

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 627 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor het sluiten van raamovereenkomsten voor de levering van leermiddelen en onderwijsdiensten. De klacht bestaat uit acht onderdelen. De Commissie verklaart zeven van de acht klachten ongegrond.

### Klachtonderdeel 1

Ondernemer heeft twijfels bij het voldoen van de voorgeschreven lesmethoden aan het LIFO-concept, maar heeft die twijfels onvoldoende concreet onderbouwd. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

### Klachtonderdelen 2 en 5

De Commissie overweegt dat aanbesteder bij tweede Nota van Inlichtingen een verduidelijking heeft gegeven op enkele wensen, waardoor kan worden gesteld dat die wensen op ondergeschikte punten zijn gewijzigd. Een dergelijke ondergeschikte wijziging verplicht aanbesteder niet tot heraanbesteding of tot verlenging van de inschrijvingstermijn. Ondernemer heeft nagelaten concreet te onderbouwen waarom de termijn van 13 dagen onvoldoende lang is voor aanpassing van zijn inschrijving aan de door hem gestelde wijzigingen in de gunningscriteria. Bij gebreke van concreet onderbouwde stellingen, kan de Commissie niet oordelen over de vraag of sprake is van een ongeschikt of discriminatoir (sub)gunningscriterium. De Commissie verklaart deze klachtonderdelen **ongegrond**.

### Klachtonderdeel 3

Ondernemer stelt dat enkele (sub)gunningscriteria onduidelijk zijn. De Commissie oordeelt dat de betreffende (sub)gunningscriteria niet onduidelijk zijn voor de redelijk geïnformeerde, normaal zorgvuldige inschrijver. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

### Klachtonderdeel 4

Ondernemer stelt dat aanbesteder de verplichting tot bewaking van het level playing field heeft geschonden en (sub)gunningscriteria hanteert die daadwerkelijke mededinging onvoldoende waarborgen. De Commissie overweegt dat de verplichting tot het creëren van een level playing field niet zo ver gaat dat het aan aanbesteder is te treden in de verhoudingen tussen marktpartijen. De (sub)gunningscriteria lijken daadwerkelijke mededinging voldoende te waarborgen. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

### Klachtonderdeel 6

Ondernemer klaagt over het subgunningscriterium dat betrekking heeft op kortingspercentages ten opzichte van de consumentenprijs. Uitgevers van voorgeschreven lesmethoden stellen de consumentenprijs eenzijdig vast en zouden daarvoor een oneerlijk voordeel genieten bij het aanbieden van een kortingspercentage.

De Commissie overweegt dat indien een uitgever van een voorgeschreven lesmethode misbruik maakt van zijn machtspositie, dat rechtstreeks jegens de uitgever kan worden bestreden. De theoretische mogelijkheid tot misbruik maken van een machtspositie leidt evenwel niet tot een schending van de op aanbesteder rustende verplichting tot bewaking van het level playing field of tot het oordeel dat sprake is van een ongeschikt (sub)gunningscriterium. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

#### **Klachtonderdeel 7**

Ondernemer klaagt dat het voorschrijven van een specifieke lesmethode slechts is toegestaan onder toevoeging van de woorden 'of gelijkwaardig'. De Commissie overweegt dat de mogelijkheid specifieke lesmethoden voor te schrijven een uitzondering vormt die niet verplicht tot toevoeging van de woorden 'of gelijkwaardig'. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

#### **Klachtonderdeel 8**

Met dit klachtonderdeel komt ondernemer op tegen de door aanbesteder gehanteerde relatieve beoordelingssystematiek. De hier gehanteerde beoordelingssystematiek is vergelijkbaar met de beoordelingssystematiek die werd gehanteerd in de aanbestedingsprocedure die het onderwerp was van Advies 504. In de reactie van aanbesteder ziet de Commissie geen aanleiding anders te oordelen dan in Advies 504. De Commissie acht dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 627

### 1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 25 januari 2021 een Europese openbare procedure aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten voor de levering van leermiddelen en het verrichten van onderwijsdiensten.
- 1.2. In de Offerteaanvraag van 25 januari 2021 is, onder meer, het volgende bepaald:

#### 'Begrippenlijst

(...)

#### Arrangeren

Het aanvullen 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.

(...)

#### 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.'

- 1.3. In de tweede Nota van Inlichtingen van 2 maart 2021 zijn onder meer de volgende vragen en antwoorden opgenomen:
  - 1.3.1. Vraag 78: '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 en uw eerste nota van inlichtingen (vraag 57). Begrijpen wij het juist en volledig dat (een Lesmethode volgens) het LIFO-concept altijd de volgende negen cumulatieve kenmerken moet hebben:
    - 1) een digitale licentie van de gehele Lesmethode;
    - 2) folio-lesmateriaal is bij de licentie beschikbaar als verbruiksmateriaal bestemd voor 1-jarig gebruik tegen een prijs die gebaseerd is op de productiekosten van het materiaal;
    - 3) het is ter vrije keuze van de opdrachtgever om naast de digitale licentie het folio Lesmateriaal (verbruiksmateriaal) bestemd voor 1-jarig gebruik, af te nemen;
    - 4) de digitale licentie en het folio-Lesmateriaal hebben elk een eigen Consumentenprijs;

- 5) (...)
- 6) (...)
- 7) (...)
- 8) de Lesmethode biedt de gebruiker de mogelijkheid te Arrangeren, zoals bedoeld in uw definitie daarvan;
- 9) (...)

Als wij u verkeerd begrijpen of in de opsomming niet volledig zijn, kunt u dan puntsgewijs aangeven welke van de genoemde punten onjuist of onvolledig is en waarom, en/of welke punten ontbreken in de opsomming?’

Antwoord: '1. Uitgangspunt is een digitale licentie van de gehele lesmethode. In voorkomende gevallen kan hiervan worden afgeweken en kan een licentie voor een deelfase (onderbouw dan wel bovenbouw) volstaan wanneer opdrachtgever de lesmethode alleen voor het betreffende deel wenst te gebruiken en dit in de offerte-aanvraag is opgenomen.

2. De aanname is juist.
3. De aanname is juist.
4. De aanname is juist.
5. (...)
6. (...)
7. (...)
8. De aanname is juist.
9. (...)

- 1.3.2. Vraag 82: 'Met de subpercelen van perceel A stelt u naar uw zeggen de opdrachten voor levering van de Lesmethoden die met die percelen uitgevraagd zijn open voor concurrentie. Om een gelijk speelveld te borgen kan het uitgevers niet zijn toegestaan om (een variant op) een Lesmethode aan te bieden die niet voor andere gegadigden verkrijgbaar is op de commerciële markt. Zie ook paragraaf 6.3.3 van Advies 603 van de Commissie  
Kunt u bevestigen dat dat uitgevers inderdaad niet toegestaan is?'

Antwoord: 'Uitgangspunt van deze aanbesteding is dat de gevraagde lesmethodes door uitgevers worden aangeboden op de commerciële markt. Zie hiervoor ook:

- De omschrijving van het begrip 'lesmethode' in de begrippenlijst;
- Eis 5 (paragraaf 6.1.A) en
- Eis 2 (paragraaf 6.1.B).

Hierbij wordt opgemerkt dat de omschrijving van eis 5 (6.1A) wordt aangepast. De aangepaste tekst is:

*Opdrachtnemer garandeert dat voor de gevraagde lesmethode alle klassen in de onderbouw of bovenbouw (afhankelijk van het feit of het een onderbouw- of bovenbouwmethode betreft) worden aangeboden op de commerciële markt. Garandeert inschrijver dit?'*

- 1.3.3. Vraag 98: 'Deze vraag heeft betrekking op de volgende zes wensen, te weten:
- 6.1A wens 2, Leermiddelen andere niveaus;
  - 6.1A wens 6, Digitale leermiddelen tijd-, werkplek- en platformonafhankelijk;
  - 6.1A wens 9, Meerwaarde digitale leermiddelen,
  - 6.2A wens 1, Invloed vaksecties;
  - 6.2A wens 3, Bewaren historie;
  - 6.2A wens 4, Arrangeren.

Met al deze zes wensen vraagt u naar eigenschappen van de lesmethoden die inherent zijn aan de lesmethoden van Perceel A zoals deze door de desbetreffende uitgevers op de commerciële markt worden aangeboden door de uitgever. Zie onder meer ook paragraaf 6.10 van Advies 603 van de Commissie. Zo kan alleen de desbetreffende uitgever zijn leermiddel inhoudelijk aanpassen en mogelijkheden

bieden om de digitale leermiddelen te arrangeren. Ook alleen de uitgever kan ervoor zorgen dat zijn digitale licentie van een lesmethode geschikt is voor andere niveaus en leerjaren en kan hij er voor zorgen dat het gebruik van de digitale leermiddelen tijd- en werkplek onafhankelijk is en ook platformonafhankelijk. Ook alleen de uitgever heeft invloed op de meerwaarde van de digitale componenten van het digitale leermateriaal, zoals interactiviteit en adaptiviteit. De lesmethoden van Perceel A zijn echter door u specifiek voorgeschreven, waardoor alleen de desbetreffende uitgever invulling kan geven aan deze wensen. Aangezien alleen deze uitgever in het kader van deze 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 in beginsel geen concurrentie mogelijk voor deze kwalitatieve subgunningscriteria. De Commissie heeft in het Advies 603 vergelijkbare kwalitatieve subgunningscriteria als niet onderscheidend en daarmee als ongeschikt aangemerkt. Wij wijzen u ook op de overwegingen van de Commissie in paragraaf 6.10.8 en 6.10.9 van Advies 603, waarin door de Commissie wordt opgemerkt dat voor zover in het kader van bedoelde kwalitatieve subgunningscriteria wel daadwerkelijk mededinging mogelijk is doordat een uitgever meerdere mogelijkheden biedt, de aanbesteder de aanbesteding zal 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. En verder dat doordat de aanbesteder heeft gekozen voor een specifieke lesmethode en doordat slechts de desbetreffende uitgever deze diensten kan bieden, deze uitgever en de rest van de markt niet uitgedaagd worden om ter zake (meer) kwaliteit te bieden.

Wij merken in dit verband nog op dat voornoemde bezwaren niet worden weggenomen indien een uitgever een lesmethode ook zonder de genoemde diensten aanbiedt op de commerciële markt. Voor de andere gegadigden is het ook dan niet mogelijk om te concurreren op de productkenmerken van de desbetreffende lesmethode. Zij kunnen de diensten niet los inkopen of zelf aanbieden buiten de betrokken uitgever om, aangezien deze diensten inherent verbonden zijn met de lesmethode zelf (waarop alleen de uitgever invloed heeft).

Wilt u daarom alle zes genoemde gunningscriteria schrappen uit uw aanbesteding? Zo nee, kunt u dan toelichten hoe u desondanks de aanbesteding zodanig inricht dat (1) de mededinging niet op kunstmatige wijze wordt beperkt (artikel 1.10a Aw 2012) en dat (2) andere potentiële inschrijvers een gelijke kans op het verwerven van de opdracht krijgen als de uitgever van de uitgekozen methode?

Antwoord: '(...) Ten aanzien van 6.2A wens 1. Het betreft een wens die ziet op de doorontwikkeling van leermiddelen. De aanbestedende dienst is op zoek naar een inschrijver die het aanleveren van commentaar van vaksecties op de kwaliteit van leermiddelen mogelijk maakt en die het mogelijk maakt dat vaksecties tevens de gelegenheid krijgen om voorstellen te doen voor aanpassingen van de lesmethoden. De aanbestedende dienst wenst een inschrijver die dit zodanig organiseert, dat het verzamelde commentaar en de voorstellen voor aanpassingen vervolgens door de inschrijver geordend en gekanaliseerd kunnen worden aangeboden aan de betreffende uitgever. De hoogte van de score is afhankelijk van de mogelijkheid om vaksecties de kans te geven commentaar te geven, voorstellen te doen en deze met elkaar te delen en de wijze en snelheid waarop dit door de inschrijver aan de uitgever wordt aangeboden. De uitgevers hebben overigens te kennen gegeven dat zij zeer welwillend staan tegenover het commentaar op hun lesmethoden en zien toegevoegde waarde in het aangereikt krijgen van commentaar en voorstellen van vaksecties van diverse scholen en zullen dit ter harte nemen. Het is natuurlijk ook in het belang van de uitgevers dat zij reageren op commentaar van vaksecties, aangezien de keuze voor de lesmethoden voorbehouden is aan deze vaksecties en geen onderdeel uitmaakt van de aanbesteding

Ten aanzien van 6.2A wens 3. De aanbestedende dienst is bij deze wens niet op zoek naar bewerkingen die onderdeel uitmaken van de licentie, maar die door de docent aanvullend worden ontwikkeld en dan bewaard kunnen blijven. Denk bijvoorbeeld aan een YouTube-filmpje waarin een thema dat besproken wordt, aangeboden wordt aan de leerlingen en vervolgens bewaard blijft voor de docent. De aanbestedende dienst merkt op dat alle potentiële inschrijvers die haar bekend zijn beschikken over een digitale applicatie waar dit mogelijk is. De aanbestedende dienst laat deze wens voor wat betreft bewerkingen door de leerling vallen.

Een en ander betekent dat de aanbestedende dienst de hoogte van de score voor deze wens afhankelijk maakt van de wijze waarop inschrijver het mogelijk maakt dat aanvullende bewerkingen van de docent kunnen worden opgeslagen en op een eenvoudige wijze weer kunnen worden hergebruikt.

Ten aanzien van 6.2A wens 4. Vaksecties kiezen er steeds meer voor om het lesmateriaal als basis te nemen en aanvullend eigen materiaal te ontwikkelen dat in samenhang met het gekochte lesmateriaal wordt aangeboden aan de leerling. Opdrachtgever is op zoek naar dienstverlening rondom het leermiddel, waarmee inschrijver ondersteuning biedt bij het arrangeren door de docent van eigen lesmateriaal naast het gekochte lesmateriaal, zodat dit geïntegreerd kan worden aangeboden aan de leerling.'

1.3.4. Vraag 101: 'U vraagt in wens 2 en 3 van paragraaf 6.3A om een dashboardfunctie die inzicht geeft in, onder meer, het aantal licenties, geopende licenties en ongeopende licenties. De uitgevers van de door u geselecteerde Lesmethoden brengen bij die Lesmethoden docentenlicenties uit die aan de geschetste behoefte op klas- en leerlingniveau tegemoetkomen, al wordt die informatie waarschijnlijk nog niet altijd op de wijze ontsloten die u hier voor ogen heeft. In de opzet die u voor uw aanbesteding gekozen heeft, zonder fjndistributie, is de uitgever de enige die via die docentenlicenties over informatie op klas- en leerlingniveau beschikt, als het gaat om het gebruik van licenties. De vraag die rijst is of die docentenlicenties zoals die bij de door u geselecteerde Lesmethoden uitgebracht worden door de uitgevers niet voorzien in de behoeften die u in uw wensen 2 en 3 verwoordt en, zo nee, of er daarvoor een reëel alternatief is binnen uw aanbesteding die gekenmerkt wordt door bulklevering zonder fjndistributie.

a) Als u bij voorkeur informatie over het gebruik van licenties op klas- en leerlingniveau ontvangt, wilt u de wensen 2 en 3 van paragraaf 6.3A dan schrappen (en gebruikmaken van de mogelijkheden die de docentenlicenties bieden), nu uw aanbestedingsopzet het onmogelijk maakt dat andere inschrijvers dan de uitgever u een (onderscheidend) aanbod ter zake doen?

b) Als u de wensen 2 en 3 van paragraaf 6.3A handhaaft, wilt u deze wensen dan verduidelijken op zodanige wijze dat (1) daaruit blijkt dat de genoemde docentenlicenties niet voorzien in de behoeften die u met deze wensen expliciet maakt en daarop ook geen antwoord zijn, en (2) voor gegadigden duidelijk wordt in hoeverre deze wensen (alleen) betrekking hebben het gebruik van digitaal lesmateriaal, waar al uw voorbeelden betrekking op hebben?'

Antwoord: 'Opdrachtgever wenst de genoemde managementinformatie in de vorm van een dashboardfunctie om inzage te hebben in het gebruik van de betreffende lesmethode en voor zover deze informatie beschikbaar is voor inschrijver. Aan de tekst van wens 2 en 3 wordt toegevoegd "... voor zover deze informatie beschikbaar is voor inschrijver...

Opdrachtgever handhaaft de genoemde wensen. Aan de tekst wordt de volgende zinsnede toegevoegd: ... voor zover deze informatie beschikbaar is voor inschrijver...'

1.4. Ondernemer heeft op 5 maart 2021 een brief met vragen en klachten per e-mail verzonden aan aanbesteder. Ondernemer heeft aanbesteder daarin verzocht, ofwel

uiterlijk 10 maart 2021 inhoudelijk te reageren, ofwel te bevestigen dat de inschrijvingsdatum van 15 maart 2021 zou worden verplaatst naar een latere datum.

- 1.5. Aanbesteder heeft op 12 maart 2021 een inhoudelijke reactie gegeven op de vragen en klachten van ondernemer. Aanbesteder heeft daarbij medegedeeld de inschrijvingsdatum niet te zullen verplaatsen.
- 1.6. Op 12 maart 2021 heeft ondernemer onderhavige klacht ingediend bij de Commissie.

