

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 594 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor het leveren van mobiele telefoons en aanverwante dienstverlening. De ondernemer klaagt dat de aanbesteder met twee artikelen in de concept Verwerkersovereenkomst ten onrechte is afgeweken van Voorschrift 3.9 A en 3.9 B Gids Proportionaliteit.

In het Beschrijvend Document heeft de aanbesteder bepaald dat de bijlage met de Verwerkersovereenkomst 'onlosmakelijk onderdeel uitmaakt van de Aanbestedingsdocumenten en de eventueel te sluiten Raamovereenkomst'. Anders dan de aanbesteder lijkt te veronderstellen, behoort de Verwerkersovereenkomst naar het oordeel van de Commissie dan ook tot de 'voorwaarden van de overeenkomst' in de zin van artikel 1.10, lid 2, sub h, Aw 2012 en zijn de Voorschriften 3.9 A en B Gids Proportionaliteit op de (concept) Verwerkersovereenkomst van toepassing.

De Commissie is van oordeel dat de aanbesteder heeft voldaan aan Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit door de inschrijvers in de gelegenheid te stellen suggesties te doen tot aanpassing van de Verwerkersovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden. Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit verplicht aanbestedende diensten op zichzelf niet om die suggesties vervolgens ook over te nemen. In zoverre acht de Commissie de klacht ongegrond.

De ondernemer klaagt er ook over dat de aanbesteder met twee artikelen van de concept Verwerkersovereenkomst ten onrechte is afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. In dat kader heeft de ondernemer onder meer aangevoerd dat de aanbesteder het risico van een datalek het beste kan beheersen of beïnvloeden omdat de opdrachtnemer er geen invloed op heeft hoe medewerkers van de aanbesteder met hun mobiele telefoon omgaan. In een Nota van Inlichtingen heeft de aanbesteder echter duidelijk gemaakt voor welke situatie de Verwerkersovereenkomst is bedoeld. Het gaat om de risico's bij retourname of vernietiging van telefoons door de opdrachtnemer. Op deze telefoons kunnen persoonsgegevens staan en het vernietigen daarvan is een verwerking van persoonsgegevens als bedoeld in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).

Naar het oordeel van de Commissie kan de opdrachtnemer de risico's rond de verwerking van persoonsgegevens van de telefoons die ter reparatie of vernietiging bij hem worden aangeboden het beste beheersen. In zoverre is er naar haar oordeel dan ook geen sprake van een afwijking van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit en acht de Commissie de klacht ongegrond.

In dat kader merkt de Commissie nog wel op dat de aanbesteder slechts in één van de 148 antwoorden in de eerste Nota van Inlichtingen duidelijk heeft gemaakt voor welke situatie de Verwerkersovereenkomst is bedoeld. Het was wenselijk geweest als de aanbesteder daarover reeds in het Beschrijvend Document duidelijkheid had gegeven.

In één van de bestreden artikelen van de concept Verwerkingsovereenkomst is, kort gezegd, bepaald dat de opdrachtnemer aansprakelijk is indien de toezicht-

houder een bestuurlijke boete oplegt aan de aanbesteder omdat de opdrachtnemer de in de Verwerkingsovereenkomst neergelegde verplichtingen niet of niet-tijdig nakomt. De aanbesteder zal dan een contractuele boete ter hoogte van hetzelfde bedrag opleggen aan de opdrachtnemer.

Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze boetebepaling op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat de aansprakelijkheid niet is beperkt tot de situatie waarin de tekortkoming van de opdrachtnemer aan hem toerekenbaar is. Dat is in het artikel immers niet bepaald en de algemene verwijzing in een Nota van Inlichtingen naar 'de wettelijke beperkingen uit het Burgerlijk Wetboek' is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende duidelijk om daaruit de conclusie te kunnen trekken dat de aanbesteder heeft willen aansluiten bij de artikelen 6:74 en 6:75 BW.

Nu de opdrachtnemer ook een contractuele boete kan krijgen in situaties waarin zijn tekortkoming niet aan hem toerekenbaar is, is de aanbesteder naar het oordeel van de Commissie afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Deze afwijking heeft de aanbesteder niet gemotiveerd als bedoeld in artikel 1.10, lid 4, Aw 2012. Daarmee is de aanbesteder naar het oordeel van de Commissie met deze boetebepaling in de concept Verwerkersovereenkomst ten onrechte afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit en acht de Commissie de klacht in zoverre gegrond. Voor het overige acht de Commissie de klacht ongegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 594

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 20 juni 2020 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor het leveren van mobiele telefoons en aanverwante dienstverlening.
- 1.2. In het Beschrijvend Document van 20 juni 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

(...)

Hoofdstuk 2. Doel, aanleiding en scope van deze opdracht

(...)

2.6.2. Inkoopvoorwaarden

De overeenkomst wordt gesloten onder de Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten 2018 (ARBIT-2018).

Inschrijver mag binnen de termijn voor het stellen van vragen suggesties doen tot aanpassing of afwijking van de ARBIT-2018, mits deugdelijk onderbouwd. [Aanbesteder] beoordeelt suggesties en zal Inschrijvers informeren via Vraag & Antwoord in TenderNed over oventuele wijzigingen.

2.7. Verwerkersovereenkomst

Indien er onder de Raamovereenkomst of een Nadere Overeenkomst sprake is van het verwerken van persoonsgegevens in de zin van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) dan is het sluiten van bijgevoegde Bijlage 8 'Verwerkersovereenkomst' verplicht. Inschrijver is verantwoordelijk voor het ondertekenen van Bijlage 8, dan wel door de verwerker laten ondertekenen van deze Verwerkersovereenkomst. Indien (voorlopig winnende) Inschrijver geen getekende Verwerkers-overeenkomst kan overleggen na voorlopige gunning, dat wil zeggen tijdens verificatiefase, gaat [Aanbesteder] niet over tot definitieve gunning. Bijlage 8 maakt onlosmakelijk onderdeel uitmaakt van de Aanbestedingsdocumenten en de eventueel te sluiten Raamovereenkomst.

Inschrijver mag binnen de termijn voor het stellen van vragen suggesties doen tot aanpassing van de Verwerkersovereenkomst, mits deugdelijk onderbouwd. [Aanbesteder] beoordeelt suggesties en zal Inschrijvers informeren over eventuele wijzigingen. Dit gaat via TenderNed.

(...)

3.6. Onregelmatigheden

Dit Beschrijvend document is met zorg samengesteld. Mocht u desondanks menen dat de informatie en/of een bepaling in het Beschrijvend document en/of andere Aanbestedingsstukken (waaronder ten minste de Nota's van Inlichtingen)

onjuist, onrechtmatig of op een andere wijze onregelmatig is, dan dient Inschrijver zo spoedig mogelijk na ontvangst van het desbetreffende Aanbestedingsstuk, doch uiterlijk tien (10) kalenderdagen vóór de Uiterlijke ontvangst van Inschrijvingen, [Aanbesteder] schriftelijk via TenderNed hierop te attenderen. Dit kan via 'Vraag en Antwoord'.

Als Inschrijver niet tijdig en op de voorgeschreven wijze [Aanbesteder] aldus heeft geattendeerd, heeft zij daarmee ieder recht jegens [Aanbesteder] verwerkt voor zover verband houdende met de vermeende onjuistheid, onrechtmatigheid of onregelmatigheid.

3.7. Nota van Inlichtingen

(...)

Inschrijver krijgt de gelegenheid vragen te stellen en/of opmerkingen te maken over alle Aanbestedingsstukken. Uitsluitend vragen c.q. opmerkingen die schriftelijk en op tijd zijn ingediend, worden in behandeling genomen. Inschrijver dient zijn vragen en/of opmerkingen uiterlijk op de in de planning opgenomen datum en tijd via 'Vraag & Antwoord' in. Ingeval vragen na de gestelde termijn worden ingediend/ontvangen kan door [Aanbesteder] niet worden gegarandeerd dat deze vragen nog worden beantwoord.

Opdrachtnemer kan doorlopend vragen stellen tot de in de planning aangegeven datum. [Aanbesteder] vraagt Inschrijver(s) nadrukkelijk om vragen zo spoedig mogelijk in te dienen en niet te wachten tot de uiterste datum voor het stellen van vragen.

(...)

Ten aanzien van vragen die niet tijdig in het bezit van [Aanbesteder] zijn, kan niet worden gegarandeerd dat de antwoorden (overeenkomstig artikel 2.54 lid 1 AW 2012) uiterlijk tien (10) kalenderdagen voor de uiterste datum van ontvangst van de Inschrijvingen aan u worden verstrekt.

(...)

3.9. Klachtenafhandeling

Voor het indienen van een klacht over deze aanbestedingsprocedure kan de (potentiële) Inschrijver een klacht indienen bij de afdeling Bezwaren, Klachten en Kwaliteitsmetingen van [Aanbesteder], via [Website]. (...)

(...)

Hoofdstuk 5. Uitsluitingsgronden, minimum- en geschiktheidseisen

(...)

5.3. Geschiktheidseisen

Op de uiterste datum van Inschrijving dient de Inschrijver te voldoen aan de geschiktheidseisen zoals beschreven in deze paragraaf.

5.3.1 Financieel economische draagkracht

Wettelijke aansprakelijkheid

Inschrijver verklaart adequaat verzekerd te zijn en zal zich adequaat verzekerd houden voor de risico's voortvloeiende uit wettelijke aansprakelijkheid. Onder adequaat verzekerd wordt in dit verband verstaan dat Inschrijver voor een bedrag van ten minste € 2.500.000,- per gebeurtenis is verzekerd.

Beroepsaansprakelijkheid

Inschrijver verklaart adequaat verzekerd te zijn en zal zich adequaat verzekerd houden voor de risico's voortvloeiende uit beroepsaansprakelijkheid voor zover deze niet gedekt zijn onder de polis voor wettelijke aansprakelijkheid. Voor de hoogte van de verzekering sluit [Aanbesteder] aan bij de ARBIT-2018, artikel 26 Aansprakelijkheid.

(...)'

- 1.3. In Bijlage 4 bij het Beschrijvend Document "Algemene Rijksvoorwaarden bij IT overeenkomsten 2018 (ARBIT-2018)" is, onder meer, bepaald:

'(...)

Artikel 18. Verwerking persoonsgegevens

- 18.1. Voor zover Wederpartij als verwerker bedoeld in de Algemene Verordening Gegevensbescherming in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst persoonsgegevens voor Opdrachtgever verwerkt, garandeert Wederpartij de toepassing van passende technische en organisatorische maatregelen, opdat de verwerking aan de vereisten van de Algemene Verordening Gegevensbescherming voldoet en de bescherming van de betrokkenen is gewaarborgd. Wederpartij verwerkt persoonsgegevens uitsluitend in opdracht en op basis van schriftelijke instructies van Opdrachtgever behoudens afwijkende wettelijke voorschriften.
- 18.2. Partijen regelen de verwerking van persoonsgegevens door Wederpartij ten behoeve van Opdrachtgever bij overeenkomst.

(...)

Artikel 26. Aansprakelijkheid

- 26.1. Indien een partij tekortschiet in de nakoming van een overeengekomen verplichting, kan de andere partij haar in gebreke stellen waarbij de nalatige partij alsnog een redelijke termijn voor de nakoming wordt gegund. Blijft nakoming ook dan uit dan is de nalatige partij in verzuim. Ingebrekestelling is niet nodig wanneer voor de nakoming een Fatale termijn geldt of indien uit een mededeling dan wel de houding van de andere partij moet worden afgeleid dat deze in de nakoming van haar verplichting zal tekortschieten. De partij die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen, is tegenover de andere partij aansprakelijk voor de door deze geleden en/of te lijden schade.
- 26.2. De in artikel 26.1 bedoelde aansprakelijkheid voor persoons- en zaakschade en daaruit voortvloeiende schade, is beperkt tot een bedrag van € 1.250.000,- per gebeurtenis. Samenhangende gebeurtenissen worden daarbij aangemerkt als één gebeurtenis.
- 26.3. De in artikel 26.1 bedoelde aansprakelijkheid voor schade anders dan die bedoeld in artikel 26.2 is beperkt tot een bedrag van ten hoogste vier maal

de hoogte van de Vergoeding per gebeurtenis. Samenhangende gebeurtenissen worden daarbij aangemerkt als één gebeurtenis.

- 26.4. De in artikel 26.2 en artikel 26.3 opgenomen beperkingen van aansprakelijkheid komen te vervallen:
- a. ingeval van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel en/of;
 - b. indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van de andere partij of diens Personeel en/of;
 - c. in geval van schending van intellectuele eigendomsrechten als bedoeld in artikel 8;
 - d. in geval van een tussen Partijen op grond van artikel 18 lid 2 gesloten overeenkomst: ten aanzien van aanspraken op schadevergoeding, waaronder mede begrepen de door de toezichthoudende autoriteit opgelegde boetes, in verband met tekortschieten in de nakoming van die overeenkomst.
- 26.5. Alle verplichtingen, ook die krachtens de belasting-, zorgverzekerings- en sociale verzekeringswetgeving met betrekking tot Personeel van Wederpartij, komen ten laste van Wederpartij. Wederpartij vrijwaart Opdrachtgever tegen elke aansprakelijkheid die daarmee verband houdt.

(...).'

- 1.4. In Bijlage 8 bij het Beschrijvend Document "(Concept) Verwerkingsovereenkomst" is, onder meer, bepaald:

'(...)

5 Meldplicht Inbreuken in verband met Persoonsgegevens

- 5.1 Indien Opdrachtnemer (pogingen tot) Inbreuken in verband met Persoonsgegevens signaleert, zal hij Opdrachtgever hierover onmiddellijk, doch uiterlijk binnen 24 uur na constatering, inlichten en op eigen kosten alle redelijkerwijs benodigde maatregelen treffen om (verdere) schending van de AVG en/of andere regelgeving betreffende de verwerking van de Persoonsgegevens, te voorkomen of te beperken een en ander onverminderd de verplichting van Opdrachtnemer om de eventueel door Opdrachtgever daardoor geleden schade te vergoeden.

(...)

9 Aansprakelijkheid en contractuele boete

- 9.1 Als Opdrachtnemer, of door hem ingeschakelde derde(n) tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen voortvloeiende uit deze Verwerkersovereenkomst, stelt Opdrachtgever hem schriftelijk in gebreke. Opdrachtnemer is echter onmiddellijk in gebreke als nakoming van de betreffende verplichting reeds blijvend onmogelijk is. Ingebrekestelling geschiedt schriftelijk, waarbij aan Opdrachtnemer een termijn van 30 dagen wordt gegund om alsnog zijn verplichtingen na te komen. Deze termijn is een fatale termijn. Als nakoming binnen de gestelde termijn uitblijft, is Opdrachtnemer in verzuim.
- 9.2 Opdrachtnemer is aansprakelijk op grond van het bepaalde in artikel 82, tweede lid AVG. Hieronder wordt in ieder geval verstaan de aansprakelijkheid voor schade of nadeel voortvloeiende uit het niet nakomen van deze Verwerkersovereenkomst.
- 9.3 Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever voor iedere claim van een derde die tegen Opdrachtgever wordt ingesteld die aan Opdrachtnemer is toe te rekenen, voor schade of nadeel ontstaan door werkzaamheden op basis

van deze Verwerkersovereenkomst uitgevoerd door Opdrachtnemer of door hem ingeschakelde derde(n).

- 9.4 Als Opdrachtnemer de in de Verwerkingsovereenkomst neergelegde verplichtingen niet of niet-tijdig nakomt en de toezichthouder dientengevolge Opdrachtgever een bestuurlijke boete oplegt, is Opdrachtnemer aansprakelijk en zal Opdrachtgever een contractuele boete ter hoogte van hetzelfde bedrag opleggen aan Opdrachtnemer. Deze boete is niet vatbaar voor verrekening en opschorting en laat de rechten van Opdrachtgever op nakoming en schadevergoeding onverlet.
- 9.5 Bij overtreding van de verplichtingen door Opdrachtnemer zoals genoemd in deze Verwerkersovereenkomst dient Opdrachtnemer aan Opdrachtgever een onmiddellijk opeisbare boete te betalen van € 7.500,- per overtreding en € 1.000,- per dag dat de overtreding voortduurt met een maximum van €50.000, -, onverminderd het recht van Opdrachtgever de daadwerkelijk geleden schade te verhalen.

(...)'

- 1.5. In de eerste Nota van Inlichtingen van 13 juli 2020 zijn 148 vragen en antwoorden opgenomen, waaronder de volgende:

- 1.5.1. Vraag 45 (met betrekking tot artikel 9.2 t/m 9.4 Verwerkersovereenkomst): 'Tekstvoorstel

Geheel vervangen door:

1. De in de Overeenkomst overeengekomen aansprakelijkheidsbepalingen zijn van kracht op de verplichtingen zoals opgenomen in deze Verwerkingsovereenkomst.

2. In afwijking van lid 2 en 3 van dit artikel, indien en voor zover een door de toezichthoudende autoriteit opgelegde boete rechtstreeks voortvloeit uit i) een toerekenbare tekortkoming door de tekortkomende Partij en/of diens onderaannemers/Sub-verwerkers in de nakoming van zijn verplichtingen onder deze Verwerkingsovereenkomst of ii) een schending door de tekortkomende Partij en/of diens onderaannemers/Sub-verwerkers van de toepasselijke wetgeving op het gebied van verwerking van Persoonsgegevens, dan is deze tekortkomende Partij aansprakelijk jegens de andere Partij voor het bedrag tot een maximum van 10.000.000 euro per boete.

Vraag

9.2 Verwerker wenst een gelimiteerde aansprakelijkheidsbeperking op te nemen waarbij de zaakschade beperkt is tot een maximum bedrag per gebeurtenis en de door toezichthoudende autoriteit opgelegde boetes beperkt tot een maximumbedrag van 10 miljoen per boete.

Artikel 9.3 Geen vrijwaringen we laten het recht spreken, eventuele boetes moeten verdeeld kunnen worden naar de mate van schuld.'

Antwoord: 'Niet akkoord. De aansprakelijkheid in de verwerkersovereenkomst is in lijn met de ARBIT 2018. Zie hiervoor artikel 26.4 ARBIT 2018. Uiteraard gelden wel de wettelijke beperkingen uit het Burgerlijk Wetboek (BW).'

- 1.5.2. Vraag 78: '[Citaat artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst, zie 1.4 hiervoor, Commissie] De toezichthouder zal eerst onderzoek doen naar aan welke partij de boete valt toe te rekenen. De toezichthouder kan bijvoorbeeld ook van mening zijn dat de Verwerkeringsverantwoordelijke toch verantwoordelijk is voor de boete, ook al is de Verwerker tekort geschoten. Bijvoorbeeld omdat de toezichthouder vindt dat de Verwerkingsverantwoordelijke betere controle op de Verwerker had moeten uitoefenen. Het is dan ook niet proportioneel dat een der-

gelijke boete nog opgelegd kan worden aan de Verwerker. Inschrijver verzoekt u dan ook om artikel 9.4 buiten toepassing te laten.'

Antwoord: 'Niet akkoord. Indien de Opdrachtnemer de in de verwerkersovereenkomst neergelegde verplichtingen niet of niet tijdig nakomt én de toezichthouder de Opdrachtgever dientengevolge een boete oplegt, dan is de Opdrachtnemer aansprakelijk en zal de Opdrachtgever de boete doorleggen. Indien blijkt dat de toezichthouder zowel de Opdrachtgever als Opdrachtnemer ten aanzien van zijn of haar aandeel beboet dan zullen partijen in overleg treden.'

- 1.5.3. Vraag 79: 'In artikel 9 van de Verwerkersovereenkomst heeft u de bepalingen omtrent aansprakelijkheid opgenomen. Kunt u bevestigen dat de beperkingen uit de ARBIT op deze aansprakelijkheid van toepassing is? Graag uw bevestiging. Indien u dit niet kunt bevestigen, verzoekt inschrijver dit te motiveren.'

Antwoord: 'Niet akkoord. De Verwerkersovereenkomst heeft zijn eigen aansprakelijkheidsartikel. Artikel 9 blijft ongewijzigd met uitzondering van artikel 9.5, deze komt te vervallen.'

- 1.5.4. Vraag 82: 'In artikel 5 van de Verwerkersovereenkomst is de meldplicht datalekken opgenomen. Inschrijver neemt aan dat u met de meldplicht datalekken enkel de datalekken bedoelt welke betrekking hebben op de persoonsgegevens van Verwerkingsverantwoordelijke. Inschrijver kan namelijk op grond van haar geheimhoudingsplicht enkel de (vermoedelijke) inbreuken op de beveiliging melden welke betrekking hebben op uw persoonsgegevens en geen inbreuken welke betrekking hebben op persoonsgegevens van derden. Graag uw bevestiging. Indien u dit niet kunt bevestigen, verzoekt inschrijver dit te motiveren.'

Antwoord: 'Akkoord. Het gaat alleen om persoonsgegevens van verwerkersverantwoordelijke.'

- 1.5.5. Vraag 83: 'Volgens onze (juridische) informatie vervullen de inschrijvers geen rol als informatieverwerker, zij zijn slechts houder van informatie ten behoeve van hun eigen bedrijfsvoering, en daarmee geen gegevensverwerkend bedrijf (artikel 4 lid 8 AVG). Kunt u dit bevestigen en de verwerkersovereenkomst niet van toepassing verklaren? Zo nee, op basis waarvan stelt u dan dat de Inschrijvers informatieverwerker zijn?'

Antwoord: 'Het is niet te garanderen dat alle data op een telefoon versleuteld is en Opdrachtgever moet haar medewerkers beschermen door deze afspraken te maken bij retourname of vernietiging van telefoons. Hier kunnen persoonsgegevens op staan. Vernietigen van persoonsgegevens is ook een verwerking volgens de AVG.'

- 1.5.6. Vraag 118 (vraag van ondernemer): 'art. 9.4: De Opdrachtgever bepaalt met deze clause dat Inschrijver haar dient vrij te waren voor boetes die de de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) aan Opdrachtgever oplegt. Inschrijver acht deze bepaling disproportioneel en onredelijk bezwarend. De AP bepaalt namelijk zélf aan wie zij een boete oplegt. Wanneer zij besluit een boete op te leggen aan Opdrachtgever, dan mag van Opdrachtnemer niet redelijkerwijs worden verlangd dat zij instaat voor deze boete. Wanneer de AP namelijk een boete oplegt aan Opdrachtgever, dan houdt deze boete verband met de verantwoordelijkheid van de Opdrachtgever als verwerkingsverantwoordelijke. De Opdrachtgever zal deze boete zelf moeten dragen. Mocht de AP een boete opleggen aan Inschrijver, dan zal deze boete verband houden met de verantwoordelijkheid van Inschrijver als verwerker en zal laatstgenoemde deze boete ook zelf dragen. Kortom, een bestuursorgaan zal altijd onderzoek doen aan welke partij de boete valt toe te re-

kenen. Het is dan ook niet proportioneel wanneer het bestuursorgaan de boete aan de Opdrachtgever oplegt, Opdrachtnemer deze dient te betalen. Opdrachtnemer verzoekt u dan ook om deze bepaling buiten toepassing te laten. Graag uw akkoord. Indien u niet akkoord bent, verzoeken wij u dit te motiveren.'

Antwoord: 'Niet akkoord. Indien de Opdrachtnemer de in de verwerkersovereenkomst neergelegde verplichtingen niet of niet tijdig nakomt én de toezichthouder de Opdrachtgever dientengevolge een boete oplegt, dan is de Opdrachtnemer aansprakelijk en zal de Opdrachtgever de boete doorleggen. Indien blijkt dat de toezichthouder zowel de Opdrachtgever als Opdrachtnemer ten aanzien van zijn of haar aandeel beboet dan zullen partijen in overleg treden.'

- 1.5.7. Vraag 119 (vraag van ondernemer): 'art. 9.3: Met deze clausule verwacht Opdrachtgever dat Opdrachtnemer haar afschermt, oftewel vrijwaart, tegen een claim die een derde bij Opdrachtgever neerlegt.

Verder blijkt uit deze bepaling dat Opdrachtnemer hiertoe slechts gehouden is indien geleden schade of nadeel is toe te rekenen aan Opdrachtnemer. De strekking van deze clausule is daarmee gelijk aan die van art. 9.2. Opdrachtnemer verzoekt u daarom deze clausule buiten toepassing te laten.

Mocht u hiertoe niet overgaan, dan geeft Inschrijver reeds op voorhand aan dat zij onder art. 9.2 heeft becommentarieerd dat een beperking van aansprakelijkheid proportioneel is [*zie vraag 120 hierna, Commissie*]. Ook een beperking van de vrijwaringsverplichting onder art. 9.3 is proportioneel gezien dezelfde redenen. Wij verzoeken u dan een beperking van de vrijwaringsverplichting op te nemen conform dezelfde bewoordingen als omschreven in de opmerkingen onder art. 9.2.'

Antwoord: 'Niet akkoord. De aansprakelijkheid in de verwerkersovereenkomst is in lijn met de ARBIT 2018. Zie hiervoor artikel 26.4 ARBIT 2018. Uiteraard gelden wel de wettelijke beperkingen uit het Burgerlijk Wetboek (BW).'

- 1.5.8. Vraag 120 (vraag van ondernemer): 'art. 9.2: Op basis van art. 82 AVG kunnen betrokkenen schadevergoeding eisen van zowel de Verwerkingsverantwoordelijke als de Verwerker. Voor het innen van deze schadevergoeding, kan de betrokkene zowel een gerechtelijke procedure starten tegen de Verwerker als de Verwerkingsverantwoordelijke. Verwerker en Verwerkingsverantwoordelijke zijn namelijk hoofdelijk aansprakelijk richting de betrokkene voor de geleden schade.

Inschrijver weet dat de aansprakelijkheid naar betrokkenen toe niet kan worden ingeperkt. Desalniettemin kunnen partijen onderling deze schadevergoeding op elkaar verhalen (artikel 82 lid 5 AG). Verantwoordelijke en Verwerker kunnen onderling wél een beperking van aansprakelijkheid afspreken. Uit de AVG blijkt immers niet dat dit niet kan. In een Verwerkersovereenkomst kan hiertoe een aansprakelijkheidsbeperking worden opgenomen die geldt in geval van schending van privacywetgeving of de Verwerkersovereenkomst, ten aanzien van schadevergoeding naar de andere partij toe.

Inschrijver verzoekt u daarom een beperking van aansprakelijkheid op te nemen. Een onbeperkte aansprakelijkheid is volgens Inschrijver disproportioneel en in strijd met voorschrift 3-9 D lid 1 Gids Proportionaliteit. Vooral gezien het feit dat, voor zover er sprake is van een verwerkersrelatie, dit slechts een beperkt deel van de opdracht bevat.

Opdrachtnemer stelt voor 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 de contractwaarde van de onderliggende overeenkomst op jaarbasis.
 - 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.”

Uiteraard kan Inschrijver de aanbestedende dienst het huidige verzekeringscertificaat toesturen ter controle, alsmede het actuele polisblad van de aansprakelijkheidsverzekering.

Graag uw reactie. Indien u niet akkoord gaat, ontvangen wij graag uw motivatie hiertoe.’

Antwoord: ‘Niet akkoord. De aansprakelijkheidsbepaling in de verwerkersovereenkomst is in lijn met de ARBIT 2018. Daarnaast ziet deze aansprakelijkheid toe op de verwerking van persoonsgegevens en niet op de aansprakelijkheid van de Raamovereenkomst, waardoor Gids Proportionaliteit niet van toepassing is. Wel zijn de beperkingen vanuit het BW van toepassing.’

- 1.5.9. Vraag 130 (vraag van ondernemer): ‘art. 5.1: Inschrijver ziet dit graag aangepast naar 48 uur daar de verplichting bij Verwerker ligt om alle informatie te verzamelen. 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 Opdrachtgever voldoende ruimte. Bent u hiermee akkoord?’

Antwoord: ‘Niet akkoord. Opdrachtgever komt dan in de knel met het datalekprotocol als er bijvoorbeeld op vrijdagavond iets wordt gemeld en als het maandag pas wordt opgepakt. Melding potentieel datalek binnen 24 uur en verzamelen informatie m.b.t. soort en aantallen persoonsgegevens binnen 48 uur.’

- 1.6. Naar aanleiding van een aantal van de gestelde vragen, waaronder een vraag van ondernemer, heeft aanbesteder bij de eerste Nota van Inlichtingen een gewijzigde Bijlage 8 “(Concept) Verwerkingsovereenkomst” gevoegd. Eén van de wijzigingen is dat aanbesteder artikel 9.5 (zie 1.4 hiervoor) heeft laten vervallen.
- 1.7. In een tweede Nota van Inlichtingen van 22 juli 2020 heeft aanbesteder nog 21 vragen beantwoord.
- 1.8. Ondernemer heeft op 23 juli 2020 aanvullende vragen gesteld. Hij heeft geen vraag gesteld naar aanleiding van het antwoord op vraag 130 betreffende artikel 5.1 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst (zie 1.5.9 hiervoor). Ondernemer heeft onder meer de volgende vragen gesteld:
- 1.8.1. Vraag naar aanleiding van het antwoord op vraag 118: ‘In de AVG is opgenomen dat de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) bij het opleggen van boetes rekening moet houden met de mate van verwijtbaarheid van verwerker en verwerkingsverantwoordelijke. Een feit kan leiden tot zowel een boete voor de verwerkingsverantwoordelijke als een boete voor de verwerker.

Als de AP dus goede gronden heeft om voor een bepaald feit zowel een boete op te leggen aan de verwerkingsverantwoordelijke als aan de verwerker, dan is het

wat ons betreft onredelijk dat de verwerkingsverantwoordelijke de aan haar opgelegde boete contractueel (bij voorbaat) kan doorschuiven naar de verwerker.

Het valt redelijkerwijs niet van Opdrachtnemer te verlangen dat zij een eigen boete van de AP opgelegd krijgt en daarbovenop een boete van de Opdrachtgever.

Opdrachtnemer wordt dan dubbel beboet wordt voor een bepaald feit. Dat is ons inziens disproportioneel en onredelijk bezwarend jegens Opdrachtnemer.

Bovendien kan Opdrachtnemer zich niet verzekeren voor contractueel verlegde boetes. Het contractueel aanvaarden van aansprakelijkheden die wij zonder de contractbepaling niet zou hebben gehad, is niet gedekt.

Wij verzoeken u om uw oorspronkelijke antwoord in de eerste nota van inlichtingen alsnog te herzien. Gaat u hiermee akkoord?’

- 1.8.2. Vraag naar aanleiding van het antwoord op vraag 119: ‘Nergens in de verwerkersovereenkomst wordt vermeld dat de vrijwaringsbepaling in lijn is met de beperkingen in art.26 ARBIT 2018. Inschrijver leidt uit uw opmerking af dat vrijwaring i.h.k.v. de verwerkersovereenkomst ter zake van personen- en zaakschade is beperkt tot een bedrag van € 1.250.000,- per gebeurtenis en t.z.v. schade anders dan personen- en zaakschade tot een bedrag van ten hoogste 4 maal de hoogte van de vergoeding per gebeurtenis.

Wij verzoeken u om art. 9.3 aan te passen, althans - in ieder geval - in art. 9.3 te vermelden dat aansprakelijk wordt beperkt conform het bepaalde in art. 26 van de ARBIT 2018. Gaat u hiermee akkoord?’

- 1.8.3. Vraag naar aanleiding van het antwoord op vraag 120: ‘Nergens in de verwerkersovereenkomst wordt vermeld dat de aansprakelijkheidsbepaling in lijn is met de beperkingen in art. 26 ARBIT 2018. Inschrijver leidt uit uw opmerking af dat aansprakelijkheid i.h.k.v. de verwerkersovereenkomst t.z.v. personen- en zaakschade is beperkt tot een bedrag van € 1.250.000,- per gebeurtenis en t.z.v. schade anders dan personen- en zaakschade is beperkt tot een bedrag van ten hoogste 4 maal de hoogte van de vergoeding per gebeurtenis.

Wij verzoeken u om art. 9.2. aan te passen, in ieder geval in art. 9.2 te vermelden dat aansprakelijk wordt beperkt conform het bepaalde in art. 26 van de ARBIT 2018. Stemt u hiermee in?’

- 1.9. Op 23 juli 2020 neemt aanbesteder telefonisch contact op met ondernemer en laat hem weten dat aanbesteder zijn aanvullende vragen niet gaat beantwoorden. Naar de mening van aanbesteder zijn de vragen van ondernemer een verzoek tot heroverweging van de eerder gegeven antwoorden. Aanbesteder meent dat beantwoording niet zinvol is, omdat hij zijn antwoorden niet herziet.

- 1.10. In een derde Nota van Inlichtingen van 28 juli 2020 heeft aanbesteder nog één vraag beantwoord.

- 1.11. Ondernemer heeft op 28 juli 2020 bij aanbesteder een klacht ingediend. Hierin verzoekt ondernemer om artikel 5.1 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst te laten vervallen omdat daarmee wordt afgeweken van Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit. De Commissie verwijst voor de verdere inhoud van die klacht naar de klachtomschrijving en onderbouwing van de op 5 augustus 2020 bij de Commissie ingediende klacht in 2 en 3 hierna. De op 28 juli 2020 bij aanbesteder ingediende klacht ziet niet op artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst.

- 1.12. Aanbesteder heeft op 30 juli 2020 bij brief de klacht van ondernemer ongegrond verklaard. In dat kader heeft aanbesteder gesteld dat Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit niet ziet op de (Concept) Verwerkersovereenkomst waarin de verwerking van persoonsgegevens is geregeld. Naar de mening van aanbesteder ziet Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit slechts op het contract, bestaande uit de raamovereenkomst, nadere overeenkomsten en SLA, waarin de afspraken over de uit te voeren opdracht vastliggen en niet op de verwerking van persoonsgegevens. Tevens heeft aanbesteder aangegeven dat ondernemer zijn recht jegens aanbesteder heeft verwerkt, omdat ondernemer heeft verzuimd om in het kader van de eerste Nota van Inlichtingen of in een reactie op de eerste of de tweede Nota van Inlichtingen een verzoek in te dienen om artikel 5.1 de (Concept) Verwerkersovereenkomst te schrappen.
- 1.13. Het uiterste tijdstip voor indiening van de inschrijvingen was 31 juli 2020 vóór 14:00 uur. Ondernemer heeft aanbesteder die dag na dat tijdstip per e-mail laten weten dat hij heeft besloten niet in te schrijven op de onderhavige aanbesteding, omdat een inschrijving op deze aanbesteding voor hem een onaanvaardbaar risico met zich meebrengt.

2. Beschrijving klacht

Aanbesteder is met de artikelen 5.1 en 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst in Bijlage 8 bij het Beschrijvend Document (zie 1.4 hiervoor) ten onrechte afgeweken van Voorschrift 3.9 A en 3.9 B Gids Proportionaliteit.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Ondernemer wil dat aanbesteder de artikelen 5.1 en 9.4 van de Verwerkersovereenkomst in Bijlage 8 bij het Beschrijvend Document (zie 1.4 hiervoor) laat vervallen. Ondernemer doet in dat kader een beroep op Voorschriften 3.9 A en 3.9 B van de Gids Proportionaliteit en de toelichting daarop.
- 3.2. Ondernemer voert in dat kader het volgende aan. Volgens ondernemer kan aanbesteder het risico het beste beheersen of beïnvloeden en moet het risico daarom ook bij aanbesteder worden gealloceerd. De opdrachtnemer heeft er geen invloed op hoe medewerkers van aanbesteder met hun mobiele telefoon omgaan. Het is voor de opdrachtnemer niet mogelijk hier voorwaarden aan te stellen. De opdrachtnemer moet echter wel opdraaien voor de boete(s) in het geval van een datalek. Ondernemer acht het risico disproportioneel en geeft aan dat het risico niet verzekeraar is.
- 3.3. Verder merkt ondernemer nog op dat zijn verduidelijkingsvragen van 23 juli 2020 niet zijn beantwoord.
- 3.4. Ondernemer wil graag dat de bepalingen in de (Concept) Verwerkersovereenkomst worden heroverwogen vanwege het disproportionele karakter daarvan en verzoekt om heraanbesteding om een gelijk speelveld te creëren en de mededinging niet onnodig te beperken.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder wenst allereerst te benadrukken dat de klacht niet eenduidig is. Eerst verandert ondernemer na de eerste Nota van Inlichtingen zijn standpunt ten aanzien van artikel 5.1 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst. Vervol-

gens vult ondernemer zijn klacht bij de Commissie aan, door nu ook over artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst te klagen. Voor aanbesteder is hierdoor onduidelijk wat ondernemer tracht te bereiken met zijn klacht.

- 4.2. Aanbesteder wijst er op dat ondernemer in de eerste Nota van Inlichtingen een geheel andere vraag over artikel 5.1 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst heeft gesteld: zie vraag 130 in 1.5.9 hiervoor.
- 4.3. Vervolgens gaat aanbesteder inhoudelijk op de klacht in. Aanbesteder is van mening dat de Gids Proportionaliteit niet van toepassing is op de verwerking van Persoonsgegevens. Voor het geval dat de Gids Proportionaliteit wel van toepassing is, voert aanbesteder nog het volgende aan.
- 4.4. Aanbesteder stelt dat de opdrachtnemer bij deze opdracht de gegevensverwerker is. Relevant daarbij is onder andere het antwoord op vraag 83 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.5.5 hiervoor). Indien aanbesteder een beroep doet op retourname ter reparatie van een toestel of indien hij de oude toestellen laat vernietigen, dan is de opdrachtnemer gegevensverwerker. Hij is vanaf dat moment verantwoordelijk voor alle data die nog op de toestellen aanwezig zijn. Volgens aanbesteder ligt het risico niet bij aanbesteder, zoals ondernemer suggereert, maar bij de opdrachtnemer.
- 4.5. Ook acht aanbesteder artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst proportioneel omdat hij slechts een boete zal opleggen wanneer de Autoriteit Persoonsgegevens een boete heeft opgelegd aan aanbesteder. De Autoriteit Persoonsgegevens bepaalt bovendien zelf wie van de twee partijen zij aanspreekt.
- 4.6. Verder bestrijdt aanbesteder dat ondernemer geen kans heeft gehad suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden van aanbesteder conform Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit. Aanbesteder voert in dit kader aan dat ondernemer voldoende tijd heeft gehad om aanpassingen in de bijlagen en concept overeenkomsten voor te stellen. Aanbesteder heeft zelfs enkele wijzigingsvoorstellen van ondernemer overgenomen. Dat aanbesteder de aanvullende vragen van ondernemer van 23 juli 2020 niet heeft beantwoord, doet volgens aanbesteder aan het voorgaande niet af. In dat kader voert aanbesteder aan dat de aanvullende vragen voornamelijk neerkwamen op een verzoek tot het heroverwegen van de eerder op 13 juli 2020 gegeven antwoorden.
- 4.7. Ten slotte ziet aanbesteder geen enkele reden om over te gaan tot heraanbesteding of de huidige procedure te stoppen. Het is aanbesteder niet duidelijk hoe de (Concept) Verwerkersovereenkomst en specifiek de artikelen 5.1 en 9.4 leiden tot een ongelijk speelveld. Deze (Concept) Verwerkersovereenkomst betreft immers de verwerking van persoonsgegevens. Dat geldt voor alle gegadigden. De aard van de opdracht blijft gelijk ongeacht de verwerking van persoonsgegevens. Dat er wel degelijk concurrentie is, blijkt ook uit de ontvangen inschrijvingen. Dat ondernemer heeft besloten niet in te schrijven, betekent nog niet dat er een ongelijk speelveld is.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 20 juni 2020 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor het leveren van mobiele telefoons en aanverwante dienstverlening. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit.

- 5.2. Alvorens de Commissie de klacht zal behandelen, zal zij zich eerst uitlaten over het daarbij te hanteren toetsingskader.
- 5.2.1. Op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 dient een aanbestedende dienst transparant te handelen.
- 5.2.2. In artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 is, onder meer, bepaald:
- ‘1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...) in ieder geval acht op:
(...)
h. de voorwaarden van de overeenkomst.’
- 5.2.3. Krachtens het vierde lid van voornoemd artikel dient een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 5.2.4. In Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit is bepaald:
- ‘De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.’
- 5.2.5. In de Gids Proportionaliteit is de volgende toelichting bij Voorschrift 3.9 A opgenomen:
- ‘• Waar horen de verschillende risico's die in een opdracht besloten zitten, te liggen? Alloceer het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen en/of beïnvloeden, hetzij de aanbestedende dienst hetzij de inschrijver. Bij de risicoafweging moeten de volgende aspecten worden betrokken:
- de kans dat een risico zich verwezenlijkt en
 - de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt.
- Het bij een inschrijver neerleggen van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet alsmede van een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen is eerder disproportioneel dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten.
- Is het risico voor een van beide partijen in redelijkheid/onder reële voorwaarden verzekeraar (let op: Een veel gehoorde misvatting is dat alles verzekeraar is. Dit is niet het geval. Daarbij moet worden bedacht dat indien er een verzekering op de markt beschikbaar is, niet altijd betekent dat ook alle risico's onder die verzekering gedekt zijn. Met name garantieverplichtingen, boetes of vrijwaringen zijn in de regel onverzekerbaar.)’
- 5.2.6. Een contractuele regeling kan onder meer tot onbeperkte aansprakelijkheid van de opdrachtnemer leiden, wanneer die regeling er in voorziet dat het risico – namelijk: dat zich in verband met de uitvoering van de opdracht een gebeurtenis voordoet die tot schade leidt – te allen tijde bij de opdrachtnemer wordt gealloceerd. In een dergelijk geval kan zo'n contractuele regeling een afwijking inhouden van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Van een dergelijke afwijking zal geen sprake zijn in het geval dat een contractuele risicoregeling ontbreekt – in welk geval immers kan worden teruggevallen op het stelsel van het Burgerlijk Wetboek (zie art. 6:74 e.v. BW) – of de in het contract voorziene risicoregeling

bij dat wettelijk stelsel aansluit (vergelijk Adviezen 40 en 42, overweging 6.2; Advies 154, overweging 6.2.8; Advies 331, overweging 5.6.2 en 5.6.3; Advies 355, overweging 5.3.1; Advies 404, overweging 5.3.1 en Advies 444, overweging 5.5.6).

5.2.7. Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit bepaalt:

'De aanbestedende dienst biedt tijdens de aanbestedingsprocedure potentiële inschrijvers de kans suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden.'

5.3. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van de klacht.

5.3.1. In paragraaf 2.7 ("De Verwerkersovereenkomst") van het Beschrijvend Document (zie 1.2 hiervoor) heeft aanbesteder bepaald dat Bijlage 8 met de Verwerkersovereenkomst 'onlosmakelijk onderdeel uitmaakt van de Aanbestedingsdocumenten en de eventueel te sluiten Raamovereenkomst'. Anders dan aanbesteder in 1.12 en 4.3 hiervoor lijkt te veronderstellen, behoort de Verwerkersovereenkomst naar het oordeel van de Commissie dan ook tot de 'voorwaarden van de overeenkomst' in de zin van artikel 1.10, lid 2, sub h, Aw 2012 en zijn de Voorschriften 3.9 A en B Gids Proportionaliteit op de Verwerkersovereenkomst van toepassing.

5.3.2. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder heeft voldaan aan Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit door de inschrijvers in de gelegenheid te stellen suggesties te doen tot aanpassing van de Verwerkersovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden (zie paragrafen 2.6.2 en 2.7 van het Beschrijvend Document in 1.2 hiervoor). Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit verplicht aanbestedende diensten op zichzelf niet om die suggesties vervolgens ook over te nemen (vgl. onder meer Advies 404, overweging 5.4.2). In zoverre acht de Commissie de klacht ongegrond.

5.3.3. Ondernemer klaagt er ook over dat aanbesteder met de artikelen 5.1 en 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst in Bijlage 8 bij het Beschrijvend Document (zie 1.4 hiervoor) ten onrechte is afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit.

5.3.4. In dat kader heeft ondernemer onder meer aangevoerd dat aanbesteder het risico van een datalek het beste kan beheersen of beïnvloeden omdat de opdrachtnemer er geen invloed op heeft hoe medewerkers van aanbesteder met hun mobiele telefoon omgaan.

5.3.5. In het antwoord op vraag 83 in de eerste Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder echter duidelijk gemaakt voor welke situatie de Verwerkersovereenkomst is bedoeld. Het gaat om de risico's bij retourname of vernietiging van telefoons door de opdrachtnemer. Op deze telefoons kunnen persoonsgegevens staan en het vernietigen daarvan is een verwerking van persoonsgegevens als bedoeld in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) (zie 1.5.5 hiervoor).

5.3.6. Naar het oordeel van de Commissie kan de opdrachtnemer de risico's rond de verwerking van persoonsgegevens van de telefoons die ter reparatie of vernietiging bij hem worden aangeboden het beste beheersen. In zoverre is er naar haar oordeel dan ook geen sprake van een afwijking van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit en acht de Commissie de klacht ongegrond.

5.3.7. In dat kader merkt de Commissie nog wel op dat aanbesteder slechts in één van de 148 antwoorden in de eerste Nota van Inlichtingen duidelijk heeft gemaakt

voor welke situatie de Verwerkersovereenkomst is bedoeld. Het was wenselijk geweest als aanbesteder daarover reeds in het Beschrijvend Document duidelijkheid had gegeven.

- 5.3.8. De Commissie zal hierna nog op artikel 5.1 en 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst afzonderlijk ingaan.
- 5.3.9. In artikel 5.1 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst is voor de opdrachtnemer een verplichting opgenomen om inbreuken in verband met persoonsgegevens na constatering binnen 24 uur te melden aan aanbesteder en op eigen kosten alle redelijkerwijs benodigde maatregelen te treffen om (verdere) schending te voorkomen. Naar het oordeel van de Commissie is aanbesteder met artikel 5.1 van de Verwerkersovereenkomst ook op dit punt niet afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Daarmee acht de Commissie de klacht betreffende artikel 5.1 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst geheel ongegrond.
- 5.3.10. Wat betreft artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst is de eerst te beantwoorden vraag of aanbesteder aan zijn in 5.2.1 hiervoor bedoelde transparantieplichting heeft voldaan, in die zin dat hij deze boetebepaling in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze boetebepaling op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze boetebepaling moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 5.3.11. In artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkingsovereenkomst is, kort gezegd, bepaald dat de opdrachtnemer aansprakelijk is indien de toezichthouder een bestuurlijke boete oplegt aan aanbesteder omdat de opdrachtnemer de in de Verwerkingsovereenkomst neergelegde verplichtingen niet of niet-tijdig nakomt. Aanbesteder zal dan een contractuele boete ter hoogte van hetzelfde bedrag opleggen aan de opdrachtnemer.
- 5.3.12. In het kader van een vraag over artikel 9.2 tot en met 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst heeft aanbesteder in het antwoord in de eerste Nota van Inlichtingen bepaald dat 'Uiteraard [...] wel de wettelijke beperkingen uit het Burgerlijk Wetboek (BW) [gelden]' (zie het antwoord op vraag 45 in 1.5.1 hiervoor).
- 5.3.13. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de boetebepaling van artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat de aansprakelijkheid niet is beperkt tot de situatie waarin de tekortkoming van de opdrachtnemer aan hem toerekenbaar is. Dat is in artikel 9.4 immers niet bepaald en de algemene verwijzing naar 'de wettelijke beperkingen uit het Burgerlijk Wetboek' in het antwoord op vraag 45 in de Nota van Inlichtingen is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende duidelijk om daaruit de conclusie te kunnen trekken dat aanbesteder heeft willen aansluiten bij de artikelen 6:74 en 6:75 BW. Die verwijzing kan immers ook zien op artikel 6:94 BW dat de mogelijkheid van matiging van de boete door de rechter bevat of op afdeling 6.1.10 BW met, onder meer, de beperkingen van de omvang van de schadevergoeding van artikel 6:98, 6:101 en 6:109 BW.

- 5.3.14. Nu de opdrachtnemer op basis van artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst ook een contractuele boete kan krijgen in situaties waarin zijn tekortkoming niet aan hem toerekenbaar is, is aanbesteder naar het oordeel van de Commissie afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit (vgl. Advies 40, overweging 6.2; Advies 331, overwegingen 5.6.2-5.6.4; Advies 426-II, overweging 5.3.6). Deze afwijking heeft aanbesteder niet gemotiveerd (zie artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 in 5.2.3 hiervoor). Daarmee is aanbesteder naar het oordeel van de Commissie met artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst ten onrechte afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit en acht de Commissie de klacht in zoverre gegrond.
- 5.3.15. De Commissie acht de klacht gegrond voor zover aanbesteder met artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst is afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Voor het overige acht de Commissie de klacht ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond** voor zover aanbesteder met artikel 9.4 van de (Concept) Verwerkersovereenkomst is afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Voor het overige acht de Commissie de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 27 augustus 2020

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid