

Vraag :

De gemeente Kerkrade heeft via TenderNed het volgende bericht ontvangen:

Op basis van de huidige antwoorden op onze vragen in de Nvl krijgen wij vanuit onze juridische afdeling geen akkoord voor het inschrijven op de aanbesteding. Dit komt voort uit het feit dat de huidige opnames van artikelen nog altijd een risico vormen op onze onafhankelijkheid. Graag vragen wij u om op basis van onze eerste vragen de artikelen te heroverwegen.

Antwoord :

Naar aanleiding van de vragen die wij hebben gekregen, hebben wij nog eens kritisch naar onze inkoopvoorwaarden gekeken. Uit onze inhoudelijke beoordeling volgt dat wij ons genoodzaakt zien om alsnog onze beantwoording op enkele vragen te wijzigen. Wij vinden het belangrijk om de onafhankelijk positie van accountants te waarborgen en willen dan ook nimmer de gedragscode voor accountants en de daaruit voortvloeiende fundamentele beginselen doorkruisen. Op basis hiervan heeft de gemeente Kerkrade een 2^e Nota van Inlichtingen gepubliceerd.

De volgende vragen en antwoorden zijn aan de gemeente ter heroverweging voorgelegd:

Ref. Nr.	Onderwerp	Vraag	Antwoord
34	Artikel 24 AIV, pagina 16	Het zonder opgave van redenen beëindigen van de opdracht staat haaks op de onafhankelijke positie die de accountant op grond van de Verordening Gedragscode en de NV COS dient in te nemen. Een dergelijke "termination for convenience" bepaling zoals onderhavige past niet bij accountancydienstverlening. We leggen graag uit waarom. Bij een statutaire audit zijn er specifieke wettelijke verplichtingen en verantwoordelijkheden die door de wetgever zijn vastgesteld. Deze vereisten kunnen niet zomaar terzijde worden geschoven door een eenzijdige beëindiging van de overeenkomst. De auditor heeft wettelijke verplichtingen die doorlopen, ongeacht de wensen van de Gemeente. Voorts dient een auditor onafhankelijk en objectief te zijn bij het uitvoeren van zijn werkzaamheden. Een "termination for convenience"-bepaling zou de onafhankelijkheid en objectiviteit van de auditor in gevaar kunnen brengen, omdat de auditor zich mogelijk onder druk gezet zou kunnen voelen om zijn conclusies of bevindingen aan te passen om contractbeëindiging te voorkomen. In het kader van de verplichte continuïteit van de audit is het zo dat de audit van de jaarrekening een continu proces is dat zorgvuldige planning, uitvoering en afronding vereist. Een plotselinge beëindiging van de auditopdracht zou de integriteit en volledigheid van de audit in gevaar kunnen brengen en zou kunnen leiden tot onvolledige of onnauwkeurige financiële rapportages. Ten slotte kan een eenzijdige beëindiging zonder geldige reden leiden tot sancties voor de onderneming en de auditor door de toezichthouder, en kan ook invloed hebben op de reputatie van de onderneming en compliance status. Gezien het voorgaande verzoekt inschrijver u om afstand te doen van een dergelijke termination for convenience clause en daarmee artikel 24 buiten toepassing te verklaren. Uiteraard kan de Gemeente zich altijd beroepen op de opzeggingsgronden die voortvloeien uit de wet, waaronder artikel 2:393 BW. Kunt u hiermee instemmen? Zo nee, waarom niet?	Niet akkoord. Indien er omstandigheden zijn waarbij de Opdrachtnemer in redelijkheid niet verwacht kan worden in te stemmen met een verlenging kan Opdrachtnemer een beroep doen op artikel 6:248 lid 2 BW
43	Extra artikel	Wij kunnen geen aansprakelijkheidsrisico's op ons nemen ten opzichte van derden, omdat wij geen mogelijkheid hebben de aansprakelijkheid jegens de derde te beperken, daar de derde niet op voorhand bij Contractant bekend is. Wij wensen daarom een vrijwaring voor claims van derden overeen te komen. De Diensten die Contractant verricht, verricht zij immers ten behoeve van de Gemeente en Contractant wenst in dat kader niet in het risico van Gemeente te treden. De Gemeente blijft immers ook bij een controle opdracht zelf verantwoordelijk voor zijn eigen jaarrekening naar derden in het economisch verkeer. De Gemeente ondertekent ook de jaarrekening. Deze verantwoordelijkheid is tevens wettelijk vastgelegd en dit principe vindt ook zijn uitwerking in de bevestigingsbrief die de controlerend accountant van de Gemeente vraagt. Bovendien is het gebruikelijk om een vrijwaring overeen te komen voor claims van derden in verband met de dienstverlening. Wij stellen derhalve voor om de volgende bepaling toe te voegen aan artikel 14: "De Gemeente vrijwaart Contractant voor alle aanspraken van derden die voortvloeien uit of verband houden met de ten behoeve van de Gemeente te verrichten of verrichte werkzaamheden, tenzij Gemeente aantoont dat de aanspraken geen verband houden met verwijtbaar handelen of nalaten van Gemeente dan wel veroorzaakt zijn door opzet of bewuste roekeloosheid van Contractant." Kunt u hiermee instemmen? Zo nee, waarom niet?	Wij kunnen uw argumentatie tot op zekere hoogte volgen. Wij kunnen niet instemmen met de door u voorgestelde bepaling, maar stellen voor om het volgende toe te voegen aan artikel 14: "Contractant vrijwaart de Gemeente voor alle aanspraken van derden die voortvloeien uit of verband houden met de ten behoeve van de Gemeente te verrichten of verrichte werkzaamheden, tenzij Contractant aantoont dat de aanspraken geen verband houden met verwijtbaar handelen of nalaten van Contractant dan wel veroorzaakt zijn door opzet of bewuste roekeloosheid van de Gemeente."

	Artikel 14.1 AIV, pagina 44 9	Het past niet bij de positie en rol van de Contractant om een dergelijke aansprakelijkheid en vrijwaring zoals opgenomen in deze bepalingen aan haar cliënten te verstrekken. Een dergelijk risico is niet (goed) verzekeraar, hetgeen op grond van paragraaf 3.9.1.1 van de Gids Proportionaliteit een rol speelt bij de vaststelling van de aansprakelijkheidsregeling. Bovendien betekent een vrijwaring van de Gemeente voor aanspraken van derden feitelijk dat de aansprakelijkheid van de Contractant verder strekt dan de aansprakelijkheid die zij jegens de Gemeente heeft en bereid is te accepteren. Daarnaast heeft Contractant geen mogelijkheid de aansprakelijkheid jegens de derde te beperken, daar de derde niet op voorhand bij Contractant bekend is. De Diensten die Contractant verricht, verricht zij ten behoeve van de Gemeente en Contractant wenst in dat kader niet in het risico van de Gemeente te treden. In de toelichting op de VNG algemene inkoopvoorwaarden is bepaald dat de aansprakelijkheid kan worden beperkt tot de maximale waarde van de opdracht. Omdat wij onze aansprakelijkheid in overeenstemming wensen te brengen met onze rol en verantwoordelijkheden in het kader van deze opdracht en daarbij aan wensen te sluiten bij hetgeen gebruikelijk is in onze branche, stellen wij voor om in plaats van artikel 14.1 aan te sluiten bij één van de voorbeeldartikelen opgenomen in de toelichting op de VNG algemene inkoopvoorwaarden: “De in het kader van de Overeenkomst door de Contractant te vergoeden schade is beperkt tot een bedrag van driemaal de opdrachtwaarde met een maximum van € 2.500.000. Contractant is nimmer aansprakelijk voor beperkingen in het gebruik en verlies van gegevens, commerciële overeenkomsten, goodwill, omzet of winst (ongeacht of zulks als directe of indirecte schade dan wel gevolgschade moet worden aangemerkt) en evenmin voor andere indirecte of gevolgschade in verband met de Overeenkomst. Er geldt geen beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid van Contractant indien in een onherroepelijk vonnis de aansprakelijkheid van Contractant wegens opzet of bewuste roekeloosheid wordt vastgesteld. Contractant is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van valse, misleidende of onvolledige informatie afkomstig van de Gemeente of derden.” Kunt u instemmen met dit tekstvoorstel? Zo nee, waarom niet?	Wij kunnen uw argumentatie tot op zekere hoogte volgen. Wij kunnen niet instemmen met de door u voorgestelde bepaling, maar stellen voor om het volgende in artikel 14.1 op te nemen: “De in het kader van de Overeenkomst door de Contractant te vergoeden schade is beperkt tot een bedrag van driemaal de opdrachtwaarde met een maximum van € 2.500.000. Contractant is nimmer aansprakelijk voor beperkingen in het gebruik en verlies van gegevens, commerciële overeenkomsten, goodwill, omzet of winst (ongeacht of zulks als directe of indirecte schade dan wel gevolgschade moet worden aangemerkt) en evenmin voor andere indirecte of gevolgschade in verband met de Overeenkomst, als Contractant aantoont dat de aanspraken geen verband houden met verwijtbaar handelen of nalaten van Contractant dan wel veroorzaakt zijn door opzet of bewuste roekeloosheid van de Gemeente. Er geldt daarnaast geen beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid van Contractant indien in een onherroepelijk vonnis de aansprakelijkheid van Contractant wegens opzet of bewuste roekeloosheid wordt vastgesteld. Contractant is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van valse, misleidende of onvolledige informatie afkomstig van de Gemeente of derden.”
	Artikel 11.1 AIV, pagina 48 8	De in dit artikel geregelde fatale termijn past niet bij accountantsdiensten, aangezien er vaktechnische motivaties kunnen zijn die een belemmering vormen voor het afgeven van een accountantsverklaring binnen een gestelde termijn. De uiterste termijnen volgen uit de wettelijke verplichtingen. Een accountant geeft pas een verklaring af als alle daartoe benodigde gegevens voorhanden zijn. Het is in dat kader onwenselijk dat in een relatie waarbij de Contractant afhankelijk is van de informatievoorziening door Gemeente het risico van termijnoverschrijding eenzijdig bij de Contractant wordt gelegd. Dit vormt een bedreiging van het beginsel van onafhankelijkheid en zorgvuldigheid van accountants, omdat deze door de 'sanctie' van in verzuim raken onder druk gezet kunnen worden om met minder informatie genoegen te nemen dan noodzakelijk is om de opdracht goed te kunnen uitvoeren. Wij stellen daarom voor om dit artikel te vervangen door de volgende bepaling: “De duur van de Overeenkomst kan behalve door de inspanning van het team dat met de uitvoering van de Overeenkomst is belast, worden beïnvloed door allerlei factoren, zoals de kwaliteit van de informatie die Contractant verkrijgt en de medewerking die (door Gemeente) wordt verleend. Termijnen waarbinnen de werkzaamheden dienen te zijn afgerond gelden derhalve als indicatie en kunnen nimmer als fatale termijnen worden beschouwd, tenzij de Overeenkomst uitdrukkelijk bepaalt dat sprake is van een fatale termijn.” Kunt u met dit tekstvoorstel instemmen? Zo nee, waarom niet?	Dit artikel wordt niet gewijzigd. In de overeenkomst wordt enkel gesproken over fatale termijnen met betrekking tot niet nakomen en ingebrekestelling. Daarnaast vinden wij het belangrijk gemaakte afspraken over termijnen na te komen, zowel voor opdrachtgever als contractant. Ook in het belang van het bestuurlijke proces is het belangrijk dat beide partijen zich aan deze afspraken committeren. Mocht het toch nodig zijn om de planning aan te passen in een lopend jaar, dan kan dit enkel op basis van tijdig overleg en met een acceptabele motivatie
49	Artikel 8.8 AIV, pagina 8	Deze bepaling is niet geheel duidelijk. Wordt er verwezen naar de vrijwaring genoemd in artikel 8.6? Gezien ons voorstel om artikel 8.6 buiten toepassing te laten is dit artikel daarnaast overbodig. Wij stellen voor om dit artikel 8.8 te laten vervallen. Kunt u daarmee instemmen? Zo nee, waarom niet?	Hiermee kunnen wij niet instemmen. Zie verder de strekking van het antwoord op vraag 50.

50	Artikel 6.2, pagina 6, en 8.6 AIV, pagina 8	Een vrijwaring van de Gemeente voor aanspraken van derden betekent feitelijk dat de aansprakelijkheid van de Contractant verder strekt dan de aansprakelijkheid die zij jegens de Gemeente heeft en bereid is te accepteren. Bovendien heeft Contractant geen mogelijkheid de aansprakelijkheid jegens de derde te beperken, daar de derde niet op voorhand bij Contractant bekend is. De Diensten die Contractant verricht, verricht zij ten behoeve van de Gemeente en Contractant wenst in dat kader niet in het risico van de Gemeente te treden. Een vrijwaring wordt niet afgegeven. Voorts is het zo dat er wordt geen product gecreëerd wordt, of een advies gegeven wordt. Het is lastig aan te wijzen wat voor intellectueel eigendomsrecht dan beschermd zou moeten worden en waarvoor een vrijwaring afgegeven zou moeten worden. Er wordt namelijk een audit verricht, een controle, puur en alleen op basis van de door de klant geleverde informatie waarvan de diensten ook afhankelijk is zijn. Derhalve kan er enkel sprake zijn van mogelijke intellectuele eigendomsrechten op de door de klant afgegeven informatie. Wij verzoeken u, gezien het voorgaande, dan ook dit artikel buiten toepassing te verklaren. Kunt u hiermee instemmen? Zo nee, waarom niet?	Hiermee kunnen wij niet instemmen. Het betreft hier aansprakelijkheid die voortvloeit uit de overeenkomst op het moment dat opdrachtnemer in gebreke blijft. U treedt dus niet in het risico van de gemeente.
51	Artikel 8 AIV, pagina 7 en Leidraad Artikel 7.6, pagina 27	De op accountants van toepassing zijnde beroepsregelgeving, de aard van de te verrichten werkzaamheden en daaruit voortvloeiende werkproducten staat eraan in de weg dat alle intellectuele (eigendoms)rechten daarop aan Gemeente worden overgedragen. Contractant draagt de professionele en vaktechnische verantwoordelijkheid voor de inhoud van opgestelde rapportages, verklaringen en dergelijke. Contractant kan, als professioneel dienstverlener, die verantwoordelijkheid niet (blijven) dragen als de rechten op de verklaringen en rapportages moeten worden overgedragen. De opgestelde rapportages en verklaringen van een accountant zijn daarmee niets waard, omdat de inhoud daarvan dan zou kunnen worden veranderd. Gezien het karakter van rapportages en verklaringen van een accountant en het maatschappelijk belang daarvan, moeten accountants de controle kunnen behouden over de inhoud en verspreiding van hun werkproducten. Teneinde hieraan, mede in het belang van Gemeente, tegemoet te komen stellen wij een afwijkende bepaling voor de hiernaast genoemde artikelen 8(1)-(4) voor: "Intellectuele eigendomsrechten die reeds bestonden voor uitvoering van de werkzaamheden en voor zover ingebracht en gebruikt door Contractant voor het uitvoeren van de Diensten en voor zover inbegrepen in de resultaten van de Diensten, evenals intellectuele eigendomsrechten op door Contractant af te geven verklaringen en rapportages blijven eigendom van Contractant ("Onderliggend Intellectueel Eigendom Contractant"). Contractant verstrekt aan Gemeente een niet exclusief, onvoorwaardelijk, onherroepelijk, vrij van royalty, eeuwigdurend, wereldwijd gebruiks- en vermenigvuldigingsrecht ten aanzien van het Onderliggend Intellectueel Eigendom Contractant voor zover verwerkt in de resultaten van de Diensten, zodat deze resultaten gebruikt kunnen worden zoals beoogd met het aangaan van de Overeenkomst. Bewerking van de resultaten van de Diensten door Gemeente is slechts na verkregen schriftelijke toestemming van Contractant toegestaan."	Zie antwoord vraag 18.
54	Artikel 6.3, pagina 7, art. 22.3 en 22.4 AIV, pagina 15; Artikel Leidraad 7.15	De bepaling waaruit volgt dat Gemeente gerechtigd is de resultaten te beoordelen en zal laten weten of zij de Diensten accepteert (of niet) en het feit dat die beoordeling gekoppeld wordt aan de beslissing om wel of niet voor de Diensten te betalen, heeft tot gevolg dat Gemeente invloed kan uitoefenen op de Diensten van Contractant en daarmee ook op de inhoud van de door Contractant af te geven accountantsrapporten en -verklaringen. Dit is bij accountantsdiensten niet acceptabel. De beroepsregels die op accountants van toepassing zijn eisen namelijk een objectieve en volledig onafhankelijke functievervulling door de accountant en verhinderen een formele invloed van de Gemeente. Wij stellen daarom voor om dit artikel te laten vervallen. Kunt u daarmee instemmen? Zo nee, waarom niet?	Niet akkoord. De artikelen zien op nakoming van de overeenkomst en niet op de inhoudelijke resultaten voortvloeiende uit deze overeenkomst.

55	Artikel 6.1 AIV, pagina 7	Art. 6.1 bevat een garantiebepaling ("garandeert"). Voor accountancydienstverlening geldt een inspanningsverplichting onder VGBA/NV COS (geen resultaatgarantie). Kunt u bevestigen dat art. 6.1 zo wordt uitgelegd (zorgplicht/inspanningsverplichting, geen garantie op uitkomsten) of anders het woord "garandeert" vervangen door "zal verrichten met de zorgvuldigheid van een redelijk handelend en bekwaam professional conform toepasselijke wet- en beroepsregelgeving"? Zo nee, waarom niet?	Hiermee kunnen wij niet instemmen. Van opdrachtnemer wordt verwacht dat hij de afspraken uit de overeenkomst nakomt.
57	Artikel 4.5 AIV, pagina 6	Het is ons niet duidelijk wat hier precies wordt bedoeld of wordt beoogd. In het geval dat Contractant de Gemeente dient te vrijwaren voor strafrechtelijke boetes en bestuurlijke sancties die de Gemeente krijgt opgelegd, dan is de gevraagde vrijwaring voor ons niet acceptabel, daar de Gemeente de boete/sanctie krijgt opgelegd voor haar eigen handelen. Wij stellen op grond van het voorgaande voor om artikel 4.5 niet van toepassing te verklaren. Kunt u daarmee instemmen? Zo nee, waarom niet?	Hiermee kunnen wij niet instemmen. Deze vrijwaring heeft betrekking op strafrechtelijke boetes en bestuurlijke sancties die opdrachtnemer verwijtbaar zijn.