## **2. Beschrijving klacht en onderbouwing**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

- 2.1.1. Géén van de voorgeschreven lesmethoden voldoet op dit moment aan alle kenmerken van het LIFO-concept. Niet aannemelijk is dat de lesmethoden van perceel A ten tijde van de inschrijving alsnog zullen voldoen aan alle kenmerken van het LIFO-concept. Door toch inschrijvingen uit te vragen, handelt aanbesteder onder meer in strijd met art. 1.6 Aw 2012. Voor zover aanbesteder beschikt over relevante informatie van de uitgevers maar deze niet heeft gedeeld met alle potentiële inschrijvers, handelt hij in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel.
- 2.1.2. Daarnaast zijn er naar aanleiding van de tweede Nota van Inlichtingen nog diverse onduidelijkheden ten aanzien van het voldoen van de lesmethoden aan de negen kenmerken van het LIFO-concept. Daarmee voldoen de aanbestedingsstukken niet aan de vereisten van het transparantiebeginsel (art. 1.9 Aw 2012).
- 2.1.3. In antwoord op vraag 78 heeft aanbesteder bevestigd wat de negen cumulatieve kenmerken van het LIFO-concept zijn. Naar aanleiding daarvan heeft ondernemer de 25 subpercelen van perceel A getoetst aan die kenmerken. Daaruit is gebleken dat in elk geval de voorgeschreven lesmethoden van uitgever N en uitgever M zoals die op de commerciële markt worden aangeboden, niet voldoen aan alle negen kenmerken van het LIFO-concept. Ook de voorgeschreven lesmethoden van uitgever T lijken niet te voldoen.
- 2.1.4. De voorgeschreven lesmethoden van uitgever N en uitgever M voldoen niet aan alle negen kenmerken van het LIFO-concept. Ook de voorgeschreven lesmethoden van uitgever T lijken niet te voldoen. Op basis van de beschikbare informatie mogen inschrijvers er ook niet van uit gaan dat de lesmethoden van perceel A ten tijde van de inschrijving alsnog zullen voldoen aan alle kenmerken van het LIFO-concept.
- 2.1.5. Voor de voorgeschreven lesmethoden van uitgever N geldt dat deze alleen als combinatie van digitaal en folio aan de commerciële markt worden aangeboden, zodat scholen niet kunnen kiezen voor louter digitaal. Daarmee voldoen deze lesmethoden niet aan kenmerken 2, 3 en 4 uit vraag 78 in de tweede Nota van Inlichtingen.
- 2.1.6. Voor alle voorgeschreven lesmethoden van uitgever N en uitgever M geldt bovendien dat niet kan worden 'gearrangeerd', zoals bedoeld in de definitie daarvan in de Offerteaanvraag. Deze lesmethoden voldoen daarmee niet aan kenmerk 8 uit vraag 78 in de tweede Nota van Inlichtingen. Ook bij de voorgeschreven lesmethoden van uitgever T lijkt dat niet het geval: docenten kunnen slechts wijzigingen aanbrengen in het niveau/leerjaar en de volgorde van het lesmateriaal.

2.1.7. In het antwoord op vraag 82 is daarnaast eis 5 (6.1A) aangepast. In die eis staat onder meer: "afhankelijk van het feit of het een onderbouw- of bovenbouwmethode betreft". In paragraaf 1.3 van de Offerteaanvraag wordt bij de beschrijving van de subpercelen van perceel A enkel bij subperceel A1 een onderscheid gemaakt tussen onder- en bovenbouw. Ondernemer heeft aanbesteder in de klachtbrief van 4 maart 2021 gevraagd om te bevestigen dat alle overige subpercelen geschikt moeten zijn voor onder- én bovenbouw. Aanbesteder heeft daarop niet gereageerd, zodat de onduidelijkheid blijft bestaan.

## 2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder heeft wensen 2 en 6 van paragraaf 6.1A en wensen 1, 3 en 4 van paragraaf 6.2A gewijzigd bij antwoord op vraag 98 uit de tweede Nota van Inlichtingen en wensen 2 en 3 van paragraaf 6.3A bij antwoord op vraag 101 uit de tweede Nota van Inlichtingen. Wijziging van de gunningscriteria is echter niet toegestaan zonder nieuwe aanbesteding, althans vergt een aanzienlijke verlenging van de inschrijvingstermijn. De door aanbesteder gehanteerde dertien kalenderdagen tussen de tweede Nota van Inlichtingen en de inschrijvingsdatum zijn in dat licht volstrekt onvoldoende, te meer vanwege de onduidelijkheden die nog bestaan naar aanleiding van de tweede Nota van Inlichtingen en de strijdigheid met de Aanbestedingswet 2012 (vgl. Advies 603 en 605 van de Commissie in een zeer vergelijkbare aanbestedingsprocedure).

## 2.3. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder heeft in de tweede Nota van Inlichtingen een zodanig nieuwe uitleg gegeven aan diverse gunningscriteria dat deze inhoudelijk zijn gewijzigd. Het betreft wensen 1, 3 en 4 uit paragraaf 6.2A en wensen 2 en 3 uit paragraaf 6.3A. Met die nieuwe uitleg zijn die gunningscriteria echter nog onvoldoende duidelijk, waardoor niet alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze niet op dezelfde manier kunnen interpreteren. Ook zijn de gunningscriteria hiermee nog onvoldoende duidelijk om aanbesteder in staat te stellen om metterdaad na te gaan in hoeverre de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan die criteria.

## 2.4. Klachtonderdeel 4

2.4.1. Aanbesteder heeft een aantal onrechtmatige gunningscriteria aangepast in de tweede Nota van Inlichtingen. Met die aanpassingen is de onrechtmatigheid echter nog niet weggenomen. Het betreft wens 2 en 9 van paragraaf 6.1A en wens 1, 2, 3 en 4 uit paragraaf 6.2A van de Offerteaanvraag. Al deze gunningscriteria hebben betrekking op productkenmerken van de voorgeschreven lesmethoden, waardoor er op die criteria geen concurrentie mogelijk is.

2.4.2. Bovendien geldt dat ter zake hoe dan ook geen sprake is van een level playing field en de uitgever van een lesmethode ten onrechte wordt bevoordeeld ten opzichte van de overige (potentiële) inschrijvers. Voor deze gunningscriteria is de inschrijver die niet tevens uitgever is van de voorgeschreven lesmethode volledig afhankelijk van de informatie die hij van de uitgever verkrijgt. Ondernemer heeft echter niet de beschikking over de vereiste relevante informatie. Reden daarvoor is (1) dat aanbesteder er niet voor heeft gezorgd dat hij alle relevante informatie van de uitgevers heeft verkregen en die aan alle (potentiële) inschrijvers heeft verstrekt, en (2) dat de uitgevers hebben geweigerd om de vereiste, specifieke informatie (tijdig) te verstrekken.

2.4.3. Voor de goede orde wijst ondernemer erop dat in Advies 603 van de Commissie vergelijkbare klachten aan de orde zijn geweest, maar dat het hier andere



gunningscriteria betreft (met name door de aanpassingen in de tweede Nota van Inlichtingen) en ook het element van het level playing field ten aanzien van de informatieverstrekking niet aan de orde is gekomen in Advies 603.

## 2.5. Klachtonderdeel 5

2.5.1. Zowel bij perceel A als bij perceel B hanteert aanbesteder gunningscriteria die kort gezegd betrekking hebben op het docentenmateriaal. In reactie op vragen c.q. bezwaren van ondernemer heeft aanbesteder deze criteria deels aangepast. Daarbij heeft aanbesteder echter miskend dat deze wijzigingen heraanbesteding althans een aanzienlijke verlenging van de inschrijvingstermijn vergen. Hiermee handelt aanbesteder in strijd met art. 2.73 Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

2.5.2. Daarnaast gaan de wijzigingen nog niet ver genoeg om de onrechtmatigheid van de gunningscriteria weg te nemen. Het docentenmateriaal wordt doorgaans uitsluitend door de uitgever van de desbetreffende lesmethode geleverd en andere inschrijvers kunnen daar geen invloed op uitoefenen. Daarmee zijn de gunningscriteria met betrekking tot het docentenmateriaal ongeschikt en in strijd met art. 2.113a Aw.

## 2.6. Klachtonderdeel 6

Inschrijvers moeten in het kader van de prijs-gunningscriteria van perceel A kortingspercentages aanbieden voor de leermiddelen van elke lesmethode. Die gunningscriteria zijn in feite doorslaggevend voor de uitkomst van de aanbestedingsprocedure. De systematiek van de kortingspercentages leidt echter tot een ongeachtvaardigde bevoordeling van de uitgever van de desbetreffende lesmethode.

## 2.7. Klachtonderdeel 7

Aanbesteder is niet bereid om gelijkwaardige lesmethoden voor de subpercelen van perceel A te accepteren. Dat is rechtstreeks in strijd met art. 2.76 lid 4 sub b Aw. Voor de voorgeschreven LIFO-producten zijn gelijkwaardige alternatieven op de commerciële markt verkrijgbaar en ondernemer wenst daarom in de gelegenheid gesteld te worden om deze alternatieven aan aanbesteder aan te bieden.

## 2.8. Klachtonderdeel 8

Aanbesteder hanteert een relatieve beoordeling bij de gunningscriteria die betrekking hebben op het kortingspercentage (wens 1 en 3 van paragraaf 6.5A en wens 1 en 2 van paragraaf 6.5B). Een dergelijke wijze van beoordelen is hier echter onnodig en in strijd met de Aanbestedingswet 2012 (zie Advies 504). Dit geldt te meer omdat de prijscriteria in feite doorslaggevend zijn, waardoor de te behalen score op de prijscriteria van wezenlijke invloed is bij de voorbereiding van de inschrijvingen.

## **3. Reactie aanbesteder**

### Formele verweren aanbesteder

#### 3.1. Niet in behandeling nemen

3.1.1. Aanbesteder stelt dat de klacht niet in behandeling moet worden genomen op grond van enkele formele verweren. De formele verweren en de beoordeling van die verweren door de Commissie zijn onderstaand weergegeven onder 4.2 en verder.

## *Inhoudelijke reactie aanbesteder*

### 3.2. Klachtonderdeel 1

- 3.2.1. Aanbesteder heeft aan de uitgevers de vraag voorgelegd of de door de betreffende uitgever aangeboden lesmethodes die zijn opgenomen in LIFO-perceel A, met ingang van schooljaar 2021/2022 voldoen aan het LIFO concept. Alle uitgevers hebben te kennen gegeven dat zulks inderdaad vanaf schooljaar 2021/2022 het geval is.
- 3.2.2. Daarnaast geldt dat de gevraagde lesmethoden als LIFO-concept als digitale licentie aangeboden worden en naar keuze ook folio kunnen worden afgenomen. Tevens voldoen de lesmethoden aan de arrangeermogelijkheid, zoals blijkt uit de toelichting in het antwoord op vraag 98.
- 3.2.3. Alle lesmethoden met gevraagde leermiddelen moeten beschikbaar zijn gesteld op de commerciële markt, thans bij inschrijving en gedurende de contractperiode. Hierover kan volgens aanbesteder geen onduidelijkheid bestaan. Te meer nu hij dit heeft bevestigd in het antwoord op vraag 78 in de tweede Nota van Inlichtingen.
- 3.2.4. In de tweede Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder vraag 78 - of behalve perceel A1 alle andere lesmethoden voor de overige percelen geschikt moeten zijn voor zowel onderbouw als bovenbouw – duidelijk met 'nee' beantwoord.
- 3.2.5. Uit de raamovereenkomst blijkt dat als opdrachtnemer kan aantonen dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend ook geen sprake zal zijn van het verhalen van een boete of schade.
- 3.2.6. De herhaalde stellingname van ondernemer dat aanbesteder niet op zijn bezwaren heeft gereageerd, is volgens aanbesteder geheel onterecht.

### 3.3. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder heeft gunningscriteria niet gewijzigd, maar deze alleen op verzoek van klager nader geded.

### 3.4. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder is van mening dat de gunningscriteria voldoende duidelijk maken wat van de inschrijvers wordt gevraagd en op welke wijze zal worden beoordeeld. Aanbesteder wenst niet zo ver te gaan dat criteria volledig op voorhand ingevuld worden waardoor de professionele inschrijver niet meer de mogelijkheid heeft zich te onderscheiden.

### 3.5. Klachtonderdeel 4

De betreffende wensen bieden inschrijvers voldoende ruimte om een concurrerende inschrijving te doen. Overigens blijkt dit tevens uit inschrijvingen die de afgelopen periode hebben plaatsgehad waarbij soortgelijke criteria zijn gehanteerd en zelfs zeer recent een inschrijver – niet zijnde uitgever – heeft aangetoond zich met deze criteria zeker te kunnen onderscheiden en in sommige gevallen een uitgever te overtreffen.

### 3.6. Klachtonderdeel 5

Centraal voor de betreffende wens 2 in de offerteaanvraag staat het optimaal faciliteren van docentenhandleidingen en antwoordboeken. De enige aanvulling die in de tweede Nota van Inlichtingen is aangebracht is dat aanbesteder garant staat voor de kosten als de uitgever aan ondernemer kosten in rekening brengt voor docentenhandleidingen en antwoordboeken. Het betreft dus slechts een verduidelijking (ten gunste van ondernemer!). Aanbesteder vindt het overigens opvallend dat ondernemer de mening is toegedaan dat in de facilitering van docentemateriaal en antwoordboeken geen onderscheidend vermogen aan te brengen is, aangezien ondernemer steeds het belang van een optimale facilitering van lesmateriaal heeft benadrukt. Ten aanzien van docentemateriaal en antwoordboeken geldt ten aanzien van deze facilitering een en ander des te meer. De professionele inschrijver zal zeker bekend zijn met het feit dat de facilitering van dit materiaal aparte aandacht verdient en kan zich hiermee onderscheiden.

### 3.7. Klachtonderdeel 6

Aanbesteder merkt op dat het standpunt van ondernemer reeds aan de orde is geweest in een soortgelijke kwestie bij de rechtbank Den Haag, die 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 niet zonder meer het geval is dat de uitgevers in staat zijn om het hoogste kortingspercentage aan te bieden. Aanbesteder verwijst verder naar rechts-overweging 5.3.2 van voornoemde uitspraak:

'5.3.2 Volgens TLN en Iddink is dit in de eerste plaats het geval doordat de uitgevers in staat zijn om het hoogste kortingspercentage aan te bieden. Dit argument is reeds aan de orde geweest in een soortgelijke kwestie bij deze rechtbank, die heeft geleid tot het vonnis van de voorzieningenrechter van 17 januari 2017 (ECLI:NL:RBDHA:2017:2217). In dit vonnis heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat dit niet zonder meer het geval is. Daartoe heeft de voorzieningenrechter overwogen dat het kortingspercentage voor wat betreft Perceel A niet alleen de levering van een lesmethode betreft maar ook de levering van onderwijsdiensten, waarop de distributeur zich op prijs van de uitgever kan onderscheiden. Daarnaast is denkbaar dat de uitgever het door hem op grond van een met de distributeur gesloten distributieovereenkomst aan de distributeur geboden kortingspercentage niet kan overtreffen, vanwege bijvoorbeeld de aan de lesmethode verbonden ontwikkelkosten, die volledig voor haar rekening komen. Voorts verkeren – zoals ThiemeMeulenhoff uitvoerig heeft betoogd – de distributeurs ten aanzien van de terugkoopregeling van leermiddelen op basis van de huidige overeenkomsten in een betere uitgangpositie. Aldus moet – ook indien een uitgever wel het hoogste kortingspercentage zou kunnen aanbieden – worden aangenomen dat dit niet van doorslaggevende betekenis is voor de uitkomst van de aanbestedingsprocedure. De voorzieningenrechter verwijst daarbij mede naar Advies 379 van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 18 oktober 2016. In paragraaf 5.6.4 van dit advies heeft deze commissie aan de hand van een rekenvoorbeeld inzichtelijk gemaakt dat het door de uitgever op het subgunningscriterium Kortingspercentage te behalen puntenvoordeel door de distributeur op de overige subgunningscriteria van het gunningscriterium Prijs kan worden overbrugd. Dat de inschrijver ten tijde van de inschrijving nog niet met de consumentenprijs bekend is, doet er blijkens voormeld vonnis niet aan af dat de inschrijver in staat moet worden geacht om eventuele kortingen die zij wil aanbieden te berekenen. Door TLN en Iddink zijn onvoldoende feiten of omstandigheden aangedragen, die met zich brengen dat thans op dit punt anders geoordeeld dient te worden, waarbij tevens geldt dat op grond van hetgeen Carmel en de uitgevers hebben aangevoerd op voorhand niet onaannemelijk is dat aan distributeurs tevens mogelijkheden ter beschikking staan om een eventueel op prijs opgelopen achterstand via hun antwoorden op de wensen op kwalitatieve gunningscriteria (verder) in te lopen.'

### 3.8. Klachtonderdeel 7

- 3.8.1. In de jurisprudentie is niet alleen meermaals geoordeeld dat het noemen van een lesmethode toegestaan is, maar ook dat het niet nodig is daaraan toe te voegen 'of gelijkwaardig'. Aanbesteder verwijst in dit kader allereerst naar het vonnis van de voorzieningenrechter Den Haag van 27 november 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:13949), waarin onder andere werd verwezen naar het vonnis van de voorzieningenrechter Zeeland-West-Brabant van 1 mei 2015 (ECLI:NL:RBZWB:2015:2951).
- 3.8.2. 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 een gelijk speelveld te creëren voor potentiële inschrijvers, zodat deze in gelijke mate in staat zijn om een concurrerende inschrijving te doen.

### 3.9. Klachtonderdeel 8

In de Nota's van Inlichtingen van tientallen andere eerdere aanbestedingen heeft ondernemer geen bezwaren geuit, terwijl bij deze aanbestedingen dezelfde relatieve beoordelingssystematiek is gehanteerd. Vooraf is duidelijk hoeveel punten de inschrijver maximaal kan scoren op het onderdeel kwaliteit en het onderdeel prijs. Daarmee is de verhouding kwaliteit en prijs duidelijk. Deze is bepalend. De inschrijver met het hoogste kortingspercentage ontvangt ook deze maximale score. Andere inschrijvers ontvangen een score die recht doet aan het door hun geoffreerde kortingspercentage. Dit geldt overigens ook voor de kwaliteitscriteria. Inschrijvers weten vooraf hoeveel punten ze maximaal kunnen scoren, maar of dat daadwerkelijk zo zal zijn is helemaal afhankelijk van hun inschrijving en de inschrijvingen van de andere aanbieders. Zo wordt elke inschrijver uitgenodigd zijn optimale aanbod te doen voor zowel kwaliteit als prijs. Kiezen voor een absolute beoordelingssystematiek zoals klager voorstelt zou onvoldoende recht doen aan de verhouding tussen partijen voor het kortingspercentage waarvoor zij inschrijven.

## 4. **Beoordeling**

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 25 januari 2021 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten voor de levering van leermiddelen en het verrichten van onderwijsdiensten. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (2e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

### **In behandeling nemen klacht**

- 4.2. De Commissie heeft de onderhavige klacht in behandeling genomen. Zij overweegt in dat verband het volgende.

#### *Redelijke termijn geboden aan aanbesteder?*

- 4.2.1. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat hij geen redelijke termijn heeft gekregen voor een reactie op de klacht van ondernemer en dat de Commissie vanwege het bepaalde in artikel 9 lid 1 sub b van haar Reglement de klacht niet in behandeling kan nemen.

- 4.2.2. De Commissie is met aanbestede van oordeel dat de termijn waarbinnen ondernemer een reactie op zijn klacht van 5 maart 2021 verzocht zeer beperkt was. Voor het beantwoorden van de vraag of aanbestede in de gelegenheid is gesteld binnen een redelijke termijn te reageren, zoals bedoeld in artikel 9 lid 1 sub b van het Reglement van de Commissie, is voor de Commissie van belang dat de klacht is ingediend voor de inschrijvingsdatum. Zoals ondernemer naar voren bracht in zijn klacht, had aanbestede de mogelijkheid de inschrijvingsdatum te verplaatsen naar een later moment. Mogelijk had aanbestede goede redenen voor het niet kunnen of willen verplaatsen van die inschrijvingsdatum. Het is denkbaar dat het onderwerp van onderhavige aanbesteding (de levering van leermiddelen en het aanbieden van onderwijsdiensten voor lesmethoden) meebrengt dat de inschrijvingsdatum geen uitstel kan dulden. Het had echter op de weg van aanbestede gelegen de redenen daarvoor in zijn reactie weer te geven. Aanbestede heeft niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat uitstellen van de inschrijvingsdatum tot problemen zou leiden.
- 4.2.3. De Commissie meent dat de klacht in behandeling kan worden genomen, omdat onmogelijkheid van uitstel van de inschrijvingsdatum niet door aanbestede is gesteld en de klacht als geheel (niet in al haar onderdelen) een serieus karakter heeft en niet enkel lijkt te zijn ingediend om uitstel van de inschrijvingsdatum te bewerkstelligen. Die omstandigheden tezamen nemend, is aanbestede in de gelegenheid gesteld binnen een redelijke termijn te reageren, althans is niet gebleken dat een reactie van aanbestede na een redelijke termijn en een uitgestelde inschrijvingsdatum tot problemen had geleid. De Commissie heeft de klacht daarom in behandeling genomen.

*Tijdig geklaagd?*

- 4.3. De Commissie onderzoekt vervolgens of de ondernemer zijn klacht tijdig onder de aandacht van de aanbestede heeft gebracht.
- 4.3.1. Aanbestede stelt zich op het standpunt dat ondernemer niet in behandeling kan worden genomen omdat de eerder geuite bezwaren jegens aanbestede niet door ondernemer, maar door een andere partij naar voren zijn gebracht.

*Toetsingskader proactiviteit*

- 4.3.2. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of 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 aanbestede dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbestede 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.

*'Meeliften' op vragen van andere ondernemers*

- 4.3.3. Naar het oordeel van de Commissie brengt die ratio mee dat een ondernemer niet uitsluitend mag klagen over onderwerpen waarover hij zelf vragen heeft gesteld, maar ook over onderwerpen waarover andere ondernemers vragen hebben gesteld. Ook indien vragen niet zijn gesteld door ondernemer zelf, brengt dat naar het oordeel van de Commissie niet met zich mee dat ondernemer hier later niet meer over mag klagen (zie Advies 396, overweging 5.5). Als gevolg van de gestelde vragen is aanbestede in staat is een potentiële inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven. Een andersluidend oordeel zou leiden tot een onnodige administratieve

verzwaring van aanbestedingsprocedures, omdat ondernemers, uit een oogpunt van rechtsbescherming, zouden worden gestimuleerd zoveel mogelijk onderwerpen zelf aan de kaak te stellen, zelfs als een onderwerp al diverse malen naar voren zou zijn gebracht door andere potentiële inschrijvers. Die uitkomst acht de Commissie onwenselijk.

*Bezwaren te laat geuit?*

- 4.3.4. Aanbesteder stelt voorts dat ondernemer zijn bezwaren pas bij de tweede Nota van Inlichtingen naar voren heeft gebracht. Daarmee heeft ondernemer volgens aanbesteder onvoldoende proactief gehandeld.
- 4.3.5. De Commissie overweegt dat het koesteren van bezwaren en het zonder aanwijsbare reden achterhouden daarvan inderdaad kan worden gezien als een gebrek aan proactiviteit. In dit geval geldt echter, zoals ondernemer stelt, dat aanbesteder in paragraaf 3.1.6 van de Offerteaanvraag heeft bepaald dat bezwaren zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk de laatste dag dat vragen kunnen worden gesteld, kenbaar moeten worden gemaakt. Op basis van die bepaling mocht ondernemer erop vertrouwen dat hij zijn bezwaren tijdig naar voren heeft gebracht.
- 4.3.6. Daarmee gaat de Commissie over tot inhoudelijke behandeling van de klacht.

#### 4.4. Klachtonderdeel 1

##### **Beknopt oordeel**

- 4.4.1. De twijfels die ondernemer heeft bij het voldoen van de voorgeschreven lesmethoden aan het LIFO-concept, heeft hij onvoldoende concreet onderbouwd. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

##### **Toelichting**

- 4.4.2. Ondernemer stelt dat geen van de voorgeschreven lesmethoden op dit moment aan het LIFO-concept voldoet. Ondernemer draagt twee kenmerken aan, waaraan de voorgeschreven lesmethoden niet zouden voldoen.

*Eerste punt: keuze afname folio*

- 4.4.3. Blijkens het antwoord op vraag 78 uit de tweede Nota van Inlichtingen is het ter vrije keuze van de opdrachtgever om naast de digitale licentie het folio lesmateriaal af te nemen. Ondernemer stelt dat de lesmethoden van uitgever N alleen als combinatie van digitaal en folio aan de commerciële markt worden aangeboden, zodat scholen niet kunnen kiezen voor louter digitaal. Een nadere onderbouwing van deze stelling ontbreekt.
- 4.4.4. Aanbesteder stelt dat hij voorafgaand aan de aanbesteding een onderzoek heeft verricht naar de betreffende lesmethoden en heeft geoordeeld dat de lesmethoden voldoen aan de vereisten van het LIFO-concept. Aanbesteder heeft de betreffende uitgevers bovendien de vraag voorgelegd of de door hen aangeboden lesmethodes voldoen aan het LIFO-concept. Alle uitgevers hebben te kennen gegeven dat dat inderdaad het geval is.
- 4.4.5. Aanbesteder is van mening dat hij gerechtvaardigd mag vertrouwen op de verklaringen van de uitgevers. De Commissie is van oordeel dat dat, in gevallen als het onderhavige, inderdaad het uitgangspunt is. In beginsel mogen aanbestedende diensten vertrouwen op de verklaringen van een leverancier, tenzij op basis van (door ondernemer te stellen) omstandigheden sprake is gerede twijfel. De niet

onderbouwde stelling van ondernemer geeft geen aanleiding voor gerede twijfel, waarmee de Commissie oordeelt dat aanbesteder terecht heeft vertrouwd op de verklaringen van de uitgevers.

*Tweede punt: onmogelijkheid te arrangeren*

- 4.4.6. Voor het tweede punt dat ondernemer naar voren brengt geldt, *mutatis mutandis*, hetzelfde. Ondernemer stelt dat voor alle voorgeschreven lesmethoden geldt dat niet kan worden 'gearrangeerd' zoals bedoeld in de Offerteaanvraag. De onderbouwing die ondernemer daarvoor aanlevert, luidt dat uitgever N en uitgever M niet hebben kunnen bevestigen dat met hun lesmethoden kan worden gearrangeerd, ondanks de vraag ernaar van ondernemer. Betreffende uitgevers hebben echter jegens aanbesteder verklaard dat de arrangeermogelijkheid bestaat voor hun lesmethoden. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder ook ten aanzien van dit punt terecht heeft vertrouwd op de verklaringen van de uitgevers.

*Onduidelijkheden ten aanzien van voldoen lesmethoden*

- 4.4.7. Ondernemer stelt dat op verschillende punten onduidelijkheden bestaan over het voldoen van de lesmethoden aan het LIFO-concept. Die onduidelijkheden schuilen met name in het uitblijven van de beantwoording van bij ondernemer levende vragen. Aanbesteder heeft in zijn reactie telkens de vindplaats weergegeven van de beantwoording van de bij ondernemer levende vragen. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder de vermeende onduidelijkheden daarmee afdoende weggenomen, waarmee ondernemer geen belang meer heeft bij klachtonderdeel 1. De Commissie verklaart klachtonderdeel 1 **ongegrond**.

- 4.5. Klachtonderdelen 2 en 5

#### **Beknopt oordeel en toelichting**

- 4.5.1. De Commissie overweegt dat aanbesteder bij tweede Nota van Inlichtingen een verduidelijking heeft gegeven op enkele wensen, waardoor kan worden gesteld dat die wensen op ondergeschikte punten zijn gewijzigd. Een dergelijke ondergeschikte wijziging verplicht aanbesteder niet tot heraanbesteding of tot verlenging van de inschrijvingstermijn. Ondernemer heeft nagelaten concreet te onderbouwen waarom de termijn van 13 dagen onvoldoende lang is voor aanpassing van zijn inschrijving aan de door hem gestelde wijzigingen in de gunningscriteria. Bij gebreke van concreet onderbouwde stellingen, kan de Commissie niet oordelen over de vraag of sprake is van een ongeschikt of discriminatoir (sub)gunningscriterium. De Commissie verklaart deze klachtonderdelen **ongegrond**.

#### **Toelichting**

- 4.5.2. Deze klachtonderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.
- 4.5.3. Klachtonderdeel 2 heeft betrekking op de wijzigingen die aanbesteder op verzoek van ondernemer heeft aangebracht in wens 6 uit paragraaf 6.1A Offerteaanvraag en wensen 2 en 3 uit paragraaf 6.3A Offerteaanvraag. Met klachtonderdeel 5 komt ondernemer op tegen de wijzigingen die op zijn verzoek zijn doorgevoerd in wens 2 van paragraaf 6.5A Offerteaanvraag en wens 3 van paragraaf 6.5B Offerteaanvraag.

*Verwijzing naar overige onderdelen Advies*

- 4.5.4. In het kader van deze klachtonderdelen 2 en 5 behandelt de Commissie wens 2 en wens 3 van paragrafen 6.5A en 6.5B Offerteaanvraag. Voor de onderbouwing

van de ongegrondverklaring van klachtonderdeel 2 over heraanbesteding dan wel termijnverlenging verwijst de Commissie naar de behandeling van klachtonderdeel 5, meer specifiek naar overweging 4.5.8. Voor de inhoudelijke behandeling van de wijziging in de onder klachtonderdeel 2 genoemde wensen, verwijst de Commissie naar de behandeling van klachtonderdelen 3 en 4 (overweging 4.6 en verder en 4.7 en verder).

#### *Subonderdelen klachtonderdeel 5*

- 4.5.5. Klachtonderdeel 5 bestaat uit twee subonderdelen. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat (i) de wijziging heraanbesteding, althans een aanzienlijke verlenging van de inschrijvingstermijn zou vergen. Ondernemer verwijst daarbij naar artikel 2.73 Aw 2012. Daarnaast stelt ondernemer zich op het standpunt dat (ii) de wensen ongeschikt en discriminatoir zouden zijn (vgl. klachtonderdeel 4). Klachtonderdeel 2 is niet verdeeld in subonderdelen: ondernemer klaagt voor dat onderdeel alleen dat de wijziging verplicht tot heraanbesteding dan wel termijnverlenging.

#### *Wettelijk kader*

- 4.5.6. Voor zover hier van belang is in artikel 2.73 Aw 2012 bepaald dat een aanbestedende dienst de termijn voor het indienen van inschrijvingen verlengt, indien tijdig aangevraagde aanvullende informatie die van betekenis is voor het opstellen van de inschrijving niet uiterlijk tien voor de inschrijvingstermijn is verstrekt (lid 1 sub c). Een aanbestedende dienst verlengt de termijn voor het indienen van inschrijvingen eveneens indien de aanbestedingsstukken aanzienlijk zijn gewijzigd (lid 1 sub d). De wet schrijft bij de aanzienlijke wijziging van aanbestedingsstukken geen minimale termijn voor waarmee de termijn voor het indienen van inschrijvingen moet worden verlengd.

#### **'Artikel 2.73**

1. Een aanbestedende dienst verlengt de termijnen voor het indienen van de inschrijvingen zodanig dat alle betrokken ondernemers van alle nodige informatie voor de opstelling van de inschrijvingen kennis kunnen nemen, indien:

a. (...),

b. (...),

c. de tijdig aangevraagde aanvullende informatie, die van betekenis is voor het opstellen van de inschrijvingen, niet uiterlijk tien dagen of, in een geval als bedoeld in artikel 2.74, onderdelen a en c, niet uiterlijk vier dagen voor de voor het indienen van de inschrijvingen gestelde termijn is verstrekt, of

d. de aanbestedingsstukken aanzienlijk gewijzigd zijn.

2 In de gevallen, bedoeld in het eerste lid, onderdelen c en d, dient de duur van de verlenging in redelijke verhouding te staan tot het belang van de informatie of wijziging.'

#### *(i) Heraanbesteding of verlenging inschrijvingstermijn*

- 4.5.7. Oorspronkelijk zou aanbesteder bij de beoordeling van wens 2 en wens 3 van paragrafen 6.5A en 6.5B Offerteaanvraag betrekken of docenthandleidingen en antwoordboeken gratis zouden worden verstrekt. In antwoord op enkele vragen uit de tweede Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder gesteld de eventuele kosten te zullen vergoeden die uitgeverijen in rekening brengen voor het verstrekken van de docentenhandleidingen en antwoordboeken aan inschrijver. Zodoende beoordeelt



aanbesteder in het kader van deze wens enkel nog of docenten en stagiaires zo optimaal mogelijk worden gefaciliteerd.

- 4.5.8. De Commissie overweegt dat ondernemer onvoldoende concreet heeft onderbouwd waarom de wijziging van genoemde wensen zou verplichten tot heraanbesteding. In algemene zin heeft te gelden dat het ecarteren van een gunningscriterium aanleiding kan zijn voor het intrekken van een aanbestedingsprocedure (vgl. HvJ EU 4 december 2003, C-448/01, EVN en Wienstrom, r.o. 95). De wijziging die aanbesteder in dit geval heeft doorgevoerd, beschouwt de Commissie echter niet als het ecarteren van een gunningscriterium, maar als een verduidelijking en eventueel een ondergeschikte wijziging in een subgunningscriterium. Onder die omstandigheden bestaat geen verplichting tot heraanbesteding. Uit de klacht van ondernemer blijkt de Commissie bovendien onvoldoende waarom de achttien kalenderdagen tussen de tweede Nota van Inlichtingen en de inschrijvingsdatum niet toereikend zouden (kunnen) zijn. Dit subonderdeel van het klachtonderdeel acht de Commissie daarom **ongegrond**.

*(ii) Ongeschikte en discriminatoire subgunningscriteria*

- 4.5.9. Ondernemer stelt dat voor de inschrijver die niet tevens uitgever is niets valt te faciliteren, omdat vragen over de docenthandleidingen en antwoordboeken per definitie productkenmerken zouden betreffen, waarop alleen de uitgever zou kunnen antwoorden. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de professionele inschrijver zeker bekend zal zijn met het feit dat de facilitering van dit materiaal aparte aandacht verdient en inschrijvers zich hiermee kunnen onderscheiden.
- 4.5.10. De Commissie acht de stellingen van beide partijen onvoldoende (concreet) onderbouwd en acht zich daarmee niet in staat een oordeel te vellen over dit aspect van het klachtonderdeel. De Commissie verklaart beide subonderdelen van het klachtonderdeel **ongegrond**.

4.6. Klachtonderdeel 3

**Beknopt oordeel**

- 4.6.1. De Commissie oordeelt dat de (sub)gunningscriteria, inclusief bij Nota van Inlichtingen gegeven toelichting, niet onduidelijk zijn voor de redelijk geïnformeerde, normaal zorgvuldige inschrijver. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

**Toelichting**

- 4.6.2. Dit klachtonderdeel betreft wensen 1, 3 en 4 uit paragraaf 6.2A en wensen 2 en 3 uit paragraaf 6.3A van de Offerteaanvraag. Naar het oordeel van de Commissie kan dit klachtonderdeel niet los worden gezien van de onderdelen van Advies 603 waarnaar ondernemer verwijst die zien op een andere aanbesteding waarin (nagenoeg) dezelfde wensen 1, 3 en 4 uit paragraaf 6.2A werden gehanteerd. De Commissie behandelt wens 1 uitvoeriger en zal daarnaar verwijzen bij de behandeling van de overige wensen.

*Wens 1: invloed op kwaliteit leermiddelen*

- 4.6.3. Wens 1 gaat over de mate waarin vaksecties door inschrijvers de mogelijkheid wordt geboden invloed uit te oefenen op de kwaliteit van de geleverde leermiddelen. Hoogte van de waardering is afhankelijk van 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.

- 4.6.4. In de zaak die het onderwerp was van Advies 603 heeft de Commissie geoordeeld dat alleen de uitgever die de betreffende lesmethode uitgeeft de in het kader van dit subgunningscriterium (wens 1 van 6.2A) gevraagde diensten kan bieden. Naar het oordeel van Commissie was daarom in beginsel geen concurrentie mogelijk voor dit kwalitatieve subgunningscriterium.

#### *Toelichting bij Nota van Inlichtingen*

- 4.6.5. Aanbesteder heeft de vraag over dit oordeel van de Commissie in relatie tot wens 1 uit paragraaf 6.2A (vraag 98 uit de tweede Nota van Inlichtingen) beantwoord met een verduidelijking van het subgunningscriterium. De verduidelijking houdt in dat aanbesteder beoordeelt op welke wijze de inschrijver het aanleveren van commentaar van vaksecties op de kwaliteit van leermiddelen mogelijk maakt en mogelijk maakt dat vaksecties de gelegenheid krijgen om voorstellen te doen voor aanpassingen van de lesmethoden. Inschrijver verzamelt, ordent en kanaliseert het commentaar van de vaksecties. De hoogte van de score is afhankelijk van de mogelijkheid om vaksecties de kans te geven commentaar te geven, voorstellen te doen en deze met elkaar te delen en de wijze en snelheid waarop dit door de inschrijver aan de uitgever wordt aangeboden.

#### *Klacht ondernemer*

- 4.6.6. Ondernemer klaagt dat de toelichting onvoldoende duidelijkheid over de inhoud en strekking van het gunningscriterium zou geven. Zo stelt ondernemer de vragen (i) Hoe wordt beoordeeld in de situatie dat inschrijver tevens uitgever is? (ii) Wat heeft dat voor gevolgen ten aanzien van de waardering van het door aanbesteder genoemde aanbieden aan de uitgever en de snelheid waarmee dat gebeurt? (iii) Hoe waarborgt aanbesteder dat inschrijvers die niet tevens uitgever zijn voor de desbetreffende lesmethode een gelijke kans hebben aan de uitgevers?

#### *Oordeel Commissie*

- 4.6.7. De onduidelijkheid die ondernemer ziet in de gegeven toelichting ziet de Commissie niet. De Commissie is van oordeel dat uit de toelichting voldoende duidelijk blijkt op welke wijze de redelijk geïnformeerde, normaal zorgvuldige inschrijver het subgunningscriterium moet begrijpen. Wat de door ondernemer gestelde vragen betreft, overweegt de Commissie dat uit de beantwoording van aanbesteder blijkt dat hij oneerlijke concurrentie heeft willen tegengaan door bij de beoordeling van het subgunningscriterium acht te slaan op het verzamelen, ordenen en kanaliseren van het commentaar van de vaksecties. Aanbesteder is in die opzet geslaagd en de Commissie acht het subgunningscriterium in combinatie met de toelichting voldoende helder voor de redelijk geïnformeerde, normaal zorgvuldige inschrijver. Inschrijvers moeten uit de beantwoording van vraag 98 in ieder geval afleiden dat het subgunningscriterium, anders dan ondernemer suggereert, op dezelfde wijze op de inschrijving van een uitgever als op andere inschrijvingen kan worden toegepast.
- 4.6.8. De vragen die ondernemer stelt over de overige subgunningscriteria waarop dit klachtonderdeel betrekking heeft, vormen voor de Commissie onvoldoende onderbouwing van de stelling dat de gunningscriteria onduidelijk zouden zijn. Ondernemer werpt enkele vragen op over de subgunningscriteria en stelt dat aanbesteder die vragen niet of niet afdoende heeft beantwoord. Net als bij wens 1 uit paragraaf 6.1A, acht de Commissie die vragen echter afdoende door aanbesteder beantwoord

voor de redelijk geïnformeerde, normaal zorgvuldige inschrijver. Van belang is daarbij telkens in ogenschouw te nemen dat aanbesteder ernaar streeft oneerlijke concurrentie te voorkomen. Dat expliciet geuite streven speelt een rol bij de uitleg van de door aanbesteder gegeven antwoorden. De Commissie heeft de Nota van Inlichtingen in dat licht gezien en is van oordeel dat aanbesteder, in zijn wens zoveel mogelijk een level playing field te creëren, de betreffende (sub)gunningscriteria voldoende heeft toegelicht.

- 4.6.9. De Commissie oordeelt dat geen sprake is van onduidelijkheden in de (sub)gunningscriteria die gegrondverklaring van de klacht rechtvaardigen en verklaart dit klachtonderdeel derhalve **ongegrond**.

#### 4.7. Klachtonderdeel 4

##### **Beknopt oordeel**

- 4.7.1. De Commissie overweegt dat de betrokken (sub)gunningscriteria de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging voldoende lijken te waarborgen. Verder gaat de verplichting tot het creëren van een level playing field niet zo ver dat het aan aanbesteder is te treden in de verhoudingen tussen marktpartijen. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

##### **Toelichting**

- 4.7.2. Dit klachtonderdeel heeft ondernemer verdeeld in 3 subonderdelen: (i) ongeschikte gunningscriteria, (ii) geen level playing field en (iii) bezwaren niet tardief.

##### *Ongeschikte gunningscriteria?*

- 4.7.3. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat enkele (sub)gunningscriteria betrekking hebben op productkenmerken of daarvan direct afhankelijk zijn. Omdat de uitgever van de betreffende voorgeschreven lesmethode de enige is die invloed kan uitoefenen op de productkenmerken, meent ondernemer dat de (sub)gunningscriteria niet de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging waarborgen.
- 4.7.4. Naar het oordeel van de Commissie berust dit klachtonderdeel op een verkeerde lezing van het antwoord op vraag 98 van de tweede Nota van Inlichtingen. Uit de toelichting van aanbesteder blijkt dat de wensen die onderwerp zijn van dit klachtonderdeel worden beoordeeld op basis van kenmerken waarop de inschrijvers invloed kunnen uitoefenen. Zo wordt wens 1 beoordeeld op basis van de wijze waarop inschrijver het commentaar van de vaksectie verzamelt, ordent en kanaliseert. Wens 3 wordt beoordeeld op basis van de wijze waarop inschrijver het mogelijk maakt dat aanvullende bewerkingen van de docent kunnen worden opgeslagen en op een eenvoudige wijze weer kunnen worden hergebruikt. Wens 4 wordt beoordeeld aan de hand van de dienstverlening rondom het leermiddel, waarmee inschrijver ondersteuning biedt bij het arrangeren door de docent van eigen lesmateriaal naast het gekochte lesmateriaal, zodat dit geïntegreerd kan worden aangeboden aan de leerling.
- 4.7.5. Ondernemer baseert dit klachtonderdeel verder in belangrijke mate op de kwalificatie van informatie over een leermiddel als een productkenmerk. Indien een (sub)gunningscriterium betrekking heeft op informatie die inschrijver aanlevert over een leermiddel, meent ondernemer dat sprake is van een (sub)gunningscriterium dat niet de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging waarborgt.
- 4.7.6. De Commissie overweegt dat het aanleveren van informatie over een product niet zonder meer moet worden beschouwd als een productkenmerk. De mogelijkheden

van een product worden niet per definitie het best beschreven (of aangewend) door de producent. Voor zover de klacht van ondernemer is gelegen in het feit dat de uitgevers informatie voor hem achterhouden die relevant is voor het doen van een inschrijving, is die klacht niet gericht tegen aanbesteder. De Commissie oordeelt dat dergelijk handelen van marktpartijen, voor zover daarvan inderdaad sprake zou zijn, geen handelen of nalaten betreft dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

#### *Level playing field*

- 4.7.7. De Commissie overweegt dat de plicht voor een aanbestedende dienst om een 'level playing field' te creëren in beginsel slechts inhoudt in dat hij de inschrijvers zoveel als mogelijk in staat stelt een concurrerende inschrijving te doen. Volgens vaste jurisprudentie gaat die plicht niet zover dat hij de verschillen tussen de concurrenten volledig moet compenseren (vgl. onder meer Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 3 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6842, r.o. 4.31 en Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 4 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4205, r.o. 4.7).
- 4.7.8. De keuze voor een bepaalde lesmethode wordt gemaakt door de desbetreffende vaksecties binnen de onderwijsinstellingen. Hierin zijn de onderwijsinstellingen vrij. Een lesmethode wordt geproduceerd door één specifieke uitgever en iedere lesmethode heeft een specifieke naam en ISB-nummer. Zoals de Voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft overwogen mogen deze namen en nummers uitdrukkelijk in aanbestedingsdocumenten worden genoemd, in afwijking van de hoofdregels van het aanbestedingsrecht. 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 blijkens het voorgaande als zodanig toelaatbaar is – per lesmethode wordt ingekocht. Het is niet aan een aanbestedende dienst om dit verschil in uitgangspositie weg te nemen en de distributeurs in een gelijke, lees: betere, positie te brengen (zie Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13949, r.o. 5.3).
- 4.7.9. Voor zover ondernemer, die niet tevens uitgever is van de voorgeschreven lesmethode, klaagt dat hij volledig afhankelijk is van de informatie die hij van de uitgever krijgt, overweegt de Commissie als volgt. In het voorgaande heeft de Commissie reeds overwogen dat de (sub)gunningscriteria de toets der kritiek kunnen doorstaan en daadwerkelijke mededinging niet ongerechtvaardigd lijken te belemmeren. Ondernemer heeft onvoldoende aangedragen voor de conclusie dat in deze aanbesteding de mededinging tussen uitgevers en distributeurs is vervalst of uitgeschakeld (vgl. Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 1 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:13024, r.o. 4.3 en verder). De Commissie hecht daarbij waarde aan de navraag van aanbesteder bij de uitgevers die meermaals zou hebben geleid tot de conclusie dat noodzakelijke informatie voor het doen van een inschrijving beschikbaar is gesteld door de uitgevers.

#### *Bezwaren niet tardief*

- 4.7.10. Dit onderdeel van de klacht heeft de Commissie reeds behandeld in het kader van de formele verweren van aanbesteder (zie overwegingen 4.3.4 en 4.3.5 bovenstaand).
- 4.8. Klachtonderdeel 6

### **Beknopt oordeel**

- 4.8.1. De Commissie overweegt dat indien een uitgever van een voorgeschreven lesmethode misbruik maakt van zijn machtspositie, dat rechtstreeks jegens de uitgever kan worden bestreden. De theoretische mogelijkheid tot misbruik maken van een machtspositie leidt evenwel niet tot een schending van de op aanbesteder rustende verplichting tot bewaking van het level playing field of tot het oordeel dat sprake is van een ongeschikt (sub)gunningscriterium. De Commissie verklaart dit klacht-onderdeel **ongegrond**.

### **Toelichting**

- 4.8.2. Ondernemer klaagt, zakelijk weergegeven, dat wens 1 en 3 uit paragraaf 6.5A de uitgeverijen bevoordelen en andere inschrijvers benadelen.
- 4.8.3. In wens 1 worden inschrijvers uitgenodigd een kortingspercentage te vermelden waarmee de consumentenprijs van de leermiddelen van die lesmethode per sub-perceel wordt verminderd. In wens 3 wordt inschrijvers de mogelijkheid geboden een afwijkend kortingspercentage aan te bieden voor individuele percelen, mocht het onder wens 1 aangeboden kortingspercentage niet tot gunning leiden.

#### *Machtspositie uitgevers bij vaststellen prijzen*

- 4.8.4. In de kern klaagt ondernemer dat uitgevers vrijelijk de consumentenprijs van hun leermiddelen kunnen vaststellen om vervolgens 'goede sier' te maken met een hoge korting. Voor uitgevers is dat een kwestie van 'vestzak-broekzak', maar voor elke andere inschrijver een verhoging van de kosten. De Commissie begrijpt dat ondernemer meent dat sprake is van een (sub)gunningscriterium dat niet de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging waarborgt, omdat het criterium deze handelwijze van uitgevers niet uitsluit.
- 4.8.5. Aanbesteder stelt dat deze klacht in feite al aan de orde is geweest in een zaak waarover rechtbank Den Haag zich heeft gebogen (Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13949). De rechter oordeelde in die zaak dat uitgevers niet zonder meer het hoogste kortingspercentage kunnen aanbieden. De rechter verwees in zijn vonnis naar Advies 379, waarin de Commissie inzichtelijk heeft gemaakt dat het door de uitgever te behalen voordeel met het kortingspercentage door de distributeur op de overige subgunningscriteria van het prijscriterium kunnen worden overbrugd.
- 4.8.6. De reactie van aanbesteder heeft de klacht van ondernemer niet weggenomen, omdat het gewicht van het kortingspercentage in de onderhavige aanbesteding aanzienlijk groter is dan het gewicht van het kortingspercentage in de aanbestedingen die hebben geleid tot voornoemd vonnis van de rechtbank Den Haag en Advies 379.

#### *Voorschrijven lesmethode en level playing field*

- 4.8.7. De Commissie overweegt dat aanbestedende diensten enerzijds geen opdrachten mogen ontwerpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen en anderzijds niet verplicht zijn de verschillen tussen concurrenten volledig te compenseren (zie bovenstaand onder 4.7.7). In het onderhavige geval geldt bovendien dat het aanbestedende diensten vrij staat een specifieke lesmethode voor te schrijven (zie Advies 379, overweging 5.5, Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:13949, r.o. 5.3 en Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:2217, r.o. 5.2.2). Andere

inschrijvers dan de uitgever van die lesmethode bevinden zich daardoor in een positie waarin zij op onderdelen afhankelijk zijn van de uitgever van de lesmethode. Naar het oordeel van de Commissie gaat de verplichting tot het bewaken van het level playing field niet zo ver dat aanbestedende diensten verplicht zijn alle verschillen tussen marktpartijen te compenseren die het gevolg zijn van het voorschrijven van een lesmethode. Dat de uitgever van een voorgeschreven lesmethode geen misbruik mag maken van zijn machtspositie is geen onderwerp van de klacht en ligt in beginsel buiten het bereik van het aanbestedingsrecht (vgl. Advies 379, overweging 5.8.2).

- 4.8.8. Onder de klacht van ondernemer ligt de aanname dat uitgevers de consumentenprijs kunstmatig hoog kunnen vaststellen om vervolgens een kunstmatig hoog kortingspercentage aan te bieden waarmee een voordeel op wens 1 en 3 uit paragraaf 6.5A zou worden behaald. Naar het oordeel van de Commissie houdt de theoretische mogelijkheid dat uitgevers op dergelijke wijze hun machtspositie aanwenden, geen schending in van de op aanbesteder rustende verplichting tot bewaking van het level playing field.
- 4.8.9. De Commissie acht het gerechtvaardigd dat aanbesteder de gunning van de opdracht mede baseert op de door aanbesteder te betalen prijs van de voorgeschreven lesmethode. Als de klacht van ondernemer tegen het uitvragen van kortingspercentages gegrond zou worden verklaard, zou dat betekenen dat aanbestedende diensten wel een lesmethode mogen voorschrijven, maar geen kortingspercentage daarvoor mogen uitvragen, omdat dan sprake zou zijn van een schending van het level playing field. Dat zou de toelaatbaarheid van het voorschrijven van een lesmethode uithollen. Naar het oordeel van de Commissie houdt de mogelijkheid van het voorschrijven van een lesmethode in dat redelijke criteria die daarmee verband houden mogen worden gehanteerd. De theoretische mogelijkheid dat uitgevers misbruik zouden maken van hun machtspositie kan rechtstreeks jegens uitgevers worden bestreden en leidt daarom niet zonder meer tot schending van het level playing field of ongeschiktheid van de relevante (sub)gunningscriteria. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegron**d.

#### 4.9. Klachtonderdeel 7

##### **Beknopt oordeel**

- 4.9.1. De Commissie overweegt dat de mogelijkheid specifieke lesmethoden voor te schrijven een uitzondering vormt die niet verplicht tot toevoeging van de woorden 'of gelijkwaardig'. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegron**d.

##### **Toelichting**

- 4.9.2. Ondernemer klaagt dat aanbesteder weliswaar specifieke lesmethoden mag voorschrijven, maar daaraan de woorden 'of gelijkwaardig' moet toevoegen op grond van artikel 2.76 lid 4 sub b Aw 2012.

##### *Voorschrijven gebaseerd op inhoudelijke voorkeur*

- 4.9.3. In algemene zin ondersteunt de Commissie de visie van ondernemer: als het een aanbestedende dienst is toegestaan in de technische specificaties te verwijzen naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, dan moet deze verwijzing vergezeld gaan van de woorden 'of gelijkwaardig'. Voor lesmethoden geldt de verplichte toevoeging van de woorden 'of gelijkwaardig' echter niet.

- 4.9.4. Het is vaste jurisprudentie dat aanbestedende diensten specifieke lesmethoden mogen voorschrijven. De toevoeging 'of gelijkwaardig' is niet nodig en zou een zinloze formaliteit inhouden (zie Voorzieningenrechter rechtbank Zeeland-West Brabant 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951, r.o. 4.10.4 en de jurisprudentie waarnaar bovenstaand onder 4.8.7 is verwezen).
- 4.9.5. De Commissie voegt daaraan het volgende toe. Verondersteld mag worden dat de vaksecties kennis hebben genomen van de (meest relevante) beschikbare lesmethodes en vervolgens op inhoudelijke gronden een keuze hebben gemaakt voor een specifieke (auteursrechtelijk beschermde) lesmethode. Als zij vervolgens in het kader van een aanbestedingsprocedure een oordeel moeten vellen over de gelijkwaardigheid van andere lesmethodes ten opzichte van de voorgeschreven lesmethode, zullen zij, op grond van dezelfde inhoudelijke argumenten die hebben geleid tot de keuze voor een specifieke lesmethode, tot de conclusie komen dat geen sprake is van gelijkwaardigheid. De toevoeging 'of gelijkwaardig' zou daarmee leiden tot verzwaring van de administratieve lasten, maar niet bijdragen aan een verdere openstelling van de opdracht voor mededinging. Dat resultaat acht de Commissie onwenselijk. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegron**d.
- 4.10. Klachtonderdeel 8

#### **Beknopt oordeel en toelichting**

Met dit klachtonderdeel komt ondernemer op tegen de hier door aanbesteder gehanteerde relatieve beoordelingssystematiek. De hier gehanteerde beoordelingssystematiek is vergelijkbaar met de beoordelingssystematiek die werd gehanteerd in de aanbestedingsprocedure die het onderwerp was van Advies 504. In dat advies heeft de Commissie geoordeeld dat een beoordelingssystematiek als de onderhavige (met de mogelijkheid van 'rank reversal'), waarbij de inhoud van de scoreregels van een of meer subgunningscriteria pas na inschrijving komt vast te staan en deze inhoud de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden) strijdig is met artikelen 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU en 2.115, lid 4 en 5 Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Naar het oordeel van de Commissie hanteert aanbesteder daarmee bovendien een methode die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van aanbesteder – economisch meest voordelige inschrijving. In de reactie van aanbesteder ziet de Commissie, onder verwijzing naar overweging 5.8.8 van Advies 504, geen aanleiding anders te oordelen dan in Advies 504. De Commissie acht dit klachtonderdeel daarom **gegron**d.

**5. Advies**

De Commissie acht onderdeel 1 tot en met 7 van de klacht **ongegron**d en onderdeel 8 **gegron**d.

Den Haag, 9 juli 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams	Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp	Mr. drs. T.H. Chen
Voorzitter	Vicevoorzitter	Commissielid