

Aanbesteding: Softwarebroker
Aanbestedende Dienst: Gemeente Hoorn
Referentie: 1911159

Toelichting:

Ref.nr. 24
Onderwerp: NvI 1 vraag 12 en 15

Vraag:

Bij vraag 12 staat u toe dat niet enkel de Inschrijver mag factureren, maar ook een onderaannemer, waarbij deze onderaannemer geen fabrikant is.

Bij vraag 15 geeft u aan dat de Inkoopprijs de prijs betreft waarvoor Inschrijver bij de betreffende leverancier inkoopt.

In bovengenoemd geval zou het, met uw antwoorden op deze vragen 12 en 15, zo kunnen zijn dat een extra schakel de prijs verhoogd, waardoor u uiteindelijk meer gaat betalen.

Graag verzoeken wij u om een hogere prijs voor de gemeente te voorkomen, te bevestigen dat ook in bovenstaand geval geldt dat het uitgangspunt voor de Inkoopprijs te allen tijde de offerte vanuit de betreffende softwareproducent is, zoals ook in het Programma van Eisen weergegeven bij Eis 14, en niet de prijsopgaaf van de onderaannemer. Kunt u dit bevestigen?

Antwoord:

Wij begrijpen uw standpunt echter gaan wij er van uit dat de gecontracteerde softwarebroker voor ons de meest scherpe prijs offreert met of zonder tussen leverancier. Inschrijver dient te voldoen aan eis 14.

Beantwoord op: 15-12-2021
Label: Inhoud

Ref.nr. 25
Onderwerp: PvE Eis 27

Vraag:

Kunt u bevestigen dat het een licentieoverzicht betreft van de geleverde software door opdrachtnemer en dat historische licenties geleverd door andere opdrachtnemers buiten beschouwing vallen.

Antwoord:

Nee u dient de huidige licenties over te nemen van onze huidige

softwarebroker SoftwareONE in uw overzicht.

Beantwoord op: 16-12-2021

Label: Inhoud

Ref.nr.

26

Onderwerp:

Concept overeenkomst Softwarebroker, Artikel 9.04

Vraag:

Stemt opdrachtgever er mee in dat het reeds gefactureerde bedrag en nog beschikbare bedrag één keer per jaar tijdens een overleg afzonderlijk wordt besproken? Het vermelden van deze informatie op iedere factuur levert onnodige administratieve last voor inschrijver op. Indien u niet instemt met ons voorstel, verzoeken wij u deze keuze te motiveren.

Antwoord:

Akkoord mits het in het maandelijks overleg een agendapunt is. Wanneer u het dus niet per factuur doet dan dient u dit op te nemen in een maandrapportage conform Artikel 7 lid 01 van de overeenkomst.

Beantwoord op: 16-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

27

Onderwerp:

Beantwoording vraag 25

Vraag:

U geeft aan dat de huidige licenties van uw huidige softwarebroker over dienen te worden genomen in het licentieoverzicht. Kunt u bevestigen dat dit overzicht direct na gunning wordt overgedragen in een bewerkbaar format, zoals Excel? En dat hier vanuit SoftwareOne geen kosten voor worden berekend?

Antwoord:

Ja, u krijgt van ons dit overzicht in een bewerkbaar format.

Beantwoord op: 20-12-2021

Label: Inhoud

Ref.nr.

28

Onderwerp:

Antwoord vraag 20

Vraag:

In het antwoord op vraag 20 verwijst u naar Artikel 10 van de concept

raamovereenkomst. Hier wordt beschreven op welke wijze inschrijver zich dient te verzekeren tegen wettelijke- en bedrijfsaansprakelijkheid. De genoemde bedragen komen echter niet overeen met beperking van de aansprakelijkheid tot €3.000.000 per gebeurtenis zoals beschreven in Artikel 14.2 van de VNG Algemene inkoopvoorwaarden. Daarnaast is de aansprakelijkheid in dit artikel niet per jaar beperkt waardoor inschrijvers een onbeperkte aansprakelijkheid dienen te accepteren en daardoor een groot financieel risico lopen. Wij willen graag nogmaals benadrukken dat paragraaf 3.9.1.1 (voorschrift 3.9D, punt 2) voorschrijft 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. In de betreffende branche bedraagt deze gebruikelijke aansprakelijkheid €1.250.000,- per gebeurtenis met een maximum van €2.500.000,- per jaar, zoals ook gesteld in uw verzekeringseis. Wij verzoeken u daarom om duidelijkheid te scheppen en de aansprakelijkheid voor deze aanbesteding te beperken tot de bedragen zoals genoemd in Artikel 10 van de concept raamovereenkomst. Gaat u hiermee akkoord? Zo niet, verzoeken wij u deze keuze te motiveren.

Antwoord:

Ja, in de overeenkomst staat ook in Art. 2 lid 03 de volgorde van documenten genoemd.

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

29

Onderwerp:

VNG Algemene inkoopvoorwaarden, Artikel 13.2

Vraag:

U geeft aan dat een verlate aanlevering of ongeschiktheid van voor de uitvoering van de werkzaamheden benodigde goederen, grondstoffentekort en transportproblemen niet onder overmacht vallen. Momenteel heerst er bijvoorbeeld een tekort op ICT-componenten, wat resulteert dat er minder machines gemaakt kunnen worden door de fabrikant waardoor de levering vertraagd is. Dit is een situatie waar inschrijver helaas geen invloed op heeft of kan uitoefenen. Wij zijn dan ook van mening dat de genoemde redenen precies vormgeven aan de definitie van overmacht. Wij verzoeken u daarom om artikel 13.2 aan te passen en de eerder genoemde redenen wél onder overmacht te laten verstaan. Gaat u hiermee akkoord? Zo niet, ontvangen wij graag uw motivatie.

Antwoord:

Nee, niet akkoord voor de dienstverlening die u dient te verzorgen behoeft Art. 13.2 niet te worden aangepast.

Bij nadere overeenkomsten gaat de GIBIT 2020 gelden.

Beantwoord op: 21-12-2021
Label: Juridisch

Ref.nr.
30

Onderwerp:
Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Bijlage 1

Vraag:

Volgens Inschrijver is het raadzaam dat partijen gezamenlijk onderzoeken welke verwerkingen er in het kader van de onderliggende hoofdovereenkomst plaatsvinden en óf deze verwerkingen vervolgens moeten worden gekwalificeerd als een verwerking door een verwerker ex artikel 4 lid 8 AVG.

Antwoord:

Klopt bijlage 1 wordt gezamenlijk ingevuld.

Beantwoord op: 21-12-2021
Label: Juridisch

Ref.nr.
31

Onderwerp:
Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 7.2

Vraag:

Een oneindige geheimhoudingsplicht is onredelijk bezwarend jegens Inschrijver. Inschrijver verzoekt u daarom op te nemen dat geheimhouding nog drie (3) jaar geldt na beëindiging van deze Verwerkersovereenkomst. Daarbij komt dat persoonsgegevens volgens de AVG moeten worden gewist indien zij geen doel meer dienen.

Antwoord:

Akkoord.

Beantwoord op: 21-12-2021
Label: Juridisch

Ref.nr.
32

Onderwerp:
Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 7.1

Vraag:

Hierover is niets genoemd in de onderliggende hoofdovereenkomst. Inschrijver begrijpt dat verwijdering van persoonsgegevens een gebruikelijk onderdeel is van het proces van Inschrijver. Kan de aanbestedende dienst

aangeven dat zij de volledige kosten draagt indien de gegevens eerder dan het einde van deze verwerkersovereenkomst, dan wel eerder dan de overeengekomen bewaartermijn, op verzoek van de aanbestedende dienst verwijderd moeten worden? En kan de aanbestedende dienst aangeven dat indien een door de aanbestedende dienst aan te wijzen bestandformaat voor verwijdering en/of retournering extra kosten met zich meebrengt, de aanbestedende dienst de kosten draagt?

Antwoord:

Nee niet akkoord. Wanneer u uw dienstverlening juist uitvoert zal er geen eerdere verwijdering noodzakelijk zijn. Kosten aan het einde van de overeenkomst dient u op te nemen in uw percentage.

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

33

Onderwerp:

Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 6.1

Vraag:

Inschrijver gaat niet akkoord met een dergelijke aansprakelijkheidsclausule. Allereerst zijn partijen niet gehouden eenzelfde aansprakelijkheidsclausule overeen te komen in de verwerkersovereenkomst als in de onderliggende hoofdovereenkomst. Bovendien kan dit zorgen voor onduidelijkheid en discussie achteraf. De aanbestedende dienst wordt daarom verzocht in deze verwerkersovereenkomst een aparte aansprakelijkheidsclausule op te nemen.

Bij het bepalen van limitering van aansprakelijkheid moet men, volgens voorschrift 3-9 D lid 2 Proportionaliteit, kijken naar de daadwerkelijke risico's die de aanbestedende dienst loopt en wat de gebruikelijke aansprakelijkheidseis is in de betreffende branche. Gezien het in onderhavige aanbesteding om levering van software gaat en de verwerking op normale persoonsgegevens ziet in plaats van bijzondere persoonsgegevens, zijn de daadwerkelijke risico's die de aanbestedende dienst loopt beperkt. Derhalve verzoek Inschrijver de aansprakelijkheid te beperken conform de geldende marktvoorwaarden, namelijk:

"Indien Verwerker toerekenbaar tekort schiet in de nakoming van zijn verplichtingen, dan heeft de Verwerkingsverantwoordelijke recht op vergoeding van eventuele daaruit voortvloeiende schade. Indien Verwerker aansprakelijk is, dan is die aansprakelijkheid als volgt begrensd:

- a. de aansprakelijkheid van Verwerker, voor zover deze door zijn aansprakelijkheidsverzekering wordt gedekt, is beperkt tot het bedrag van de door de verzekeraar gedane uitkering;
- b. indien de verzekeraar in enig geval niet tot uitkering overgaat of schade niet door de verzekering wordt gedekt, is de aansprakelijkheid van Verwerker beperkt tot € 1.000.000,- per jaar en € 1.000.000,- per contractwaarde.

c. Verwerker is nimmer aansprakelijk voor gevolgschade.

Bovengenoemde beperkingen van de aansprakelijkheid gelden niet indien de schade te wijten is aan opzet of grove schuld van Verwerker.”

Voor een eventuele vrijwaringsverplichting geldt dezelfde beperking.

Antwoord:

Niet akkoord. De beperking van de aansprakelijkheid in de hoofdovereenkomst blijft staan.

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

34

Onderwerp:

Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 5.3

Vraag:

In de Verwerkersovereenkomst is opgenomen dat Verwerker een gedetailleerd logboek bij moet houden van alle (vermoedens van) inbreuken op de beveiliging en dat zij daar op eerste verzoek van de Verwerkingsverantwoordelijke inzage in geeft. Inschrijver verzoekt u te bevestigen dat Verwerker u enkel inzage hoeft te geven in het overzicht van (vermoedelijke) inbreuken op de beveiliging welke betrekking hebben op uw persoonsgegevens. Inschrijver is namelijk gehouden aan haar geheimhoudingsplicht en kan niet zomaar inzage verschaffen in inbreuken op de beveiliging van derde partijen. Graag uw bevestiging. Indien u dit niet kunt bevestigen, verzoekt inschrijver u dit te motiveren.

Antwoord:

Akkoord.

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

35

Onderwerp:

Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 5.1

Vraag:

"De verwerker is verplicht om de verwerkingsverantwoordelijke zonder onredelijke vertraging te informeren zodra hij kennis heeft genomen van een inbreuk in verband met persoonsgegevens (art. 33 lid 2 AVG). Dit houdt in dat het informeren zo spoedig mogelijk dient plaats te vinden. Kan de aanbestedende dienst bevestigen dat de termijn van 24 uur ingaat na ontdekking en dat het enkel gaat om het informeren van de

verwerkingsverantwoordelijke over de ontdekking. Het is aan de verwerkingsverantwoordelijke vervolgens om een beoordeling van de inbreuk te maken, inhoudende of de inbreuk in verband met persoonsgegevens een risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen.

Indien de aanbestedende dienst hier niet mee akkoord gaat en wanneer de verplichting bij Verwerker ligt om alle informatie te verzamelen, kan de aanbestedende dienst de termijn dan aanpassen naar 48 uur? De verwerkingsverantwoordelijke heeft volgens art. 33 lid 1 AVG de verplichting om binnen 72 uur melding te maken bij de toezichthoudende autoriteit. Dit geeft de aanbestedende dienst voldoende ruimte."

Antwoord:

Akkoord.

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

36

Onderwerp:

Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 4.5

Vraag:

Inschrijver erkent het recht van de aanbestedende dienst om bezwaar te maken tegen het aanstellen van onderaannemers. Dit volgt namelijk uit artikel 28 lid 2 AVG. Echter, een oneindige bezwaartermijn is onredelijk bezwarend tegenover Inschrijver. Het is daarom dat Inschrijver aan de aanbestedende dienst vraagt om een bezwaartermijn op te nemen van maximaal 14 dagen, na kennisgeving. Volgens Inschrijver is een bezwaartermijn noodzakelijk, omdat Inschrijver anders wordt beperkt in de besluitvorming t.a.v. de inrichting van haar bedrijfsprocessen en partnerships, hetgeen niet wenselijk is.

Antwoord:

Akkoord

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

37

Onderwerp:

Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 4.4

Vraag:

Medewerkers van Inschrijver zijn aan geheimhouding gebonden via een geheimhoudingsclausule in de arbeidsovereenkomst. Inschrijver gaat ervan

uit dat de aanbestedende dienst dit voldoende acht. Zo nee, dan wordt verzocht haar standpunten duidelijk te motiveren.

Antwoord:

Akkoord

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

38

Onderwerp:

Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 4.3

Vraag:

De aanbestedende dienst vraagt Inschrijver om veelal Amerikaanse software te leveren. Inschrijver gaat er daarom vanuit dat de aanbestedende dienst er rekening mee houdt dat gegevensverwerking buiten de EER kan plaatsvinden. Kan de aanbestedende dienst aangeven of zij hier inderdaad rekening mee heeft gehouden en hoe zij tegen deze gegevensverwerking buiten de EER aankijkt, mede gelet op de Schrems II uitspraak?

Antwoord:

Natuurlijk hebben wij hierover nagedacht. Als onze softwarebroker dient u ons hierin te adviseren en te beschermen. In de nadere overeenkomsten dient dit vastgelegd te worden.

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

39

Onderwerp:

Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 4.2

Vraag:

Gezien de impact van een audit en het lage risicoprofiel van de gegevensverwerking, zou Inschrijver dit recht graag beperken tot maximaal eenmaal per jaar, dan wel in die situatie dat er een aantoonbaar vermoeden bestaat dat Inschrijver haar verplichtingen uit hoofde van de verwerkersovereenkomst niet of niet naar behoren nakomt. Daarbij wenst Inschrijver overeen te komen dat het uitvoeren van een audit de normale bedrijfsvoering van Inschrijver niet mag verstoren en wenst Inschrijver tijdig op de hoogte te worden gebracht, minimaal 30 dagen voorafgaand aan het uitvoeren van de audit.

Antwoord:

Akkoord met de beperking tot maximaal 1 audit per jaar, de minimale termijn wordt 7 werkdagen voorafgaand aan de uit te voeren audit.

Beantwoord op: 21-12-2021
Label: Juridisch

Ref.nr.
40

Onderwerp:
Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 4.1

Vraag:

Inschrijver hanteert een eigen technisch en organisatorisch maatregelendocument (TOM) waaruit de door haar genomen beveiligingsmaatregelen blijken. Gaat de aanbestedende dienst ermee akkoord de TOM van Inschrijver toe te voegen als Bijlage? Uiteraard stelt Inschrijver de aanbestedende dienst in de gelegenheid de TOM op voorhand te bekijken en te beoordelen zoals de aanbestedende dienst ook verplicht is conform het bepaalde in art. 28 lid 1 AVG. Immers, in het kader van art. 28 lid 1 AVG heeft de aanbestedende dienst als opdrachtgever de plicht te onderzoeken of zijn verwerker passende technische en organisatorische maatregelen heeft getroffen. Indien Inschrijver als verwerker moet handelen, dan zal de aanbestedende dienst als verwerkingsverantwoordelijke dus moeten aangeven welke persoonsgegevens zij deelt met Inschrijver en welke mate van beveiliging vereist is. Inschrijver vraagt u deze wettelijke plicht te erkennen en zullen naleven in de uitvoering van de Raamovereenkomst.

Antwoord:

Akkoord voor wat betreft de dienstverlening.

Beantwoord op: 21-12-2021
Label: Juridisch

Ref.nr.
41

Onderwerp:
Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Artikel 3.1

Vraag:

Het risico van het ondertekenen van een verwerkersovereenkomst indien Inschrijver eigenlijk helemaal geen verwerker is conform het bepaalde in art. 4 lid 8 AVG, is dat in deze verwerkersovereenkomst wordt vastgelegd dat Verwerker de persoonsgegevens niet voor eigen doeleinden mag gebruiken en dat deze Verwerkersovereenkomst geldt voor alle verwerkingen die in het kader van de onderliggende hoofdovereenkomst plaatsvinden. Echter, op het moment dat Inschrijver helemaal geen verwerker is, maar volgens de AVG als zelfstandig verwerkingsverantwoordelijke dient te worden gekwalificeerd, verwerkt Inschrijver persoonsgegevens voor eigen doeleinden. Inschrijver zal deze verplichting dan dus niet na kunnen komen, met alle (juridische) gevolgen van dien. Het van toepassing verklaren van een verwerkersovereenkomst, terwijl deze conform de AVG niet

noodzakelijk is, is daarmee onredelijk bezwarend jegens Inschrijver.

Antwoord:

Niet akkoord. Verwerkersovereenkomst is onderdeel van de hoofdovereenkomst.

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.

42

Onderwerp:

Verwerkersovereenkomst Softwarebroker, Considerans

Vraag:

Voor de beoordeling voor welke verwerkingen Inschrijver aangemerkt dient te worden als verwerker, maakt Inschrijver o.a. gebruik van de Guidelines 07 /2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR d.d. 2 september 2020 opgesteld door de European Data Protection Board (EDPB). Om als verwerker gekwalificeerd te kunnen worden zijn er volgens de EDPB twee criteria waaraan moet worden voldaan:

1. Je moet een afzonderlijke entiteit zijn ten opzichte van de verwerkingsverantwoordelijke; en
2. je moet persoonsgegevens verwerken ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke.

Het laatste element ziet op de vraag of Inschrijver het doel en de middelen van de gegevensverwerking bepaalt en daarmee invloed heeft op de gegevensverwerking, of dat de aanbestedende dienst dat doet. Dit kan zijn vastgelegd in de wet, maar kan ook voortvloeien uit een analyse van de feitelijke elementen of omstandigheden van de zaak. Met andere woorden luidt de hoofdvraag, wie stelt het hoe en waarom van de gegevensverwerking vast? Tot slot dient het door de verantwoordelijke vastgestelde doel en middelen ook daadwerkelijk betrekking te hebben op de verwerking van persoonsgegevens. Met andere woorden dient de kern van de opdracht gericht te zijn op gegevensverwerking.

Gezien de feitelijke elementen en de omstandigheden van de zaak kan worden gesteld dat Inschrijver zelf het doel en de middelen van gegevensverwerking vaststelt. Inschrijver treedt op als ‘reseller’ van software, hetgeen betekent dat Inschrijver niet optreedt als cloud-provider en dus ook niet de cloud beheert.

Inschrijver dient er voor te zorgen dat de licenties juist worden geleverd. En daarvoor heeft Inschrijver nu eenmaal zakelijke mailadressen van medewerkers van de aanbestedende dienst nodig. Inschrijver heeft dus ten behoeve van haar eigen bedrijfsprocessen een aantal persoonsgegevens nodig. Verder behoort de gegevensverwerking niet tot de primaire taak van de opdracht aangezien de kern van de opdracht gericht is op de reselling van software. Verwerking van persoonsgegevens vormt hierbij een secundaire taak.

Kunt u bevestigen dat Inschrijver geen rol als verwerker ex. art. 4 lid 8 AVG vervult en om deze reden de verwerkersovereenkomst niet van toepassing te verklaren? Zo nee, op basis waarvan stelt u dan dat de Inschrijvers informatieverwerker zijn? Oftewel, kunt u duiden welke persoonsgegevens u zult doorsturen naar Inschrijver, waarom u het doel en het middel van de gegevensverwerking bepaalt en waarom u vindt dat betreffende gegevensverwerking tot de primaire taak van Inschrijver behoort?

Antwoord:

Dit is de zoveelste vraag over de Verwerkersovereenkomst door uw onderneming. Wij zoeken een partner als softwarebroker geen juristenkantoor die ons helpt en bijstaat met de applicaties die wij nodig hebben voor onze bedrijfsvoering.

U zal natuurlijk gegevens van onze medewerkers beheren en verwerken. daarom willen wij met u een Verwerkersovereenkomst afsluiten. Wanneer u dit niet wilt bent u vrij om van inschrijving af te zien.

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.
43

Onderwerp:

Verwerkersovereenkomst Softwarebroker

Vraag:

Verzoek aan de aanbestedende dienst om de verwerkersovereenkomst te laten prevaleren boven de product- en dienstenovereenkomst (hoofdovereenkomst) bij strijdigheid ter zake van instructies in het kader van verwerking van persoonsgegevens.

Antwoord:

Niet akkoord.

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch

Ref.nr.
44

Onderwerp:

Verwerkersovereenkomst Softwarebroker

Vraag:

Inschrijver verzoekt de aanbestedende dienst om afwijkingen naar aanleiding van de Nota's van Inlichtingen te verwerken in deze verwerkersovereenkomst. Indien de aanbestedende dienst hiermee niet akkoord gaat, dan verzoekt Inschrijver de aanbestedende dienst de Nota's van Inlichtingen te doen prevaleren ten opzichte van alle overige

documenten waaronder deze verwerkersovereenkomst.

Antwoord:

Wanneer de beantwoording in de Nota's aanleiding geven om de Verwerkersovereenkomst aan te passen zal dit worden uitgevoerd.

Beantwoord op: 21-12-2021

Label: Juridisch