

De aanbestedingsperikelen rondom LIFO

Veel lezers zullen de afkorting LIFO niet snel relateren aan het aanbestedingsrecht, maar veel eerder aan het arbeidsrecht, waarbij LIFO staat voor Last In First Out. In dit artikel gaat het er echter niet om wie er binnen een schoolbestuur als eerste uit moet, maar gaat het over het leermiddelenbeleid. Het nieuwe LIFO-concept (Licentie Folio) heeft schoolbesturen in de afgelopen periode doen besluiten hun aanbestedingsprocedure voor de leermiddelen anders in te richten, met vergaande consequenties voor marktpartijen. De onvermijdelijke rechtszaken die hierop volgden, komen in dit artikel aan de orde waarbij twee rechtsvragen centraal staan: (1) is het toegestaan op de naam van een lesmethode aan te besteden en (2) leidt het aanbesteden van LIFO op afzonderlijke lesmethoden gecombineerd met onderwijsdiensten niet tot een ongerechtvaardigde bevoordeling van de maker van deze methode? Voordat ik toekom aan deze twee rechtsvragen zal ik eerst kort ingaan op de positie van leermiddelen binnen scholen voor voorgezet onderwijs.

Mr. H. Berendsen*

1. Wet gratis schoolboeken¹

Op 1 augustus 2008 werd de Wet gratis schoolboeken (WGS) ingevoerd. De WGS had tot doel de kosten voor ouders te beperken en de marktwerking op de educatieve boekenmarkt te verbeteren.² De WGS voegde een nieuw artikel 6 e, eerste lid toe aan de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO), waardoor het bevoegd gezag elk leerjaar aan een leerling, om niet lesmateriaal ter beschikking moet stellen. Onder lesmateriaal wordt aldus het tweede lid van genoemd artikel verstaan, het lesmateriaal dat naar vorm en inhoud is gericht op informatieoverdracht in onderwijssituaties en waarvan het gebruik specifiek voor het betreffende leerjaar is voorgeschreven. Korthedshalve: de leermiddelen die deel uitmaken van een lesmethode, uitgezonderd woordenboeken en atlanten. Het bevoegd gezag ontvangt per leerling € 316,34 per leerling³ om de kosten voor de aanschaf en gebruik van deze leermiddelen te dragen.

Doordat niet langer de ouders van de leerlingen de leermiddelen kopen, worden de schoolbesturen geconfronteerd met een (Europese) aanbestedingsplicht voor deze leermiddelen.⁴ Scholen zijn namelijk zogenaamde 'aanbestedende diensten' nu zij aangemerkt moeten worden als publiekrechtelijke instelling als bedoeld in artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Als aanbestedende dienst moet een schoolbestuur een overeenkomst voor leermiddelen met een waarde vanaf €221.000,-⁵ op grond van artikel 2.3 Aw 2012 Europees aanbesteden. Uitgaande van het maximaal besteedbare bedrag per leerling en het feit dat schoolbesturen in de regel contracten sluiten voor 4 jaar, betekent dit dat nagenoeg alle schoolbesturen overeenkomsten voor leermiddelen Europees moeten aanbesteden.⁶ Vanaf 2009 zijn schoolbesturen aan de slag gegaan met het Europees aanbesteden van leermiddelen in een leermiddelenmarkt die op dat moment overzichtelijk was en weinig marktwerking kende.

2. Leermiddelenmarkt

Van oudsher wordt de leermiddelenmarkt aan de aanbodzijde onderscheiden in uitgever en distributeurs. Uitgever produceren de leermiddelen die deel uitmaken van de lesmethode en distributeurs zorgen dat de leermiddelen van de uitgever bij de leerling thuis worden geleverd. Aan de kant van de uitgever is Noordhoff marktleider (50% marktaandeel), gevolgd door Malmberg (20-30%) en ThiemeMeulenhoff (15%). De distributie van leermiddelen wordt gedomineerd door Van Dijk (65-70% marktaandeel) en gevolgd door Iddink (23-30%).⁷ Schoolbesturen besteedden in de afgelopen 10 jaar een totaalpakket aan: de levering van leermiddelen gecombineerd met de distributie van leermiddelen. Dit betekende dat de opdrachten werden voorbehouden aan de distributeurs die de leermiddelen kochten bij de uitgever en vervolgens pakketjes met leermiddelen leverden bij de leerling thuis. Uitgever dingen niet mee naar deze opdrachten omdat het maken van pakketjes van leermiddelen en het bezorgen van deze pakketjes geen business is voor de uitgever; daarnaast zouden de uitgever indien zij een totaalpakket voor leermiddelen moeten aanbieden dan ook de leermiddelen moeten leveren van andere uitgever. Dit zal niet gebeuren. Noordhoff zit er niet op te wachten een lesmethode van Malmberg te leveren (en vice versa), als zij een eigen lesmethode kunnen aanbieden.

