



Toelichting bij het Model Nadere overeenkomst ARBIT-2022

1. Inleiding

Het Model Nadere overeenkomst is bedoeld voor IT-opdrachten die onder een Raamovereenkomst worden gecontracteerd waarop de ARBIT van toepassing is. Het model bevat een aantal bepalingen die bij elke Nadere overeenkomst van toepassing zijn en een aantal optionele bepalingen.

Dit model is bedoeld voor Nadere overeenkomsten onder een Raamovereenkomst die Opdrachtgever met meer dan een Wederpartij aangaat. De Raamovereenkomst stelt Opdrachtgever in staat om deze Wederpartijen ten behoeve van te plaatsen opdrachten tot mededinging op te roepen (minicompentie van artikel 5 van de Raamovereenkomst). Met de Wederpartij bij de Raamovereenkomst die op grond van de vastgestelde gunningscriteria in een 2e ronde de beste inschrijving heeft ingediend, wordt vervolgens een Nadere overeenkomst afgesloten.

2. Ondertekening

Uitgangspunt van het model is dat namens de Staat der Nederlanden wordt gecontracteerd en de betrokken minister zelfstandig bevoegd is tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen. In andere gevallen moet de Nadere overeenkomst op dit punt worden aangepast. Als de Nadere overeenkomst niet door maar namens de betrokken minister wordt ondertekend, dient daartoe een volmacht aan de ondertekenaar te zijn verleend overeenkomstig artikel 4.6 Comptabiliteitswet 2016 en de daarop gebaseerde Regeling financieel beheer van het Rijk.

De bevoegdheid van Wederpartij dient door Opdrachtgever te worden geverifieerd aan de hand van een uittreksel uit het Handelsregister en, in voorkomend geval, door het laten overleggen van een (beperkte) volmacht.

3. Overwegingen

Voor een goed begrip van de in de Nadere overeenkomst vervatte afspraken is het van groot belang om de beweegredenen van de Opdrachtgever daarin vast te leggen. Daarvoor dienen de overwegingen bij de Raamovereenkomst en de Nadere overeenkomst.

Een IT-opdracht begint met het formuleren van een functionele behoefte van Opdrachtgever in een Bestek (offerteaanvraag) en op het niveau van de Nadere overeenkomst in de Nadere oproep tot mededinging. Hoe beter Opdrachtgever er in slaagt het door hem beoogde gebruik van de Prestatie in het Bestek en de Nadere oproep tot mededinging te verwoorden, hoe beter de markt kan offren. Bij het verwoorden van het met de Prestatie beoogde gebruik is tevens van belang dat Wederpartij voldoende inzicht wordt gegeven in het organisatieonderdeel van Opdrachtgever waarbinnen de Prestatie moet worden verricht.

De ondernemer wordt op zijn beurt geacht zich in voldoende mate op de hoogte te hebben gesteld van de organisatie van Opdrachtgever en de doelstellingen in verband waarmee Opdrachtgever de Nadere overeenkomst aangaat, om een oplossing te kunnen offren waarmee optimaal wordt voldaan aan het met de Prestatie door Opdrachtgever beoogde gebruik. Een oplossing dus die voldoet aan de daaraan door Opdrachtgever gestelde eisen en die optimaal tegemoet komt aan de door deze gestelde wensen.

In de formulering van de Overwegingen is aangesloten op de informatie- en onderzoekverplichtingen van Partijen van artikel 4 van de ARBIT. Hiermee is - in lijn met de Toelichting bij artikel 4 van de ARBIT - nog eens benadrukt dat een actieve precontractuele houding van beide Partijen van groot belang is voor het welslagen van de Prestatie.

In de huidige opzet van het Model Nadere overeenkomst loopt de beschrijving van het beoogde gebruik van de Prestatie van Opdrachtgever (overwegingen) over in het Overeengekomen gebruik dat erop is gericht om Opdrachtgever een Prestatie te verschaffen die voldoet aan de in het Bestek daaraan gestelde eisen en zo veel mogelijk tegemoet komt aan de wensen van Opdrachtgever.

Artikelsgewijze toelichting bij het Model Nadere overeenkomst

Artikel 2. Voorwerp van de Nadere overeenkomst

Artikel 2.1

In dit lid is de Prestatie vooral in juridische termen geformuleerd. De tabel is bedoeld om de gebruiker te helpen met de onderverdeling van de Prestaties die afzonderlijk of tezamen het voorwerp van de Nadere overeenkomst vormen. Het voorwerp van de Nadere overeenkomst kan bestaan uit de koop van Producten, het uitvoeren van een Opdracht, het ter beschikking stellen van Standaardprogrammatuur of een combinatie daarvan. Die onderverdeling vormt de blauwdruk voor de verdere uitwerking van het voorwerp van de Prestatie in de volgende artikelen.

Ter illustratie; de aanschaf, installatie en implementatie van Apparatuur valt uiteen in de levering van een Product en de uitvoering van een tweetal Opdrachten (Installatie en Implementatie).

De gebruiker dient in de verschillende tabellen tenminste de kern van de Prestatie duidelijk en begrijpelijk aan te geven. Daarbij gaat het om de aard van de Prestatie (Artikel 2), de wijze van Aflevering/ Oplevering daarvan (Artikel 5), de wijze van Acceptatie (Artikel 6), de daarbij behorende Vergoeding (Artikel 7) en tenslotte de wijze van facturering en betaling (Artikel 8).

Bij het verwerven van Gebruiksrechten dient in Artikel 2 de omvang en de aard van het Gebruiksrecht, alsook de bijbehorende betalingssystematiek (bijvoorbeeld per gebruiker of per machine) te worden beschreven. De beschrijving van de gebruikersgroep verdient bijzondere aandacht omdat de Staat der Nederlanden weliswaar Opdrachtgever is, maar een Gebruiksrecht doorgaans wordt aanbesteed ten behoeve van een specifiek onderdeel van de Staat. Als het verschil tussen de Staat der Nederlanden als de rechtspersoon aan wie het Gebruiksrecht toekomt en de gebruikersgroep die tot het gebruik gerechtigd is niet tot uitdrukking komt in de aanbesteding, werkt dat prijsopdrijvend. Voor de meeste businessmodellen in de IT-markt is de omvang van de gebruikersgroep namelijk een belangrijke prijsbepalende factor.

De tabel waarin de onderverdeling van de Prestaties tot uitdrukking komt is bedoeld als hulpmiddel. Voor de vraag welke Bijzondere bepalingen van de Voorwaarden op de Nadere overeenkomst van toepassing zijn is de opsomming en onderverdeling in deze tabellen dus slechts richtinggevend. Welke Bijzondere bepalingen van toepassing zijn, wordt dus niet bepaald door de onderverdeling in deze tabel, maar door de aard van de Prestatie. Dit moet per geval goed worden nagegaan. Het is (ook) daarom van belang dat inkopers vertrouwd zijn met de inhoud en opzet van de Voorwaarden.

Artikel 2.2

In dit lid is bepaald welke documenten onderdeel uitmaken van de Nadere overeenkomst en is de onderlinge rangorde daarvan vastgelegd.

Bovenaan in de rangorde staat de Nadere overeenkomst (waarmee concreet wordt bedoeld op de overwegingen en de artikelen 1 tot en met 9 van deze Nadere overeenkomst). Dan volgen achtereenvolgens de Raamovereenkomst op grond waarvan Partijen de Nadere overeenkomst aangaan, de Nadere oproep tot mededinging, de Nadere offerte en de overige Bijlagen. Er is voor gekozen de Nadere overeenkomst in rang boven de Raamovereenkomst te plaatsen, omdat in de Nadere overeenkomst de meest specifieke afspraken voor uitvoering van de Prestatie staan of afspraken die een nadere invulling geven aan de Raamovereenkomst. Tevens wordt hiermee aangesloten op de volgorde als toegepast bij de ARVODI.

Overigens zij er op gewezen dat het niet zonder meer is toegestaan om in de Nadere overeenkomst af te kijken van de Raamovereenkomst. Aan de Raamovereenkomst is meestal namelijk een Europese aanbesteding voorafgegaan en de mogelijkheid tot wijziging van een als resultaat van een Europese aanbesteding tot stand gekomen overeenkomst is om aanbestedingsrechtelijke redenen beperkt (zie de artikelen 2.163a t/m 2.163g Aanbestedingswet 2012).

Mocht een wijziging van de Raamovereenkomst aanbestedingsrechtelijk zijn toegestaan dan dienen Partijen de wijziging soms juist op het niveau van de Raamovereenkomst overeen te komen, zodat deze wijziging niet telkens per Nadere overeenkomst herhaald hoeft te worden.

