

Advies 248

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden ten-einde een raamovereenkomst te sluiten met één partij voor het verzorgen van dienstverlening op het gebied van hotel- en vergaderaccommodaties.
- 1.2. Voorafgaand aan de aanbesteding heeft beklagde marktverkenningsgesprekken gehouden. Voor deze gesprekken zijn 3 intermediairs (waaronder klager) en twee hotelketens (met landelijke dekking) uitgenodigd. Beklaagde heeft met elk van deze partijen separaat gesproken.
- 1.3. In deze gesprekken zijn door beklagde onder andere vragen gesteld met betrekking tot de door haar beoogde annuleringsvoorwaarden.
- 1.4. In het door beklagde opgestelde verslag van het marktverkenningsgesprek dat zij met klager heeft gevoerd, is onder andere het volgende opgenomen:

'Op de vraag over de annuleringsmogelijkheid/-kosten gaven ze aan flexibel daar mee om te gaan. Het is wel op basis van de afspraken per hotel(keten). Ze zijn bereid namens ons te onderhandelen bij lastige ketens waarbij het streven is om tot max. 12 uur kosteloos te kunnen annuleren.'

- 1.5. In het verslag van datzelfde gesprek dat is opgesteld door klager, is onder andere het volgende opgenomen:

'Gesproken over flexibele annuleringsvoorwaarden. Toegelicht dat wij dit per hotel of keten waar mogelijk onderhandelen. Huidige UVH niet meer van deze tijd.'

- 1.6. In hoofdstuk 6 van de Uitnodiging tot Inschrijving, waarin de Eisen aan de opdracht worden beschreven, is het volgende bepaald:

'I-E10: Annulering, wijziging of no show

Opdrachtnemer dient akkoord te gaan met de uiterste annuleringstermijn per soort accommodatie, zoals genoemd in onderstaande tabel, waarbij kosteloos annuleren mogelijk is. Deze termijn gelden voor alle accommodaties die Opdrachtgever bij Opdrachtnemer gaat boeken.

Soort accommodatie	Kosteloos annuleren is mogelijk tot
hotelaccommodatie tot 10 personen	uiterlijk 24 uur voor aankomst*
hotelaccommodatie vanaf 10 personen	uiterlijk 7 dagen voor aankomst*
vergaderaccommodaties vanaf 20 personen	uiterlijk 7 dagen voor aankomst

* onder 'aankomst' dient Opdrachtnemer te verstaan de datum van aankomst om 16.00 uur.

Wijzigingen in de boekingen, welke niet resulteren tot annulering, zijn tot het moment van aankomst kosteloos mogelijk.

No shows dienen de volgende dag direct aan de opdrachtgever gemeld worden. Bij een No show mogen 100% van de kosten in rekening worden gebracht aan de Opdrachtgever.'

- 1.7. In datzelfde hoofdstuk 6 is ten aanzien van de Best Available Rate (BAR) het volgende bepaald:

'I-E15: Toetsing aangeboden B.A.R. prijzen

De door opdrachtnemer aangeboden B.A.R. prijs is de best beschikbare prijs voor de gewenste kamer op de gewenste datum op een bepaald boekingsmoment voor een consument. Om vast te kunnen stellen dat de aangeboden B.A.R. prijs daadwerkelijk de best beschikbare prijs is toetst de Opdrachtgever steekproefsgewijs de door Opdrachtnemer aangeboden B.A.R. prijzen.

Indien Opdrachtgever een betere prijs vindt voor een aangeboden locatie dient er door Opdrachtnemer een prijsaanpassing van desbetreffende locatie plaats te vinden.'

- 1.8. In hoofdstuk 7 van de Uitnodiging tot Inschrijving, waarin de Gunningscriteria worden beschreven, is het volgende bepaald:

'7.2.3 K-C3 Voorstel verkoring annuleringsperiode Hotel- en Vergaderaccommodaties

Opdrachtgever wenst een zo kort mogelijke termijn waarbinnen geboekte accommodaties kosteloos kunnen worden geannuleerd.

De minimale termijn die wij stellen aan een annuleringstermijn (als vermeld bij eis I-E10) bedraagt 7 dagen voor aanvang bij het reserveren van een hotelkamernovernachting vanaf 10 personen of een vergaderaccommodatie vanaf 20 personen. De uiterste annuleringstermijn voor hotelovernachtingen tot 10 personen bedraagt 24 uur voor aankomst of bevestigde inchecktijd.

Indien Inschrijver de mogelijkheid biedt om een kortere annuleringstermijn te bieden, dan krijgt Inschrijver in dit criteria punten zoals vermeld in de navolgende tabellen. Inschrijver wordt gevraagd een tabel te kiezen waarbij hij zich confirmeert aan alle drie genoemde annuleringstermijnen uit de tabel.

Tabel K-C3.1

Optie 1: Termijn kosteloos annuleren bij:	Punten
Hotelaccommodaties tot 10 personen van 24 uur naar 16 uur voor aanvang	4
Hotelaccommodaties vanaf 10 personen van 7 dagen naar 5 dagen voor aanvang	
Vergaderaccommodaties vanaf 20 tot 50 personen van 7 dagen naar 5 dagen voor aanvang	

Tabel K-C3.2

Optie 2: Termijn kosteloos annuleren bij:	Punten
Hotelaccommodaties tot 10 personen van 24 uur naar 8 uur voor aanvang	7
Hotelaccommodaties vanaf 10 personen van 7 dagen naar 3 dagen voor aanvang	
Vergaderaccommodaties vanaf 20 tot 50 personen van 7 dagen naar 3 dagen voor aanvang	

Tabel K-C3.3

Optie 3: Termijn kosteloos annuleren bij:	Punten
Hotelaccommodaties tot 10 personen van 24 uur naar 4 uur voor aanvang	10
Hotelaccommodaties vanaf 10 personen van 7 dagen naar 24 uur voor aanvang	
Vergaderaccommodaties vanaf 20 tot 50 personen van 7 dagen naar 24 uur voor aanvang	

De annuleringstermijn van vergaderaccommodaties vanaf 51 personen blijft ongeacht de keuze van Inschrijver gelijk aan de gestelde termijn van 7 dagen voor aanvang.

De door u aangeboden kortere termijnen gelden zonder uitzondering voor alle te boeken locaties van Inschrijver. Door het aanbieden van een verkorte annuleringstermijn blijft het gestelde onder eis I-E10 t.a.v. 'No shows' van kracht.'

1.9. In datzelfde hoofdstuk 7 met betrekking tot de BAR is het volgende bepaald:

'7.3.3 C-C3: Kortingspercentage op B.A.R. prijzen overige aangeboden accommodaties

Voor de overige accommodaties die Inschrijver aanbiedt, die niet onder C-C2 vallen, dient deze een vast kortingspercentage op de Best Available Rate van betreffende accommodatie aan te bieden. Dit betreft een kortingspercentage voor Hotelaccommodaties en een kortingspercentage voor Vergaderaccommodaties.

U kunt uw kortingspercentages (tot twee cijfers achter de komma) in bijlage E Prijzenblad onder blad C-C3 invullen.

De door Inschrijver op te geven prijzen, kortingen en tarieven dienen reëel te zijn.'

1.10. In de Nota van Inlichtingen van 10 april 2015 zijn – voor zover relevant – de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

1.10.1. Vraag 21: Deze eis is niet realistisch om deze voorwaarden te stellen voor ALLE accommodaties. Annuleringsvoorwaarden zijn gebruikelijk af te stemmen met de locaties en niet met de Intermediar. We kunnen vanzelfsprekend inventariseren wie de voorkeursleveranciers worden voor [beklaagde] op basis van de locaties die mee kunnen en willen doen onder deze voorwaarden. Echter hebben we van vele ketens en locaties al te horen gekregen dat de flexibele annuleringsvoorwaarden die u stelt niet aanvaardbaar zijn. Kunt u deze eis aanpassen?

Antwoord: De eis (I-E10) welke de annuleringsvoorwaarden bepaald wordt niet aangepast.

Voor aanvang van deze Europese aanbesteding is er een uitgebreide marktverkenning gehouden waarbij zowel hotelketens alsmede intermediairs zijn bezocht. Tijdens deze gesprekken is door deze partijen aangegeven dat de annuleringsvoorwaarden voor grote Opdrachtgevers flexibel mogen zijn. Er is zelfs aangegeven dat bij bepaalde ketens reserveringen worden doorgeschoven in plaats van geannuleerd. Het betreft hier dus een wijziging van de reservering.

Momenteel maken bepaalde eenheden van Opdrachtgever gebruik van de beschreven annuleringsvoorwaarden en wordt het ook door Opdrachtnemers geaccepteerd.'

- 1.10.2. 'Vraag 24: Het is niet marktconform om de Intermediair verantwoordelijk te houden voor de gestelde annuleringsvoorwaarden. De intermediair bemiddelt en kan dit voor [beklaagde] onderhandelen. Maar wat wilt u doen als één van de top 10 hotels vasthoudt aan haar eigen annuleringsvoorwaarden? Bent u bereid dat de Intermediair deze hotelketen dan uitsluit van het boekingsproces? Zoja, bent u zich er dan van bewust dat u door deze strenge eisen aan locaties een select aantal locaties in aanbod en beschikbaarheid over houdt?

Antwoord: De eis (I-E10) welke de annuleringsvoorwaarden bepaald wordt niet aangepast.

Voor aanvang van deze Europese aanbesteding is er een uitgebreide marktverkenning gehouden waarbij zowel hotelketens alsmede intermediairs zijn bezocht. Tijdens deze gesprekken is door deze partijen aangegeven dat de annuleringsvoorwaarden voor grote Opdrachtgevers flexibel mogen zijn. Er is zelfs aangegeven dat bij bepaalde ketens reserveringen worden doorgeschoven in plaats van geannuleerd.

Momenteel maken bepaalde eenheden van Opdrachtgever gebruik van de beschreven annuleringsvoorwaarden en wordt het ook door Opdrachtnemers geaccepteerd.'

- 1.10.3. 'Vraag 76: De BAR is niet alleen een prijs, het betreft het best beschikbare tarief op basis van de door Opdrachtgever gewenste condities. In uw uitnodiging tot inschrijving noemt u vele eisen waaraan de intermediair en de door haar geboekte accommodatie moet voldoen en die in meerdere of mindere mate doorwerken in de tariefstelling. Neemt u deze eisen ook in ogenschouw bij het beoordelen van de best beschikbare prijs?

Antwoord: Uw voorstel over de wijze waarop de B.A.R. wordt getoetst wordt door Opdrachtgever overgenomen. Opdrachtgever neemt bij de vergelijking de diverse voorwaarden in ogenschouw zoals bijvoorbeeld de dag van de reservering en de periode tot aanvang reservering.'

- 1.11. Klager heeft naar aanleiding van de Nota van Inlichtingen haar drie belangrijkste vragen nogmaals per e-mail van 13 april 2015 aan beklagde gesteld:

'eis (I-E10) waarin de annuleringsvoorwaarden

Op dit moment hebben wij van meerdere grote hotelketens een reactie dat zij niet akkoord gaan of geen beschikbaarheid willen geven met deze voorwaarden.

Op basis van individuele hotelreserveringen, zijn deze annuleringsvoorwaarden minder risicovol als voor groepen en vergaderingen. Dit is niet haalbaar voor groepen en vergaderingen. Blijft u bij dit standpunt ja of nee?

Zoja, dan is dit in conflict met uw antwoord op vraag 11-3 waarin u stelt:

*Naast de 10 gevraagde hotelaccommodaties dient Opdrachtnemer de accommodaties met wie deze een overeenkomst heeft **en voldoen aan de gestelde eisen** in deze aanbesteding toe te voegen aan de webtool van voor Opdrachtgever.*

Zoja, kunt u de voorwaarden splitsen in annuleringsvoorwaarden voor individuele hotels en andere voorwaarden voor groepen en vergaderingen? (bv. Flex voorwaarden van intermediair of UVH).

vraag 19 - vragenlijst

Bij vraag 19 wordt niet bedoeld *de in beheer zijnde locaties van [beklaagde]*, maar overige locaties buiten de TOP 10 die wel in onze database staan en die wij graag voor [beklaagde] willen boeken. Deze accommodaties willen of hebben nog geen akkoord kunnen geven op jullie eisen omtrent de annuleringsvoorwaarden (vooral voor groepen en vergaderingen). Het is daarom niet eisbaar en onmogelijk voor de Intermediair om deze voorwaarden gesteld bij alle locaties neer te leggen.

Blijft u bij uw standpunt? ja of nee?

Indien Ja, gaat u wel akkoord dat Intermediair een select aantal van alle locaties in Nederland voor [beklaagde] boekbaar maakt die aan uw eisen kunnen voldoen?

Hetgeen klopt met u antwoord 11-3.

Pagina 40, I-E15 Toetsing aangeboden BAR prijzen

U eist dat een eventueel verschil in de BAR tarieven wordt terugbetaald. Deze BAR van consumenten sites heeft sowieso andere voorwaarden (zie vraag+antwoord 76). De BAR is gebaseerd op andere annuleringsvoorwaarden en randvoorwaarden.

Blijft u bij uw standpunt? ja of nee?

(...)'

- 1.12. Beklaagde heeft op 16 april 2015 op de hiervoor weergegeven e-mail van klager geantwoord dat zij de gepubliceerde aanbesteding niet zal intrekken en daarmee ook niet de eisen omtrent annulerings- en betalingsvoorwaarden zal aanpassen. Beklaagde blijft bij haar antwoorden op de vragen van klager zoals zij die in de Nota van Inlichtingen van 10 april 2015 al had opgenomen.
- 1.13. Klager heeft beklagde vervolgens op 4 mei 2015 een brief gestuurd waarin zij laat weten helaas niet te hebben kunnen inschrijven omdat klager, en volgens haar geen enkele Intermediair, zou kunnen voldoen aan de door beklagde gestelde eisen.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

De door beklagde gestelde eis (I-E10 zie onder 1.6) ten aanzien van de annuleringsvoorwaarden is disproportioneel.

2.2. Klachtonderdeel 2

- 2.2.1. De door beklagde geëiste korting op de Best Available Rate (zie eis I-E15 onder 1.7) staat niet in verhouding tot de fee die gevraagd kan worden en is daarmee disproportioneel.
- 2.2.2. Bovendien kan de BAR niet goed worden getoetst omdat deze per consumentensite verschilt en er andere voorwaarden gelden. Dit is in strijd met het transparantiebeginsel.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Klager geeft aan dat de door beklagde gestelde eis omtrent annulering niet te bewerkstelligen is door de markt. Dit is gebleken na inventarisatie door klager op verschillende locaties en uit haar ervaring met andere aanbestedingen. Diverse hotelketens geven aan niet akkoord te kunnen gaan met de annulerings-eisen die worden gesteld in deze aanbesteding. Aan klager is schriftelijk bevestigd dat dit zal gelden voor alle intermediairs. Dit geldt zowel voor de basiseisen (I-E10) als voor de extra verkorting van de termijn die is gevraagd bij K-C3. Hierdoor kan volgens klager geen enkele intermediair aan deze eis voldoen.
- 3.1.2. Voorts stelt klager dat dit ook geldt voor enkele "top10 locaties" die benoemd zijn in de aanbesteding. Deze top 10 bestaat uit de hotels die in 2014 het meest door beklagde zijn geboekt. Indien deze locaties niet mee kunnen gaan in de basiseisen van I-E10 zal dat betekenen dat de belasting (de kosten) gelegd wordt bij de intermediair. Dit is volgens klager onaanvaardbaar.
- 3.1.3. Om aan te tonen dat daadwerkelijk geen enkele intermediair of hotelketen aan de geëiste annuleringsvoorwaarden kan voldoen, heeft klager een aantal e-mails overgelegd waarin hotels aangeven niet akkoord te (kunnen) gaan met de annuleringsvoorwaarden zoals die worden geëist in onderhavige aanbesteding. Bovendien geven de betreffende hotels aan dat zij voor geen enkele intermediair akkoord gaan met de geëiste annuleringsvoorwaarden.
- 3.1.4. Klager illustreert haar onderbouwing verder met een voorbeeld: beklagde boekt Locatie A. Locatie A gaat niet akkoord met de voorwaarden en hanteert de (volgens klager) wettelijk bepaalde Uniforme Voorwaarden Horeca (UVH). Beklagde annuleert 10 dagen voor aanvang van de meeting. In de UVH van Locatie A betekent dit dat annuleringskosten van toepassing zijn. In de contracten/aanbesteding staat dat door beklagde geëiste annuleringsvoorwaarden gelden voor alle boekingen via een intermediair. Dit zou betekenen dat de intermediair opdraait voor de annuleringskosten. Dit is volgens klager onaanvaardbaar en te risicovol voor elke intermediair.
- 3.1.5. Daarbij wil klager nog benadrukken dat een intermediair niet de voorwaarden bepaalt voor de locaties, dat ligt in handen van de locaties. Een intermediair kan enkel streven om hiervoor een onderhandeling te doen. Klager stelt echter dat zij van diverse locaties al bevestigd heeft gekregen dat de eisen voor geen enkele intermediair en/of klant gehanteerd zullen worden.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. De eisen die gesteld worden omtrent de korting op de BAR voor zowel hotelaccommodaties en/of vergaderaccommodaties staan volgens klager niet in verhouding tot de fee die gevraagd kan worden. De fee is een gefixeerd tarief, de korting is een percentage. Daarbij gaan nooit alle locaties akkoord met kortingtarieven op een BAR, waardoor de kosten/korting voor rekening van de intermediair zullen komen.
- 3.2.2. De klager geeft hierbij een voorbeeld: beklagde boekt Locatie A. Locatie A geeft geen korting op de BAR. Zoals het nu omschreven staat in de documenten en in de Nota van Inlichten, draait de intermediair op voor de kosten [*namelijk het verlenen van de korting aan beklagde en het betalen van het volledige bedrag aan Locatie A, toevoeging Commissie*] en is dit niet in verhouding. Bij een grote

meeting kunnen deze kosten hoog oplopen en/of staat dit niet in verhouding tot eventuele fees.

- 3.2.3. Tot slot is de regeling volgens klager niet transparant omdat de definitie van de BAR niet gelijk is voor vele ketens en losse accommodaties.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde stelt ten eerste dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen. Klager heeft niet op de Europese aanbestedingsprocedure Hotel- en Vergaderlocaties van beklagde ingeschreven. Aangezien de aanbestedingsprocedure inmiddels in het stadium van de gunningbeslissing is aanbeland, moet volgens beklagde geconcludeerd worden dat klager niet (meer) kan worden aangemerkt als een (potentiële) gegadigde/inschrijver/onderaannemer. Dit blijkt volgens beklagde ook uit de brief van 4 mei 2015 waarin klager aangeeft niet te hebben ingeschreven op voornoemde aanbesteding. Volgens beklagde is klager conform artikel 7 lid 1 van het Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts derhalve geen partij die een klacht kan indienen.
- 4.2. Volgens beklagde had klager tijdig, dat wil zeggen op het moment dat duidelijk werd dat beklagde de eisen niet zou aanpassen en vóór het moment dat klager had kunnen inschrijven, moeten klagen bij beklagde. Nu klager, zoals zij zelf ook aangeeft in haar klacht, pas na het sluiten van de inschrijvingstermijn beklagde per e-mail heeft bericht, komt dit volgens beklagde voor eigen rekening en risico van klager. Klager dient derhalve niet ontvankelijk te worden verklaard in haar klacht.
- 4.3. Voor het geval de bezwaren van klager toch worden erkend als een klacht geeft beklagde de volgende uiteenzetting met betrekking tot de verschillende klachtonderdelen.
- 4.4. Klachtonderdeel 1
- 4.4.1. Beklaagde merkt op dat de UVH niet wettelijk zijn bepaald en dat zij ook niet verplicht is deze toe te passen. Beklaagde wenst deze voorwaarden niet toe te passen omdat deze niet aansluiten bij de organisatie van beklagde. Voor een opdrachtgever die zo groot is als beklagde is het van belang om uniforme voorwaarden te hanteren, mede om de opdracht beheersbaar te houden en ook vanuit kostenbesparingsoogpunt en daarmee tegemoet te komen aan een prudente inzet van publieke middelen. Beklaagde beschouwt de UVH niet uniform en beheersbaar omdat op grond van de UVH de annuleringsvoorwaarden (kunnen) verschillen per locatie en/of dienstverlener. Daarnaast komen de momenten van reserveren en annuleren, mede vanwege de specifieke werkzaamheden van beklagde (de inzet van haar personeel is niet altijd te voorspellen en wordt gekenmerkt door abrupte en onvoorspelbare wijzigingen), niet overeen met de gangbare reserverings- en annuleringsstermijnen bij hotel- en vergaderaccommodaties. Het hanteren van de UVH zou er daarom toe leiden dat beklagde bij annulering veelal direct 60 tot 100% van de reserveringswaarde zou moeten vergoeden, hetgeen vanuit kostenbesparingsoogpunt en prudente inzet van publieke middelen zeer onwenselijk is.
- 4.4.2. Voorgaande is ook aanleiding geweest voor beklagde om de annuleringsvoorwaarden voor te willen schrijven zoals uiteindelijk opgenomen in de Uitnodiging tot Inschrijving.

- 4.4.3. Voorafgaande aan de aanbesteding is door beklagde een uitgebreide marktverkenning gedaan met zowel intermediars als met hotelketens. Annuleringsvoorwaarden zijn hierbij ook een onderwerp van gesprek geweest. Door de betrokken marktpartijen is daarbij aangegeven dat het hanteren van uniforme annuleringsvoorwaarden geen belemmering vormt om in te schrijven op de aanbesteding. Intermediars gaven aan dat ze bereid zijn over annuleringsvoorwaarden te onderhandelen met hotelketens. Sommige gaven aan dat ze geen annuleringskosten hanteren. Veelal schuiven ze de gemaakte boeking namelijk op naar een volgend tijdstip. Letterlijk werd gezegd "dat los je in goed overleg op". Ook vanuit hotelketens is aangegeven dat dit niet tot problemen hoeft te leiden. Beklagde stelt in haar verweer dat een grote hotelketen zelfs aangaf voor annuleringen tot 12 uur voor het ingeplande incheckmoment geen kosten in rekening te brengen.
- 4.4.4. Beklagde maakt op dit moment ook op andere afdelingen binnen haar organisatie gebruik van de in de Uitnodiging tot Inschrijving geëiste annuleringsvoorwaarden en dit heeft volgens haar ook nooit tot problemen geleid.
- 4.4.5. Tijdens de aanbestedingsprocedure zijn door acht partijen vragen gesteld, waarvan maar drie partijen vragen over de annuleringsvoorwaarden hebben gesteld.
- 4.4.6. Uiteindelijk heeft beklagde twee inschrijvingen ontvangen. Beide inschrijvers hebben aangegeven te voldoen aan de door beklagde gestelde eisen (waaronder de eisen omtrent annulering) en beide hebben in de beantwoording van kwaliteitscriterium K-C3 zelfs scherpere annuleringsvoorwaarden aangeboden.
- 4.4.7. Gelet op het voorgaande had en heeft beklagde dan ook geen enkele aanleiding om aan te nemen dat de door haar gestelde eisen niet te bewerkstelligen zouden zijn door de markt.
- 4.4.8. Na de aanbestedingsprocedure is alleen door klager in haar brief d.d. 4 mei 2015 aangegeven dat zij niet kan voldoen aan de annuleringsvoorwaarden en om die reden niet heeft ingeschreven op de aanbesteding.
- 4.4.9. Gelet op de eerdere ervaringen van beklagde met dezelfde annuleringsvoorwaarden, de gehouden marktverkenning waarin de annuleringsvoorwaarden zijn getoetst en de ontvangen inschrijvingen waarin zelfs gunstiger annuleringsvoorwaarden zijn aangeboden, is beklagde van mening dat de door haar geëiste annuleringsvoorwaarden door de markt gehanteerd kunnen worden en in overeenstemming zijn met de aanbestedingswet- en regelgeving.

4.5. Klachtonderdeel 2

- 4.5.1. Beklagde geeft aan er bewust voor te hebben gekozen om een korting op de BAR te vragen, omdat zij gebruik maakt van heel veel verschillende accommodaties door het hele land. Het is om die reden onmogelijk om per accommodatie prijsafspraken te maken.
- 4.5.2. De opdracht van beklagde heeft een dermate grote omvang dat het ook redelijk is dat daarvoor een korting op de BAR gevraagd wordt. De [X.]dienst, een organisatie die qua omvang vergelijkbaar is met die van beklagde, heeft haar hotel- en vergaderaccommodaties op dezelfde wijze in de markt gezet. Tijdens deze aanbestedingsprocedure en ook daarna, is niet gebleken dat een korting op de BAR niet realistisch is.
- 4.5.3. In de Uitnodiging tot Inschrijving heeft beklagde een definitie opgenomen van de BAR. Uit de aanbestedingsdocumenten (waaronder de Nota van Inlichtingen) blijkt dat de BAR volgens strikte voorwaarden zal worden getoetst. Beklagde

heeft ook transparantie in het verdienmodel geëist en zal deze ook toetsen op onder andere het verantwoord maatschappelijk ondernemen.

- 4.5.4. Zowel in de voorbereiding van de aanbesteding als tijdens de aanbestedingsprocedure zelf, is er niet aangegeven/is niet gebleken dat het vragen naar een korting op de BAR niet realistisch is. Beklaagde heeft op basis van vragen gesteld in de Nota van Inlichtingen zelfs de eisen omtrent de BAR aangescherpt.
- 4.5.5. Ook is het niet zo dat als er geen korting wordt geboden dit tot uitsluiting zal leiden.
- 4.5.6. Kortom, ook met betrekking tot het vragen van een korting op de BAR heeft beklagde geen enkele aanleiding om aan te nemen dat dit onwerkbaar is voor de markt en daarmee in strijd zou zijn met aanbestedingswet- en regelgeving.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbesteding heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie zal allereerst ingaan op de stelling van beklagde dat klager niet heeft ingeschreven op de aanbesteding en om die reden op grond van art. 7 lid 1 van het Reglement van de Commissie geen klacht zou kunnen indienen die zich leent voor behandeling door de Commissie. Zij overweegt in dat verband het volgende.
 - 5.2.1. De Commissie is van oordeel dat op basis van de door partijen overgelegde informatie voldoende is komen vast te staan dat klager de opdracht die de inzet vormt van de onderhavige aanbestedingsprocedure wenste te verwerven. Dat klager uiteindelijk heeft besloten niet op de aanbesteding in te schrijven, doet aan het voorgaande niet af.
 - 5.2.2. In dit oordeel weegt de Commissie vooral mee dat de stelling van klager, dat niet aan de eisen die binnen de onderhavige aanbesteding worden gesteld kan worden voldaan, op losse schroeven zou kunnen komen te staan wanneer zij wel zou hebben ingeschreven (vergelijk overwegingen 5.3.1 en 5.3.2 van Advies 153).
 - 5.2.3. Het voorgaande betekent dat de Commissie de klacht in behandeling kan nemen.
- 5.3. De Commissie zal vervolgens ingaan op de stelling van beklagde dat klager tijdig, dat wil zeggen op het moment dat duidelijk werd dat beklagde de eisen niet zou aanpassen en vóór het moment dat klager had kunnen inschrijven, had moeten klagen bij beklagde. De Commissie overweegt daarover het volgende.
 - 5.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – onduidelijkheden of onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee in staat wordt gesteld (de gevolgen van) een mogelijke inbreuk op het van toepassing zijnde recht ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
 - 5.3.2. De Commissie is van oordeel dat op basis van de door partijen overgelegde informatie voldoende is komen vast te staan dat klager tijdig en bovendien

meerdere malen haar bezwaren aan beklagde kenbaar heeft gemaakt. Daarbij moet in het bijzonder belang worden toegekend aan het feit dat klager naar aanleiding van de antwoorden in de Nota van Inlichtingen van 10 april 2015, waarin beklagde aangaf de gestelde eisen niet te zullen aanpassen, op 13 april 2015 een e-mail heeft gestuurd om beklagde nogmaals te vragen die eisen aan te passen.

5.3.3. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke beoordeling van de klacht.

5.4. Klachtonderdeel 1

5.4.1. Op grond van artikel 1.10 lid 1 Aw 2012 stelt een aanbestedende dienst bij de voorbereiding van en het tot standbrengen van een overheidsopdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijver en de inschrijving die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.4.2. In Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit is vervolgens bepaald dat de aanbestedende dienst het risico alloceert bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden. In de bij dit Voorschrift gegeven Toelichting is onder andere bepaald:

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

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

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

5.4.3. De te beantwoorden vraag is vervolgens of de door beklagde gestelde eisen met betrekking tot de annuleringsvoorwaarden disproportioneel zijn. Gelet op het voorgaande moet voor de beantwoording van deze vraag worden nagegaan of het risico op annuleringen, dat door beklagde voor een groot deel bij inschrijvers wordt neergelegd, wel of geen redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten heeft. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.

5.4.4. De vraag of het risico op annuleringen voorzienbaar is moet volgens de Commissie bevestigend worden beantwoord. In (hoofdstuk 6 en 7 van) de Uitnodiging tot Inschrijving is door beklagde in ruime mate aandacht gegeven aan (de kosten van) annuleringen. Zij heeft kenbaar gemaakt behoefte te hebben aan een ruime mate van flexibiliteit omtrent annuleren. Voorts zijn er door potentiële inschrijvers relatief veel vragen gesteld over de annuleringstermijnen en bijkomende kosten. Het annuleren van boekingen is dus niet uitzonderlijk, het komt kennelijk met een zekere regelmaat voor. Dit laat naar het oordeel van de Commissie zien dat sprake is van een voorzienbaar risico.

5.4.5. Vervolgens dienen de effecten te worden beoordeeld die ontstaan wanneer het risico op annuleringen zich verwezenlijkt. Met andere woorden, wat zijn de effecten indien een boeking door beklagde wordt geannuleerd.

5.4.6. Het effect van het annuleren van een boeking is in de eerste plaats afhankelijk van de uiteindelijk tussen opdrachtnemer en opdrachtgever (oftewel beklagde)

overeengekomen annuleringstermijnen. Indien beklagde binnen de afgesproken uiterlijke termijn annuleert, zal hij dit kosteloos kunnen doen. Of de opdrachtnemer in dat geval opdraait voor mogelijke kosten is afhankelijk van de afspraken die opdrachtnemer met de hotel- en vergaderlocaties heeft kunnen maken.

- 5.4.7. Hierbij is een belangrijke omstandigheid dat de horecamarkt, oftewel het aanbod van potentiële hotel- en vergaderaccommodaties, groot is. Dit maakt de uitgangspositie van de intermediair in onderhandelingen met accommodaties in beginsel gunstig.
- 5.4.8. Voorts is uit de e-mails van hotels die klager heeft overgelegd aan de Commissie niet direct af te leiden dat hotel(keten)s sowieso niet akkoord kunnen gaan met de minimumeisen omtrent de annuleringsvoorwaarden.
- 5.4.9. [X.] hotels schrijft in haar e-mail aan klager bijvoorbeeld dat zij "niet akkoord kunnen gaan met alle annuleringsvoorwaarden" en stelt vervolgens dat zij enkel akkoord kunnen gaan met de volgende annuleringsvoorwaarde: *Termijn kosteloos annuleren bij Hotelaccommodaties tot 10 personen tot 4 uur voor aanvang*. Dit is de annuleringsvoorwaarde die hoort binnen optie 3 van gunningscriterium K-C3 (zie 1.8 hiervoor): met deze optie kunnen de hoogst haalbare punten worden gescoord. Dit roept de vraag op welke annuleringsvoorwaarden door klager zijn voorgelegd aan de betreffende hotels: de minimumeisen of de opties waarmee extra punten kon worden gescoord? In ieder geval toont dit niet aan dat niet aan de gestelde minimumeisen, waarbij kosteloos annuleren mogelijk moet zijn tot in ieder geval 24 uur voor aanvang, kan worden voldaan.
- 5.4.10. Bovendien heeft beklagde in haar verweer gesteld dat tijdens de marktverkenning die zij heeft gehouden, een grote hotelketen aangaf voor annuleringen tot 12 uur voor het ingeplande incheckmoment geen kosten in rekening te brengen. De uiteindelijke minimumeis die door beklagde is gesteld is een annuleringstermijn van 24 uur, hetgeen aanzienlijk langer is dan de genoemde mogelijke termijn van slechts 12 uur.
- 5.4.11. De Commissie overweegt dat het hier voornamelijk een commercieel vraagstuk lijkt te betreffen. Vanuit een commercieel perspectief is het wellicht begrijpelijk dat hotels niet op voorhand tegenover een intermediair onverkort met dergelijke annuleringsvoorwaarden akkoord gaan. De hotels zijn immers niet zelf partij bij de overeenkomst met beklagde noch krijgen zij op voorhand een bepaalde omzetgarantie. Het zijn de intermediairs die inschrijven op de aanbesteding. De intermediairs krijgen per boeking een vaste "fee" voor hun diensten. De intermediairs moeten de annuleringsvoorwaarden garanderen aan beklagde. De intermediairs zullen dus ook met accommodaties moeten uitonderhandelen wat de daadwerkelijke gevolgen (kosten) van annuleringen zijn. De toegevoegde waarde van een intermediair is ook onder andere hierin gelegen.
- 5.4.12. Het risico op annuleringen – en daarmee de kosten die daaraan verbonden (kunnen) zijn – wordt dus voor een relatief groot deel bij de inschrijvers gelegd. Kijkend naar het doel van de opdracht – te weten het vinden van een partij die dienstverlening levert met betrekking tot het vinden van accommodaties en het maken van afspraken met die accommodaties waarbij beklagde zoveel mogelijk flexibiliteit wenst – blijkt naar het oordeel van de Commissie echter niet dat de betreffende eis disproportioneel is. Het betreft immers juist een element waar inschrijvers zich kunnen onderscheiden van hun concurrenten, bijvoorbeeld door betere afspraken (met betrekking tot annuleringsvoorwaarden) te maken dan andere inschrijvers. De taak van de inschrijver (de intermediair) is juist daarin gelegen goede onderhandelingen te voeren met de horecalocaties. Door het voeren van goede onderhandelingen kan een intermediair bovendien zelf invloed uit-

oefenen op de gevolgen die het risico op annuleringen met zich meebrengen. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren door (zoals beklaagde ook aangeeft) in geval van annulering een reservering "door te schuiven" naar een later tijdstip, waardoor uiteindelijk geen sprake is van een annulering maar van een wijziging van een reservering.

- 5.4.13. Voorts blijken in de marktverkenning drie intermediairs, waaronder klager, door beklaagde te zijn benaderd. Beklaagde stelt dat dit ongeveer de relevante markt betreft voor potentiële partijen, wat door klager niet wordt betwist. Deze drie benaderde intermediairs zijn tevens de partijen die hebben overwogen in te schrijven. Twee van de drie partijen hebben dat daadwerkelijk ook gedaan. Ook deze omstandigheid duidt erop dat van disproportionaliteit geen sprake is. Immers, twee marktpartijen kunnen kennelijk wel aan de gestelde eisen voldoen. Sterker nog, zij hebben zelfs ingeschreven met scherpere annuleringsvoorwaarden.
- 5.4.14. Klager noemt in haar klacht nog de (volgens haar "wettelijk bepaalde") UVH. Aangezien deze voorwaarden niet paritair zijn opgesteld, is beklaagde gelet op het bepaalde in Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit niet verplicht deze integraal toe te passen. Ten overvloede merkt de Commissie hierover nog op dat de UVH dateren van 1998. Het is aldus zeer de vraag – zie ook de opmerking van klager zelf in het door haar opgestelde verslag van het marktverkenningsgesprek dat zij met beklaagde heeft gevoerd (zie 1.5 hiervoor) – of deze voorwaarden nog aansluiten op het huidige digitale tijdperk (met alle bijbehorende ontwikkelingen en mogelijkheden) waarin ook de horecasector zich bevindt.
- 5.4.15. De Commissie is alles overwegende van oordeel dat de eis met betrekking tot de annuleringsvoorwaarden, en het daarmee alloceren van een deel van het risico op annuleringen bij inschrijvers, niet disproportioneel is. Het betreft een voorzienbaar risico waarvan de effecten bij verwezenlijking gering, althans overzienbaar, zijn.
- 5.4.16. Het voorgaande betekent dat het klachtonderdeel ongegrond is.

5.5. Klachtonderdeel 2

- 5.5.1. De voor dit klachtonderdeel te beantwoorden vraag is allereerst of het door beklaagde vragen van een vaste korting op de BAR in strijd met artikel 1.10 Aw 2012 en – eventueel – de Gids Proportionaliteit. De Commissie overweegt daarover het volgende.
- 5.5.2. Beklaagde vraagt in paragraaf 7.2.3 van de Uitnodiging tot Inschrijving om een kortingspercentage voor Hotelaccommodaties en een kortingspercentage voor Vergaderaccommodaties. Beklaagde stelt daarbij geen minimumeisen aan de korting. Inschrijvers kunnen volledig zelf bepalen wat de hoogte is van de korting die zij aanbieden, waarbij zij zelfs de mogelijkheid hebben een kortingspercentage van 0% aan te bieden. De enige aanvullende eis voor wat betreft de kortingen is dat deze reëel dienen te zijn. Deze omstandigheden vormen naar het oordeel van de Commissie reeds een sterke indicatie dat van disproportionaliteit geen sprake kan zijn.
- 5.5.3. Voorts geldt ook hier dat door beklaagde een marktverkenning is uitgevoerd waarvoor drie intermediairs, waaronder klager, zijn benaderd. Twee van die partijen hebben uiteindelijk ingeschreven conform de gestelde eisen. Ook dit is een sterke indicatie dat van een disproportionele eis geen sprake is.
- 5.5.4. Bovendien betreft het een opdracht van geen geringe omvang waarbij veel verschillende accommodaties door het gehele land zijn betrokken. Dat beklaagde

daarin bewust kiest voor het vragen van één vast kortingspercentage van de intermediair, in plaats van allerlei uiteenlopende kortingen, is dan ook begrijpelijk en niet disproportioneel.

- 5.5.5. De Commissie is dan ook van oordeel dat het vragen van een vaste korting op de BAR niet disproportioneel is en dat de in 5.5.1 gestelde vraag ontkennend moet worden beantwoord.
- 5.5.6. De voor dit klachtonderdeel te beantwoorden vervolgvraag is of de eis met betrekking tot de BAR tot onvoldoende transparantie in de markt zou leiden omdat met betrekking tot de BAR verschillende voorwaarden door verschillende locaties worden gehanteerd. De Commissie beantwoordt deze vraag als volgt.
- 5.5.7. Op beklagde rust de aanbestedingsrechtelijke verplichting om de eisen en criteria alsook de wijze waarop deze gedurende de aanbestedingsprocedure zullen worden toegepast zodanig in de aanbestedingsdocumenten te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren.
- 5.5.8. Beklaagde heeft in eis I-E15 voldoende duidelijk gedefinieerd wat de BAR inhoudt, namelijk de best beschikbare prijs voor de gewenste kamer op de gewenste datum op een bepaald boekingsmoment voor een consument. Dit kan beklagde als opdrachtgever steekproefsgewijs toetsen. Er is derhalve geen sprake van een eis die onvoldoende transparant is. De Commissie is dan ook van oordeel dat door beklagde voldoende is aangetoond wat zij van inschrijvers verwacht en hoe dat kan worden getoetst.
- 5.5.9. Het voorgaande betekent dat ook dit klachtonderdeel ongegrond is.

6. Advies

De Commissie acht beide onderdelen van de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

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

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. G. Verberne die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 27 juli 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid