

Aanbesteding: Softwarelicenties (herzien)
Aanbestedende Dienst: InkoopcentrumZuid u.a.
Referentie: ICZ.2021.003

Toelichting:
Tweede NVI Softwarelicenties.

Ref.nr. 77 **Onderwerp:** NVI 1, vraag 74 & Aanbestedingsleidraad, paragraaf 5, bullit 4, pagina 15.

Vraag:

In uw antwoord op vraag 74 van de Nota van Inlichtingen geeft u aan dat u niet akkoord gaat met de licentievoorwaarden van de softwarefabrikant.

Inschrijver begrijpt dat u zich nu nog niet aan andere voorwaarden wilt committeren. Kunt u echter bevestigen dat het mogelijk is voor inschrijvers om bij de Leveringsopdracht de licentievoorwaarden van toepassing te verklaren op de opdracht door middel van het toesturen van de licentievoorwaarden met de offerte. Zo kunt u deze eerst inzien, voordat u met iets akkoord gaat. Graag uw akkoord. Indien u niet akkoord bent, verzoekt inschrijver dit te motiveren.

Antwoord:

Ja.

Beantwoord op: 21-10-2021
Label: Inhoud

Ref.nr. 78 **Onderwerp:** NVI 1, vraag 17 & Concept Raamovereenkomst, artikel 8

Vraag:

In uw antwoord op vraag 17 uit de Nota van Inlichtingen geeft u aan dat u de aansprakelijkheid niet wilt beperken tot directe schade.

Inschrijver wilt u erop wijzen dat u op basis van het proportionaliteitsbeginsel uit de Aanbestedingswet verplicht bent in het kader van de aanbestedingsprocedure proportionele eisen en voorwaarden te stellen. Voorschrift 3.9 Gids proportionaliteit schrijft immers voor hoe een aanbestedende dienst tot contractvoorwaarden komt. De contractbepaling dient o.a. gebruikelijk te zijn in de desbetreffende markt (bijv. bij contracten tussen bedrijven onderling) en de kans moet aannemelijk zijn dat het risico zich verwezenlijkt. Als het voorzienbare risico zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet en eerder als een 'redelijk voorzienbaar risico met geringe of voorzienbare effecten' dient te worden gezien, is een bepaling

disproportioneel en dus niet passend.

Inschrijver is van mening dat het aanvaarden van aansprakelijkheid voor indirecte en/of gevolgschade wegens toetsing op voorgaande eisen niet passend is. Temeer, nu dat zij weet dat zij het risico van indirecte schade niet kan beheersen of beïnvloeden. Inschrijver verzoekt u daarom wederom proportionaliteit in acht te nemen en indirecte- en gevolgschade uit te sluiten van deze opdracht. Graag uw akkoord. Indien u niet akkoord bent, verzoekt inschrijver dit te motiveren.

Antwoord:

Er wordt in de GIBIT uitdrukkelijk geen onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte schade. Dit onderscheid komt in de Nederlandse wet niet voor en het is (daarmee) vaak onduidelijk wat er precies met het onderscheid wordt bedoeld. Bij onduidelijkheid is geen van de partijen gebaat. Soms wordt met indirecte schade bedoeld op schade die in onvoldoende causaal verband staat tot de tekortkoming; de eis van causaal verband is echter al een algemene regel van Nederlands schadevergoedingsrecht. Naast de bepalingen in de GIBIT, is het Burgerlijk Wetboek (en andere wetgeving) onverkort van toepassing, tenzij daar in de GIBIT uitdrukkelijk van is afgeweken. Dit houdt o.m. in dat de regels uit boek 6 titel 1 afdeling 10 van het BW (over schadevergoeding) van toepassing zijn, waaronder begrepen de daarin opgenomen regels omtrent schadebegroting, causaliteit, eigen schuld, etc. Zo kan Opdrachtgever pas schade claimen als er sprake is van een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de Leverancier en geen schade claimen voor zover zij daar zelf debet aan is of voor zover de schade in onvoldoende causaal verband staat tot de tekortkoming van Leverancier. Anders dan dus wel eens wordt geroepen in onderhandelingen is van onbeperkte aansprakelijkheid zeker geen sprake (maar beperkt door de kaders van het BW). De aanbestedende dienst acht de artikelen in de GIBIT en de concept overeenkomst derhalve niet disproportioneel en wijst het verzoek af. Zie ook bijlage GIBIT 2020 toelichting per artikel.

Beantwoord op: 21-10-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

79

Onderwerp:

NVI 1, vraag 28 & GIBIT, artikel 13.3

Vraag:

In uw antwoord op vraag 28 van de Nota van Inlichtingen geeft u aan dat de aansprakelijkheid uit artikel 13.4 van de Raamovereenkomst is beperkt. Kunt u bevestigen dat deze beperking ook van toepassing is op artikel 13.3? Indien u dit niet kunt bevestigen, verzoekt inschrijver dit te motiveren.

Antwoord:

Ja, dit kunnen we bevestigen.

Beantwoord op: 21-10-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.
80

Onderwerp:
NVI 1, vraag 33 & Raamovereenkomst, artikel 7.1

Vraag:

In uw antwoord op vraag 33 van de Nota van Inlichtingen geeft u aan dat het risico over gaat bij acceptatie.

Inschrijver begrijpt dat u de tijd wilt hebben om te controleren of hetgeen geleverd aan uw verwachtingen voldoet. Echter, in die 10 werkdagen draagt Leverancier ook het risico in geval van diefstal of schade die buiten haar invloedssfeer ligt. Inschrijver acht dit niet proportioneel en in strijd met voorschrift 3-9 A van de Gids Proportionaliteit. Inschrijver verzoekt u daarom nogmaals om het risico van beschadiging of verlies van de geleverde producten of onderdelen daarvan over te laten gaan op het moment van levering. Graag uw akkoord. Indien u niet akkoord bent verzoeken wij u dit te motiveren.

Antwoord:

Niet akkoord De zienswijze blijft ongewijzigd. Is reeds voldoende gemotiveerd. Artikel 7.1 van de CONCEPT Raamovereenkomst blijft van toepassing.

Beantwoord op: 21-10-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.
81

Onderwerp:
NVI 1, vraag 35 & Raamovereenkomst, artikel 6.1

Vraag:

In uw antwoord op vraag 35 van de Nota van Inlichtingen geeft u aan dat het uitgangspunt een termijn van 10 werkdagen is. Het in inschrijver niet geheel duidelijk vanaf welk moment deze termijn ingaat. Kunt u bevestigen dat de termijn ingaat op het moment van levering? Indien u dit niet kunt bevestigen, verzoekt inschrijver dit te motiveren.

Antwoord:

Ja, dit kunnen we bevestigen.

Beantwoord op: 21-10-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

82

Onderwerp:

NVI 1, vraag 37 & Concept Raamovereenkomst, artikel 1.2

Vraag:

In uw antwoord op vraag 37 geeft u aan de licentievoorwaarden van de softwareleverancier niet te willen opnemen, omdat de nota van inlichtingen wordt opgenomen in de definitieve Raamovereenkomst. De nota van inlichtingen staan los van de licentievoorwaarden. Daarom verzoekt inschrijver u nogmaals de licentievoorwaarden toe te voegen aan de rangorde van artikel 1.2 van de Raamovereenkomst door middel van het meesturen van de licentievoorwaarden in de nadere offerte. Graag uw akkoord. Indien u niet akkoord bent, verzoekt inschrijver dit te motiveren.

Antwoord:

De Licentie- en contractvoorwaarden worden in de Leveringsovereenkomst en leveringsopdracht opgenomen. De leveringsovereenkomst prevaleert boven de Raamovereenkomst en wordt daarom nietopgenomen in de rangorde van de Raamovereenkomst.

Beantwoord op: 21-10-2021**Label:** Juridisch**Ref.nr.**

83

Onderwerp:

Vervolgvrage bij NVI 1 vraag 74

Vraag:

Kunt u toelichten wat u verstaat onder “Licentie- en contractvoorwaarden worden in de Leveringsopdracht uitgevoerd”? De omvang, strekking en duur van het gebruiksrecht wordt vormgegeven door de licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden van de betreffende software fabrikant. Gegadigde fungeert bij een leveringsopdracht als intermediair om de licenties c.q. gebruiksrechten aan de aanbestedende dienst te leveren. De licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden maken integraal onderdeel van de aankoop van de software bij een leveringsopdracht. Door middel van licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden worden immers de rechten en plichten van het gebruik van de software benoemd. Deze voorwaarden zijn opgesteld door de software fabrikant en specifiek geschreven voor de (eind)gebruiker van de licenties c.q. gebruiksrechten, te weten de aanbestedende dienst en de omroepen die toe treden tot de raamovereenkomst. Om gebruik te mogen maken van de licenties c.q. gebruiksrechten dienen voorafgaand aan het gebruik de toepasselijke licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden geaccepteerd te worden, zonder acceptatie mogen en kunnen de licenties c.q. gebruiksrechten simpelweg niet gebruikt worden. Gegadigde heeft hier inhoudelijk geen invloed op. Gegadigde, zal per leveringsopdracht, bij het aanbieden van een nadere offerte de van toepassing zijnde voorwaarden van de desbetreffende software fabrikant meesturen naar de aanbestedende dienst

ter beoordeling (in lijn met artikel 19.1 van de GIBIT). Graag uw akkoord op de gestelde werkwijze?

Antwoord:

Akkoord.

Beantwoord op: 21-10-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

84

Onderwerp:

Vervolg vraag bij NvI 1 vraag 68

Vraag:

Gegadigde begrijpt de wens vanuit de aanbestedende dienst om boete in stand te houden. Echter is gegadigde van mening dat de hoogte van deze boeteclausule niet in verhouding staat tot de te maken marge binnen de onderhavige overeenkomst. De hoogte van de boete is derhalve disproportioneel in relatie tot de opdracht. Wij verzoeken de aanbestedende dienst om de hoogte van de boete aan te passen naar €10.000,- per overtreding. Graag uw akkoord?

Antwoord:

Akkoord.

Beantwoord op: 21-10-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

85

Onderwerp:

Vervolg vraag bij NvI 1 vraag 66

Vraag:

- V&A 66

Gegadigde begrijpt de wens vanuit de aanbestedende dienst om de mogelijkheid te hebben om een controle/audit uit te voeren. Gezien de transparantie van de offertetrajecten is gegadigde van mening dat de mogelijkheid tot één controle/audit per contractjaar afdoende is en enkel indien zich een duidelijke en onderbouwde aanleiding heeft voorgedaan. Gegadigde verzoekt de aanbestedende dienst de mogelijkheid tot het uitvoeren van een controle/audit te beperken tot maximaal één maal per contractjaar én enkel met een onderbouwde aanleiding. Graag uw akkoord?

Antwoord:

Akkoord. Eis 14 van het Programma van eisen blijft gehandhaafd.

Beantwoord op: 21-10-2021

Label: Inhoud

Ref.nr.

86

Onderwerp:

Vervolg vraag bij NvI 1 vraag 17 en 22

Vraag:

In uw antwoord geeft u aan niet akkoord te gaan met onze verzoeken om (1) het begrip “schade” te beperken tot enkel “directe schade” en (2) “indirecte schade” uit te sluiten. U bent grond van artikel 1.10 Aw2012 gehouden om proportionele contractvoorwaarden te hanteren. De huidige voorwaarden voldoen hier niet aan. Wij baseren ons standpunt op de volgende punten:

(i) Wij willen u wijzen op de Gids Proportionaliteit. Artikel 3.9.1.1 (voorschrift 3.9D, punt 2) stelt dat de aanbestedende dienst rekening dient te houden met de risico's die aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt én met de gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche of voor de opdracht naar aard en omvang;

(ii) Het hanteren van een dergelijke clause resulteert in een onevenredig risico voor de winnende Inschrijver bij de uitvoering van deze overeenkomst, nagelaten of dit de hoofd- danwel onderaannemer betreft;

(iii) Gegadigde acht een dergelijke clause zeer onwenselijk voor een prettige en strategische samenwerking tussen aanbestedende dienst en de winnende inschrijver;

(iv) Ook staat de hoogte van risico niet in verhouding tot de te maken marge binnen deze overeenkomst;

Derhalve verzoeken wij u wederom om het begrip “schade” te beperken tot enkel “directe schade” en “indirecte schade” uit te sluiten. Gegadigde kan niet instaan voor deze voorwaarden en zal niet kunnen inschrijven indien u niet akkoord gaat. Graag uw reactie?

Antwoord:

Er wordt in de GIBIT uitdrukkelijk geen onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte schade. Dit onderscheid komt in de Nederlandse wet niet voor en het is (daarmee) vaak onduidelijk wat er precies met het onderscheid wordt bedoeld. Bij onduidelijkheid is geen van de partijen gebaat. Soms wordt met indirecte schade bedoeld op schade die in onvoldoende causaal verband staat tot de tekortkoming; de eis van causaal verband is echter al een algemene regel van Nederlands schadevergoedingsrecht. Naast de bepalingen in de GIBIT, is het Burgerlijk Wetboek (en andere wetgeving) onverkort van toepassing, tenzij daar in de GIBIT uitdrukkelijk van is afgeweken. Dit houdt o.m. in dat de regels uit boek 6 titel 1 afdeling 10 van het BW (over schadevergoeding) van toepassing zijn, waaronder begrepen de daarin opgenomen regels omtrent schadebegroting, causaliteit, eigen schuld, etc. Zo kan Opdrachtgever pas schade claimen als er sprake is van een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de Leverancier en geen schade claimen voor zover zij daar zelf debet aan is of voor zover de schade in onvoldoende causaal verband staat tot de tekortkoming van Leverancier. Anders dan dus wel eens wordt geroepen in onderhandelingen is van onbeperkte

aansprakelijkheid zeker geen sprake (maar beperkt door de kaders van het BW). De aanbestedende dienst acht de artikelen in de GIBIT en de concept overeenkomst derhalve niet disproportioneel en wijst het verzoek af. Zie ook bijlage GIBIT 2020 toelichting per artikel.

Beantwoord op: 21-10-2021
Label: Juridisch