Artikel 2.3

Onder omstandigheden kunnen twee overeenkomsten tussen dezelfde Partijen zodanig met elkaar samenhangen dat het succes van de ene overeenkomst een voorwaarde is voor de toegevoegde waarde voor Opdrachtgever van een andere overeenkomst. Een voorbeeld is een Opdracht tot Implementatie die samenhangt met een andere overeenkomst waardoor bij dezelfde Wederpartij de te implementeren programmatuur wordt verworven. De implementatieopdracht heeft natuurlijk geen zin meer wanneer de programmatuurovereenkomst wordt ontbonden. In die gevallen kan expliciet worden overeengekomen dat er samenhang bestaat tussen beide overeenkomsten zodanig dat een grond voor ontbinding van de ene overeenkomst ook een ontbindingsgrond voor de andere overeenkomst oplevert (artikel 30.5 van de ARBIT).

Artikel 3. Contactpersonen en rapportage

Artikel 3.1

De aanwijzing van contactpersonen vloeit voort uit artikel 2 van de ARBIT.

Artikel 3.2

Lid 2 beschrijft de aard en omvang van de rapportageverplichting van de Wederpartij. Het gaat daarbij behalve om de inhoud van hetgeen wordt gerapporteerd ook om de frequentie waarin dat dient te gebeuren.

Voor Opdrachten ligt in artikel 51 van de ARBIT de basis voor de rapportageverplichting van Wederpartij.

Artikel 4. Inwerkingtreding en duur van de Nadere overeenkomst

Artikel 4.1

De Nadere overeenkomst treedt in werking zodra deze door beide Partijen is ondertekend, dus niet al gelijk na het bereiken van mondelinge overeenstemming. Het is daarom van belang dat beide Partijen bij ondertekening ook de datum invullen.

Dienstverlening die betrekking heeft op Onderhoud of clouddienstverlening kan op een later moment beginnen; zie de tabel van artikel 5. Dat doet er niet aan af dat de Nadere overeenkomst eerder in werking kan treden en mitsdien (ondertekend en) van een datum moet zijn voorzien. Om die reden is er een extra optie gegeven om de inwerkingtreding van de Nadere overeenkomst op een vaste datum te zetten zodat ook duidelijk is wanneer deze weer eindigt als de Nadere overeenkomst bijvoorbeeld de looptijd van een jaar heeft.

Artikel 4.2

Wat betreft de duur van de Nadere overeenkomst kan worden onderscheiden in overeenkomsten voor onbepaalde tijd en overeenkomsten voor bepaalde tijd. De overeenkomst voor onbepaalde tijd komt bij IT-contractering onder Raamovereenkomsten weinig voor. Overeenkomsten voor bepaalde tijd vallen uiteen in overeenkomsten die eindigen door het verstrijken van een bepaalde periode en overeenkomsten die eindigen op het moment waarop de Prestatie is verricht.

Het optionele artikel 4.2 is bedoeld om de looptijd van de Nadere overeenkomst vast te leggen bij een overeenkomst voor bepaalde tijd die eindigt door het verstrijken van een bepaalde periode.

Ten behoeve van het contractbeheer is gekozen voor expliciete vermelding van de einddatum van de Nadere overeenkomst.

Artikel 4.3

In dit artikel 4.3 is voorzien in een mogelijkheid om de in artikel 4.2 bedoelde Nadere overeenkomst onder gelijkblijvende voorwaarden te verlengen. In de tekst behoeft in dat geval alleen de duur van de verlenging te worden vermeld en de uiterste datum waarop van die optie gebruik kan worden gemaakt.

Indien Partijen zekerheidshalve willen dat verlenging plaatsvindt door middel van een aangetekende brief met ontvangstbevestiging dient lid 3 hierop te worden aangepast.

Artikel 5. Aflevering en Oplevering

In het Model Nadere overeenkomst is als uitgangspunt genomen dat de datum van Aflevering wordt vastgelegd in de tabel. Denkbaar is echter dat de datum van Aflevering pas later wordt bepaald zodat opneming in de tabel niet mogelijk is. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de Nadere overeenkomst Opdrachtgever het recht geeft om daaronder Producten af te roepen. In voorkomend geval kan in de kolom "Afleverdatum" een termijn na feitelijke afroep worden vermeld. De in de kolom "Afleverdatum" bepaalde data zijn Fatale termijnen in de zin van artikel 1.8 van de ARBIT.

Leverancier ontvangt van Opdrachtgever een bewijs van ontvangst met dagtekening voor de in ontvangst genomen Producten (artikel 6.4 van de ARBIT).

Artikel 5.2

De Oplevering van Maatwerkprogrammatuur, Standaardprogrammatuur en adviesdiensten is doorgaans gekoppeld aan de beschikbaarstelling van een exemplaar van bijvoorbeeld de Programmatuur of een onderzoeksrapport op een bepaalde datum en plaats. Deze wijze van Oplevering is dan ook opgenomen in de tabel.

Overige Opdrachten

Voor andere dan de in de artikelen 54 t/m 67 van de ARBIT benoemde specifieke Opdrachten (Adviesdiensten, de ontwikkeling van Maatwerkprogrammatuur en Detachering) gelden enkel de in de artikelen 48 t/m 53 van de ARBIT opgenomen algemene bepalingen voor Opdrachten. De voor deze specifieke Opdrachten geldende regels kunnen nader worden uitgewerkt in het Model Nadere overeenkomst. Voor Oplevering, Acceptatie en Vergoeding kan in voorkomend geval gebruik worden gemaakt van categorie B* in de tabellen. Alleen als dat niet volstaat moet het Model Nadere overeenkomst worden aangevuld.

Aanleiding voor aanvulling kan bijvoorbeeld bestaan als gebruik wordt gemaakt van specifieke contractvormen als webhosting, cloud computing, outsourcing, etc.

Onderhoud

Een Onderhoudsovereenkomst is afwijkend in die zin dat Opdrachtgever gedurende een overeengekomen periode aanspraak heeft op een bepaald niveau van dienstverlening. Daarom kan bij Onderhoud niet van één Opleverdatum kan worden gesproken. Onderhoud wordt dan ook niet Opgeleverd en is om die reden niet opgenomen in de tabel. Artikel 8.2 werkt deze systematiek verder uit door als uitgangspunt te nemen dat betaling van Onderhoud jaarlijks vooraf plaatsvindt.

Artikel 5.3

Een Onderhouds- en clouddienstverleningsovereenkomst is afwijkend in die zin dat Opdrachtgever gedurende een overeengekomen periode aanspraak heeft op een bepaald niveau van dienstverlening. Omdat Onderhoud en clouddienstverlening niet worden Opgeleverd en er dus ook niet sprake is van één Opleverdatum, wordt in de tabel de aanvangsdatum van de dienstverlening opgenomen. Artikel 8.3 werkt deze systematiek verder uit door als uitgangspunt te nemen dat betaling van Onderhoud en clouddienstverlening periodiek vooraf plaatsvindt.

Artikel 5.4

Artikel 58 van de ARBIT verplicht Wederpartij de Broncode van Maatwerkprogrammatuur aan Opdrachtgever te verstrekken. Indien Opdrachtgever ook ten aanzien van Standaardprogrammatuur recht heeft op afgifte van de Broncode, zoals bij OSS, is Wederpartij (afgezien van hetgeen daarover in de betreffende OSS licentie is bepaald) op grond van artikel 5.4 steeds gehouden Opdrachtgever daarvan een exemplaar te geven indien deze daarom verzoekt.

Artikel 6. Acceptatie

artikel 6.1

In dit lid wordt de Acceptatie geregeld. De Acceptatieprocedure kan in voorkomend geval worden uitgewerkt in een Bijlage bij de Nadere overeenkomst. Soms is de procedure zo eenvoudig dat

deze in de tabel kan worden opgenomen. De periode waarin de Acceptatieprocedure kan worden doorlopen vangt aan nadat de Prestatie overeenkomstig artikel 5 is Afgeleverd c.q. Opgeleverd.

Overeenkomstig artikel 11.2 van de ARBIT geldt in beginsel een periode van 30 dagen waarbinnen Opdrachtgever aan Wederpartij dient aan te geven of hij de Prestatie Accepteert (cursief 30 dagen ingevuld in de tabel). Partijen kunnen bij de Nadere overeenkomst afwijken van deze 30 dagentermijn door opname van een andere termijn in de daarvoor bestemde kolom.

Detachering

Bij detachering wordt in de regel maandelijks achteraf gefactureerd op basis van goedgekeurde urenstaten. De goedkeuring van de urenstaat door Opdrachtgever levert dan de Acceptatie op die op grond van artikel 11.1 van de ARBIT vereist is voor betaling. In artikel 5.2 dient te worden aangegeven wanneer de ingediende urenstaten worden goedgekeurd (bijvoorbeeld maandelijks achteraf) en aan welke vereisten de urenstaat dient te voldoen (op te nemen in een Bijlage model Urenstaten).

Onderhoud en clouddienstverlening

Onderhoud en clouddienstverlening worden in de regel niet opgeleverd ter Acceptatie, zodat goedkeuring van de dienstverlening en de voor betaling vereiste Acceptatie hier afwijkend zijn geregeld.

De beoordeling van de kwaliteit door of namens Opdrachtgever vindt plaats overeenkomstig het bepaalde in de Bijlage Service level agreement.

Onderhoud en clouddienstverlening worden doorgaans vooruit betaald door de Opdrachtgever. Het moment waarop het voorschot door Wederpartij gefactureerd mag worden dient te worden geregeld in Artikel 8. In artikel 8.3 is vermeld dat voor Betaling van de Vergoeding geen voorafgaande Acceptatie is vereist.

Artikel 6.2

Onder omstandigheden kan behoefte bestaan om de Prestatie ondanks de aanwezigheid van Gebreken toch te Accepteren. Artikel 11.6 en 12.5 van de ARBIT regelen in voorkomend geval dat Wederpartij de Gebreken, onder druk van een inhouding op de Vergoeding, met bekwame spoed herstelt.

De hoogte van de inhouding dient een serieuze prikkel tot herstel te zijn en in een redelijke verhouding te staan tot het belang van Opdrachtgever bij spoedig herstel.

Artikel 7. Vergoeding

Artikel 7.1

In de tabel dient per onderdeel van de Prestatie de prijs en de vergoedingsmaatstaf te worden vermeld. De meest gangbare vergoedingsmaatstaf is steeds al ingevuld; bijvoorbeeld prijs per Product bij koop en uurtarief bij Detachering.

BTW

De Vergoeding omvat de prijs exclusief BTW. In de tabel is de prijs zowel inclusief als exclusief BTW vermeld zodat voor Opdrachtgever duidelijk zichtbaar is of bepaalde onderdelen van de Prestatie zijn vrijgesteld van BTW of daarvoor het lage BTW-tarief geldt.

Artikel 7.2

In dit lid worden de Service levels vermeld die – mocht het overeengekomen dienstverleningsniveau niet worden gehaald – aanleiding geven voor een korting op de Vergoeding.

Artikel 7.3

Indien de Prestatie niet binnen de overeengekomen termijn is Op- c.q. Afgeleverd, wordt het in art. 7.3 in te vullen bedrag op de Vergoeding in mindering gebracht. De korting komt niet in mindering op een eventuele schadevordering en doet er niet aan af dat Opdrachtgever daarnaast nog nakoming, schadevergoeding en/of ontbinding kan vorderen (artikel 14.3 van de ARBIT)

Artikel 7.4

De kwaliteit van Af- c.q. Opgeleverde Prestaties is wisselend hetgeen er toe leidt dat Prestaties nog regelmatig moeten worden afgekeurd. De schade die Opdrachtgever hierdoor leidt kan in veel gevallen worden verhaald op de Wederpartij. Daarnaast biedt artikel 7.4 nog een extra stimulans

om de Prestatie zonder Gebreken Af- c.q. Op te leveren. Indien de Prestatie namelijk door Opdrachtgever wordt afgekeurd kan een korting in mindering worden gebracht op de Vergoeding voor iedere dag dat de Wederpartij nodig heeft om de geconstateerde Gebreken te herstellen.

Artikel 8. Facturering en betaling

Artikel 8.1

Conform de comptabele regelgeving voor het Rijk betaalt Opdrachtgever Wederpartij in beginsel niet dan nadat de Prestatie is geaccepteerd. Dit komt tot uitdrukking in artikel 15.1 van de ARBIT waarin is bepaald dat een betalingstermijn pas na Acceptatie gaat lopen, zelfs als Wederpartij al veel eerder een factuur heeft verzonden. In de tabel van lid 1 zal om die reden meestal "Acceptatie" als tijdstip van verschuldigdheid worden vermeld, maar dit moment kan ook daarvoor liggen zoals bij betaling:

- a) van een voorschot (artikel 16 van de ARBIT);
- b) van onderhouds- en cloudvergoedingen (artikel 8.3);
- c) bij Acceptatie van onderdelen van de Prestatie.

In voorkomend geval kan het afwijkende moment van verschuldigdheid in de tabel worden ingevuld.

Artikel 8.3

In artikel 11.1 van de ARBIT is bepaald dat Opdrachtgever niet gehouden is tot betaling voordat de Prestatie is geaccepteerd. Omdat Onderhoud en clouddienstverlening in de praktijk dat Onderhoud vaak vooruit worden betaald is in het Model Nadere overeenkomst een afwijkende regeling opgenomen. Deze regeling komt er kort gezegd op neer dat Onderhoud en clouddienstverlening vooraf worden betaald, dat Onderhoud en clouddienstverlening niet worden opgeleverd (artikel 5.3) en dat de Wederpartij wordt afgerekend op de in de Service level agreement (hierna: SLA) overeengekomen Service levels (artikel 7.2).

De SLA bevat ook de sancties die aan Wederpartij kunnen worden opgelegd als deze tekortschiet in de nakoming van de overeengekomen Service levels.

Artikel 8.4

Indien Opdrachtgever reeds voorafgaand aan de Acceptatie van de Prestatie betalingen wenst te doen aan Wederpartij dient dit uitdrukkelijk te worden overeengekomen. Op grond van de Regeling financieel beheer van het Rijk dient Opdrachtgever onder omstandigheden een kredietinstellingsgarantie te vragen van Wederpartij (zie ook Toelichting bij artikel 16 van de ARBIT).

Een model kredietinstellingsgarantie is bijgesloten bij het Model Nadere overeenkomst. Een afschrift van de ondertekende kredietinstellingsgarantie dient als Bijlage bij de Nadere overeenkomst te worden opgenomen. Het originele exemplaar van de garantie is een waardepapier en dient na afloop van de garantieperiode te worden teruggegeven. Het is daarom van belang de bewaring van een afgegeven garantie met de nodige veiligheidswaarborgen te omgeven. Bovenstaande geldt niet voor Onderhoud en clouddienstverlening.

Artikel 9. Algemene en bijzondere voorwaarden

Uitgangspunt is dat de Nadere overeenkomst alleen wordt beheerst door de Voorwaarden van Opdrachtgever en niet door voorwaarden van Wederpartij of van derden (zie artikel 8.1 Raamovereenkomst). In de praktijk blijkt het echter niet altijd mogelijk om voorwaarden van Wederpartij of derden volledig buiten toepassing te laten. Dat kan zijn omdat Wederpartij in een zodanig sterke positie verkeert dat hij eenvoudig aan zijn eigen voorwaarden kan vasthouden maar ook omdat bij de uitvoering van de Prestaties gebruik wordt gemaakt van programmatuur van derden waaraan die derde eigen onbespreekbare gebruiksvoorwaarden heeft verbonden. Onder dergelijke omstandigheden kan Opdrachtgever het optionele artikel 9 in het Model Nadere overeenkomst toepassen. Dit artikellid biedt de mogelijkheid om - onder strikte voorwaarden - licentievoorwaarden van Wederpartij of van bij de Prestatie betrokken derden toepasselijk te laten zijn. Het spreekt voor zich dat het Bestek deze van toepassing verklaring dan niet moet verbieden.

Artikel 9 heeft alleen betrekking op algemene of bijzondere voorwaarden die onderdeel uitmaken van de Nadere offerte. Het gaat daarin dus niet om gevallen waarin Wederpartij van Opdrachtgever verlangt dat deze behalve dit document (het Model Nadere overeenkomst) ook een afzonderlijke licentieovereenkomst ondertekent. Ook voor een afzonderlijke licentieovereenkomst geldt evenwel

dat met het afsluiten daarvan afbreuk zou worden gedaan aan het uitgangspunt dat geen andere voorwaarden onderdeel uitmaken van de Nadere overeenkomst dan de ARBIT. Is het afsluiten van zo'n afzonderlijke licentieovereenkomst evenwel onvermijdelijk (en aanbestedingsrechtelijk toegestaan) dan moet ook daarin in ieder geval expliciet aandacht worden geschonken aan:

- a) de positie van die licentieovereenkomst in de rangorde als bedoeld in artikel 2.2, en
- b) het van overeenkomstige toepassing zijn van artikel 9, derde en vierde gedachtestreepje.

De toepasselijkheid van licentievoorwaarden van Wederpartij of derden, in welke vorm ook, kan nooit afbreuk doen aan het Overeengekomen gebruik. In sommige gevallen, bijvoorbeeld als het gaat om licentievoorwaarden die betrekking hebben op OSS, is dat laatste ook niet waarschijnlijk. OSS licentievoorwaarden, zoals bijvoorbeeld de GNU General Public License (GPL), plegen zodanig ruime gebruiksrechten te verschaffen dat het Overeengekomen gebruik daardoor eerder nog wordt verruimd dan beperkt. In andere gevallen kan echter wel sprake zijn van een beperking van het Overeengekomen gebruik. Derhalve dient te worden gewaarborgd dat de in de ARBIT vereiste minimum omvang van de Gebruiksrechten niet alsnog door de toepassing van andere algemene voorwaarden wordt beperkt. Daarom is in artikel 9 derde gedachtestreepje bepaald dat het overigens Overeengekomen gebruik door de toepasselijkheid daarvan niet mag worden uitgesloten of beperkt.

Voorts kan het zijn dat licentievoorwaarden aanvullende verplichtingen voor Opdrachtgever bevatten die extra lasten meebrengen bijvoorbeeld voor licentiebeheer. Daarom is tevens bepaald dat daarin opgenomen aanvullende verplichtingen alleen gelden indien Wederpartij kan aantonen dat de verplichtingen van Opdrachtgever daardoor niet onredelijk worden verzwaard. Een voorbeeld van een onredelijke verzwaaring is een bepaling op grond waarvan Wederpartij bevoegd is tot eenzijdige wijziging van de voorwaarden. Bij dat alles geldt tenslotte dat de uitzondering van artikel 9 alleen geldt voor zover het om licentievoorwaarden gaat die betrekking hebben op een Gebruiksrecht dat aan Wederpartij ter beschikking wordt gesteld.

Mochten inschrijvers al tijdens de aanbesteding willen weten of bepaalde voorwaarden voldoen aan de hiervoor bedoelde in artikel 9 gestelde eisen dan wordt geadviseerd om daarop terughoudend te reageren ook al omdat de inschrijving van Inschrijver op dat moment nog niet bekend zal zijn. Of, en zo ja in hoeverre, dergelijke voorwaarden afbreuk zouden kunnen doen aan het nog niet vastgestelde Overeengekomen gebruik, kan op dat moment derhalve niet worden vastgesteld. Wel is het verstandig om bij de beantwoording van dergelijke vragen direct te benadrukken dat andere voorwaarden in ieder geval niets kunnen afdoen aan de eigen verantwoordelijkheid van Wederpartij voor het eindresultaat (de Prestatie). Indien over de impact van dergelijke voorwaarden al ten tijde van de inschrijving twijfel bij Opdrachtgever bestaat, is het verstandig om Wederpartij daarover direct om opheldering te vragen. Deze verheldering zal hij in zijn Offerte moeten geven.

Artikel 10. Overige bepalingen

Lid 1 en 2

Indien dit model wordt gebruikt voor de inhuur van een zzp'er rust op Opdrachtgever de verplichting om vast te stellen of de contractuele relatie die Partijen aangaan kwalificeert als een dienstbetrekking. Is dat het geval dan moet Opdrachtgever loonheffingen inhouden op het loon van de zzp'er en deze afdragen aan de Belastingdienst, zoals dat ook gebeurt met personeel dat werkt op basis van een vaste of tijdelijke aanstelling.

De vraag of in een concreet geval sprake is van een dienstbetrekking moet volgens de website van de Belastingdienst worden beoordeeld aan de hand van de volgende vragen: 1) Heeft uw opdrachtnemer een verplichting tot persoonlijke arbeid?, 2) Is er een gezagsverhouding tussen u en uw opdrachtnemer?, en 3) Krijgt uw opdrachtnemer loon? Is het antwoord op al deze vragen 'Ja'? Dan is uw opdrachtnemer in loondienst. Is het antwoord op 1 of meer van deze vragen 'Nee'? Dan is uw opdrachtnemer niet in loondienst. (Let op! Controleer nog wel of uw opdrachtnemer misschien een fictieve dienstbetrekking heeft)

In verband met de eerste vraag heeft de Belastingdienst toegelicht dat zij snel aanneemt dat sprake is van een verplichting tot persoonlijke arbeid als voorwaarden worden gesteld aan vervangend personeel. De optionele artikelen 10.1 en 10.2 in dit model bieden daarom de mogelijkheid om af te wijken van de ARBIT onder meer in die zin dat het Wederpartij vrij staat personen die belast zijn met de uitvoering van de Nadere Overeenkomst te vervangen en dat

Opdrachtgever deze vervanger niet kan weigeren. De tekst van dit model wekt daardoor niet langer de indruk dat er sprake is van een verplichting tot persoonlijke arbeid (criterium 1).

Als Opdrachtgever voorafgaand aan contractering van een zzp'er oordeelt dat de te sluiten Nadere overeenkomst niet kwalificeert als een dienstbetrekking, dan moeten de optionele artikelen 10.1 en 10.2 worden opgenomen in de Nadere Overeenkomst. Als de artikelen niet worden opgenomen dan bestaat het risico dat een arbeidsrelatie die feitelijk geen dienstbetrekking is door de Belastingdienst later wel als zodanig wordt aangemerkt. De Belastingdienst kan dan naheffingen en boetes opleggen.

Lid 3 en Lid 4

Indien er bij de uitvoering van de Nadere overeenkomst gegevens worden verwerkt, kunnen de optionele bepalingen in leden 3 en 4 worden gebruikt. Deze artikelleden zien niet op Persoonsgegevens, want als die verwerkt worden is er een aparte Verwerkersovereenkomst gesloten waarin al vergelijkbare bepalingen staan.

Door opname van lid 3 kan geregeld worden binnen welke termijn Wederpartij de gegevens dient te wissen of terug te bezorgen. Voorts bepaalt het artikel dat Wederpartij aan Opdrachtgever een boete verschuldigd is per dag dat hij in gebreke is. De hoogte van de boete en het maximale bedrag dienen te worden ingevuld. Het ingevulde bedrag dient proportioneel te zijn. Onder 'terugbezorgen' wordt mede verstaan; het bezorgen van de gegevens bij een door Opdrachtgever aangewezen derde.

Het vierde lid geeft twee alternatieve mogelijkheden indien de gegevens moeten worden terugbezorgd aan Opdrachtgever. In het eerste alternatief wordt geregeld dat de vorm waarin de gegevens moeten worden terugbezorgd, te zijner tijd door Opdrachtgever wordt aangegeven. In het tweede alternatief wordt de wijze van terugbezorging opgenomen in de Nadere overeenkomst.

Lid 5

De algemene exitregeling van artikel 32 van de ARBIT kan in een Bijlage Exitregeling waarnaar in dit artikellid wordt verwezen, nader worden uitgewerkt. Een exitregeling is belangrijker naarmate de afhankelijkheid van de Wederpartij groter is of de transitie naar een opvolgende wederpartij een actieve bijdrage van Wederpartij verlangt. Specifiek ten aanzien van clouddiensten geldt dat het Rijksbrede Cloudbeleid voorschrijft dat in de overeenkomst altijd een 'exit strategie' moet zijn opgenomen.

Lid 6

Indien de Prestatie mede de levering omvat van een AI-systeem met een hoog risico voor de gezondheid en veiligheid of de grondrechten van personen dan vereist Europese wetgeving dat aan de inzet daarvan nadere regels worden gesteld. Een AI-impactanalyse zal in voorkomend geval uitwijzen dat aanvullende contractuele afspraken moeten worden gemaakt met Wederpartij. Het gaat dan om eisen ten aanzien van de werking van het AI-systeem en de verantwoording die daarover moet kunnen worden afgelegd. Deze aanvullende voorwaarden kunnen in de naar de daarin verwezen Bijlage AI worden opgenomen.

Op het moment van schrijven van deze toelichting is een werkgroep van de CBA betrokken bij het opstellen van Europese modelvoorwaarden voor hoog risico AI-systemen door de Europese Commissie. Naar het zich laat aanzien gaan de AI-modelbepalingen van de Gemeente Amsterdam als vertrekpunt dienen voor Europese modelvoorwaarden. De Amsterdamse voorwaarden moeten daartoe onder meer in overeenstemming worden gebracht met het wettelijk kader van de aanstaande AI-verordening.

Een toekomstig Europees model zal geschikt gemaakt worden voor gebruik in een ARBIT-context en als AI-module bij de modelovereenkomsten via het Rijksportaal beschikbaar worden gesteld. Vooruitlopend daarop kan via het op het Rijksportaal genoemde mailadres informatie worden opgevraagd over de ontwikkeling en de inhoud van de (Europese) modelvoorwaarden.

Lid 7

Artikel 10 biedt ruimte voor het opnemen van aanvullende en/of afwijkende bepalingen van de ARBIT en/of de Nadere overeenkomst. In het geval van afwijkingen dienen bepalingen met de volgende formulering te worden opgenomen: "In afwijking van het bepaalde in artikel <artikel> van de ARBIT, geldt dat <afwijking>". Het moge duidelijk zijn dat het formuleren van afwijkingen niet de voorkeur heeft en dat het correct formuleren van een afwijkende bepaling juridische

toetsing heeft. Een afwijkende bepaling kan namelijk ook gevolgen hebben voor andere onderdelen van de ARBIT of de Nadere overeenkomst.
Als er sprake is van meerdere aanvullende en/of afwijkende bepalingen kan het beste doorgenummerd worden (10.7, 10.8 e.v.).

Colofon

Deze instructie is opgesteld onder verantwoordelijkheid van de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (CBA) van de Rijksoverheid. Nadere inlichtingen kunnen ingewonnen worden bij het secretariaat van de CBA (contactgegevens op Rijksportaal).

Uitgegeven september 2022