons worden geveerd. De door ons aan te bieden korting of opslag wordt dan een gok en we moeten maar afwachten of de korting of opslag onze kosten dekt. Dit in tegenstelling tot de uitgevers die niet alleen weten hoe hoog de consumentenprijs zal worden, maar nota bene zelf de hoogte van die prijs bepalen. De uitgevers weten dus, in tegenstelling tot de overige inschrijvers, exact hoeveel korting of opslag zij aanbieden.

Gelet op het voorgaande maken wij nadrukkelijk bezwaar tegen de gekozen systematiek van "Wens 1" op pagina 45 van de offerteaanvraag. Deze systematiek heeft tot gevolg dat wij niet zelf kunnen bepalen hoe hoog onze korting of opslag in de praktijk daadwerkelijk zal zijn. Bovendien levert de gekozen systematiek een flagrante schending van het *level playing field* op aangezien de uitgevers wel precies weten hoe hoog de korting of opslag is die zij aanbieden. Wij verzoeken u met klem "Wens 1" op pagina 45 van de offerteaanvraag te wijzigen. Voor zover u daartoe niet bereid bent verzoeken wij u – onder handhaving van ons bezwaar – in ieder geval om de uitgevers te verplichten om de consumentenprijzen bekend te maken voorafgaand aan de inschrijving en inschrijvers daarna een redelijke termijn te geven om een inschrijving te doen met inachtneming van de bekendgemaakte consumentenprijzen.'

Antwoord: 'Op de eerste plaats merkt opdrachtgever op dat inschrijver bezwaar maakt tegen een systematiek die in de afgelopen jaren honderden malen heeft plaatsgehad. De uitgever bepaalt sinds jaar en dag de consumentenprijs en indien de inschrijver niet de uitgever is, dient deze inschrijver een kortingspercentage dan wel opslagpercentage te offeren aan de school dat voor de komende jaren vast staat en dat gerelateerd wordt aan de consumentenprijs die de uitgever naar believen vaststelt en wijzigt.

Daarnaast zal de marge die de distributeur ontvangt van de school afhankelijk zijn van de kortingen die hij/zij bedingt bij de uitgever, welke ook nog eens afhankelijk zijn (naar opdrachtgever heeft begrepen) van het moment van bestelling van leermiddelen. Kortom er zijn sinds jaar en dag een aantal onzekerheden waar marktpartijen mee van doen hebben en die van inschrijvers vragen de marktontwikkelingen goed bij te houden. Onzekerheden waarmee marktpartijen in ieder geval in de afgelopen jaren hebben kunnen leven gezien het groot aantal aanbestedingen dat is afgerond.

Volledigheidshalve merkt opdrachtgever op dat bovenstaande situatie het gevolg is van het feit dat de vaksectie de vrijheid heeft te kiezen voor de specifieke lesmethode van één specifieke uitgever en deze uitgever de vrijheid heeft de consumentenprijs van deze lesmethode vast te stellen. Ook dit is iets dat al jaren plaatsvindt.

Bovenal dient de professionele inschrijver ook in deze situatie, net als in het verleden in staat te zijn een inschatting te maken van de nieuwe consumentenprijzen voor de leermiddelen. Hierbij merkt opdrachtgever op dat de basis van alle bestellingen de digitale licentie zal zijn die niet wijzigt in het LIFO- concept ten opzichte van de huidige bestellingen. Er is dan ook geen reden om aan te nemen dat de consumentenprijs van deze licentie wezenlijk wijzigt in het LIFO-concept ten opzichte van de huidige situatie. Ook het gebruik van de folio werkboeken zal niet wezenlijk wijzigen waardoor ook de consumentenprijs van deze folio werkboeken niet wezenlijk zal wijzigen ten opzichte van de huidige situatie. Resteert alleen het leerboek dat een lagere consumentenprijs zal krijgen. Gedachte hierachter is dat uitgevers aan schoolbesturen en de markt te kennen geven dat zij het niet langer haalbaar vinden de digitale licentie volledig in rekening te brengen en daarnaast ook nog een folio leerboek dat eigenlijk niet meer is dan een papieren variant ook nog volledig af te rekenen. Vandaar dat uitgevers te kennen geven dat indien de digitale licentie wordt afgenomen in combinatie met het leerboek de consumentenprijs van de digitale licentie wordt gehandhaafd, waarbij echter het folio leerboek wordt aangeboden tegen productiekosten van het folio leermiddel.

Daarnaast wordt opgemerkt dat het leerboek niet meer 4 jaar gebruikt wordt, maar jaarlijks verbruikt wordt en dus elk jaar opnieuw besteld wordt. Daarmee verandert alleen het gebruik van het leerboek en dient alleen al voor de betaal-

baarheid van de leermiddelen voor de scholen, uitgegaan te worden van een aanzienlijk lagere consumentenprijs van het leerboek.

Overigens heeft de uitgever van één van de twee percelen te weten voor de [lesmethode voor biologie] reeds de prijzen op haar site bekend gemaakt die voor het LIFO-concept van toepassing zullen zijn, te weten afname van digitale licentie in combinatie met het leerboek. Zie: [website]. Raadpleging van deze prijzen leert dat de aannames van opdrachtgever volledig juist zijn zoals boven vermeld. Als voorbeeld neemt opdrachtgever A VMBO BK leerkaar 1. De digitale licentie alleen kost € 45,10. Het leerwerkboek kost apart van de licentie € 33,30. Indien echter het leerwerkboek met licentie wordt besteld (LIFO-concept) kost dit samen € 47,60. Met andere woorden de prijs van het leerwerkboek is gedaald van € 33,30 naar € 2,50. Andere leermiddelen (folio werkboeken) wijzigen niet in prijs. Deze tarifiering komt volledig overeen met de veronderstellingen van opdrachtgever betreffende het LIFO model: consumentenprijzen van leermiddelen blijven nagenoeg gelijk, alleen de consumentenprijs van het leerboek daalt sterk indien dit in combinatie met de digitale licentie wordt afgenomen.

Op basis van bovenstaande verwijzing naar de site voor [de lesmethode voor biologie] heeft inschrijver thans reeds zekerheid van de consumentenprijzen voor het perceel [lesmethode voor biologie].

De uitgever van het perceel [lesmethode voor wiskunde] heeft voor zover bekend nog niet de consumentenprijzen voor het LIFO-concept bekend gemaakt. Moment waarop dit zal gebeuren is nog niet bekend. Wel heeft de betreffende uitgever de huidige consumentenprijzen beschikbaar gesteld van licentie, leerboek en werkboek. De opbouw van deze prijzen en in het bijzonder de onderlinge verhouding van de consumentenprijzen van de verschillende leermiddelen kent overeenkomsten met de verhouding van de consumentenprijzen tussen die van de leermiddelen voor [de lesmethode voor biologie]. Opdrachtgever gaat er dan ook van uit dat ook voor [de lesmethode voor wiskunde] de consumentenprijzen van de afzonderlijke leermiddelen niet wezenlijk zal wijzigen, uitgezonderd de consumentenprijs voor het folio leerboek dat aanzienlijk zal dalen op basis van eerder genoemde overwegingen.

Opdrachtgever heeft kennis genomen van het verzoek om uitgevers te verplichten de consumentenprijzen vóór inschrijfdatum bekend te maken. Zoals vermeld heeft 1 uitgever hier al gehoor aan gegeven en is het wachten op de andere uitgever. Opdrachtgever kan de uitgever hiertoe niet verplichten, aangezien er tussen opdrachtgever en de uitgevers geen contractuele relatie bestaat.'

- 1.8.2. Vraag 2: 'In vraag 17 van de eerste Nota van Inlichtingen hebben wij u er op gewezen dat de percelen per uitgever zijn ingedeeld aangezien in het Perceel 1 uitsluitend wordt gevraagd om het [leermiddel voor biologie] van [uitgever X] en in Perceel 2 uitsluitend om het [leermiddel voor wiskunde] van [uitgever Y]. De voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft op 1 mei 2015 (ECLI:NL:RBZWB:2015:2951) reeds geoordeeld dat een dergelijke indeling van percelen naar uitgever in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en onrechtmatig is jegens de overige inschrijvers. De voorzieningenrechter motiveerde dat oordeel met de overweging dat een uitgever zijn boeken en digitale licenties goedkoper kan leveren dan andere inschrijvers en dat de rechthebbende uitgever bij uitstek in staat moet worden geacht om ten aanzien van de eigen titels het hoogste kortingspercentage te bieden, hetgeen tot gevolg heeft dat de uitgevers een (onoverbrugbare) voorsprong hebben op de concurrentie.

Bij de onderhavige aanbesteding doet zich exact hetzelfde voor. Ook nu kunnen [uitgevers X en Y] op Perceel 1 respectievelijk Perceel 2 hun boeken en digitale

licenties goedkoper leveren dan andere inschrijvers en zijn zij bovendien bij uitstek in staat om ten aanzien van de eigen titels het hoogste kortingspercentage te bieden, hetgeen tot gevolg heeft dat [uitgevers X en Y] een (onoverbrugbare) voorsprong hebben op de concurrentie. Het gegeven dat de opdracht is uitgevraagd per lesmethode – zoals u opmerkt in het antwoord op vraag 17 van de eerste Nota van Inlichtingen – doet daaraan vanzelfsprekend niets af. Feit blijft dat de percelen zijn ingedeeld naar uitgever en dat de uitgevers daardoor een (onoverbrugbare) voorsprong hebben op de concurrentie. Het door u geconstateerde verschil tussen de casus die ten grondslag lag aan het vonnis en de feiten in de onderhavige aanbestedingsprocedure is aldus irrelevant aangezien dit verschil volledig losstaat van de redenering en motivering van de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 3.6.4 van het vonnis.

Vanwege het voorgaande maken wij nogmaals uitdrukkelijk bezwaar tegen de indeling van de percelen en de discriminatoire opzet van de offerteaanvraag. Wij verzoeken u dan ook nogmaals dringend tot aanpassing over te gaan.'

Antwoord: 'Opdrachtgever heeft nogmaals kennis genomen van de bezwaren van inschrijver, maar handhaaft het gestelde hieromtrent in offerteaanvraag en nota van inlichtingen.

Met nadruk wenst opdrachtgever er nogmaals op te wijzen dat de opdracht die aanbesteed moet worden slechts heel beperkt is (pilot). Opdrachtgever heeft voor alle lesmethoden doorlopende overeenkomsten waarvoor een aanbestedingsprocedure niet aan de orde is. Alleen voor de [lesmethoden voor biologie en wiskunde] expireren de overeenkomsten aan het einde van het schooljaar 2016/2017. Alleen voor deze lesmethoden dient dan ook een aanbestedingsprocedure gestart te worden.

Het lijkt er op alsof inschrijver opdrachtgever wil dwingen alle lesmethoden aan te besteden. Dit is echter zoals vermeld niet mogelijk aangezien de huidige overeenkomsten worden gerespecteerd.

Om zoveel mogelijk partijen een kans te geven om in te schrijven op deze opdracht heeft opdracht deze verdeeld in twee percelen, met als doel het aanbesteden van een zo klein mogelijke eenheid (lesmethode).'

- 1.9. Vraag 7: '*Opdrachtgever gaat ervan uit dat uitgevers voor het nieuwe LIFO-model een nieuwe consumentenprijs gaan publiceren die inschrijvers moeten hanteren'*, zo geeft u aan in antwoord op vraag 8 van de eerste Nota van Inlichtingen. Het LIFO-concept zoals u deze uitvraagt in deze aanbesteding is echter een nieuw product welke nog in ontwikkeling is en waarvan de consumentenprijs momenteel nog niet bekend is. Echter is het voor alle Inschrijvers wel mogelijk om te kijken naar de individuele consumentenprijzen van de drie componenten die gezamenlijk het LIFO-concept vormen, te weten de digitale licenties, het leerboek en het werkboek. Inschrijver stelt dan ook voor dat Inschrijvers op basis van de consumentenprijzen, zoals deze gelden op 2 september 2016, een korting- en opslagpercentage formuleren ten behoeve van de prijscriteria, tenzij de consumentenprijs één week voor de datum van uiterlijke ontvangst van inschrijvingen alsnog wordt gepubliceerd. Op deze wijze kiest Opdrachtgever alsnog voor een optimale transparantie en gelijkheid tussen inschrijvers. Gaat u akkoord met het voorstel van Inschrijver?'

Antwoord: 'Opdrachtgever deelt de mening van inschrijver dat inschrijvers voor een goede indicatie gebruik kunnen maken van de huidige informatie van de uitgevers. Zie in dit kader ook de analyse van opdrachtgever betreffende de ontwikkeling van consumentenprijzen bij het antwoord op vraag 1. Consumentenprijzen

zijn voor beide lesmethoden te raadplegen via de [uitgevers X en Y]. Het is aan inschrijver of hij/zij zich bij zijn offerte alleen baseert op deze prijzen of ook rekening houdt met de ontwikkeling van de consumentenprijs van het leerboek dat zoals de uitgevers hebben aangegeven zal dalen daar waar het leerboek in combinatie met de digitale licentie wordt afgenomen (LIFO-concept). Deze laatste situaties zal uiteindelijk daadwerkelijk aan de orde zijn gedurende de twee contractjaren voor de beide lesmethoden voor het beperkt aantal klassen dat deel uitmaakt van de pilot waarvoor deze aanbesteding loopt.'

- 1.10. Op 7 september 2016 heeft klager een brief verzonden aan beklagde en hierin het volgende – voor zover relevant – bericht:

'Wij hebben op 6 september 2016 in de tweede Nota van Inlichtingen inzake de aanbesteding van leermiddelen en aanbieden van onderwijsdiensten [Beklaagde] in goede orde ontvangen. Naar aanleiding van de verstrekte antwoorden berichten wij u als volgt.

Wij handhaven ons bezwaar dat de indeling in percelen naar uitgever in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en onrechtmatig is naar (overige) inschrijvers. Wij hebben het bezwaar uitvoerig gemotiveerd in onze vragen 11 en 17 van de eerste Nota van Inlichtingen en vraag 2 van de tweede Nota van Inlichtingen. Daarnaast is het vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 1 mei 2015 zeer helder die een vergelijkbare aanbesteding om deze reden als discriminatoir heeft geoordeeld.

Het recente antwoord van de aanbestedende dienst dat de opdracht slechts heel beperkt is en dat het om een pilot gaat, doet hier niets aan af en is niet relevant. Dat de opdracht gaat over twee lesmethoden en niet om alle lesmethoden is een keuze van de aanbestedende dienst en hier richt ons bezwaar zich niet tegen. Ook bij aanbesteding van slechts enkele lesmethoden behoren de regels van het aanbestedingsrecht te worden gevolgd en een level playing field te worden gegarandeerd.

De spelregel van het level playing field wordt bovendien niet nageleefd doordat de systematiek van Wens 1 (pagina 45 van de offerteaanvraag) de uitgever van de desbetreffende lesmethode bevoordeeld boven de andere inschrijvers. Wij verwijzen naar wat wij hierover hebben aangevoerd in vraag 8 van de eerste Nota van Inlichtingen en vraag 1 van de tweede Nota van Inlichtingen. Het laatste antwoord van de aanbestedende dienst (op vraag 1 van de tweede Nota van Inlichtingen), kan de bezwaren op dit punt niet wegnemen.

In de eerste plaats gaat de door u gemaakte vergelijking niet op, omdat voor de nieuwe propositie door de uitgevers in de markt nog geen consumentenprijs is vastgesteld, waardoor het voor andere inschrijvers een gok wordt met welke korting moet worden ingeschreven. Dit is geheel niet aan de orde bij de levering van schoolboeken, waarvan de consumentprijs als is vastgesteld en deze consumentenprijs zich volgens voorspelbare patronen ontwikkelt.

Daarnaast is het onjuist dat [uitgever X] van de [lesmethode voor biologie] de consumentenprijs voor het, door de aanbestedende dienst gevraagde, LIFO-model heeft gepubliceerd. In het voorbeeld dat in het antwoord op vraag 1 van de tweede Nota van Inlichtingen wordt beschreven, wordt verwezen naar een aanbod in de webshop van [uitgever X] van een leerwerkboek en een digitale licentie van [de lesmethode voor biologie] voor VMBO BK leerjaar 1. Deze combinatie van een leerwerkboek (dat in feite alleen een werkboek is en geen leerboek) met een digitale licentie is niet hetzelfde als datgene wat de aanbestedende dienst in paragraaf 2.2 van de Offerteaanvraag met het LIFO-model bedoelt.

In de door [uitgever X] aangeboden combinatie zijn niet alle verkrijgbare folio boeken begrepen, zoals leerboeken en antwoordboeken.

Wij verwijzen ook naar het aanbod van [uitgever X] in de webshop van de [lesmethode voor biologie] voor andere leerjaren en klassen, zoals VMBO-KGT leerjaar 1 en 2. Daaruit blijkt dat een combinatie van folio boeken met een digitale licentie voor die klassen en leerjaren helemaal niet wordt aangeboden en dat de beschikbare boeken en licenties apart van elkaar besteld moeten worden. [Uitgever X] biedt dus, in tegenstelling tot wat wordt gesteld in het antwoord, geen LIFO-model aan; op de website van [uitgever X] is hierover ook geen enkele informatie te vinden. Dit is evenmin het geval bij [uitgever Y] (uitgever van de [lesmethode voor wiskunde]).

De conclusie moet zijn dat het LIFO-model nog niet in de markt beschikbaar is en dat de [uitgevers X en Y] hiervoor (nog) geen consumentenprijzen geen kenbaar hebben gemaakt. Dit betekent dat deze uitgevers, ten opzichte van alle andere inschrijvers, door de gehanteerde systematiek op een onoverbrugbare voorgrond worden gezet (elk op het perceel van hun eigen lesmethode).

Om te proberen ons bezwaar tegen de aanbesteding op dit punt voor een deel weg te nemen, doen wij aan de aanbestedende dienst de suggestie om de [uitgevers X en Y] met klem op te roepen om consumentenprijzen voor de twee lesmethoden af te geven en om hen hiervoor de gelegenheid te geven de termijn van inschrijving met ten minste 14 dagen te verlengen.

(...)

Gezien het feit dat de termijn van inschrijving sluit op vrijdag 16 september 2016 om 10:00 ontvangen wij graag uiterlijk **vrijdag 9 september 2016 om 12:00** een reactie van de aanbestedende dienst op onze bezwaren en suggestie. Indien de aanbestedende dienst ondanks onze bezwaren niet bereid is om de aanbesteding aan te passen, is het voor ons niet mogelijk om een bedrijfseconomisch verantwoorde en concurrerende inschrijving te doen en zullen wij overwegen om niet in te schrijven.'

- 1.11. Op 9 september 2016 heeft beklagde als volgt gereageerd op de brief van klager:

'In genoemd schrijven stelt u op de eerste plaats wederom uw bezwaren tegen de percelenindeling aan de orde. U volhardt echter in uw bezwaren zonder dat u nieuwe argumenten noemt die tot andere inzichten zouden kunnen leiden aan de kant van de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst blijft dan ook bij haar standpunt in deze.

Inzake uw vragen betreffende de consumentenprijzen deel ik u mede dat u informatie vraagt die de aanbestedende dienst niet met afzonderlijke inschrijvers kan delen doch aan alle partijen gelijktijdig dient aan te bieden. Dit is van belang om alle partijen een zelfde kans te bieden. Wel kan ik u mededelen dat, ondanks het feit dat de aanbestedende dienst van mening is dat potentiële inschrijvers voldoende informatie hebben ontvangen om een goede inschrijving te kunnen doen, er nog een Nota van Inlichtingen zal volgen waarin nogmaals gereageerd zal worden op het item consumentenprijs.

(...)

Tenslotte wenst de aanbestedende dienst op te merken dat zij het spijtig zou vinden als [Klager] niet zou inschrijven. Het is nu net de bedoeling van deze aan-

besteding om meer partijen uit te nodigen om mee te dingen naar de opdracht. Echter de uiteindelijke keus om wel of niet in te schrijven is natuurlijk voorbehouden aan [Klager] en [Beklaagde] dient deze keuze te respecteren.'

1.12. In de derde Nota van Inlichtingen heeft beklagde het volgende bepaald:

'De aanbestedende dienst heeft inschrijvers uitvoerig geïnformeerd over de consumentenprijs van het LIFO-concept. In het bijzonder door middel van de beantwoording van vraag 1 van de tweede Nota van Inlichtingen. In deze vraag heeft een inschrijver een oproep gedaan aan de uitgevers om de consumentenprijs voor het LIFO-concept beschikbaar te stellen. De betreffende uitgevers hebben door middel van het format Nota van Inlichtingen hierop gereageerd.

(...)

De uitgever van [de lesmethode voor biologie] heeft aangegeven dat de aanbestedende dienst verwijst naar haar site voor het LIFO-concept. De uitgever merkt op dat zij op haar site thans nog geen melding maakt van het LIFO-concept, maar de verwijzing naar de betreffende consumentenprijzen wel een indicatief beeld geven van de prijzen voor het LIFO-concept.

De uitgever van [de lesmethode voor wiskunde] heeft te kennen gegeven dat er een nieuwe publicatie LIFO [lesmethode voor wiskunde] is gemeld op de bestelpagina van de [uitgever Y "lesmethode voor wiskunde"].

Op verzoek van een der inschrijvers wordt inschrijvers alsnog 14 dagen de tijd geboden om een goede offerte in te dienen. De inleverdatum wordt dan ook vertraagd naar uiterlijk 26 september 09.00 uur. Verdere voorwaarden blijven gelijk.'

2. Beschrijving klacht

De Commissie begrijpt de klacht aldus dat beklagde in strijd handelt met de artikelen 1.8, 1.9, 1.10, lid 1 en 2, sub f, en 1.10a Aw 2012. In de kern komt de klacht er op neer dat beklagde de onderhavige aanbesteding op een zodanige wijze heeft ingericht dat andere potentiële inschrijvers, zoals zichzelf, niet dezelfde gelijke kans op het verwerven van de raamovereenkomsten krijgen als de twee uitgevers van de door beklagde uitgevraagde leermiddelen. Dat blijkt volgens klager in het bijzonder uit het feit dat beklagde de levering van de leermiddelen in percelen per uitgever heeft verdeeld, mede gelet op het gegeven dat de uitgevers de hoogste kortingspercentages kunnen geven en uit het feit dat beklagde toestaat dat uitgever X de definitieve consumentenprijzen van de leermiddelen voor biologie nog niet heeft bekendgemaakt.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager onderbouwt haar klacht als volgt. Door de wijze waarop de opdracht in percelen per uitgever is vormgegeven en de gehanteerde gunningssystematiek, is sprake van een discriminatoire aanbestedingsprocedure. Uitgever X en uitgever Y zullen in perceel 1 respectievelijk perceel 2 altijd in staat zijn de winnende inschrijving in te dienen. Klager stelt dat dit in strijd is met artikel 1.8 en artikel 1.10a Aanbestedingswet 2012.
- 3.2. Met de kwalitatieve en financiële (sub)gunningscriteria zijn in totaal 2.700 punten te verdienen. Een uitgever heeft de laagste kostprijs per leermiddel en kan vrije-

lijk de consumentenprijs bepalen. Een uitgever is ten aanzien van de eigen titel bij uitstek in staat om het hoogste kortingspercentage – één van de (sub)gunningscriteria van het (sub)gunningscriterium Prijs – te offeren. Daarmee kunnen 1.200 punten worden gescoord en worden betrokken uitgevers op een (nagenoeg) onoverbrugbare voorsprong gezet. Dat dit bezwaar niet illusoir is, volgt uit het feit dat uitgever Y een opvallend (en afwijkend) hoge consumentenprijs voor haar leermiddel voor wiskunde heeft vastgesteld.

- 3.3. Daar komt bij dat de consumentenprijs van het leermiddel voor biologie van uitgever X thans slechts indicatief is volgens klager. Hierdoor is de aanbestedingsprocedure niet transparant en handelt de aanbestedende dienst in strijd met artikel 1.9 lid 1 Aanbestedingswet 2012.
- 3.4. Klager voert aan dat het om deze redenen voor andere leveranciers dan de betrokken uitgevers onmogelijk is om een (concurrerend) kortingspercentage te offeren. Het (sub)gunningscriterium Kortingspercentage is onder deze omstandigheden naar de mening van klager tevens disproportioneel in de zin van artikel 1.10 lid 1 juncto lid 2 sub f Aanbestedingswet 2012.
- 3.5. Naar de mening van klager volgt uit paragrafen 1.2, 1.3, 1.6, 2.2, 4.3, 6.0 en 6.4 van de Offerteaanvraag dat de opdracht is toegeschreven naar de uitgevers van de betrokken leermiddelen, vanwege de vormgeving en het feit dat wordt gegund op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij de betrokken uitgevers een (nagenoeg) onoverbrugbare voorsprong hebben vanwege het (sub)gunningscriterium Kortingspercentage.
- 3.6. Klager verwijst voorts naar de in de eerste Nota van Inlichtingen opgenomen vragen 8, 11, 17, 36, 58, 85 en 95 en de naar aanleiding daarvan door de aanbestedende dienst gegeven antwoorden. Tevens verwijst klager naar de in de tweede Nota van Inlichtingen opgenomen vragen 1, 2 en 7 en de daarop door de aanbestedende dienst gegeven antwoorden.
- 3.7. Daarnaast wijst klager op r.o. 4.6.4 van het vonnis van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, locatie Breda van 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951, dat is bekrachtigd door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch bij arrest van 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1080 (zie in vraag 36 van de eerste Nota van Inlichtingen in 1.7.5 hiervoor).

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde wenst eerst het kader te duiden waarbinnen de aanbesteding plaatsvindt voordat zij inhoudelijk ingaat op de afzonderlijke onderdelen van de klacht.
- 4.2. De aanbesteding vloeit voort uit de verplichting van beklagde om op grond van de Wet Gratis schoolboeken voor al haar leerlingen leermiddelen ter beschikking te stellen. Deze leermiddelen bestaan uit digitale licenties en uit papieren boeken. Beklaagde dient deze leermiddelen Europees aan te besteden, hetgeen in het verleden inmiddels tweemaal is gebeurd. Tot en met dit schooljaar heeft beklagde voor de levering van de leermiddelen overeenkomsten met klager en met Z. Beide overeenkomsten bieden de optie tot verlenging van de overeenkomsten voor maximaal twee schooljaren.
- 4.3. Binnen de scholen van beklagde nemen ruim 38.000 leerlingen deel aan het onderwijs. Het onderwijs wordt aangeboden vanuit het besef dat ieder kind maar één kans heeft op goed onderwijs. Beklaagde wil voor iedere leerling een succesvolle schoolloopbaan als een stevig fundament voor zijn of haar toekomst. Het is

de opdracht van beklagde om al haar leerlingen maximaal voor te bereiden op hun toekomstige plek in de samenleving. Het gaat dan om 'heel de mens: hoofd, hart en handen'; om een brede persoonlijke ontwikkeling van elke leerling, om socialisatie en om kwalificatie. Om die opdracht waar te maken stellen directie en docenten zich met grote regelmaat de vraag wat haar leerlingen in de toekomst nodig hebben om succesvol invulling te geven aan hun leven en wat het onderwijs moet bieden om ze daarvoor maximaal toe te rusten. In dit kader is binnen de scholen steeds meer het besef doorgedrongen dat het leermiddelenbeleid daarin een zeer cruciale rol speelt.

- 4.4. Vandaar dat er binnen de scholen van beklagde een uitgebreid onderzoek heeft plaatsgevonden naar de wensen van de vaksecties op het terrein van het leermiddelenbeleid. Uit dit onderzoek blijkt dat leerlingen en docenten niet langer wensen te volstaan met een standaard lesboek dat iedereen op dezelfde wijze gebruikt. Docent en leerling is op zoek naar lesmateriaal dat past bij de individuele talenten en interesses van leerling en docent: gepersonaliseerd leren. Uit de onderzoeken blijkt verder dat ook de markt reageert op deze vraag van de scholen. Uitgevers gaan steeds meer gebruik maken van gepersonaliseerd leren, waarbij de digitale licentie centraal staat (met de mogelijkheid te personaliseren) en het papieren leerboek een "bijproduct" wordt (dat tegen een aanzienlijk lagere prijs wordt geleverd dan in het verleden), dat geleverd wordt voor zover daar behoefte aan is.
- 4.5. Tijdens de consultaties is verder gebleken dat een tweetal vaksecties (de vaksecties biologie en wiskunde) een nadrukkelijke voortrekkersrol op zich namen in genoemde ontwikkelingen en te kennen gaven aan de directies dat zij toe wilden naar een concept dat later als "LIFO-model" werd betiteld. Conclusie was echter wel dat dit concept niet past binnen de huidige overeenkomsten voor leermiddelen. Dit betekende dat geen gebruik meer gemaakt zou kunnen worden van de opties om de overeenkomsten met de bestaande opdrachtnemers te verlengen en gestart zou moeten worden met een nieuwe Europese aanbesteding. Aangezien beklagde deze nieuwe ontwikkeling zorgvuldig wil laten plaatsvinden heeft beklagde ervoor gekozen om alleen voor de vaksecties biologie en wiskunde een nieuwe Europese aanbesteding te starten met het LIFO-concept, aangezien deze vaksecties bezwaren hadden tegen de huidige overeenkomsten. Voor de overige secties werd gebruikt gemaakt van de opties om 1 jaar te verlengen. Deze keuze is vervolgens besproken met de huidige opdrachtnemers (waaronder klager), die hebben ingestemd met deze werkwijze.
- 4.6. Tenslotte wenst beklagde in dit kader op te merken dat zij snapt dat de keuze voor een nieuwe invulling van het leermiddelenbeleid grote gevolgen heeft voor boekendistributeurs als klager. Beklagde begrijpt dat door het verlies van de waarde van het leerboek, het verdienmodel van de boekendistributeurs ingrijpend moet wijzigen, dat nu net gebaseerd was op het verhuren van leerboeken. Beklagde is echter van mening dat ook in de Europese aanbesteding zoals beklagde deze heeft gepubliceerd, boekendistributeurs als klager kunnen meedingen.
- 4.7. Volgens beklagde is de opdracht die aanbesteed moet worden slechts beperkt tot de wens van 2 vaksecties, zoals zij heeft toegelicht in bovenstaand kader. Hierbij merkt zij op dat er voor de overige vaksecties geen reden is om aan te besteden, aangezien de daarvoor doorlopende overeenkomsten van toepassing zijn. Deze beslissing is gebaseerd op onderwijskundige gronden.
- 4.8. Beklagde is van mening dat het standpunt van klager een evidente misvatting is en dat de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) er geen enkele steun voor biedt. In tegenstelling tot hetgeen klager stelt, is beklagde van mening dat het samen-

voegen van percelen in strijd is met de Aanbestedingswet 2012. Artikel 1.5 Aw 2012 verplicht immers de aanbestedende dienst opdrachten niet onnodig samen te voegen. Op grond van het eerste lid onder a dient acht geslagen te worden op de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf. De opdrachten betreffen volgens beklagde twee verschillende lesmethoden zodat er geen reden is om deze in één opdracht samen te voegen. Door de opdracht in percelen onder te brengen worden juist zoveel mogelijk ondernemers in de gelegenheid gesteld mee te dingen naar de opdracht en wordt de werking van artikel 1.8 Aw 2012 bevorderd.

- 4.9. Voorts merkt beklagde op dat zij er nadrukkelijk voor heeft gekozen om de opdracht voor de twee lesmethoden Europees aan te besteden en daarmee alle mogelijke marktpartijen uitgenodigd. Hiermee is er volgens beklagde geen sprake van schending van artikel 1.10 sub a Aw 2012.
- 4.10. Ten aanzien van de gunningscriteria wil beklagde graag het volgende opmerken. Beklagde heeft gekozen voor de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding en de onderdelen prijs en kwaliteit worden gelijk gewaardeerd. Beklagde is dan ook van mening dat de onderdelen kwaliteit en prijs in gelijke mate dienen mee te wegen bij de beoordeling van de offertes.
- 4.11. Volledigheidshalve merkt beklagde hierbij op dat het onderdeel prijs in twee onderdelen is verdeeld. Het eerste onderdeel betreft het kortingspercentage dan wel het opslagpercentage dat de inschrijver offreert en het tweede onderdeel betreft de leerboeken die beklagde van de huidige opdrachtnemers dient te kopen op basis van de huidige overeenkomst. Deze boeken wenst beklagde door te verkopen aan de nieuwe opdrachtnemer, aangezien zij deze boeken niet in eigendom wenst te houden.
- 4.12. Beklagde realiseert zich dat de huidige opdrachtnemers, waaronder klager, die de boeken eerst aan beklagde verkopen tegen een overeen te komen percentage en daarna weer terugkopen, indien zij de aanbesteding winnen, voor deze wens naar verwachting beter kunnen offeren. Beklagde echter wil en kan niet het verlies van de waarde van deze boeken voor haar rekening nemen. Deze wens toont volgens beklagde in ieder geval aan dat zij de uitgevers niet bij voorbaat in een betere positie wenst te plaatsen.
- 4.13. Ten aanzien van de wens betreffende het kortingspercentage/opslagpercentage vindt beklagde de klacht opmerkelijk. Volgens beklagde zijn sinds de invoering van de Wet Gratis Schoolboeken inmiddels honderden aanbestedingsprocedures gepubliceerd waarin steeds dezelfde systematiek gehanteerd is voor de prijswaardering als in onderhavige aanbestedingsprocedure. In deze systematiek stelt de uitgever als producent van leermiddelen een consumentenprijs vast die gepubliceerd wordt. Afhankelijk van de korting dan wel van de opslag van deze consumentenprijs kan de nettoprijs van het leermiddel voor de school worden bepaald. Beklagde stelt dat de consumentenprijs transparant is en voor iedereen gelijk, en dat het kortingspercentage dan wel het opslagpercentage bepalend is voor de score op het onderdeel prijs.
- 4.14. Beklagde voegt hieraan toe dat de bezwaren van klager dat de uitgever vrijelijk de consumentenprijs kan bepalen niet alleen in deze procedure aan de orde is, maar ook in de honderden procedures die aan de onderhavige procedure vooraf zijn gegaan. Een en ander heeft volgens beklagde niet van doen met de wijze waarop zij de aanbesteding heeft vormgegeven maar hangt samen met de bijzondere positie waarbinnen aanbestedingen van leermiddelen plaatsvinden.

- 4.15. De stellingen van klager dat uitgever X een hoge en afwijkende consumentenprijs heeft vastgesteld voor het leermiddel voor wiskunde neemt beklagde voor kennisgeving aan. Het is volgens beklagde aan de uitgever om de consumentenprijs voor leermiddelen te bepalen. Het bevreemdt beklagde wel dat klager van mening is dat sprake zou zijn van een hoge prijs van het leermiddel, terwijl klager in de Nota van Inlichtingen meermaals heeft aangegeven dat er geen sprake is van een transparante procedure omdat men geen idee heeft van de hoogte van de consumentenprijs. Hierbij wordt verwezen naar het leermiddel voor biologie waarvan de indicatiestelling van de uitgever onvoldoende zou zijn om in te schrijven. Beklaagde is van mening dat voldoende transparantie wordt geboden door de publicatie van uitgever Y en de mededeling van uitgever X dat de consumentenprijzen op de site een sterke indicatie vormen voor de prijzen voor het LIFO-concept.
- 4.16. Beklaagde stelt dat zij uitgevers niet in een bijzondere positie heeft geplaatst in deze aanbestedingsprocedure. De uitgevers beschikken over een bijzondere positie omdat zij de maker van het leermiddel zijn waarvoor de vaksectie van de school heeft gekozen en ook mag kiezen. Scholen zijn vrij in het vermelden van ISBN-nummer en titel van de lesmethode zonder daarbij de toevoeging "dan wel gelijkwaardig" te vermelden. Beklaagde verwijst hierbij naar rechtsoverweging 4.10.4 in het vonnis van 1 mei 2015 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant (ECLI:NL:RBZWB:2015:2951).
- 4.17. Beklaagde merkt voorts op dat het oordeel dat lesmethoden op ISBN-nummer mogen worden gegund op gespannen voet staat met het oordeel dat de indeling in percelen naar uitgevers niet is toegestaan. Uiteindelijk zal de lesmethode voor biologie door uitgever X moeten worden geleverd. Via een distributeur door de uitgever dan wel direct door de uitgever aan de school. Nu er in onderhavige aanbesteding geen sprake is van indeling in percelen doch slechts van twee aparte lesmethoden in percelen kan dit volgens beklagde verder onbesproken blijven.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 28 juli 2016 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst tot levering van leermiddelen en daarmee verband houdende dienstverlening. De levering is verdeeld in twee percelen waarbij beoogd wordt per perceel een raamovereenkomst met één onderneming te sluiten. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Beklaagde heeft ervoor gekozen om de overeenkomsten voor de levering van leermiddelen met de huidige opdrachtnemers (waaronder klager) met één jaar te verlengen. Zij heeft enkele leermiddelen voor biologie en wiskunde daarvan uitgezonderd. Deze leermiddelen wenst zij volgens het LIFO-concept aan te schaffen (zie 1.2 hiervoor). Daartoe is zij de onderhavige aanbestedingsprocedure gestart.
- 5.3. Alvorens tot behandeling van de klacht over te gaan, wijst de Commissie op de brief van 6 september 2016 waarmee de staatssecretaris van Onderwijs, cultuur en wetenschap de evaluatie van de Wet Gratis Schoolboeken (hierna: WGS) "Gratis maakt nog niet goed(koop)" aan de Tweede Kamer heeft toegezonden (TK 2015-2016, 33088, nr. 4). In dit onderzoek is de marktwerking op de leer-

middelenmarkt voor het voortgezet onderwijs naar aanleiding van de WGS onderzocht. In het evaluatierapport valt onder meer te lezen:

6.2.1 Marktverhoudingen

De structuur in distributie en leermiddelenontwikkeling is de afgelopen jaren amper veranderd. Van Dijk (ca. 70% marktaandeel) en Iddink beheersen de distributie, Noordhoff (meer dan 50% marktaandeel), Thieme en Malmberg de leermiddelen. Per vakgebied is op de markt voor uitgevers nog veel meer concentratie, tot soms virtuele monopolisten. Wel is er op de markt voor leermiddelen meer beweging in de verhoudingen. Noordhoff en een aantal toetreders groeien, ten koste van Malmberg en Thieme.

(...) De markt voor distributie heeft zich na een aantal roerige jaren direct na de invoering van de WGS inmiddels gestabiliseerd tot een praktisch duopolie.[noot 109: *niet opgenomen, Commissie*] (...)

In de markt voor leermiddelen is op macroniveau gezien meer beweging. De gemiddelde school heeft leermiddelen van tien tot vijftien uitgeverijen. (...)

De markt voor leermiddelen is echter gesegmenteerd naar vak, waardoor de marktaandelen weer stabiel zijn en markten nog veel meer neigen naar mono- of duopolies. Zo heeft Noordhoff met Getal & Ruimte en Moderne Wiskunde praktisch 100 procent van de wiskundemarkt in handen en is het ook zeer dominant op Engels. Malmberg is dominant in biologie en Thieme in aardrijkskunde. (...)

6.2.2 Toe- en uittreding

Er zijn amper toetreders in de (fysieke) distributie, omdat de toetredingsdrempels te hoog zijn: de kortingspercentages van uitgevers voor de bestaande distributeurs, de schaalvoordelen in een krimpmarkt, de opgedane expertise met fijn-distributie en de (juridische) kennis van aanbesteden, die wordt ingezet om toetreding te bemoeilijken. Er zijn wel toetreders in de uitgeefmarkt, vooral vanuit oefenmateriaal en digitale producten. Deze toetreding heeft echter nog geen significante omzet.

6.3.1 Intensiteit van concurrentie

(...)

Concurrentie tussen distributeurs

De aanbestedingen lijken slechts in beperkte mate een echte strijd tussen distributeurs. Ten eerste wordt bij de meeste aanbestedingen door slechts twee partijen geoffreerd, Van Dijk en Iddink. Volgens één van de geïnterviewden (die dit gemonitord heeft), gebeurt dit in 80 procent van de aanbestedingen.

In 7 procent wordt door slechts één partij geoffreerd en slechts in 12 procent van de gevallen door drie partijen. Ten tweede zijn de marktverhoudingen de afgelopen jaren stabiel, dus winnen de beide distributeurs in gelijke mate aanbestedingen. Ten derde geven verschillende geïnterviewden aan dat de marges op alle typen boekenfondsen en met name op interne boekenfondsen weer aan het stijgen zijn, nu de toetreders uit de beginjaren van de markt zijn verdwenen. Eén geïnterviewde geeft aan aanbestedingen tegen te komen waar niet langer kortingen worden geboden. Geïnterviewden zeggen dat eventuele toetreders worden afgeschrikt door het vet op de botten van de huidige distributeurs, wat hen in staat zou stellen zich te verdedigen tegen toetreders door een periode lang lage prijzen te bieden. Ten vierde lijkt vooral het beschikbare budget bij scholen een beperking voor de prijzen en fungeert dit budget als richtprijs.[noot 126: *niet opgenomen, Commissie*]. Ten vijfde voorkomen distributeurs dat aanbestedingen die tot meer concurrentie uitlokken een succes worden, door juridische blokkades

op te werpen of zoals een geïnterviewde aangeeft bij innovatievere aanbestedingen “de scherpe kantjes” er af te veilen. Ten zesde geven verschillende geïnterviewden ook aan dat de partijen geen belang hebben bij veranderende marktverhoudingen. Een verdere stijging van het marktaandeel van Van Dijk zou leiden tot meer Kamervragen en negatieve publiciteit.

(...)

Het is lastig om objectieve gegevens te verzamelen. Distributeurs verbieden de publicatie van de uiteindelijke prijzen.[noot 127: *niet opgenomen, Commissie*] Wel geven verschillende geïnterviewden aan dat distributeurs rond de 15 procent marge rekenen voor de levering van digitale leermiddelen, ook wanneer dit gebeurt via het platform van de uitgever.

(...)

Concurrentie tussen uitgevers en distributeurs

Een bijzonder element aan deze markt is dat de aanbodzijde gelaagd is, waardoor een machtspositie van een schakel in de aanbodketen ook effect kan hebben op aanbieders in de andere schakels van de keten. In het onderzoek is daarom ook aandacht besteed aan de wijze waarop de prijsvorming tussen distributeurs en uitgevers plaatsvindt.

De NMa meldde hierover het volgende: “uit het onderzoek blijkt evenwel dat de relatie tussen de grootte van een distributeur en de hoogte van de te behalen korting niet rechtevenredig is. Uit een analyse van behaalde kortingspercentages door verschillende distributeurs (met name actief in het VO) voor het jaar 2008 en 2009 blijkt dat distributeurs met een significant verschillend inkoopvolume vrijwel dezelfde korting hebben weten te behalen. Vanaf een bepaalde omvang van de distributeur lijkt de relatie tussen de grootte van de distributeur en de hoogte van de korting af te vlakken. Bovendien is uit deze analyse gebleken dat een groter inkoopvolume niet altijd leidt tot een hogere korting. Niet is gebleken dat distributeurs met een relatief groot inkoopvolume altijd hogere kortingen kan verkrijgen dan distributeurs met een kleiner inkoopvolume.” [noot 129: *niet opgenomen, Commissie*]

Uit de interviews is het net als in 2011 [noot 130: *niet opgenomen, Commissie*] onmogelijk gebleken om een betrouwbaar beeld te krijgen van de kortingen die distributeurs krijgen, omdat (in tegenstelling tot de NMa) in het kader van dit onderzoek geen toegang is tot de relevante financiële gegevens. Er zijn geen signalen dat de situatie uit 2010 is veranderd. Partijen baseren de onderlinge prijzen op de historische situatie en voeren in de onderhandeling vooral inhoudelijke argumenten aan voor stijgingen in kortingspercentages (afnemende afzet) of dalingen in kortingspercentages (afnemend belang distributie). Een geïnterviewde stelt dat de scholen ongeveer 10 procent korting ontvangen op de catalogusprijs. Van het resterende bedrag krijgen uitgevers ongeveer 75 procentpunt (waarvan 40 procentpunt wordt geïnvesteerd en ongeveer 10 procentpunt marge is) en de distributeurs ongeveer 15 procent. Afgaande op de inschattingen over kosten en prijzen, lijkt deze inschatting van de bijdrage van de distributeur aan de lage kant en loopt die meer richting de 25 procent (inclusief kosten).

Zowel de grote uitgevers als de grote distributeurs hebben geen reden om één van de grote partijen in de andere schakel van de keten duidelijk te bevoordelen of te benadelen.[noot 131: *niet opgenomen, Commissie*] De vijf grote partijen hebben ook weinig belang om elkaar echt onder druk te zetten, omdat ze niet zonder elkaar kunnen. Er zijn geen signalen dat het voordeel dat uitgevers hebben, namelijk dat de distributeur meestal verplicht is de leermiddelen van de uitgever te leveren, zich vertaalt in lage kortingspercentages. Net zo min vertaalt

het grote marktaandeel van Van Dijk zich in veel hogere kortingspercentages dan Iddink.

Partijen vinden elkaar wel in de omgang met digitalisering en toetreding, waarbij ze er gezamenlijk voor zorgen een goed product aan scholen aan te kunnen bieden (...), maar dit werkt tegelijkertijd concurrentieverstorend. Of zoals een geïnterviewde opmerkt: "het probleem is dat alle partijen elkaar in de greep houden. Daarom wordt er ook amper geïnnoveerd."

6.3.2 Transparantie van het aanbod en keuzevrijheid voor scholen

De markt is enigszins intransparant. Alle partijen bieden, mede vanwege de vraag van scholen, gekoppelde producten aan en dit neemt alleen maar verder toe (one-stop-shop). De markt voor leermiddelen is per definitie een markt van koppelverkoop, namelijk de verkoop van methoden. Modulair aanbod is praktisch afwezig, los van wat leraren zelf ontwikkelen.

Distributeurs experimenteren wel met nieuwe businessmodellen, zoals het abonnementsmodel. Tegelijk beschermen ze de koppeling van levering van folio en digitaal met juridische middelen. Uitgevers bieden deelproducten zoals leerboek, werkboek, oefenmateriaal en toetsen ontkoppeld aan, maar vaak is het toch duidelijk voordeliger om producten gezamenlijk aan te schaffen of worden scholen er in de praktijk toe gedwongen door de voorwaarden van contracten.

(...) Experimenten met vormen van aanbesteding die uitnodigen tot modulair aanbod of extreme vormen van flexibiliteit sneuvelen tot zover voor de rechter.

(...)'

- 5.4. Voor de behandeling van de klacht is het volgende toetsingskader relevant.
 - 5.4.1. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt. In artikel 1.9 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst transparant handelt.
 - 5.4.2. In artikel 1.10, lid 1 en 2, sub f, Aw 2012 is bepaald:
 - '1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
 2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
 - (...)
 - f. de gunningscriteria;(...)'
 - 5.4.3. In artikel 1.10a Aw 2012 is bepaald:
 - '1. Een aanbestedende dienst (...) ontwerpt geen overheidsopdracht (...) met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2, deel 2a of deel 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.
 2. De mededinging is kunstmatig beperkt indien de overheidsopdracht (...) is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.'
- 5.5. Bij de beoordeling van de klacht in het licht van het hiervoor weergegeven toetsingskader heeft als uitgangspunt te gelden dat een aanbestedende dienst bij de aanbesteding van leermiddelen de vrijheid heeft om voor een bepaalde lesme-

thode van een bepaalde uitgever te kiezen, ook wanneer te verwachten valt dat die uitgever aan de aanbestedingsprocedure zal deelnemen. Het voorgaande uitgangspunt laat onverlet dat de aanbestedende dienst de aanbesteding moet inrichten zonder daarmee de mededinging op kunstmatige wijze te beperken en zodanig dat andere potentiële inschrijvers een gelijke kans op het verwerven van de opdracht krijgen als de uitgever van de uitgekozen lesmethode.

- 5.6. Klager stelt dat beklagde niet aan haar in 5.5 genoemde verplichtingen heeft voldaan. Zij wijst in dat verband allereerst op het feit dat beklagde de levering van de leermiddelen in percelen per uitgever heeft verdeeld, mede in verband met het gegeven dat de uitgevers de hoogste kortingspercentages kunnen bieden. De Commissie overweegt daarover het volgende.
 - 5.6.1. Klager heeft zowel tijdens de aanbestedingsprocedure als tijdens de onderhavige klachtprocedure gewezen op het vonnis van de Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) van 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951, in het bijzonder r.o. 4.6.4 van dat vonnis (zie 1.7.4, 1.7.5, 1.8.2, 1.10 en 3.7 hiervoor). In die rechtsoverweging heeft de voorzieningenrechter inderdaad geoordeeld dat de aanbestedende dienst in een met het onderhavige geval vergelijkbare situatie in strijd met het gelijkheidsbeginsel van art. 1.8 Aw 2012 handelde, door per perceel één leermiddel van een bepaalde uitgever uit te vragen in combinatie met een gunningscriterium kortingspercentage waarmee ongeveer de helft van het totaal in de aanbestedingsprocedures te behalen punten kon worden gescoord. De Commissie volgt de voorzieningenrechter echter niet in diens uitgangspunt dat in een dergelijk geval de percelen zouden zijn toegeschreven naar de daarin genoemde uitgevers. Zij overweegt in dit verband het volgende.
 - 5.6.2. Dat in een geval als het onderhavige de raamovereenkomsten worden gegund op grond van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding, betekent dat naast het subgunningscriterium kortingspercentage ook diverse andere, voornamelijk kwalitatieve, subgunningscriteria in de gunningssystematiek een rol spelen.
 - 5.6.3. Het is op zichzelf genomen aannemelijk – zoals ook de voorzieningenrechter in het bovengenoemde vonnis heeft overwogen – dat een uitgever zijn lesmethode goedkoper kan leveren dan een distributeur, omdat hij die leermiddelen zonder tussenkomst van een distributeur rechtstreeks aan de scholen kan leveren. Anderzijds zal de uitgever bij rechtstreekse levering aan de scholen zelf onderwijsdiensten aan de scholen moeten gaan aanbieden, zodat de distributeurs op dat punt naar verwachting in het voordeel zijn omdat het verlenen van die diensten tot hun 'core business' behoort. Ook bij wens 2 van het gunningscriterium prijs hebben de distributeurs een aanzienlijk betere uitgangspositie. Deze wens betreft de leerboeken die beklagde van de huidige opdrachtnemers dient te kopen op basis van de huidige overeenkomst. Deze boeken wenst beklagde door te verkopen aan de nieuwe opdrachtnemer.
 - 5.6.4. Voor het subgunningscriterium kortingspercentage zijn maximaal 1200 van de in totaal 2700 punten te behalen. Zoals hiervoor is overwogen, is aannemelijk dat een uitgever bij dit subgunningscriterium in het voordeel is. De Commissie heeft echter de indruk dat dit voordeel niet de doorslag hoeft te geven in de aanbestedingsprocedure. Als voorbeeld valt te denken aan de situatie dat een uitgever een kortingspercentage van 20% biedt en een distributeur een kortingspercentage van 10%. Voor de bepaling van de door de uitgever en de distributeur behaalde scores neemt beklagde als aanname een bedrag van € 2.000.000. Dit bedrag wordt verminderd met het kortingspercentage. Een kortingspercentage van 20% komt uit op een vergelijkingsbedrag van € 1.600.000, een kortingspercentage van 10% komt uit op een vergelijkingsbedrag van € 1.800.000. De inschrijver

met het laagste vergelijkingsbedrag – dat is de uitgever met het kortingspercentage van 20% – ontvangt de maximale score van 1200 punten. De distributeur met het kortingspercentage van 10% scoort dan nog altijd € 1.600.000/1.800.000 x1200 = 1067 punten (zie paragraaf 6.4 van de Offerteaanvraag in 1.6 hiervoor). Het verschil van 133 punten lijkt voor de distributeur niet op voorhand onoverbrugbaar te zijn met een betere score dan die van de uitgever op de overige subgunningscriteria.

- 5.6.5. De Commissie kan op grond van het voorgaande niet tot het oordeel komen dat beklagde met de verdeling van de levering van de leermiddelen in percelen per uitgever, mede bezien in relatie met het gegeven dat de uitgevers van de leermiddelen de hoogste kortingspercentages kunnen bieden, heeft gehandeld in strijd met haar in 5.5 genoemde verplichtingen. In zoverre is de klacht ongegrond.
- 5.7. Klager stelt dat beklagde ook om een andere reden niet aan haar in 5.5 genoemde verplichtingen heeft voldaan. Zij wijst in dit verband op het feit dat beklagde toestaat dat uitgever X de definitieve consumentenprijzen van de leermiddelen voor biologie nog niet heeft bekendgemaakt.
 - 5.7.1. De Commissie is van oordeel dat uit hetgeen in 5.5 is overwogen volgt dat het voor de andere potentiële inschrijvers met het oog op het bepalen van het door hen te offrenen opslag- of kortingspercentage van belang is dat zij tijdig vóór het verstrijken van de termijn voor indiening van de inschrijvingen weten wat de hoogte is van de door de uitgever gehanteerde consumentenprijzen. Voor het onderhavige geval betekent dit dat beklagde ter waarborging van de gelijke behandeling zal moeten bewerkstelligen dat de uitgevers de consumentenprijzen tijdig vóór het verstrijken van de inschrijvingstermijn bekend maken.
 - 5.7.2. In het onderhavige geval staat vast dat uitgever X de consumentenprijzen niet tijdig vóór het verstrijken van de inschrijvingstermijn bekend heeft gemaakt. De Commissie is van oordeel dat daardoor geen sprake is van een level playing field. De bekendmaking van een indicatie van de consumentenprijzen is daartoe onvoldoende. Het voorgaande betekent dat beklagde handelt in strijd met haar in 5.5 genoemde verplichtingen.
 - 5.7.3. Voor zover klager stelt dat zij niet dezelfde gelijke kans krijgt op het verwerven van de raamovereenkomst met betrekking tot perceel 1 als de uitgever (X) van de in dat perceel door beklagde gekozen lesmethode voor biologie, is de klacht derhalve gegrond.
- 5.8. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
 - 5.8.1. Het verwijt van klager dat uitgever Y een erg hoge consumentenprijs voor de wiskunde methode heeft vastgesteld, treft geen doel. Niet aannemelijk is immers dat de uitgever die prijs uitsluitend of in overwegende mate gebaseerd zou hebben op de onderhavige aanbesteding, die – hoe groot de opdracht op zich is – toch maar een klein deel van de totale omzet op de scholenmarkt omvat. In het kader van de onderhavige aanbesteding is dit verwijt derhalve ongegrond.
 - 5.8.2. De Commissie merkt verder op dat het door de uitgever vaststellen van zeer hoge consumentenprijzen voor zijn wiskunde methode een gevolg lijkt van de populariteit van die methode en mogelijk in het kader van de Mededingingswet aan de orde zou kunnen worden gesteld. De Commissie citeert hiertoe de volgende website van de Rijksoverheid (<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/mededinging/inhoud/misbruik-van-een-economische-machtspositie>):

‘Als een bedrijf de concurrentie op een markt kan beperken, heeft het een economische machtspositie. Met een economische machtspositie kan het bedrijf concurrentie uitsluiten of leveranciers of klanten uitbuiten. Bijvoorbeeld door te hoge prijzen te vragen voor zijn producten. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) kan het bedrijf hiervoor een boete geven.’ Nu de Commissie niet bevoegd is te oordelen over de toepassing van de Mededingingswet, laat zij het bij deze constatering.

- 5.8.3. De Commissie is ten slotte niet gebleken dat de gunningssystematiek niet in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht (artikel 1.10, lid 1 en 2, sub f, Aw 2012). Klager heeft de klacht op dit punt onvoldoende onderbouwd.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond** voor zover klager stelt dat zij niet dezelfde gelijke kans krijgt op het verwerven van de raamovereenkomst met betrekking tot perceel 1 als de uitgever X van de in dat perceel door beklagde gekozen lesmethode voor biologie. De Commissie acht de klacht voor het overige **ongegron**d.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 18 oktober 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid