

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 728

### 1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over de vraag of twee door aanbesteder vastgestelde kerncompetenties voor het toetsen van technische bekwaamheid strijdig zijn met het proportionaliteitsbeginsel. De kerncompetenties zouden volgens ondernemer onterecht de zelfstandige toegang tot de opdracht verhinderen, doordat ervaring binnen een mbo-instelling wordt geëist.

### 2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. Door te vragen naar ervaring met het leveren, implementeren en in stand houden van een SIS voor een mbo-instelling vraagt aanbesteder naar het oordeel van de Commissie ten onrechte om gelijke ervaring. De Commissie acht de klacht voor zover deze is gericht tegen kerncompetentie 1 **gegrond**.
- 2.2. De Commissie is niet in staat te beoordelen of een ondernemer die een koppeling met DUO voor een hbo-instelling heeft gerealiseerd en in stand gehouden, in staat moet worden geacht hetzelfde te kunnen doen voor een mbo-instelling. Vanwege het spoedeisende karakter van de klacht is de Commissie ook niet in de gelegenheid geweest dit met behulp van een externe deskundige te onderzoeken. Daarom **staakt de Commissie de verdere behandeling** van de klacht voor zover deze is gericht tegen kerncompetentie 2.

### 3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Aanbesteder heeft op 22 december 2023 een Europese openbare aanbesteding voor de opdracht tot het leveren, implementeren en technisch onderhouden van een nieuw Student Informatie Systeem (SIS) aangekondigd op TenderNed.
- 3.2. Het doel van de aanbesteding is het sluiten van een overeenkomst met één opdrachtnemer voor een (initiële) periode van 146 maanden. Startdatum van de implementatie van het SIS is bepaald op 1 mei 2024.

#### *De aanbestedingsstukken*

- 3.3. In paragraaf 3.1 van het bestek onder 'Aanleiding' staat onder meer:

'Begin 2020 is door [aanbesteder] een speerpunt Eigentijds Onderwijs (ETO) gedefinieerd. In het kader van dit speerpunt is onder meer nagegaan of het applicatielandschap dat [aanbesteder] heeft ingericht toereikend is om aan de eisen te voldoen die (naar verwachting) aan het toekomstige nieuwe onderwijs worden gesteld. Dit onderzoek heeft in 2021 geresulteerd in de conclusie dat onder meer de inrichting van het huidige studenten informatiesysteem (SIS) niet voldoende toereikend is.'

(...)

'Inmiddels is voor het speerpunt ETO een project gestart. ETO heeft niet alleen invloed op hoe het onderwijs wordt uitgevoerd maar ook op hoe de processen moeten lopen, hoe de middelen beschikbaar moeten zijn, hoe het onderwijs ondersteund moeten worden en hoe de organisatie en medewerkers gaan werken. Het project ETO wordt onder architectuur uitgevoerd.

Om tegemoet te kunnen komen aan de behoeften op het gebied van ETO heeft [aanbesteder] besloten om een nieuw Student Informatie Systeem (SIS) in te kopen. Het SIS wordt ingekocht middels een Europese openbare aanbestedingsprocedure. Op dit moment wordt binnen [aanbesteder] gebruik gemaakt van '[merksysteem]' van [naam leverancier]. De overeenkomst met [naam leverancier] is doorlopend en zal worden beëindigd op het moment dat volledige overgang naar de nieuwe SIS gerealiseerd is. Het beoogde startmoment van de implementatie van het nieuwe SIS betreft 1 mei 2024. De deadline voor livegang is 1 juli 2026.'

- 3.4. In paragraaf 3.2 van het bestek onder 'Visie ETO [aanbesteder]' staat onder meer: (...)

'ETO verandert niet alleen veel voor de student maar betekent ook veel voor [aanbesteder]. Het onderwijs moet ontwikkeld worden in kleinere en afgeronde onderwijseenheden zodat beter ingespeeld kan worden op de ontwikkelingsbehoefte van de student. Deze onderwijseenheden moeten te gebruiken zijn in meerdere opleidingen, zeker wat betreft de meer generieke onderdelen in de kwalificatiedossiers, het Algemeen Vormend Onderwijs (AVO) en Cursussen (voor LevenLangOntwikkelen - LLO). Tevens moet worden vastgelegd wat de leeruitkomst van de onderwijseenheid is en wat de beoordelingscriteria van het onderdeel zijn.'

(...)

- 3.5. In paragraaf 3.5 van het bestek onder 'Omschrijving en omvang van de Opdracht' staat:

'[Aanbesteder] is binnen onderhavige aanbestedingsprocedure op zoek naar een Opdrachtnemer die een SIS implementeert en technisch onderhoudt. Het SIS van Opdrachtnemer dient aangeboden te worden in overeenstemming met de eisen die opgenomen zijn binnen het Programma van Eisen (zie Bijlage 1).

Voor meer informatie over het geëiste/gewenste SIS verwijzen wij u door naar Bijlage 1 'Programma van Eisen en Wensen'.

- 3.6. In paragraaf 7.2 van het bestek onder 'Uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen' staat onder meer:

'Referenties: Inschrijver dient aan de hand van een referentie, per kerncompetentie aan te tonen dat hij over de ervaring beschikt die de Aanbestedende dienst noodzakelijk acht voor uitvoering van de Opdracht. Inschrijver verklaart door middel van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument dat Inschrijver per onderstaande kerncompetentie minimaal één referentie heeft, waarvan Inschrijver er per kerncompetentie één dient te overleggen. Het is toegestaan om middels één referentie beide kerncompetenties aan te tonen.

Kerncompetenties:

1. Opdrachtnemer heeft aantoonbare ervaring met het leveren, implementeren en in stand houden van een SIS voor een mbo-instelling. Referent van Opdrachtnemer heeft een minimale omvang van 4.000 studenten.

2. Opdrachtnemer heeft aantoonbare ervaring met het realiseren en in stand houden van een werkbare en bewezen koppeling met DUO (conform eis PR-33.01 van het Programma van Eisen) voor een mbo-instelling.'

(....)

'De einddatum van een referentieopdracht is maximaal drie (3) jaar geleden. Referentieopdrachten die langer dan drie (3) jaar geleden (gerekend van de uiterste sluitingsdatum van indiening van de Inschrijving) zijn beëindigd, tellen niet mee. Een referentieopdracht mag wel langer dan drie (3) jaar geleden gestart zijn. De Aanbestedende dienst behoudt zich het recht voor de juistheid van de referentie te controleren door contact op te nemen met de contactpersoon van de referent. Indien uit deze controle blijkt dat de opgave in de Inschrijving afwijkt van hetgeen de contactpersoon meldt, dan kan de Aanbestedende dienst alsnog besluiten tot uitsluiting van Inschrijver van de aanbesteding.'

- 3.7. In de Nota van Inlichtingen (1) van 2 februari 2024 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 3.7.1. Vraag 33: 'Bij Kerncompetentie 1 wordt gevraagd om ervaring met het leveren/implementeren/in stand houden van een SIS voor een mbo-instelling. De beperking tot mbo-instelling kunnen wij niet plaatsen, omdat de SIS dienstverlening van marktpartijen voor mbo- en hbo-instellingen grotendeels overeenkomt. Kunt u bevestigen dat met een mbo-instelling ook wordt gelijkgesteld: hbo-instellingen en universiteiten? Zo niet, waarom niet?'

Antwoord: 'Nee, dit wordt niet bevestigd. [Aanbesteder] is van mening dat voor het toetsen van de technische bekwaamheid het wezenlijk van belang is dat Inschrijver ervaring heeft binnen het mbo onderwijs. De kerncompetentie wordt niet aangepast.'

- 3.7.2. Vraag 34: 'Bij Kerncompetentie 2 wordt gevraagd om ervaring met het realiseren en in stand houden van een werkbare en bewezen koppeling met DUO voor een mbo-instelling. De beperking tot mbo-instelling of überhaupt een Bron Koppeling (lees MBO) kunnen wij ook hier niet plaatsen, omdat de kern van de gevraagde competentie is dat de inschrijver complexe en cruciale koppeling zoals met DUO kan aantonen? Kunt u bevestigen dat mbo-instelling wordt geschrapt en om vergelijkbare koppeling als die met Bron, of dat met een mbo-instelling ook wordt gelijkgesteld: hbo-instellingen en universiteiten? Zo niet, waarom niet?'

Antwoord: 'Nee, dit wordt niet bevestigd. [Aanbesteder] is van mening dat voor het toetsen van de technische bekwaamheid het wezenlijk van belang is dat Inschrijver ervaring heeft met het realiseren en in stand houden van een koppeling met DUO voor een MBO-instelling. De kerncompetentie wordt niet aangepast.'

- 3.8. In de Nota van Inlichtingen (2) van 16 februari 2024 is, onder meer, het volgende opgenomen:

- 3.8.1. 'Mededeling [aanbesteder]  
[Aanbesteder] wil gegadigden mededelen dat in aanloop naar beantwoording van deze Nota van Inlichtingen één van de betrokken gegadigden een klacht bij het Klachtenmeldpunt heeft ingediend. Deze gegadigde heeft [aanbesteder] verzocht om de gestelde kerncompetenties aan te passen.  
Het Klachtenmeldpunt heeft de ingediende klacht behandeld en de beoordeling verstrekt aan [aanbesteder] en gegadigde. Het Klachtenmeldpunt acht beide ingediende klachtonderdelen ongegrond.'

[aanbesteder] heeft besloten om de beoordeling van het Klachtenmeldpunt te volgen. Dit betekent dat er geen sprake zal zijn van aanpassing van de gestelde kerncompetenties.'

3.9. In de Nota van Inlichtingen (3) van 23 februari 2024 is het volgende opgenomen:

3.9.1. 'Mededeling [aanbesteder]

[Aanbesteder] wil gegadigden mededelen dat naar aanleiding van een door het klachtenmeldpunt behandelde klacht, waarbij [aanbesteder] (zoals gecommuniceerd binnen de 2e Nota van Inlichtingen) het advies van het klachtenmeldpunt opgevolgd heeft, er een klacht is ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

[Aanbesteder] respecteert de keuze van deze gegadigde om de klacht voor te leggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts. [Aanbesteder] heeft besloten om het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts af te wachten. Dit betekent dat de aanbestedingsprocedure wordt opgeschort en pas gecontinueerd zal worden nadat de Commissie van Aanbestedingsexperts haar advies kenbaar heeft gemaakt aan partijen. Alle eerder gecommuniceerde data (waaronder het moment waarop de demonstraties plaatsvinden) komen te vervallen.

[Aanbesteder] zal na afronding van de klachtbehandeling een nieuwe planning samenstellen en deze communiceren met gegadigden. Er zal partijen op dat moment een redelijk termijn worden geboden om de inschrijving in te dienen. De deadline voor inschrijving zal op TenderNed voor nu aangepast worden naar een fictieve datum, zodat de kluis niet zal sluiten gedurende de periode dat de aanbestedingsprocedure opgeschort is.'

*Verdere verloop van de feiten*

3.10. Op 9 februari 2024 heeft ondernemer een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder. Op 15 februari 2024 verklaart het klachtenloket van aanbesteder de klacht van ondernemer ongegrond.

3.11. Vervolgens heeft ondernemer op 20 februari 2024 een klacht bij de Commissie ingediend. De Commissie heeft deze klacht als **spoedklacht** in behandeling genomen.

3.12. Aanbesteder heeft op 4 maart 2024 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.

#### **4. Waar komt de klacht in de kern op neer?**

4.1. De klacht richt zich tegen de, door ondernemer gestelde, disproportionaliteit van twee door aanbesteder vastgestelde kerncompetenties voor het toetsen van technische bekwaamheid (zie 3.6). De kerncompetenties zouden ondernemer onterecht de zelfstandige toegang tot de opdracht verhinderen, doordat ervaring binnen een mbo-instelling wordt geëist.

*Ten aanzien van kerncompetentie 1: Opdrachtnemer heeft aantoonbare ervaring met het leveren, implementeren en in stand houden van een SIS voor een mbo-instelling. Referent van Opdrachtnemer heeft een minimale omvang van 4.000 studenten.*

4.2. Ondernemer stelt dat de afhankelijkheid van een SIS binnen zowel het hbo als het mbo identiek is, evenals de functie van het SIS binnen beide onderwijsniveaus. De eisen van hbo-instellingen, inclusief intake/aanmelding, onderwijsvormgeving, stageregistratie, cijferregistratie en diplomering, zijn volgens ondernemer onderling

uitwisselbaar tussen het mbo en hbo, zij het met verschillen in structuur en labeling. Het primaire belang ligt volgens ondernemer bij de competenties van de leverancier om een SIS te implementeren binnen de vastgestelde scope, rekening houdend met de complexiteit en afhankelijkheden binnen de onderwijsinstelling. Het opnemen van specifieke mbo-referenties in de geschiktheidseis sluit ondernemer uit van deelname aan de aanbestedingsprocedure, terwijl ondernemer volgens hem juist beschikt over aanzienlijke ervaring en expertise heeft in het mbo.

- 4.3. Aanbesteder reageert voor zover relevant met betrekking tot de behandeling van deze klacht, als volgt.
  - 4.3.1. Volgens aanbesteder is het SIS de belangrijkste én meest kritische softwareapplicatie voor een mbo-instelling. 'Een SIS kent een groot afbreukrisico voor de bedrijfsvoering en bekostiging van een mbo-instelling. Een verstoring van deze bedrijfsvoering levert substantiële risico's op voor het onderwijsproces van een mbo-instelling en de bekostiging daarvan. Aanbesteder acht het daarom van essentieel belang dat een SIS wordt geleverd, geïmplementeerd, gekoppeld en onderhouden, dat zich binnen het mbo al succesvol heeft bewezen. Een SIS voor een hbo-instelling volstaat niet, omdat het SIS voor een hbo-instelling niet beschikt over diverse functionaliteiten die essentieel zijn voor een mbo-instelling om aan haar wettelijke verplichtingen te kunnen voldoen, welke verplichtingen een hbo-instelling niet heeft', zoals hierna nader zal worden toegelicht.'
  - 4.3.2. 'Een SIS voor het hbo kan - mede gezien het verschil qua onderwijs, inrichting en vereiste koppelingen - niet één op één toegepast worden binnen het mbo. Indien een hbo-softwareleverancier zoals [ondernemer] een applicatie beoogt 'om te bouwen' voor het mbo, heeft [aanbesteder] geen garantie dat het om te bouwen SIS: (i) op de in de aanbesteding opgenomen implementatie-deadline volledig gereed is en opgeleverd; en (ii) op de in de aanbesteding opgenomen implementatie-deadline volledig in overeenstemming met het Programma van Eisen is. Het ombouwen van een SIS voor een hbo-instelling naar een SIS voor een mbo-instelling is mede risicovol, omdat als de implementatie daarvan niet (tijdig) is gerealiseerd door de softwareleverancier, [aanbesteder] niet kan voldoen aan diverse op haar rustende wettelijke verplichtingen als mbo-instelling.'
  - 4.3.3. 'Het feit dat een inschrijver zijn bekwaamheid met betrekking tot het leveren en implementeren van een SIS voor een mbo-instelling door middel van een referentie kan aantonen, is voor [aanbesteder] dan ook van het grootste belang. Een referentie met een SIS voor een hbo-instelling heeft voor [aanbesteder] geen of onvoldoende waarde aangezien de inschrijver daarmee niet aantoont dat er succesvol en bewezen een SIS voor een mbo-instelling is geleverd, geïmplementeerd en onderhouden.'

*Ten aanzien van kerncompetentie 2: Opdrachtnemer heeft aantoonbare ervaring met het realiseren en in stand houden van een werkbare en bewezen koppeling met DUO (conform eis PR-33.01 van het Programma van Eisen) voor een mbo-instelling*

- 4.4. Ondernemer stelt met betrekking tot kerncompetentie 2 het volgende.
  - 4.4.1. Ondernemer stelt dat hij beschikt over een werkende en bewezen koppeling met DUO binnen het hbo. De technische specificaties, de gekoppelde organisaties, en de benodigde competenties voor zowel het hbo als het mbo zijn nagenoeg identiek, aldus ondernemer. Hoewel de inhoud van de berichtgeving verschilt tussen het mbo en het hbo, zijn de overeenkomsten volgens ondernemer op inhoud en in verwerking significant.

- 4.4.2. Ondernemer stelt ruime ervaring te hebben binnen het hbo inclusief DUO (bron) koppeling en al geruime tijd leverancier te zijn in het mbo voorstudentenvolgsystemen, onderwijsvormgeving, en registratie van resultaten, waarbij hij 80% van de vereiste integraties reeds verzorgt. Ondernemer stelt te voldoen aan de overige eisen van de aanbesteding, met uitzondering van een in productiegenomen specifieke DUO-koppeling voor het mbo, die pas in productie kan worden genomen bij een klant aan de zijde van het mbo.
- 4.4.3. Ondernemer stelt voor "mbo" uit de twee referentie-eisen te halen en te vervangen door "onderwijs" dan blijft de volledige omschrijvingen van de referentie-eisen staan en doet de eis recht aan de eigenheid in het onderwijs aan een SIS voor het Beroepsonderwijs.
- 4.5. Aanbesteder reageert voor zover relevant met betrekking tot de behandeling van deze klacht, als volgt.
- 4.5.1. 'De uitwisseling van gegevens van een mbo-instelling met DUO is van essentieel belang voor de bedrijfsvoering van [aanbesteder]. Deze gegevensuitwisseling is vereist in verband met wettelijke verplichtingen die op een mbo-instelling rusten. Een hbo-instelling heeft deze wettelijke verplichtingen niet waardoor DUO via haar koppeling niet die gegevensuitwisseling van een hbo-instelling eist. Dit maakt dat [aanbesteder] een werkbare en bewezen koppeling met DUO voor een mbo stelling als kerncompetentie verlangt.  
DUO heeft voor het mbo een specifiek programma van eisen opgesteld waaraan de uitwisseling van gegevens via de koppeling moet voldoen. In dit programma van eisen zijn specifieke eisen opgenomen die gelden voor een mbo-instelling en die verschillen van de eisen van DUO voor een koppeling met een hbo-instelling. Met deze eisen heeft een inschrijvende partij die een 'hbo-koppeling' heeft dus geen kennis en/of ervaring, welke kennis en ervaring wel relevant is voor de opdracht van [aanbesteder].'
- 4.5.2. Aanbesteder onderbouwt zijn stelling door op de verschillen tussen mbo- en hbo-instellingen nader in te gaan, voor wat betreft de onderwerpen 'bekostiging en accountantscontrole', 'aanwezigheidsregistratie en verzuim', '1000-uren norm', 'Register instellingen Onderwijs', 'Stages', 'Dienst nummervoorziening van DUO', 'Afnemen Centrale examens' en 'Informatie die DUO terugstuurt'.
- 4.6. Aanbesteder stelt samenvattend dat het SIS en de koppeling met DUO voor de bedrijfsvoering van een mbo-instelling essentieel zijn, waarmee het proportioneel is aantoonbare ervaring te vragen van een werkbare en bewezen koppeling met DUO voor een mbo-instelling. Dat ondernemer beschikt over een werkende en bewezen koppeling met DUO binnen het hbo maakt niet dat zij over de hier vereiste kennis en ervaring beschikt, aldus aanbesteder. Het risico voor de continuïteit van zijn bedrijfsvoering is volgens aanbesteder te groot indien een (onbewezen) SIS voor een hbo-instelling moet worden omgebouwd naar een SIS voor een mbo-instelling, welke instelling aan tal van wettelijke verplichtingen moet voldoen.

## **5. Onderbouwing van het advies**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 22 december 2023 een Europese openbare aanbesteding voor de opdracht tot het leveren, implementeren en technisch onderhouden van een nieuw Student Informatie Systeem (SIS) heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3<sup>e</sup> herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

## Toetsingskader

- 5.2. In artikel 1.10, lid 1 jo. lid 2, sub c en d, Aw 2012 is bepaald dat de inhoud van en het aantal te stellen geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.3. Artikel 2.90, lid 8, Aw 2012 bepaalt dat geschiktheidseisen verband moeten houden met en in redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.4. Artikel 2.93, lid 3, Aw 2012 bepaalt:

‘Een aanbestedende dienst die als geschiktheidseis stelt dat de gegadigde eerdere opdrachten heeft verricht als bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b, vraagt op onderdelen van de opdracht naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten en niet naar eerder verrichte opdrachten die gelet op de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de opdracht gelijk zijn.’

- 5.5. Uit de wetsgeschiedenis kan, voor zover relevant, het volgende worden aangehaald:

De toegang van ondernemers tot opdrachten en de groeimogelijkheden van ondernemers kunnen worden belemmerd wanneer bij aanbestedingen wordt gevraagd naar ervaring met soortgelijke opdrachten. Uitgangspunt bij aanbestedingen moet zijn dat wordt gevraagd of een ondernemer de benodigde competenties heeft om een bepaalde opdracht uit te voeren, in plaats van te vragen naar zijn ervaring met het uitvoeren van dezelfde opdrachten in het verleden. Zo zal een ondernemer die een viaduct heeft gebouwd in het algemeen ook in staat zijn een brug te bouwen. Hij beschikt dan echter niet over referenties voor het bouwen van een brug. Daarnaast biedt het vragen naar competenties door aanbestedende diensten meer kansen voor innovatieve bedrijven om mee te doen aan overheidsopdrachten. Zij kunnen nu vaak niet meedoen door de referenties die door de aanbestedende dienst worden gevraagd. Door middel van het in de nota van wijziging opgenomen onderdeel KK wordt nu voorgeschreven dat naar vergelijkbare referenties moet worden gevraagd, zodat ervaring kan worden getoetst op basis van competenties (Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 440, nr. 10, pag. 16).

- 5.6. Voorschrift 3.5 F (inclusief toelichting) Gids Proportionaliteit luidt als volgt:

‘De aanbestedende dienst stelt voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht.

Bekwaamheidseisen zeggen iets over de mate waarin inschrijvers in staat geacht mogen worden de feitelijke activiteiten naar behoren te verrichten. Bij het stellen van die eisen is het van belang te zoeken naar een formulering die aansluit bij de kerncompetenties die voor een specifieke opdracht relevant zijn. Daarbij is het kritisch formuleren van kerncompetenties essentieel; er moet worden gezocht naar ervaring op punten die van essentieel belang zijn (kerncompetenties). Het beperken tot het benoemen van de meest essentiële kerncompetenties is soms lastig, maar is wel nodig om een zo goed mogelijke marktwerking te krijgen.

(...)

Er dient een vertaling van de kerncompetenties naar benodigde eisen van (technische) bekwaamheid plaats te vinden. Daarbij is het van belang dat niet meer van hetzelfde wordt gevraagd, omdat daarmee de kring van potentiële inschrijvers wel heel erg wordt verkleind. Waar het om gaat, is te zoeken naar al die

ondernemingen die, al dan niet in meerdere verschillende projecten, de benodigde ervaring hebben opgedaan.'

- 5.7. Tot slot wijst de Commissie op de verplichtingen die op aanbesteder rusten op grond van artikel 1.10 en 1.10a Aw 2012, welke artikelen ertoe verplichten uitsluitend eisen te stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht en verbieden de mededinging kunstmatig te beperken door bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. De Commissie is van oordeel dat dit laatste artikel bovendien ertoe dient om elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst uit te bannen, zoals het Hof van Justitie EU heeft overwogen in het kader van het transparantiebeginsel in zijn arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta (HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 P, r.o. 111).

### **Bevindingen Commissie**

- 5.8. De vraag die voorligt is of aanbesteder gelet op het bepaalde in artikel 1.10 Aw 2012, artikel 2.93 lid 3 Aw 2012 en Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit in strijd heeft gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel door in twee kerncompetenties te eisen dat ondernemer ervaring heeft opgedaan binnen een mbo-instelling.
- 5.9. De Commissie overweegt dat een aanbesteder kerncompetenties moet vaststellen die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht. Hij moet vragen naar vergelijkbare opdrachten, niet naar opdrachten die naar de aard van de opdracht gelijk zijn.
- 5.10. De Commissie zal hierna achtereenvolgens kerncompetenties 1 en 2 behandelen.

*Kerncompetentie 1: 'Opdrachtnemer heeft aantoonbare ervaring met het leveren, implementeren en in stand houden van een SIS voor een mbo-instelling. Referent van Opdrachtnemer heeft een minimale omvang van 4.000 studenten'*

- 5.11. Door te vragen naar ervaring met het leveren, implementeren en in stand houden van een SIS voor een mbo-instelling vraagt aanbesteder naar het oordeel van de Commissie ten onrechte om gelijke ervaring (zie ook Advies 495 overweging 5.6, Advies 579 overweging 5.3.6.-5.3.7.). De Commissie stelt vast dat de kerncompetentie nagenoeg gelijk is aan de scope van de opdracht. Bovendien moet de gevraagde ervaring zijn opgedaan binnen een soortgelijke instelling als aanbesteder, namelijk een mbo-instelling. Aanbesteder moet vragen naar ervaring met de kenmerkende aspecten van de opdracht die van essentieel belang zijn om de opdracht uit te kunnen voeren. Aanbesteder stelt dat een SIS voor een hbo-instelling niet beschikt over 'diverse functionaliteiten die essentieel zijn voor een mbo-instelling', om welke reden ervaring met het leveren, implementeren en in stand houden van een SIS voor een hbo-instelling niet zou volstaan. Welke functionaliteiten dit zijn, is de Commissie niet duidelijk, maar de Commissie leidt uit de stelling van aanbesteder (zie 4.5.1) af dat het mogelijk is de kenmerkende aspecten van een SIS te omschrijven die essentieel zijn om de opdracht uit te voeren, zonder te verwijzen naar de soort instelling waarvoor de opdracht is uitgevoerd. De Commissie acht de klacht voor zover deze is gericht tegen kerncompetentie 1 **gegrond**.

*Kerncompetentie 2: 'Opdrachtnemer heeft aantoonbare ervaring met het realiseren en in stand houden van een werkbare en bewezen koppeling met DUO (conform eis PR-33.01 van het Programma van Eisen) voor een mbo-instelling'*

- 5.12. Tussen partijen staat niet ter discussie dat het realiseren en in stand houden van een koppeling met DUO een essentieel punt van de opdracht is. Daarnaast is het de Commissie gebleken dat DUO voor een koppeling met een mbo-instelling en



een hbo-instelling ieder afzonderlijk een specifieke set eisen heeft opgesteld. Onder de gegeven omstandigheden komt de Commissie het vragen naar ervaring met het realiseren en in stand houden van een werkbare en bewezen koppeling met DUO voor een mbo-instelling niet onbegrijpelijk voor. Wel vraagt de Commissie zich af of aanbesteder ervaring met het realiseren en in stand houden van een koppeling met DUO op een hoger abstractieniveau had kunnen uitvragen, waardoor ondernemers hun geschiktheid om de opdracht uit te kunnen voeren bijvoorbeeld ook zouden kunnen aantonen met ervaring met het realiseren en in stand houden van een werkbare en bewezen koppeling met DUO voor een hbo-instelling (vgl. Advies 579, overweging 5.3.6, 5.3.7.). Aanbesteder heeft aanneemelijk gemaakt dat mbo-instellingen andere gegevens uitwisselen met DUO dan hbo-instellingen. De vraag is of een ondernemer die een koppeling met DUO voor een hbo-instelling heeft gerealiseerd en in stand gehouden gelet op de daarvoor benodigde kennis en kunde in staat moet worden geacht hetzelfde te kunnen doen voor een mbo-instelling. De Commissie is niet in staat dit te beoordelen. Vanwege het spoedeisende karakter van de klacht is de Commissie ook niet in de gelegenheid geweest dit met behulp van een externe deskundige te onderzoeken. Daarom **staakt de Commissie de verdere behandeling** van de klacht voor zover deze is gericht tegen kerncompetentie 2.

- 5.13. De Commissie acht de klacht met betrekking tot kerncompetentie 1 **gegrond** en met betrekking tot kerncompetentie 2 **staakt de Commissie de verdere behandeling** van klacht.

Omdat het hem vanwege conflicterende belangen niet vrijstond, is commissielid mr. M.C. Pinto niet betrokken geweest bij de behandeling van deze klacht.

Den Haag, 28 maart 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Commissielid