

Nota van Inlichtingen 2

Europese aanbesteding: Raamovereenkomst voor de levering van standaardsoftwarelicenties

Nr.	Label	Onderwerp	Vraag	Antwoord
119	Juridisch	Nota van Inlichtingen 1 - nr. 35	Inschrijver verzoekt dat de verplichting tot de vrijwaring vervalt indien de verweten inbreuk verband houdt: a) met wijzigingen die Opdrachtgever zonder schriftelijke toestemming van Inschrijver in de programmatuur, databestanden, apparatuur, Prestatie of andere werken of materialen heeft aangebracht of heeft laten aanbrengen. b) het gebruik van de prestatie, programmatuur, databestanden, apparatuur of andere werken of materialen in combinatie met andere materialen, software of apparatuur, die niet door Inschrijver zijn goedgekeurd. c) het gebruik van prestatie, programmatuur, databestanden, apparatuur of andere werken of materialen in strijd met de Overeenkomst. d) met de door Opdrachtgever ter gebruik, bewerking, verwerking of onderhoud aan Inschrijver ter beschikking gestelde werken of materialen. Indien Opdrachtgever hier niet toe bereid is, ontvangt Inschrijver graag per onderdeel een gemotiveerde toelichting.	Deels akkoord. De vrijwaring is niet nodig voorzover de verweten inbreuk verband houdt met wijzigingen die Opdrachtgever zonder toestemming van Producent in de programmatuur, databestanden, Prestatie heeft aangebracht of heeft laten aanbrengen. b) het gebruik van de Prestatie, programmatuur, databestanden, apparatuur in strijd met de Overeenkomst. c) of wanneer de inbreuk anderszins, door Opdrachtnemer aan te tonen, vanuit het beginsel van proportionaliteit of redelijkheid niet aan Opdrachtnemer te wijten is. De laatste sub c dekt zoveel gevallen dat het benoemen van meer specifieke gevallen (nr b en d in de vraag) niet nodig wordt geacht.
120	Juridisch	Nota van Inlichtingen 1 - nr. 2	Opdrachtgever geeft in de NVI bij vraag 2 aan dat in de GIBIT 2020 geen onderscheid gemaakt wordt tussen directe en indirecte schade. Dit onderscheid komt ook in de Nederlandse wet niet voor. Echter, het is algemeen geaccepteerd in onze branche om indirecte schade tussen partijen volledig uit te sluiten (zie bijv. de NL Digitaal Voorwaarden art. 16.2 en 16.4, specifiek voor de IT Branche). Het uitsluiten van indirecte schade is zeer gebruikelijk in contracten tussen bedrijven onderling (hier wordt in de Gids Proportionaliteit, art. 3.9, rekening mee gehouden) en wordt doorgaans vaak ook door overheidsorganen geaccepteerd. Inschrijver verzoekt om Opdrachtgever om indirecte (en gevolg) schade voor beide partijen in zijn geheel uit te sluiten. Gaat Opdrachtgever daarmee akkoord? Indien Opdrachtgever hier niet toe bereid is, ontvangt Inschrijver graag een gemotiveerde toelichting.	Deels akkoord. Zoals eerder aangegeven is indirecte schade niet wettelijk geregeld en kan gebruik van deze termen leiden tot juridische geschillen. Wij willen geen discussie over of iets nu directe of indirecte schade is. Bij indirecte schade is het aan Opdrachtgever aan te tonen dat er causaal verband is tussen de schade en het handelen of niet handelen van de opdrachtnemer. Het causaal verband is in de praktijk overigens zeer moeilijk aan te tonen. Er is wel een maximale aansprakelijkheid opgenomen per jaar opgenomen. In tegenstelling tot GIBIT 2016 is er geen onderscheid meer tussen schadeposten juist om discussies over directe- en indirecte schade te voorkomen. Wij willen specifiek aangeven wat wordt uitgesloten en zijn bereid om aansprakelijkheid voor schade bestaande uit gederfde winst, gemiste omzetten, vertragingsschade en gemiste besparingen uit te sluiten.

121	Juridisch	Nota van Inlichtingen 1 - nr. 35	Nu Inschrijver fungeert als intermediair om de licenties c.q. gebruiksrechten aan de Opdrachtgever te leveren (zij heeft de software niet zelf ontwikkeld), verzoekt Inschrijver om een verhoogde aansprakelijkheid (supercap) af te spreken van 35 maal de Jaarvergoeding i.p.v. ongelimiteerde aansprakelijkheid. Gaat Opdrachtgever akkoord met deze suggestie of kan zij een zelf een adequaat en redelijk voorstel voor een supercap doen? Indien het antwoord ontkennend is, ontvangt Inschrijver graag een toelichting hierop.	Akkoord met een beperking tot 50 maal de Jaarvergoeding. Met Jaarvergoeding wordt bij deze aanbesteding het bedrag gelijk aan het opslagpercentage genoemd.
122	Juridisch	Notavan Inlichtingen 1 - Nr. 34	De boetes onder de AVG zijn aanzienlijk. Deze kunnen oplopen tot EUR 20M of 4% van de totale wereldwijde omzet van het concern waartoe de Inschrijver behoort. Inschrijver verzoekt een een supercap af te spreken van 35 maal de Jaarvergoeding i.p.v. ongelimiteerde aansprakelijkheid. Gaat Opdrachtgever akkoord met deze suggestie of kan zij een zelf een adequaat en redelijk voorstel voor een supercap doen? Indien het antwoord ontkennend is, ontvangt Inschrijver graag een gemotiveerde toelichting hierop.	Niet akkoord. De AVG is van dwingend recht en het uitsluiten van aansprakelijkheid is niet toegestaan.
123	Juridisch	Nota van Inlichtingen 1 - nr. 34	1. Inschrijver verzoekt Opdrachtgever te bevestigen dat zij niet aansprakelijk is voor het betalen van boetes en/of schadevorderingen, indien zij heeft gehandeld conform de instructies van Opdrachtever. 2. Inschrijver verzoekt voorts dat de vrijwaring niet geldt als Opdrachtgever zich op de vrijwaring beroept voor zover dat te wijten is aan haar eigen schending van de overeenkomst of wet. Indien beide partijen “steken” hebben laten vallen, is Inschrijver alleen aansprakelijk voor de “steken” die zij heeft laten vallen, maar voor die van Opdrachtgever kan zij redelijkerwijs geen verantwoordelijkheid nemen. 3. Inschrijver verzoekt om aan art. 15.4 iv een nieuwe lid 2 (c) toe te voegen: “(c) dat geen erkenning van schade of andere uitlatingen worden gedaan met betrekking tot de relevante verwerkingsactiviteiten zonder de voorafgaande toestemming van Inschrijver.” Indien het antwoord ontkennend is, ontvangt Inschrijver graag een gemotiveerde toelichting hierop.	Niet akkoord. Verwerker heeft een eigen verantwoordelijkheid. Opdrachtgever kan niet altijd zien hoe Opdrachtnemer gegevens verwerkt. Daar waar instructies van de Opdrachtgever maakt dat (mogelijk) in strijd met de AVG regels wordt gehandeld, ligt het op de weg van Opdrachtnemer om Opdrachtgever daarop attent te maken.

124	Juridisch	V&A 111	Het antwoord van de aanbestedende dienst geeft ons inziens ruimte om te sjoemelen waardoor de gewenste transparantie in het gedrang komt. Dit kunt u alleen opvangen door uw licenties/producten van uw top 5 vendors op uw prijzenblad te plaatsen. Graag uw akkoord	Aanbestedende dienst heeft navraag gedaan naar de betekenis van deze vraag. De onderneming heeft aangegeven dat deze vraag vervalt.
-----	-----------	---------	--	--

125	Juridisch	V&A 99	De Aanbestedende Dienst benoemt dat opdrachtnemer (of een door haar ingeschakelde sub-verwerker) een inbreuk in verband met persoonsgegevens onverwijld –en voor zover mogelijk uiterlijk binnen een termijn van een dag nadat de inbreuk kenbaar is geworden- de Aanbestedende Dienst moet informeren. Gegadigde wenst graag te benadrukken dat de termijn voor de Aanbestedende Dienst als verwerkingsverantwoordelijke past begint te lopen op het moment dat de Aanbestedende Dienst door Gegadigde geïnformeerd wordt, immers is de Aanbestedende Dienst eerder niet op de hoogte van een dergelijke beveiligingsinbreuk. Juridische literatuur en bijvoorbeeld zienswijzen van de European Data Protection Board (EDPB) (pagina 11 t/m 13 wp250rev01_nl.pdf (privacy-friendly.nl) stellen ook duidelijk dat de termijn van de Aanbestedende Dienst pas begint te lopen op het moment dat zij in kennis is gesteld door de verwerker. Zeker in een situatie waarbij er meerdere partijen in de keten zitten, is het onrealistisch om van een verwerker te verwachten dat zij –in tegenstelling tot de Verwerkingsverantwoordelijke die een termijn van 72 uur krijg toegekend- in 24 uur tijd kan vaststellen of er inderdaad sprake is van een datalek en om het noodzakelijke overleg en onderzoek te voren alvorens zij (wellicht onnodig) moet melden aan de Verwerkingsverantwoordelijke. Gegadigde verzoekt de Aanbestedende Dienst met klem om vast te houden aan de terminologie zoals benoemd in de AVG namelijk dat de Verwerker de Verwerkingsverantwoordelijke zonder onredelijke vertraging informeert.	Niet akkoord. Er wordt niet afgeweken van het VNG model verwerkersovereenkomst. Pas op het moment dat verwerker heeft vastgesteld (na onderzoek) dat er een datalek heeft plaatsgevonden gaat de 24 uur lopen m.b.t. het melden van de contatering van het datalek bij verwerkingsverantwoordelijke en niet zoals Opdrachtnemer schetst dat binnen 24 uur een onderzoek dient te worden verricht en de melding moet plaatsvinden. Indien noodzakelijk heeft verwerker de tijd voor kort onderzoek als niet duidelijk is of er sprake is van een datalek. Na constatering datalek binnen 24 uur melden bij verwerkingsverantwoordelijke.
126	Juridisch	V&A 91	Gegadigde wijst Aanbestedende Dienst er nogmaals op dat zij slechts optreedt als intermediair/reseller, het foutief in rekening brengen van wettelijke btw door de softwarefabrikant kan niet als risico voor Gegadigde ontstaan. Wanneer de Aanbestedende Dienst haar BTW-verplichtingen in overeenstemming met de wet moet nakomen, kan het niet zo zijn dat door een omissie van een van de partijen deze verplichting teniet gaat. Gegadigde ontvangt derhalve graag de bevestiging dat als de BTW niet is opgenomen vanwege een omissie, dat de Aanbestedende Dienst na rectificatie alsnog de BTW moet voldoen. Graag uw akkoord.	Niet akkoord. Het betalen van BTW rust op degene die BTW factureert. Vergeet men BTW te factureren dan komt dat ten laste van diegene (de crediteur) en niet ten laste van Opdrachtgever (debiteur). Een crediteur kan een debiteur niet belasten met zijn verantwoordelijkheid (van de crediteur) tot betaling van BTW.

127	Juridisch	V&A 78, 88 , 90 en 92	Gegadigde merkt op dat wij de relaties tussen de partijen anders zien, maar ook invullen. Gegadigde wil er nogmaals op wijzen dat zij slechts optreedt als intermediair/reseller, in geen geval zal Gegadigde eigenaar of fabrikant zijn van de producten die worden afgenomen. Op basis van de toepasselijke Verwerkersovereenkomst en de licentie-, onderhouds- en contractvoorwaarden die door de softwarefabrikanten zijn opgesteld, ontstaat een directe relatie tussen Aanbestedende Dienst en de softwarefabrikant. Gegadigde heeft geen invloed op deze voorwaarden en kan hierbij slechts assisteren. Gegadigde wil er dan ook bij Aanbestedende Dienst op aandringen om nog eens naar de eerder gestelde vragen te kijken en het contract aan te passen conform hetgeen gesteld is. Indien u hiermee niet akkoord gaat, kan dit gevolgen hebben voor onze inschrijvingsbereidheid. Indien deze negatief uitpakt, houdt dat in dat aanbestedende dienst minder inschrijvingen ontvangt, hetgeen de gewenste marktwerking negatief beïnvloed. O.i. is aanbestedende dienst erbij gebaat ons voorstel, dat marktconform is, te accorderen	Niet akkoord. U dient als softwarebroker, zoals hier uitgevraagd, op te treden als zelfstandig ondernemer. U fungeert hierbij juridisch gezien als distributeur waarbij u voor eigen rekening en risico handelt, waarbij u zelf de prijs en winstmarge bepaalt (i.t.t. een agent, die krijgt commissie over de verkoop). U dient uw afspraken met de producent goed te regelen en af te stemmen. Als software reseller verkoopt u straks de software op eigen naam door aan Opdrachtgever. In uw resellerovereenkomst met de producent dient u afspraken gemaakt te hebben over o.a.: wie is verantwoordelijk voor onderhoud en support van de software, waar u de software mag doorverkopen, communicatie met eindklanten zoals Opdrachtgever, welke vergoeding de producent ontvangt van u als reseller, hoe u de software mag promoten, rechten tot sublicentie bij SAAS etc. Een reseller-overeenkomst is dus een andere naam voor distributieovereenkomst. Juridisch gezien is er geen verschil tussen een distributeur en een reseller. In de praktijk ziet distributie vaak op de doorverkoop van software of online tech diensten zoals SAAS.
128	Juridisch	V&A 84	Zoals eerder aangegeven dient Maatwerk software specifiek voor een klant aanpast (geïmplementeerd) te worden. Gegadigde acteert in deze aanbesteding als intermediair van "standaard software" en kan de implementatie en bijbehorende ondersteuning niet zelf verrichten. Deze diensten worden normaliter uitgevoerd door System Integrators (ook wel bekend als SI's). Uiteraard kan gegadigde de aanbestedende dienst ondersteunen in dergelijke situaties en verzoeken wij u enkel een inspanningsverplichting op te nemen. Graag uw akkoord.	Niet akkoord. (Ook) indien u Opdrachtgever ondersteunt bij de implementatie acteert u niet 'slechts' als intermediair van.... of als een agent ' maar als distributeur en zelfstandig ondernemer. Op u rust de resultaatverplichting (te weten: implementatie van de software). Indien een derde partij de software implementeert, rust op deze partij de resultaatverplichting.
129	Juridisch	V&A 83	Gegadigde begrijpt uw antwoord, maar om te voorkomen dat partijen onduidelijke voorwaarden overeenkomen, willen wij graag de bevestiging dat als er alleen over "Standaardsoftware" wordt gesproken, er geen sprake zal zijn van een acceptatie-/testprocedure. Graag uw akkoord.	Wij formuleren het anders dan in uw voorstel: Daar waar geen sprake is van maatwerk is geen sprake van een acceptatie-/ testprocedure. Uitzondering hierop is de implementatie van software.

130	Juridisch	V&A 82	De omvang, strekking en duur van het gebruiksrecht, gezamenlijk met alle garanties worden vormgegeven door de licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden van de betreffende softwarefabrikant. Gegadigde fungeert 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. 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 softwarefabrikant en specifiek geschreven voor de (eind)gebruiker van de licenties c.q. gebruiksrechten, te weten de aanbestedende dienst. 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. De licentievoorwaarden worden opgesteld door de softwarefabrikant, gegadigde heeft hier inhoudelijk geen invloed op. Gegadigde zal in haar rol als softwarebroker uiteraard altijd eerst de GIBIT vereisten proberen af te stemmen met de softwarefabrikanten, echter ontkomt u niet aan de licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden. Derhalve verzoekt Gegadigde dat de aanbestedende dienst enkel een inspanningsverplichting opneemt. Indien u hiermee niet akkoord gaat, kan dit gevolgen hebben voor onze inschrijvingsbereidheid. Indien deze negatief uitpakt, houdt dat in dat aanbestedende dienst minder inschrijvingen ontvangt, hetgeen de gewenste marktwerking negatief beïnvloed. O.i. is aanbestedende dienst erbij gebaat ons voorstel, dat marktconform is, te accorderen	Niet akkoord. Zie ook het antwoord en de uitleg bij vraag 128.
-----	-----------	--------	---	--

131	Juridisch	V&A 79	U bent op grond van artikel 1.10 Aw2012 gehouden om proportionele contractvoorwaarden te hanteren. Artikel 13.4 voldoet hier niet aan en wij maken hier dan ook bezwaar tegen. De vergoedingen die uit de nadere overeenkomsten resulterend uit de onderhavige raamovereenkomst kunnen volgen kunnen variëren van kleine bedragen tot aan substantiële bedragen. Gezien de algemene definitie van "Jaarvergoeding" opgenomen in artikel 1 van de GIBIT, de vrijheid van de aanbestedende dienst om een opdracht wel of niet onder de raamovereenkomst uit te vragen én de vermenigvuldiging factor opgenomen in het onderhavige artikel is het voor gegadigde niet mogelijk om het bedrijfsrisico in te calculeren. De onderhavige mogelijke aansprakelijkheid is een niet calculeerbaar bedrijfsrisico dat redelijkerwijs niet door gegadigde kan worden geaccepteerd. Zeker niet nu gegadigde een beursgenoteerd bedrijf is. Gegadigde verzoekt de aanbestedende dienst nogmaals om de aansprakelijkheid te beperken in lijn met artikel 13.3 in zoverre dat dit gebruikelijk is bij soortgelijke opdrachten binnen uw sector tot een bedrag van EUR 1.250.000,- per gebeurtenis met een maximum van EUR 2.500.000,- per jaar. Indien u hiermee niet akkoord gaat, kan dit gevolgen hebben voor onze inschrijvingsbereidheid. Indien deze negatief uitpakt, houdt dat in dat aanbestedende dienst minder inschrijvingen ontvangt, hetgeen de gewenste marktwerking negatief beïnvloed. O.i. is aanbestedende dienst erbij gebaat ons voorstel, dat marktconform is, te accorderen.	Akkoord met uw voorstel zodat ten aanzien van de aansprakelijkheid uit Nadere overeenkomsten de maxima van artikel 13.3 worden gehanteerd.
132	Juridisch	V&A 7 en 78	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?	Niet akkoord wij handhaven en herhalen het antwoord uit Nvl: "Er is bewust een boete opgenomen omdat het begroten van schade bij schending van de geheimhouding in de praktijk niet eenvoudig is. Zodoende zou iedere prikkel tot het geheim houden van vertrouwelijke informatie zonder boetebeding ontbreken (bij niet te begroten schade volgt immers toch geen schadeclaim). De boete is gemaximeerd op € 50.000,—. Samenhangende overtredingen worden daarbij aangemerkt als 1 overtreding.".
133	Juridisch	V&A 77	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?	Niet akkoord. Opdrachtgever zal niet zomaar overgaan tot een audit/controle. Wij wijzen op het volgende: Het is een 'kan' bepaling. Dit betekent dat de Aanbestedende dienst niet perse elk jaar een controle/audit zal laten uitvoeren en dat er geen automatisme is.

134	Juridisch	V&A 76	Gegadigde is het eens met uw antwoord. Echter, Gegadigde acteert in de samenwerking als intermediair. Wij kunnen derhalve geen toezeggingen vanuit softwarefabrikanten doen ten aanzien van dit onderwerp. Uiteraard kan gegadigde de aanbestedende dienst ondersteunen in dergelijke situaties en verzoeken wij u enkel een inspanningsverplichting op te nemen. Graag uw akkoord.	Niet akkoord. Indien u Opdrachtgever adviseert en ondersteunt achten wij een resultaatverbintenis passend. In voorkomende gevallen is het echter mogelijk dat wij u vragen om te werken op basis van een inspanningsverplichting. Hoofregel blijft echter een resultaatverbintenis.
135	Proces	V&A 104	Alle inschrijvers mogen een opslagpercentage opgeven. Hoe gaat u er in uw beoordeling mee om dat inschrijver X over een hogere partnerstatus beschikt waarmee zij een lagere inkoopprijs kan bieden dan inschrijver Y die over een lagere partnerstatus beschikt? Het gehanteerde beoordelingsmodel maakt dit niet inzichtelijk maar is wel waardevol en kostenbesparend voor de gemeente. Wij verzoeken u uw antwoord te herzien en verzoeken u om naast een opslagpercentage inschrijvers ook hun inkooprijzen van uw top 5 vendors op te laten nemen in het prijzenblad. U kunt dit bewerkstelligen door uw licenties/producten van uw top 5 vendors op uw prijzenblad te plaatsen. Op die manier bent u in staat om een goede afweging te maken en borgt u de economisch meest voordelige aanbidding.	Niet akkoord. Opdrachtgever handhaaft het huidige prijzenblad. Opdrachtgever verwacht dat de partnerstatussen van de inschrijvers niet substantieel anders zijn. Daarnaast zijn niet alle softwareleveranciers even flexibel in het delen van gegevens met partijen die niet de huidige contractant zijn, waardoor een ongewenste afhankelijkheid kan ontstaan van softwareleveranciers voor het doen van een inschrijving.
136	Proces	V&A 104	Inschrijver begrijpt uw antwoord, echter maakt het uitvoeren van een externe benchmark geen verschil. Als een reseller een inkoopprijs kan aantonen aan de gemeente is daarmee de rechtmatigheid geborgd. Een externe benchmark laat niet zien welke kostenverhogende schakels ervoor hebben gezeten. Wij verzoeken u uw antwoord te herzien en verzoeken u om naast een opslagpercentage inschrijvers ook hun inkooprijzen van uw top 5 vendors op te laten nemen in het prijzenblad. U kunt dit bewerkstelligen door uw licenties/producten van uw top 5 vendors op uw prijzenblad te plaatsen. Op die manier bent u in staat om een goede afweging te maken en borgt u de economisch meest voordelige aanbidding.	Zie het antwoord op vraag 135.
137	Uitvoering	V&A 102	Kunt u bevestigen dat aanbestedende dienst aanvaardt dat de onderhandelingspositie van de gemeente verslechterd indien zij inschrijver niet vooraf wordt ingelicht?	Nee, dit zal namelijk niet bij alle softwareleveranciers het geval zijn.
138	Uitvoering	V&A 59	Met betrekking tot de beantwoording van K1, het is inschrijver niet geheel duidelijk wat aanbestedende dienst verwacht bij bullet 4: hoe wordt het juiste kostenplaatje voor de aanbestedende dienst verzorgd? Kunt u dit nader toelichten/ richting geven?	Aanbestedende dienst gaat niet letterlijk uitleggen wat uw uitwerking hier moet zijn. Het gaat Aanbestedende dienst bij deze vraag onder andere om dat uw alle relevante factoren meeneemt die van belang zijn om tot een kostenplaatje te komen en de keuzes die u hierin maakt. Onderbouw hoe uw onderneming tot het juiste kostenplaatje voor de Aanbestedende dienst komt.