Door de verdergaande digitalisering van leermiddelen vervaagt echter de scheiding tussen uitgever en distributeur. Daar waar de uitgever zich verre houden van distributie en verhuur van folioleermiddelen, zijn deze uitgever wel nadrukkelijk geïnteresseerd in het distribueren van licenties. Dit laatste is een digitaal pro-

* Mr. H. Berendsen is als advocaat werkzaam voor Het Onderwijskantoor te Heerlen

ces waarvoor in tegenstelling tot het folio materiaal geen uitgebreide distributiecentra, personeel en vervoer voor noodzakelijk zijn. Door de toename van digitaal lesmateriaal wordt deze taak steeds interessanter. Ook zetten uitgevers steeds meer in op de directe contacten met scholen en dan niet op bestuursniveau, maar op directieniveau en vaksectieniveau. Want daar wordt nagedacht over een nieuwe lesmethode en in de regel ook de keuze gemaakt voor deze nieuwe lesmethode. Hierdoor ontstaat er een directe relatie tussen school en uitgever, daar waar er voorheen alleen een relatie was tussen uitgever en distributeur en tussen distributeur en school.

Indien men deze ontwikkelingen combineert met de introductie van het LIFO-concept, waarin niet langer één totaalpakket wordt aanbesteed, dan is de verwachting gerechtvaardigd dat een herorientatie van de markt op handen is.

3. Het LIFO-concept

Het LIFO-concept gaat steeds uit van een digitale licentie die aangeboden moet worden aan de leerling zonder dat onderscheid wordt gemaakt naar klas en niveau. Dit betekent dat voor elk kind een gepersonaliseerd pakket leermiddelen wordt aangeboden, waarbij niet langer de klas waarin hij zit bepalend is, maar het niveau waar hij aan toe is. Doordat sprake is van digitaal lesmateriaal is ook steeds sprake van het meest actuele materiaal.

Het LIFO-concept gaat steeds uit van een digitale licentie die aangeboden moet worden aan de leerling zonder dat onderscheid wordt gemaakt naar klas en niveau. Dit betekent dat voor elk kind een gepersonaliseerd pakket leermiddelen wordt aangeboden, waarbij niet langer de klas waarin hij zit bepalend is, maar het niveau waar hij aan toe is.

Ook aan de foliokant zijn er wijzigingen. Voorheen was er sprake van een huurboek dat 4 jaar gehuurd moest worden en waarin niet geschreven mocht worden. Binnen het LIFO-concept zijn alle folio leermiddelen verbruiksmateriaal, waardoor deze aan het eind van het jaar in tegenstelling tot de huidige werkwijze niet meer ingenomen hoeven te worden en de leerling dus ook mag schrijven in het lesmateriaal. Belangrijk hierbij is dat het foliomateriaal in het LIFO-concept een consumentenprijs moet vertegenwoordigen die overeenkomt met alleen de prijs van het printen van het papier. Het gaat hierbij om bedragen van ongeveer € 2,50. Er mogen geen ontwikkelkosten voor het lesmateriaal meegerekend worden. Hiervoor heeft de school in het LIFO-concept al betaald bij het kopen van de licentie.

De distributiediensten blijven beperkt tot het bestellen van leermiddelen, het maken van pakketjes en het leveren van de leermiddelen bij de leerling thuis of op school. Inname van leermiddelen en controle van de leermiddelen op beschadigingen etc. is niet meer aan de orde.

Door deze nieuwe propositie waren de schoolbesturen die hiermee aan de slag gingen van mening dat bij een nieuw concept ook een nieuwe wijze van aanbesteden paste. Een aanbesteding waarbij niet

langer alle lesmethoden en de distributie van diensten in één opdracht werden aanbesteed, maar opdrachten zo klein mogelijk werden gemaakt door elke lesmethode als aparte opdracht aan te besteden en ook de diensten voor distributie als aparte opdracht aan te besteden. Overigens veranderde niet de plicht om Europees aan te besteden, omdat niet elke opdracht afzonderlijk aan het drempeelbedrag voor Europees aanbesteden getoetst wordt, maar de totale waarde van alle leermiddelen voor het schoolbestuur. Op deze wijze zouden niet alleen de distributeurs uitgedaagd worden, maar ook de uitgevers. Deze nieuwe propositie ging dan ook dwars door de bestaande marktverhoudingen heen en het kon dan ook niet uitblijven dat dit leidde tot rechtszaken.

4. De rechtszaken die volgden

Niet één maar verschillende kort gedingen volgden met daarbij behorende appelprocedures. In dit hoofdstuk zullen de verschillende rechtsgedingen procedureel worden toegelicht. In hoofdstuk 5 zal ingegaan worden op een aantal rechtsvragen die tijdens deze procedures aan de orde kwamen. De eerste 3 schoolbesturen die het LIFO-concept aanbesteedden waren De Nassau uit Breda, Willem van Oranje uit Waalwijk en DaCapo uit Sittard. Deze aanbestedingsprocedure leidde tot een kort geding, ahangig gemaakt door een distributeur. Belangrijkste gronden voor dagvaarden van de 3 besturen waren het tijdens de aanbestedingsprocedure in strijd handelen met het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het clusterverbod. Daar waar bij latere aanbestedingen elke lesmethode in een aparte opdracht werd ondergebracht, hadden de 3 besturen ervoor gekozen om de lesmethoden in 3 opdrachten te onderscheiden naar de grote uitgevers: één opdracht met lesmethoden van Noordhoff, één opdracht met lesmethoden van Malmberg en één opdracht met lesmethoden van ThiemeMeulenhoff. De voorzieningenrechter in Breda oordeelde op 1 mei 2015 dat deze aanbestedingsprocedure in strijd was met het gelijkheidsbeginsel doordat de afzonderlijke opdrachten waren toegeschreven naar de betreffende uitgevers.⁸ Door de wijze waarop de opdrachten waren samengesteld, was de voorzieningenrechter van oordeel dat de betreffende uitgever een onoverbrugbaar voordeel had.

Vervolgens startte de Stichting Carmelcollege (hierna: de Carmel) een aanbestedingsprocedure voor LIFO. Als pilot werden twee lesmethoden aanbesteed, ieder in een aparte opdracht. Ook hier werd weer door een distributeur in kort geding gedagvaard op basis van nagenoeg dezelfde gronden als bij de voorzieningenrechter in Breda. De belangrijkste gronden worden besproken in paragraaf 5 bij de rechtsvragen. Verschil met het eerder kort geding was echter dat deze zaak speelde bij de voorzieningenrechter in Den Haag. Op 17 januari 2017 oordeelde deze dat alle bezwaren van de distributeur ongegrond waren en daarmee dat sprake was van een rechtmatige aanbestedingsprocedure.⁹

Nadat de Stichting Carmelcollege met de twee lesmethoden twee jaar in een pilot had geëxperimenteerd, werden alle lesmethoden aanbesteed. Nu werd reeds voordat de inschrijfdatum verlopen was in kort geding gedagvaard door twee distributeurs. Op 27 november 2018 oordeelde de voorzieningenrechter in Den Haag wederom dat alle bezwaren ongegrond waren en dat de Carmel de aanbestedings-

procedure kon vervolgen.¹⁰ Tegen dit vonnis ging één van de twee distributeurs in appel bij het Gerechtshof te Den Haag, hetgeen overigens geen opschortende werking heeft.

Nadat de Carmel de procedure had vervolgd en het voornemen had geuit om te gunnen, startte wederom een distributeur een kort geding tegen dit voornemen. Ook in dit kort geding oordeelde de voorzieningenrechter te Den Haag op 29 maart 2019 dat de aanbestedingsprocedure rechtmatig was en dat alle bezwaren aan de kant werden geschoven.¹¹ Vooruitlopend op deze uitspraak had een distributeur het Gerechtshof nog gevraagd om de Carmel te verbieden door te gaan met de aanbestedingsprocedure zolang laatstgenoemd vonnis nog niet was uitgesproken. Ook in deze zaak werd de distributeur in het ongelijk gesteld.¹²

Hetgeen thans nog resteert is een arrest van het Gerechtshof Den Haag inzake het appel tegen het vonnis van de voorzieningenrechter van 27 november 2018. De distributeur die het appel aanhangig heeft gemaakt heeft inmiddels echter laten weten het appel in te willen trekken. Dit betekent dat er geen wijzigingen meer zullen plaatsvinden in het gunnen van de opdrachten in het kader van LIFO.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat al deze procedures kort gedingen betreffen. Dit is gebruikelijk in het aanbestedingsrecht waar steeds sprake is van een spoedeisend belang, aangezien opdrachten niet langdurig tegengehouden kunnen worden met bodemprocedures. Het staat echter partijen die in het ongelijk zijn gesteld altijd vrij om niet alleen in appel te gaan tegen het vonnis maar ook een bodemprocedure te starten.

5. Rechtsvragen die aan de orde kwamen bij het aanbesteden van het LIFO-concept

Tijdens de verschillende juridische procedures kwamen veel rechtsvragen aan de orde. Gezien de omvang van dit artikel zal ik mij beperken tot de meest interessante.

Vaksecties bepalen in overleg met hun directies welke lesmethoden zij gebruiken. Het zou voor hun ondenkbaar zijn om te moeten werken met een voorgeschreven lesmethode waar zij niet volledig achter staan. Toch is dit niet zo vanzelfsprekend in het aanbestedingsrecht.

5.1 Mag een schoolbestuur de naam van de lesmethode en het ISBN vermelden?

Vaksecties bepalen in overleg met hun directies welke lesmethoden zij gebruiken. Het zou voor hun ondenkbaar zijn om te moeten werken met een voorgeschreven lesmethode waar zij niet volledig achter staan. Toch is dit niet zo vanzelfsprekend in het aanbestedingsrecht. Op grond van artikel 2.76, vijfde lid Aw 2012 verwijst een aanbestedende dienst in de technische specificaties niet naar een (korthedshalve) met naam te noemen merk. Het noemen van een merk zou betekenen dat het betreffende merk en de betreffende ondernemer bevoordeeld zouden worden. Het noemen van een merk is alleen toegestaan indien dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is. Lesmethoden die scholen gebruiken worden geproduceerd door één specifieke

uitgever, kennen een specifieke naam en hebben een uniek ISBN. In zijn algemeenheid wordt aangenomen dat de naam van een lesmethode met een daarbij behorend uniek ISBN gezien dient te worden als een bepaald fabricaat en merk. Op basis van het hiervoor aangehaalde artikel 2.76, vijfde lid Aw 2012 zou een en ander betekenen dat de naam en ISBN van een lesmethode niet mogen worden vermeld in een Europese aanbestedingsprocedure. Deze rechtsvraag kwam aan de orde tijdens het kort geding bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant waar de 3 schoolbesturen werden gedagvaard (die als eersten de voorloper van het LIFO-concept aanbesteedden¹³).

De vraag of docenten vrij zijn te kiezen voor de lesmethode naar keuze kwam reeds tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Gratis Schoolboeken aan de orde. Uit uitvoerige consultaties in opdracht van de Staatssecretaris van Onderwijs, waaronder de landsadvocaat, werd geconcludeerd dat het aanbestedingsrecht de keuzevrijheid van leraren om het lesmateriaal van hun keuze te betrekken onaangetast laat. Een second opinion alsook een adviesaanvraag bij het directoraat-generaal Interne Markt van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) door de Staatssecretaris, ondersteunen de conclusie dat scholen boektitels mogen specificeren (met ISBN) bij de aanbesteding van schoolboeken, zonder daaraan toe te hoeven voegen 'of gelijkwaardig'.¹⁴

De voorzieningenrechter oordeelde vervolgens dat zulks is toegestaan. Hij oordeelde dienaangaande in rechtsoverweging 4.10.4 als volgt:

'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 tegengaan 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.'

Tegen deze rechtsoverweging is in de volgende rechtszaken niet meer geageerd, waardoor aangenomen kan worden dat de rechtmatigheid van aanbesteden van leermiddelen op titel en ISBN vaststaat.

De daarop volgende aanbestedingsprocedures van de Carmel leiden echter wel tot nieuwe rechtsgedingen waarin de wijze waarop de opdrachten waren samengesteld opnieuw werd voorgelegd aan de voorzieningenrechter. Daarbij werd enerzijds betoogd door distributeurs dat de opdrachten onrechtmatig waren aanbesteed omdat deze wel werden gecombineerd en anderzijds onrechtmatig waren aanbesteed omdat deze niet werden gecombineerd. Dit verdient een toelichting.

5.2 Mag de levering van leermiddelen worden gecombineerd met het aanbieden van onderwijsdiensten

De Aw 2012 kent in artikel 1.5 het zogenaamde clusterverbod. Op grond van dit clusterverbod mogen opdrachten niet onnodig worden samen gevoegd. Indien bijvoorbeeld een schoolbestuur laptops gaat aanbesteden, mag dit niet gecombineerd worden met schoolboeken. Een ondernemer die alleen laptops dan wel alleen schoolboeken verkoopt zou op deze wijze op voorhand worden uitgesloten. Het moge geen verrassing zijn dat het verbod met name is ingevoerd om de kansen voor het midden- en kleinbedrijf niet onnodig te beperken.

Zowel de 3 schoolbesturen tijdens de eerste aanbesteding als de Carmel combineerden de levering van de lesmethoden met het aanbieden van een aantal onderwijsdiensten. Hierbij moet op de eerste plaats gedacht worden aan de ondersteuning bij het arrangeren (toevoegen van eigen materiaal door de docent aan het lesmateriaal) van digitaal lesmateriaal (knoppenfunctie) en daarnaast diensten die zien op het verbeteren van de lesmethode. Een distributeur wierp de vraag op of deze combinatie van levering van leermiddelen en het aanbieden van onderwijsdiensten niet in strijd was met het clusterverbod als bedoeld in artikel 1.5 Aw 2012. De voorzieningenrechter oordeelde dat de schoolbesturen niet in strijd hadden gehandeld met het clusterverbod:

*'De Voorzieningenrechter is van oordeel dat de scholen niet in strijd met handelen het clusterverbod als verwoord in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012. Het gaat hier om (in toenemende mate) digitaal onderwijs, waarbij de scholen de mogelijkheid wensen te benutten om de inhoud van de leermiddelen aan te passen, en dus te wijzigen, aan de persoonlijke omstandigheden van iedere leerling. Uit de door de scholen gegeven toelichting blijkt van voldoende samenhang tussen de opdrachten. Op dit punt hebben de scholen niet onrechtmatig gehandeld.'*¹⁵

Vervolgens klaagden de distributeurs over het feit dat door de opdracht zo klein te maken op het niveau van lesmethode, de opdrachten waren toegeschreven naar de uitgevers die de lesmethoden produceerden. Hadden de 3 schoolbesturen in 2015 nog de lesmethoden in 3 opdrachten verdeeld waarbij de lesmethoden naar de uitgevers Noordhoff, Malmberg en Thieme waren onderscheiden, hetgeen als onrechtmatig was aangemerkt door de voorzieningenrechter. De Carmel koos er voor om voor elke lesmethode een aparte opdracht aan te besteden zonder dat hierbij de distributie van deze lesmethode werd gevraagd. Daarmee koos de Carmel ervoor de opdracht niet in lesmethoden te clusteren en niet te combineren met de distributie van leermiddelen.

Tot de introductie van de LIFO-percelen kozen schoolbesturen voor het aanbesteden van een totaalconcept. Alle lesmethoden met daarbij ook de diensten in het kader van distributie werden aanbesteed in één opdracht.

5.3 Mag een schoolbestuur lesmethoden per perceel aanbesteden zonder diensten voor distributie

Tot de introductie van de LIFO-percelen kozen schoolbesturen voor het aanbesteden van een totaalconcept. Alle lesmethoden met daarbij ook de diensten in het kader van distributie werden aanbesteed in één opdracht. De Carmel koos er echter voor om de aanbesteding

op te knippen in deelopdrachten. Voor elke lesmethode werd een aparte opdracht aanbesteed zonder dat de diensten in het kader van de distributie werden meegenomen. Ook deze diensten werden apart aanbesteed. De distributeurs waren van mening dat door deze wijze van aanbesteden de uitgevers in een economische machtspositie worden gebracht en op onrechtmatige wijze werden bevoordeeld ten opzichte van andere potentiële inschrijvers. De uitgever levert het product, bepaalt de prijs en is ook verantwoordelijk voor specifieke productkenmerken die uitgevraagd werden in de aanbesteding zoals bijvoorbeeld: de voorwaarde dat de licentie beschikbaar is voor alle leerjaren en niveaus. De distributeurs betwijfelden of de uitgevers deze specifieke productkenmerken zouden aanbieden aan de distributeurs. Het verweer van de Carmel was met name gericht op het feit dat de Aw 2012 wel een verbod kent om opdrachten onnodig samen te voegen (het zogenaamde clusterverbod in artikel 1.5 Aw 2012), maar geen verbod kent om opdrachten zo klein mogelijk te maken.

Zowel de voorzieningenrechter op 17 januari 2017 als op 27 november 2018 oordeelden dat de onderhavige aanbesteding een mededingingsbevorderend effect had, doordat naast de distributeurs nu ook uitgevers mee konden dingen naar de opdracht. Dit in tegenstelling tot eerdere aanbestedingen waarbij de uitgevers werden uitgesloten door het opnemen van diensten voor distributie en door de verplichting om ook lesmateriaal van andere uitgevers te moeten leveren. Dat dit tot een andere uitgangspositie kan leiden voor inschrijvers erkende de voorzieningenrechter, maar het is, aldus de voorzieningenrechter, niet aan de Carmel deze verschillen in uitgangspositie weg te nemen:

*'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 genoegen 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 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.'*¹⁶

Het is als met een voetbalwedstrijd. Het is niet noodzakelijk dat beide partijen precies even sterk aan de aftrap aantreden. Het is echter wel noodzakelijk dat alle partijen tijdens de wedstrijd op dezelfde wijze worden behandeld. In het vervolg van het vonnis oort-

deelde de voorzieningenrechter dat de Carmel in voldoende mate aan haar verplichtingen had voldaan. Zowel op het gunningscriterium prijs als op het gunningscriterium kwaliteit hadden zowel uitgevers als distributeurs kansen om de aanbesteding te winnen.

6. Conclusie

De rookwolken zijn opgetrokken na de (eerste?) schermutselingen tussen schoolbesturen en de distributeurs. Het aanbesteden op lesmethode en ISBN is toegestaan. Ook het aanbesteden van opdrachten per lesmethode, in de combinatie van levering van de lesmethode én onderwijsdiensten, is toegestaan. Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat (zoals gebruikelijk in het aanbestedingsrecht) de oordelen voorlopige voorzieningen betreffen en het de vraag is of alle distributeurs zich zullen neerleggen bij deze stand van zaken. Het is afwachten of zij in de nabije toekomst gaan meedingen naar nieuwe LIFO-opdrachten of dat zij zich blijven verzetten en gaan proberen hun marktpositie juridisch af te scherm.

Noten

1. Wet van 29 mei 2008 tot wijziging van diverse onderwijswetten in verband met het door de scholen om niet ter beschikking stellen van lesmateriaal aan de leerlingen in het voortgezet onderwijs.

2. Memorie van Toelichting bij de WGS, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31325, nr.3.
3. *Staatscourant*, 21 september 2018.
4. Ook reeds voor de inwerkingtreding van de WGS wordt aangenomen dat schoolbesturen de contracten voor leermiddelen Europees hadden moeten aanbesteden, aangezien voor bepaling van de drempelwaarde de totale waarde van de opdracht meegenomen had moeten worden. Dus ook de inkomsten die de opdrachtnemer van de ouders zou ontvangen lees de uitspraak van het HvJEG in het Auroux-arrest (HvJEG, C-220/05).
5. *Publicatieblad van de Europese Unie* L337/19, 19 december 2017.
6. Indien het drempelbedrag van € 221.000,- wordt gedeeld door 4 contractjaren en het maximaal beschikbare bedrag per leerling dan blijkt dat een schoolbestuur vanaf 175 leerlingen genoemd drempelbedrag overschrijdt.
7. *Gratis maakt nog niet (goed)koop, Evaluatie Wet Gratis Schoolboeken*, SEO Economisch onderzoek Overon onderzoek advies. Utrecht, 24 februari 2016, pag. 60 en 61.
8. Rb. Zeeland-West-Brabant, 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.
9. Rb. Den Haag, 17 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2217.
10. Rb. Den Haag, 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13949.
11. Rb. Den Haag, 29 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3252.
12. Hof Den Haag, 19 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:531.
13. Rb. Zeeland-West-Brabant, 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.
14. *Kamerstukken I 2007/08*, 31325, p. 8.
15. Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951, ro. 4-5-4.
16. Rb. Den Haag 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13949, ro. 5-3.