

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 603 en 605 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst per (sub)perceel met één ondernemer voor de levering van leermiddelen en onderwijsdiensten en distributie van leermiddelen aan een scholengroep. Klachtonderdeel 2 betreft zaak 605, de overige klachtonderdelen betreffen zaak 603. De Commissie acht meerdere klachtonderdelen (geheel of gedeeltelijk) gegrond.

Klachtonderdeel 1

Klachtonderdeel 1 betreft de lesmethoden van perceel A volgens het Licentie-Folioconcept (LIFO). De ondernemer stelt dat de aanbesteder in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie handelt, de mededinging kunstmatig beperkt in de zin van artikel 1.10a Aw 2012 en onvoldoende een gelijk speelveld creëert, doordat ten tijde van de inschrijving niet vaststaat of een lesmethode van een uitgever al dan niet voldoet aan de voorwaarden van het LIFO-concept van perceel A en de aanbesteder de mogelijkheid openlaat dat de uitgevers een product aanbieden dat anderen niet kunnen aanbieden.

Uit de definities van lesmethoden en leermiddelen blijkt dat het lesmethoden en leermiddelen moet betreffen die op de commerciële markt worden aangeboden. De Commissie leidt hieruit af dat het de uitgevers niet is toegestaan een (variant op een) lesmethode of leermiddel aan te bieden dat niet verkrijgbaar is voor andere ondernemers.

De aanbesteder heeft in de Nota's van Inlichtingen bevestigd dat uit navraag bij de uitgevers is gebleken dat de lesmethodes van perceel A vanaf schooljaar 2021/2022 beschikbaar zijn in LIFO-concept en aan alle vereiste kenmerken zullen voldoen. Op basis hiervan mogen alle inschrijvers ervan uitgaan dat de lesmethoden van perceel A vanaf schooljaar 2021/2022 zullen voldoen aan alle vereiste kenmerken van het LIFO-concept van aanbesteder. Naar het oordeel van de Commissie staat daarmee ten tijde van de inschrijving vast dat de lesmethoden van perceel A zullen voldoen aan de voorwaarden van het LIFO-concept van perceel A. Klachtonderdeel 1 gaat er dus ten onrechte vanuit dat dat op het moment van inschrijving onzeker is. De Commissie acht klachtonderdeel 1 dan ook **ongegrond**.

Klachtonderdeel 2

Klachtonderdeel 2 betreft de mogelijkheid van de aanbesteder om het gebruik van de lesmethoden van de LIFO-producten van de subpercelen van perceel A te beperken tot één jaar. Volgens de ondernemer is dat voor de meeste subpercelen in strijd met het proportionaliteitsbeginsel omdat de uitgevers deze producten alleen meerjarig aanbieden. Daarmee heeft de aanbesteder onvoldoende gezorgd voor een gelijk speelveld voor de distributeurs en de uitgevers.

De Commissie heeft in het kader van de behandeling van klachtonderdeel 1 geconstateerd dat de aanbesteder heeft bevestigd dat uit navraag bij de uitgevers is gebleken dat de lesmethodes van perceel A vanaf schooljaar 2021/2022 beschikbaar zijn in LIFO-concept en aan alle vereiste kenmerken zullen voldoen. Deze bevestiging lijkt echter niet te zien op de mogelijkheid van de aanbesteder om het gebruik van de lesmethoden van de LIFO-producten van de subpercelen van perceel A te beperken tot één jaar. Het is dus niet uitgesloten dat een uitgever de meerjarige afnameverplichting handhaaft. Indien ondernemer perceel A gegund

krijgt, is het voor hem vervolgens een risico dat de aanbesteder na een jaar voor een andere lesmethode kiest. Voor de ondernemer is het dan een risico dat de desbetreffende uitgever de dringende oproep van de aanbesteder om ondernemer niet te houden aan de contractduur naast zich neerlegt. De ondernemer moet deze lesmethode dan gedurende de contractduur aan de uitgever doorbetalen, terwijl hij daarvoor van de aanbesteder geen vergoeding meer krijgt.

Dit betreft een risico dat de aanbesteder het best kan beheersen. Het is immers de aanbesteder die beslist of er op een andere lesmethode wordt overgestapt. Dat het niet vaak zal voorkomen dat de aanbesteder na een jaar voor een andere lesmethode kiest, zoals aanbesteder in de reactie op de bij hem en bij de Commissie ingediende klacht aanvoert is geen valide argument om dit risico nagenoeg geheel bij de ondernemer te leggen. Dat ook de aanbesteder in zo'n geval financieel nadeel ondervindt omdat hij alsnog een deel van het kortingspercentage per ontbrekend jaar aan de opdrachtnemer zal vergoeden, doet hier ook niet aan af.

Naar het oordeel van de Commissie is de aanbesteder afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit en heeft de aanbesteder deze afwijking onvoldoende gemotiveerd. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 **gegrond**.

Klachtonderdeel 3A

In klachtonderdeel 3A klaagt de ondernemer dat de door de aanbesteder gehanteerde definitie van een 'gebruiksrecht' niet transparant is en dat het daardoor niet mogelijk is dat gebruik juridisch te regelen en af te prijzen.

Naar het oordeel van de Commissie had de aanbesteder het gebruiksrecht duidelijker kunnen omschrijven, maar is voldoende transparant dat de aanbesteder met het gebruiksrecht heeft beoogd dat de leerlingen en docenten het lesmateriaal kunnen gebruiken gedurende de tijd dat de aanbesteder dat afneemt. Voor zover de aanbesteder de concrete voorwaarden voor het gebruiksrecht niet heeft ingevuld, zoals een juridische regeling voor een storing bij het digitale lesmateriaal, geeft dat ruimte voor de inschrijvers. De Commissie kan zich voorstellen dat de aanbesteder heeft willen aansluiten bij de voorwaarden die uitgever en distributeurs voor het gebruik van het lesmateriaal hanteren. Op deze wijze kunnen alle potentiële inschrijvers inschrijven. Het is mogelijk ook niet proportioneel als elke aanbestedende dienst andere voorwaarden eist. In dat kader lijkt de ondernemer ook onvoldoende belang bij deze klacht te hebben. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 3A **ongegrond**.

Klachtonderdeel 3B

De Commissie begrijpt klachtonderdeel 3B als volgt. De ondernemer klaagt dat het na gunning niet duidelijk is wat de peildatum is voor de actuele consumentenprijs, waarover het kortingspercentage wordt berekend.

De Commissie constateert dat de aanbesteder geen duidelijkheid heeft gegeven over het peilmoment van de actuele consumentenprijs, ook niet naar aanleiding van de onderhavige klacht. Het ligt echter zo voor de hand dat het kortingspercentage zal worden berekend over de actuele consumentenprijs die een uitgever in rekening brengt dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de aanbestedingsdocumenten naar het oordeel van de Commissie in die zin zullen uitleggen. Dat betekent dat het peilmoment voor de actuele consumentenprijs het moment van bestellen bij de uitgever door de aanbesteder of zijn opdrachtnemer zal zijn. Bij een ander peilmoment in combinatie met een wijziging in de consumentenprijs kunnen er immers onbedoelde voordelige of nadelige gevolgen voor de aanbesteder of de opdrachtnemer ontstaan. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 3B **ongegrond**.

Klachtonderdeel 4

Klachtonderdeel 4 ziet op perceel C. De aanbesteder heeft bepaald perceel C op grond van artikel 2.19, derde lid Aw 2012 onderhands te willen aanbesteden. De ondernemer klaagt dat onvoldoende transparant is waar perceel C uit bestaat en hoe dat zal worden aanbesteed. Tevens klaagt ondernemer dat aanbesteder ten onrechte heeft nagelaten – in reactie op de klacht c.q. het verzoek van ondernemer – op grond van artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 de motivering te geven voor zijn keuze voor (i) de wijze waarop aanbesteder voornemens is de overeenkomst voor perceel C tot stand te brengen, alsmede van zijn keuze voor (ii) de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de onderhandse aanbestedingsprocedure voor perceel C.

In de reactie op de klacht van de ondernemer heeft de aanbesteder aangegeven dat hij met perceel C de mogelijkheid wil openhouden om te anticiperen op ontwikkelingen binnen de leermiddelenmarkt die thans nog niet bekend zijn.

Naar het oordeel van de Commissie zijn de aard en omvang van perceel C onvoldoende concreet in de aanbestedingsstukken omschreven om een beroep op artikel 2.19, lid 3, Aw 2012 te kunnen doen (vgl. Advies 392, overweging 5.7.3). Het komt de Commissie bovendien voor dat het niet noodzakelijkerwijs gaat om extra leveringen naast perceel A en B, maar dat opdrachten uit perceel C ook ten koste kunnen gaan van de leveringen uit perceel A of B. Ten slotte is ten tijde van de onderhavige aanbestedingsprocedure ook nog onzeker of deze opdrachten zich in de toekomst zullen voordoen. Voor zover de ondernemer heeft geklaagd dat de aanbesteder ten onrechte een beroep doet op artikel 2.19, lid 3, Aw 2012 acht de Commissie klachtonderdeel 4 dan ook **gegrond**.

Zolang de aanbesteder de desbetreffende opdrachten niet in de markt zet, is artikel 1.4 Aw 2012 niet aan de orde. Voor zover de ondernemer klaagt dat de aanbesteder in dit kader in strijd handelt met artikel 1.4 Aw 2012 acht de Commissie klachtonderdeel 4 **ongegrond**.

Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. De Commissie heeft er begrip voor dat aanbesteder wil kunnen inspelen op toekomstige ontwikkelingen. In dat kader kan de aanbesteder in de aanbestedingsstukken bepalen dat hij in beperkte, duidelijk omschreven, mate de vrijheid wil behouden om over te stappen op andere lesmethoden, buiten de percelen A en B. Daarmee maakt de aanbesteder duidelijk dat deze opdrachten buiten percelen A en B kunnen worden vergund. De aanbesteder zal in dat kader echter geen beroep kunnen doen op de percelenregeling van artikel 2.19, lid 3, Aw 2012 en zal bij de opdrachtverlening de dan toepasselijke aanbestedingsregelgeving in acht moeten nemen.

Klachtonderdeel 5

Klachtonderdeel 5 ziet op de plafondprijs van € 25 per leerling per jaar (incl. btw) voor de handling en distributie in perceel B. Volgens de ondernemer is dat plafondbedrag onredelijk laag en disproportioneel. In dat kader acht de ondernemer het ook niet proportioneel dat het risico van een restvoorraad volledig bij de opdrachtnemer wordt gelegd. Tevens heeft de aanbesteder een minimumprijs van € 1 gesteld. Volgens de ondernemer zou een dergelijke prijs evident onredelijk laag zijn en leiden tot manipulatie van de gunningssystematiek.

In beginsel staat het een aanbestedende dienst vrij te bepalen welke prijs hij wil betalen voor een dienst, zoals het een ondernemer vrij staat te bepalen of hij voor de geboden prijs bereid is de gevraagde dienst te verlenen.

Naar het oordeel van de Commissie is het niet proportioneel dat de aanbesteder het risico dat er een restvoorraad overblijft als gevolg van minder daadwerkelijke

bestellingen dan de geprognosticeerde bulkbestelling volledig – en ook nog eens ongelimiteerd – bij de opdrachtnemer legt. Aangezien de aanbesteder de prognose maakt, kan de aanbesteder dit risico het beste beheersen. Naar het oordeel van de Commissie wijkt de aanbesteder hiermee af van Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit en heeft aanbesteder deze afwijking onvoldoende gemotiveerd. In zoverre acht de Commissie klachtonderdeel 5 **gegrond**.

In het kader van de hoogte van het plafondbedrag oordeelt de Commissie als volgt. Aangezien het mogelijk lijkt om een eventueel verlies in het kader van de handlingkosten te compenseren met de huurprijs van de leermiddelen uit perceel B heeft ondernemer naar het oordeel van de Commissie onvoldoende onderbouwd dat met een plafondbedrag van € 25 niet kostendekkend kan worden ingeschreven. In zoverre acht de Commissie klachtonderdeel 5 **ongegrond**.

Ten overvloede wijst de Commissie in dit kader op de aanbeveling die zij in Advies 499 aan aanbestedende diensten heeft gedaan:

`(...)

Indien een aanbestedende dienst een bovengrens voor de prijs bepaalt, beveelt de Commissie aan om deze in ieder geval niet te laag vast te stellen. Anders bestaat het risico dat de inschrijvers noch op prijs, noch op kwaliteit kunnen concurreren. Het is de vraag of dan nog wel wordt gegund op basis van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving in de zin van artikel 2.114 Aw 2012 en of de aanbestedende dienst zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert (artikel 1.4, lid 2, Aw 2012).'

Ten slotte heeft aanbesteder een minimumprijs van € 1 gesteld. Volgens de ondernemer zou een dergelijke prijs evident onredelijk laag zijn en leiden tot manipulatie van de gunningssystematiek. De Commissie oordeelt als volgt. De aanbesteder heeft kennelijk een minimumprijs van € 1 bepaald om te voorkomen dat kon worden ingeschreven met € 0. Verder blijkt uit de onderbouwing van de klacht dat vooral de combinatie van de lage minimumprijs van € 1 en de toegepaste relatieve beoordelingssystematiek volgens de ondernemer tot ongewenste uitkomsten kan leiden. De klacht van de ondernemer is echter alleen tegen de minimumprijs en niet tegen de toegepaste relatieve beoordelingssystematiek gericht. Daarmee mist dit deel van klachtonderdeel 5 doel. De Commissie acht klachtonderdeel 5 **ongegrond**, voor zover wordt geklaagd over de minimumprijs van € 1.

Ten overvloede wijst de Commissie op Advies 504, waarin de Commissie heeft geoordeeld over de toelaatbaarheid van relatieve beoordelingsmethoden.

Klachtonderdeel 6

Klachtonderdeel 6 ziet op de contractuele boetebepaling in de raamovereenkomsten voor percelen A en B. Volgens ondernemer is deze onvoldoende transparant en disproportioneel. Volgens de contractuele boetebepaling bedraagt de boete 5% van de opdrachtwaarde voor elke werkdag dat opdrachtnemer in verzuim is. De boete wordt op jaarbasis gemaximeerd op 20% van de opdrachtwaarde.

Naar het oordeel van de Commissie zullen niet alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers het boetebeding op dezelfde wijze uitleggen aangezien aanbesteder in de aanbestedingsstukken niet duidelijk heeft gemaakt wat is bedoeld met 'opdrachtwaarde'. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 6 **gegrond** voor zover is geklaagd dat de boeteregeling onvoldoende transparant is. De Commissie neemt klachtonderdeel 6 **verder niet in behandeling**.

Ten overvloede merkt de Commissie over de proportionaliteit van de boeteregeling nog het volgende op. De risico's die aanbesteder loopt, zijn niet alleen van

financiële aard. Het is voor de scholen, docenten en leerlingen bijvoorbeeld heel vervelend als leerlingen en docenten hun boeken niet op tijd voor het nieuwe schooljaar ontvangen. Aanbesteder tracht met het boetebeding dan ook een bepaald niveau van kwaliteit van de dienstverlening te realiseren.

Op basis van de boeteregeling zal een inschrijver bepalen welke maatregelen hij zal nemen om de geëiste kwaliteit van dienstverlening te kunnen bieden, hetgeen zijn weerslag zal hebben op de prijs die hij gaat aanbieden. In dat kader is van belang dat er de mogelijkheid moet zijn om de kosten van deze maatregelen in de prijs te verdisconteren. Tevens is van belang dat de boeteregeling transparant is.

Ook zal de boeteregeling proportioneel moeten zijn (artikel 1.10 Aw 2012): de situaties waarin boetes worden opgelegd moeten voldoende verband houden met en in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Ook moet het gaan om situaties die de opdrachtnemer kan beheersen (Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit) aangezien de regeling immers is bedoeld als stimulans om de kwaliteit van de dienstverlening op peil te houden. Niet-toerekenbare tekortkomingen zouden niet tot boetes moeten leiden. Verder moet de hoogte van de boetes in een redelijke verhouding staan tot de te leveren dienst en de prijs (op het niveau van een specifieke boete, maar ook ten opzichte van het totaal). Bij geringe winstmarges is een boete sneller disproportioneel.

Klachtonderdeel 7

Klachtonderdeel 7 richt zich op vier subgunningscriteria betreffende de kwaliteit van de leermiddelen van perceel A. Volgens ondernemer zijn deze vier subgunningscriteria niet onderscheidend en daarmee niet geschikt als (sub)gunningscriteria. Het betreft nagenoeg uitsluitend eigenschappen van de leermiddelen zelf die alleen de uitgever kan bepalen en waar afnemers geen invloed op kunnen uitoefenen. Op die eigenschappen kan derhalve geen (eerlijke) concurrentie plaatsvinden.

Aangezien aanbesteder steeds om specifieke lesmethoden van een bepaalde uitgever vraagt, alleen deze uitgever in het kader van drie kwalitatieve subgunningscriteria de gevraagde diensten kan bieden en de uitgever alleen lesmethoden en diensten mag aanbieden die ook verkrijgbaar zijn voor andere ondernemers is er naar het oordeel van de Commissie in beginsel geen concurrentie mogelijk voor deze kwalitatieve subgunningscriteria. Dat is slechts anders indien een uitgever voor een bepaalde lesmethode meerdere mogelijkheden biedt: bijvoorbeeld afname van een digitale lesmethode met of zonder bepaalde dienstverlening. De aanbesteder heeft gesteld dat één uitgever zijn LIFO-leermiddelen zowel met als zonder onderwijsdiensten aanbiedt.

Naar het oordeel van de Commissie is klachtonderdeel 7 **gegrond**, voor zover het deze drie kwalitatieve subgunningscriteria en de lesmethoden van twee andere uitgevers betreft. Naar het oordeel van de Commissie waarborgen de in de betreffende wensen vervatte subgunningscriteria immers niet de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging zoals vereist in artikel 2.113a Aw 2012. Wat betreft het vierde kwalitatieve subgunningscriterium en de uitgever die wel meerdere mogelijkheden biedt acht de Commissie klachtonderdeel 7 **ongegrond**.

Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Voor zover er in het kader van de drie kwalitatieve subgunningscriteria wel daadwerkelijke mededinging mogelijk is doordat een uitgever meerdere mogelijkheden biedt, zal de aanbesteder de aanbesteding moeten inrichten zonder daarmee de mededinging op kunstmatige wijze te beperken (artikel 1.10a Aw 2012) en zodanig dat andere potentiële inschrijvers een gelijke kans op het verwerven van de opdracht krijgen als de uitgever van de uitgekozen methode. Dit brengt met zich mee dat de concrete invulling van die mogelijkheden tijdig vóór inschrijving bekend moeten zijn,

zodat ook anderen dan de desbetreffende uitgever een inschrijving kunnen indienen.

De aanbesteder geeft aan dat één van de drie kwalitatieve subgunningscriteria cruciaal is voor de vaksecties. In de huidige opzet van de aanbestedingsprocedure en dit kwalitatieve subgunningscriterium komt dat echter niet tot uiting. Doordat reeds is gekozen voor een specifieke lesmethode en doordat slechts de desbetreffende uitgever deze diensten kan bieden, worden deze uitgever en de rest van de markt niet uitgedaagd om ter zake (meer) kwaliteit te bieden.

Klachtonderdeel 8

In klachtonderdeel 8 klaagt de ondernemer dat de beoordelingssystematiek niet transparant is en vatbaar is voor willekeur.

Per wens geeft een beoordelaar een rapportcijfer van 0 (geen antwoord), 2 (zeer slecht), 4 (slecht), 6 (matig), 8 (goed) of 10 (uitstekend). Per rapportcijfer zijn voorbeelden van motiveringen opgenomen. Voor rapportcijfer 10 (uitstekend) betreft dat de volgende motiveringen:

'Het antwoord wordt als uitstekend beoordeeld:

- Het gegeven antwoord op de vraag voldoet buitengewoon aan de wensen zoals aangegeven bij de wens.
- Het antwoord heeft toegevoegde waarde.
- Het antwoord geeft aan, dat de inschrijver een hoogwaardige kwaliteit van dienstverlening biedt.
- Het antwoord geeft aan dat er diepgaande en excellente kennis is van de materie.
- Het gegeven antwoord onderscheidt zich in positieve zin ten opzichte van de overige inschrijvers.'

Deze beoordelingssystematiek laat veel ruimte voor subjectiviteit. Naar het oordeel van de Commissie is een dergelijke systematiek evenwel toegestaan mits de toepassing daarvan zoveel mogelijk wordt geobjectiveerd. Verder dient de gunningsbeslissing uitvoerig te worden gemotiveerd.

Naar het oordeel van de Commissie kan de onderhavige beoordelingssystematiek de toets der kritiek doorstaan. Omdat deze systematiek veel ruimte laat voor subjectiviteit, moeten er wel hoge eisen worden gesteld aan de motivering van de gunningsbeslissing. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 8 **ongegron**d.

Klachtonderdeel 9

Klachtonderdeel 9 ziet op de gunningssystematiek van de kortingspercentages. De ondernemer klaagt dat die niet transparant is en tot een ongerechtvaardigde bevoordeling van de uitgever van de desbetreffende lesmethode leidt.

De Commissie acht klachtonderdeel 9 **gegron**d, voor zover is geklaagd dat de gunningssystematiek van de kortingspercentages voor perceel A niet transparant is. Daarmee komt de Commissie **niet meer toe aan de verdere behandeling** van klachtonderdeel 9 voor zover het perceel A betreft.

De onderbouwing van klachtonderdeel 9 was nagenoeg geheel op perceel A gericht. Voor een afzonderlijke behandeling van de klacht dat de gunningssystematiek van de kortingspercentages bij perceel B tot een ongerechtvaardigde bevoordeling van de uitgever leidt, acht de Commissie de onderbouwing van het klachtonderdeel onvoldoende. Daarmee acht de Commissie dat deel van klachtonderdeel 9 **ongegron**d.

Klachtonderdeel 10

Ten slotte klaagt ondernemer in klachtonderdeel 10 dat de aanbesteder in strijd handelt met artikel 2.76 Aw 2012 door bij perceel A specifieke lesmethoden voor te schrijven zonder de toevoeging "of gelijkwaardig" te vermelden.

De regel van artikel 2.76, lid 4, sub b, Aw 2012 heeft tot doel het inschrijven met andere producten dan de gevraagde producten mogelijk te maken. De ondernemer heeft niet gesteld en ook is niet gebleken dat hij van die mogelijkheid gebruik zou willen maken. De Commissie is dan ook van oordeel dat de ondernemer geen belang heeft bij dit klachtonderdeel en acht klachtonderdeel 10 daarmee **ongegrond**.

Advies 603 en 605

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 30 september 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst per (sub)perceel met één ondernemer voor de levering van leermiddelen en onderwijsdiensten en distributie van leermiddelen aan een scholengroep.
- 1.2. In de Offerteaanvraag van 30 september 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

'Begrippenlijst

Aanbestedende dienst
[Aanbesteder en Aanbestedende dienst B].

Abonnement
Het gebruiksrecht van leermiddelen die de uitgever toestaat te verhuren (met name lesboeken) en het verbruiksrecht (met name het recht om in leermiddelen te schrijven) van leermiddelen, die de uitgever niet toestaat te verhuren (met name werkboeken en licenties) gedurende het volledige schooljaar.

Abonnementstarief
Het tarief dat inschrijver in rekening brengt voor een abonnement.

Arrangeren
Het aanvullen en aanpassen van de leermiddelen door vakdocenten en vaksecties binnen de kaders van het auteursrecht en de van toepassing zijnde licentievooraanwaarden met content afkomstig uit open sources te delen met elkaar en gebruiken met bronvermelding (bijvoorbeeld YouTube), VO-content en/of eigen ontwikkelde content, dan wel het aanpassen van de leermiddelen aan de individuele behoeften van de leerlingen.

(...) Bulkbestelling
Bestelling door opdrachtgever(/leerling) aan het einde van het schooljaar van alle op dat moment benodigde leermiddelen.

Consumentenprijs
De actuele prijs van het betreffende leermiddel, zoals vastgesteld en vervolgens gepubliceerd door de betreffende uitgever op zijn website.

Fijn-distributie
Het samenstellen van het individuele boekenpakketje voor de leerling en het op het thuisadres van de leerling afleveren van dit pakketje.

Foutpercentage
Het aantal door inschrijver foutief geleverde leermiddelen, gedeeld door het aantal bestelde leermiddelen door opdrachtgever in het betreffende schooljaar en vermenigvuldigd met 100.

Gebruiksduur lesmethode

De periode dat een lesmethode op de leermiddelenlijst staat.

Gebruiksrecht

Het zakelijke recht voor opdrachtgever om gedurende het volledige schooljaar, leermiddelen die niet in het eigendom van opdrachtgever vallen, te gebruiken.

Gepersonaliseerd leren

Deze begripsomschrijving kent twee dimensies. Op de eerste plaats de dimensie van de leerling. Gepersonaliseerd leren biedt de leerling de mogelijkheid om op zijn eigen niveau te werken, waarbij het leermiddel zich aanpast aan de antwoorden van de leerling (adaptief, met name bij veel fouten niveau naar beneden bijstellen en bij weinig fouten niveau naar boven bijstellen). Op de tweede plaats de dimensie van de docent, die aan de hand van de licentie de mogelijkheid heeft het lesmateriaal te arrangeren.

Huurboek

Folio leermiddel (lesboek) dat opdrachtgever huurt van opdrachtnemer.

Huurpercentage

Percentage van de consumentenprijs waarvoor een leermiddel jaarlijks wordt gehuurd.

(...)Kortingspercentage

Percentage waarmee de consumentenprijs wordt verminderd.

(...)Leermiddelen

Lesmateriaal voor het voortgezet onderwijs, zowel folio als digitaal, dat op de commerciële markt is verschenen.

Leermiddelcoördinator

Medewerker van opdrachtgever belast met het leermiddelenproces.

Leermiddelenlijst

Overzicht van door opdrachtgever in gebruik zijnde lesmethoden onderscheiden naar klas, leerjaar en onderwijsrichting, met daarbij het jaar dat deze lesmethode door opdrachtgever in gebruik is genomen.

Lesmethode

Al het materiaal dat het verplichte lesprogramma volledig dekt (het 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 (bijvoorbeeld materiaal dat niet behoort tot het materiaal voor het verplichte lesprogramma).

Licentie

Het gebruiksrecht van digitaal lesmateriaal.

LIFO- concept

Het Licentie-Folioconcept (LIFO) bestaat op de eerste plaats altijd uit de digitale licentie met de mogelijkheid om van deze licentie de gewenste niveaus te gebruiken van de betreffende lesmethode. Met niveau wordt bedoeld zowel onderwijssoort (VMBO, Havo en VWO) als leerjaar. Daarnaast kan opdrachtgever, afhankelijk van de wens van de docent en de leerling, er ook voor kiezen de folio verschijningsvormen van de lesmethode af te nemen, waarbij dit folio materiaal verbruiksmateriaal is en dus bestemd is voor éénjarig gebruik. Van de betreffende lesmethode dient de meest actuele versie/druk aangeboden te worden. Een lesmethode

in het LIFO-concept heeft een ISBN, waarmee herkenbaar is dat sprake is van een lesmethode in LIFO-concept. Onderdeel van het LIFO-concept zijn onderwijsdiensten die toezien op ondersteuning bij het gebruik en arrangeren van de content van de lesmethode.

Nabestelling

Bestelling niet zijnde de bulkbestelling

Nieuwe lesmethode

Van een nieuwe lesmethode is sprake zodra de uitgever in opvolging van een bestaande lesmethode een nieuwe lesmethode op de markt brengt, hetgeen onder andere blijkt uit een nieuw ISBN van een daartoe behorend leermiddel. De keuze voor een nieuwe lesmethode is voorbehouden aan opdrachtgever.

(...)Opdrachtgever

[Aanbesteder en Aanbestedende dienst B] voor alle scholen van opdrachtgever gezamenlijk dan wel afzonderlijk.

(...)

Originele staat

De conditie waarin het leermiddel door opdrachtgever is aangeboden.

(...)Weeknummering

Week 1 is de week waarin het schooljaar officieel start voor leerlingen van opdrachtgever. De weken daaropvolgend worden overeenkomstig doorgenummerd. De week voorafgaand aan week 1, wordt aangeduid als week -1. De weken daaraan voorafgaand worden overeenkomstig doorgenummerd.

Werkboek met licentie

Gecombineerd product van een werkboek en een licentie. De werkboeken worden gedurende één jaar door de leerling verbruikt en zijn eigendom van opdrachtgever. Voor het digitale leermiddel krijgen de leerlingen van opdrachtgever het recht voor een bepaalde periode.

Hoofdstuk 1. Algemeen

1.1 Omvang van de aanbesteding

De overeenkomsten die [Aanbesteder en Aanbestedende dienst B] hebben met de huidige leveranciers voor de levering van leermiddelen, eindigen. Nu op 1 augustus 2020 een bestuurlijke fusie heeft plaats gevonden en de volledige fusie medio 2021 plaats gaat vinden hebben [Aanbesteder en Aanbestedende dienst B] besloten gezamenlijk nieuwe overeenkomsten aan te gaan voor de levering en distributie van leermiddelen en het aanbieden van onderwijsdiensten.

Aangezien de omvang van deze overeenkomsten meer zal bedragen dan € 214.000,-, dient opdrachtgever bij de totstandkoming van een nieuwe overeenkomst, de Aanbestedingswet 2012 (verder te noemen Aw 2012) in acht te nemen. Hierbij kiest opdrachtgever voor een Europese openbare aanbestedingsprocedure.

1.2 Omvang van de aanbesteding

Deze aanbesteding betreft op eerste plaats de levering en distributie van leermiddelen aan de leerlingen van opdrachtgever en afhankelijk van het perceel, het aanbieden van onderwijsdiensten.

1.3 Percelen

De opdracht is verdeeld in drie hoofdpercelen waarvan twee hoofdpercelen Europees openbaar aanbesteed worden en een derde perceel onderhands aanbesteed zal worden. Het eerste hoofdperceel ziet toe op het LIFO-concept. Met nadruk

wordt opgemerkt dat het eerste hoofdperceel weer is onderverdeeld in 44 subpercelen.

Het tweede hoofdperceel betreft een extern leermiddelenfonds en ziet toe op de levering en distributie van leermiddelen. Hierin wordt meegenomen de distributie van leermiddelen van de lesmethode in het LIFO-concept uit perceel A.

Het derde hoofdperceel bedraagt niet meer dan € 80.000,- en zal op grond van artikel 2.19, derde lid Aw 2012, geen onderdeel uitmaken van deze Europese openbare aanbestedingsprocedure.

Perceel A LIFO-concept

Dit perceel is onderverdeeld in 44 subpercelen en betreft de levering van leermiddelen en het aanbieden van onderwijsdiensten voor de betreffende lesmethoden. Het betreffen lesmethoden die dienen te voldoen aan de definitie van het LIFO-concept, onder andere een ISBN waaruit blijkt dat sprake is van een lesmethode in het LIFO-concept. Het is zaak dat de content gearrangeerd en 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. Voor perceel A geldt dat de fijndistributie geen onderdeel uitmaakt van dit perceel. De subpercelen van perceel A worden elk separaat van elkaar gegund. De fijndistributie van de folio leermiddelen van perceel A is ondergebracht in het tweede hoofdperceel, perceel B.

Voor elke lesmethode is een apart subperceel ingericht. In de bijlage Overzicht LIFO is per lesmethode aangegeven welke school/ scholen voornemens zijn de lesmethode in LIFO-concept op de leermiddelenlijst te plaatsen in schooljaar 2021/2022.

Elke school zal in de regel de lesmethode vier jaar gebruiken. Hierbij geldt het volgende.

- Gedurende de looptijd van de raamovereenkomst voor hoofdperceel A kan een school kiezen voor een lesmethode van een ander subperceel dat onder hoofdperceel A valt.
- Indien gedurende de looptijd van de raamovereenkomst een lesmethode van een subperceel vervalt als gevolg van de beslissing van de uitgever, dan houdt opdrachtgever zich het recht voor gebruik te maken van de opvolgende lesmethode van deze uitgever, mits deze aan de definitie van het LIFO-concept voldoet.

Perceel A is onderverdeeld in de volgende 44 subpercelen:

nr Naam lesmethode

[1-17 Producten Uitgever K]

[18-33 Producten Uitgever L]

[34-44 Producten Uitgever M]

Benadrukt wordt dat een lesmethode in het LIFO-concept niet per definitie bij alle scholen de leermiddelenlijsten staan. In de bijlage Overzicht lesmethodes LIFO zijn per lesmethode de scholen vermeld die voornemens zijn de betreffende lesmethode in LIFO-concept in schooljaar 2021/2022 op de leermiddelenlijst te plaatsen.

Perceel B Extern leermiddelenfonds inclusief fijndistributie perceel A LIFO

Dit perceel betreft een extern leermiddelenfonds. Binnen dit perceel kiest opdrachtgever zowel voor de levering als de distributie van leermiddelen. Deze leermiddelen voldoen niet aan de definitie van het LIFO-concept. Indien om welke reden dan ook bij de gunning van de percelen zou blijken dat een of meerdere lesmethoden niet

voldoen aan de definitie van het LIFO-concept, zullen de betreffende leermiddelen gecontracteerd worden door middel van perceel B.

Perceel C

Het derde perceel, perceel C, bedraagt niet meer dan € 80.000,- en zal op grond van artikel 2.19, derde lid Aw 2012, geen onderdeel uitmaken van deze Europese openbare aanbestedingsprocedure.

1.4 Keuze voor de lesmethode

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 geduid 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 3 Aw 2012 merkt aanbesteder het volgende op.

Op de eerste plaats is de keuze voor het 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 1: Zie ook Kamerstukken Eerste Kamer der Staten-Generaal; Vergaderjaar 2007-2008; nr. 31325 C., *Commissie*]

Tenslotte verwijst aanbesteder 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 2: Rechtbank Zeeland-West-Brabant d.d. 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951., *Commissie*], en wordt tevens verwezen naar het vonnis van de rechtbank Den Haag van 17 januari 2017.[noot 3: Rechtbank Den Haag d.d. 17 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2217., *Commissie*]

1.5 Duur van de raamovereenkomsten

Deze aanbesteding zal voor elk afzonderlijk (sub)perceel leiden tot één raamovereenkomst met één opdrachtnemer met als ingangsdatum 22 december 2020. De leveringen betreffen de schooljaren 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 en 2024/2025. (...)

Er is sprake van raamovereenkomsten, omdat vooraf geen exacte aantallen gegarandeerd kunnen worden. Voor een indicatie van aantallen wordt verwezen naar de leermiddelenlijsten en leerlingaantallen.

(...)

1.6 Economisch meest voordelige inschrijving

Opdrachtgever kiest bij de verschillende percelen voor de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding (artikel 2.114 Aw 2012). Voor een nadere verdeling van scores en voor de verhouding tussen prijs en kwaliteit wordt verwezen naar hoofdstuk 6.

Hoofdstuk 2. Opdrachtgever

(...)

2.2 Leermiddelen

2.2.1. Leermiddelen LIFO-concept (perceel A)

De leermiddelenmarkt is in ontwikkeling, de digitalisering van leermiddelen heeft een vlucht genomen en de vraag naar leermiddelen die aansluiten op de individuele leerbehoefte van de leerling is toegenomen. Vanuit de landelijke politiek heeft de digitalisering van het onderwijs alle aandacht.

Docenten willen goed onderwijs blijven verzorgen en hebben naast betere en slimmere leermiddelen ook behoefte aan stabiliteit en zicht op een helder perspectief op doorlopende leerlijnen en leerjaren. Leerlingen hebben behoefte aan duidelijkheid over het onderwijsaanbod en hebben behoefte aan onderwijs dat aansluit op hun individuele wensen (maatwerk).

De vaksecties van [Aanbesteder] kiezen daarom voor het zogenaamde "LIFO-concept". Met het LIFO-concept wordt nadrukkelijk op de eerste plaats gekozen 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 (zowel voor wat betreft onderwijssoort als klas) beschikbaar zijn voor de leerling dan alleen de licentie van de betreffende klas waarin de leerling zit.

Bij het LIFO-concept wordt primair altijd de digitale licentie besteld welke vervolgens direct aan de leerling wordt geleverd. Daarnaast kan aanvullend folio lesmateriaal, zijnde werkboeken en lesboeken, door de leerlingen worden besteld. De vakdocenten maken de keuze of er al dan niet gebruik wordt gemaakt van aanvullend folio lesmateriaal, waardoor dit dus kan verschillen per vaksectie en leerjaar. Zowel de folio leer- als werkboeken (en combinatie) worden gekocht door opdrachtgever. Het betreft hier verbruiksmateriaal in de laatste versie/druk dat slechts bestemd is voor éénjarig gebruik. Bij het folio leermiddel zal de prijs gebaseerd zijn op de productieprijzen van het materiaal. Om een transparante uitvraag te kunnen doen, is het daarom noodzakelijk dat alle leermiddelen (zowel digitaal als folio) een eigen consumentenprijs hebben. Omdat het folio lesmateriaal verbruiksmateriaal is hoeft het aan het einde van het schooljaar niet ingenomen te worden van de leerling.

Om gepersonaliseerd leren mogelijk te maken is het van belang dat opdrachtnemer 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 een content. Het is zaak dat deze content bewerkt kan worden met daarbij de ondersteuning van opdrachtnemer. Vandaar dat opdrachtgever er nadrukkelijk voor kiest om de levering van content te combineren met de vraag naar onderwijsdiensten.

2.2.2. Leermiddelen extern leermiddelenfonds met fijn-distributie LIFO (perceel B)

Bij de leermiddelen van lesmethodes die niet worden afgenomen volgens het LIFO-concept, zal opdrachtgever gebruik maken van het externe leermiddelenfonds. Het betreft hier het tweede perceel. De vaksectie maakt ook hier de keuze voor de lesmethode.

In het externe leermiddelenfonds zijn verschillende opties aan de orde. Het huren van folio leermiddelen (leerboeken), het kopen van werkboeken en digitale leermiddelen (licenties), het kopen van folio leerboeken voor [drie scholen], het kopen van klassensets voor alle scholen en het nemen van een abonnement.

Ook in dit perceel zal opdrachtgever voornamelijk digitale licenties van een lesmethode op de leermiddelenlijst plaatsen en alleen daar waar de lesmethode niet voorziet in een digitale licentie, zal opdrachtgever folio leermiddelen op de leermiddelenlijst plaatsen en derhalve leerboeken huren en werkboeken kopen. Naar verwachting zal dit in beperkte mate aan de orde zijn.

Ten aanzien van de leermiddelen die onder perceel B vallen geldt ook dat de opdrachtnemer het bestelproces voor de leerlingen inricht, de fijndistributie verzorgt van leermiddelen naar de leerlingen en de inname van leermiddelen door de opdrachtnemer aan het einde van het schooljaar.

Onder dit perceel vallen ook het bestelproces voor de leerlingen en de fijndistributie van de folio leermiddelen die onderdeel zijn van de subpercelen van perceel A LIFO-concept. Deze folio leermiddelen dienen tezamen met de folio leermiddelen van het externe leermiddelenfonds in leermiddelenpakket geleverd te worden op het huisadres van de leerling. De folio leermiddelen die onderdeel zijn van sub percelen van perceel A LIFO-concept dienen aan het einde van het schooljaar echter niet ingenomen te worden door de opdrachtnemer van het externe leermiddelenfonds, want deze folio leermiddelen blijven bij de leerling.

2.3 Leermiddelenproces perceel A en perceel B

Hieronder wordt een aantal basisafspraken vastgelegd ten aanzien van het leermiddelenproces. Alleen na overleg tussen opdrachtgever en de opdrachtnemer van perceel B en wederzijds akkoord, kan hiervan worden afgeweken.

1. De opdrachtnemer van perceel B biedt voor 1 februari voorafgaand aan het nieuwe schooljaar een concept-leermiddelenlijst aan opdrachtgever aan. Hierop staan titels van lesmethoden van de leermiddelenlijst van het lopende schooljaar vermeld.
2. Opdrachtgever stuurt uiterlijk 15 maart een concept-leermiddelenlijst aan de opdrachtnemer van perceel B betreffende het nieuwe schooljaar met daarop lesmethoden die gehandhaafd worden en lesmethoden die nieuw opgevoerd worden met daarbij een onderscheid tussen de verschillende benoemde lesmethoden toebehorende aan het LIFO-concept (perceel A) en de leermiddelen in het extern leermiddelenfonds (perceel B);
3. De opdrachtnemer van perceel B adviseert voor 1 april over de concept-leermiddelenlijst,
4. Opdrachtgever stelt de leermiddelenlijsten definitief vast vóór 1 mei voor wat betreft perceel B en verstrekt het overzicht van de leermiddelen van de lesmethoden in het LIFO-concept van perceel A voorzien van een prognose van aantallen.
5. Uiterlijk 1 juni, stelt de opdrachtnemer van perceel B informatie digitaal beschikbaar aan de leerlingen van opdrachtgever, over de wijze van bestellen van leermiddelen voor het nieuwe schooljaar.
6. De opdrachtnemer van perceel B plaatst voor 1 juni namens opdrachtgever de geprognosticeerde bulkbestelling van de lesmethodes (digitaal en folio) van de betreffende LIFO-sub percelen bij opdrachtnemer van perceel A. De

opdrachtnemer van perceel A moet de tijdige beschikbaarheid op de commerciële markt bepalen.

7. Leerlingen van opdrachtgever bestellen uiterlijk in de eerste week van de zomervakantie bij de opdrachtnemer van perceel B de leermiddelen van perceel A en perceel B voor het nieuwe schooljaar.
- 7a. De opdrachtnemer van perceel B plaatst de bestelling, als bedoeld onder 7, uiterlijk aan het einde van de tweede week van de zomervakantie bij de opdrachtnemers van perceel A. Deze bestelling door de opdrachtnemer van perceel B betreft alleen de leermiddelen en aantallen zoals die door de ouders/leerlingen zijn geplaatst, daarbij wordt het volgende format gehanteerd:

Lesmethode + ISBN	Leerjaar
Niveau-Stream	Besteld aantal per lesmethode

- 7b. De opdrachtnemer van perceel A levert de door de opdrachtnemer van perceel B bestelde folio leermiddelen bedoeld onder 7a, uiterlijk aan het einde van de vijfde week van de zomervakantie aan de opdrachtnemer van perceel B. Met deze levering vindt ook de risico-overdracht van opdrachtnemer A naar opdrachtgever plaats.
8. Van de door de leerling tijdig bestelde leermiddelen (zoals aangegeven bij punt 7) worden de folio leermiddelen uiterlijk in week -1 geleverd door de opdrachtnemer van perceel B op het door de leerling aangegeven thuisadres.
9. Van de door de leerling tijdig bestelde leermiddelen (zoals aangegeven bij punt 7) worden de digitale leermiddelen uiterlijk in week -1 geleverd in de digitale leeromgeving van opdrachtgever door de opdrachtnemer van perceel A voor zover het perceel A betreft en door de opdrachtnemer van perceel B voor zover het perceel B betreft, zodat deze vanaf dat moment beschikbaar en operationeel zijn voor de leerlingen.
10. Nabestellingen gedurende het schooljaar kunnen alleen door opdrachtgever worden geplaatst.
- 10a. Nabestelling voor perceel A plaatst de school rechtstreeks bij de opdrachtnemer van perceel A. Folio leermiddelen van nabestellingen voor perceel A worden door de opdrachtnemer van perceel A binnen 10 werkdagen op de locatie van de school geleverd. Digitale leermiddelen van een nabestelling voor perceel A worden binnen 3 werkdagen geleverd door de opdrachtnemer van perceel A in de digitale leeromgeving van de school.
- 10b. Nabestelling voor perceel B plaatst de school rechtstreeks bij de opdrachtnemer van perceel B. Folio leermiddelen van nabestellingen voor perceel B worden door de opdrachtnemer van perceel B binnen 10 werkdagen op de locatie van de school geleverd. Digitale leermiddelen van een nabestelling voor perceel B worden binnen 3 werkdagen geleverd door de opdrachtnemer van perceel B in de digitale leeromgeving van de school.
11. De geleverde leermiddelen uit perceel A worden door de opdrachtnemer van perceel A rechtstreeks gefactureerd bij opdrachtgever. De geleverde leermiddelen uit perceel B worden door de opdrachtnemer van perceel B rechtstreeks gefactureerd bij opdrachtgever.
12. Aan het einde van het schooljaar, het exacte tijdstip nog nader in overleg te bepalen, worden alleen de huurboeken die onder het extern leermiddelenfonds vallen van perceel B door de opdrachtnemer van perceel B ingenomen en gecontroleerd op schade en verlies. De folio leermiddelen van perceel A blijven bij de leerling en worden dus niet ingenomen.

Hoofdstuk 3. De procedure

(...)

3.1 Voorwaarden betreffende de procedure

(...)

3.1.6. Onjuistheden

Dit document is met zorg samengesteld. Mocht inschrijver desondanks tegenstrijdigheden of onvolkomenheden tegenkomen, dan dient inschrijver deze zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk de laatste dag dat vragen gesteld kunnen worden, schriftelijk kenbaar te maken aan de contactpersoon (...). Inschrijvers worden erop geattendeerd, dat op niet-gesignaleerde onvolkomenheden of tegenstrijdigheden in een later stadium geen beroep meer kan worden gedaan.

(...)

Hoofdstuk 4. Beoordeling van de offertes

(...)

4.3 Beoordeling gunningscriteria

4.3.1 Minimumeisen

Beoordeling van de minimumeisen vindt plenair plaats in de beoordelingscommissie. Indien de offerte niet aan één of meerdere minimumeisen voldoet, dan wordt de offerte ter zijde geschoven en uitgesloten van de verdere beoordelingsprocedure

4.3.2 Kwaliteitsvragen (wensen) met puntenscore met absolute beoordeling

Beoordeling van de antwoorden op deze vragen vindt per inschrijver plaats zonder de antwoorden van inschrijvers met elkaar te vergelijken. Elke beoordelaar toetst of inschrijver de gevraagde aspecten voldoende inhoudelijk heeft beantwoord. Deze beoordeling legt de beoordelaar in eerste aanleg vast op zijn beoordelingsformulier. Vervolgens vindt onder leiding van de voorzitter van de beoordelingscommissie overleg plaats over de beantwoording van de vragen. Indien de beoordeling unaniem is, dan vindt de puntenwaardering plaats zoals aangegeven door beoordelaars in eerste aanleg.

4.3.3 Kwaliteitsvragen (wensen) met puntenscore met relatieve beoordeling

Bij het beoordelen van wensen met een relatieve beoordeling worden de antwoorden van de verschillende inschrijvers met elkaar vergeleken, waarna een score wordt gegeven. Bij deze beoordeling worden de antwoorden van de verschillende inschrijvers met elkaar vergeleken, waarna een beoordeling plaatsvindt.

- *Individuele beoordeling*

Nadat de beoordelaar het antwoord van elke inschrijver heeft bestudeerd, geeft hij aan elke inschrijver een rapportcijfer. De beoordelaar kan kiezen uit de volgende scores en motiveringen:

Rapportcijfer	Motivering
10	<p>Het antwoord wordt als uitstekend beoordeeld:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Het gegeven antwoord op de vraag voldoet buitengewoon aan de wensen zoals aangegeven bij de wens. • Het antwoord heeft toegevoegde waarde. • Het antwoord geeft aan, dat de inschrijver een hoogwaardige kwaliteit van dienstverlening biedt. • Het antwoord geeft aan dat er diepgaande en excellente kennis is van de materie. • Het gegeven antwoord onderscheidt zich in positieve zin ten opzichte van de overige inschrijvers.
8	<p>Het antwoord wordt als goed beoordeeld:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Het gegeven antwoord op de wens voldoet goed aan de wensen zoals aangegeven bij de vraagstelling. • Het gegeven antwoord is duidelijk en relevant voor de opdracht. • Het antwoord heeft goede detaillering. • De invulling van de wens heeft diepgang/getuigt van kennis en ervaring van de materie, maar is niet excellent. • De invulling van de wens is goed toepasbaar tijdens de contractuitvoering. • Met het gegeven antwoord onderscheidt de inschrijver zich niet in positieve, maar ook niet in negatieve zin ten opzichte van de overige inschrijvers.
6	<p>Het antwoord wordt als matig beoordeeld:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Het gegeven antwoord op de wens voldoet matig aan de wensen zoals aangegeven bij de vraagstelling. • Met het gegeven antwoord onderscheidt de inschrijver zich niet in positieve, maar ook niet in negatieve zin ten opzichte van de overige inschrijvers. • Het antwoord heeft matige detaillering. • Het antwoord is matig voor wat betreft diepgang/kennis en ervaring. • Het antwoord is matig toepasbaar tijdens de contractuitvoering.
4	<p>Het antwoord wordt als slecht beoordeeld:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Het gegeven antwoord heeft wel een relatie met de wens en biedt aanknopingspunten voor de invulling van de wens, maar voldoet slecht aan de vraagstelling. • Het gegeven antwoord geeft een onvolledig beeld. • Het gegeven antwoord heeft onvoldoende detaillering. • Het antwoord heeft weinig diepgang/getuigt van te weinig diepgaande kennis en ervaring. • Met het gegeven antwoord onderscheidt de inschrijver zich in negatieve zin ten opzichte van de overige inschrijvers.
2	<p>Het antwoord wordt als zeer slecht beoordeeld:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Het antwoord op de wens is zeer slecht. • Het gegeven antwoord heeft wel een relatie met de wens en biedt aanknopingspunten voor de invulling van de wens, maar voldoet zeer slecht aan de wensen zoals aangegeven bij de vraagstelling. • Met het gegeven antwoord onderscheidt de inschrijver zich in zeer negatieve zin ten opzichte van andere inschrijvers.
0	<p>Er is geen antwoord gegeven:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Er is geen antwoord gegeven op de wens. • Het gegeven antwoord op de wens heeft geen relatie met de wens of biedt geen aanknopingspunten.

- *Collegiale beoordeling*

Vervolgens vindt overleg plaats tussen de beoordelaars, waarbij argumenten tussen beoordelaars worden uitgewisseld. Hierna stelt elke beoordelaar zijn rapportcijfers definitief vast. Tenslotte wordt voor elke inschrijver de som van rapportcijfers van de beoordelaars gedeeld door het totaal van de maximaal mogelijke rapportcijfers, in casu 50 (5 beoordelaars kunnen elk maximaal een rapportcijfer 10 geven). Dit resultaat wordt vermenigvuldigd met de maximale score voor de betreffende vraag.

Voorbeeld met 3 inschrijvers en 5 beoordelaars.

	inschrijver A	inschrijver B	inschrijver C
Beoordelaar 1	10	6	4
Beoordelaar 2	10	10	2
Beoordelaar 3	8	8	8
Beoordelaar 4	10	10	2
Beoordelaar 5	8	8	2
Totaal	46	42	18

Stel dat voor de betreffende wens maximaal 100 punten gescoord kunnen worden.
inschrijver A ontvangt dan $46/50 * 100$ punten.
inschrijver B ontvangt dan $42/50 * 100$ punten.
inschrijver C ontvangt dan $18/50 * 100$ punten.

Een beoordelaar is niet verplicht voor een wens aan een van de inschrijvers een rapportcijfer 10 toe te kennen. Indien geen der antwoorden naar de mening van de beoordelaars als uitstekend wordt beoordeeld, dan zal geen rapportcijfer 10 worden toegekend. Ook kan een beoordelaar aan verschillende inschrijvers hetzelfde rapportcijfer toekennen, zoals uit het voorbeeld blijkt. Alle uitkomsten worden op twee decimalen rekenkundig afgerond, dus bijvoorbeeld 66,616 wordt 66,62.

4.3.4 Beoordelen prijs

De score voor prijs wordt berekend zoals bij de vragen ten aanzien van de prijs is vermeld.

4.4 Economisch meest voordelige inschrijving

De opdracht wordt per perceel gegund aan de inschrijver die de hoogste score behaalt. Indien twee of meer inschrijvers de hoogste score behalen, dan wint de inschrijver met de hoogste score voor het onderdeel kwaliteit. Indien ook deze scores gelijk zijn, dan 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.

(...)

Hoofdstuk 6. Gunningscriteria

PERCEEL A LIFO-Concept EISEN & WENSEN

Het hoofdperceel A bestaat uit 44 subpercelen. Inschrijver dient onderstaand duidelijk aan te geven onder vermelding van de letter A met het bijbehorende cijfer van het subperceel voor welke subpercelen wordt ingeschreven. Indien inschrijver inschrijft voor meerdere subpercelen dan dient inschrijver één volledige offerte in te dienen (met daarbij één volledig ingevuld hoofdstuk 5 en 6). In deze offerte dient inschrijver duidelijk aan te geven bij welke subpercelen onder gelijke voorwaarden dan wel afwijkende voorwaarden wordt ingeschreven. De hoofdstukken met afwijkende voorwaarden dienen separaat bijgevoegd te worden.

(...)

6.0.A Score-overzicht perceel A

6.1.A. Logistiek en beschikbaarheid	maximale score
wens 1 leveren nabestellingen	25
wens 2 leermiddelen andere niveaus	100
wens 3 gebruik digitale leermiddelen	150
wens 4 voorkomen niet beschikbaarheid	150
wens 5 actuele informatie lesmateriaal	25
wens 6 tijdelijke oefenlicentie	25
Subtotaal	475

6.2.A. Kwaliteit van leermiddelen	
wens 1 invloed leermiddelen	200
wens 2 gepersonaliseerd leren	200
wens 3 bewaren historie	200
wens 4 arrangeren	200
Subtotaal	800

6.3.A. Facturatie, helpdesk en managementinformatie	
wens 1 inzage gebruik licenties	200
wens 2 helpdesk	200
Subtotaal	400

6.4.A. Retournering leermiddelen	
wens 1 ongeopende licenties	75
Subtotaal	75

6.5.A. Overeenkomst

totaal kwaliteit **1750**

6.6.A. Prijsstelling	
wens 1 kortingspercentage	2500
wens 2 kortingspercentage alle subpercelen	100
Subtotaal	2600

totaal prijs **2600**

totaal prijs en kwaliteit **4350**

6.1.A Logistiek en beschikbaarheid perceel A

Minimumeisen		
Nummer	Minimumeis	Antwoord inschrijver
1.	Opdrachtgever maakt gebruik van het "LIFO-concept" zoals beschreven in hoofdstuk 2.2.1. Inschrijver garandeert leermiddelen overeenkomstig dit concept te leveren?	Ja / Nee
2.	Garandeert inschrijver uitvoering te geven als opdrachtnemer van perceel A aan de betreffende onderdelen van het gestelde in paragraaf 2.3 Leermiddelenproces perceel A en perceel B?	Ja / Nee
3.	Garandeert inschrijver de folio leermiddelen van het betreffende LIFO-subperceel (van de bulkbestelling) binnen 3 weken, gerekend vanaf de datum zoals vermeld bij punt 6 van paragraaf 2.3 Leermiddelenproces perceel A en perceel B op de locatie van opdrachtnemer van perceel B te leveren?	Ja / Nee
4.	Garandeert inschrijver dat digitale leermiddelen (licenties) die leerlingen van opdrachtgever bestellen (bulkbestelling), uiterlijk in week -1 beschikbaar zijn in de digitale leeromgeving van de school van opdrachtgever?	Ja / Nee
5.	Garandeert inschrijver de folio leermiddelen van het betreffende LIFO-subperceel van een nabestelling uiterlijk 10 werkdagen na moment van bestelling op de locatie van de opdrachtgever te leveren?	Ja / Nee
6	Garandeert inschrijver dat digitale leermiddelen (licenties) van een nabestelling binnen 3 werkdagen te leveren, zodat deze beschikbaar zijn in de digitale leeromgeving van de school van opdrachtgever?	Ja / Nee
9.	Garandeert inschrijver dat het opdrachtgever is toegestaan om naast de afgenomen leermiddelen ook gebruik te maken van leermiddelen of toevoegingen hieraan te doen die afkomstig zijn van de niet-commerciële markt (zoals bijvoorbeeld VO-content)?	Ja / Nee
10.	Opdrachtgever geeft geen garanties voor het aantal te bestellen leermiddelen. Accepteert inschrijver dit?	Ja / Nee
11.	Garandeert inschrijver dat bestelde digitale licenties beschikbaar zijn en platformafhankelijk zijn, zodat een koppeling met de leerling applicatie kan worden gemaakt?	Ja / Nee
12.	Garandeert inschrijver dat digitale licenties beschikbaar zijn en systeemonafhankelijk zijn, zodat deze zonder beperkingen werken in onder andere maar niet uitsluitend minimaal de meest actuele versie van Internet Explorer (MS Edge),	Ja / Nee

	Chrome, Fire Fox en Safari dan wel in de versie die daaraan voorafging?	
13.	Inschrijver maakt voor uitwisselen van gegevens in de leer-middelenketen en voor het leveren van digitale leermiddelen (digitale licenties) gebruik van de open standaarden die zijn vastgesteld en worden beheerd door Edustandaard. Opdrachtgever accepteert hiervoor geen extra kosten. Garandeert inschrijver hieraan te voldoen gedurende de looptijd van de raamovereenkomst?	Ja / Nee
14.	Opdrachtgever garandeert dat de door inschrijver geleverde leermiddelen alleen aan de eigen leerlingen ter beschikking worden gesteld. De folio leermiddelen worden verbruikt door de leerling en blijven bij de leerling. Deze worden derhalve na verbruik niet ingenomen door inschrijver. Accepteert inschrijver dit?	Ja / Nee

Wensen (vragen) met puntenwaardering		
Nummer en maximale score wens		Antwoord inschrijver
Wens 1. Score max. 25 punten	Overeenkomstig paragraaf 2.3 dient inschrijver nabestellingen betreffende folio leermiddelen binnen 10 werkdagen na aanvang van het schooljaar te leveren op de door opdrachtgever aangegeven locatie(s). Indien inschrijver deze leermiddelen binnen 5 werkdagen na moment van bestelling kan leveren op de door opdrachtgever aangegeven locatie(s) dan ontvangt inschrijver hiervoor 25 punten. Garandeert inschrijver deze leermiddelen binnen 5 werkdagen te leveren?	Ja / Nee
	Ja scoort 25 punten. Nee scoort 0 punten.	
Wens 2. Score max. 100 punten	Zodra de leerling van opdrachtgever een digitale licentie van een lesmethode bestelt, eist opdrachtgever dat deze leerling ook over de andere niveaus en leerjaren van deze lesmethode kan beschikken (VMBO/HAVO/VWO), zonder dat de leerling beperkt wordt in het gebruik van deze licentie. Opdrachtgever heeft hierbij een voorkeur voor een inschrijver die het mogelijk maakt dat de docent ondanks de niveauverschillen binnen een klas toch overkoepelend de voortgang van zijn klas kan bijhouden op een gebruikersvriendelijke wijze (denk aan niet apart in- en uitloggen voor aparte niveaus). Inschrijver dient zijn gebruikersvriendelijkheid aan te tonen. Hoe gebruikersvriendelijker hoe hoger de score.	Toelichting in max 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.
	Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.	

<p>Wens 3. Score max. 150 punten</p>	<p>Leerlingen van opdrachtgever maken gebruik van verschillende informatiedragers voor het gebruik van digitale leermiddelen vanuit de gangbare browsers en besturingssystemen. Denk aan bijvoorbeeld, maar niet uitsluitend, desktops, chromebooks, laptops, tablets, ipads en smartphones. Opdrachtgever wenst een inschrijver, die garandeert dat digitale leermiddelen zonder problemen werken op deze verschillende informatiedragers, gangbare browsers (onder andere maar niet uitsluitend minimaal de meest actuele versie van Internet Explorer, Chrome, Fire Fox en Safari dan wel in de versie die daaraan voorafging) en besturingssystemen, onafhankelijk van het merk en type van de informatiedrager. Opdrachtgever wenst met andere woorden dat het gebruik van digitale leermiddelen tijd- en werkplekonafhankelijk is en ook platformonafhankelijk. Inschrijver dient zijn mogelijkheden toe te lichten.</p>	<p>Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.</p>
<p>Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.</p>		
<p>Wens 4. Score max. 150 punten</p>	<p>Opdrachtgever heeft een voorkeur voor een inschrijver die voorkomt dat geleverde digitale leermiddelen kortere of langere tijd niet beschikbaar zijn (bijvoorbeeld als gevolg van een bug), waarbij inschrijver dient aan te geven welke responsetijden en time-to-fix hierbij wordt gehanteerd. 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 de waardering is afhankelijk van de mate waarin inschrijver gemotiveerd kan aantonen dat niet-beschikbaarheid van leermiddelen tot een minimum beperkt blijft onder vermelding van het beschikbaarheidspercentages dat inschrijver garandeert.</p>	<p>Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.</p>
<p>Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.</p>		
<p>Wens 5. Score max. 25 punten</p>	<p>Opdrachtgever heeft een voorkeur voor actuele informatie die inschrijver ter ondersteuning aanbiedt gedurende het gebruik van de lesmethode, denk hierbij bijvoorbeeld aan nieuwsbrieven. Hier wordt dus niet de vervanging van de hele lesmethode bedoeld. Inschrijver dient toe te lichten (op welke manieren) informatie wordt aangeboden om de methode zo actueel mogelijk te houden.</p>	<p>Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.</p>
<p>Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.</p>		

Wens 6. Score max. 25 punten	Op [School A] zitten leerlingen die geen of weinig Nederlands spreken. Deze leerlingen worden bij [School A] voorbereid op het reguliere, Nederlandstalige onderwijs. Opdrachtgever wenst voor de leerlingen van [School A] die klaar zijn voor regulier onderwijs, kennis te laten maken met lesmethode(s) die worden gebruikt in het reguliere Nederlandse onderwijs. Dus bijvoorbeeld: een leerling maakt aankomend schooljaar de overstap naar regulier onderwijs op [School B]. Daarom wil de school deze leerling 3 maanden voor de zomervakantie een oefenlicentie geven (waarmee hij kan oefenen met de lesmethode) van de lesmethode Nederlands die op [School B] wordt gebruikt. Inschrijver wordt verzocht toe te lichten op welke wijze inschrijver voorziet in deze wens onder vermelding van welke kosten voor de oefenlicentie in rekening worden gebracht bij opdrachtgever waarbij het van belang is de kosten en administratieve belasting voor opdrachtgever zo laag mogelijk te houden.	Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.
	Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.	

6.2.A Kwaliteit van leermiddelen perceel A

Wensen (vragen) met puntenwaardering		
Nummer en maximale score wens		Antwoord inschrijver
Wens 1. Score max. 200 punten	Opdrachtgever hecht grote waarde aan de kwaliteit van leermiddelen waarbij opdrachtgever het van belang vindt dat de vaksecties van opdrachtgever de mogelijkheid hebben invloed uit te oefenen op de kwaliteit van de geboden leermiddelen. Het betreft hier niet de arrangeerfunctie, maar de ontwikkeling van de lesmethoden. Als voorbeeld kan worden aangehaald dat vaksecties de conclusie trekken dat een hoofdstuk van een lesmethode door leerlingen niet begrepen wordt, waardoor bijbehorende vragen op grote schaal foutief worden beantwoord. Deze input kan dan reden zijn om wijzigingen aan te brengen in dit hoofdstuk. Op welke wijze biedt inschrijver deze mogelijkheid en binnen welke termijn wordt deze mogelijkheid geboden aan opdrachtgever. Hoogte van de waardering is afhankelijk van de mate waarin inschrijver de mogelijkheid biedt aan vaksecties om commentaar te geven op leermiddelen en aantoon dat dit commentaar daadwerkelijk invloed heeft op de verdere doorontwikkeling van de leermiddelen.	Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.
Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.		

<p>Wens 2. Score max 200 punten</p>	<p>Naast de door inschrijver geleverde leermiddelen heeft opdrachtgever behoefte aan bijhorende ondersteuning, dus zonder extra kosten voor opdrachtgever, bij 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; waarmee bewerkingen kunnen worden doorgevoerd in de digitale applicatie) van leermiddelen en anderzijds uit onderwijskundige ondersteuning (wat is het doel van het leermiddel en hoe kan dit het beste aangeboden worden) bij het gebruik van het leermiddel in het onderwijsleerproces. Bij dit laatste kan bijvoorbeeld gedacht worden aan bijeenkomsten met vaksecties waarbij een toelichting wordt gegeven over doel, inhoud en opzet van de lesmethode en het gebruik van de leermiddelen. Hoogte van de waardering is afhankelijk van de mate waarin de technische ondersteuning wordt geboden en de mate waarin onderwijskundige ondersteuning wordt geboden.</p>	<p>Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.</p>
<p>Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.</p>		
<p>Wens 3. Score max. 200 punten</p>	<p>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) gedurende zijn schoolloopbaan naar believen bewaard kunnen worden. Hoogte van de waardering is afhankelijk van de mogelijkheden om genoemde bewerkingen te bewaren gedurende de schoolloopbaan van de leerling.</p>	<p>Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.</p>
<p>Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.</p>		
<p>Wens 4. Score max. 200 punten</p>	<p>Opdrachtgever wenst de mogelijkheid om het digitaal lesmateriaal te kunnen arrangeren. Inschrijver dient zijn mogelijkheden met betrekking tot het arrangeren toe te lichten, waarbij inschrijver beschrijft in welke mate de mogelijkheid bestaat dat eigen aanvullingen/wijzigingen door opdrachtgever zijn geïntegreerd binnen het totale digitale materiaal en hoe deze aanvullingen/wijzigingen door opdrachtgever veiliggesteld kunnen worden ten aanzien van volgende jaren/edities.</p>	<p>Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.</p>
<p>Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.</p>		

6.3.A Facturatie, helpdesk en managementinformatie perceel A

Minimumeisen		
Nummer	Minimumeis	Antwoord inschrijver
1.	Inschrijver factureert de leermiddelen na de levering, per school (kostenplaats) gespecificeerd zoals in minimumeis 2, op één maandelijks factuur, in Pdf en stuurt de digitale factuur naar het e-mailadres van opdrachtgever. Voor de bulklevering geldt dat deze in 1 factuur wordt gefactureerd. Garandeert inschrijver hieraan te voldoen?	Ja / Nee
2.	Inschrijver verzendt geen losse facturen, maar facturen worden gebundeld en maximaal éénmaal per maand verzonden. Elke factuur is per school als volgt gespecificeerd: ISBN lesmethode, titel lesmethode, consumentenprijs, het kortingspercentage, BTW tarief en het bijbehorende aantal. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
3.	Inschrijver onderhoudt geen rekening-courant verhouding met opdrachtgever inzake debet- en creditfacturen, maar betaalt creditfacturen zonder verrekening van openstaande posten aan inschrijver. Garandeert inschrijver hieraan te voldoen?	Ja / Nee
4.	Inschrijver biedt een helpdesk aan de school van opdrachtgever die zowel telefonisch als via e-mail bereikbaar is. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
5.	Inschrijver communiceert in woord en geschrift in goed en begrijpelijk Nederlands. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
6.	Inschrijver garandeert één vaste accountmanager op opdrachtgeversniveau, die op verzoek van opdrachtgever overleg voert met opdrachtgever over de voortgang van de raamovereenkomst. Garandeert inschrijver dit?	Ja / Nee
7.	Inschrijver zal jaarlijks, tijdens een overleg bij 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

Wensen (vragen) met puntenwaardering		
Nummer en maximale score wens		Antwoord inschrijver
Wens 1. Score max. 200 punten	Opdrachtgever wenst jaarlijks in april op school niveau en opdrachtgever niveau digitaal inzage (in een Excel-beestand) in het gebruik van de digitale licenties ten aanzien van het lopende schooljaar. Denk hierbij aan de mate waarin een licentie wordt gebruikt, hoe vaak een licentie wordt gebruikt, gemiddelden, hoe lang een licentie per keer wordt gebruikt enzovoort. Hierbij wenst opdrachtgever tevens dat duidelijk is welke en hoeveel digitale licenties wel en welke niet gebruikt zijn door de leerlingen van opdrachtgever. Inschrijver dient toe te lichten in hoeverre en op welke wijze aan de wensen van opdrachtgever wordt voldaan.	Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.
	Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.	
Wens 2. Score max. 200 punten	Zie minimumeis 4. Opdrachtgever wenst een adequate helpdesk voor de school van opdrachtgever. Hiervan is sprake indien de helpdesk <ul style="list-style-type: none"> - klantvriendelijk is; - op werkdagen in elk geval tussen 09.00 uur en 17.00 uur telefonisch bereikbaar is; - telefoonkosten hanteert die niet meer bedragen dan de reguliere tarieven zonder extra kosten; - ook via e-mail bereikbaar is; - actuele inzage biedt in de status van een bestelling onder vermelding van de werkelijke leverdatum; - medewerkers van de helpdesk van inschrijver volledig op de hoogte zijn van de afspraken uit de overeenkomst en van de organisatie opdrachtgever; - snel en adequaat vragen, klachten en storingen van opdrachtgever afhandelt; - actuele inzage biedt in de status van een vraag of klacht of storing onder vermelding van de status en bij welke medewerker van inschrijver de vraag of klacht of storing in behandeling is. Inschrijver dient toe te lichten in hoeverre en op welke wijze aan deze wensen van opdrachtgever wordt voldaan.	Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.
	Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.	

6.4.A Retournering leermiddelen perceel A

Minimumeisen		
Nummer minimumeis		Antwoord inschrijver
1.	Garandeert inschrijver dat maximaal 2% van de teveel bestelde leermiddelen betreffende de bulkbestelling uiterlijk in week 3 van het schooljaar zonder kosten geretourneerd kunnen worden, mits in originele staat?	Ja / Nee

Wensen (vragen) met puntenwaardering		
Nummer en maximale score wens		Antwoord inschrijver
Wens 1. Score max. 75 punten	Opdrachtgever wenst gecrediteerd te worden door inschrijver ten aanzien van niet geopende digitale licenties aan het einde van het schooljaar in juni. Inschrijver dient toe te lichten in hoeverre en op welke wijze aan de wensen van opdrachtgever wordt voldaan.	Toelichting in max. 2x A4 als bijlage achter deze paragraaf bijvoegen.
	Zie 4.3.3 voor de wijze van beoordeling.	

6.5.A Overeenkomsten perceel A

Minimumeisen		
Nummer Minimumeis		Antwoord inschrijver
1	Inschrijver accepteert de raamovereenkomst die in concept als bijlage is bijgevoegd. Deze overeenkomst zal gedurende de aanbestedingsperiode definitief worden vastgesteld. Inschrijver heeft naast het stellen van vragen de mogelijkheid om amendementen voor te stellen. Deze worden beoordeeld door de aanbestedende dienst en middels de nota van inlichtingen definitief vastgesteld. Naast de raamovereenkomst zijn ook de algemene inkoopvoorwaarden gevoegd. Voor de algemene inkoopvoorwaarden kunnen geen amendementen ingediend worden, doch slechts het verzoek worden gedaan deze voor deze overeenkomst buiten toepassing te verklaren. Accepteert inschrijver de raamovereenkomst?	Ja / Nee

2	Garandeert inschrijver de Model verwerkersovereenkomst 3.0 zoals vastgesteld door de PO- en VO-Raad bij het Convenant Digitale Onderwijsmiddelen en Privacy, te tekenen indien de opdracht aan inschrijver wordt gegund en garandeert inschrijver te voorzien in de 2 vereiste bijlagen van deze verwerkersovereenkomst voor aanvang van de raamovereenkomst?	Ja / Nee
----------	---	----------

6.6.A Prijsstelling perceel A

Minimumeisen		
Nummer minimumeis		Antwoord inschrijver
1.	<p>Uitgangspunten prijsstelling:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 Inschrijver dient één kortingspercentage te offrenen. 2 De consumentenprijs van alle te leveren leermiddelen, zowel digitaal als folio, wordt verminderd met het geoffreerde kortingspercentage. 3 Er dienen consumentenprijzen gepubliceerd te worden voor elk van de afzonderlijke leermiddelen welke tot de lesmethode behoren. De gepubliceerde consumentenprijzen moeten aantonen dat de consumentenprijs voor de digitale licentie een marktconform tarief vertegenwoordigt voor digitale licenties die gangbaar zijn en de consumentenprijs voor het folio materiaal overeenkomt met een consumentenprijs voor verbruiksmateriaal. 4 Opdrachtgever zal lesmethoden, in de regel, 4 jaar op de leermiddelenlijst plaatsen. 5 Gedurende de looptijd van de raamovereenkomst kan opdrachtgever een andere lesmethode in het LIFO-concept van perceel A op de leermiddelenlijst plaatsen. 6 Indien opdrachtgever de lesmethode minder dan 4 jaar op de leermiddelenlijst plaatst dan vergoedt opdrachtgever 1/4^e deel van het kortingspercentage per ontbrekend jaar aan inschrijver. Als de overeenkomst eindigt vervalt de korting van de contractduur. 7 Voor zover inschrijver kosten in rekening wenst te brengen, dient inschrijver deze kosten mee te nemen in het te offrenen kortingspercentage. Andere kosten worden niet separaat vergoed. 8 Inschrijver wordt de mogelijkheid geboden een kortingspercentage per subperceel te offrenen en een 	Ja / Nee

	<p>kortingspercentage voor alle subpercelen waarvoor wordt ingeschreven.</p> <p>Accepteert inschrijver de bovenstaande uitgangspunten inzake prijsstelling en zal inschrijver hier uitvoering aan geven?</p>	
--	--	--

Wensen (vragen) met puntenwaardering		
Nummer en maximale score wens		Antwoord inschrijver
Wens 1.	Inschrijver dient het kortingspercentage te vermelden waarmee de consumentenprijs van de leermiddelen van de lesmethode van het subperceel wordt verminderd.	Korting ... %
Score max. 2500 punten	Inschrijver met het hoogste percentage ontvangt 2500 punten. Overige inschrijvers ontvangen een score gerelateerd aan de hoogste score. Voorbeeld: inschrijver A offreert 20% en inschrijver B offreert 10%. Inschrijver A scoort 2500 punten en inschrijver B scoort $10/20 * 2500 = 1250$ punten.	
Wens 2.	Opdrachtgever biedt inschrijver de mogelijkheid een hoger kortingspercentage te bieden voor alle subpercelen waarvoor inschrijver inschrijft van hoofdperceel A.	Korting ... % Subpercelen
Score max. 100 punten	Indien een afwijkend kortingspercentage voor alle subpercelen tezamen waarvoor inschrijver inschrijft is afgegeven dan kan inschrijver hier maximaal 100 punten mee scoren. Opdrachtgever zal als eerste het kortingspercentage bij wens 2 beoordelen. Indien dit kortingspercentage niet tot een gunning leidt van alle subpercelen waarvoor inschrijver inschrijft, dan zullen de kortingspercentages voor de afzonderlijke subpercelen van wens 1 worden beoordeeld. 0% is niet toegestaan.	

PERCEEL B Extern leermiddelenfonds EISEN & WENSEN

6.0.B Score-overzicht perceel B

6.1.B. Logistiek en beschikbaarheid	maximale score
wens 1 100% levering	30
wens 2 gebruiksvriendelijke bestelapplicatie	30
wens 3 foutpercentage	10
wens 4 ondersteuning inrichting digitale leeromgeving	30
wens 5 actuele informatie lesmateriaal	10
wens 6 inname, controle, innen kosten leermiddelen perceel B	20
Subtotaal	130

6.2.B. Facturatie, helpdesk en informatie	
wens 1 helpdesk opdrachtgever	30
wens 2 helpdesk leerling	30
wens 3 ondersteuning leermiddelenlijst	10
wens 4 consumentenprijzen	20
wens 5 facturatie en managementrapportages	10
wens 6 managementinformatie en benchmarks	10
wens 7 op tijd bestellen	10
Subtotaal	120

6.3.B. Retournering leermiddelen	
wens 1 inzage gebruik en ongeopende digitale licenties	20
Subtotaal	20

6.4.B. Overeenkomsten

totaal kwaliteit	270
-------------------------	------------

6.5.B. Prijsstelling	
wens 1 kortingspercentage	80
wens 2 distributie per leerling per jaar	100
Subtotaal	180

totaal prijs	180
---------------------	------------

totaal prijs en kwaliteit	450
----------------------------------	------------

6.1.B Logistiek en beschikbaarheid perceel B

Minimumeisen		
Nummer	Minimumeis	Antwoord inschrijver
(...)	(...)	(...)
6	Garandeert inschrijver minimaal 95% van de folio leermiddelen van de bulkbestelling die tijdig door de leerling zijn besteld (zie 2.3 Leermiddelenproces perceel A en perceel B) uiterlijk in week -1 te leveren op het huisadres van de leerling?	Ja / Nee
(...)	(...)	(...)

(...)

6.5.B Prijsstelling perceel B

Minimumeisen		
Nummer	Minimumeis	Antwoord inschrijver
1	Uitgangspunten prijs: <ol style="list-style-type: none">1. In perceel B zal opdrachtgever zoveel mogelijk de digitale licentie van een lesmethode op de leermiddelenlijst plaatsten. Alleen indien van een lesmethode geen geschikte digitale licentie beschikbaar is, dan zal opdrachtgever het folio leermiddel (leerboeken) huren.2. Inschrijver zal te huren folio leermiddelen aanbieden tegen het huurpercentage (inclusief verhuurrecht) van 25%.3. Inschrijver zal digitale licenties, werkboeken, werkboeken in combinatie met digitale licenties aanbieden tegen de consumentenprijs verminderd met het door inschrijver geoffreerde kortingspercentage bij wens 1.4. Inschrijver zal abonnementen aanbieden tegen de consumentenprijs verminderd met het kortingspercentage van 5%.5. Voor [drie scholen] is geen extern leermiddelenfonds aan de orde. Deze scholen kopen de leermiddelen die zijn verschenen op de commerciële markt. Voor deze scholen geldt een kortingspercentage voor alle te kopen leermiddelen van 10%. Dit kortingspercentage geldt ook voor de andere scholen van opdrachtgever indien zij leerboeken kopen voor klassensets.6. Voor de handling en distributie van	Ja / Nee

	<ul style="list-style-type: none"> - perceel A de folio leermiddelen (leveren op huisadres, geen inname) en - perceel B de distributie van folio leermiddelen (o.a. leveren op huisadres, inname en controle van huurboeken en boeken van abonnementen) en - perceel A en B de digitale leermiddelen (leveren en beschikbaar per leerling in digitale leeromgeving die de school aanwijst) <p>zal opdrachtgever jaarlijks een bedrag per leerling per jaar vergoeden. <i>Hierbij geldt een maximumbedrag van €25 inclusief BTW per leerling per jaar.</i></p> <p>7. Opdrachtgever zal op geen enkele andere wijze kosten vergoeden aan inschrijver. De prijzen zijn inclusief alle kosten die inschrijver bij opdrachtgever in rekening wil brengen zoals bijvoorbeeld, maar niet uitsluitend, verhuurrecht, verzendkosten, distributie, retourkosten, kosten voor verhalen schade en verlies aan leermiddelen bij de leerling, innen schoolkosten bij de leerlingen, auteursrechten, managementinformatie, benchmarks, helpdesk enzovoorts en alle werkzaamheden die voortvloeien uit de eisen en wensen van de offerteaanvraag.</p> <p>8. Anderszins vormgegeven prijsinformatie wordt niet in behandeling genomen.</p> <p>Inschrijver accepteert deze uitgangspunten en zal hier uitvoering aan geven gedurende de looptijd van de overeenkomst. Garandeert inschrijver dit?</p>	
--	---	--

Wensen (vragen) met puntenwaardering		
Nummer en maximale score		Antwoord inschrijver
Wens 1. Score max. 80 punten	Betreft de door opdrachtgever te kopen leermiddelen. Inschrijver dient het kortingspercentage te vermelden waarmee de consumentenprijzen van te kopen losse digitale licenties, werkboeken, werkboeken in combinatie met digitale licenties worden verminderd.%
	Inschrijver met het hoogste kortingspercentage ontvangt 80 punten. Overige inschrijvers ontvangen een score gerelateerd aan het hoogste kortingspercentage. Voorbeeld: inschrijver A offreert 15% en inschrijver B offreert 10%. Inschrijver A scoort 80 punten en inschrijver B scoort $10/15 * 80 = 53,33$ punten.	

Wens 2. Score max. 100 pun- ten	Betreft het door opdrachtgever te vergoeden bedrag per leerling per jaar voor alle werkzaamheden omtrent hand- ling en distributie van folio en digitale leermiddelen van perceel A en perceel B. Inschrijver dient het bedrag per leerling per schooljaar te vermelden. <i>Hiervoor geldt een plafondbedrag van €25,00 inclusief BTW per leerling per schooljaar.</i> Het te vergoeden bedrag per leerling per jaar is niet aan de orde bij [drie scholen]	€ ...,.. Incl BTW
	Inschrijver met de laagste prijs per leerling per jaar ontvangt 100 punten. Overige inschrijvers ontvangen een score gerelateerd aan de laagste prijs. Voorbeeld: inschrijver A offreert €12,00 en inschrijver B offreert €24,00. Inschrijver A scoort 100 punten en inschrijver B scoort 12/24 * 100 - 50 punten.	

(...)'

- 1.3. Op 12 oktober 2020 heeft ondernemer per brief een klacht ingediend bij aanbestede- der. Voor zover relevant luidt deze als volgt:

'[Ondernemer] is geïnteresseerd in het verkrijgen van de in aanbesteding zijnde opdracht voor het leveren van leermiddelen en onderwijsdiensten van [Aanbeste- der]. De aanbestedingsprocedure en aanbestedingsdocumenten bevatten echter dusdanige gebreken, dat wij ons genoodzaakt zien om met deze brief meerdere klachten bij u in te dienen. Deze klachten en bezwaren kwalificeren als een klacht in de zin van paragraaf 3.1.10 van de leidraad. Wij verzoeken [Aanbesteder] om de klachten snel te behandelen, zodat er zo snel mogelijk op basis van herstellde en verbeterde aanbestedingsdocumenten en voorwaarden een offerte kan worden opgesteld en/of kan worden geëscaleerd naar de Commissie van Aanbestedings- experts en/of de rechtbank.

Volledigheidshalve merken wij op dat er ook een groot aantal vragen leeft ten aanzien van de opdracht. Deze zijn parallel aangekaart via de inlichtingenronde. Het kan zijn dat op basis van de antwoorden nieuwe klachten ontstaan en wij be- houden ons het recht voor om de klachten uit te breiden. Anderzijds kan het voor- komen dat een klacht wordt 'opgelost' in de nota's van inlichtingen. In dat geval zullen wij u daarover informeren.

Klacht 1 - Omschrijving opdracht

De eerste klacht is dat de opdracht onvoldoende duidelijk is omschreven. Daardoor is het niet mogelijk de omvang van de werkzaamheden te bepalen, een specifiek kwaliteitsniveau vast te stellen en een prijs te bepalen. Dat klemt in dit geval des te meer, omdat de uitgevers van de desbetreffende leermiddelen een onaanvaard- bare voorsprong hebben, hetgeen in één van de andere klachten aan de orde zal worden gesteld.

De onvoldoende afbakening van de opdracht uit zich allereerst in het ontbreken van scherpe en zich van elkaar onderscheidende definities. De navolgende defini- ties zijn niet helder:

"Het Licentie-Folioconcept (LIFO) bestaat op de eerste plaats altijd uit de digitale licentie met de mogelijkheid om van deze licentie de gewenste niveaus te

gebruiken van de betreffende lesmethode. Met niveau wordt bedoeld zowel onderwijssoort (VMBO, Havo en VWO) als leerjaar. Daarnaast kan opdrachtgever, afhankelijk van de wens van de docent en de leerling, er ook voor kiezen de folio verschijningsvormen van de lesmethode af te nemen, waarbij dit folio materiaal verbruiksmateriaal is en dus bestemd is voor éénjarig gebruik. Van de betreffende lesmethode dient de meest actuele versie/ druk aangeboden te worden. Een lesmethode in het LIFO-concept heeft een ISBN, waarmee herkenbaar is dat sprake is van een lesmethode in LIFO-concept. Onderdeel van het LIFO-concept zijn onderwijsdiensten die toezien op ondersteuning bij het gebruik en arrangeren van de content van de lesmethode."

De definitie bevat diverse zaken die geen betrekking hebben op het leermiddel. Zo wordt gesproken over een digitale licentie, maar betekent dat dat het een digitaal leermiddel betreft? Ten tweede is onduidelijk óf het leermiddel bij LIFO meerdere niveaus MOET bieden, omdat het ook kan zijn dat het LIFO slechts één niveau dekt? Er wordt gesproken over een keuze van de opdrachtgever voor folio verschijningsvormen, maar dat zegt niets over het wel of niet moeten bestaan van een dergelijke verschijningsvorm. Ook staat er dat een ISB-nummer moet bestaan waarmee herkenbaar is dat het om een product volgens het LIFO concept gaat. ISB nummers zeggen niets over de inhoud van een boek en opdrachtnemers hebben ook geen invloed op ISB-nummers. Het is onduidelijk wat [Aanbesteder] hier bedoelt. Zoals het er nu staat, geldt dat als het gevraagde niet uit het ISB nummer blijkt, het niet aan het LIFO concept voldoet en het leermiddel onder perceel B valt. Ten slotte wordt er aan de definitie toegevoegd dat het onderwijsdiensten betreft die toezien op het gebruik en arrangeren. Welke werkzaamheden heeft [Aanbesteder] voor ogen bij het "toezien op"?

B. [Aanbesteder] spreekt van Licentie en digitale licentie. Is er een verschil tussen?

C. [Aanbesteder] definieert "Bulkbestelling" als "bestelling door opdrachtgever/(leerling) aan het einde van het schooljaar van alle op dat moment benodigde leermiddelen." Uit [paragraaf 2.3 van de offerteaanvraag] lijkt te volgen dat er enkel een geprognostiseerde bulkbestelling is aan het begin van het schooljaar. Dit sluit niet op elkaar aan en wekt onduidelijkheid over de verplichtingen.

D. [Aanbesteder] definieert "Abonnement", maar vraagt nergens in de uitvraag om abonnementen. Daarmee is onduidelijk wanneer de opdracht het verstrekken van een abonnement omvat. Het is bovendien niet duidelijk wat [Aanbesteder] met de definitie wenst te bereiken, omdat de opdrachtnemer de leermiddelen voor [Aanbesteder] organiseert en de noodzakelijke zaken met de desbetreffende uitgever heeft geregeld. Voorts is de definitie onbegrijpelijk, omdat deze grammaticaal niet klopt: "Het gebruiksrecht van leermiddelen die de uitgever toestaat te verhuren (met name lesboeken) en het verbruiksrecht (met name het recht om in leermiddelen te schrijven) van leermiddelen, die de uitgever niet toestaat te verhuren (met name werkboeken en licenties) gedurende het volledige schooljaar." Zoals het er nu staat wordt de uitgever iets toegestaan, terwijl dat niet relevant is, terwijl anderzijds een gebruiksrecht wordt beschreven dat niet aansluit op de definitie van Gebruiksrecht in de Leidraad.

E. [Aanbesteder] definieert een "Gebruiksrecht", maar definieert niet wat het gebruik inhoudt. Daarmee is het onduidelijk en is het niet mogelijk dat gebruik juridisch te regelen en af te prijzen.

F. [Aanbesteder] definieert Consumentenprijs als: "De actuele prijs van het betreffende leermiddel, zoals vastgesteld en vervolgens gepubliceerd door de betreffende uitgever op zijn website.". Onduidelijk is wat "actueel" is, omdat

uitgevers vrij zijn prijzen aan te passen. Bovendien wordt de opdrachtnemer afge-rekend op een korting ten opzichte van deze prijs, hetgeen betekent dat als de uitgever de prijs verhoogt na de inschrijving, er ook een hogere korting moet wor-den gegeven. De korting is niets meer dan een kostenpost voor de opdrachtnemer en deze moet kunnen worden ingerekend. [Aanbesteder] moet derhalve bepalen op welk moment de consumentenprijs wordt bepaald, zodat de kosten worden in-geschat.

G. [Aanbesteder] spreekt op diverse momenten over onderwijsdiensten, maar definieert die nergens. Daarmee is kwalitatief en kwantitatief onduidelijk welke diensten [Aanbesteder] wenst te krijgen bij dit contract.

H. [Aanbesteder] definieert Arrangeren, maar die omschrijving is dermate vaag dat het inleggen van een A4 met instructies in een leerboek reeds als Arrangeren heeft te gelden. Dat lijkt ons niet de bedoeling, dus het verzoek is te beschrijven wat het product precies moet kunnen, omdat dat weer bepalend is voor de vraag of een leermiddel onder perceel A of perceel B valt.

In de tweede plaats uit de onvoldoende afbakening van de opdracht zich in ondui-delijkheid over wat [Aanbesteder] voor leermiddelen vraagt. [Aanbesteder] doet het voorkomen alsof zij vraagt om concrete, bestaande leermiddelen. Los van de vraag of dat is toegestaan, geldt dat in dat geval [Aanbesteder] de concrete ISB nummers moet toevoegen, zodat exact duidelijk is welke producten het betreft. Die leermiddelen zijn bovendien wat ze zijn (dus wel of niet gedeeltelijk digitaal, etc.). Het is aan [Aanbesteder] om voor die producten te kiezen en [Aanbesteder] kan ook zelf bepalen of het leermiddel wel of niet aan het LIFO-concept voldoet en of ze het dan nog steeds wil hebben. Daar heeft de opdrachtnemer geen rol in; zij moet doen wat er wordt gevraagd: het specifieke leermiddel leveren.

Anderzijds vraagt [Aanbesteder] specifieke leermiddelen als LIFO-product te leve-ren, terwijl ze dat op dit moment niet zijn. Dat betekent dat [Aanbesteder] een tegenstrijdige vraag stelt, want ze vraagt iets niets bestaands en doet het voorko-men alsof het bestaande leermiddelen betreft. Het is van tweeën één: ofwel de opdracht luidt om een bepaald, bestaand product te leveren, ofwel de opdracht bestaat uit een dienst, namelijk het ontwikkelen van een nieuw leermiddel volgens LIFO-concept product dat bijvoorbeeld is geïnspireerd op een bestaand leermiddel van een bepaalde uitgever. Als dat laatste het geval is, dient exact omschreven te worden wat voor leermiddel er dan ontwikkeld dient te worden en aan welke eisen het moet voldoen. En dat moet zo gebeuren dat elke gegadigde dat leermiddel zou moeten kunnen ontwikkelen.

(...)

Klacht 3: perceel C

[Aanbesteder] beschrijft dat er een perceel C bestaat, maar geeft niet aan wat daaronder wordt verstaan. Wil een deel van de opdracht onder de zogenaamde percelenregeling onderhands kunnen worden gegund, dan moet voldoende duide-lijk worden beschreven welke producten of diensten het betreft.

Klacht 4: Prijs handling opdrachtnemer perceel B

Er wordt een maximumprijs van EUR 25,- incl. BTW opgelegd voor de handelings-diensten die de opdrachtnemer van perceel B moet doen. Dat is een onredelijk lage prijs, omdat het niet alleen de verwerking van boekenpakketten van zijn eigen perceel betreft, maar ook het samenstellen van de pakketten voor perceel A. Voor perceel A gaat het om het binnen een week samenstellen en verzenden van circa 10.000 verschillende pakketten. Die logistiek is kostbaar. EUR 25,- incl. BTW

betekent EUR 20,66 (ex BTW) als vergoeding. De verzendkosten van elk pakket bedragen gemiddeld circa EUR 6,50 zodat er 14,- overblijft voor de administratie en de fysieke werkzaamheden. Dat is onredelijk weinig en niet marktconform. Dit geldt eens te meer vanwege de onredelijke huurprijs van leermiddelen die wordt opgelegd in perceel B. Bovendien heeft de opdrachtnemer van perceel B, als hij niet ook de LIFO leermiddelen van perceel A kan leveren, geen dekking van kosten vanuit de inkoopmarge ten aanzien van die LIFO leermiddelen. Een maximum maakt het derhalve onmogelijk een tekort aan dekking te compenseren. Dat geldt alleen niet voor de uitgevers, omdat die altijd kostendekkend kunnen werken door de benodigde dekking in (een verhoging van) de consumentenprijs te stoppen.

(...)

Klacht 7 Onredelijke contractuele boete

[Aanbesteder] legt een Boete op van EUR 2.500,- als de leermiddelen voor minder dan 95% compleet worden geleverd. Los van het feit dat er niet is geregeld dat de opdrachtnemer van perceel B niet aansprakelijk is voor de wanprestatie van de leveranciers van perceel A, geldt dat als een gemiddeld pakket 12 leermiddelen bevat en het ontbreken van 1 onderdeel in het pakket van 1 leerling derhalve al maakt dat onder het percentage van 95% wordt gekomen ($1/12 = 8,33\%$). Als in minder dan 1 week 10.000 individuele pakketten moeten worden gemaakt, is het volstrekt denkbaar dat er bij 50 pakket wat aan de hand is, hetgeen een boete van EUR 125.000,- oplevert. Dat is de helft van de totale - op zichzelf reeds onredelijk lage - vergoeding die de opdrachtnemer krijgt. Het boetebeding is onredelijk en disproportioneel.

Klacht 8 Gunningscriteria niet onderscheidend

Een groot deel van de gunningscriteria is niet onderscheidend. Voor perceel A vraag [Aanbesteder] om concrete producten. Die producten zijn wat ze zijn, ongeacht welke opdrachtnemer ze feitelijk aanbiedt. De gunningscriteria als bedoeld in paragraaf 6.2A veronderstellen een vergelijking van kwaliteit van leermiddelen, terwijl het leermiddel al vast staat en er derhalve geen kwaliteitsverschillen zijn. Gunningscriteria die op voorhand niet onderscheidend kunnen zijn, zijn onrechtmatige gunningscriteria.

Klacht 9 Beoordelingssystematiek onwerkbaar

Het puntentoekenningssysteem als beschreven in paragraaf 4.3.3. noemt een groot aantal cumulatieve kenmerken waaraan moet worden voldaan om de desbetreffende puntenscore te krijgen. Het aantal cumulatieve elementen is echter zo groot, dat het ondenkbaar is dat aan allemaal kan worden voldaan. Dat maakt dat de scores nooit kunnen worden opgelegd, tenzij er willekeurig elementen worden losgelaten. Dat maakt de systematiek onwerkbaar en/of willekeurig. In beide gevallen wordt niet voldaan aan de beginselen van het aanbestedingsrecht. [Aanbesteder] dient de systematiek aan te passen naar een objectief en transparant systeem.

Klacht 10 Beoordelingssystematiek geeft teveel ruimte voor subjectiviteit

De beoordelingssystematiek geeft teveel ruimte voor willekeur en subjectiviteit. In het bijzonder de elementen "voldoet buitengewoon goed", "voldoet goed", "duidelijk en relevant", "detaillering" laten door het gebrek aan nadere invulling een ongelimiteerde beoordelingsvrijheid ontstaan. Daar komt bij dat de genoemde elementen gedeeltelijk niet aansluiten bij hetgeen bij de afzonderlijke wensen staat

beschreven als de relevante maatstaf. Bij wens 2 voor perceel A gaat het bijvoorbeeld om de gebruiksvriendelijkheid: "Hoe gebruikersvriendelijker hoe hoger de score." Los van het feit dat de gebruiksvriendelijkheid van het leermiddel een gegeven is en niet verschilt per opdrachtnemer (zie klacht 8), sluit "mate van gebruiksvriendelijkheid" niet aan bij de cumulatieve elementen van de beoordelingsniveaus als bedoeld in paragraaf 4.3.3. En daarmee ontstaat er een nog grotere, onrechtmatige beoordelingsvrijheid.

Klacht 11 Discriminatoire opzet

Wij vinden de wijze waarop de aanbestedingsprocedure is vorm gegeven in strijd met de Aanbestedingswet 2012 en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. De prijs telt formeel voor 60% mee en weegt dus al doorslaggevend zwaar (terwijl dat niet de bedoeling is van de wet), maar omdat veel kwalitatieve criteria ook nog eens zien op productkenmerken die voor iedere inschrijver gelijk zullen zijn omdat ze allemaal hetzelfde, specifiek gevraagde product zullen moeten aanbieden, weegt het prijs criterium feitelijk voor 80% mee. Bovendien kijkt de prijsformule niet naar de prijs, maar naar het geboden kortingspercentage, waardoor de daadwerkelijke mogelijkheden om op kwaliteit een inhaalslag te maken, laat staan de aanbesteding te winnen zeer beperkt zijn. Vergelijking met vergelijkbare aanbestedingen waarin eenzelfde prijsformule werd gehanteerd, toont aan dat zo'n 20 procent hogere score op kwaliteit nodig was om een 1 procentpunt verschil in prijs goed te maken. En vervolgens is dat doorslaggevende prijs criterium door [Aanbesteder] discriminatoir opgezet, met name bij perceel A: U verlangt per subperceel een korting op de consumentenprijs van de specifiek gevraagde LIFO producten, welke prijs eenzijdig en vrijelijk door de desbetreffende uitgevers worden vastgesteld. Zij kunnen er voor kiezen welke kosten zij alvast in die prijs meenemen, zoals ook kosten die samenhangen met deze en andere opdrachten. Bovendien kunnen zij de prijs eerst hoog maken, om vervolgens een hogere korting aan te bieden en zo goede sier te maken. Dat is voor uitgevers een kwestie van "vestzak-broekzak", maar voor elke andere inschrijver een verhoging van de kosten. Die moeten immers die hogere consumentenprijs betalen, althans krijgen niet dezelfde korting die [Aanbesteder] aangeboden krijgt. Daarmee is de prijs een doorslaggevend criterium dat ten voordele van de uitgevers van de desbetreffende leermiddelen uitwerkt, omdat de uitgever per definitie altijd in staat is om de prijs te bepalen én de hoogste korting aan te bieden.

Daarnaast vraagt u per perceel van Perceel A naar een specifiek leermiddel van een bepaalde uitgever (waarvan het bovendien niet vaststaat dat deze ook echt door de betreffende uitgever in het LIFO-concept aan de markt beschikbaar worden gesteld) zonder gelijkwaardige alternatieven te vragen ; dit is ook in strijd met artikel 2.76 AW 2012 en discriminatoir. Wij verzoeken u de aanbesteding op deze punten aan te passen.

Tot slot

Wij verzoeken u onze klachten zo snel mogelijk te beoordelen en de aanbesteding te corrigeren, opdat er geen tijd verloren gaat en de mededinging alsnog op juiste en eerlijke wijze kan plaatsvinden.'

- 1.4. In de Nota van Inlichtingen van 22 oktober 2020 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:
 - 1.4.1. Vraag 2 (Perceel A): 'Wij vinden de wijze waarop de aanbesteding is vorm gegeven in strijd met de AW 2012 en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. De prijs telt formeel voor 60% mee en weegt al het zwaarst, maar omdat veel kwalitatieve criteria zien op productkenmerken die voor iedere inschrijver gelijk

zullen zijn, weegt het prijs criterium feitelijk voor 80% mee. En vervolgens is dat doorslaggevend criterium discriminatoir opgezet, vooral bij perceel A: U verlangt per subperceel een korting op de consumentenprijs van de gevraagde LIFO producten, welke prijs eenzijdig en vrijelijk door de uitgevers worden vastgesteld. Zij kunnen er voor kiezen welke kosten zij alvast in die prijs meenemen, zoals kosten die samenhangen met deze opdracht. Bovendien kunnen zij de prijs hoog maken, om vervolgens een hogere korting aan te bieden. Dat is voor hen vestzak-broekzak, maar voor elke andere inschrijver een verhoging van de kosten. Daarmee is de prijs een doorslaggevend criterium dat ten voordele van de uitgevers van de desbetreffende leermiddelen uitwerkt, omdat de uitgever per definitie altijd in staat is om de hoogste korting aan te bieden. Daarnaast vraagt u per perceel van Perceel A naar een specifiek leermiddel van een bepaalde uitgever (waarvan het bovendien niet vaststaat dat deze ook echt door de betreffende uitgever in de vorm van het Lifo-concept zoals in de aanbesteding is aangeduid, aan de markt beschikbaar worden gesteld) zonder gelijkwaardige alternatieven te vragen; dit is in strijd met artikel 2.76 AW 2012 en discriminatoir. Wij verzoeken u de aanbesteding op deze punten aan te passen.'

Antwoord: '- Ten aanzien van het standpunt van inschrijver dat het gunningscriterium prijs discriminatoir is, het volgende:

Er wordt gegund op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, waardoor inschrijver de kans krijgt zich, naast het aspect prijs, ook op het onderdeel kwaliteit te onderscheiden. Het aspect prijs is aldus niet alles bepalend. Het is overigens niet per definitie zo dat de uitgevers de beste prijs-kwaliteitverhouding zullen hebben nu de uitgever als producent ook alle risico's loopt bij het ontwikkelen van de leermiddelen nu er in de aanbestedingsprocedure niet alleen wordt gevraagd naar het sec leveren van leermiddelen maar ook naar een aantal diensten die verband houden met deze leermiddelen en die mee moeten worden genomen in de prijsbepaling. Deze diensten zullen door distributeurs wellicht goedkoper kunnen worden geleverd, nu zij over een wijdvertakt netwerk van adviseurs beschikken. Recente aanbestedingen in dit kader laten dit ook zien. Opdrachtgever merkt uitdrukkelijk op dat het standpunt van inschrijver reeds aan de orde geweest in een soortgelijke kwestie bij de rechtbank Den Haag, welke heeft geleid tot het vonnis van de voorzieningenrechter van 27 november 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:13949). In dit vonnis heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat dit (dat de uitgevers in staat zijn om het hoogste kortingspercentage aan te bieden) niet zonder meer het geval is.

Opdrachtgever verwijst verder naar rechtsoverweging 5.3.2. van voornoemde uitspraak.

- Ten aanzien van het standpunt van inschrijver dat het vragen naar een specifiek leermiddel van een bepaalde uitgever zonder gelijkwaardige alternatieven te vragen discriminatoir is, het volgende:

Opdrachtgever merkt uitdrukkelijk op dat ook dit standpunt van inschrijver reeds aan de orde geweest in een soortgelijke kwestie bij de rechtbank Den Haag, welke heeft geleid tot het vonnis van de voorzieningenrechter van 27 november 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:13949).

In dit vonnis heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat feit is dat een lesmethode wordt geproduceerd door één specifieke uitgever en iedere lesmethode een specifieke naam en ISB-nummer heeft. In afwijking van de hoofdregels van het aanbestedingsrecht mogen deze namen en nummers uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten worden genoemd.

Opdrachtgever verwijst verder naar rechtsoverweging 5.3 van voornoemde uitspraak.'

- 1.4.2. Vraag 4 (Percelen A en B): 'De definitie van het begrip 'Abonnement' is onduidelijk. Volgens de gegeven definitie is een abonnement een gebruiksrecht van huurboeken en een verbruiksrecht van andere leermiddelen. Deze beschrijving is lijkt ons

onvoldoende concreet en sluit ook niet aan bij de definities van gebruiksrecht, etc. die elders in de uitnodiging staan. Kunt u dit recht trekken? En kunt u ook uitlegen waar de definitie van 'Abonnement' überhaupt voor nodig is, gelet op het feit dat de inschrijver de gevraagde leermiddelen aanbiedt en het daarvoor geen relevantie heeft?'

Antwoord: 'Opdrachtgever hanteert een algemene formulering voor het begrip 'Abonnement'. Dit nu iedere uitgever zelf bepaalt wat voor haar onder het begrip 'Abonnement' valt.

In perceel B van onderhavige aanbesteding dient opdrachtgever te kunnen kiezen of zij leermiddelen koopt, leermiddelen huurt of een abonnement neemt op leermiddelen. Zie minimumeis 1 van 6.1B van de offerteaanvraag.'

- 1.4.3. Vraag 7 (Percelen A en B): 'Als definitie van 'Gebruiksrecht' stelt u dat het gaat om een zakelijk recht voor opdrachtgever om gedurende het volledige schooljaar, leermiddelen die niet in het eigendom van opdrachtgever vallen te gebruiken. Dogmatisch is het niet juist om van een 'zakelijk' recht te spreken, omdat in het algemeen wordt aangenomen dat een gebruiksrecht geen vermogensrecht is, maar een recht dat men heeft op basis van een verbintenis. Kunt u het woordje 'zakelijke' schrappen uit de definitie?'

Antwoord: 'Niet akkoord. Onder zakelijke rechten worden o.a. verstaan zakelijke gebruiksrechten. De term zakelijke gebruiksrechten omvat mede het recht op vruchtgebruik, inhoudende dat aan opdrachtgever het recht toekomt om bezittingen van iemand anders te gebruiken (in dit geval leermiddelen die niet in het eigendom van opdrachtgever vallen).

Opdrachtgever ziet geen aanleiding "zakelijke" te schrappen.'

- 1.4.4. Vraag 9 (Perceel A): 'De definitie van het begrip 'LIFO-concept' geeft naar onze mening nog te weinig duidelijkheid wat hieronder moet worden verstaan, mede als het begrip in samenhang gelezen wordt met de beschrijving van Perceel A [in paragraaf 1.3] van de Offerteaanvraag en paragraaf 2.2.1. Begrijpen wij het juist dat (een Lesmethode volgens) het LIFO-concept altijd de volgende cumulatieve kenmerken moet hebben:

- 1 een digitale licentie van de gehele Lesmethode;
- 2 eventueel folio lesmateriaal als verbruiksmateriaal is beschikbaar zonder extra kosten en dus in de prijs inbegrepen.
- 3 optioneel ter vrije keuze van de opdrachtgever om naast de digitale licentie, folio Lesmateriaal (verbruiksmateriaal) bestemd voor 1-jarig gebruik, af te nemen voor zo ver dat folio lesmateriaal onderdeel uitmaakt van het leermiddel.
- 4 de digitale licentie en het folio Lesmateriaal hebben elk een eigen Consumentenprijs;
- 5 de digitale licentie geeft de gebruiker de mogelijkheid om elk gewenst niveau te gebruiken van de desbetreffende Lesmethode;
- 6 de digitale licentie geeft de mogelijkheid om te Arrangeren zoals door [Aanbesteder] gedefinieerd;
- 7 de digitale licentie is adaptief zoals bedoeld in de definitie van [Aanbesteder] voor 'Gepersonaliseerd leren';
- 8 de uitgever heeft een uniek ISBN gekoppeld aan de Lesmethode in het LIFO-concept en in de catalogus van de uitgever is bij dit ISBN het kenmerk opgenomen dat het gaat om een Lesmethode volgens het LIFO-concept.
- 9 Als wij u verkeerd begrijpen, kunt u dan puntsgewijs aangeven welke van de genoemde punten onjuist of onvolledig is en/of welke punten ontbreken in de opsomming?'

Antwoord: '1 Bij een lesmethode in het LIFO-concept hoort altijd de digitale licentie.

- 2 Daarnaast is sprake van folio lesmateriaal, zijnde leer- en werkboeken (of combinatie). Het betreft verbruiksmateriaal in de laatste versie/druk dat slechts bestemd is voor éénjarig gebruik. Bij het folio leermiddel zal de prijs gebaseerd zijn op de productieprijs van het materiaal.
- 3 Zie de vorige 2 punten. Bij het LIFO-concept wordt primair altijd de digitale licentie (punt 1) besteld. Daarnaast kan aanvullend het folio lesmateriaal, zijnde werkboeken en leerboeken (punt 2) worden besteld. De vakdocenten maken jaarlijks de keuze of al dan niet gebruik wordt gemaakt van dit aanvullende folio lesmateriaal, waardoor dit dus per vaksectie en per leerjaar kan verschillen.
- 4 Alle leermiddelen (zowel digitaal als folio) die onderdeel zijn van een lesmethode in LIFO-concept hebben een eigen consumentenprijs.
- 5 Het digitale leermiddel moet meerdere niveaus bieden. Daarvan kunnen de gewenste niveaus gebruikt worden.
- 6 In de begripsomschrijving van arrangeren is beschreven wat wordt verstaan onder het begrip arrangeren. Ten aanzien van de onderwijsdiensten wordt aan inschrijver wordt gevraagd op welke wijze inschrijver mogelijke ondersteuning kan bieden met betrekking tot het arrangeren.'

1.4.5. Vraag 21 (Perceel A): 'U schrijft in deze paragraaf betreffende perceel A dat gedurende de looptijd van de raamovereenkomst gekozen kan worden voor een andere lesmethode. In de voorwaarden van genoemde lesmethodes staat opgenomen dat afnemer zich committeert aan een looptijd van 2 tot 6 jaar. Hier is alleen door de uitgever van het product van af te wijken. Een dergelijke eis maakt het derhalve onmogelijk voor andere partijen dan de uitgever van de methode om in te schrijven op de percelen van lesmethodes die een contractuele looptijd hebben die langer is dan 1 jaar. Wilt u toevoegen: ...mits de voorwaarden van het betreffende product dit toelaten.'

Antwoord: 'Opdrachtgever gaat niet akkoord met het voorstel.'

1.4.6. Vraag 26: 'Opdrachtgever geeft aan dat gedurende de looptijd van de raamovereenkomst voor hoofdperceel A een school kan kiezen voor een lesmethode van een ander subperceel dat onder hoofdperceel A valt. Producenten van leermiddelen kunnen in hun voorwaarden vastleggen dat een lesmethode meerjarig moet worden afgenomen (bijvoorbeeld 2, 4, of 6 jaar). Is het correct dat deze voorwaarden voor meerjarige afname niet van toepassing zijn voor opdrachtnemer van perceel A?'

Antwoord: 'De aanname van inschrijver is juist.'

1.4.7. Vraag 30: '[In paragraaf 1.3] van de Offerteaanvraag staat een overzicht van 44 subpercelen van Perceel A. Elk subperceel behelst een Lesmethode waarvan het de bedoeling is van opdrachtgever dat dit voldoet aan de definitie van het begrip LIFO-concept. Wij hebben onderzocht in de catalogi van de verschillende uitgevers of hierin door de uitgever is aangegeven dat de genoemde lesmethoden in een Lifo vorm beschikbaar is (daarbij is door ons niet inhoudelijk bekeken of in een dergelijk geval de lesmethode voldoet aan alle kenmerken van het LIFO-concept volgens uw Offerteaanvraag). Wij zijn tot de conclusie gekomen dat in ieder geval de lesmethoden van de volgende subpercelen niet door de uitgever worden aangeboden als 'Lifo': 5 (...), 12 (...), 19 (...), 30 (...) en 33 (...). Kunt u deze subpercelen laten vervallen en de desbetreffende lesmethoden toevoegen aan Perceel B?'

Antwoord: 'Niet akkoord. Voor zover bij opdrachtgever bekend zijn deze lesmethoden wel degelijk beschikbaar in LIFO-concept.'

- 1.4.8. Vraag 41 (Perceel B): 'In de beschrijving van Perceel B Extern leermiddelenfonds inclusief fijndistributie perceel A LIFO [in paragraaf 1.3] van de Offerteaanvraag is beschreven dat als om welke reden dan ook bij gunning van een (sub)perceel zou blijken dat de gevraagde Lesmethode niet voldoet aan de kenmerken van het LIFO-concept, het Lesmateriaal van de Lesmethode wordt afgenomen in Perceel B. Wij hebben hierover de volgende vragen.
1. Bedoelt u dat de inschrijver aan wie de raamovereenkomst van een subperceel voorlopig wordt gegund moet aantonen dat de desbetreffende Lesmethode daadwerkelijk voldoet aan alle kenmerken van het LIFO-concept? En op welk moment doet u die controle? Wij pleiten ervoor dat bij inschrijving moet worden aangetoond door het vermelden van het ISB nummer welk exacte product is aangeboden en dat ook bij de beoordeling van de inschrijvingen wordt gecontroleerd of sprake is van een Lifo-product.
 2. Dient de Lesmethode op het moment van gunning, óf op het moment van ingaan van de raamovereenkomst, óf op moment van het eerste schooljaar onder de raamovereenkomst te voldoen aan alle kenmerken van het LIFO-concept?
 3. Kunt u beschrijven hoe door u deze controle zal plaatsvinden.
 4. In het geval naar uw mening onvoldoende is komen vast te staan dat een Lesmethode van een subperceel voldoet aan alle kenmerken van Perceel, zal door u al het benodigde Lesmateriaal van de Lesmethode worden afgenomen van de opdrachtnemer van Perceel B?
 5. Op welke wijze en op welk moment zal door u uw constatering aan de opdrachtnemer van Perceel B, en aan de beoogde opdrachtnemer van het subperceel, worden meegedeeld? Dit is van belang, want de opdrachtnemer voor perceel B moet dit op tijd weten.
 6. Wordt de inschrijving van een inschrijver die op een subperceel van Perceel A inschrijft, terwijl bij controle blijkt dat de aangeboden Lesmethode niet voldoet aan de kenmerken van het LIFO-concept, aangemerkt als het verstrekken van onjuiste informatie zoals bedoeld in paragraaf 3.1.8 van de Offerteaanvraag (zie ook eis 1 van paragraaf 6.1.A)? Zo ja, leidt dit dan tot uitsluiting van de desbetreffende inschrijver van de gehele aanbestedingsprocedure?

Antwoord: '1. Volgens de informatie die opdrachtgever tot haar beschikking heeft zijn de genoemde lesmethodes van perceel A vanaf schooljaar 2021/2022 beschikbaar in LIFO-concept. Een controle hierop is dan ook niet aan de orde.

2. De lesmethode dient vanaf schooljaar 2021/2022 in LIFO-concept beschikbaar te zijn.

3 tot en met 6 n.v.t'

- 1.4.9. Vraag 83 (Perceel A): 'Kan de opdrachtgever ook aangeven hoe het recht van retour is geregeld tussen opdrachtnemer sub percelen uit perceel A en opdrachtnemer perceel B? Hierover is niets ingeregeld of vastgelegd in de aanbesteding.'

Antwoord: 'De opdrachtnemer van perceel B regelt namens opdrachtgever de retour. Paragraaf 6.5.B, minimumeis 1, Offerteaanvraag bepaalt immers dat inschrijver eventuele retourkosten dient te verdisconteren in de prijs.'

- 1.4.10. Vraag 88 (Percelen A en B): 'Overeenkomstig de aanwijzing in paragraaf 3.1.10 is bij het secretariaat van de projectorganisatie van deze aanbesteding een klacht ingediend over de aanbestedingsprocedure. Is de aanbestedende dienst bereid om de voortgang van de aanbesteding op te schorten voor de duur dat de klacht in behandeling is en, voor zover de aanbestedende dienst niet ingaat op de in de klacht geuite bezwaren en de klager zich wendt tot de Commissie van Aanbestedingsexperts, de opschorting te laten voortduren totdat door deze commissie op de klacht is beslist?'

Antwoord: 'Opdrachtgever schort de voortgang van de aanbesteding pas op, op het moment dat er een geschil aanhangig wordt gemaakt bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Momenteel wordt de klacht gezien als een interne klacht en is opschorting naar het oordeel van opdrachtgever niet vereist.'

- 1.4.11. Vraag 99 (Perceel A): 'Onduidelijk is wie hier het retour regelt? Is de opdrachtnemer perceel B namens opdrachtgever of de opdrachtgever zelf?'

Antwoord: 'De opdrachtnemer van perceel B regelt namens opdrachtgever de retour. Paragraaf 6.5.B, minimumeis 1, Offerteaanvraag bepaalt immers dat inschrijver eventuele retourkosten dient te verdisconteren in de prijs.'

- 1.4.12. Vraag 100 (Perceel A): 'Bij de uitgangspunten van de prijsstelling noemt de opdrachtgever dat inschrijver één kortingspercentage dient te offreren. Echter in wens 1 en 2 komen beiden een te noemen kortingspercentage voor. Kan opdrachtgever dit toelichten?'

Antwoord: 'Inschrijver dient bij wens 1 het kortingspercentage te offreren waarmee de consumentenprijs van de leermiddelen van de lesmethode van het subperceel wordt verminderd. Daarnaast wordt inschrijver bij wens 2 de mogelijkheid geboden om een hoger kortingspercentage te offreren indien inschrijver alle subpercelen van A waarvoor inschrijver inschrijft, gegund zou krijgen. Opdrachtgever zal eerst het kortingspercentage dat inschrijver heeft geoffreerd bij wens 2 beoordelen. Indien dit kortingspercentage niet tot een gunning leidt van alle subpercelen waarvoor inschrijver inschrijft, dan zullen de kortingspercentages voor de afzonderlijke subpercelen van wens 1 beoordeeld worden. Leidt het kortingspercentage bij wens 2 wel tot een gunning, dan wordt niet meer gekeken naar het geoffreerde kortingspercentage bij wens 1.'

- 1.4.13. Vraag 101 (Perceel A): 'Wens 1 en wens 2 met betrekking tot het kortingspercentage zijn voor de inschrijver niet duidelijk. Het gaat dan met name om het moment waarop één van de twee of beiden zouden moeten worden ingevuld. Kan opdrachtgever daarop een toelichting geven en middels een rekenvoorbeeld duidelijkheid geven in hoe om te gaan met beide wensen?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op de vorige vraag.'

- 1.4.14. Vraag 105 (Perceel A): 'Wens 2 van paragraaf 6.6.A van Perceel A vinden wij onduidelijk. Wij hebben hierover de volgende vragen.
Wordt bedoeld om een kortingspercentage te geven dat geldt voor alle subpercelen waarop wordt ingeschreven?
Komt het kortingspercentage dat moet worden gegeven bovenop het kortingspercentage dat bij Wens 1 moet worden geboden, of geldt het in de plaats van het kortingspercentage van Wens 1?
In de wens biedt Opdrachtgever aan inschrijver de mogelijkheid om een hoger kortingspercentage te bieden. Waarom wordt het bieden van een kortingspercentage van 0% uitgesloten?
Wanneer komt inschrijver in aanmerking voor de volledige 100 punten? Komen alle inschrijvers die een kortingspercentage bieden in aanmerking voor de volledige 100 punten, of is sprake van een bepaalde rangorde. Zo ja, hoe wordt deze rangorde dan bepaald?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 101.'

- 1.5. Eveneens op 22 oktober 2020 heeft aanbestedder per e-mail een reactie op de klacht van ondernemer gegeven. Voor zover relevant luidt deze als volgt:

'Op maandag 12 oktober jl. deed u mij per e-mail een brief toekomen waarin u namens [Ondernemer] een aantal klachten formuleert inzake de in aanbesteding zijnde opdracht van [Aanbesteder] (hierna: cliënte) voor het leveren van leermiddelen en onderwijsdiensten, in welke opdracht [Ondernemer] is geïnteresseerd. [Ondernemer] verzoekt de klachten zo snel mogelijk te beoordelen en de relevante aanbestedingsdocumenten dienovereenkomstig aan te passen, zodat de aanbesteding 'alsnog op juiste en eerlijke wijze' kan plaatsvinden en/of kan worden geëscaleerd naar de Commissie van Aanbestedingsexperts en/of de rechtbank.

Cliënte wil allereerst melding maken van haar verontwaardiging ter zake van de onderhavige klachten die door [Ondernemer] zijn geuit. In feite wordt hier geklaagd over een aanbestedingsprocedure die reeds vaak op deze manier heeft plaatsgevonden en waaraan [Ondernemer] zelf ook meermalen heeft deelgenomen. Bovendien betreft het niet zelden aspecten van de aanbestedingsprocedure waarover de voorzieningenrechter zich al eerder heeft gebogen. Cliënte kan zich dan ook niet aan de indruk onttrekken dat [Ondernemer] middels de verzonden klachtbrief de ontwikkelingen binnen het onderwijs, zoals die (mede) blijken uit het op deze wijze organiseren van aanbestedingsprocedures betreffende de levering van leermiddelen, wenst te frustreren. Vanuit het oogpunt van een distributeur die door de onderhavige wijze van aanbesteden geconfronteerd wordt met meer concurrenten is dat niet onbegrijpelijk, maar vanuit het oogpunt van genoemde ontwikkelingen binnen het onderwijs is dat onwenselijk.

Hieronder zal ik nader ingaan op de door [Ondernemer] ingediende klachten. Zij zullen hieronder puntsgewijs worden besproken.

Klacht 1 – Omschrijving opdracht

De eerste klacht betreft de omschrijving van de opdracht, die naar het oordeel van [Ondernemer] onvoldoende duidelijk is omdat (1) het – in de woorden van [Ondernemer] – ontbreekt aan scherpe en zich van elkaar onderscheidende definities en (2) onduidelijkheid bestaat over de door cliënte gevraagde leermiddelen. Beide aspecten zullen hieronder worden behandeld. Vooraf zij nog opgemerkt dat cliënte van mening is dat in de onderhavige aanbestedingsprocedure, waarbij in de kleinst mogelijke eenheid (namelijk per lesmethode) wordt aanbesteed, meer dan ooit van een voldoende duidelijke opdrachtomschrijving. Waar het aanvankelijk leveringen in interne dan wel externe leermiddelenfondsen betrof, zonder enige nadere specificering, daar wordt in de onderhavige aanbestedingsprocedure gedoeld op afzonderlijke lesmethoden, bestaande uit verschillende leermiddelen. Het kan naar het oordeel van cliënte niet waar zijn dat [Ondernemer] meermalen heeft geschreven op aanbestedingen met niet concreet bepaalde leermiddelen en thans – in een procedure waarin die leermiddelen meer dan ooit concreet zijn bepaald – gaat klagen over een vermeende niet voldoende nauwkeurig omschreven opdracht.

Bezien wij thans de zojuist genoemde aspecten (1) en (2).

Ad 1. Definities

Door [Ondernemer] worden acht in de offerteaanvraag opgenomen begrippen aan de orde gesteld die hetzij onvoldoende duidelijk zouden zijn gedefinieerd, hetzij ten onrechte niet zijn gedefinieerd. Die definities zullen hieronder afzonderlijk worden behandeld. Ingeval integraal definities worden overgenomen, zijn deze afkomstig uit de begrippenlijst van de pagina's 4 t/m 7 van de offerteaanvraag.

A. LIFO-concept

LIFO-concept:

Het Licentie-Folioconcept (LIFO) bestaat op de eerste plaats altijd uit de digitale licentie met de mogelijkheid om van deze licentie de gewenste niveaus te gebruiken van de betreffende lesmethode. Met niveau wordt bedoeld zowel onderwijssoort (VMBO, Havo en VWO) als leerjaar. Daarnaast kan opdrachtgever, afhankelijk van de wens van de docent en de leerling, er ook voor kiezen de folio verschijningsvormen van de lesmethode af te nemen, waarbij dit folio materiaal verbruiksmateriaal is en dus bestemd is voor éénjarig gebruik. Van de betreffende lesmethode dient de meest actuele versie/druk aangeboden te worden. Een lesmethode in het LIFO-concept heeft een ISBN, waarmee herkenbaar is dat sprake is van een lesmethode in LIFO-concept. Onderdeel van het LIFO-concept zijn onderwijsdiensten die toezien op ondersteuning bij het gebruik en arrangeren van de content van de lesmethode.

Ten aanzien van deze definitie voert [Ondernemer] aan dat (i) het onduidelijk is of het een digitaal leermiddel betreft, nu er van een 'digitale licentie' wordt gesproken; (ii) het onduidelijk is of het leermiddel meerdere niveaus moet bieden; (iii) er wel van een keuze van opdrachtgever voor folio verschijningsvormen wordt gesproken, maar dat dat niets zegt over het wel of niet moeten bestaan van een folio verschijningsvorm; (iv) het onduidelijk is wat ermee wordt bedoeld dat kan worden herkend dat het een lesmethode in LIFO-concept betreft doordat de desbetreffende lesmethode een ISB-nummer heeft; en (v) het onduidelijk is wat cliënte voor ogen heeft wanneer zij het heeft over onderwijsdiensten die toezien op ondersteuning bij het gebruik en arrangeren van de content van de lesmethode.

(i) Bij het LIFO-concept wordt een bepaalde lesmethode niet alleen als digitaal maar ook als folio leermiddel aangeboden, waarbij primair altijd de digitale licentie wordt besteld (en direct aan de leerling geleverd) en vervolgens vakdocenten ervoor kunnen kiezen aanvullend folio lesmateriaal (zijnde werk- en lesboeken) te gebruiken. De digitale licentie maakt aldus onderdeel uit van de leermiddelen die conform het LIFO-concept worden aangeboden, welke leermiddelen dus niet in het algemeen als digitale leermiddelen kunnen worden aangeduid. Een en ander komt uitgebreid aan bod in paragraaf 2.2.1 van de offerteaanvraag.

(ii) Uit de gegeven definitie blijkt reeds dat het leermiddel inderdaad meerdere niveaus moet bieden. Wil men immers een keuze kunnen maken om binnen dezelfde licentie van het gewenste niveau (of de gewenste niveaus) gebruik te maken, dan dient die licentie uiteraard meerdere niveaus aan te bieden waaruit ook daadwerkelijk een keuze kan worden gemaakt. Ook op een aantal andere plaatsen in de offerteaanvraag komt duidelijk naar voren dat het bij het LIFO-concept de bedoeling is dat leermiddelen meerdere niveaus aanbieden en door docent en leerling – in het kader van gepersonaliseerd leren – een keuze kan worden gemaakt ter zake van het gewenste, door de leerling te volgen niveau, zowel wat betreft de onderwijssoort en het leerjaar. Zie bijvoorbeeld paragraaf 2.2.1 en paragraaf 6.1A (wens 2) van de offerteaanvraag.

(iii) Ook hier geldt dat reeds uit de definitie volgt dat een folio verschijningsvorm van het desbetreffende leermiddel moet bestaan. Men kan immers niet iets kiezen wat niet bestaat. Nu docent en leerling de mogelijkheid moeten kunnen hebben om voor het leermiddel in folio verschijningsvorm te kiezen, moet het desbetreffende leermiddel naast (getuige het gebruikt van 'daarnaast' in de in het geding zijne definitie) de digitale verschijningsvorm ook in folio verschijningsvorm beschikbaar zijn. Zie ook hier wederom paragraaf 2.2.1 van de offerteaanvraag.

(iv) Het overkoepelende begrip in dezen is het begrip 'lesmethode'. Lesmethoden hebben een naam en worden afzonderlijk geduid in percelen. Op hun beurt bestaan lesmethoden uit afzonderlijke leermiddelen en die afzonderlijke leermiddelen hebben weer alle een eigen ISB-nummer. Hoewel LIFO-lesmethoden waarschijnlijk wel een afzonderlijk ISB-nummer hebben, wordt dat hier niet vereist. Het gaat erom dat lesmethoden aan de LIFO-voorwaarden worden getoetst, wat wil zeggen dat wordt onderzocht of zij bestaan uit – met een ISB-nummer herkenbare – digitale licenties en folio verbruiksmateriaal, waarbij gekozen kan worden uit verschillende niveaus waarop de stof wordt aangeboden.

(v) Bij 'toezien op' gaat het niet om door opdrachtnemer te verrichten werkzaamheden; deze zitten reeds ingebakken in de term 'onderwijsdiensten', die een dienstverlening omvat (zie nader hieronder). Met de onderhavige woorden wordt bedoeld op de omstandigheid dat de dienstverlening in kwestie betrekking heeft op het gebruik en arrangeren van de content van de lesmethode.

B. Licentie en digitale licentie

Licentie:

Het gebruiksrecht van digitaal lesmateriaal.

Nu cliënte van zowel 'Licentie' als 'digitale licentie' spreekt, vraagt [Ondernemer] zich af of er een verschil tussen beide begrippen bestaat. Tussen deze begrippen bestaat geen verschil in betekenis.

C. Bulkbestelling

Bulkbestelling:

Bestelling door opdrachtgever(/leerling) aan het einde van het schooljaar van alle op dat moment benodigde leermiddelen.

[Ondernemer] stelt dat deze definitie niet aansluit op het bepaalde in paragraaf 2.3 van de offerteaanvraag (en daarom onduidelijkheden in de hand werkt). Hieruit volgt dat opdrachtnemer van perceel B vóór 1 juni namens opdrachtgever de geprognoseerde bulkbestelling van de lesmethodes (digitaal en folio) van de betreffende LIFO-subpercelen bij opdrachtnemer van perceel A plaatst. Het is onbegrijpelijk waarom volgens [Ondernemer] hier sprake lijkt te zijn van een bulkbestelling aan het begin van het (nieuwe) schooljaar. Het lijkt geen twijfel dat men rond de datum van 1 juni aan het einde van het desbetreffende schooljaar zit. Men plaats *aan* het einde van een bepaald schooljaar een bulkbestelling *voor* (oftewel: ten behoeve van) het volgende schooljaar.

D. Abonnement

Abonnement:

Het gebruiksrecht van leermiddelen die de uitgever toestaat te verhuren (met name lesboeken) en het gebruiksrecht (met name het recht om in leermiddelen te schrijven) van leermiddelen, die de uitgever niet toestaat te verhuren (met name werkboeken en licenties) gedurende het volledige schooljaar

In perceel B van onderhavige aanbesteding dient cliënte per lesmethode te kunnen kiezen of zij leermiddelen koopt, leermiddelen huurt of een abonnement neemt op leermiddelen. Zie bijvoorbeeld paragraaf 6.1B (minimumeis 1) van de offerteaanvraag. De stelling dat cliënte nergens in de uitvraag om abonnementen vraagt, vindt derhalve geen steun in de aanbestedingsdocumentatie.

Wat betreft de vermeende grammaticale onjuistheid en daarmee onbegrijpelijkheid van de definitie kan worden opgemerkt dat een nadere lezing van de definitie tot het oordeel moet leiden dat weliswaar een andere formulering had kunnen worden gekozen, maar het ontbreken daarvan niet per definitie leidt tot onbegrijpelijkheid van die definitie. Het abonnement omvat enerzijds een gebruiks- en anderzijds een verbruiksrecht, welk laatste recht betrekking heeft op leermiddelen ten aanzien waarvan uitgevers niet toestaan dat zij worden verhuurd. Vanzelfsprekend slaat 'toestaan' niet op de uitgever zelf, nu de uitgever de boeken verhuurt en als eigenaar geen toestemming van zichzelf nodig heeft om over de boeken op een bepaalde manier te beschikken.

Vermeld zij nog dat abonnementen alleen aan de orde kunnen zijn in het restperceel en dus in geval van lesmethoden die niet conformeren aan het LIFO-concept.

E. Gebruiksrecht

Gebruiksrecht:

Het zakelijke recht voor opdrachtgever om gedurende het volledige schooljaar, leermiddelen die niet in het eigendom van opdrachtgever vallen, te gebruiken.

Doordat 'gebruiken' niet wordt gedefinieerd, is het naar het oordeel van [Ondernemer] niet mogelijk het gebruik juridisch te regelen en af te prijzen. De term 'gebruik(en)' – zeker in combinatie met de term 'zakelijk recht' of in een goederen- c.q. zakenrechtelijke context – is evenwel geenszins ongebruikelijk en komt alleen al in Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek tientallen keren voor. Cliënte ziet om die reden geen aanleiding om een en ander nader te specificeren.

F. Consumentenprijs

Consumentenprijs:

De actuele prijs van het betreffende leermiddel, zoals vastgesteld en vervolgens gepubliceerd door de betreffende uitgever op zijn website.

Het gaat er hier om dat alleen uitgeverijen de prijzen van de uitgegeven leermiddelen bepalen. Op deze wijze worden in de markt uniforme prijzen gehanteerd voor een leermiddel en wordt voorkomen dat met verschillende consumentenprijzen wordt gerekend. Bovendien zou opdrachtnemer worden afgerekend op een korting ten opzichte van deze prijs, zodat bij een prijsstijging na inschrijving ook een hogere korting zou moeten worden gegeven. Dat is niet juist. Gedurende de contractperiode staat het kortingspercentage vast en zal een stijging van de consumentenprijs tot hogere kosten leiden voor de ondernemer die het leermiddel moet kopen. Door het vaste kortingspercentage wordt deze prijsstijging verdisconteerd richting opdrachtgever. Weliswaar zijn uitgevers vrij om de prijzen van de door hen uitgegeven leermiddelen naar believen aan te passen, maar de ervaring leert dat uitgevers zeker niet frequent de prijzen veranderen en doorgaans per jaar een prijs vaststellen. Een aanname dat uitgevers regelmatig op de vastgestelde prijzen zouden terugkomen, wordt door cliënte niet in de markt herkend. Daarbij speelt een rol dat hoge stijgingen van consumentenprijzen voor leermiddelen, de school zal doen besluiten niet langer voor het leermiddel te kiezen nu de school slechts een beperkt vast bedrag ontvangt voor het inkopen van leermiddelen.

Ook hier wenst opdrachtgever op te merken dat inschrijver het doet voorkomen alsof de bekritiseerde werkwijze nieuw is. Dat is natuurlijk niet zo. Inschrijvers waaronder [Ondernemer] werken al meer dan 10 jaar met deze systematiek.

G. Onderwijsdiensten

In afwijking van de overige begrippen luidt hier de klacht dat er juist géén definitie is gegeven, en wel van de term 'onderwijsdiensten'. Men moet hierbij denken aan dienstverlening welke is gericht op de verdere doorontwikkeling van leermiddelen en het personaliseren van die leermiddelen. Verdere uitvraag vindt plaats middels wensen zodat inschrijvers zich van andere inschrijvers kunnen onderscheiden. Genoemde definitie van 'onderwijsdiensten' definitie zal aan de begrippenlijst worden toegevoegd.

H. Arrangeren

Arrangeren:

Het aanvullen en aanpassen van de leermiddelen door vakdocenten en vaksecties binnen de kaders van het auteursrecht en de van toepassing zijnde licentievoorwaarden met content afkomstig uit open sources te delen met elkaar en gebruiken met bronvermelding (bijvoorbeeld YouTube), VO-content en/of eigen ontwikkelde content, dan wel het aanpassen van de leermiddelen aan de individuele behoeften van de leerlingen.

De mening van [Ondernemer] dat het hier om een vage definitie gaat, wordt niet gedeeld door cliënte. Duidelijk blijkt dat het bij arrangeren gaat om het aanvullen of aanpassen van de leermiddelen door vakdocenten en vaksecties. Dat kan voor alle leerlingen, maar ook voor bepaalde leerlingen om aan de individuele behoeften van deze tegemoet te komen. De stelling van [Ondernemer] dat het inleggen van een A4 met instructies in een leerboek reeds als arrangeren heeft te gelden, is dan ook juist, nu het in dat geval om een aanvulling of aanpassing van een leermiddel. Het is niet relevant of het een digitaal of folio leermiddel betreft: het gaat om het verder personaliseren van de geleverde leermiddelen – voor zover zulks binnen de grenzen van het auteursrecht en de van toepassing zijnde licentievoorwaarden is toegestaan – en de ondersteuning die inschrijvers daarbij kunnen bieden. Wat betreft, ten slotte, de opmerking van [Ondernemer] dat hetgeen het product precies moet kunnen, moet worden beschreven teneinde te kunnen bepalen of het desbetreffende leermiddel onder perceel A of perceel B valt, kan worden opgemerkt dat cliënte bepaalt onder welk perceel een leermiddel valt en inschrijvers zich daarmee dus niet hoeven te vermoeien. Het arrangeren (en de daarbij door inschrijver te bieden ondersteuning) zijn dus niet gerelateerd aan de keuze onder welk perceel een lesmethode valt.

Behoudens het aan de begrippenlijst toevoegen van de definitie van het begrip 'onderwijsdiensten' zullen de hierboven uitgewerkte klachten alle niet in behandeling worden genomen.

Ad 2. Gevraagde leermiddelen

Voorts klaagt [Ondernemer] over de onduidelijkheid ter zake van de door cliënte gevraagde leermiddelen, nu zij (i) doet voorkomen concrete, bestaande leermiddelen te vragen zonder evenwel concrete ISB-nummers te vermelden, alsmede (ii) van de inschrijver niet meer kan vragen dan levering van het specifieke leermiddel, waarbij cliënte zelf moet beoordelen of dat leermiddel aan het LIFO-concept voldoet. Daarnaast wordt geklaagd over de omstandigheid dat cliënte vraagt specifieke leermiddelen als LIFO-product te leveren, terwijl zij dat op dit moment nog niet zijn: de opdracht moet hetzij de levering van bestaande leermiddelen, hetzij de ontwikkeling van nog niet bestaande leermiddelen inhouden. Het betreft hier twee klachten die zich lenen voor een gezamenlijke behandeling.

Voorop moet worden gesteld dat LIFO-leermiddelen bestaan: het betreft een bestaand product. Cliënte gaat ervan uit dat de in de verschillende percelen geduide

leermiddelen conform het LIFO-concept worden aangeboden, maar wenst wel steeds na gunning een controle te kunnen uitvoeren of deze leermiddelen voldoen en blijven voldoen aan het LIFO-concept. Door een en ander aldus uit te vragen kan door cliënte getoetst worden dat een bepaald leermiddel aan de LIFO-voorwaarden voldoet en ook in de toekomst daaraan blijft voldoen.

(...)

Klacht 3 – Perceel C

De derde klacht strekt ten betoge dat ten aanzien van perceel C, dat in verband met een geraamde waarde van minder dan EUR 80.000,00 niet Europees openbaar zal worden aanbesteed, niet voldoende duidelijk wordt beschreven wat de opdracht inhoudt en welke producten of diensten het betreft. Dit is een vereiste dat ter zake van dit soort percelen evenwel niet – door de wet, zie artikel 2.19 lid 3 Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) – wordt gesteld, zodat geen beschrijving van de opdracht of reden voor het niet Europees openbaar aanbesteden behoeft te worden gegeven. Wel wenst opdrachtgever aan te geven dat in het onderhandse perceel rekening houdend met de gestelde wettelijke maxima, opdrachtgever de mogelijkheid wil open houden om te anticiperen op ontwikkelen binnen de leermiddelenmarkt die thans nog niet bekend zijn.

Klacht 4 – Prijs handling opdrachtnemer perceel B

Klacht vier bestaat hierin, dat de gehanteerde maximumprijs van EUR 25,- inclusief BTW opgelegd voor de handlingsdiensten onredelijk laag is en derhalve niet marktconform. Cliënte streeft ernaar om in beide percelen zo weinig mogelijk gebruik te maken van folio leermiddelen. Dit betekent dat naar verwachting de handlingsdiensten voor opdrachtnemer B beperkt zullen zijn. Van de folio leermiddelen van perceel A geldt dat deze aan het einde van het schooljaar niet ingenomen worden, nu folio lesmateriaal van perceel A verbruiksmateriaal behelst. Rest voor inname en controle aan het einde van het schooljaar enkel de huurboeken van perceel B. Zoals ook aangegeven op verschillende plaatsen in de offerteaanvraag zal ook in perceel B in beperkte mate sprake zijn van het huren van boeken.

Opmerking verdient dat cliënte zich terdege bewust is van het feit dat deze zelfde opdrachtnemer van perceel B gevraagd wordt de digitale licenties die onderdeel uitmaken van een lesmethode in het LIFO-concept van perceel A te koppelen aan de individuele leerling. Doch zulks is naar de mening van cliënte van onvoldoende waarde om de maximumprijs voor de handlingsdiensten te verhogen. Wel heeft cliënte besloten ook een minimumbedrag per leerling per jaar van €1 inclusief BTW te hanteren. Dit om een oneerlijk en daarmee ongewenst resultaat te voorkomen.

(...)

Klacht 7 – Onredelijke contractuele boete

[Ondernemer] klaagt dat de contractuele boete, zoals blijkend uit artikel 13 lid 2 van de (concept-) raamovereenkomsten, onredelijk en disproportioneel is. Die boete bedraagt thans EUR 2.500,00 voor elke dag waarop de opdrachtnemer in verzuim verkeert (bijvoorbeeld als, in afwijking van ... van de offerteaanvraag, leermiddelen voor minder dan 95% worden geleverd) en is gemaximeerd op EUR 500.000,00.

Cliënte erkent dat het boetebeding zoals dat thans in de (concept-) raamovereenkomst is opgenomen, tot disproportionele resultaten kan leiden, waarbij bij het ontbreken van slechts één leermiddel reeds een boete kan volgen die ongeveer de

helpt van de vergoeding van opdrachtnemer bedraagt. Cliënte is derhalve bereid de desbetreffende contractuele bepaling te wijzigen. Zij stelt voor het boetebeding in de (concept-)raamovereenkomsten aldus te wijzigen dat voor iedere dag dat opdrachtnemer in verzuim verkeert, een boete van 5% van de opdrachtwaarde dient te worden betaald. De boete wordt op jaarbasis gemaximeerd op 20% van de opdrachtwaarde.

Artikel 13 lid 2 zal dan als volgt komen te luiden:

De boete bedraagt 5% van de waarde van de opdracht, voor elke werkdag dat opdrachtnemer in verzuim is, tot een maximum van 20% van de totale opdrachtwaarde op jaarbasis.

Klacht 8 – Gunningscriteria niet onderscheidend

De achtste klacht van [Ondernemer] ziet op de gunningscriteria als bedoeld in paragraaf 6.2A van de offerteaanvraag. Waar de leermiddelen steeds dezelfde zijn, daar zou in de offerteaanvraag worden verondersteld dat er een vergelijking van de kwaliteit van de leermiddelen kan plaatsvinden. De producten zijn wat ze zijn, ongeacht welke opdrachtnemer ze feitelijk aanbiedt, zo luidt de redenering van [Ondernemer].

Cliënte deelt de opvatting van [Ondernemer] voor zover zij betoogt dat de keuze voor de leermiddelen al vast staat en [Ondernemer] hier geen invloed op kan uitoefenen. Zulks is juist en behelst een bijzondere situatie binnen het aanbestedingsrecht. Het gaat in de genoemde paragraaf van de offerteaanvraag echter niet zozeer om de leermiddelen zelf als wel om met betrekking tot die leermiddelen door opdrachtnemer te verrichten diensten. Zo gaat het in de eerste wens om de mate waarin vaksecties door [Ondernemer] de mogelijkheid wordt geboden commentaar te leveren op de geleverde leermiddelen, alsook de mate waarin een en ander ook daadwerkelijk ten behoeve van de doorontwikkeling van die leermiddelen wordt aangewend. Deze wens is cruciaal voor de vaksecties. In de tweede wens gaat het vervolgens om technische en onderwijskundige ondersteuning en ook in de derde en vierde wens betreft het dergelijke ondersteunende activiteiten. Hiermee wordt [Ondernemer] juist uitgedaagd om aan te tonen in welke mate zij zich onderscheidt van andere inschrijvers.

Indien, ten slotte, de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria niet tot een gunning leidt, zal de beoordeling alternatief en dus uitsluitend plaatsvinden op basis van de door inschrijvers geoffreerde prijzen.

Klacht 9 – Beoordelingssystematiek onwerkbaar

[Ondernemer] klaagt dat het puntentoekenningssysteem als beschreven in paragraaf 4.3.3 van de offerteaanvraag een zodanig groot aantal cumulatieve criteria omvat, dat het ondenkbaar is dat aan alle criteria kan worden voldaan om de desbetreffende puntenscore te krijgen. Aldus kunnen nooit scores worden opgelegd zonder uit te gaan van subjectieve elementen, wat maakt dat het ontbreekt aan een objectieve en transparante systematiek.

Cliënte deelt deze opvatting van [Ondernemer] geenszins. Vooropgesteld moet worden dat het in beginsel aan cliënte zelf is om de door haar te hanteren wensen vast te stellen, alsmede de wijze waarop het door inschrijvers al of niet voldoen aan die wensen wordt beoordeeld. Een en ander omvat mede de bevoegdheid zelf het aantal – overigens in casu geenszins cumulatieve – criteria vast te stellen, zulks uiteraard binnen de door wetgeving en jurisprudentie getrokken grenzen. De criteria bieden de inschrijver juist duiding bij het beantwoorden van een vraag,

daar waar het volgens [Ondernemer] voorheen onduidelijk was wat expliciet van partijen werd verwacht. De vraag of inschrijvers voldoen dient afzonderlijk te worden beoordeeld en een ontkennend antwoord daarop betekent niet per definitie een subjectieve en niet-transparante systematiek. Bovendien krijgen inschrijvers aldus de kans zich van andere inschrijvers te onderscheiden.

Klacht 10 – Beoordelingssystematiek geeft te veel ruimte voor subjectiviteit

De tiende klacht bestaat hierin, dat de in de offerteaanvraag gehanteerde beoordelingssystematiek te veel ruimte voor willekeur en subjectiviteit geeft. Uiteindelijk zullen de offertes evenwel door beoordelaars van de beoordelingscommissie worden beoordeeld. Iedere beoordelaar kijkt anders naar de ingediende offertes – niet zelden omdat zij binnen de desbetreffende organisatie een andere functie hebben en uit dien hoofde op andere zaken letten –, zodat het voor een goede beoordeling vereist is dat in zekere mate subjectiviteit kan worden betracht. Cliënte heeft, vanwege het grote aantal (niet-cumulatieve) criteria van paragraaf 4.3.3 van de offerteaanvraag, reeds tot in detail uitgewerkt wat zoal motiveringen kunnen zijn bij de verschillende te hanteren rapportcijfers – zo is door [Ondernemer] in klacht 9 ook zelf in zekere zin erkend – en het is vervolgens aan inschrijver zelf om zich van de anderen in voldoende mate te onderscheiden.

In dit kader verwijst cliënte naar een vaste, in de rechtspraak aangehaalde rechtsopvatting, zoals onder andere vermeld door de voorzieningenrechter te Den Haag in haar vonnis van 27 november 2018.[1] Ook [Ondernemer] was partij bij dit geschil.

In rechtsoverweging 5.4 wordt overwogen:

De gunningscriteria zijn door [partij] voldoende transparant beschreven, nu met de formulering van de wensen voor iedere potentiële inschrijver voldoende helder is wat wordt verlangd. Voor het overige is het aan de inschrijver om zich te onderscheiden van de andere inschrijvers en aldus zijn 'meerwaarde' aan te tonen. Het is uitdrukkelijk niet aan de aanbestedende dienst om aan te geven wat nodig is om een maximale score te behalen op kwalitatieve criteria. Alsdan zou iedere innovatie, creativiteit of zelfstandig denkproces bij de inschrijvers worden geëcarteerd. Aan een gunningssystematiek – zoals hier aan de orde – is derhalve inherent dat een inschrijvende partij de ruimte wordt geboden om op eigen wijze aan te geven hoe hij de gewenste kwaliteit invult. Daardoor wordt hij optimaal gestimuleerd om inventief in te schrijven en kenbaar te maken begrip en inzicht te hebben voor c.q. in die aspecten van de opdracht die volgens hem relevant zijn voor de aanbestedende dienst.

Klacht 11 – Discriminatoire opzet

De laatste klacht van [Ondernemer] behelst dat de wijze waarop de aanbestedingsprocedure is vormgegeven, in strijd is met de Aw 2012 en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in die voege, dat sprake is van een discriminatoire opzet van de aanbestedingsprocedure. Dat zou het geval zijn nu cliënte (1) een discriminatoire prijsformule en een discriminatoir prijs criterium hanteert en (2) vraagt naar een specifiek leermiddel, zonder tevens naar gelijkwaardige alternatieven te vragen.

Ad 1. Prijsformule en -criterium discriminatoir

Er wordt gegund op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, waardoor de inschrijver de kans krijgt zich – naast het onderdeel van de prijs – ook op het onderdeel van de kwaliteit van de leermiddelen te onderscheiden. Het prijsaspect is

aldus niet allesbepalend. Het is overigens niet per definitie zo dat de uitgevers de beste prijs-kwaliteitsverhouding zullen hebben, nu de uitgever als producent ook alle risico's loopt bij het ontwikkelen van de leermiddelen en nu er in de aanbestedingsprocedure niet alleen wordt gevraagd naar het sec leveren van leermiddelen, maar ook naar een aantal diensten die verband houden met deze leermiddelen en die mee moeten worden genomen in de prijsbepaling. Deze diensten zullen door de distributeurs wellicht goedkoper kunnen worden geleverd, nu zij over een wijdvertakt netwerk van adviseurs beschikken. Recente aanbestedingen in dit kader laten dit ook zien.

Nu [Ondernemer] de mogelijkheid wordt geboden om te offeren op meerdere of zelfs alle percelen, ontstaan voor [Ondernemer] volumevoordelen (massa).

Cliënte merkt uitdrukkelijk op dat het standpunt van [Ondernemer] reeds aan de orde is geweest in een soortgelijke kwestie bij de rechtbank Den Haag, welke kwestie heeft geleid tot het vonnis van de voorzieningenrechter van 27 november 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:13949). In dit vonnis heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat dit (dat de uitgevers in staat zijn om het hoogste kortingspercentage aan te bieden) niet zonder meer het geval is. Cliënte verwijst verder naar rechtsoverweging 5.3.2 van voornoemde uitspraak.

Ad 2. Vraag naar specifiek leermiddel zonder naar gelijkwaardige alternatieven te vragen

Cliënte merkt uitdrukkelijk op dat ook dit standpunt van [Ondernemer] reeds aan de orde is geweest in een soortgelijke kwestie bij de rechtbank Den Haag, welke heeft geleid tot het vonnis van de voorzieningenrechter van 27 november 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:13949). In dit vonnis heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat feit is dat een lesmethode wordt geproduceerd door één specifieke uitgever en iedere lesmethode een specifieke naam en ISB-nummer heeft. In afwijking van de hoofdregels van het aanbestedingsrecht mogen deze namen en nummers uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten worden genoemd. Cliënte verwijst verder naar rechtsoverweging 5.3 van voornoemde uitspraak.

Opdrachtgever concludeert dat de klachten die [Ondernemer] aanvoert niet leiden tot wijzigingen van de aanbestedingsdocumenten anders dan hiervoor weergegeven. Opdrachtgever ziet dan ook geen enkele reden de aanbestedingsprocedure te vertragen of zelfs in te trekken.'

- 1.6. In de – herziene – Bijlage Concept Raamovereenkomst perceel A bij de Offerte-aanvraag van 22 oktober 2020 is in artikel 13 en 14, onder meer, bepaald:

'Artikel 13 BOETE

1. Opdrachtgever is onverminderd het gestelde in artikel 12 [*betreffende aansprakelijkheid, Commissie*] bevoegd een boete te heffen voor iedere dag dat opdrachtnemer in verzuim is om zijn verplichtingen uit deze overeenkomst na te komen.

2. De boete bedraagt 5% van de opdrachtwaarde voor elke werkdag dat opdrachtnemer in verzuim is. De boete wordt op jaarbasis gemaximeerd op 20% van de opdrachtwaarde.

(...)

4. Indien naast een boete ook sprake is van een schadevergoeding, dan wordt de boete in mindering gebracht op deze schadevergoeding. Wanneer de omvang van de geleden schade hoger is dan het boetebedrag, zal enkel op het meerdere nog aanvullend door opdrachtgever aanspraak kunnen worden gemaakt.

Artikel 14 TEKORTKOMING

1. Ingeval één der partijen een verplichting uit onderhavige overeenkomst niet, niet tijdig of niet deugdelijk nakomt dan wel anderszins tekortschiet in de nakoming

van één of meer van zijn verplichting(en) uit onderhavige overeenkomst, dan zal de andere partij hem deswege in gebreke stellen, tenzij de nakoming van de betreffende verplichting reeds blijvend onmogelijk is of er sprake is van een fatale termijn, in welk geval de nalatige partij onmiddellijk in verzuim is.
(...)'

1.7. In de Nota van Inlichtingen van 4 november 2020 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.7.1. Vraag 128 (Perceel A): 'De essentie van LIFO is dat de volledige methode digitaal en ontschot wordt aangeboden en dat desgewenst een folio component kan worden afgenomen. Daarnaast moet de digitale content te bewerken zijn. [Lesmethoden nrs. 19 en 30] voldoen niet aan deze criteria en kunnen derhalve dan ook niet als LIFO uitgevraagd worden. Een uitgever die zegt dit in LIFO te kunnen leveren misbruikt het LIFO-concept dan eveneens. Leesboeken (...) zijn geen digitale methode net zoals een tabellenboek dat niet is. Hoe zien onderwijsdiensten bij leesboeken en tabellenboeken eruit die arrangeren van het lesmateriaal ondersteunen? Percelen A19 en A30 voldoen niet aan de LIFO-criteria. Wij verzoeken u dan ook deze percelen te laten vervallen.'

Antwoord: 'Anders dan eerder vermeld erkent opdrachtgever het door inschrijver gestelde. Opdrachtgever schrapt [Lesmethoden nrs. 19 en 30] als sub percelen van perceel A. Derhalve zullen beide methodes afgenomen worden binnen perceel B.'

1.7.2. Vraag 129 (Perceel A): 'In de vraagstelling van vraag [bedoeld is vraag 9, Commissie] is door de vraagsteller een opsomming gegeven van acht cumulatieve kenmerken die het LIFO-concept van [Aanbesteder] altijd moet hebben. Verwezen wordt naar de definitie van het begrip 'LIFO-concept' [in de begrippenlijst] van de Offerteaanvraag en naar de beschrijving van het LIFO-concept [in paragraaf 1.3] van de Offerteaanvraag. De vraagsteller vraagt aan de aanbestedende dienst om per kenmerk aan te geven of zij deze juist en volledig heeft begrepen en/of er kenmerken ontbreken in de opsomming. In het antwoord op de vraag gaat de aanbestedende dienst in op de eerste zes kenmerken. De kenmerken zeven en acht worden in het antwoord onbesproken gelaten. Kan er van uitgegaan worden dat datgene wat de vraagsteller heeft beschreven onder kenmerk zeven en acht juist en volledig is? Indien dit niet zo is, kunt u dan aangeven op welk onderdeel de beschrijving van deze kenmerken onjuist en/of onvolledig is?'

Antwoord: 'Deze aanname van inschrijver is juist.'

1.7.3. Vraag 136 (Perceel A): 'Uit uw antwoord op vragen 21 en 26 volgt dat de opdrachtgever ieder schooljaar kan kiezen voor een lesmethode van een ander subperceel dat onder Perceel A valt, ondanks dat uitgevers van 'Lifo-lesmethoden' in de gebruiks- of licentievoorwaarden van deze lesmethoden een meerjarig gebruik verplichten stellen. Zie de algemene licentievoorwaarden die [Uitgever L] voorschrijft voor [zijn Producten] en [de voorwaarden van de Methode] van [Uitgever K]. Begrijpen wij het goed dat de jaarlijkse keuzevrijheid die opdrachtgever wenst voor de lesmethoden in Perceel A, desnoods in afwijking van door de uitgever voorgeschreven voorwaarden, eveneens een kenmerk is van het Lifo-concept van opdrachtgever?'

Antwoord: 'Dit is nadrukkelijk géén kenmerk van het LIFO-concept, slechts een aanvullende voorwaarde die opdrachtgever stelt.'

1.7.4. Vraag 137 (Perceel A): 'Is de opdrachtgever zich ervan bewust door de eis in perceel A LIFO-concept te laten, de uitgevers hierdoor mogelijk niet inschrijven? De

uitgevers hebben de voorwaarden voor meerjarige afname niet voor niets vastgelegd. Ook zullen inschrijvers niet zijnde uitgevers, hierover in conflict kunnen komen met de uitgevers van de LIFO-methoden.'

Antwoord: 'Opdrachtgever is zich hier terdege van bewust. Doch, de ervaring leert dat niet/slechts in geringe mate tussentijds wordt gekozen voor een andere lesmethode binnen het LIFO-perceel. Namelijk enkel indien de lesmethode in kwalitatieve zin niet langer voldoet aan de verwachtingen van de school.'

- 1.7.5. Vraag 138: 'Naar aanleiding van vraag/antwoord 26 NvI1: Opdrachtgever wil geen verplichtingen aangaan voor meerjarige afname, ook niet als dit in aanvullende productvoorwaarden is aangegeven. Is het een correcte aanname dat dit betekent dat er voor die producten waar nu sprake is van aanvullende productvoorwaarden voor meerjarige afname (2, 4 of 6 jaar) er voor Opdrachtgever nieuwe EAN's beschikbaar moeten worden gesteld waar deze verplichtingen niet op van toepassing zijn?'

Antwoord: 'Deze aanname is juist.'

- 1.7.6. Vraag 139: 'Kunt u exact aangeven op welk moment [Aanbesteder] de conclusie trekt dat het leermiddel niet beschikbaar is volgens de Lifo-definitie van [Aanbesteder] en aan de winnaar van perceel B gaat worden gevraagd? De winnaar van perceel B moet op tijd weten wat de omvang van zijn verplichtingen wordt.'

Antwoord: 'Op de eerste plaats indien – om welke reden dan ook – bij gunning van de percelen zou blijken dat een of meerdere lesmethoden niet voldoen aan de definitie van het LIFO-concept. De definitieve gunning staat momenteel gepland op 22 december 2020. Op de tweede plaats is het ook mogelijk dat voorafgaand aan een nieuw schooljaar (vóór 1 mei 2020) – op het moment dat opdrachtgever de leermiddelenlijsten definitief vaststelt – blijkt dat een leermiddel niet langer beschikbaar is in het LIFO-concept. Ook dan wordt de opdrachtnemer van perceel B gecontacteerd indien blijkt dat een sub perceel komt te vervallen als gevolg van de beslissing van de uitgever, en uitgever geen opvolgende lesmethode uitbrengt (die niet voldoet aan de definitie van het LIFO-concept).'

- 1.7.7. Vraag 140: 'Met de antwoorden op vraag 30 en vraag 41 geeft u aan dat alle 44 lesmethoden die worden uitgevraagd in Perceel A, elk via een eigen subperceel, volgens de informatie die tot uw beschikking staat, beschikbaar zijn in Lifo-concept vanaf schooljaar 2021/2022. Kunt u bevestigen dat u voor elk van de genoemde lesmethoden bij de desbetreffende uitgever heeft gevraagd of de desbetreffende lesmethode reeds nu al beschikbaar is volgens het Lifo-concept, danwel als dit niet het geval is, of het Lifo-concept beschikbaar zal zijn vanaf het begin van het schooljaar 2021/2022, waarbij door u specifiek is gewezen op alle kenmerken waaraan het Lifo-concept dient te voldoen?'

Antwoord: 'Hierbij bevestigd.'

- 1.7.8. Vraag 141: 'Wij hebben op basis van een analyse van de catalogusinformatie, die op dit moment door de uitgevers [K], [L] en [M] aan de markt beschikbaar wordt gesteld, onderzocht of de 44 lesmethoden die worden uitgevraagd in Perceel A voldoen aan alle kenmerken van het Lifo-concept. Wij zijn tot de conclusie gekomen op basis van deze analyse dat slechts vijf van de lesmethoden voldoen aan alle kenmerken, te weten de lesmethoden genoemd bij de nummers 36, 39, 40, 42 en 44. De overige lesmethoden voldoen alleen al niet aan het Lifo-concept omdat de desbetreffende uitgevers voor deze lesmethoden een meerjarige afnameverplichting voorschrijven. Daarnaast gelden voor de lesmethoden die worden genoemd bij de nummers 2, 4, 6, 11, 13, 20, 23, 24, 31, 34, 35, 37, 38, 41, 43 en

45 dat het digitale leermiddel van de lesmethode niet te gebruiken is voor elk gewenst niveau en leerjaar. Voor de lesmethode die wordt genoemd bij nummer 30 geldt verder nog dat hiervan geen licentie (digitaal leermiddel) beschikbaar van is. Het overzicht dat wij hebben opgesteld naar aanleiding van de analyse wordt als bijlage toegevoegd bij de ingediende vragen. Kunt u bevestigen dat:

- indien de opdrachtnemer(s) van de subpercelen van Perceel A niet kunnen aantonen dat bij aanvang van het schooljaar 2021/2022 de lesmethoden die volgens bovenbedoelde analyse niet voldoen aan alle kenmerken van het Lifo-concept (derhalve alle lesmethoden die op pagina 10 en 11 van de Offerteaanvraag worden genoemd, met uitzondering van de lesmethoden genoemd bij de nummers 36, 39, 40, 42 en 44) niet zullen worden gecontracteerd (ingekocht) via Perceel A, maar bij de opdrachtnemer van Perceel B?

Antwoord: 'De lesmethodes als uitgevraagd in perceel A dienen bij aanvang van het schooljaar 2021/2022 te voldoen aan de definitie van het LIFO-concept zoals door opdrachtgever gehanteerd in haar offerteaanvraag. In dit kader verwijst opdrachtgever nogmaals naar de definitie van LIFO-concept zoals opgenomen in haar begrippenlijst, en zoals meermaals verduidelijkt in de eerste Nota van Inlichtingen (meer specifiek vraag 9 en vraag 41). Indien de opdrachtnemer(s) van de subpercelen van perceel A niet kunnen aantonen dat bij aanvang van het schooljaar 2021/2022 de lesmethodes conform vorenstaande voldoen aan de kenmerken van het LIFO-concept, dan zullen de lesmethodes die niet voldoen ingekocht worden via perceel B.'

1.7.9. Vraag 142: 'De inleiding van de vorige vraag wordt hier herhaald.

a. Kunt u bevestigen of door u eenzelfde danwel vergelijkbare analyse van de bedoelde lesmethoden is uitgevoerd?

b. Kunt u ten aanzien van de lesmethoden die volgens de analyse op dit moment niet voldoen aan alle kenmerken van het Lifo-concept, bevestigen of volgens uw informatie de thans nog ontbrekende kenmerken vanaf het schooljaar 2021/2022 wel aanwezig zullen zijn en van wie deze informatie afkomstig is (de desbetreffende uitgever(s))?'

Antwoord: 'A en B. hierbij bevestigd.'

1.7.10. Vraag 162 (Perceel A): 'Naar aanleiding aanpassing bijlage 2.3:

Kan Opdrachtgever aangeven wie naar mening van Opdrachtgever verantwoordelijk is voor de eventuele restvoorraad bij een verschil tussen de geprognosticeerde bulkbestelling en de bestelling door ouders/leerlingen?'

Antwoord: 'Zulks is een risico dat voor rekening komt voor de opdrachtnemer van perceel B. Zij dient zulks (indien gewenst) te verdisconteren in haar prijs.'

1.7.11. Vraag 163 (Perceel A): 'Om de fijndistributie in het hoogseizoen kwalitatief te verzorgen, is het van belang dat de voorraad vroegtijdig op orde is bij opdrachtnemer van perceel B. De accuraatheid van de prognosecijfers zijn hierin cruciaal. Wij stellen u de vraag hoe opdrachtgever kan garanderen dat de afwijking tussen prognose en werkelijke aantallen niet meer dan 2% afwijkt. Wilt u daar alsnog antwoord op geven of aangeven hoe groot de afwijking was tussen prognosecijfers en werkelijke cijfers in de afgelopen jaren?'

Antwoord: 'Opdrachtgever kan dit niet garanderen. In het antwoord op vraag 74 van nvi 22 oktober 2020 heeft opdrachtgever de levertermijn van de prognose bestelling verruimd.'

1.7.12. Vraag 175 (Perceel A): 'Kan aanbestedende dienst aangeven hoe partijen (anders dan de uitgever van de betreffende methode) de mogelijkheid kunnen bieden om

invloed uit te oefenen op de inhoud van de methode? Er wordt zelfs gesteld dat aantoonbaar gemaakt moet worden dat invloed uitgeoefend kan worden om het lesmateriaal. Alleen de betreffende uitgever kan dit garanderen.'

Antwoord: 'De bedoeling van de wens is nu juist om aan inschrijver de mogelijkheid te bieden om zichzelf te onderscheiden, niet om opdrachtgever concrete voorbeelden te laten aanreiken. Daarnaast voorziet wens 1 reeds in een voorbeeld.'

- 1.7.13. Vraag 183 (Perceel B): 'Naar aanleiding van vraag/antwoord 120 NvI 1: Het antwoord van Opdrachtgever maakt nog niet duidelijk waar het maximumbedrag van €25 inclusief BTW per leerling per jaar op is gebaseerd. Opdrachtgever doet zich mogelijk tekort door een dergelijk hoog bedrag te hanteren, dat door inschrijvers bovendien als richtbedrag kan worden gezien. Hoe heeft Opdrachtgever dit maximumbedrag vastgesteld?'

Antwoord: 'Het maximumbedrag van EUR 25, - is gebaseerd op de bij opdrachtgever bekende marktconforme tarieven. Opdrachtgever deelt de mening van inschrijver verder niet. Hoe lager het bedrag waar inschrijver namelijk mee inschrijft, hoe hoger de score die aan inschrijver wordt toegekend voor dit betreffende onderdeel. Inschrijvers doen zichzelf dus tekort indien zij EUR 25, - als richtbedrag gaan hanteren.'

- 1.8. Op 5 november 2020 heeft ondernemer de onderhavige klacht ingediend bij de Commissie.
- 1.9. Op 12 november 2020 heeft de Commissie aan ondernemer per e-mail meegedeeld dat de klacht met zaaksnummer 603 in behandeling is genomen. Klachtonderdeel 2 (zie 2.3 hierna) is echter niet in behandeling genomen omdat over dit deel van de klacht niet eerder bij aanbesteder is geklaagd.
- 1.10. Ondernemer heeft vervolgens op 13 november 2020 klachtonderdeel 2 (zie 2.3 hierna) alsnog aan aanbesteder voorgelegd:

'(...)

Korte beschrijving van de klacht

De meeste subpercelen van perceel A betreffen lesmethoden waarvan de uitgever de afnemers verplicht om die lesmethode minimaal 2 tot 6 jaar af te nemen. [Aanbesteder] vereist echter een LIFO-product waarbij het gebruik tot een jaar kan worden beperkt. Op basis van de huidige gebruiks- of licentievoorwaarden voldoen 33 van de 42 lesmethoden die [Aanbesteder] bedoelt in de subpercelen van perceel A daar niet aan. [Aanbesteder] vraagt voor die subpercelen om iets dat niet bestaat en waarvan tot op heden niet kan worden vastgesteld of de desbetreffende uitgevers de voorwaarden aanpassen. Passen de desbetreffende uitgevers de voorwaarden aan, dan kan iedere aanbieder (dus ook [Ondernemer]) het LIFO-product verhandelen. Gebeurt dat niet, dan bestaat het product niet en valt het leveren van het bestaande boek onder perceel B. In theorie zou [Ondernemer] de producten voor een x-aantal jaren kunnen afnemen en het risico kunnen nemen, maar dat is een onredelijk risico. Dat geldt temeer omdat [Ondernemer] geen opslag op de consumentenprijs mag zetten teneinde dat risico af te dekken. En de consumentenprijs is een prijs per jaar. Bovendien mag duidelijk zijn dat [Ondernemer] en anderen dan bewust op achterstand worden gezet ten opzichte van de uitgever die zelf dat probleem niet heeft.

Onderbouwing

Gedurende de looptijd van de raamovereenkomst voor een subperceel van perceel A kan een school kiezen voor een lesmethode van een ander subperceel dat onder perceel A valt (para. 1.3 Offerteaanvraag). In dat verband zijn in de eerste Nota van Inlichtingen vragen 21 en 26 gesteld. Uit de antwoorden van [Aanbesteder] daarop volgt dat de definitie van het LIFO-concept vereist dat jaarlijks met de lesmethode kan worden gestopt en er geen verplichting bestaat voor meerjarig gebruik. In antwoord op vraag 136 heeft [Aanbesteder] in de tweede Nota van Inlichtingen bevestigd dat dit een voorwaarde is die [Aanbesteder] aan de lesmethoden stelt, in afwijking van huidige gebruiks- of licentievoorwaarden van de uitgevers.

De meeste lesmethoden die [Aanbesteder] als subperceel bij perceel A heeft genoemd, kennen gebruiks- of licentievoorwaarden die meerjarig gebruik verplicht stellen. Op basis van de huidige gebruiks- of licentievoorwaarden is bij de lesmethoden van uitgevers [K] (subpercelen 1 t/m 17) en [L] (subpercelen 18 t/m 33) meerjarig gebruik verplicht. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de algemene licentievoorwaarden die [Uitgever L] voorschrijft voor [zijn Producten] (subpercelen 18, 20 t/m 29 en 31 t/m 33) en de [voorwaarden van de Methode] van [Uitgever K] (subpercelen 1 t/m 4, 6 t/m 11, 13 t/m 17).

Zie voor de [Producten van Uitgever L] [website]: *"Bij een [Methode van Uitgever L] is er steeds sprake van een 1-jarige licentie met een afnameduur van 4 jaar. Voor deze [Methode] die voor 2020 door [Uitgever L] is gelanceerd kan desgewenst tot het moment van introductie van een nieuwe editie een afnameduur van 1 jaar worden gekozen."*

En zie voor de [Methode van Uitgever K] [website] (Licentievoorwaarden educatieve software voortgezet onderwijs [Uitgever K]): *"5.6 Gebruiks- en leveringsvoorwaarden [Methode van Uitgever K]. a. Bij aanvang van invoering c.q. afname van de [Methode] kiest de Instelling voor een afnameduur van 2, 4 of 6 jaar. Hiermee verplicht de Instelling zich gedurende de gekozen afnameduur de [Methode] jaarlijks in zijn geheel af te nemen. De [Methode] kent voor elke afnameduur een specifieke EAN, zodat de Instelling bij de keuze voor een specifiek EAN op de leermiddelenlijst, kiest voor de bij dat specifieke EAN behorende afnameduur en prijsstelling."*

[Ondernemer] heeft aan [Uitgever K] en [Uitgever L] gevraagd of hun lesmethoden (onder meer) aan deze voorwaarde van het LIFO-concept voldoen zoals gedefinieerd door [Aanbesteder]. De bijbehorende correspondentie wordt als bijlage opgenomen. [Uitgever L] heeft laten weten niet mee te werken aan beantwoording van dergelijke aanbestedingsvragen; [hij] verwijst voor alle informatie van [Uitgever L] naar [zijn] website. [Uitgever K] heeft bevestigd dat [zijn] lesmethoden voldoen aan het LIFO-concept. [Zijn] licentievoorwaarden zijn daar echter (nog) niet op aangepast, zodat vooralsnog geen sprake is van leermiddelen die op de commerciële markt zijn verschenen en die voldoen aan (onder meer) deze aanvullende voorwaarde die [Aanbesteder] stelt aan de lesmethoden die onder perceel A worden gevraagd (zie de definities van Leermiddelen en Lesmethode in de Offerteaanvraag, (...)).

[Aanbesteder] stelt in antwoord op vraag 138 van de tweede Nota van Inlichtingen dat in voorkomend geval uitgevers nieuwe EAN's (d.w.z. leermiddelen met een eigen EAN/ISBN) beschikbaar moeten stellen waarop de meerjarige afnameverplichting niet van toepassing is. Of uitgevers dat ook daadwerkelijk zullen doen, is echter onduidelijk.

Het voorgaande heeft thans tot gevolg dat een inschrijver (dus ook de desbetreffende uitgever) voor de subpercelen met [Producten van Uitgever L] of de [Methode van Uitgever K] op dit moment geen leermiddelen kan aanbieden die voldoen aan het LIFO-concept zoals [Aanbesteder] dat vereist. Als een inschrijver toch een van die leermiddelen aanbiedt, dan loopt hij bovendien het risico dat als een school na bijvoorbeeld een jaar wisselt van lesmethode, de inschrijver de 'oude' lesmethode nog jaren voor eigen rekening moet blijven afnemen van de uitgever. Dit risico geldt voor alle inschrijvers, met dien verstande dat de uitgever voor zichzelf andere voorwaarden kan stellen dan aan de rest van de markt en bovendien voor zichzelf een "eenjarig product" met een hogere consumentenprijs kan creëren dat niet bestaat voor de rest van de markt. Voor zover deze situatie al zou mogen bestaan (aangezien de leermiddelen feitelijk niet voldoen aan het LIFO-concept), leidt dat tot een ongelijk speelveld en een ongerechtvaardigde bevoordeling van de desbetreffende uitgevers, hetgeen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel (zie bijv. HvJ EU C-72/10 en C-77/10, pt. 57) en art. 1.10a Aw. Indien een uitgever weigert om relevante informatie tijdig voorafgaand aan de inschrijving te delen met de overige inschrijvers, dient hij bovendien te worden uitgesloten wegens een ongerechtvaardigde kennisvoorsprong (vgl. art. 2.87 lid 1 sub f Aw).

Voorgestelde oplossing

Als [Aanbesteder] bij haar standpunt blijft dat er geen verplichting bestaat voor meerjarig gebruik, dient zij ten eerste te verduidelijken dat een lesmethode niet aan het LIFO-concept voldoet als de uitgever meerjarig gebruik vereist in de voorwaarden die gelden op het moment van inschrijving.

Ten tweede dient [Aanbesteder] te eisen dat alle inschrijvers bij inschrijving aantonen dat de aangeboden leermiddelen vanaf schooljaar 2021/2022 voldoen aan de voorwaarde dat er geen meerjarige gebruik verplicht is. Voor dat bewijs is nodig dat [Aanbesteder] ervoor zorgt dat de desbetreffende uitgevers tijdig (d.w.z. ruim vóór inschrijving) aan alle (potentiële) inschrijvers aangeven of die leermiddelen beschikbaar zullen zijn conform die voorwaarde. [Aanbesteder] dient vervolgens voorafgaand aan gunning te controleren of de leermiddelen inderdaad tijdig aan die voorwaarde zullen voldoen. Op die manier kan manipulatie door uitgevers worden voorkomen. Indien een uitgever niettemin meerjarig gebruik als voorwaarde stelt c.q. blijft stellen, kan [Aanbesteder] het desbetreffende subperceel niet gunnen; de desbetreffende leermiddelen worden dan gecontracteerd onder perceel B.

Tot slot

Wij zien uit naar uw spoedige reactie, opdat er geen tijd verloren gaat en de mededinging alsnog op juiste en eerlijke wijze kan plaatsvinden.'

- 1.11. Op 20 november 2020 heeft aanbesteder de onderstaande reactie op de klacht betreffende klachtonderdeel 2 gegeven:

'Naar aanleiding van uw tweede klacht, welke wij op 13 november jl. ontvingen delen wij u het navolgende mede.

Op de eerste plaats zijn wij van mening dat u met de gevolgde gang van zaken handelt in strijd met het gestelde in paragraaf 3.1.6 van de offerteaanvraag. Onvolkomenheden en dergelijke dienen zo spoedig mogelijk gemeld te worden om de aanbestedende dienst de kans te geven tijdig te anticiperen. De offerteaanvraag is op 30 september jl. gepubliceerd, hetgeen betekent dat u 43 dagen de kans heeft gehad uw bezwaren naar voren te brengen. Dit heeft u nagelaten hetgeen betekent dat wij van oordeel zijn dat u handelt in strijd met de aanbestedingsleidraad en wij primair van mening zijn dat uw klacht niet in behandeling kan worden genomen.

Desondanks zullen wij wel ten overvloede reageren, aangezien uw klacht is gebaseerd op een misvatting en wij het uitermate teleurstellend zouden vinden als [Ondernemer] door deze misvatting niet in de gelegenheid zou zijn om in te schrijven. Te meer [Aanbesteder] natuurlijk alle belang heeft bij een zo groot mogelijk aantal inschrijvingen.

Uw zorgen voor uw inschrijving zijn gericht op een situatie die nagenoeg zelden aan de orde zal komen. U stelt namelijk dat [Aanbesteder] een LIFO-product vereist waarbij het gebruik beperkt kan worden tot één jaar.

Bij een gebruik van één jaar gaat u echter niet uit van de regel, maar van de uitzondering. Zoals in de offerteaanvraag onder 1.3 vermeld, overigens de paragraaf waar u zelf ook naar verwijst, staat nadrukkelijk aangegeven dat de school in de regel een lesmethode 4 jaar zal gebruiken. Het gebruik van deze lesmethode komt dan ook overeen met de gebruiksduur die, zoals u stelt, de uitgever hanteert in de contractrelatie tussen uitgever en [Ondernemer].

Het eenjarig gebruik is slechts een uitzonderingssituatie en komt dan ook zelden aan de orde. Schoolvaksecties zullen in de regel een lesmethode zelfs langer dan 4 jaar gebruiken. Zoals u bekend zal zijn is hier meermaals onderzoek naar gedaan en alle onderzoeken tonen aan dat lesmethoden minimaal 4 jaar, maar meestal 5 of zelfs 6 jaar worden gebruikt. Het jaarlijks wisselen van lesmethoden op grote schaal komt dan ook binnen [Aanbesteder] niet voor, dat kan gegarandeerd worden. Het zal u als professionele inschrijver toch ook bekend zijn dat het jaarlijks wisselen van lesmethoden onderwijskundig onmogelijk zal zijn, omdat dat zou betekenen dat de continuïteit van de doorlopende leerlijn in gevaar komt en vaksecties elk jaar de zeer ingrijpende wijziging naar een nieuwe lesmethoden zouden moeten doorvoeren. Volstrekt ridicuul!

Waar echter wel de mogelijkheid open voor wordt gehouden is dat een lesmethode tussentijds beëindigd wordt, omdat de vaksecties hier onderwijskundig grote problemen in zien ondanks de eerdere keuze. De vaksectie heeft een keuze gemaakt voor een lesmethode maar constateert na gebruik dat deze niet werkt. In deze uitzonderingssituatie wenst [Aanbesteder] te kunnen wisselen naar een nieuwe lesmethode. Er heeft ook te gelden dat in dat geval [Aanbesteder] als aanbestedende dienst zichzelf een sanctie oplegt welke is vastgesteld in paragraaf 6a prijsstelling perceel A onder minimumeis 1.6 waarbij de aanbestedende dienst zich dan verplicht het ontvangen kortingspercentage na rato terug te betalen. Er ontstaat dus een situatie waar [Aanbesteder] als aanbestedende dienst ook zelf financieel nadeel zal ondervinden.

Daarbij merk ik op dat deze situatie ook heeft te gelden voor de uitgever. Indien een uitgever zou inschrijven voor een perceel, dan zal ook deze uitgever zich moeten conformeren aan de mogelijkheid dat in uitzonderingssituaties na één jaar van lesmethode wordt gewisseld. De voorwaarden van de uitgever waarnaar [Ondernemer] verwijst worden door [Aanbesteder] dan ook niet in absolute zin geaccepteerd. Dit geldt voor de distributeur [Ondernemer], maar ook voor de betreffende uitgever.

Verder merkt [Aanbesteder] op dat als aanbestedende dienst [Aanbesteder] geen invloed heeft op de contractrelatie tussen de uitgever en [Ondernemer]. Wel gaat [Aanbesteder] ervan uit dat [Ondernemer] als grootste klant van de uitgevers, aandacht zal vragen voor haar probleem. Om dit te ondersteunen heeft [Aanbesteder] een dringend beroep gedaan richting de uitgevers die u noemt, om in de uitzonderlijke situaties dat sprake zal zijn van het niet vierjarig gebruik, voor deze uitzonderingssituaties, de mogelijkheid te bieden de distributeur niet te houden aan de contractduur van 4 jaar.

Rest [Aanbesteder] erop te wijzen dat de onderhavige kwestie niet nieuw is. Reeds sinds jaar en dag bieden uitgevers en distributeurs abonnementen aan scholen aan, waarbij voor zover [Aanbesteder] bekend, dezelfde voorwaarden van toepassing zijn als waar [Ondernemer] thans over klaagt. Voor deze abonnementen is het voor [Ondernemer] echter nooit een beletsel geweest om niet in te schrijven op aanbestedingsprocedures. Sterker nog, veel van deze aanbestedingen zijn aan [Ondernemer] gegund, waarbij ook de mogelijkheid open is gehouden in uitzonderingssituaties geen vierjarig gebruik toe te passen, terwijl [Ondernemer] toch gehouden was aan het afnemen van de abonnementen voor meerdere jaren.

Rest [Aanbesteder] om [Ondernemer] veel succes te wensen bij haar inschrijving.'

1.12. Vervolgens heeft ondernemer op 23 november 2020 nog een klacht bij de Commissie ingediend betreffende klachtonderdeel 2 (zie 2.3 hierna).

1.13. De Commissie heeft deze klacht onder zaaksnummer 605 in behandeling genomen.

2. Beschrijving klacht

2.1. De klachtonderdelen 1, 3-10 betreffen zaak 603 en klachtonderdeel 2 betreft zaak 605.

2.2. Klachtonderdeel 1

Doordat ten tijde van de inschrijving niet vaststaat of een lesmethode van een uitgever al dan niet voldoet aan de voorwaarden van het LIFO-concept van perceel A en aanbesteder de mogelijkheid openlaat dat de uitgevers een product aanbieden dat anderen niet kunnen aanbieden, handelt aanbesteder in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, beperkt aanbesteder de mededinging kunstmatig in de zin van artikel 1.10a Aw 2012 en creëert hij onvoldoende een gelijk speelveld.

2.3. Klachtonderdeel 2

De mogelijkheid van aanbesteder om het gebruik van de lesmethoden van de LIFO-producten van de subpercelen van perceel A te beperken tot één jaar is voor de meeste subpercelen in strijd met het proportionaliteitsbeginsel omdat de uitgevers deze producten alleen meerjarig aanbieden. Daarmee heeft aanbesteder onvoldoende gezorgd voor een gelijk speelveld voor de distributeurs en de uitgevers.

2.4. Klachtonderdeel 3A

De door aanbesteder gehanteerde definitie van een 'gebruiksrecht' is niet transparant en daardoor is het niet mogelijk dat gebruik juridisch te regelen en af te prijzen.

2.5. Klachtonderdeel 3B

Het is onvoldoende transparant op welk moment wordt bepaald wat de 'actuele' consumentenprijs is van een leermiddel, terwijl dat relevant is voor de korting die de opdrachtnemer aan aanbesteder moet bieden.

2.6. Klachtonderdeel 4

Aanbesteder is voornemens perceel C onderhands aan te besteden, maar onvoldoende transparant is waar dat perceel uit bestaat en hoe dat zal worden aanbesteed. Bovendien heeft aanbesteder ten onrechte nagelaten – in reactie op de klacht c.q. het verzoek van ondernemer – op grond van artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 de motivering te geven voor zijn keuze voor (i) de wijze waarop aanbesteder voornemens is de overeenkomst voor perceel C tot stand te brengen, alsmede van zijn keuze voor (ii) de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de onderhandse aanbestedingsprocedure voor perceel C.

2.7. Klachtonderdeel 5

Aanbesteder heeft voor de prijs voor de handling en distributie bij perceel B een plafondbedrag opgenomen van € 25 per leerling per jaar (incl. btw). Dat plafond is onredelijk laag en disproportioneel. In dat kader is het ook niet proportioneel dat het risico van een restvoorraad volledig bij de opdrachtnemer wordt gelegd. Aanbesteder heeft tevens een minimumprijs van € 1 gesteld. Een dergelijke prijs zou evident onredelijk laag zijn en leidt tot manipulatie van de gunningssystematiek.

2.8. Klachtonderdeel 6

De gewijzigde contractuele boetebepaling uit artikel 13 van de raamovereenkomsten voor percelen A en B is onvoldoende transparant en disproportioneel.

2.9. Klachtonderdeel 7

Aanbesteder hanteert voor de kwaliteit van de leermiddelen van perceel A vier gunningscriteria die niet onderscheidend zijn en daarmee niet gebruikt kunnen worden als gunningscriterium. Het betreft nagenoeg uitsluitend eigenschappen van de leermiddelen zelf die alleen de uitgever kan bepalen en waar afnemers geen invloed op kunnen uitoefenen. Op die eigenschappen kan derhalve geen (eerlijke) concurrentie plaatsvinden.

2.10. Klachtonderdeel 8

De beoordelingssystematiek die is beschreven in paragraaf 4.3.3 van de Offerteaanvraag is niet transparant en vatbaar voor willekeur.

2.11. Klachtonderdeel 9

De gunningssystematiek van de kortingspercentages is niet transparant en leidt tot een ongerechtvaardigde bevoordeling van de uitgever van de desbetreffende lesmethode.

2.12. Klachtonderdeel 10

Aanbesteder handelt in strijd met artikel 2.76 Aw 2012 door bij perceel A specifieke lesmethoden voor te schrijven zonder de toevoeging "of gelijkwaardig" te vermelden.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. De 42 subpercelen van perceel A betreffen lesmethoden die volgens aanbesteder voldoen of kunnen voldoen aan het zogenoemde LIFO-concept. In de huidige opzet

moet de inschrijver de conformiteit met het LIFO-concept garanderen. Een garantie is een papieren werkelijkheid en werkt in dit geval ongelijke behandeling van inschrijvers in de hand. Omdat aanbesteder om niet bestaande producten vraagt en alle macht om te beslissen of het gevraagde product er gaat komen bij de desbetreffende uitgevers ligt, creëert aanbesteder onnodig een onaanvaardbare voorsprong. Als aanbesteder om gerechtvaardigde redenen om bestaande producten mag vragen, dan is dat zo maar geldt ook dat eenieder ze kan verhandelen. Het probleem hier is dat aanbesteder om een niet bestaand product vraagt, terwijl hij op zich ook uit de voeten kan met het bestaande leermiddel dat als onderdeel van perceel B wordt ingekocht als het onder perceel A niet lukt. Hierdoor plaatst aanbesteder de uitgevers in een machtspositie die de concurrentie uitschakelt. Om een eerlijke mededinging en gelijke behandeling van de inschrijvers mogelijk te maken, moet ten tijde van de inschrijving vaststaan dat de aangeboden lesmethoden wel of niet voldoen aan het LIFO-concept. Dan kan ook worden vastgesteld of uitgevers een machtspositie hebben misbruikt door zelf iets aan te bieden dat ze niet aan anderen aanbieden. Aanbesteder dient dat te controleren en slechts tot gunning van een subperceel over te gaan nadat die controle tot een positief resultaat heeft geleid.

- 3.1.2. Perceel A betreft de levering van leermiddelen en het aanbieden van onderwijsdiensten voor lesmethoden. Voor alle leermiddelen geldt dat deze op de commerciële markt moeten worden aangeboden door de desbetreffende uitgever (zie de definities van Leermiddelen en Lesmethode in de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor).
- 3.1.3. De leermiddelen en lesmethoden die in perceel A worden uitgevraagd moeten voldoen aan de definitie van het LIFO-concept. LIFO-concept staat voor het "Licentie-Folioconcept (LIFO)", dat kort gezegd bestaat uit de digitale licentie en, afhankelijk van de wens van de docent en de leerling, de folio verschijningsvormen van de lesmethode (zoals een leer- of werkboek). De lesmethoden die onder perceel A vallen zijn opgenomen als 44 subpercelen (elk subperceel betreft één specifieke lesmethode). Bij de tweede Nota van Inlichtingen zijn twee subpercelen geschrapt, waardoor er thans nog 42 resteren.
- 3.1.4. In totaal heeft aanbesteder acht cumulatieve kenmerken vastgesteld voor het LIFO-concept (zie daarover de antwoorden op vraag 9 in de eerste Nota van Inlichtingen van 22 oktober 2020 en op vraag 129 in de tweede Nota van Inlichtingen van 4 november 2020 in 1.4.4 en 1.7.2 hiervoor):
 - 1 Van de (gehele) lesmethode is altijd een digitale licentie beschikbaar, die los van folio materiaal geleverd kan worden.
 - 2 De lesmethode is ook altijd beschikbaar in folio vorm, die bij de licentie geleverd kan worden naar keuze van aanbesteder en aanbesteder staat het vrij om ieder schooljaar opnieuw te kiezen of het folio lesmateriaal wel of niet naast de digitale licentie gekocht en geleverd wordt. Het folio materiaal is verbruiksmateriaal en is dus bestemd voor éénjarig gebruik.
 - 3 Zowel de digitale licentie als het folio lesmateriaal hebben ieder een eigen door de uitgever vastgestelde adviesprijs, waarbij voor het folio lesmateriaal geldt dat deze adviesprijs steeds is gebaseerd op de productieprijs ervan.
 - 4 Het LIFO-concept van de lesmethode kan een eigen ISBN hebben; als er geen eigen ISBN is van de lesmethode in het LIFO-concept dan hebben zowel de digitale licentie, als het folio lesmateriaal elk altijd een eigen ISBN.
 - 5 De digitale licentie moet de mogelijkheid geven om de lesmethode op elk gewenst niveau te gebruiken (zowel VMBO, als HAVO en VWO) én voor alle leerjaren van deze niveaus. Het betreft derhalve een 'ontschotter' lesmethode, zowel qua niveau als qua leerjaar.
 - 6 Aan de lesmethode zit geen meerjarige gebruiksverplichting vast van de uitgever (zie klachtonderdeel 2).

- 7 Bij de lesmethode worden zogenoemde onderwijsdiensten geleverd. Dat wil zeggen dat ondersteuning wordt geboden bij het gebruik van de lesmethode en dat aanbesteder ten aanzien van de content kan arrangeren zoals gedefinieerd in de Offerteaanvraag.
 - 8 De digitale licentie is adaptief zoals bedoeld in de definitie van aanbesteder voor 'Gepersonaliseerd leren'.
- 3.1.5. Ten aanzien van de afwezigheid van een meerjarige afnameperiode (criterium 6) heeft aanbesteder in antwoord op vraag 136 van de Nota van Inlichtingen van 4 november 2020 gesteld dat het "géén kenmerk van het LIFO-concept [betreft], slecht een aanvullende voorwaarde die opdrachtgever stelt" (zie 1.7.3 hiervoor). Niet valt in te zien wat het inhoudelijke verschil is tussen een kenmerk van het LIFO-concept waar elk leermiddel uit perceel A moet voldoen en een "aanvullende voorwaarde" waar eveneens elk leermiddel uit perceel A moet voldoen, waarbij perceel A uitsluitend bestaat uit LIFO-leermiddelen. Vast staat in elk geval dat de voor perceel A aangeboden leermiddelen ook aan dit kenmerk c.q. deze voorwaarde moeten voldoen.
 - 3.1.6. Bij inschrijving moet de inschrijver garanderen de leermiddelen van het desbetreffende subperceel overeenkomstig het LIFO-concept te leveren (zie paragraaf 6.1.A, eis 1 Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor).
 - 3.1.7. Indien om welke reden dan ook "bij de gunning van de percelen" zou blijken dat een of meerdere lesmethoden niet voldoen aan de definitie van het LIFO-concept, zullen de betreffende leermiddelen gecontracteerd worden door middel van perceel B (zie paragraaf 1.3 van de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). De opdrachtnemer voor het desbetreffende subperceel van perceel A kan in dat geval zijn garantie niet nakomen; de aangeboden leermiddelen voldoen immers niet aan het LIFO-concept. Op grond van de raamovereenkomst is hij dan een boete verschuldigd van maximaal 20% van de opdrachtwaarde (zie art. 13 raamovereenkomst perceel A in 1.3 hiervoor), alsook eventuele schadevergoeding. In reactie op de klachten van ondernemer heeft aanbesteder geantwoord dat het bij perceel A moet gaan om bestaande leermiddelen die voldoen aan het LIFO-concept (zie de reactie van aanbesteder van 22 oktober 2020 op klacht 1 onder het kopje "Ad 2. Gevraagde leermiddelen" in 1.5 hiervoor). Aanbesteder gaat er kennelijk van uit dat de gevraagde leermiddelen in de 42 subpercelen van perceel A thans reeds conform het LIFO-concept worden aangeboden door de desbetreffende uitgevers. Aanbesteder "wenst wel steeds na gunning een controle te kunnen uitvoeren of deze leermiddelen voldoen en blijven voldoen aan het LIFO-concept". Volgens aanbesteder gaat het bij die controle "erom dat lesmethoden aan de LIFO-voorwaarden worden getoetst, wat wil zeggen dat wordt onderzocht of zij bestaan uit – met een ISB-nummer herkenbare – digitale licenties en folio verbruiksmateriaal, waarbij gekozen kan worden uit verschillende niveaus waarop de stof wordt aangeboden".
 - 3.1.8. In antwoord op vraag 41 in de eerste Nota van Inlichtingen stelt aanbesteder dat volgens haar informatie de genoemde lesmethoden van perceel A vanaf schooljaar 2021/2022 beschikbaar zijn in LIFO-concept. Een controle daarop zou dan ook "niet aan de orde" zijn, aldus aanbesteder (zie 1.4.8 hiervoor). Ook stelt aanbesteder dat de lesmethoden (pas) vanaf schooljaar 2021/2022 in LIFO-concept beschikbaar dienen te zijn. In antwoord op vraag 139 in de tweede Nota van Inlichtingen stelt aanbesteder daarentegen dat de controle op de LIFO-eisen "bij gunning van de percelen" plaatsvindt (zie 1.7.6 hiervoor). In het licht van de reactie op de klachten van ondernemer lijkt daarmee te zijn bedoeld 'na gunning' en niet 'voorafgaand aan gunning'. Op dit moment is voor een groot deel van de 42 subpercelen duidelijk dat deze thans niet voldoen aan de LIFO-eisen en is voorts onduidelijk of de leermiddelen vanaf schooljaar 2021/2022 zullen voldoen aan het LIFO-concept. Op het moment van inschrijving zal er nog geen enkele catalogus voor schooljaar

2021/2022 beschikbaar zijn. Ondernemer heeft op basis van een analyse van de website- en catalogusinformatie die op dit moment door de uitgevers K, L en M aan de markt beschikbaar wordt gesteld, onderzocht en getoetst of de 44 lesmethoden die oorspronkelijk werden uitgevraagd in perceel A voldoen aan alle acht kenmerken van het LIFO-concept zoals aanbesteder dat definieert. Ondernemer is op basis van deze analyse tot de conclusie gekomen dat slechts vijf van de lesmethoden voldoen aan alle kenmerken, te weten de lesmethoden genoemd bij subpercelen 36, 39, 40, 42 en 44.

- 3.1.9. Ondernemer heeft een eerdere versie van dat overzicht ook aan aanbesteder verstrekt, in het kader van vragen 141 en 142 (zie 1.7.8 en 1.7.9 hiervoor). Aanbesteder heeft daarop geantwoord dat volgens haar informatie de thans nog ontbrekende kenmerken vanaf schooljaar 2021/2022 wel aanwezig zullen zijn. Waar aanbesteder dat op baseert heeft zij echter niet vermeld, ondanks dat daar expliciet naar was gevraagd (zie ook vraag 140 in 1.7.7 hiervoor). Het antwoord van aanbesteder doet in elk geval vermoeden dat de uitgevers aan aanbesteder meer hebben toegezegd dan zij aan ondernemer willen toezeggen (zie 3.1.10 hierna), waardoor een ongelijk speelveld ontstaat. Aanbesteder geeft met haar antwoorden bovendien geen enkele garantie dat daadwerkelijk bij aanvang van het schooljaar 2021/2022 de leermiddelen aan het LIFO-concept zullen voldoen en het derhalve in die zin 'bestaande leermiddelen' betreft.
- 3.1.10. Ondernemer heeft inmiddels bij de drie betrokken uitgevers K, L en M nagevraagd in hoeverre hun lesmethoden op dit moment volledig voldoen aan alle kenmerken van het LIFO-concept van aanbesteder. Uit de antwoorden van de uitgevers blijkt kort gezegd het volgende:
- uitgever L heeft in algemene zin laten weten niet mee te werken aan beantwoording van dergelijke aanbestedingsvragen; hij verwijst voor alle informatie naar zijn website. Uit zijn website volgt dat de lesmethoden niet 'ontschot' zijn. Voor bijvoorbeeld subperceel 22 zijn er aparte licenties voor resp. de onderbouw, de vmbo onderbouw en de Tweede Fase. Ook uit latere correspondentie met uitgever L volgt dat zijn lesmethoden grotendeels niet zijn 'ontschot' (qua niveau en/of leerjaar). Voorts is onduidelijk of de lesmethoden adaptief zijn, zoals vereist door aanbesteder.
 - Uitgever K heeft bevestigd dat zijn lesmethoden voldoen aan het LIFO-concept. Zijn licentievoorwaarden zijn daar echter (nog) niet op aangepast, met name ten aanzien van de meerjarige afnameperiode (zie klachtonderdeel 2).
 - Uitgever M heeft bevestigd dat zijn lesmethoden zoals uitgevraagd door aanbesteder (zullen) voldoen aan de kenmerken van het LIFO-concept. De lijst met de specifieke EAN's en prijzen van de uitgevraagde lesmethodes zijn rond de oorspronkelijke inschrijvingsdatum op zijn website gepubliceerd. Uitgever M blijkt specifieke prijzen te hanteren voor de onderhavige aanbestedingsprocedure. De prijzen liggen circa € 5 tot € 10 hoger dan de reguliere catalogusprijs. De prijzen voor 2021 zullen pas in januari 2021 beschikbaar zijn.
- 3.1.11. Voor 37 subpercelen kan ondernemer nog niet vaststellen of deze voldoen aan het LIFO-concept. Voor die subpercelen ziet ondernemer drie opties.
- 3.1.12. De eerste optie is dat de uitgever ruimschoots voorafgaand aan de inschrijving laat weten dat de leermiddelen voor een bepaald subperceel niet vanaf schooljaar 2021/2022 zullen voldoen aan het LIFO-concept zoals aanbesteder dat definieert. In dat geval kan het desbetreffende subperceel bij voorbaat niet worden gegund en zullen de betreffende leermiddelen sowieso gecontracteerd worden door middel van perceel B.
- 3.1.13. De tweede optie is dat de uitgever niets (tijdig) laat weten of laat weten dat onduidelijk is of de leermiddelen voor een bepaald subperceel vanaf schooljaar

2021/2022 zullen voldoen aan het LIFO-concept. In dat geval kan ondernemer redelijkerwijs niet inschrijven op het desbetreffende subperceel. Hij loopt dan immers het risico dat de leermiddelen niet beschikbaar zullen zijn conform het vereiste LIFO-concept, met een aanzienlijke boete tot gevolg. Dat risico lopen alle inschrijvers, behalve de uitgever van het desbetreffende leermiddel. Die uitgever kan immers zelf bepalen of zijn leermiddel vanaf schooljaar 2021/2022 zal voldoen aan het LIFO-concept. Die situatie zou in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, dat vereist dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen. Er dient derhalve sprake te zijn van een level playing field, waarbij voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden gelden (zie bijv. HvJ EU 16 februari 2012, zaken C-72 en 77/10, ECLI:EU:C:2012:80, r.o. 57).

- 3.1.14. De derde optie is dat de desbetreffende uitgevers tijdig laten weten dat de door aanbesteder gevraagde leermiddelen beschikbaar zullen zijn volgens het door aanbesteder vereiste LIFO-concept. In dat geval kan elke inschrijver de desbetreffende producten bij die uitgevers verwerven en aanbieden aan aanbesteder, gelijk dat tot op heden ook het geval is met leerboeken en andere leermiddelen die op de markt verkrijgbaar zijn en al vele jaren bij dit soort aanbestedingen door ondernemer worden aangeboden en verhandeld.
- 3.1.15. Aanbesteder heeft in de aanbestedingsstukken niet geregeld hoe hij met deze situaties om zal gaan. In het licht van het voorgaande stelt ondernemer daarom vast dat de thans door aanbesteder gekozen systematiek onvoldoende duidelijk is, geen level playing field waarborgt en de inschrijvers geen gelijke kansen biedt. Aanbesteder handelt daarmee bovendien in strijd met art. 1.10a Aw, dat vereist dat een aanbestedende dienst de mededinging niet kunstmatig beperkt. Daarvan is onder meer sprake indien de opdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. Dat is hier het geval, vanwege het ongerechtvaardigde voordeel dat de uitgever heeft c.q. kan hebben ten opzichte van de overige inschrijvers. Indien een uitgever weigert om relevante informatie tijdig voorafgaand aan de inschrijving te delen met de overige inschrijvers, dient hij bovendien te worden uitgesloten wegens een ongerechtvaardigde kennisvoorsprong (vgl. artikel 2.87, lid 1, sub f, Aw 2012).

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. In zijn onderbouwing van klachtonderdeel 2 herhaalt ondernemer hetgeen hij heeft aangevoerd in klachtbrief van 13 november 2020 (zie 1.10 hiervoor). In aanvulling daarop voert hij het volgende aan.
- 3.2.2. De meeste subpercelen van perceel A betreffen lesmethoden waarvan de uitgever de afnemers verplicht om die lesmethode minimaal 2 tot 6 jaar af te nemen. Aanbesteder vereist echter een LIFO-product waarbij het gebruik tot een jaar kan worden beperkt. Op basis van de huidige gebruiks- of licentievoorwaarden voldoen 31 van de 42 lesmethoden in de subpercelen van perceel A daar niet aan.
- 3.2.3. In de eerste Nota van Inlichtingen van 22 oktober 2020 zijn hierover vragen 21 en 26 gesteld (zie 1.4.5-1.4.6 hiervoor). Uit de antwoorden van aanbesteder daarop bleek voor het eerst dat aanbesteder vereist dat jaarlijks met de lesmethode kan worden gestopt en dat er geen verplichting bestaat voor meerjarig gebruik. In reactie op deze (nieuwe) eis van aanbesteder heeft ondernemer zijn ongenoegen over het handelen van aanbesteder schriftelijk geuit door middel van aanvullende vragen. Het betreft met name vragen 136 en 141 uit de tweede Nota van Inlichtingen van 4 november 2020 (zie 1.7.3 en 1.7.8 hiervoor), waaruit blijkt dat de huidige gebruiks- of licentievoorwaarden van de uitgevers K en L meerjarig gebruik juist verplicht stellen en dat slechts enkele van alle uitgevraagde lesmethoden géén meerjarige afnameverplichting voorschrijven. Ook vragen 129, 139, 140 en 142

zijn afkomstig van ondernemer (zie 1.7.2, 1.7.6, 1.7.7 en 1.7.9 hiervoor). Bij die vragen heeft ondernemer tevens een overzicht verstrekt van de door hem uitgevoerde analyse van de catalogusinformatie, die op dat moment door de drie uitgevers K, L en M aan de markt beschikbaar werd gesteld. In antwoord op vraag 136 heeft aanbesteder bevestigd dat het een voorwaarde betreft die aanbesteder aan de lesmethoden stelt, in afwijking van huidige gebruiks- of licentievoorwaarden van de uitgevers. Aanbesteder heeft de geschetste problematiek echter niet opgelost.

- 3.2.4. Aanbesteder stelt in antwoord op vraag 138 dat in voorkomend geval uitgevers nieuwe EAN's (d.w.z. leermiddelen met een eigen EAN/ISBN) beschikbaar moeten stellen waarop de meerjarige afnameverplichting niet van toepassing is (zie 1.7.5 hiervoor). Of uitgevers dat ook daadwerkelijk zullen doen, is echter onduidelijk. Op dit moment is dat (nog) niet het geval voor de door aanbesteder uitgevraagde lesmethoden van K en L.
- 3.2.5. In reactie op de klachtbrief van ondernemer van 13 november 2020 (zie 1.10 hiervoor) stelt aanbesteder dat een gebruik van één jaar slechts zelden aan de orde zal komen en dat sprake is van een uitzondering (zie zijn reactie van 20 november 2020 in 1.11 hiervoor). Het zou volgens aanbesteder "volstrekt ridicul" zijn als de lesmethoden jaarlijks zouden wisselen. Nog los van de vraag of het juist is wat aanbesteder zegt – hij geeft geen enkele garantie over het niet of nauwelijks wisselen van de lesmethoden – doen zijn argumenten niet af aan de door ondernemer geschetste gebreken in de aanbestedingsprocedure. Het laat immers onverlet dat veruit de meeste leermiddelen nu niet voldoen en dat de systematiek van aanbesteder de uitgevers in een ongerechtvaardigde voorkeurspositie plaatst.
- 3.2.6. In zijn reactie stelt aanbesteder voorts dat hij "een dringend beroep [heeft] gedaan richting de uitgevers (...), om in de uitzonderlijke situaties dat sprake zal zijn van het niet vierjarig gebruik, voor deze uitzonderingssituaties, de mogelijkheid te bieden de distributeur niet te houden aan de contractduur van 4 jaar". Dit lost het probleem echter niet op, aangezien aanbesteder leermiddelen uitvraagt die op de commerciële markt zijn verschenen (zie de definities van Leermiddelen en Lesmethode in de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). Dit betekent dat de uitgever de leermiddelen op de commerciële markt moet aanbieden tegen de voorwaarden die voldoen aan de voorwaarden die aanbesteder stelt, waaronder de mogelijkheid van eenjarig gebruik. Als een uitgever de voorwaarden van de lesmethode daar niet op aanpast, kan aanbesteder het desbetreffende subperceel niet gunnen en komt het niet tot de situatie dat de uitgever de distributeur al dan niet kan houden aan een meerjarige afnameperiode. Aanbesteder gaat daar in zijn reactie aan voorbij. Voor zover gunning onverhoopt toch mogelijk zou zijn, onderstreept de reactie van aanbesteder hoe ongelijk de posities zijn van de verschillende (potentiële) inschrijvers. Inschrijvers die niet tevens uitgever zijn van de desbetreffende leermiddelen, zijn overgeleverd aan de wil van de uitgever om mee te werken aan het 'dringende beroep' van aanbesteder om de meerjarige afnameperiode jegens hun concurrent inschrijver niet te handhaven. Ondernemer kan aan dat 'dringende beroep' geen enkel recht ontleen. Dat is evident een ongelijk speelveld. Het is aan aanbesteder om die ongelijkheid voorafgaand aan inschrijving op te lossen.
- 3.2.7. Daarnaast volgt uit antwoorden en reacties van aanbesteder dat er afstemming is (geweest) tussen hem en de betrokken uitgevers, die tevens potentiële inschrijvers zijn. Aanbesteder heeft echter richting de overige potentiële inschrijvers geen inzage gegeven in die correspondentie en evenmin in het moment, de aard en omvang van die afstemming, hetgeen leidt tot intransparantie en bijdraagt aan het ongelijke speelveld.

3.3. Klachtonderdeel 3A

- 3.3.1. In de Offerteaanvraag is de term 'gebruiksrecht' als volgt gedefinieerd: "Het zakelijke recht voor opdrachtgever om gedurende het volledige schooljaar, leermiddelen die niet in het eigendom van opdrachtgever vallen, te gebruiken." (zie 1.2 hiervoor).
- 3.3.2. Deze definitie is van belang omdat het onder meer een bepalend element is in de definities van een 'abonnement' (dat omvat: "Het gebruiksrecht van leermiddelen die de uitgever toestaat te verhuren (met name lesboeken)") en van een licentie ("Het gebruiksrecht van digitaal lesmateriaal."). Voor percelen A en B dient de opdrachtnemer het gebruiksrecht aan te bieden (als digitale licentie en/of abonnement).
- 3.3.3. Gelet hierop is het voor het opstellen van de inschrijving van belang dat vooraf duidelijk is omschreven wat het 'gebruiksrecht' inhoudt. Dat is bovendien nodig vanwege het transparantiebeginsel, dat vereist dat alle voorwaarden en modaliteiten van de aanbestedingsprocedure worden geformuleerd "op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn" (HvJ EU 29 april 2004, zaak C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236, *Succhi di Frutta*).
- 3.3.4. De door aanbesteder gehanteerde definitie van een 'gebruiksrecht' is onduidelijk en daardoor is het niet mogelijk dat gebruik juridisch te regelen en af te prijzen. Zo is niet gedefinieerd wat het 'gebruik' inhoudt. De definitie spreekt over een recht voor de opdrachtgever, maar niet duidelijk is hoe zich dat verhoudt tot het (vermoedelijke) gebruik ervan door de leerlingen. Leerlingen zullen de leermiddelen gebruiken en de opdrachtnemer zal de leermiddelen ook direct aan de leerlingen moeten leveren. Dat valt niet binnen een gebruiksrecht van de opdrachtgever. Ook is niet duidelijk wat de duur van het gebruiksrecht is en wat de juridische situatie is als er bijvoorbeeld een storing is met een licentie c.q. leermiddel waarvoor een 'gebruiksrecht' is verleend en/of als er schade ontstaat door het gebruik (aan het leermiddel zelf dan wel andere schade, waaronder ook aan derden).
- 3.3.5. De definitie doet het voorkomen alsof het gebruiksrecht een duidelijk afgebakend zakelijk recht is. Dat is ook de lijn van de reactie van aanbesteder op de klacht van ondernemer. Volgens aanbesteder is "de term gebruik(en) – zeker in combinatie met de term 'zakelijk recht' of in een goederen- c.q. zakenrechtelijke context – (...) geenszins ongebruikelijk en komt [deze] alleen al in Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek tientallen keren voor". In het antwoord op vraag 7 in de eerste Nota van Inlichtingen stelt aanbesteder het volgende "De term zakelijke gebruiksrechten omvat mede het recht op vruchtgebruik (...)" (zie 1.4.3 hiervoor).
- 3.3.6. Het gebruik kan weliswaar een onderdeel zijn van een (zakelijk) recht op een (on)roerend goed, zoals eigendom of vruchtgebruik, of bijvoorbeeld uit hoofde van een huurovereenkomst met de eigenaar. Echter, 'gebruik' als zodanig is geen zelfstandig wettelijk gedefinieerd zakelijk recht. Kennelijk beoogt aanbesteder dat het 'gebruiksrecht' meer omvat dan het recht op vruchtgebruik (art. 3:201 BW). Maar wat dat precies omvat, blijft onduidelijk. Een dergelijke vormgeving als vruchtgebruik is bovendien ongebruikelijk in de markt. De heersende opinie is dat een gebruiksrecht (zoals een softwarelicentie) wordt gezien als een vorderingsrecht op basis van een verbintenis en niet als een zakelijk- of vermogensrecht (zie ook vraag 7 in de eerste Nota van Inlichtingen). De eigen keuze van aanbesteder voor

de term 'gebruiksrecht' brengt mee dat zij deze duidelijk dient te omschrijven in de aanbestedingsstukken, hetgeen nu (nog) niet het geval is.

3.4. Klachtonderdeel 3B

- 3.4.1. Ten aanzien van de consumentenprijs voert ondernemer het volgende aan. Voor elk subperceel van perceel A en voor perceel B moet de inschrijver een kortingspercentage opgeven ten opzichte van de 'consumentenprijs' van de leermiddelen (zie paragraaf 6.6.A en 6.5.B van de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). Aanbesteder definieert de consumentenprijs als: "De actuele prijs van het betreffende leermiddel, zoals vastgesteld en vervolgens gepubliceerd door de betreffende uitgever op zijn website."
- 3.4.2. Onduidelijk is wat 'actueel' is, omdat uitgevers vrij zijn om prijzen aan te passen. Met andere woorden, onduidelijk is wat het peilmoment is voor de 'actuele' prijs. Het zou redelijk zijn als dat het moment van bestellen door de opdrachtnemer bij de uitgever is, aangezien dat moment bepaalt wat de prijs van het leermiddel is. Maar de huidige definitie maakt het ook mogelijk dat aanbesteder zich op het standpunt zal stellen dat het peilmoment pas later is, bijvoorbeeld bij levering van de leermiddelen aan de leerlingen of bij de verrekening aan het einde van het schooljaar. Op dat moment kan de consumentenprijs echter anders zijn dan op het moment van bestelling door de opdrachtnemer.
- 3.4.3. Ondanks de klacht van ondernemer, weigert aanbesteder op dit punt duidelijkheid te geven. Volgens hem komen prijsstijgingen maar weinig voor, kan een school bij een hoge prijsstijging besluiten om voor een ander leermiddel te kiezen en wordt deze systematiek al geruime tijd gebruikt. Deze stellingen doen echter niet af aan de huidige onduidelijkheid. Aanbesteder kan eenvoudig een einde maken aan die onduidelijkheid door te bepalen wat het peilmoment is, maar weigert dat ten onrechte.

3.5. Klachtonderdeel 4

- 3.5.1. Perceel C bedraagt volgens paragraaf 1.3 van de Offerteaanvraag niet meer dan € 80.000,- en zal op grond van art. 2.19, lid 3, Aw 2012, geen onderdeel uitmaken van deze Europese openbare aanbestedingsprocedure. Dit perceel zal onderhands worden aanbesteed (zie 1.2 hiervoor). In de Offerteaanvraag is niet beschreven waar dit perceel uit bestaat en evenmin hoe en wanneer de opdracht voor dat perceel zal worden gegund.
- 3.5.2. Aanbesteder stelt in reactie op de klachten van ondernemer dat hij op grond van art. 2.19, lid 3, Aw 2012 geen beschrijving van de opdracht of reden voor het niet Europees openbaar aanbesteden hoeft te geven. Aanbesteder laat weten met het onderhandse perceel, rekening houdend met de gestelde wettelijke maxima, de mogelijkheid te willen openhouden om te anticiperen op ontwikkelingen binnen de leermiddelenmarkt die thans nog niet bekend zijn.
- 3.5.3. Aanbesteder gaat er echter aan voorbij dat hij de opdracht niet in percelen mag verdelen met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van de Aanbestedingswet 2012 (artikel 2.14 Aw 2012). Zo mag hij de percelenregeling uit artikel 2.19, lid 3, Aw 2012 niet gebruiken voor een perceel waarvan nog niet bekend c.q. bepaald is waar het uit bestaat (naar aard en omvang). Om snelle en doeltreffende rechtsbescherming, zoals vereist conform de Rechtsbeschermingsrichtlijn, mogelijk te maken en naleving van deze wettelijke bepalingen mogelijk te maken, is aanbesteder gehouden om te verduidelijken waar perceel C uit bestaat.

- 3.5.4. Bovendien had aanbestedder – in reactie op de klacht c.q. het verzoek van ondernemer – op grond van artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 de motivering moeten geven van zijn keuze voor (i) de wijze waarop aanbestedder voornemens is de overeenkomst voor perceel C tot stand te brengen, alsmede van zijn keuze voor (ii) de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de onderhandse aanbestedingsprocedure voor perceel C (vgl. Advies 524). Aanbestedder heeft dat nagelaten en dient deze motivering alsnog te verstrekken.
- 3.6. Klachtonderdeel 5
- 3.6.1. In het kader van wens 2 uit paragraaf 6.5.B van de Offerteaanvraag dient de inschrijver bij perceel B een prijs per leerling per jaar op te geven voor alle werkzaamheden omtrent handling en distributie van folio en digitale leermiddelen van perceel A en perceel B. Dit bedrag mag maximaal EUR 25,- bedragen (incl. btw, zie 1.2 hiervoor).
- 3.6.2. Volgens aanbestedder is dit bedrag gebaseerd op bij hem bekende marktconforme tarieven (zie het antwoord op vraag 183 in de tweede Nota van Inlichtingen in 1.7.13 hiervoor).
- 3.6.3. De desbetreffende handling en distributie bestaat allereerst uit het leermiddelenproces zoals dat is beschreven in paragraaf 2.3 van de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor). In paragraaf 6.5.B, eis 1, nr. 6 Offerteaanvraag wordt van die activiteiten genoemd (zie 1.2 hiervoor):
perceel A: de folio leermiddelen (leveren op huisadres, geen inname); en
perceel B: de distributie van folio leermiddelen (o.a. leveren op huisadres, inname en controle van huurboeken en boeken van abonnementen); en
perceel A en B: de digitale leermiddelen (leveren en beschikbaar per leerling in digitale leeromgeving die de school aanwijst).
- 3.6.4. In de reactie op de bij aanbestedder ingediende klacht bevestigt aanbestedder dat ook in de prijs moeten zijn begrepen de kosten voor het koppelen aan de individuele leerlingen van de digitale licenties die onderdeel uitmaken van een lesmethode in het LIFO-concept van perceel A. In antwoord op vragen 83 en 99 heeft aanbestedder in de eerste Nota van Inlichtingen vervolgens bepaald dat ook de eventuele retourkosten voor leermiddelen uit perceel A dienen te zijn inbegrepen in de prijs voor de handling en distributie voor perceel B (zie 1.4.9 en 1.4.11 hiervoor). Uit het antwoord van aanbestedder op vraag 162 in de tweede Nota van Inlichtingen blijkt dat in de prijs voor handling en distributie voor perceel B tevens het risico moet zijn verdisconteerd dat er een restvoorraad overblijft als gevolg van minder daadwerkelijke bestellingen dan de geprognosticeerde bulkbestelling (zie 1.7.10 hiervoor). Aanbestedder heeft geweigerd om te garanderen dat dit verschil tot 2% beperkt blijft (zie het antwoord op vraag 163 in 1.7.11 hiervoor). Deze risico-toedeling is disproportioneel: de prognose wordt door aanbestedder opgesteld (zie paragraaf 2.3 van de Offerteaanvraag), zodat aanbestedder en niet de opdrachtnemer van perceel B dit risico het beste kan beheersen c.q. beïnvloeden (zie voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit).
- 3.6.5. In het licht van alle werkzaamheden die onder de handling en distributie vallen, stelt ondernemer zich op het standpunt dat het plafondbedrag onredelijk laag en disproportioneel is (artikel 1.10 Aw 2012). Dat geldt volgens ondernemer te meer aangezien het voor de leermiddelen uit perceel A gaat om het binnen een korte periode samenstellen en verzenden van circa 10.000 pakketten. Die logistiek is naar de aard kostbaar. Een bedrag van € 25 incl. btw komt neer op een bedrag van € 20,66 (excl. btw) als vergoeding. De verzendkosten van elk pakket bedragen gemiddeld circa EUR 6,50, zodat er € 14 overblijft voor de opdrachtnemer ter vergoeding van alle administratieve diensten en de fysieke werkzaamheden. Dat is

onredelijk weinig en niet marktconform. Bovendien heeft de opdrachtnemer van perceel B, als hij niet ook de LIFO-leermiddelen van perceel A kan leveren, geen dekking van kosten vanuit de inkoopmarge ten aanzien van die LIFO-leermiddelen. Een maximum maakt het derhalve onmogelijk een tekort aan dekking te compenseren. Dat geldt alleen niet voor de uitgevers, omdat die deze dekking in de consumentenprijs kunnen verdisconteren (zie daarover klachtonderdeel 9).

- 3.6.6. Volgens aanbesteder zullen de handlingsdiensten voor de opdrachtnemer voor perceel B naar verwachting "beperkt" zijn (zie de reactie op bij hem indiende klacht in 1.5 hiervoor). Hij stelt dat de levering (huur en koop) van folio leermiddelen naar verwachting maar in beperkte mate aan de orde zijn (zie paragraaf 2.2 van de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). Aan die verwachtingen kunnen inschrijvers echter geen enkel recht ontleen. Indien uiteindelijk toch veel (meer) gebruik zal worden gemaakt van folio leermiddelen, is de inschrijver gebonden aan de door hem opgegeven prijs. Bovendien geldt dat het voor de handlingskosten relatief weinig uitmaakt of per leerling 5 of 10 leermiddelen in een pakket moeten worden verwerkt. De organisatie en administratie per leerling blijft min of meer gelijk, net zoals de verpakkingskosten, de verzendkosten en de eventuele retourkosten. Om het risico in verband met die grote onzekerheid in te kunnen prijzen, is het plafondbedrag van € 25 veel te laag. Ook in dat opzicht acht ondernemer het plafondbedrag disproportioneel en in strijd met art. 1.10 Aw 2012.
- 3.6.7. Aanbesteder heeft in reactie op de bij hem ingediende klacht geantwoord dat hij heeft besloten om een minimumbedrag per leerling per jaar van € 1 incl. btw te hanteren, "om een oneerlijk en daarmee ongewenst resultaat te voorkomen". In het licht van het voorgaande is het evident dat een prijs van € 1 volstrekt onrealistisch is gelet op de scope van de werkzaamheden en de onzekerheid. Vanwege de relatieve scoringsmethodiek bij het desbetreffende gunningscriterium (wens 2 uit par. 6.5.B van de Offerteaanvraag), leidt een dergelijke lage prijs tot de maximale score en een onevenredig lage score voor inschrijvers die wel een realistische prijs bieden (de inschrijver met de laagste prijs per leerling per jaar ontvangt 100 punten; overige inschrijvers ontvangen een score gerelateerd aan de laagste prijs). Hiermee leent de gunningssystematiek zich voor manipulatie, hetgeen voorkomen dient te worden omdat anders niet de inschrijving met de (daadwerkelijk) beste prijs kwaliteitverhouding wint. Dat is in strijd met het aanbestedingsrecht, waaronder art. 1.4, lid 2, Aw 2012 (zie ook Kamerstukken I 2011/12, 32440, nr. C, p. 10 en Advies 449).

3.7. Klachtonderdeel 6

- 3.7.1. Volgens de herziene regeling uit artikel 13 van beide typen raamovereenkomsten bedraagt de boete 5% van de opdrachtwaarde voor elke werkdag dat opdrachtnemer in verzuim is. De boete wordt op jaarbasis gemaximeerd op 20% van de opdrachtwaarde.
- 3.7.2. Niet duidelijk is wat de 'opdrachtwaarde' in dit verband is. Inschrijvers geven immers geen absolute prijzen op, maar kortingspercentages en een eenheidsprijs per leerling per jaar. Daarnaast is onduidelijk of de 'opdrachtwaarde' geldt per leerling, dan wel per school, dan wel voor alle leerlingen tezamen van het desbetreffende (sub)perceel. De huidige boetebepaling voldoet derhalve niet aan het transparantiebeginsel.
- 3.7.3. De hoogte van de boete (5% per werkdag dat de opdrachtnemer in verzuim is, met een maximum van 20%) is bovendien disproportioneel. Verzuim treedt onmiddellijk op indien de opdrachtnemer een fatale termijn overschrijdt (artikel 14 van de raamovereenkomsten). Dit betekent onder meer dat de opdrachtnemer voor perceel B onmiddellijk in verzuim is indien hij niet minimaal 95% van de folio

leermiddelen van de bulkbestelling die tijdig door de leerling zijn besteld, uiterlijk in week -1 heeft geleverd op het huisadres van de leerling (zie paragraaf 6.1.B, eis 6 van de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). Als de opdrachtnemer (slechts) vier werkdagen te laat is met het leveren van het restant van de leermiddelen, is hij reeds het maximale boetebedrag van 20% verschuldigd.

- 3.7.4. Daar komt bij dat 5-20% van de opdrachtwaarde (wat die ook precies moge zijn) disproportioneel is, aangezien de winstmarge voor de opdrachtnemer maar zeer beperkt is ten opzichte van de absolute bedragen voor de leermiddelen (waarvoor het kortingspercentage geldt) en de vergoeding voor de handling en distributie. Dergelijke percentages staan evenmin in een redelijke verhouding tot de (verwachte) schade die aanbesteder zou lijden bij verzuim van de opdrachtnemer.
- 3.7.5. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat aanbesteder de boetebepaling in beide raamovereenkomsten zodanig dient te wijzigen dat duidelijk is wat die bepaling inhoudt en dat de hoogte van de boete wordt beperkt tot een proportioneel niveau.

3.8. Klachtonderdeel 7

- 3.8.1. In paragraaf 6.2.A van de Offerteaanvraag zijn vier gunningscriteria opgenomen met betrekking tot de kwaliteit van de leermiddelen voor perceel A (zie 1.2 hiervoor). Het betreft kort gezegd de volgende criteria:
1. De mate waarin inschrijver de mogelijkheid biedt aan vaksecties om commentaar te geven op leermiddelen en aantoonst dat dit commentaar daadwerkelijk invloed heeft op de verdere doorontwikkeling van de leermiddelen;
 2. De mate waarin de technische ondersteuning wordt geboden en de mate waarin onderwijskundige ondersteuning wordt geboden;
 3. De mogelijkheden om bewerkingen in digitale licenties door de docent (arrangeren) en bewerkingen door de leerling (invullen opgaven) te bewaren gedurende de schoolloopbaan van de leerling;
 4. De mate waarin de mogelijkheid bestaat dat eigen aanvullingen/wijzigingen door opdrachtgever zijn geïntegreerd binnen het totale digitale materiaal en hoe deze aanvullingen/wijzigingen door opdrachtgever veiliggesteld kunnen worden ten aanzien van volgende jaren/edities.
- 3.8.2. Met uitzondering van de onderwijskundige ondersteuning die wordt bedoeld in het tweede criterium (paragraaf 6.2.A, wens 2 Offerteaanvraag) betreffen voornoemde criteria allemaal eigenschappen van de leermiddelen die inherent zijn aan het desbetreffende leermiddel zoals dat op de commerciële markt wordt aangeboden door de uitgever. Hetzelfde geldt overigens voor de meeste criteria (wensen) uit paragraaf 6.1.A van de Offerteaanvraag (wens 2 t/m 6). Het is als het ware alsof wordt geconcurrereerd op het aantal bladzijden van het leermiddel. Het leermiddel is echter specifiek voorgeschreven door aanbesteder, waardoor inschrijvers allemaal hetzelfde product zullen aanbieden en niet kunnen concurreren op de eigenschappen van dat leermiddel. Dit is hooguit anders voor de uitgever van het desbetreffende leermiddel. Die uitgever zou immers kunnen besluiten om de eigenschappen/voorwaarden van het leermiddel te wijzigen en daar alvast op vooruit te lopen in zijn inschrijving. Hier wreekt zich andermaal dat aanbesteder het enerzijds doet voorkomen alsof hij (gerechtvaardigd) om de levering van bestaande leermiddelen vraagt, terwijl het feitelijk gaat om niet bestaande producten waarbij de uitgever in een voorsprongpositie wordt geplaatst om een leermiddel te ontwikkelen. Dat levert oneigenlijke concurrentie op, omdat die uitgever dan voor zichzelf een ongerechtvaardigde kennisvoorsprong zou creëren, die in strijd is met het vereiste level playing field.
- 3.8.3. Bovendien zou het dan niet gaan om een leermiddel dat (reeds) op de commerciële markt is verschenen, zoals is vereist op grond van de definitie van een leermiddel

(zie de begrippenlijst in de Offerteaanvraag). Hoewel in dit verband een vraag is gesteld over de voorsprongpositie van de uitgever, heeft aanbesteder die vraag inhoudelijk niet beantwoord (zie vraag 175 in de tweede Nota van Inlichtingen in 1.7.12 hiervoor).

- 3.8.4. Ter illustratie: ondernemer kan niet zelfstandig bepalen in welke mate hij invloed heeft op de doorontwikkeling van een bepaald leermiddel. Inhoudelijke aanpassingen aan een leermiddel zijn voorbehouden aan de uitgever zelf. Hetzelfde geldt voor de bewerkingsmogelijkheden binnen de digitale licenties: de uitgever bepaalt die mogelijkheden en die zijn voor alle afnemers gelijk. Echter, het product zoals de uitgever het op de markt brengt, kan door ondernemer en elke andere inschrijver worden verhandeld. Het is dus op zich geen probleem dat de uitgever bepaalt wat zijn product wel of niet behelst, maar wel dat aanbesteder de vraagstelling en procedure zo formuleert dat de uitgever de concurrentie kan uitschakelen door pas na inschrijving te vertellen welke producten hij aanbiedt.
- 3.8.5. Gelet op het voorgaande, is er geen (eerlijke) concurrentie mogelijk op de gunningscriteria uit paragraaf 6.1.A en 6.2.A. De gunningscriteria zijn daarmee in strijd met art. 2.113a Aw, dat vereist dat de gunningscriteria de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging waarborgen. Ook strekken de gunningscriteria niet tot bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding, hetgeen onder meer in strijd is met art. 1.4, lid 2, Aw 2012 (zie ook Kamerstukken I 2011/12, 32440, nr. C, p. 10 en Advies 449).
- 3.9. Klachtonderdeel 8
- 3.9.1. Nagenoeg alle kwalitatieve gunningscriteria worden beoordeeld conform de systematiek die in paragraaf 4.3.3 van de Offerteaanvraag is beschreven. Het betreft een relatieve beoordeling. Elke inschrijving krijgt per gunningscriterium een rapportcijfer. In de tabel in paragraaf 4.3.3 is bepaald wanneer welk cijfer wordt gegeven. In het kader van het rapportcijfer 10 is bepaald:
- ‘Het antwoord wordt als uitstekend beoordeeld:
- Het gegeven antwoord op de vraag voldoet buitengewoon aan de wensen zoals aangegeven bij de wens.
 - Het antwoord heeft toegevoegde waarde.
 - Het antwoord geeft aan, dat de inschrijver een hoogwaardige kwaliteit van dienstverlening biedt.
 - Het antwoord geeft aan dat er diepgaande en excellente kennis is van de materie.
 - Het gegeven antwoord onderscheidt zich in positieve zin ten opzichte van de overige inschrijvers.’
- 3.9.2. In reactie op de klachten van ondernemer heeft aanbesteder gesteld dat de genoemde elementen bij de rapportcijfers geenszins cumulatief zijn. Ook lijkt aanbesteder zich op het standpunt te stellen dat de genoemde elementen bestaan uit “wat zoal motiveringen kunnen zijn bij de verschillende te hanteren rapportcijfers” (zie de reactie van aanbesteder van 22 oktober 2020 op klacht 10 van de bij hem ingediende klacht in 1.5 hiervoor).
- 3.9.3. Met de huidige systematiek is onduidelijk wanneer welk cijfer wordt toegekend. Met andere woorden, het onderscheid tussen de rapportcijfers is zeer onduidelijk, terwijl dat juist bepalend is voor de uitkomst van de aanbestedingsprocedure. Zo is kennelijk niet vereist dat om een 10 te krijgen, alle vijf voornoemde elementen aanwezig zijn. Maar niet duidelijk is aan welke c.q. hoeveel van die elementen minimaal moet zijn voldaan om een 10 te krijgen. Aanbesteder kan hier achteraf kennelijk alles kiezen en beargumenteren.

3.9.4. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat deze beoordelingssystematiek in strijd is met het beginsel van transparantie en de beoordeling vatbaar is voor willekeur.

3.10. Klachtonderdeel 9

3.10.1. Inschrijvers moeten in het kader van de prijs-gunningscriteria kortingspercentages aanbieden voor de leermiddelen van elke lesmethode. Die gunningscriteria zijn in feite doorslaggevend voor de uitkomst van de aanbestedingsprocedure.

3.10.2. Voor elk subperceel van perceel A zijn in totaal maximaal 4350 punten te verdienen (zie par. 6.0.A van de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). Daarvan zijn er 2600 punten (ca. 60% van het totaal) te verdienen met de prijs. Die 2600 punten zijn te behalen met twee prijscriteria: (i) een kortingspercentage waarmee de consumentenprijs van de leermiddelen van de lesmethode van het subperceel wordt vermindert (2500 punten) en (ii) één kortingspercentage voor alle subpercelen waarop een inschrijver inschrijft voor het geval de inschrijver al deze subpercelen gegund krijgt (100 punten). Indien de inschrijver alle subpercelen waarop hij inschrijft gegund krijgt, geldt voor elk van die subpercelen het tweede kortingspercentage. In alle andere gevallen, geldt per gegund subperceel het eerste kortingspercentage (zie ook het antwoord op vraag 100 in de eerste Nota van Inlichtingen in 1.4.12 hiervoor).

3.10.3. De inschrijver met het laagste kortingspercentage op een subperceel krijgt 2500 punten. De overige inschrijvers ontvangen een score gerelateerd aan de hoogste score. De Offerteaanvraag noemt als voorbeeld: inschrijver A offreert 20% en inschrijver B offreert 10%. Inschrijver A scoort 2500 punten en inschrijver B scoort $10/20 * 2500 = 1250$ punten.

3.10.4. Onduidelijk is hoe de 100 punten voor het tweede kortingspercentage kunnen worden verdiend. Aanbesteder heeft vraag 105 die daarover ging niet inhoudelijk beantwoord in de eerste Nota van Inlichtingen (zie 1.4.14 hiervoor).

3.10.5. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat deze systematiek discriminatoir is en een level playing field verhindert, hetgeen in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en artikel 1.10a Aw 2012. De uitgevers kunnen (vrijelijk) de consumentenprijs van hun leermiddelen vaststellen. Zij kunnen ervoor kiezen welke kosten zij alvast in die prijs meenemen, zoals ook kosten die samenhangen met deze en andere opdrachten. Bovendien kunnen zij de prijs eerst hoog maken, om vervolgens een hogere korting aan te bieden en zo "goede sier" te maken. Dat is voor uitgevers een kwestie van "vestzak-broekzak", maar voor elke andere inschrijver een verhoging van de kosten. Die moeten immers die hogere consumentenprijs betalen, althans krijgen niet dezelfde korting die aanbesteder aangeboden krijgt. Daarmee is de prijs een doorslaggevend criterium dat ten voordele van de uitgevers van de desbetreffende leermiddelen uitwerkt. De uitgever is per definitie altijd in staat om de prijs te bepalen én de hoogste korting aan te bieden.

3.10.6. Voorts geldt dat de uitgevers geen enkel risico lopen door een zeer hoog kortingspercentage of zeer hoge kwaliteit aan te bieden. De consumentenprijzen voor de leermiddelen worden in de praktijk namelijk ieder jaar opnieuw vastgesteld door de uitgever. De uitgever kan gedurende de looptijd van de overeenkomst de consumentenprijzen – en daarmee zijn marge – derhalve nog aanpassen en verhogen. Dit geldt in casu des te meer, aangezien de uitgevers zich op ieder subperceel als monopolist kunnen gedragen en het LIFO-product een uniek product is. De uitgever kan aldus (bijvoorbeeld) simpelweg een zeer hoog kortingspercentage aanbieden en vervolgens – als in de praktijk blijkt dat er niet genoeg marge wordt gemaakt – in jaar twee, drie of vier de consumentenprijs voor één of meer leermiddelen opschroeven. Daarmee kan het hoge kortingspercentage dan weer worden

gecompenseerd. In voorkomend geval heeft de uitgever dan in werkelijkheid een veel lager kortingspercentage aangeboden dan hij lijkt te hebben aangeboden, aangezien een deel van de "korting" (later) weer wordt gecompenseerd door de hogere consumentenprijs. Een dergelijke latere prijsverhoging door de uitgever komt ook daadwerkelijk voor in de praktijk, zoals blijkt uit het rapport 'Marktwerking leermiddelen voortgezet onderwijs' dat SEO in opdracht van ondernemer in juni 2020 opstelde (<http://www.seo.nl/pagina/article/vervolgstudie-marktwerking-leermiddelen-voorgezet-onderwijs/>). Uit pagina 29 van dat rapport blijkt dat de catalogusprijs van uitgever M voor de specifieke lesmethoden die zij aan een aanbestedende dienst had aangeboden maar liefst 14% hoger was dan de reguliere catalogusprijs.

- 3.10.7. In het antwoord op vraag 2 van de eerste Nota van Inlichtingen stelt aanbesteder zich op het volgende standpunt (zie 1.4.1 hiervoor):

'(...) Het is overigens niet per definitie zo dat de uitgevers de beste prijs-kwaliteit-verhouding zullen hebben nu de uitgever als producent ook alle risico's loopt bij het ontwikkelen van de leermiddelen nu er in de aanbestedingsprocedure niet alleen wordt gevraagd naar het sec leveren van leermiddelen maar ook naar een aantal diensten die verband houden met deze leermiddelen en die mee moeten worden genomen in de prijsbepaling. Deze diensten zullen door distributeurs wellicht goedkoper kunnen worden geleverd, nu zij over een wijdvertakt netwerk van adviseurs beschikken. Recente aanbestedingen in dit kader laten dit ook zien. (...)'

- 3.10.8. Niet valt in te zien welk relevant risico de uitgevers lopen bij het ontwikkelen van leermiddelen. Die risico's verdisconteren zij in de prijs van de leermiddelen, die reeds specifiek zijn voorgeschreven door aanbesteder. De te verrichten onderwijsdiensten zijn qua omvang ondergeschikt aan de levering van de leermiddelen zelf.

- 3.10.9. Bovendien is niet aannemelijk dat distributeurs deze diensten zonder meer goedkoper zouden kunnen leveren dan uitgevers. En in elk geval doet het niet af aan de mogelijkheid die uitgevers hebben om de gunningssystematiek te manipuleren door eenzijdig de prijzen te verhogen.

- 3.10.10. In reactie op de klachten van ondernemer verwijst aanbesteder naar Rb. Den Haag (vzr.) 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13949, r.o. 5.3.2. Daarin wordt onder meer verwezen naar Advies 379. In overweging 5.6.3 van dat advies heeft de Commissie overwogen dat het op zichzelf genomen aannemelijk is dat een uitgever zijn lesmethode goedkoper kan leveren dan een distributeur. In de toen voorliggende situatie werd dat niet problematisch geacht, omdat het puntenverschil gering zou zijn. In het advies is een rekenvoorbeeld gegeven waarin het hoogst geboden kortingspercentage 20% is. Een inschrijver die dan 10% korting biedt, zou in dat voorbeeld nog circa 89% van de punten krijgen (1200 punten voor de inschrijver met 20% korting tegenover 1067 punten voor de inschrijver met 10% korting). In de onderhavige aanbesteding is dat wezenlijk anders. Eenzelfde verschil in korting (10% in plaats van 20%) leidt hier tot slechts 50% van de punten. Zie het hiervoor aangehaalde rekenvoorbeeld uit de Offerteaanvraag: 2500 punten voor de inschrijver met 20% korting tegenover 1250 punten voor de inschrijver met 10% korting. Dat verschil zal in de praktijk niet meer te overbruggen zijn op kwaliteit. Voor kwaliteit zijn in totaal 1750 punten te behalen, waarmee een puntenverschil van 1250 als gevolg van de prijs feitelijk onoverbrugbaar is. Dat geldt eens te meer, nu de kwaliteitscriteria deels over het product gaan en naar de aard niet onderscheidend zijn.

- 3.10.11. Voornoemd effect doet zich overigens reeds voor bij kleine verschillen in het aangeboden kortingspercentage. Bij aangeboden kortingen van 19% en 20% verkrijgt de inschrijving met de laagste korting 2375 van de 2500 punten. Om dat

verschil van 125 punten goed te maken op kwaliteit, moet zijn score voor kwaliteit ten minste $(1750 / (1750 - 125) * 100 =)$ 108% van de score van de ander zijn. Oftewel, om een verschil van 1% op prijs goed te maken is ten minste een 8% betere score op kwaliteit nodig. Bij lagere dan maximale scores op de kwaliteit, is dat verschil nog groter. Zie in dat verband ook het rapport 'Marktwerking leermiddelen voortgezet onderwijs' dat SEO in opdracht van ondernemer in juni 2020 opstelde en waarin wordt vastgesteld: 'In de verschillende aanbestedingen zou een zo'n 20 procent hogere score op kwaliteit nodig zijn geweest om een 1 procentpunt verschil in prijs goed te maken.'

3.10.12. Het voorgaande geldt ook voor perceel B, zij het in mindere mate. Ook bij perceel B wordt eenzelfde kortingspercentage gevraagd (zie paragraaf 6.5.B Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). Voor dat percentage zijn maximaal 80 punten te verkrijgen. Voor de prijs voor de handling en distributie zijn 100 punten verdienen.

3.11. Klachtonderdeel 10

3.11.1. Aanbesteder vraagt in elk subperceel van perceel A naar een specifieke lesmethode van een bepaalde uitgever. Het betreft de technische specificaties van de opdracht, zoals bedoeld in artikel 2.76 Aw 2012. Die bepaling maakt het bij uitzondering mogelijk om te verwijzen "naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer". Die uitzondering moet strikt worden uitgelegd (zie HvJ EU 12 juli 2018, zaak C-14/17, ECLI:EU:C:2018:568, VAR). Voor zover een dergelijke verwijzing gerechtvaardigd is, bepaalt artikel 2.76, lid 4, sub b, Aw 2012 evenwel dat de verwijzing vergezeld moet gaan van de woorden "of gelijkwaardig". Op die verplichting bestaat geen wettelijke uitzondering.

3.11.2. Ondernemer verzet zich met deze deelklacht niet tegen het voorschrijven van specifieke lesmethoden (zie in dat verband ook Advies 379). De alsdan wettelijk vereiste toevoeging "of gelijkwaardig" ontbreekt echter ten onrechte in de Offerteaanvraag. Het achterwege laten van die toevoeging zou volgens de Europese Commissie zijn toegestaan (zie paragraaf 1.4 van Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). In reactie op de klachten van ondernemer stelt aanbesteder zich (wederom) op het standpunt dat die toevoeging mag ontbreken. Ter onderbouwing verwijst hij naar het eerdergenoemde vonnis van de Haagse voorzieningenrechter (ECLI:NL:RBDHA:2018:13949, r.o. 5.3), waarin deze het volgende heeft geoordeeld:

'(...) Feit is dat een lesmethode wordt geproduceerd door één specifieke uitgever en iedere lesmethode heeft een specifieke naam en ISB-nummer. In afwijking van de hoofdregels van het aanbestedingsrecht mogen deze namen en nummers uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten worden genoemd. Achtergrond hiervan is dat anders wellicht genoeg genomen zou moeten worden met alternatieve leermiddelen in plaats van de gewenste, hetgeen begrijpelijkerwijs onwenselijk is. (...)'

3.11.3. Deze overweging gaat over het verwijzen naar een specifieke lesmethode. De voorzieningenrechter gaat niet expliciet in op het ontbreken van de alsdan vereiste toevoeging "of gelijkwaardig". Wellicht dat aanbesteder meent dat de laatste geciteerde zin zo mag worden uitgelegd dat bedoeld is dat "of gelijkwaardig" achterwege mag blijven. Die uitleg zou echter in strijd zijn met artikel 2.76 Aw 2012 en de overeenkomstige bepaling in artikel 42 Richtlijn 2014/24/EU. De Europese wetgever heeft de keuze gemaakt dat aanbestedende diensten gelijkwaardige producten moeten accepteren, ongeacht of dat door de aanbestedende dienst in kwestie als onwenselijk wordt ervaren. Een voorlopig oordeel van een voorzieningenrechter kan daar in geen geval aan afdoen en vormt hoe dan ook geen bindend

precedent voor de onderhavige aanbestedingsprocedure. De Europese Commissie kan evenmin eenzijdig afbreuk doen aan de geldende Europese wetgeving. De Offerteaanvraag verwijst naar een informele c.q. administratieve mededeling van het directoraat-generaal Interne Markt van de Europese Commissie (die blijkt uit Kamerstukken I, 2007/08, 31 325, nr. C). Een dergelijke mededeling heeft geen rechtskracht.

- 3.11.4. Zeker omdat aanbesteder in casu in belangrijke mate vraagt om producten die feitelijk nog niet bestaan, maar die ontwikkeld moeten worden vanuit een bestaand leermiddel, maakt de toevoeging "of gelijkwaardig" het verschil tussen het wel of niet ontstaan van concurrentie.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Alvorens inhoudelijk verweer te voeren wenst aanbesteder op te merken verbaasd te zijn over de onderhavige klachten die door ondernemer zijn geuit. In feite wordt hier immers geklaagd over een aanbestedingsprocedure die reeds vaak op deze manier heeft plaatsgevonden en waaraan ondernemer zelf ook meermaals heeft deelgenomen en meerdere percelen gegund heeft gekregen.
- 4.2. Bovendien concludeert aanbesteder dat ondernemer klachten aanvoert, die reeds meermaals aan rechtbanken zijn voorgelegd en waarbij deze rechtbanken ondernemer en een met haar verbonden onderneming steeds in het ongelijk hebben gesteld (Rb. Den Haag (vzr) 17 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2217 en Rb. Den Haag (vzr.) 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13949).
- 4.3. Aanbesteder kan zich niet aan de indruk onttrekken dat het ondernemer met onderhavige klachten louter te doen is om het frustreren van de aanbestedingsprocedure. Ondernemer is in meerdere procedures reeds met zijn neus op de feiten gedrukt, maar lijkt desondanks geen genoegen te willen nemen met deze uitkomst. Aanbesteder kan zich dan ook niet aan de indruk onttrekken dat ondernemer middels de aanhangige klachten de ontwikkelingen binnen het onderwijs (ten nadele van het onderwijs) ten zeerste wenst te frustreren. Een zeer kwalijke zaak.
- 4.4. Aanbesteder verzoekt de Commissie alle klachtonderdelen ongegrond te verklaren.
- 4.5. Klachtonderdeel 1
 - 4.5.1. Klachtonderdeel 1 ziet op het LIFO-concept van perceel A. Aanbesteder heeft aan uitgevers K, L en M de vraag voorgelegd of de door de betreffende uitgever aangeboden lesmethodes die door aanbesteder als subpercelen zijn opgenomen in perceel A, met ingang van schooljaar 2021/2022 voldoen aan het vereiste LIFO-concept van aanbesteder.
 - 4.5.2. Alle uitgevers hebben te kennen gegeven dat zulks inderdaad vanaf schooljaar 2021/2022 het geval is. Aanbesteder is dan ook van mening dat zij gerechtvaardigd mag vertrouwen op de verklaringen van de uitgevers. Deze verklaringen vormen immers ook de basis van de totstandkoming van hetgeen is bepaald in perceel A. Uitgever K en M hebben dit overigens reeds bevestigd aan ondernemer.
 - 4.5.3. Daarnaast wenst aanbesteder te allen tijde na gunning een controle te kunnen uitvoeren om te bezien of deze leermiddelen ook daadwerkelijk voldoen en blijven voldoen aan het LIFO-concept. Door een en ander aldus uit te vragen kan door aanbesteder getoetst worden of een bepaald leermiddel aan het LIFO-concept voldoet en ook in de toekomst daaraan blijft voldoen.

- 4.5.4. De aanname van ondernemer – dat indien de opdrachtnemer de desbetreffende lesmethode niet in perceel A kan leveren nu deze niet blijkt te voldoen aan de definitie van het LIFO-concept, opdrachtnemer vervolgens de contractuele boete verschuldigd is – is pertinent onjuist. Bij het aangaan van de overeenkomst wordt getoetst of de betreffende lesmethode aan de voorwaarden van het LIFO-concept voldoet. Indien dat niet het geval is zal de overeenkomst niet tot stand kunnen komen, aangezien deze overeenkomst ziet op de LIFO-voorwaarden. Indien de lesmethode niet voldoet aan de LIFO-voorwaarden, zal deze lesmethode deel gaan uitmaken van perceel B waar deze LIFO-voorwaarden niet gelden. Kortom: ondernemer loopt op dit punt geen enkel risico voor een contractuele boete.
- 4.6. Klachtonderdeel 2
- 4.6.1. Klachtonderdeel 2 ziet op de bevoegdheid van aanbesteder om het gebruik van de lesmethoden van de LIFO-producten van de subpercelen van perceel A te beperken tot één jaar.
- 4.6.2. Aanbesteder herhaalt hetgeen hij in zijn reactie op klachtonderdeel 2 heeft aangevoerd (zie 1.11 hiervoor) en vult dat als volgt aan.
- 4.6.3. Aanbesteder stelt zich primair op het standpunt dat de Commissie klachtonderdeel 2 niet in behandeling behoort te nemen omdat ondernemer het bepaalde in paragraaf 3.1.6 van de Offerteaanvraag niet heeft nageleefd (zie 1.2 hiervoor). Bij tegenstrijdigheden of onvolkomenheden dient inschrijver deze – op straffe van het verlies van het recht er in een later stadium een beroep op te doen – zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk de laatste dag dat vragen gesteld kunnen worden, schriftelijk kenbaar te maken aan (de contactpersoon van) aanbesteder. Ruim nadat de Offerteaanvraag werd gepubliceerd (30 september 2020) en ruim nadat de tweede Nota van Inlichtingen werd verzonden (4 november 2020) wendde ondernemer zich met de onderhavige klacht pas tot aanbesteder.
- 4.6.4. Inhoudelijk) merkt aanbesteder nog het volgende op. Aanbesteder blijft erbij dat het slechts bij hoge uitzondering voorkomt dat een vaksectie besluit om binnen een periode van vier jaar van lesmethode te wisselen. Aanbesteder wijst in dit kader op onderzoek waaruit is gebleken dat lesmethoden met gemak vier jaren meegaan (SEO & Oberon, Gratis maakt nog niet goed(koop) – Evaluatie Wet Gratis Schoolboeken, Utrecht 2016, p. 47 (https://25cjk227xfsu3mkyfg1m9xb7-wpen-gine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/04/2016-49_Gratis_maakt_nog_niet_goed_koop_.pdf)). en dat vaksecties 'methodetrouw' zijn (NMa, Schoolboekenscan 2011, Den Haag 2011, p. 10 (https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/bijlagen/7065_Schoolboeken-scan_2011_def.pdf)). Ook blijkt uit meerdere passages uit de Offerteaanvraag dat meerjarig gebruik van de lesmethode als uitgangspunt heeft te gelden (in dat kader wijst aanbesteder op paragrafen 1.3 en 6.6A van de Offerteaanvraag, zie 1.2 hiervoor). Bovendien is het voor vaksecties allerminst aantrekkelijk of wenselijk om op korte termijn snel van lesmethode te wisselen, met het oog op de continuïteit van de leerlijn die dan in gevaar zou komen. Slechts bij (uiterst) hoge uitzondering willen vaksecties reeds na één jaar afstappen van een bepaalde lesmethode. Dat zal in beginsel alleen dan het geval zal zijn als er onderwijskundig dusdanig veel op de desbetreffende lesmethode kan worden aangemerkt dat het naar het oordeel van de vaksectie onverantwoord is om rigide aan de voor die lesmethode gemaakte keuze te blijven vasthouden (en daardoor dus vorenbedoelde rompslomp die met een snelle wisseling in lesmethoden is gemoeid, hoewel ook voor de vaksectie ongewenst, zwaarder weegt en voor lief wordt genomen). Het betreft dus de situatie dat de lesmethode in kwalitatieve zin niet (langer) voldoet (zie ook het antwoord op vraag 137 in de tweede Nota van Inlichtingen van 4 november 2020 in 1.7.4 hiervoor). Aanbesteder gaat ervan uit dat ondernemer, als professionele inschrijver

die zeer bekend is met het onderwijs, hiervan op de hoogte is en toch ook niet zou willen dat de kwaliteit van het door een school geboden onderwijs achteruitgaat doordat gedurende lange(re) tijd aan een onwerkbaar lesmethode dient te worden vastgehouden.

- 4.6.5. Volgens aanbesteder is enig gevoel van onzekerheid inherent aan het ondernemerschap zoals dat (onder meer) door ondernemer wordt uitgeoefend.
- 4.6.6. Ondernemer stelt verder de ongelijke posities van de inschrijvers aan de orde, waarbij zij doelt op het onderscheid tussen uitgevers en distributeurs, welk onderscheid vooral met betrekking tot de onderhavige kwestie (betreffende de door de uitgevers gebruikte meerjarige afnameplicht) als klemmend wordt ervaren. Aanbesteder meent dat hij zich niet hoeft te bekommeren over deze ongelijke (initiële) posities van de verschillende inschrijvers. In dat kader voert aanbesteder aan dat het aanbestedingsrecht er niet aan in de weg staat dat de gunningscriteria zo worden geformuleerd dat het in feite slechts voor enkele inschrijvers mogelijk is een inschrijving in te dienen. Louter om die reden is er van een schending van het beginsel van gelijke behandeling volgens aanbesteder nog geen sprake. In dat kader wijst aanbesteder op HvJ EG 17 september 2002, ECLI:EU:C:2002:495, C-513/99 (Concordia Bus Finland). Aanbesteder deelt niet het standpunt van ondernemer dat een aanbestedende dienst de ongelijkheid tussen de marktpartijen dient op te lossen voorafgaand aan inschrijving. Zoals ondernemer ook zelf aanvoert, dient immers voor de inschrijvers een gelijk speelveld te worden gecreëerd, niet algehele gelijkheid door de initiële posities van hen – op een bepaalde manier – aan te passen.
- 4.6.7. Ten aanzien van de gelijke behandeling van de inschrijvers wenst de aanbestedende dienst nog te vermelden dat voor distributeurs en uitgevers dezelfde voorwaarden gelden. Dit komt duidelijk tot uitdrukking in artikel 1.2 van de op de (concept-) raamovereenkomst van toepassing verklaarde Algemene Inkoopvoorwaarden van [Aanbesteder], waarin de toepasselijkheid van door de opdrachtnemer gehanteerde algemene voorwaarden (waaronder dus ook die van de uitgevers, waarin de meerjarige afnameplicht is opgenomen) uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen. Dit tast volgens aanbesteder, eveneens anders dan ondernemer meent, het wezen van de uitgevraagde producten (als LIFO-lesmethoden) niet aan, zodat de stelling van ondernemer dat aanbesteder – door het afwijzen van een meerjarige afnameplicht – producten uitvraagt die niet bestaan op de markt en (omgekeerd) die markt alleen maar producten kent die niet als LIFO (kunnen) kwalificeren, niet opgaat. Bij een eventuele afnameplicht betreft het immers veeleer een (aanvullende) voorwaarde die ziet op de uitvoering van de overeengekomen levering van een lesmethode en niet op een wezenskenmerk van die lesmethode (zie het antwoord op vraag 136 in de tweede Nota van Inlichtingen van 4 november 2020 in 1.7.3 hiervoor). Aanbesteder acht gunning om die reden zeer wel mogelijk.
- 4.6.8. Ten overvloede wil aanbesteder wat dit betreft opmerken dat de Offerteaanvraag geenszins op een bepaalde marktpartij is toegeschreven, maar is geënt op het onderwijs in het algemeen en het leermiddelenbeleid van aanbesteder in het bijzonder. Aanbesteder wenst leveringen van inschrijvers die hieraan de beste bijdrage kunnen leveren, ongeacht of het een uitgever of distributeur betreft, en heeft er geen belang bij om haar aanbesteding aldus in te richten dat deze op een bepaalde marktpartij (volgens ondernemer: de uitgevers) is toegeschreven. De stelling van ondernemer, te weten dat uit de antwoorden van aanbesteder zou blijken dat er overleg is (geweest) tussen hem en de uitgevers, kan aanbesteder dan ook geenszins plaatsen.
- 4.6.9. Aanbesteder verzoekt de Commissie klachtonderdeel 2 ongegrond te verklaren.

4.7. Klachtonderdeel 3A

- 4.7.1. Klachtonderdeel 3 bestaat uit twee onderdelen. Enerzijds is de door de aanbestedende dienst gehanteerde definitie van 'Gebruiksrecht' naar het oordeel van ondernemer onduidelijk waardoor het niet mogelijk is om het gebruik juridisch te regelen.
- 4.7.2. Het gebruiksrecht wordt door de aanbestedende dienst als volgt gedefinieerd in zijn Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor): 'Het zakelijke recht voor opdrachtgever om gedurende het volledige schooljaar, leermiddelen die niet in het eigendom van opdrachtgever vallen, te gebruiken.'
- 4.7.3. De term 'gebruik(en)' – zeker in combinatie met de term 'zakelijk recht' of in een goederen- c.q. zakenrechtelijke context – is geenszins ongebruikelijk en komt alleen al in Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek tientallen keren voor. Dientengevolge is de aanbestedende dienst van mening dat voor alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze vaststaat wat met de term wordt bedoeld. Dientengevolge acht aanbesteder het niet wenselijk om zelf naar een andere definitie van het 'gebruik' te zoeken, nu hij wenst te voorkomen dat hij zichzelf buitenspel zet door bepaalde aspecten niet in de definitie op te nemen die wettelijk gezien wel onder 'gebruik' kunnen worden geschaard.
- 4.7.4. Anderzijds acht ondernemer de definitie van 'Consumentenprijs' onvoldoende duidelijk – in die zin dat het voor ondernemer niet duidelijk is wat als peilmoment heeft te gelden voor het bepalen van de actuele consumentenprijs – waardoor het naar de mening van ondernemer niet mogelijk is om een representatief kortingspercentage te offreren. Ondernemer acht het invoeren van één peilmoment voor het bepalen van de actuele consumentenprijs noodzakelijk in het licht van het transparantiebeginsel.
- 4.7.5. De Consumentenprijs wordt door aanbesteder als volgt gedefinieerd in de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor): 'De actuele prijs van het betreffende leermiddel, zoals vastgesteld en vervolgens gepubliceerd door de betreffende uitgever op zijn website.'

4.8. Klachtonderdeel 3B

- 4.8.1. Voor wat betreft de consumentenprijs heeft te gelden dat het recht om de consumentenprijs te bepalen voor een desbetreffende lesmethode enkel toekomt aan de uitgeverijen. Hierdoor wordt voorkomen dat met verschillende consumentenprijzen wordt gerekend.
- 4.8.2. Uitgever K heeft reeds te kennen gegeven dat hij de consumentenprijzen voor schooljaar 2021/2022 in december zal publiceren op zijn website. Uitgever M heeft inmiddels ook gereageerd en zal in de loop van januari 2021 de consumentenprijzen voor schooljaar 2021/2022 op zijn website publiceren. Enkel uitgever L heeft partijen niet van een reactie voorzien. Aanbesteder concludeert dat deze prijzen in ieder geval representatief zijn voor het offreren van het kortingspercentage door inschrijvers, waaronder ondernemer.
- 4.8.3. Weliswaar zijn uitgevers vrij om de prijzen van de door hen uitgegeven leermiddelen naar believen aan te passen, maar de ervaring leert dat uitgevers zeker niet frequent de prijzen veranderen en doorgaans per jaar een prijs vaststellen. De aanname van ondernemer dat uitgevers regelmatig op de vastgestelde prijzen terugkomen, wordt door aanbesteder dan ook niet herkend. Daarbij speelt een rol dat hoge stijgingen van consumentenprijzen voor leermiddelen, de school zal doen

besluiten niet langer voor het leermiddel te kiezen nu de school slechts een beperkt vast bedrag ontvangt voor het inkopen van leermiddelen.

- 4.8.4. Wat hier overigens ook van zij, te gelden heeft dat alle potentiële inschrijvers op dezelfde dag, voor eenzelfde tijd een inschrijving moeten indienen. Inschrijvers kunnen dus voor henzelf een deugdelijk peilmoment bepalen, bijvoorbeeld op de dag voorafgaand aan het indienen van de offerte. Een wijziging van de consumentenprijs zal dan immers – zo leert de praktijk – niet meer plaatsvinden. Daarbij komt het naar de mening van aanbesteder voor rekening van inschrijver indien hij zich baseert op een consumentenprijs die dateert van geruime tijd voor de inschrijfdeadline.
- 4.8.5. Daarnaast wenst aanbesteder nog op te merken dat het geoffreerde kortingspercentage gedurende de contractperiode vaststaat. Een stijging van de consumentenprijs zal tot hogere kosten leiden voor de ondernemer die het leermiddel moet kopen, maar deze prijsstijging wordt door het vaste kortingspercentage verdisconteerd richting aanbesteder. Zoals reeds in de inleiding verwoord klaagt ondernemer over zaken die de afgelopen jaren meermaals zijn voorgelegd aan rechtbanken en gemeengoed zijn in de praktijk.
- 4.8.6. Ten aanzien van de systematiek van de consumentenprijs wenst aanbesteder op te merken dat deze werkwijze reeds meer dan 10 jaar (!) zonder problemen heeft gefunctioneerd en ook door ondernemer is toegepast in honderden aanbestedingen waarop ondernemer heeft ingeschreven en die aan ondernemer zijn gegund.

4.9. Klachtonderdeel 4

- 4.9.1. Klachtonderdeel 4 betreft perceel C. Perceel C zal in verband met een geraamde waarde van minder dan € 80.000 niet Europees openbaar worden aanbesteed. Ondernemer klaagt dat niet voldoende duidelijk wordt beschreven wat perceel C inhoudt en welke producten of diensten het betreft. Ondernemer is van mening dat aanbesteder hiermee ook tekortschiet in zijn motiveringsplicht op grond van artikel 1.4, lid 3, Aw 2012. Daar brengt aanbesteder tegenin dat dit vereiste ter zake van dit soort percelen evenwel niet door de wet (zie artikel 2.19, lid 3, Aw 2012) wordt gesteld, zodat geen beschrijving van de opdracht of reden voor het niet Europees openbaar aanbesteden behoeft te worden gegeven. Wel wenst aanbesteder aan te geven dat in het onderhandse perceel rekening wordt gehouden met de gestelde wettelijke maxima. Aanbesteder wil de mogelijkheid openhouden om te anticiperen op ontwikkelingen binnen de leermiddelenmarkt, die thans nog niet bekend zijn.
- 4.9.2. Ten overvloede merkt aanbesteder op dat hij op grond van artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 slechts verplicht is tot het verstrekken van een nadere motivering ten aanzien van (a) de wijze waarop zij voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen en (b) de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. Wat betreft onderdeel (a) is in paragraaf 1.3 van de Offerteaanvraag reeds bepaald dat aanbesteder voornemens is de opdracht onderhands te gunnen conform artikel 2.19, lid 2, Aw 2012. Ten aanzien van onderdeel (b) geeft aanbesteder aan dat hij nog geen keuze heeft gemaakt voor de ondernemers die toegelaten zullen worden tot de aanbestedingsprocedure. Aanbesteder voegt daaraan toe dat alle ondernemers die werkzaam zijn in het onderwijsveld en aanbesteder kunnen ondersteunen bij het anticiperen op ontwikkelingen binnen de leermiddelenmarkt hiervoor in aanmerking komen. Hierbij mag aanbesteder haar keuze baseren op onder andere eerdere ervaringen in de desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming en technische en professionele vaardigheden van de onderneming (in dit kader verwijst aanbesteder naar Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 15).

4.9.3. Ten slotte merkt aanbesteder op dat – indien de Commissie van oordeel is dat een motivering in dit kader wel is vereist – aanbesteder van mening is dat hij inschrijvers – waaronder ondernemer – reeds van een afdoende motivering heeft voorzien door aan te geven dat hij perceel C wenst te gebruiken om te anticiperen op ontwikkelingen binnen de leermiddelenmarkt die thans nog niet bekend zijn. Aanbesteder meent hierover helemaal geen uitspraken te kunnen doen, zelfs al zou hij een nadere motivering willen verstrekken.

4.9.4. Ten overvloede wijst aanbesteder op de uitspraak van de voorzieningenrechter Zeeland-West-Brabant van 1 mei 2015 (ECLI:NL:RBZWB:2015:2951). Ook in deze procedure klaagde ondernemer over het onderhandse perceel leermiddelen dat werd aangeboden. De voorzieningenrechter oordeelde (in r.o. 4.7.4):

‘De opdrachten moeten wel gelijktijdig worden aangekondigd maar hoeven niet op hetzelfde moment te worden gegund. Perceel 5 is tegelijk met de andere percelen aangekondigd zodat aan de gelijktijdigheidseis is voldaan. De scholen handelen op dit punt niet onrechtmatig.’

4.10. Klachtonderdeel 5

4.10.1. Klachtonderdeel 5 bestaat hierin, dat ondernemer de gehanteerde maximumprijs van € 25 inclusief BTW opgelegd voor de handlingsdiensten onredelijk laag en derhalve niet marktconform acht. Daarnaast valt ondernemer over de door aanbesteder ingevoerde minimumprijs van € 1, nu een dergelijke prijs evident onredelijk laag zou zijn en zou leiden tot manipulatie van de gunningssystematiek.

4.10.2. Aanbesteder streeft ernaar om in beide percelen zo weinig mogelijk gebruik te maken van folio leermiddelen. Dit betekent dat naar verwachting de handlingsdiensten voor opdrachtnemer B beperkt zullen zijn. Van de folio leermiddelen van perceel A geldt dat deze aan het einde van het schooljaar niet ingenomen worden, nu folio lesmateriaal van perceel A verbruiksmateriaal behelst. Rest voor inname en controle aan het einde van het schooljaar enkel de huurboeken van perceel B. Zoals aangegeven op verschillende plaatsen in de offerteaanvraag zal ook in perceel B in beperkte mate sprake zijn van het huren van boeken. Opmerking verdient dat aanbesteder zich terdege bewust is van het feit dat van deze zelfde opdrachtnemer van perceel B gevraagd wordt de digitale licenties die onderdeel uitmaken van een lesmethode in het LIFO-concept van perceel A te koppelen aan de individuele leerling. Doch zulks is naar de mening van aanbesteder van onvoldoende waarde om de maximumprijs voor de handlingsdiensten te verhogen.

4.10.3. Om tegemoet te komen aan inschrijvers – waaronder ondernemer – heeft aanbesteder in dit kader reeds besloten af te zien van een vast huurpercentage (ad 25%). Dientengevolge is paragraaf 6.5.B van de offerteaanvraag aldus gewijzigd, dat het voor inschrijvers mogelijk is om een huurpercentage (inclusief verhuurrecht) van de consumentenprijs te offreren. Dit betekent dat aanbesteder het mogelijk maakt voor inschrijvers om een eventueel ‘tekort’ aan marge bij het offreren van de prijs voor handlingsdiensten te verdisconteren in het huurpercentage. Hierbij merkt aanbesteder op dat ondernemer de enige is die het maximumbedrag voor de handlingskosten (na aanpassing) disproportioneel laag acht.

4.10.4. Ten slotte merkt aanbesteder in het kader van de gehanteerde maximumprijs voor handlingsdiensten op dat deze prijs is gebaseerd op de bij aanbesteder bekend zijnde marktconforme tarieven. Het is hierbij opmerkelijk dat ondernemer deze maximumprijs niet afdoende acht, zij het dat ondernemer ook bekend zal zijn dat op meerdere (gepubliceerde) aanbestedingen werd ingeschreven met een handlingsprijs van € 0.

4.10.5. Aanbesteder heeft een minimumbedrag voor de handlingsdiensten ingevoerd om concurrentie benadelende inschrijvingen te voorkomen. Aanbesteder meent ondernemer daarmee zelfs een gunst te bewijzen. Indien inschrijvers namelijk opzettelijk inschrijven met een onredelijk laag en disproportioneel bedrag – (hetgeen ondernemer toch ook bekend dient te zijn) ten bedrage van bijvoorbeeld € 0 – dan heeft dat tot gevolg dat aan alle andere inschrijvers een score van 0 punten wordt toegekend voor het subgunningscriterium prijs. Dit is nadrukkelijk niet hetgeen aanbesteder wenst te bewerkstelligen. Aanbesteder wenst onredelijk lage en disproportionele inschrijvingen nadrukkelijk niet in de hand te werken. De stelling van ondernemer, inhoudende dat de gunningssystematiek zich leent voor manipulatie, deelt aanbesteder dan ook niet. Aan inschrijvers – waaronder ondernemer – wordt immers nog altijd een mogelijkheid geboden om met een hogere consumentenprijs voor handlingsdiensten in te schrijven. Hierbij gaat aanbesteder ervan uit dat iedere behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver weet welk handlingsbedrag afdoende is voor het (anders dan verliesgevend) verlenen van zijn diensten. Kiest een inschrijver er desalniettemin voor om met een onredelijk laag handlingsbedrag in te schrijven, dan komt zulks nadrukkelijk voor zijn risico en niet voor het risico van aanbesteder. Aanbesteder biedt immers een maximum handlingsbedrag van € 25 per leerling per schooljaar.

4.11. Klachtonderdeel 6

4.11.1. Ondernemer klaagt zich voorts over de in zijn ogen onredelijke boetebepaling, zoals deze thans is opgenomen in de (concept-) raamovereenkomst. Naar aanleiding van de door ondernemer aanhangig gemaakte interne klacht heeft aanbesteder zijn boetebepaling reeds gewijzigd. Conform het gewijzigde is opdrachtnemer een boete van 5% verschuldigd van de opdrachtwaarde indien de opdrachtnemer in verzuim verkeert, met een maximum op jaarbasis van 20% van de opdrachtwaarde.

4.11.2. De opdrachtwaarde wordt in dit kader door aanbesteder gerelateerd aan de omzet van opdrachtnemer per schooljaar voor de door haar geleverde leermiddelen en/of diensten. Naar de mening van aanbesteder is dit wel degelijk proportioneel. Daarbij is van belang dat de boetebepaling dient als hulpmiddel teneinde te bewerkstelligen dat de verplichtingen van opdrachtnemers uit de overeenkomst – waaronder mogelijk ondernemer – (blijvend) worden nagekomen. Het niet hanteren c.q. het hanteren van een mild boetebeding brengt enorme risico's voor aanbesteder met zich mee, nu iedere opdrachtgever immers in verzuim kan verkeren ten aanzien van de op haar rustende verplichtingen zonder dat hier enige zekerheid voor aanbesteder als opdrachtgever tegenover staat.

4.11.3. Opnieuw is aanbesteder verbaasd over de houding van ondernemer in deze, nu ondernemer al geruime aantallen raamovereenkomsten heeft gesloten waarin eenzelfde soort boetebepaling (of zelfs een nog striktere boetebepaling) is terug te lezen.

4.12. Klachtonderdeel 7

4.12.1. Klachtonderdeel 7 van ondernemer ziet op de door aanbesteder gehanteerde gunningscriteria voor de kwaliteit van leermiddelen uit perceel A (LIFO-concept). Ondernemer is van mening dat het thans nagenoeg uitsluitend eigenschappen van de leermiddelen zelf zijn aan de hand waarvan de kwalitatieve gunningscriteria worden beoordeeld, zodat de leermiddelen nagenoeg uitsluitend de eigenschappen behelzen die hieraan door de uitgever zijn toegekend. Zulks werkt naar het oordeel van ondernemer concurrentie benadelend.

- 4.12.2. De klacht van ondernemer ziet op de gunningscriteria als bedoeld in paragraaf 6.2.A. van de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor). Aanbesteder deelt de opvatting van ondernemer, voor zover hij betoogt dat de keuze voor de leermiddelen al vast staat en ondernemer hier geen invloed op kan uitoefenen.
- 4.12.3. Zulks is juist en behelst een bijzondere situatie binnen het aanbestedingsrecht. Het gaat in de genoemde paragraaf van de offerteaanvraag echter niet zozeer om de leermiddelen zelf als wel om met betrekking tot die leermiddelen door opdrachtnemer te verrichten diensten. Zo gaat het in de eerste wens om de mate waarin vaksecties door inschrijvers de mogelijkheid wordt geboden commentaar te leveren op de geleverde leermiddelen, alsook de mate waarin een en ander ook daadwerkelijk ten behoeve van de doorontwikkeling van die leermiddelen wordt aangewend. Deze wens is cruciaal voor de vaksecties. In de tweede wens gaat het vervolgens om technische en onderwijskundige ondersteuning en ook in de derde en vierde wens betreft het dergelijke ondersteunende activiteiten. Hiermee worden inschrijvers – waaronder ondernemer – juist uitgedaagd om aan te tonen in welke mate zij zich onderscheiden van andere inschrijvers.
- 4.12.4. Verder wenst aanbesteder op te merken dat voor een distributeur als ondernemer de offerteaanvraag ook specifieke wensen bevat waarvan aanbesteder verwacht dat deze niet alleen onderscheidend zijn tussen inschrijvers, maar ook distributeurs als ondernemer de kans bieden volop mee te dingen naar de opdracht. Zie wens 1 van paragraaf 6.1.A:
- ‘Overeenkomstig paragraaf 2.3 dient inschrijver nabestellingen betreffende folio leermiddelen binnen 10 werkdagen na aanvang van het schooljaar te leveren op de door opdrachtgever aangegeven locatie(s). Indien inschrijver deze leermiddelen binnen 5 werkdagen na moment van bestelling kan leveren op de door opdrachtgever aangegeven locatie(s) dan ontvangt inschrijver hiervoor 25 punten.’
- 4.12.5. Aanbesteder heeft er nadrukkelijk voor gekozen om naar een combinatie van lesmethode en onderwijsdiensten te vragen. Dit wordt door uitgever M aangeboden en kan blijkens de catalogus ook zo door ondernemer worden afgenomen. Ook andere inschrijvers kunnen zich op dit punt dus niet verder onderscheiden. Dienengevolge wordt ondernemer ook niet onredelijk benadeeld ten opzichte van andere inschrijvers. Ten slotte voert aanbesteder aan dat inschrijvers met de wensen als geformuleerd in paragrafen 6.1.A en 6.2.A van de Offerteaanvraag juist worden uitgedaagd om aan te tonen in welke mate zij aanvullende dienstverlening kunnen aanbieden en in welke mate zij zich hiermee onderscheiden van andere inschrijvers.
- 4.12.6. Aanbesteder wijst er op dat de LIFO-methodes van uitgever M verkrijgbaar zijn in twee variaties: enerzijds als LIFO en anderzijds als LIFO totaal (inclusief onderwijsdiensten dus). Enerzijds voert aanbesteder aan dat het publiceren van catalogusprijzen per aanbestedende dienst als service richting de scholen en potentiële inschrijvers moet worden gezien, waarmee herkenbaar is welke consumentenprijzen voor een specifieke aanbestedingsprocedure hebben te gelden. Anderzijds zit het verschil in de door uitgever M gepubliceerde consumentenprijzen per aanbestedende dienst in het al dan niet gebruik willen maken van onderwijsdiensten die inherent zijn aan een lesmethode. Daarmee is dus niet – zoals door ondernemer gesteld – gezegd dat uitgever M enkel in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure hogere consumentenprijzen hanteert. Integendeel zelfs. Aanbesteder stelt dat het ondernemer vrijstaat om ook de LIFO-methode (zonder onderwijsdiensten) aan te bieden en derhalve zelf de onderwijsdiensten naar believen in te kleden. Dit is een keuze die aan inschrijver(s) is voorbehouden.

4.13. Klachtonderdeel 8

- 4.13.1. Ondernemer klaagt in klachtonderdeel 8 dat de gehanteerde beoordelingssystematiek te veel ruimte voor willekeur en subjectiviteit geeft. Aanbesteder reageert hierop als volgt.
- 4.13.2. De offertes zullen door beoordelaars van de beoordelingscommissie worden beoordeeld. Iedere beoordelaar kijkt anders naar de ingediende offertes, niet zelden omdat hij binnen de desbetreffende organisatie een andere functie heeft en uit dien hoofde op andere zaken let. Aanbesteder meent dat het voor een goede beoordeling vereist is dat in zekere mate subjectiviteit kan worden betracht.
- 4.13.3. Aanbesteder heeft, vanwege het grote aantal (niet-cumulatieve) criteria van paragraaf 4.3.3 van de offerteaanvraag, reeds tot in detail uitgewerkt wat zoal motiveringen kunnen zijn bij de verschillende te hanteren rapportcijfers. Volgens aanbesteder heeft ondernemer dat ook zelf in zekere zin erkend in klacht 9 in zijn klachtbrief van 12 oktober 2020 (zie 1.3 hiervoor). Aanbesteder meent dat het vervolgens aan inschrijver zelf is om zich van de anderen in voldoende mate te onderscheiden.
- 4.13.4. In dit kader verwijst aanbesteder naar een vaste, in de rechtspraak aangehaalde rechtsopvatting, zoals onder meer in Rb. Den Haag (vzr.) 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13949, r.o. 5.4 (ook ondernemer was partij bij dit geschil):

'(...) De gunningscriteria zijn door [de aanbestedende dienst] voldoende transparant beschreven, nu met de formulering van de wensen voor iedere potentiële inschrijver voldoende helder is wat wordt verlangd. Voor het overige is het aan de inschrijver om zich te onderscheiden van de andere inschrijvers en aldus zijn 'meerwaarde' aan te tonen. Het is uitdrukkelijk niet aan aanbesteder om aan te geven wat nodig is om een maximale score te behalen op kwalitatieve criteria. Alsdan zou iedere innovatie, creativiteit of zelfstandig denkproces bij de inschrijvers worden geëcarteerd. Aan een gunningssystematiek – zoals hier aan de orde – is derhalve inherent dat een inschrijvende partij de ruimte wordt geboden om op eigen wijze aan te geven hoe hij de gewenste kwaliteit invult. Daardoor wordt hij optimaal gestimuleerd om inventief in te schrijven en kenbaar te maken begrip en inzicht te hebben voor c.q. in die aspecten van de opdracht die volgens hem relevant zijn voor de aanbestedende dienst.'

4.14. Klachtonderdeel 9

- 4.14.1. Ondernemer klaagt over de gunningscriteria in het kader van de prijs, nu deze in feite doorslaggevend zouden zijn. Daarnaast acht ondernemer de gehanteerde systematiek onduidelijk en is ondernemer van mening dat de uitgever van de desbetreffende lesmethode ongerechtvaardigd wordt bevoordeeld.
- 4.14.2. Er wordt gegund op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, waardoor de inschrijver de kans krijgt zich – naast het onderdeel van de prijs – ook op het onderdeel van de kwaliteit van de leermiddelen te onderscheiden. Het prijsaspect is aldus niet allesbepalend. Het is overigens niet per definitie zo dat de uitgevers de beste prijs-kwaliteitsverhouding zullen hebben, nu de uitgever als producent ook alle risico's loopt bij het ontwikkelen van de leermiddelen en nu er in de aanbestedingsprocedure niet alleen wordt gevraagd naar het leveren van leermiddelen, maar ook naar een aantal diensten die verband houden met deze leermiddelen en die moeten worden meegenomen in de prijsbepaling. Deze diensten zullen door de distributeurs wellicht goedkoper kunnen worden geleverd, nu zij over een wijdvertaakt netwerk van adviseurs beschikken. Recente aanbestedingen in dit kader laten dit ook zien. Nu ondernemer de mogelijkheid wordt geboden om te offeren op

meerdere of zelfs alle percelen, ontstaan voor ondernemer volumevoordelen (massa).

- 4.14.3. Aanbesteder merkt uitdrukkelijk op dat het standpunt van ondernemer reeds aan de orde is geweest in een soortgelijke kwestie bij de rechtbank Den Haag, welke kwestie heeft geleid tot het vonnis van de voorzieningenrechter van 27 november 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:13949). In dit vonnis heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat de uitgevers niet zonder meer in staat zijn om het hoogste kortingspercentage aan te bieden. Aanbesteder verwijst verder naar rechtsoverweging 5.3.2 van deze uitspraak.
- 4.14.4. Ondernemer klaagt zich opnieuw over de sinds jaar en dag gebruikelijke gang van zaken met betrekking tot het publiceren van de consumentenprijzen. Zo stuurt uitgever M ieder jaar op 30 november een lijst rond aan distributeurs met daarin de consumentenprijzen zoals zij vanaf het daaropvolgend jaar zullen gelden. Deze lijst publiceert hij tevens ieder jaar in januari op zijn website. Ook uitgevers K en L publiceren sinds jaar en dag hun leermiddelencatalogus inclusief de daarbij behorende consumentenprijzen in januari. Van een professionele inschrijver – waaronder ondernemer – mag worden verwacht dat hij hiervan op de hoogte is, aldus aanbesteder.
- 4.14.5. Verder merkt aanbesteder op dat inschrijvers kortingspercentages dienen te offeren op basis van de volumeaantallen. Deze kortingspercentages staan daarbij gedurende de looptijd van de raamcontracten vast, ongeacht de hoogte van de consumentenprijs die heeft te gelden in het daaropvolgende jaar. De consumentenprijs is hierbij relevant maar dus niet alles bepalend.
- 4.14.6. Aanbesteder merkt op dat het uitgever M vrij staat wijzigingen aan te brengen in de gehanteerde consumentenprijzen. Dit blijkt ook uit de definitie van de consumentenprijs in de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor):

'De actuele prijs van het desbetreffende leermiddel, zoals vastgesteld en vervolgens gepubliceerd door de betreffende uitgever op zijn website.'
- 4.14.7. Blijkens de definitie is het dus zeer wel mogelijk dat er gedurende de aanbestedingsprocedure een wijziging wordt aangebracht in de gehanteerde consumentenprijzen. Dat de prijzen dus uiteindelijk naar boven toe zijn bijgesteld, is een recht dat M als uitgever toekomt. Bovendien dient ook uitgever M zich aan de door hem gehanteerde consumentenprijzen te conformeren op het moment dat hij inschrijft op de onderhavige aanbesteding. Aanbesteder meent dat zowel het naar boven bijstellen van de consumentenprijs als het recentelijk beschikbaar komen van deze informatie daarom geen probleem kunnen opleveren. Aanbesteder voegt daaraan toe dat dit een gang van zaken is die reeds sinds jaar en dag in de leermiddelenketen gebruikelijk is.

4.15. Klachtonderdeel 10

- 4.15.1. In klachtonderdeel 10 klaagt ondernemer dat aanbesteder specifieke lesmethodes uitvaart zonder de toevoeging "of gelijkwaardig".
- 4.15.2. Aanbesteder merkt uitdrukkelijk op dat ook dit standpunt van ondernemer reeds aan de orde is geweest in een aantal soortgelijke kwesties bij de rechtbank Den Haag, welke hebben geleid tot het vonnis van de voorzieningenrechter van 27 november 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:13949) en onder andere in het vonnis van de voorzieningenrechter rechtbank Zeeland-West-Brabant van 1 mei 2015 (ECLI:NL:RBZWB:2015:2951). In laatstgenoemd vonnis wordt uitgebreid stilgestaan bij het gunnen op lesmethode:

4.10. Bij de leermiddelen ontbreken de woorden "of gelijkwaardig" (i)

4.10.1. De Offerteaanvraag vermeldt op dit onderdeel:

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 in gebruik waren, Indirect werden op deze wijze de leermiddelen geduid 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 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.

Van Dijk heeft hierover de navolgende vraag gesteld:

21. U stelt dat volgens de Europese Commissie scholen het onderwerp van de overheidsopdracht mogen vaststellen door de enkele vermelding van de titel van een specifiek boek. U ziet, als uw stelling al juist zou zijn, over het hoofd dat enerzijds de Europese Commissie geen wetgever is en anderzijds de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. De Nederlandse wetgever verbiedt verwijzingen naar een specifiek merk en als het niet anders kan dient daaraan te worden toegevoegd 'of gelijkwaardig'.

Kunt u de stukken in overeenstemming brengen met de toepasselijke wetgeving?

4.10.2. Van Dijk stelt dat het aanbesteden op titels van boeken op grond van artikel 2.76 lid 5 en 6 Aw 2012 niet is toegestaan. Voor de leesbaarheid worden deze artikelen, alsmede artikel 2.75, hieronder geciteerd:

"Artikel 2.75

1. Een aanbestedende dienst neemt de door hem gestelde technische specificaties op in de aanbestedingsstukken.

2. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.

Artikel 2.76

5. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaalde fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, een merk, keurmerk of certificaat (...) een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

6. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het vijfde lid, opnemen in de technische specificaties indien:

(...)

b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden 'of gelijkwaardig'."

Volgens Van Dijk wordt de verwijzing naar specifieke leerboeken niet gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht. Als dat al wel het geval zou zijn, dient aan de boeken 'of gelijkwaardig' te worden toegevoegd.

4.10.3. De scholen verwijzen naar (en citeren uit) hoofdstuk 6 van de memorie van antwoord bij de wet waarbij de gratis schoolboeken zijn ingevoerd (Eerste Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 325, C). De (toenmalige) staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap heeft in deze memorie onder andere het volgende geschreven:

"Onlangs heeft de Commissie mij het volgende laten weten:

- de Commissie is van mening dat scholen boektitels mogen specificeren (met ISBN-nummer) bij de aanbesteding van schoolboeken, zonder daaraan toe te hoeven voegen 'of gelijkwaardig'."

Ook wordt verwezen naar een in die memorie van antwoord genoemde second opinion van mr. E.H. Pijnacker Hordijk die op hetzelfde neerkomt.

4.10.4. De voorzieningenrechter herhaalt dat in de Aanbestedingswet 2012 onder andere Richtlijn 2004/18/EG is geïmplementeerd. Het begrip 'technische specificaties' is in Bijlage VI bij die Richtlijn zeer ruim omschreven. Het opnemen van specifieke boektitels in het programma van eisen kan dan ook worden aangemerkt als het noemen van technische specificaties. Bij (digitale) boeken gaat het om de inhoud van het boek. Die inhoud is geschreven door een of meerdere auteurs die beschermd worden door het auteursrecht. Vanwege de specifieke en door auteursrecht beschermde inhoud van het boek is het gerechtvaardigd te verwijzen naar specifieke boektitels. Het op dat boek rustende auteursrecht brengt met zich dat niet goed denkbaar is dat een 'gelijkwaardig' boek kan worden aangeboden zonder schending van het auteursrecht van het gewenste boek. Uit een oogpunt van teengaan van ongerechtvaardigde belemmeringen in de mededinging zoals genoemd in artikel 2.75 lid 2 Aw 2012 is de vermelding 'of gelijkwaardig' ook niet nodig. Er is immers al mededinging, namelijk de markt voor het leveren van boeken. Zou dit anders zijn, dan zouden niet alleen scholen maar ook rijksoverheden, provinciale overheden en lokale overheden bij een aanbesteding van boeken in voorkomend geval genoeg moeten nemen met alternatieve boeken in plaats van de gewenste boeken. Een dergelijk ongerijmd resultaat kan nimmer bedoeld zijn. Het toch vereisen van de melding 'of gelijkwaardig' dient geen redelijk doel omdat dit bij voorbaat neerkomt op het schrijven van een zinloze formaliteit. Die eis hoeft bij de levering van (digitale) boeken dan ook niet te worden gesteld. De voorzieningenrechter komt op basis van de Aw 2012 tot dezelfde conclusie als het directoraat-generaal Interne Markt van de Europese Commissie, hiervoor geciteerd in de genoemde memorie van antwoord. Op dit onderdeel hebben de scholen dus niet onrechtmatig gehandeld.'

- 4.15.3. Een gevolg van het voorgaande is dat niet kan worden ontkend dat uitgevers en distributeurs in de aanbesteding van lesmethodes een verschillende uitgangspositie hebben. Het is niet aan aanbesteder deze verschillende uitgangsposities weg te nemen. Het is aan aanbesteder de verplichting om uit hoofde van het non-discriminatiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel om een gelijk speelveld te creëren voor potentiële inschrijvers, zodat deze in gelijke mate in staat zijn om een concurrerende inschrijving te doen.
- 4.15.4. De aanbestedende dienst verwijst verder naar de meermaals aangehaalde uitspraak van de rechtbank Den Haag van 27 november 2018, (ECLI:NL:RBDHA:2018:13949), r.o. 5.3:

‘In het kader van die beoordeling stelt de voorzieningenrechter voorop dat de keuze voor een bepaalde lesmethode wordt gemaakt door de desbetreffende vaksecties binnen de onderwijsinstellingen. Hierin zijn de onderwijsinstellingen vrij. De schoolbesturen besteden deze leermiddelen vervolgens aan. Feit is dat een lesmethode wordt geproduceerd door één specifieke uitgever en iedere lesmethode heeft een specifieke naam en ISB-nummer. In afwijking van de hoofdregels van het aanbestedingsrecht mogen deze namen en nummers uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten worden genoemd. Achtergrond hiervan is dat anders wellicht genoeg genomen zou moeten worden met alternatieve leermiddelen in plaats van de gewenste, hetgeen begrijpelijkerwijs onwenselijk is. Een gevolg van het voorgaande is dat niet kan worden ontkend dat uitgevers en distributeurs in de aanbesteding van lesmethodes een verschillende uitgangspositie hebben. Dit verschil is echter rechtstreeks terug te voeren op het feit dat – hetgeen blijkt uit het voorgaande als zodanig toelaatbaar is – per lesmethode wordt ingekocht. Zoals Carmel en de uitgevers terecht hebben opgemerkt, is het niet – zoals TLN en Iddink lijken te betogen – aan Carmel als aanbestedende dienst om dit verschil in uitgangspositie weg te nemen en de distributeurs in een gelijke, lees: betere positie te brengen. Op Carmel rust uit hoofde van het non-discriminatiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel als aanbestedende dienst een verplichting om een gelijk speelveld te creëren voor potentiële inschrijvers, zodat deze in gelijke mate in staat zijn om een concurrerende inschrijving te doen. Beoordeeld dient te worden of Carmel met de door haar in de aanbestedingsstukken beschreven beoordelings- en gunningssystematiek in voldoende mate aan die verplichting heeft voldaan.’

5. Aanvullende informatie

- 5.1. Op 16 december 2020 heeft aanbesteder nog een aanvullende reactie op de klacht ingediend. Kort gezegd, voert aanbesteder aan dat een specifieke aanbestedingsprocedure van aanbestedende dienst X grote gelijkenissen vertoont met de onderhavige aanbestedingsprocedure, ondernemer in het kader van die aanbesteding geen klacht heeft ingediend, op die aanbestedingsprocedure heeft ingeschreven en ook enkele percelen gegund heeft gekregen. Aanbesteder vindt het onbegrijpelijk dat ondernemer in de ene aanbestedingsprocedure wel bezwaar maakt tegen bepaalde zaken en in de andere niet. Dat betreft de klachtonderdelen 2, 3, 4, 8, 9 en 10. Naar aanleiding daarvan is aanbesteder nog meer van mening dat deze klachtonderdelen ongegrond moeten worden verklaard.
- 5.2. Ondernemer reageert daarop als volgt. Ondernemer ziet niet in hoe zijn vermeende gedrag in het kader van een andere aanbestedingsprocedure relevant zou zijn voor de rechtsbescherming in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure. Zelfs als het juist zou zijn dat ondernemer in die andere aanbestedingsprocedure niet heeft geklaagd over daadwerkelijk vergelijkbare voorwaarden, dan leidt dat nog niet tot rechtsverwerking jegens aanbesteder (ondernemer wijst op HR 29

september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827, NJ 1996/89). Er doen zich hier geen omstandigheden voor als gevolg waarvan ondernemer bij aanbesteder het gerechtvaardigde vertrouwen zou hebben gewekt dat ondernemer niet zou klagen over de onderhavige aanbestedingsprocedure. Ook wordt de positie van aanbesteder door de onderhavige klachten niet onredelijk benadeeld of verzaamd. Voor zover aanbesteder zou menen dat een inschrijver tot in lengte der dagen niet meer zou mogen klagen over (vermeend) vergelijkbare aanbestedingsvoorwaarden als hij dat in het verleden één keer niet heeft gedaan, dan vindt dat geen steun in het recht. Die stelling zou voor de praktijk onwerkbaar zijn (want tot oeverloze discussies over vergelijkbaarheid leiden) en te ver gaan, omdat het zou dwingen om zekerheidshalve actief klachten op te werpen in elke aanbestedingsprocedure waarin belangstelling is getoond. Voor de onderhavige klachtprocedures is enkel relevant wat de inhoud is van de onderhavige aanbestedingsstukken van aanbesteder en welke bezwaren ondernemer daartegen heeft. Overigens heeft ondernemer bij de aanbestedingsprocedure van aanbestedende dienst X ook diverse kritische vragen gesteld.

- 5.3. Verder bestaan er volgens ondernemer relevante verschillen tussen de twee aanbestedingsprocedures, die de andere koers van ondernemer in beide aanbestedingsprocedures verklaart. Als voorbeeld noemt ondernemer dat de aanbestedingsprocedure van aanbestedende dienst X drie percelen met LIFO-leermiddelen bevatte (percelen 1-3). Elk perceel bestond uit leermiddelen van een bepaalde uitgever. De percelen waren niet ieder weer opgedeeld in sub-percelen per lesmethode. Verder was de definitie van het LIFO-concept significant ruimer dan bij de onderhavige aanbestedingsprocedure. Hierdoor konden versies van lesmethoden veel eenvoudiger onder het LIFO-concept worden geschaard. Bovendien was de omvang van het perceel voor de niet-LIFO leermiddelen bij de aanbestedingsprocedure van aanbestedende dienst X naar verwachting circa vijf keer zo groot als bij de onderhavige aanbestedingsprocedure (perceel 4). Deze verschillen maken verschil voor de bedrijfseconomische analyse en mogelijkheden van ondernemer.
- 5.4. Aanbestedende dienst X was bovendien een bestaande klant van ondernemer (in tegenstelling tot aanbesteder). Mede hierdoor heeft ondernemer destijds de strategische keuze gemaakt om zeer scherp in te schrijven op de LIFO-percelen (op ongeveer de verwachte inkoopprijs), met als doel om alle percelen te winnen en zo te trachten kostsynergiën te behalen. Die strategie heeft in dit specifieke geval tot winst geleid op drie van de vier percelen. Perceel 3, met de leermiddelen van uitgever M, is zoals bij op uitgevers toegesneden percelen in de lijn der verwachting ligt, aan die uitgever gegund. Dat ondernemer bij wijze van uitzondering een voor enkele percelen winnende strategie kon inzetten, kan niet los worden gezien van de gehele, specifieke context van die aanbestedingsprocedure. Wat ondernemer betreft, onderschrijft de situatie bij aanbestedende dienst X dat een samenstel van aspecten doorslaggevend is voor het wel of niet bestaan van een reële kans op mededinging. Mede op basis van de ervaring die ondernemer heeft opgedaan bij aanbestedende dienst X heeft hij geconstateerd dat de onderhavige aanbestedingsprocedure elke reële mededinging onmogelijk maakt en ervoor gekozen om daarover een klacht in te dienen.

6. Beoordeling

- 6.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 30 september 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst per (sub)perceel met één ondernemer voor de levering van leermiddelen en onderwijsdiensten en distributie van leermiddelen aan een scholengroep. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van

toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (1^e herziene versie die op 1 juli 2016 in werking is getreden).

6.2. Aanbesteder ontleent een argument aan het feit dat ondernemer in een soortgelijke aanbestedingsprocedure van een andere aanbestedende dienst geen klacht heeft ingediend. Aanbesteder is daardoor nog meer van mening dat klachtonderdelen 2, 3, 4, 8, 9 en 10 ongegrond moeten worden verklaard (zie 5.1 hiervoor). Dat ondernemer in het kader van een andere aanbestedingsprocedure geen klacht heeft ingediend of een gerechtelijke procedure is gestart, is voor de Commissie voor de beoordeling van de onderhavige klacht echter niet relevant. De Commissie zal hierna per klachtonderdeel beoordelen of aanbesteder in strijd met het aanbestedingsrecht handelt.

6.3. Klachtonderdeel 1

6.3.1. Klachtonderdeel 1 betreft de lesmethoden van perceel A volgens het Licentie-Folioconcept (LIFO). Ondernemer stelt dat aanbesteder in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie handelt, de mededinging kunstmatig beperkt in de zin van artikel 1.10a Aw 2012 en onvoldoende een gelijk speelveld creëert, doordat ten tijde van de inschrijving niet vaststaat of een lesmethode van een uitgever al dan niet voldoet aan de voorwaarden van het LIFO-concept van perceel A en aanbesteder de mogelijkheid openlaat dat de uitgevers een product aanbieden dat anderen niet kunnen aanbieden.

6.3.2. In de Offerteaanvraag is de volgende definitie opgenomen van het LIFO- concept (zie 1.2 hiervoor):

‘Het Licentie-Folioconcept (LIFO) bestaat op de eerste plaats altijd uit de digitale licentie met de mogelijkheid om van deze licentie de gewenste niveaus te gebruiken van de betreffende lesmethode. Met niveau wordt bedoeld zowel onderwijssoort (VMBO, Havo en VWO) als leerjaar. Daarnaast kan opdrachtgever, afhankelijk van de wens van de docent en de leerling, er ook voor kiezen de folio verschijningsvormen van de lesmethode af te nemen, waarbij dit folio materiaal verbruiksmateriaal is en dus bestemd is voor éénjarig gebruik. Van de betreffende lesmethode dient de meest actuele versie/druk aangeboden te worden. Een lesmethode in het LIFO-concept heeft een ISBN, waarmee herkenbaar is dat sprake is van een lesmethode in LIFO-concept. Onderdeel van het LIFO-concept zijn onderwijsdiensten die toezien op ondersteuning bij het gebruik en arrangeren van de content van de lesmethode.’

6.3.3. Uit de definities van lesmethoden en leermiddelen blijkt dat het lesmethoden en leermiddelen moet betreffen die op de commerciële markt worden aangeboden (zie de definities in de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). De Commissie leidt hieruit af dat het de uitgevers niet is toegestaan een (variant op een) lesmethode of leermiddel aan te bieden dat niet verkrijgbaar is voor andere ondernemers.

6.3.4. In paragrafen 1.3, 2.2.1, 6.1.A, 6.3.A, 6.4.A, 6.5.A, 6.6.A van de Offerteaanvraag is Perceel A omschreven en zijn de in dat kader gestelde eisen bepaald (zie 1.2 hiervoor). In de antwoorden op vragen 9, 30 en 41 van de eerste Nota van Inlichtingen en op vragen 128, 129 en 139 en 140, 141, 142 van de tweede Nota van Inlichtingen wordt daar ook op ingegaan (zie 1.4.4, 1.4.7, 1.4.8, 1.7.1, 1.7.2, 1.7.6-1.7.9 hiervoor).

6.3.5. Aanbesteder heeft bevestigd dat uit navraag bij de uitgevers is gebleken dat de lesmethodes van perceel A vanaf schooljaar 2021/2022 beschikbaar zijn in LIFO-concept en aan alle vereiste kenmerken zullen voldoen (zie het antwoord op vragen 30 en 41 van de eerste Nota van Inlichtingen en het antwoord op de vragen 140

en 142 van de tweede Nota van Inlichtingen in 1.4.7, 1.4.8, 1.7.7 en 1.7.9 hiervoor).

- 6.3.6. Op basis hiervan mogen alle inschrijvers ervan uitgaan dat de lesmethoden van perceel A vanaf schooljaar 2021/2022 zullen voldoen aan alle vereiste kenmerken van het LIFO-concept van aanbesteder. Naar het oordeel van de Commissie staat daarmee ten tijde van de inschrijving vast dat de lesmethoden van perceel A zullen voldoen aan de voorwaarden van het LIFO-concept van perceel A. Klachtonderdeel 1 gaat er dus ten onrechte vanuit dat dat op het moment van inschrijving onzeker is.
- 6.3.7. Indien bij het aangaan van de overeenkomst blijkt dat een lesmethode toch niet voldoet aan de vereiste kenmerken van het LIFO-concept van aanbesteder, zal deze lesmethode geen deel uitmaken van perceel A, maar van perceel B. Dat betreft een wijziging van voornoemd uitgangspunt in deze aanbestedingsprocedure.
- 6.3.8. Aanbesteder heeft in de reactie op de klacht aangegeven dat een inschrijver bij een verschuiving van een lesmethode van perceel A naar perceel B niet een contractuele boete verschuldigd zal zijn (zie 4.5.4 hiervoor).
- 6.3.9. De Commissie acht klachtonderdeel 1 dan ook ongegrond.

6.4. Klachtonderdeel 2

- 6.4.1. Klachtonderdeel 2 betreft de mogelijkheid van aanbesteder om het gebruik van de lesmethoden van de LIFO-producten van de subpercelen van perceel A te beperken tot één jaar. Volgens ondernemer is dat voor de meeste subpercelen in strijd met het proportionaliteitsbeginsel omdat de uitgevers deze producten alleen meerjarig aanbieden. Daarmee heeft aanbesteder onvoldoende gezorgd voor een gelijk speelveld voor de distributeurs en de uitgevers.
- 6.4.2. De Commissie zal allereerst onderzoeken of ondernemer klachtonderdeel 2 tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht.
- 6.4.3. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
- 6.4.4. Aanbesteder heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 3.1.6 van de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor). Hierin is de verplichting voor ondernemer opgenomen om tegenstrijdigheden of onvolkomenheden met betrekking tot de offerteaanvraag zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk de laatste dag dat vragen gesteld kunnen worden, schriftelijk kenbaar te maken aan aanbesteder. Aanbesteder heeft daaraan toegevoegd dat op niet-gesignaleerde onvolkomenheden of tegenstrijdigheden in een later stadium geen beroep meer kan worden gedaan.
- 6.4.5. In vraag 21 in de eerste Nota van Inlichtingen van 22 oktober 2020 is al duidelijk gemaakt dat de voorwaarde dat aanbesteder gedurende de looptijd kan kiezen voor een andere lesmethode problematisch is voor andere partijen dan de uitgever van de methode (zie 1.4.5 hiervoor). Ook in de tweede Nota van Inlichtingen van 4 november 2020 zijn over de meerjarige afnameverplichtingen bij de uitgevers en de mogelijkheid voor aanbesteder om voor een andere lesmethode te kiezen

diverse (ook kritische) vragen gesteld (vragen 136, 137, 138 en 141 in 1.7.3-1.7.5 en 1.7.8 hiervoor). Vragen 136 en 141 zijn gesteld door ondernemer (zie 3.2.3 hiervoor). Vervolgens heeft ondernemer hierover op 5 november 2020 een klacht bij de Commissie ingediend (zie 1.8 hiervoor). Nadat de Commissie op 12 november 2020 heeft laten weten dit deel van de klacht niet behandeling te nemen, omdat ondernemer hierover niet eerder een klacht bij aanbesteder had ingediend (zie 1.9 hiervoor), heeft ondernemer hierover op 13 november 2020 – en daarmee nog vóór inschrijving – alsnog een klacht bij aanbesteder ingediend (zie 1.10 hiervoor).

6.4.6. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer daarmee voormelde verplichting nageleefd. Niet is vereist dat alle kritische vragen tijdens de aanbestedingsprocedure door ondernemer zelf zijn ingediend (vgl. Advies 444, overweging 5.4.5 en Advies 396, overweging 5.5).

6.4.7. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 2. De Commissie geeft hierna eerst het toetsingskader weer.

6.4.8. Artikel 1.10, lid 1 en lid 2, sub h, Aw 2012 luidt, voor zover relevant, als volgt:

‘1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...), voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

(...)

h. de voorwaarden van de overeenkomst.’

6.4.9. Krachtens het vierde lid van voornoemd artikel dient een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.

6.4.10. Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit luidt als volgt:

‘De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.’

6.4.11. Zoals de Commissie eerder heeft overwogen in haar Adviezen 40, 41, 331 en 404, gaat zij ervan uit dat met het begrip “risico” in Voorschrift 3.9 A wordt bedoeld: het risico dat zich een gebeurtenis voordoet die tot schade leidt.

6.4.12. In de Gids Proportionaliteit is in de toelichting bij Voorschrift 3.9 A bepaald:

‘▪ Waar horen de verschillende risico's die in een opdracht besloten zitten, te liggen? Alloceer het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen en/of beïnvloeden, hetzij de aanbestedende dienst hetzij de inschrijver. Bij de risicoafweging moeten de volgende aspecten worden betrokken:

- de kans dat een risico zich verwezenlijkt en

- de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt.

Het bij een inschrijver neerleggen van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet alsmede van een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen is eerder disproportioneel dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten.

▪ Is het risico voor een van beide partijen in redelijkheid/onder reële voorwaarden verzekeraar (let op: Een veel gehoorde misvatting is dat alles verzekeraar is. Dit is niet het geval. Daarbij moet worden bedacht dat indien er een verzekering op de markt beschikbaar is, niet altijd betekent dat ook alle risico's onder die

verzekering gedekt zijn. Met name garantieverplichtingen, boetes of vrijwaringen zijn in de regel onverzekerbaar.)'

- 6.4.13. De Commissie zal nu overgaan tot de inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 2.
- 6.4.14. De Commissie heeft in het kader van de behandeling van klachtonderdeel 1 (zie 6.3.5 hiervoor) geconstateerd dat aanbesteder heeft bevestigd dat uit navraag bij de uitgevers is gebleken dat de lesmethodes van perceel A vanaf schooljaar 2021/2022 beschikbaar zijn in LIFO-concept en aan alle vereiste kenmerken zullen voldoen (zie het antwoord op vragen 30 en 41 van de eerste Nota van Inlichtingen en het antwoord op de vragen 140 en 142 van de tweede Nota van Inlichtingen in 1.4.7, 1.4.8, 1.7.7 en 1.7.9 hiervoor). Deze bevestiging lijkt echter niet te zien op de mogelijkheid van aanbesteder om het gebruik van de lesmethoden van de LIFO-producten van de subpercelen van perceel A te beperken tot één jaar. Dit aspect is niet opgenomen bij de kenmerken van het LIFO-concept in vragen 9 en 41 in de eerste Nota van Inlichtingen (zie 1.4.4 en 1.4.8 hiervoor) en aanbesteder geeft in het antwoord op vraag 136 aan dat dat nadrukkelijk geen kenmerk van het LIFO-concept is (zie 1.7.3 hiervoor). Ook in het antwoord op vraag 141 verwijst aanbesteder voor de kenmerken van het LIFO-concept naar de definitie in de offerteaanvraag en de vragen 9 en 41 in de eerste Nota van Inlichtingen (zie 1.7.8 hiervoor).
- 6.4.15. Het is dus niet uitgesloten dat een uitgever de meerjarige afnameverplichting handhaaft. Indien ondernemer perceel A gegund krijgt, is het voor hem vervolgens een risico dat aanbesteder na een jaar voor een andere lesmethode kiest. Voor ondernemer is het dan een risico dat de desbetreffende uitgever de dringende oproep van aanbesteder om ondernemer niet te houden aan de contractduur (zie de reactie op de bij aanbesteder ingediende klacht in 1.11 hiervoor) naast zich neerlegt. Ondernemer moet deze lesmethode dan gedurende de contractduur aan de uitgever doorbetalen, terwijl hij daarvoor van aanbesteder geen vergoeding meer krijgt.
- 6.4.16. Dit betreft een risico dat aanbesteder het best kan beheersen. Het is immers aanbesteder die beslist of er op een andere lesmethode wordt overgestapt.
- 6.4.17. Dat het niet vaak zal voorkomen dat aanbesteder na een jaar voor een andere lesmethode kiest, zoals aanbesteder in de reactie op de bij hem en bij de Commissie ingediende klacht aanvoert (zie 1.11 en 4.6.4 hiervoor), is geen valide argument om dit risico nagenoeg geheel bij ondernemer te leggen. Indien deze situatie zich onverhoopt voordoet, ligt het risico op basis van de onderhavige voorwaarden immers nagenoeg geheel bij ondernemer. Ook overigens kan met hetzelfde argument worden betoogd dat het dan in de rede ligt dat aanbesteder dit risico zelf draagt (vgl. Advies 426-I, overweging 5.7.12). Zeker nu aanbesteder dit risico het beste kan beheersen. Dat ook aanbesteder in zo'n geval financieel nadeel ondervindt omdat hij alsnog een deel van het kortingspercentage per ontbrekend jaar aan de opdrachtnemer zal vergoeden (zie paragraaf 6.6.A, minimumeis 1 onder 6 en de reactie op de bij hem ingediende klacht van 20 november 2020 in 1.2 en 1.11 hiervoor), doet hier niet aan af.
- 6.4.18. Naar het oordeel van de Commissie is aanbesteder afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit en heeft aanbesteder deze afwijking onvoldoende gemotiveerd.
- 6.4.19. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 gegrond.

6.5. Klachtonderdeel 3A

- 6.5.1. In klachtonderdeel 3A klaagt ondernemer dat de door aanbesteder gehanteerde definitie van een 'gebruiksrecht' niet transparant is en dat het daardoor niet mogelijk is dat gebruik juridisch te regelen en af te prijzen.
- 6.5.2. In de Offerteaanvraag is de term 'gebruiksrecht' als volgt gedefinieerd (zie 1.2 hiervoor):
- 'Het zakelijke recht voor opdrachtgever om gedurende het volledige schooljaar, leermiddelen die niet in het eigendom van opdrachtgever vallen, te gebruiken.'
- 6.5.3. Voor percelen A en B dient de opdrachtnemer het gebruiksrecht aan te bieden (als digitale licentie voor het digitale lesmateriaal en/of als abonnement voor de lesboeken).
- 6.5.4. Naar het oordeel van de Commissie had aanbesteder het gebruiksrecht duidelijker kunnen omschrijven, maar is voldoende transparant dat aanbesteder met het gebruiksrecht heeft beoogd dat de leerlingen en docenten het lesmateriaal kunnen gebruiken gedurende de tijd dat aanbesteder dat afneemt. Voor zover aanbesteder de concrete voorwaarden voor het gebruiksrecht niet heeft ingevuld, zoals een juridische regeling voor een storing bij het digitale lesmateriaal, geeft dat ruimte voor de inschrijvers. De Commissie kan zich voorstellen dat aanbesteder heeft willen aansluiten bij de voorwaarden die uitgevers en distributeurs voor het gebruik van het lesmateriaal hanteren. Op deze wijze kunnen alle potentiële inschrijvers inschrijven. Het is mogelijk ook niet proportioneel als elke aanbestedende dienst andere voorwaarden eist. In dat kader lijkt ondernemer ook onvoldoende belang bij deze klacht te hebben.
- 6.5.5. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 3A ongegrond.

6.6. Klachtonderdeel 3B

- 6.6.1. In klachtonderdeel 3B klaagt ondernemer dat het onvoldoende transparant is op welk moment wordt bepaald wat de 'actuele' consumentenprijs is van een leermiddel, terwijl dat relevant is voor de korting die de opdrachtnemer aan aanbesteder moet bieden.
- 6.6.2. De Commissie constateert dat ondernemer in het kader van dit klachtonderdeel niet klaagt dat de inschrijvers een kortingspercentage op de consumentenprijs moeten offrenen. De Commissie begrijpt klachtonderdeel 3B als volgt. Ondernemer klaagt dat het na gunning niet duidelijk is wat de peildatum is voor de actuele consumentenprijs, waarover het kortingspercentage wordt berekend.
- 6.6.3. De Commissie constateert dat aanbesteder geen duidelijkheid heeft gegeven over het peilmoment van de actuele consumentenprijs, ook niet naar aanleiding van de onderhavige klacht (zie de klachtbrief van 12 oktober 2020, klacht 1 onder F en klachtonderdeel 3B in 1.3 en 3.4 hiervoor).
- 6.6.4. Het ligt echter zo voor de hand dat het kortingspercentage zal worden berekend over de actuele consumentenprijs die een uitgever in rekening brengt dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de aanbestedingsdocumenten naar het oordeel van de Commissie in die zin zullen uitleggen. Dat betekent dat het peilmoment voor de actuele consumentenprijs het moment van bestellen bij de uitgever door aanbesteder of zijn opdrachtnemer zal zijn. Bij een ander peilmoment in combinatie met een wijziging in de consumentenprijs kunnen er immers

onbedoelde voordelige of nadelige gevolgen voor aanbesteder of de opdrachtnemer ontstaan.

6.6.5. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 3B ongegrond.

6.7. Klachtonderdeel 4

6.7.1. Klachtonderdeel 4 ziet op perceel C. Aanbesteder heeft in paragraaf 1.3 van de Offerteaanvraag bepaald perceel C op grond van artikel 2.19, derde lid Aw 2012 onderhands te willen aanbesteden (zie 1.2 hiervoor). Ondernemer klaagt dat onvoldoende transparant is waar perceel C uit bestaat en hoe dat zal worden aanbesteed. Tevens klaagt ondernemer dat aanbesteder ten onrechte heeft nagelaten – in reactie op de klacht c.q. het verzoek van ondernemer – op grond van artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 de motivering te geven voor zijn keuze voor (i) de wijze waarop aanbesteder voornemens is de overeenkomst voor perceel C tot stand te brengen, alsmede van zijn keuze voor (ii) de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de onderhandse aanbestedingsprocedure voor perceel C.

6.7.2. In artikel 2.19 Aw 2012 is bepaald:

‘1. Indien een voorgenomen verkrijging van homogene leveringen kan leiden tot overheidsopdrachten die in afzonderlijke percelen worden geplaatst, neemt de aanbestedende dienst de geraamde totale waarde van deze percelen als grondslag voor de raming.

2 Indien de samengestelde waarde van de percelen, bedoeld in het eerste lid, gelijk is aan of groter is dan het in de artikelen 2.2 of 2.3 bedoelde bedrag, is het bij of krachtens deel 2 van deze wet bepaalde van toepassing op de plaatsing van elk perceel.

3 Het tweede lid is niet van toepassing op percelen waarvan de geraamde waarde niet meer bedraagt dan € 80 000, exclusief omzetbelasting, mits de totale geraamde waarde van die percelen gezamenlijk niet meer bedraagt dan 20% van de totale waarde van alle percelen.’

6.7.3. In artikel 2.18 Aw 2012 is een soortgelijke regeling voor diensten opgenomen.

6.7.4. In paragraaf 1.3 van de Offerteaanvraag heeft aanbesteder bepaald (zie 1.2 hiervoor):

‘Perceel C

Het derde perceel, perceel C, bedraagt niet meer dan € 80.000,- en zal op grond van artikel 2.19, derde lid Aw 2012, geen onderdeel uitmaken van deze Europese openbare aanbestedingsprocedure.’

6.7.5. In de reactie op de bij hem en bij de Commissie ingediende klacht heeft aanbesteder aangegeven dat hij met perceel C de mogelijkheid wil openhouden om te anticiperen op ontwikkelingen binnen de leermiddelenmarkt die thans nog niet bekend zijn (zie 1.5 en 4.9.1 hiervoor).

6.7.6. Naar het oordeel van de Commissie zijn de aard en omvang van perceel C onvoldoende concreet in de aanbestedingsstukken omschreven om een beroep op artikel 2.19, lid 3, Aw 2012 te kunnen doen (vgl. Advies 392, overweging 5.7.3). Het komt de Commissie bovendien voor dat het niet noodzakelijkerwijs gaat om extra leveringen naast perceel A en B, maar dat opdrachten uit perceel C ook ten koste kunnen gaan van de leveringen uit perceel A of B. Ten slotte is ten tijde van de onderhavige aanbestedingsprocedure ook nog onzeker of deze opdrachten zich in de toekomst zullen voordoen.

- 6.7.7. Voor zover ondernemer heeft geklaagd dat aanbesteder ten onrechte een beroep doet op artikel 2.19, lid 3, Aw 2012 acht de Commissie klachtonderdeel 4 dan ook gegrond.
- 6.7.8. Zolang aanbesteder de desbetreffende opdrachten niet in de markt zet, is artikel 1.4 Aw 2012 niet aan de orde. Voor zover ondernemer klaagt dat aanbesteder in dit kader in strijd handelt met artikel 1.4 Aw 2012 acht de Commissie klachtonderdeel 4 ongegrond.
- 6.7.9. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. De Commissie heeft er begrip voor dat aanbesteder wil kunnen inspelen op toekomstige ontwikkelingen. In dat kader kan aanbesteder in de aanbestedingsstukken bepalen dat hij in beperkte, duidelijk omschreven, mate de vrijheid wil behouden om over te stappen op andere lesmethoden, buiten de percelen A en B. Daarmee maakt aanbesteder duidelijk dat deze opdrachten buiten percelen A en B kunnen worden vergund. Aanbesteder zal in dat kader echter geen beroep kunnen doen op de percelenregeling van artikel 2.19, lid 3, Aw 2012 en zal bij de opdrachtverlening de dan toepasselijke aanbestedingsregelgeving in acht moeten nemen.
- 6.8. Klachtonderdeel 5
- 6.8.1. Klachtonderdeel 5 ziet op de plafondprijs van € 25 per leerling per jaar (incl. btw) voor de handling en distributie in perceel B. Volgens ondernemer is dat plafondbedrag onredelijk laag en disproportioneel. In dat kader acht ondernemer het ook niet proportioneel dat het risico van een restvoorraad volledig bij de opdrachtnemer wordt gelegd. Tevens heeft aanbesteder een minimumprijs van € 1 gesteld. Volgens ondernemer zou een dergelijke prijs evident onredelijk laag zijn en leiden tot manipulatie van de gunningssystematiek.
- 6.8.2. Ondernemer heeft in dit kader – samengevat – het volgende aangevoerd.
- 6.8.3. De desbetreffende handling en distributie bestaat allereerst uit het leermiddelenproces zoals dat is beschreven in paragraaf 2.3 van de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor). In paragraaf 6.5.B, eis 1, nr. 6 Offerteaanvraag wordt van die activiteiten genoemd (zie 1.2 hiervoor):
- perceel A: de folio leermiddelen (leveren op huisadres, geen inname); en
 - perceel B: de distributie van folio leermiddelen (o.a. leveren op huisadres, inname en controle van huurboeken en boeken van abonnementen); en
 - perceel A en B: de digitale leermiddelen (leveren en beschikbaar per leerling in digitale leeromgeving die de school aanwijst).
- 6.8.4. In het bedrag voor de handling en distributie moet ook het risico zijn verdisconteerd dat er een restvoorraad overblijft als gevolg van minder daadwerkelijke bestellingen dan de geprognosticeerde bulkbestelling (zie het antwoord op vraag 162 in 1.7.10 hiervoor). Aanbesteder heeft geweigerd om te garanderen dat dit verschil tot 2% beperkt blijft (zie het antwoord op vraag 163 in 1.7.11 hiervoor). Deze risico-toedeling acht ondernemer disproportioneel: de prognose wordt door aanbesteder opgesteld (zie paragraaf 2.3 van de Offerteaanvraag), zodat aanbesteder en niet de opdrachtnemer van perceel B dit risico het beste kan beheersen c.q. beïnvloeden (ondernemer wijst op voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit, zie 3.6.4 hiervoor).
- 6.8.5. In het licht van alle werkzaamheden die onder de handling en distributie vallen, stelt ondernemer zich op het standpunt dat het plafondbedrag onredelijk laag en disproportioneel is (zie 3.6.5 hiervoor). Dat geldt volgens ondernemer te meer aangezien het voor de leermiddelen uit perceel A gaat om het binnen een korte periode samenstellen en verzenden van circa 10.000 pakketten. Die logistiek is

naar haar aard kostbaar. Een bedrag van € 25 incl. btw komt neer op een bedrag van € 20,66 (excl. btw) als vergoeding. De verzendkosten van elk pakket bedragen gemiddeld circa € 6,50, zodat er € 14 overblijft voor de opdrachtnemer ter vergoeding van alle administratieve diensten en de fysieke werkzaamheden. Dat is onredelijk weinig en niet marktconform. Bovendien heeft de opdrachtnemer van perceel B, als hij niet ook de LIFO-leermiddelen van perceel A kan leveren, geen dekking van kosten vanuit de inkoopmarge ten aanzien van die LIFO-leermiddelen. Een maximum maakt het derhalve onmogelijk een tekort aan dekking te compenseren. Dat geldt alleen niet voor de uitgevers, omdat die deze dekking in de consumentenprijs kunnen verdisconteren.

- 6.8.6. Volgens aanbesteder zullen de handlingsdiensten voor de opdrachtnemer voor perceel B naar verwachting beperkt zijn (zie de reactie op bij hem en bij de Commissie indiende klacht in 1.5 en 4.10.2 hiervoor). Hij stelt dat de levering (huur en koop) van folio leermiddelen naar verwachting maar in beperkte mate aan de orde zijn (zie paragraaf 2.2 van de Offerteaanvraag in 1.2 en 4.10.2 hiervoor). Aan die verwachtingen kunnen inschrijvers echter geen recht ontlenen. Ondernemer voert in dit kader aan dat het voor de handlingskosten relatief weinig uitmaakt of per leerling 5 of 10 leermiddelen in een pakket moeten worden verwerkt. De organisatie en administratie per leerling blijft min of meer gelijk, net zoals de verpakkingskosten, de verzendkosten en de eventuele retourkosten. Om het risico in verband met die grote onzekerheid in te kunnen prijzen, vindt ondernemer het plafondbedrag van € 25 veel te laag (zie 3.6.6 hiervoor).
- 6.8.7. Aanbesteder heeft in dit kader – samengevat – het volgende aangevoerd.
- 6.8.8. De opdrachtnemer van perceel B moet ook de digitale licenties die onderdeel uitmaken van een lesmethode in het LIFO-concept van perceel A koppelen aan de individuele leerling. Die werkzaamheden zijn naar de mening van aanbesteder van onvoldoende waarde om de maximumprijs voor de handlingsdiensten te verhogen (zie 4.10.2 hiervoor).
- 6.8.9. Naar aanleiding van een klacht van ondernemer heeft aanbesteder reeds eerder besloten af te zien van een vast huurpercentage (ad 25%). Dientengevolge is paragraaf 6.5.B van de offerteaanvraag aldus gewijzigd, dat het voor inschrijvers mogelijk is om een huurpercentage (inclusief verhuurrecht) van de consumentenprijs te offreren. Dit betekent dat aanbesteder het mogelijk maakt voor inschrijvers om een eventueel 'tekort' aan marge bij het offreren van de prijs voor handlingsdiensten te verdisconteren in het huurpercentage. Volgens aanbesteder is ondernemer overigens de enige die het maximumbedrag voor de handlingskosten (na aanpassing) disproportioneel laag acht (zie 4.10.3 hiervoor).
- 6.8.10. Volgens aanbesteder zullen de handlingsdiensten voor de opdrachtnemer voor perceel B naar verwachting beperkt zijn (zie de reactie op bij hem en bij de Commissie indiende klacht in 1.5 en 4.10.2 hiervoor). Hij stelt dat de levering (huur en koop) van folio leermiddelen naar verwachting maar in beperkte mate aan de orde zijn (zie paragraaf 2.2 van de Offerteaanvraag in 1.2 en 4.10.2 hiervoor).
- 6.8.11. Ten slotte merkt aanbesteder in het kader van de gehanteerde maximumprijs voor handlingsdiensten op dat deze prijs is gebaseerd op de bij aanbesteder bekend zijnde marktconforme tarieven. Hij voert in dat kader aan dat op meerdere (gepubliceerde) aanbestedingen is ingeschreven met een handlingprijs van € 0 (zie 4.10.4 hiervoor).
- 6.8.12. De Commissie oordeelt als volgt. In beginsel staat het een aanbestedende dienst vrij te bepalen welke prijs hij wil betalen voor een dienst, zoals het een ondernemer vrij staat te bepalen of hij voor de geboden prijs bereid is de gevraagde dienst te

verlenen (zie Vزر. Rechtbank Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:312, r.o. 4.19). Daarbij zal de aanbestedende dienst uiteraard wel de Aanbestedingswet 2012 – meer in het bijzonder artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 – in acht moeten nemen (zie Advies 600, overweging 5.5.2 en Advies 499, overweging 5.4).

- 6.8.13. Naar het oordeel van de Commissie is het niet proportioneel dat aanbesteder het risico dat er een restvoorraad overblijft als gevolg van minder daadwerkelijke bestellingen dan de geprognosticeerde bulkbestelling volledig – en ook nog eens ongelimiteerd – bij de opdrachtnemer legt. Aangezien aanbesteder de prognose maakt, kan aanbesteder dit risico het beste beheersen. Naar het oordeel van de Commissie wijkt aanbesteder hiermee af van Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit en heeft aanbesteder deze afwijking onvoldoende gemotiveerd. In zoverre acht de Commissie klachtonderdeel 5 gegrond.
- 6.8.14. In het kader van de hoogte van het plafondbedrag oordeelt de Commissie als volgt. Enerzijds voert aanbesteder aan dat de handlingsdiensten voor de opdrachtnemer voor perceel B naar verwachting beperkt zijn omdat er naar verwachting weinig folio leermiddelen besteld zullen worden. In dat kader voert ondernemer aan dat het voor de handlingskosten relatief weinig uitmaakt of per leerling 5 of 10 leermiddelen in een pakket moeten worden verwerkt. Daarmee lijkt ondernemer een punt te hebben. Indien voor slechts een beperkt aantal vakken folio leermiddelen worden besteld, is de kans toch groot dat deze naar een groot aantal leerlingen moeten worden gestuurd.
- 6.8.15. Tevens heeft aanbesteder aangevoerd dat het plafondbedrag van € 25 aansluit bij de bij aanbesteder bekend zijnde marktconforme tarieven. In dat kader noemt hij slechts als voorbeeld dat op meerdere (gepubliceerde) aanbestedingen is ingeschreven met een handlingprijs van € 0. Het is echter evident dat een tarief van € 0 niet kostendekkend kan zijn en dat de desbetreffende inschrijvers in die andere aanbestedingen ofwel dit tarief op een andere post hebben kunnen compenseren ofwel met verlies hebben ingeschreven. Dit kan geen argument zijn dat een plafondbedrag van € 25 proportioneel is.
- 6.8.16. Aanbesteder heeft ook aangevoerd dat de inschrijver een eventueel verlies in het kader van de handlingskosten kan compenseren met de huurprijs van de leermiddelen uit perceel B. Ondernemer heeft een soortgelijk argument aangevoerd: de opdrachtnemer van perceel A zou een eventueel verlies voor de handlingskosten voor perceel B kunnen compenseren met een hogere consumentenprijs voor de leermiddelen van perceel A.
- 6.8.17. Het laatste argument van aanbesteder is voor de Commissie doorslaggevend. Aangezien het mogelijk lijkt om een eventueel verlies in het kader van de handlingskosten te compenseren met de huurprijs van de leermiddelen uit perceel B heeft ondernemer naar het oordeel van de Commissie onvoldoende onderbouwd dat met een plafondbedrag van € 25 niet kostendekkend kan worden ingeschreven. In zoverre acht de Commissie de klacht ongegrond.
- 6.8.18. Ten overvloede wijst de Commissie op de aanbeveling die zij in Advies 499 aan aanbestedende diensten heeft gedaan:

‘(...)

Indien een aanbestedende dienst een bovengrens voor de prijs bepaalt, beveelt de Commissie aan om deze in ieder geval niet te laag vast te stellen. Anders bestaat het risico dat de inschrijvers noch op prijs, noch op kwaliteit kunnen concurreren. Het is de vraag of dan nog wel wordt gegund op basis van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving in de zin van artikel 2.114 Aw 2012 en

of de aanbestedende dienst zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert (artikel 1.4, lid 2, Aw 2012).'

- 6.8.19. Ten slotte heeft aanbesteder een minimumprijs van € 1 gesteld. Volgens ondernemer zou een dergelijke prijs evident onredelijk laag zijn en leiden tot manipulatie van de gunningssystematiek (zie 3.6.7 hiervoor).
- 6.8.20. In het kader van het risico op manipulatie voert ondernemer het volgende aan. Vanwege de relatieve scoringsmethodiek bij het desbetreffende gunningscriterium (wens 2 uit par. 6.5.B van de Offerteaanvraag), leidt een dergelijke lage prijs tot de maximale score en een onevenredig lage score voor inschrijvers die wel een realistische prijs bieden (de inschrijver met de laagste prijs per leerling per jaar ontvangt 100 punten; overige inschrijvers ontvangen een score gerelateerd aan de laagste prijs). Hiermee leent de gunningssystematiek zich voor manipulatie, hetgeen naar de mening van ondernemer voorkomen dient te worden omdat anders niet de inschrijving met de (daadwerkelijk) beste prijs kwaliteitverhouding wint. Dit acht hij in strijd met het aanbestedingsrecht, waaronder art. 1.4, lid 2, Aw 2012.
- 6.8.21. Aanbesteder voert in dit kader onder meer aan dat inschrijving met € 0 tot gevolg zou hebben dat alle andere inschrijvers 0 punten zouden krijgen voor het subgunningscriterium prijs. Aanbesteder gaat ervan uit dat iedere behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver weet welk handlingsbedrag afdoende is voor het (anders dan verliesgevend) verlenen van zijn diensten. Kiest een inschrijver er desalniettemin voor om met een onredelijk laag handlingsbedrag in te schrijven, dan komt dit volgens aanbesteder voor zijn risico en niet voor het risico van aanbesteder. Aanbesteder biedt immers een maximum handlingsbedrag van € 25 per leerling per schooljaar (zie 4.10.5 hiervoor).
- 6.8.22. De Commissie oordeelt als volgt. Aanbesteder heeft kennelijk een minimumprijs van € 1 bepaald om te voorkomen dat kon worden ingeschreven met € 0. Verder blijkt uit de onderbouwing van de klacht dat vooral de combinatie van de lage minimumprijs van € 1 en de toegepaste relatieve beoordelingssystematiek volgens ondernemer tot ongewenste uitkomsten kan leiden. De klacht van ondernemer is echter alleen tegen de minimumprijs en niet tegen de toegepaste relatieve beoordelingssystematiek gericht. Daarmee mist dit deel van klachtonderdeel 5 doel.
- 6.8.23. De Commissie acht klachtonderdeel 5 ongegrond, voor zover wordt geklaagd over de minimumprijs van € 1.
- 6.8.24. Ten overvloede wijst de Commissie op Advies 504, waarin de Commissie heeft geoordeeld over de toelaatbaarheid van relatieve beoordelingsmethoden.

6.9. Klachtonderdeel 6

- 6.9.1. Klachtonderdeel 6 ziet op de gewijzigde contractuele boetebepaling uit artikel 13 van de raamovereenkomsten voor percelen A en B. Volgens ondernemer is deze onvoldoende transparant en disproportioneel.
- 6.9.2. Volgens de herziene regeling uit artikel 13 van beide typen raamovereenkomsten bedraagt de boete 5% van de opdrachtwaarde voor elke werkdag dat opdrachtnemer in verzuim is. De boete wordt op jaarbasis gemaximeerd op 20% van de opdrachtwaarde (zie 1.6 hiervoor).
- 6.9.3. Ondernemer voert aan dat niet duidelijk is wat de 'opdrachtwaarde' in dit verband is. Inschrijvers geven immers geen absolute prijzen op, maar kortingspercentages en een eenheidsprijs per leerling per jaar. Daarnaast is onduidelijk of de

'opdrachtwaarde' geldt per leerling, dan wel per school, dan wel voor alle leerlingen tezamen van het desbetreffende (sub)perceel (zie 3.7.2 hiervoor).

- 6.9.4. De hoogte van de boete (5% per werkdag dat de opdrachtnemer in verzuim is, met een maximum van 20%) acht ondernemer bovendien disproportioneel (zie 3.7.3 en 3.7.4 hiervoor). Verzuim treedt onmiddellijk op indien de opdrachtnemer een fatale termijn overschrijdt (artikel 14 van de raamovereenkomsten). Dit betekent onder meer dat de opdrachtnemer voor perceel B onmiddellijk in verzuim is indien hij niet minimaal 95% van de folio leermiddelen van de bulkbestelling die tijdig door de leerling zijn besteld, uiterlijk in week -1 heeft geleverd op het huisadres van de leerling (zie paragraaf 6.1.B, eis 6 van de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). Als de opdrachtnemer (slechts) vier werkdagen te laat is met het leveren van het restant van de leermiddelen, is hij reeds het maximale boetebedrag van 20% verschuldigd.
- 6.9.5. Daarnaast acht ondernemer het percentage van 5-20% van de opdrachtwaarde disproportioneel, aangezien de winstmarge voor de opdrachtnemer maar zeer beperkt is ten opzichte van de absolute bedragen voor de leermiddelen (waarvoor het kortingspercentage geldt) en de vergoeding voor de handling en distributie. Dergelijke percentages staan evenmin in een redelijke verhouding tot de (verwachte) schade die aanbesteder zou lijden bij verzuim van de opdrachtnemer.
- 6.9.6. In de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht heeft aanbesteder aangegeven dat de opdrachtwaarde in dit kader wordt 'gerelateerd aan de omzet van opdrachtnemer per schooljaar voor de door haar geleverde leermiddelen en/of diensten'. Naar de mening van aanbesteder is dit wel degelijk proportioneel. Daarbij is van belang dat de boetebepaling dient als hulpmiddel teneinde te bewerkstelligen dat de verplichtingen van opdrachtnemers uit de overeenkomst (blijvend) worden nagekomen. Het niet hanteren c.q. het hanteren van een mild boetebeding brengt enorme risico's voor aanbesteder met zich mee, nu iedere opdrachtgever immers in verzuim kan verkeren ten aanzien van de op haar rustende verplichtingen zonder dat hier enige zekerheid voor aanbesteder als opdrachtgever tegenover staat (zie 4.11.2 hiervoor). Volgens aanbesteder heeft ondernemer al geruime aantallen raamovereenkomsten gesloten met een soortgelijke – of striktere – boetebepaling (zie 4.11.3 hiervoor).
- 6.9.7. Naar het oordeel van de Commissie zullen niet alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers het boetebeding op dezelfde wijze uitleggen aangezien aanbesteder in de aanbestedingsstukken niet duidelijk heeft gemaakt wat is bedoeld met 'opdrachtwaarde'. Inschrijvers geven immers geen absolute prijzen op, maar kortingspercentages en een eenheidsprijs per leerling per jaar. Daarnaast is onduidelijk of de 'opdrachtwaarde' geldt per leerling, dan wel per school, dan wel voor alle leerlingen tezamen van het desbetreffende (sub)perceel. De definitie die aanbesteder in de reactie op de bij hem ingediende klacht geeft van de opdrachtwaarde is niet in de aanbestedingsstukken bekendgemaakt. Daarmee acht de Commissie de klacht gegrond voor zover wordt geklaagd dat het boetebeding onvoldoende transparant is. Aan de beoordeling van de proportionaliteit van het boetebeding komt de Commissie dan verder niet meer toe.
- 6.9.8. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 6 gegrond voor zover is geklaagd dat de boeteregeling onvoldoende transparant is. De Commissie neemt klachtonderdeel 6 verder niet in behandeling.
- 6.9.9. Ten overvloede merkt de Commissie over de proportionaliteit van de boeteregeling nog het volgende op. De risico's die aanbesteder loopt, zijn niet alleen van financiële aard. Het is voor de scholen, docenten en leerlingen bijvoorbeeld heel vervelend als leerlingen en docenten hun boeken niet op tijd voor het nieuwe schooljaar

ontvangen. Aanbesteder tracht met het boetebeding dan ook een bepaald niveau van kwaliteit van de dienstverlening te realiseren (vgl. Advies 426-II, overweging 5.3.2): onder meer dat minimaal 95% van de folio leermiddelen van de bulkbestelling die tijdig door de leerling zijn besteld, uiterlijk in week -1 heeft geleverd op het huisadres van de leerling (zie 6.1.B, eis 6 van de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor).

- 6.9.10. Aanbesteder lijkt aan te voeren dat een dergelijk boetebeding gebruikelijk is in de branche (zie 4.11.3 hiervoor).
- 6.9.11. Op basis van de boeteregeling zal een inschrijver bepalen welke maatregelen hij zal nemen om de geëiste kwaliteit van dienstverlening te kunnen bieden, hetgeen zijn weerslag zal hebben op de prijs die hij gaat aanbieden (zie Advies 426-II, overweging 5.3.3). In dat kader is van belang dat er de mogelijkheid moet zijn om de kosten van deze maatregelen in de prijs te verdisconteren (zie de beoordeling van klachtonderdeel 5 in 6.8 hiervoor). Tevens is van belang dat de boeteregeling transparant is (zie Advies 426-II, overweging 5.3.4).
- 6.9.12. Ook zal de boeteregeling proportioneel moeten zijn (artikel 1.10 Aw 2012): de situaties waarin boetes worden opgelegd moeten voldoende verband houden met en in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Ook moet het gaan om situaties die de opdrachtnemer kan beheersen (Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit) aangezien de regeling immers is bedoeld als stimulans om de kwaliteit van de dienstverlening op peil te houden. Niet-toerekenbare tekortkomingen zouden niet tot boetes moeten leiden. Verder moet de hoogte van de boetes in een redelijke verhouding staan tot de te leveren dienst en de prijs (op het niveau van een specifieke boete, maar ook ten opzichte van het totaal, zie Advies 426-II, overweging 5.3.4). Bij geringe winstmarges is een boete sneller disproportioneel.

6.10. Klachtonderdeel 7

- 6.10.1. Klachtonderdeel 7 richt zich op de vier subgunningscriteria betreffende de kwaliteit van de leermiddelen van perceel A in 6.2.A van de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor). Volgens ondernemer zijn deze vier subgunningscriteria niet onderscheidend en daarmee niet geschikt als (sub)gunningscriteria. Het betreft nagenoeg uitsluitend eigenschappen van de leermiddelen zelf die alleen de uitgever kan bepalen en waar afnemers geen invloed op kunnen uitoefenen. Op die eigenschappen kan derhalve geen (eerlijke) concurrentie plaatsvinden.
- 6.10.2. Het betreft kort gezegd de volgende criteria:
 - 1. De mate waarin inschrijver de mogelijkheid biedt aan vaksecties om commentaar te geven op leermiddelen en aantoont dat dit commentaar daadwerkelijk invloed heeft op de verdere doorontwikkeling van de leermiddelen;
 - 2. De mate waarin de technische ondersteuning wordt geboden en de mate waarin onderwijskundige ondersteuning wordt geboden;
 - 3. De mogelijkheden om bewerkingen in digitale licenties door de docent (arrangeren) en bewerkingen door de leerling (invullen opgaven) te bewaren gedurende de schoolloopbaan van de leerling;
 - 4. De mate waarin de mogelijkheid bestaat de digitale licenties te arrangeren: de mate waarin eigen aanvullingen/wijzigingen door opdrachtgever zijn geïntegreerd binnen het totale digitale materiaal en hoe deze aanvullingen/wijzigingen door opdrachtgever veiliggesteld kunnen worden ten aanzien van volgende jaren/edities.
- 6.10.3. Uit de definities van lesmethoden en leermiddelen blijkt dat het lesmethoden en leermiddelen moet betreffen die op de commerciële markt worden aangeboden (zie de definities in de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor). De Commissie leidt hieruit af

dat het de uitgevers niet is toegestaan een (variant op) een lesmethode of leermiddel aan te bieden dat niet verkrijgbaar is voor andere ondernemers.

- 6.10.4. Ondernemer heeft aangevoerd dat al deze criteria, met uitzondering van de onderwijskundige ondersteuning die wordt bedoeld in het tweede criterium (paragraaf 6.2.A, wens 2 Offerteaanvraag), allemaal eigenschappen van de leermiddelen betreffen die inherent zijn aan het desbetreffende leermiddel zoals dat op de commerciële markt wordt aangeboden door de uitgever (zie 3.8.2 hiervoor). Zo kan alleen de desbetreffende uitgever zijn leermiddel inhoudelijk aanpassen en mogelijkheden bieden om de digitale leermiddelen te arrangeren (zie 3.8.4 hiervoor). Daarmee kan alleen de desbetreffende uitgever invulling geven aan wensen 1, 3 en 4. Aan de ene kant lijkt aanbesteder dit in de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht te onderkennen (zie 4.12.5 hiervoor), aan de andere kant meent aanbesteder dat 'de inschrijvers' de gevraagde diensten kunnen leveren en zich ter zake kunnen onderscheiden (zie 4.12.3 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder de stelling van ondernemer daarmee echter onvoldoende gemotiveerd bestreden.
- 6.10.5. Aangezien aanbesteder steeds om specifieke lesmethoden van een bepaalde uitgever vraagt, alleen deze uitgever in het kader van de kwalitatieve subgunningscriteria de gevraagde diensten in wensen 1, 3 en 4 van paragraaf 6.2.A Offerteaanvraag kan bieden (zie 6.10.4 hiervoor) en de uitgever alleen lesmethoden en diensten mag aanbieden die ook verkrijgbaar zijn voor andere ondernemers is er naar het oordeel van de Commissie in beginsel geen concurrentie mogelijk voor deze kwalitatieve subgunningscriteria. Dat is slechts anders indien een uitgever voor een bepaalde lesmethode meerdere mogelijkheden biedt: bijvoorbeeld afname van een digitale lesmethode met of zonder bepaalde dienstverlening. Aanbesteder heeft gesteld dat uitgever M zijn LIFO-leermiddelen zowel met als zonder onderwijsdiensten aanbiedt.
- 6.10.6. Naar het oordeel van de Commissie is klachtonderdeel 7 gegrond, voor zover het wensen 1, 3 en 4 van paragraaf 6.2.A Offerteaanvraag en de lesmethoden van uitgevers K en L betreft. Naar het oordeel van de Commissie waarborgen de in de betreffende wensen vervatte subgunningscriteria immers niet de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging zoals vereist in artikel 2.113a Aw 2012.
- 6.10.7. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 7 gegrond, voor zover het wensen 1, 3 en 4 van paragraaf 6.2.A Offerteaanvraag en de lesmethoden van uitgevers K en L betreft. Voor het overige acht de Commissie klachtonderdeel 7 ongegrond.
- 6.10.8. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Voor zover er in het kader van wensen 1, 3 en 4 van paragraaf 6.2.A Offerteaanvraag wel daadwerkelijke mededinging mogelijk is doordat een uitgever meerdere mogelijkheden biedt, zal aanbesteder de aanbesteding moeten inrichten zonder daarmee de mededinging op kunstmatige wijze te beperken (artikel 1.10a Aw 2012) en zodanig dat andere potentiële inschrijvers een gelijke kans op het verwerven van de opdracht krijgen als de uitgever van de uitgekozen methode (vgl. Advies 379, overweging 5.5). Dit brengt met zich mee dat de concrete invulling van die mogelijkheden tijdig vóór inschrijving bekend moeten zijn, zodat ook anderen dan de desbetreffende uitgever een inschrijving kunnen indienen.
- 6.10.9. Aanbesteder geeft aan dat wens 1 cruciaal is voor de vaksecties (zie 4.12.3 hiervoor). In de huidige opzet van de aanbestedingsprocedure en met wens 1 van paragraaf 6.2.A Offerteaanvraag komt dat echter niet tot uiting. Doordat reeds is gekozen voor een specifieke lesmethode en doordat slechts de desbetreffende uitgever deze diensten kan bieden, worden deze uitgever en de rest van de markt niet uitgedaagd om ter zake (meer) kwaliteit te bieden.

6.11. Klachtonderdeel 8

- 6.11.1. In klachtonderdeel 8 klaagt ondernemer dat de beoordelingssystematiek in paragraaf 4.3.3 van de Offerteaanvraag niet transparant is en vatbaar is voor willekeur.
- 6.11.2. Alvorens tot de beoordeling van klachtonderdeel 8 over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 6.11.3. In artikel 1.9 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst transparant moet handelen. Deze transparantieverplichting is met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zou worden gehandeld (zie onder meer Advies 553, overweging 5.2.3 en Advies 448, overweging 5.2.3 en de aldaar aangehaalde adviezen en jurisprudentie).
- 6.11.4. Deze uitgangspunten laten onverlet dat enige mate van subjectiviteit bij de beoordeling van een kwalitatief gunningscriterium onvermijdelijk is en dat de aanbestedende dienst bij een dergelijk criterium de inschrijvers enige vrijheid kan laten om hun inventiviteit te tonen. Van een aanbestedende dienst behoeft binnen het kader van de hiervoor genoemde uitgangspunten niet te worden verwacht dat hij criteria zodanig beschrijft, in die zin dat hij zeer exact en zeer gedetailleerd aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen (zie, onder meer, Advies 601, overweging 5.4.3). Wel dient de beoordelingssystematiek in voldoende mate waarborgen te bevatten om te subjectieve beoordelingen uit te sluiten (zie Advies 202, overweging 5.3.5).
- 6.11.5. De Commissie zal hierna overgaan tot beoordeling van klachtonderdeel 8.
- 6.11.6. In paragraaf 4.3.3 van de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor) is bepaald dat bij het beoordelen van de wensen relatief wordt beoordeeld. De antwoorden van de verschillende inschrijvers worden met elkaar vergeleken, waarna een score wordt gegeven. Er zijn vijf beoordelaars en deze zullen de inschrijvingen eerst individueel beoordelen. Vervolgens vindt overleg plaats tussen de beoordelaars en stellen zij elk de scores definitief vast. De scores van de vijf beoordelaars worden opgeteld en gedeeld door het aantal beoordelaars. Alle uitkomsten worden op twee decimalen rekenkundig afgerond.
- 6.11.7. In een tabel in paragraaf 4.3.3 is bepaald uit welke scores en motiveringen een beoordelaar kan kiezen. Per wens geeft een beoordelaar een rapportcijfer van 0 (geen antwoord), 2 (zeer slecht), 4 (slecht), 6 (matig), 8 (goed) of 10 (uitstekend). Per rapportcijfer zijn voorbeelden van motiveringen opgenomen. Voor rapportcijfer 10 (uitstekend) betreft dat de volgende motiveringen:

‘Het antwoord wordt als uitstekend beoordeeld:

- Het gegeven antwoord op de vraag voldoet buitengewoon aan de wensen zoals aangegeven bij de wens.

- Het antwoord heeft toegevoegde waarde.
- Het antwoord geeft aan, dat de inschrijver een hoogwaardige kwaliteit van dienstverlening biedt.
- Het antwoord geeft aan dat er diepgaande en excellente kennis is van de materie.
- Het gegeven antwoord onderscheidt zich in positieve zin ten opzichte van de overige inschrijvers.'

6.11.8. Deze beoordelingssystematiek laat veel ruimte voor subjectiviteit. Naar het oordeel van de Commissie is een dergelijke systematiek evenwel toegestaan (vgl. Advies 81, Advies 598 en Advies 601) mits de toepassing daarvan zoveel mogelijk wordt geobjectiveerd (zie (ii) in 6.11.3 en 6.11.4 hiervoor). Verder dient de gunningsbeslissing uitvoerig te worden gemotiveerd (zie (iii) in 6.11.3 hiervoor). De Commissie licht dit als volgt toe.

6.11.9. In het kader van de objectiviteit is het van belang dat de inschrijvingen op de kwalitatieve gunningscriteria worden beoordeeld door meerdere beoordelaars (vgl. Advies 78, overweging 5.3.6; Advies 598, overweging 5.3.4 en Advies 600, overweging 5.4.15). Indien de beoordelaars de inschrijvingen eerst individueel beoordelen, wordt voorkomen dat één of meer beoordelaars de anderen onmiddellijk bij de beoordeling beïnvloeden. Indien er vervolgens overleg plaatsvindt tussen de beoordelaars en zij hun scores op basis daarvan nog kunnen aanpassen, kunnen argumenten worden uitgewisseld en eventuele fouten onderkend worden. Door vervolgens het gemiddelde van de individuele beoordelingen te nemen, worden extreme beoordelingen afgezwakt. Met vijf beoordelaars, eerst een individuele beoordeling, vervolgens overleg en de mogelijkheid om de scores bij te stellen en uiteindelijk een gemiddelde score van de beoordelaars heeft aanbesteder maatregelen getroffen om te subjectieve oordelen uit te sluiten.

6.11.10. Verder is in het kader van de objectiviteit van groot belang dat de beoordelingssystematiek op gelijke wijze wordt toegepast op alle inschrijvingen. Dat brengt met zich mee dat de beoordelaars de inschrijvingen niet alleen afzonderlijk, maar tevens ten opzichte van elkaar beoordelen in het kader van de beoordelingssystematiek om te bepalen welke inschrijving een hogere beoordeling verdient dan een andere. Dit heeft aanbesteder ook reeds aangekondigd in paragraaf 4.3.3 van de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor).

6.11.11. Ten slotte dient de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke beslissing te motiveren op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt (zie (iii) in 6.11.3 hiervoor). Bij de onderhavige beoordelingssystematiek, waarin vooraf niet concreet is aangegeven hoe een inschrijving een bepaalde score kan behalen, dient de gunningsbeslissing aan een afgewezen inschrijver dan ook duidelijk te maken welke door de winnende inschrijver voorgestelde oplossingen uiteindelijk een betere score hebben opgeleverd dan door de afgewezen inschrijver voorgestelde oplossingen en waarom dat zo is (zie Advies 598, overweging 5.3.6 en Advies 601, overweging 5.4.17).

6.11.12. Naar het oordeel van de Commissie kan de onderhavige beoordelingssystematiek de toets der kritiek doorstaan. Omdat deze systematiek veel ruimte laat voor subjectiviteit, moeten er wel hoge eisen worden gesteld aan de motivering van de gunningsbeslissing (zie 6.11.8 hiervoor).

6.11.13. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 8 ongegrond.

6.12. Klachtonderdeel 9

- 6.12.1. Klachtonderdeel 9 ziet op de gunningssystematiek van de kortingspercentages. Ondernemer klaagt dat die niet transparant is en tot een ongerechtvaardigde beoordeling van de uitgever van de desbetreffende lesmethode leidt.
- 6.12.2. Uit de tabellen 6.0.A "Score-overzicht perceel A" en 6.6.A "Prijstelling perceel A" van de Offerteaanvraag blijkt dat in totaal 4350 punten kunnen worden behaald: 1750 voor kwaliteit en 2600 voor de prijs. In het kader van de prijs kunnen voor het kortingspercentage per subperceel in wens 1 2500 punten worden behaald en 100 punten voor een kortingspercentage dat voor alle subpercelen waarvoor een inschrijver inschrijft gelijk is. Voor wens 1 ontvangt de inschrijver met het hoogste kortingspercentage 2500 punten. De overige inschrijvers ontvangen een score gerelateerd aan de hoogste score. Aanbesteder geeft een voorbeeld: inschrijver A offreert 20% en inschrijver B offreert 10%. Inschrijver A scoort 2500 punten en inschrijver B scoort $10/20 * 2500 = 1250$ punten. Met wens 2 kan een inschrijver maximaal 100 punten scoren. Aanbesteder zal eerst het kortingspercentage bij wens 2 beoordelen. Indien dit kortingspercentage niet tot een gunning leidt van alle subpercelen waarvoor inschrijver inschrijft, dan zullen de kortingspercentages voor de afzonderlijke subpercelen van wens 1 worden beoordeeld. Het bieden van 0% is niet toegestaan.
- 6.12.3. In het kader van de prijscriteria voor perceel A, wensen 1 en 2, zijn de volgende vragen gesteld (zie de eerste Nota van Inlichtingen in 1.4.12-1.4.14 hiervoor):

Vraag 100 (Perceel A): 'Bij de uitgangspunten van de prijsstelling noemt de opdrachtgever dat inschrijver één kortingspercentage dient te offeren. Echter in wens 1 en 2 komen beiden een te noemen kortingspercentage voor. Kan opdrachtgever dit toelichten?'

Vraag 101 (Perceel A): 'Wens 1 en wens 2 met betrekking tot het kortingspercentage zijn voor de inschrijver niet duidelijk. Het gaat dan met name om het moment waarop één van de twee of beiden zouden moeten worden ingevuld. Kan opdrachtgever daarop een toelichting geven en middels een rekenvoorbeeld duidelijkheid geven in hoe om te gaan met beide wensen?'

Vraag 105 (Perceel A): 'Wens 2 van paragraaf 6.6.A van Perceel A vinden wij onduidelijk. Wij hebben hierover de volgende vragen.

Wordt bedoeld om een kortingspercentage te geven dat geldt voor alle subpercelen waarop wordt ingeschreven?

Komt het kortingspercentage dat moet worden gegeven bovenop het kortingspercentage dat bij Wens 1 moet worden geboden, of geldt het in de plaats van het kortingspercentage van Wens 1?

In de wens biedt Opdrachtgever aan inschrijver de mogelijkheid om een hoger kortingspercentage te bieden. Waarom wordt het bieden van een kortingspercentage van 0% uitgesloten?

Wanneer komt inschrijver in aanmerking voor de volledige 100 punten? Komen alle inschrijvers die een kortingspercentage bieden in aanmerking voor de volledige 100 punten, of is sprake van een bepaalde rangorde. Zo ja, hoe wordt deze rangorde dan bepaald?'

- 6.12.4. Aanbesteder heeft in de eerste Nota van Inlichtingen het volgende antwoord gegeven op vraag 100 en in het kader van de vragen 101 en 105 naar dit antwoord verwezen (zie 1.4.12-1.4.14 hiervoor):

'Inschrijver dient bij wens 1 het kortingspercentage te offeren waarmee de consumentenprijs van de leermiddelen van de lesmethode van het subperceel wordt

verminderd. Daarnaast wordt inschrijver bij wens 2 de mogelijkheid geboden om een hoger kortingspercentage te offeren indien inschrijver alle subpercelen van A waarvoor inschrijver inschrijft, gegund zou krijgen.

Opdrachtgever zal eerst het kortingspercentage dat inschrijver heeft geoffreerd bij wens 2 beoordelen. Indien dit kortingspercentage niet tot een gunning leidt van alle subpercelen waarvoor inschrijver inschrijft, dan zullen de kortingspercentages voor de afzonderlijke subpercelen van wens 1 beoordeeld worden.

Leidt het kortingspercentage bij wens 2 wel tot een gunning, dan wordt niet meer gekeken naar het geoffreerde kortingspercentage bij wens 1.

6.12.5. Naar het oordeel van de Commissie is niet transparant hoe de prijscriteria voor Perceel A zullen worden beoordeeld. Allereerst is niet duidelijk hoe de puntentoe-kening voor wens 2 plaatsvindt. Wanneer worden 100 punten toegekend, hoe wordt een rangorde voor wens 2 bepaald? Bovendien is niet duidelijk hoe de beoordelingen van wens 1 en 2 zich tot elkaar verhouden. Aanbesteder schrijft dat hij eerst het kortingspercentage dat inschrijver heeft geoffreerd bij wens 2 zal beoordelen. Indien 'dit kortingspercentage niet tot een gunning leidt' van alle subpercelen waarvoor inschrijver inschrijft, dan zullen de kortingspercentages voor de afzonderlijke subpercelen van wens 1 beoordeeld worden. Niet duidelijk is hoe wordt bepaald of het kortingspercentage bij wens 2 tot gunning leidt. Indien de beoordeling van wens 2 tot gunning leidt, kunnen kennelijk slechts 100 punten voor prijs worden behaald en telt de prijs in de beoordeling op prijs en kwaliteit nauwelijks mee. Indien de beoordeling van wens 2 niet tot gunning leidt, kunnen 2500 punten voor prijs worden behaald en telt de prijs voor meer dan de helft mee. In beide gevallen is het maximaal te behalen aantal punten voor prijs en kwaliteit niet 4350, zoals in de tabel 6.0.A "Score-overzicht perceel A" is vermeld.

6.12.6. De Commissie acht klachtonderdeel 9 gegrond, voor zover is geklaagd dat de gunningssystematiek van de kortingspercentages voor perceel A niet transparant is. Daarmee komt de Commissie niet meer toe aan de verdere behandeling van klachtonderdeel 9 voor zover het perceel A betreft.

6.12.7. De onderbouwing van klachtonderdeel 9 was nagenoeg geheel op perceel A gericht. Voor een afzonderlijke behandeling van de klacht dat de gunningssystematiek van de kortingspercentages bij perceel B tot een ongerechtvaardigde bevoordeling van de uitgever leidt, acht de Commissie de onderbouwing van het klachtonderdeel onvoldoende. Daarmee acht de Commissie dat deel van klachtonderdeel 9 ongegrond.

6.13. Klachtonderdeel 10

6.13.1. Ten slotte klaagt ondernemer in klachtonderdeel 10 dat aanbesteder in strijd handelt met artikel 2.76 Aw 2012 door bij perceel A specifieke lesmethoden voor te schrijven zonder de toevoeging "of gelijkwaardig" te vermelden.

6.13.2. In artikel 2.76, leden 3 en 4, Aw 2012 is bepaald:

'Artikel 2.76

(...)

3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

4. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het derde

lid, opnemen in de technische specificaties indien:

- a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van het eerste lid niet mogelijk is en
- b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden «of gelijkwaardig».'

- 6.13.3. De regel van artikel 2.76, lid 4, sub b, Aw 2012 heeft tot doel het inschrijven met andere producten dan de gevraagde producten mogelijk te maken. Ondernemer heeft niet gesteld en ook is niet gebleken dat hij van die mogelijkheid gebruik zou willen maken. De Commissie is dan ook van oordeel dat ondernemer geen belang heeft bij dit klachtonderdeel en acht klachtonderdeel 10 daarmee ongegrond.
- 6.13.4. De Commissie acht klachtonderdeel 10 ongegrond.

7. Advies zaak 603

In zaak 603 acht de Commissie klachtonderdeel 4, voor zover aanbesteder een beroep doet op artikel 2.19, lid 3, Aw 2012, klachtonderdeel 5, voor zover het risico van een restvoorraad volledig bij de opdrachtnemer is gelegd, klachtonderdeel 6, voor zover is geklaagd dat de boeteregeling onvoldoende transparant is, klachtonderdeel 7, voor zover het wensen 1, 3 en 4 van paragraaf 6.2.A Offerteaanvraag en de lesmethoden van uitgevers K en L betreft en klachtonderdeel 9, voor zover is geklaagd dat de gunningssystematiek van de kortingspercentages voor perceel A niet transparant is, **gegrond** en klachtonderdelen 1, 3A, 3B, 8, klachtonderdeel 9, voor zover wordt geklaagd dat de gunningssystematiek van de kortingspercentages bij perceel B tot een ongerechtvaardigde bevoordeling van de uitgever leidt en klachtonderdeel 10 en ook klachtonderdelen 4, 5, 7 voor het overige **ongegron**d. Klachtonderdelen 6 en 9 neemt de Commissie voor het overige niet verder in behandeling.

8. Advies zaak 605

In zaak 605 acht de Commissie klachtonderdeel 2 **gegrond**.

Den Haag, 5 februari 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid