

Adviezen 746 en 747

1. Waar gaat dit advies over?

Dit spoedadvies gaat over de vraag of het disproportioneel is als ondernemer, een reseller, wordt verplicht een verwerkersovereenkomst te sluiten en daardoor onbeperkte aansprakelijkheid te aanvaarden voor schendingen van wet- en regelgeving op het terrein van het verwerken van persoonsgegevens, terwijl de vendor persoonsgegevens verwerkt.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie oordeelt dat aanbesteder afwijkt van voorschriften 3.9 A en 3.9 D Gids Proportionaliteit met het stellen van de voorwaarde dat ondernemer een verwerkersovereenkomst moet sluiten met de Deelnemers/eindgebruikers, ook indien hij geen toegang heeft tot persoonsgegevens en hij geen invloed kan uitoefenen op de verwerking van de persoonsgegevens en onder die omstandigheden onbeperkt aansprakelijk kan zijn voor schendingen van wet- en regelgeving op het terrein van de verwerking van persoonsgegevens. De door aanbesteder gegeven motivering voor het hanteren van deze voorwaarde, vormt naar het oordeel van de Commissie geen (deugdelijke) motivering voor de afwijking van voornoemde voorschriften. De Commissie acht de gestelde voorwaarde daarmee disproportioneel en verklaart de klacht **gegrond**.

3. Achtergrond

- 3.1. Aanbesteder heeft een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor het sluiten van een raamovereenkomst voor de aanschaf van (uitbreidingen op) bestaande en nieuwe Standaardprogrammatuur (software), ten behoeve van een aantal organisatieonderdelen die hij kwalificeert als de Deelnemers aan deze aanbesteding. De Deelnemers zijn dus eindgebruikers van de opdracht en niet de deelnemers (gegadigde/inschrijvers) aan de aanbestedingsprocedure. Aanbesteder is tevens een aanbesteding gestart voor een vergelijkbare opdracht ten behoeve van een aantal andere Deelnemers/eindgebruikers. De voor dit advies relevante voorwaarden van de aanbestedingsprocedure en opdracht zijn voor beide aanbestedingen gelijk. Hetzelfde geldt voor de inhoud van de klachten van ondernemer. Aanbesteder heeft daarom volstaan met één reactie op beide klachten. De Commissie brengt derhalve één advies uit voor beide klachten.
- 3.2. Aanbesteder wenst voor de Deelnemers/eindgebruikers raamovereenkomsten te sluiten met 'resellers' (wederverkopers van software). Resellers zijn partijen die van 'vendors' (de producenten van software) het recht hebben gekregen om softwarelicenties aan eindgebruikers te verkopen en leveren. De ondernemer die deze klacht heeft ingediend is een reseller.
- 3.3. De opdracht is verdeeld in twee percelen. Perceel 1 ziet op de levering van software en bijbehorende dienstverlening van uitsluitend vendor M. Voor dit perceel wenst aanbesteder een raamovereenkomst met één opdrachtnemer/reseller te sluiten. Perceel 2 ziet op de levering van software en bijbehorende dienstverlening van alle overige vendors (niet zijnde M). Voor dit perceel wenst aanbesteder een

raamovereenkomst met drie opdrachtnemers/resellers te sluiten. De uiteindelijke leveringsopdrachten worden op basis van een offerteaanvraag door middel van nadere overeenkomsten onder de te sluiten raamovereenkomst opgedragen.

- 3.4. In het Beschrijvend Document heeft aanbesteder het volgende bepaald over het rechtstreeks maken van afspraken met vendors en het sluiten van verwerkersovereenkomsten op grond van de AVG:

`2.8 Voorbehouden en uitsluitingen

(...)

- Opdrachtgever heeft de mogelijkheid om rechtstreeks afspraken te maken met Vendors. Producten en diensten van de Vendors betrokken via Opdrachtnemer, worden door Opdrachtnemer geleverd met inachtneming van de gemaakte afspraken.

(...)

5.4.5 Privacy

(...)

Indien er onder een Offerteaanvraag voor Standaardprogrammatuur en Dienstverlening sprake is van het verwerken van persoonsgegevens in de zin van de AVG, wordt er bij het sluiten van de Nadere overeenkomst ook een verwerkersovereenkomst met Opdrachtnemer gesloten, zoals opgenomen in Bijlage 10d: Model Verwerkersovereenkomst van dit Beschrijvend document. Opdrachtnemer is daarnaast gehouden om met eventuele in te zetten onderaannemers (derden) eenzelfde (sub)verwerkersovereenkomst te sluiten.'

- 3.5. Een vergelijkbare bepaling als opgenomen onder paragraaf 5.4.5 van het Beschrijvend Document is opgenomen in artikel 9.2 van het bij de aanbestedingsstukken gevoegde model voor de te sluiten raamovereenkomst, zij het dat daarin niet wordt verwezen naar een Model Verwerkersovereenkomst, maar naar een verwerkersovereenkomst in algemene zin:

'(...) Indien er onder een Nadere overeenkomst voor Standaardprogrammatuur en Dienstverlening sprake gaat zijn van het verwerken van persoonsgegevens in de zin van de AVG, wordt bij het sluiten van de Nadere overeenkomst ook een verwerkersovereenkomst gesloten met de Wederpartij. De Wederpartij is daarnaast gehouden om met eventuele in te zetten onderaannemers (derden) eenzelfde (sub)verwerkersovereenkomst te sluiten.'

- 3.6. In eis AFD-E4 uit het programma van eisen is bepaald dat inschrijvers zich moeten kwalificeren voor alle functiegroepen en daartoe ten minste 40% van de producten per Functiegroep moeten kunnen leveren.

`AFD-E4 (Perceel 2)

Voor alle van de in Bijlage 15 genoemde Functiegroepen dient Opdrachtnemer zich te kwalificeren.

Om voor een Functiegroep te kwalificeren dient Opdrachtnemer ten minste 40% van de onder iedere Functiegroep genoemde Standaardprogrammatuur producten, niet zijnde [bedrijfsnaam], te kunnen leveren en geautoriseerd te zijn om onderhoudsovereenkomsten af te sluiten ten behoeve van de Deelnemers.'

- 3.7. In eis TOF-E5 is de offerteplicht beschreven die op de beoogde raamcontractanten rust.

'TOF-E5

Opdrachtnemer beantwoordt, voor zover het gaat om een Functiegroep waarvoor Opdrachtnemer zich heeft ingeschreven en met inachtneming van de vastgestelde KPI-norm, alle aanvragen voor Standaardprogrammatuur die door de Deelnemers via het afgesproken inkoopkanaal worden gedaan met een Offerte.'

- 3.8. Aanbesteder heeft de ARBIT-2022 op de opdracht van toepassing verklaard. Over de aansprakelijkheid voor schendingen van wet- en regelgeving op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens is daarin het volgende bepaald:

'26.4. De in artikel 26.2 en artikel 26.3 opgenomen beperkingen van aansprakelijkheid komen te vervallen:

a. (...)

en/of;

b. (...)

en/of;

c. (...);

d. in geval van aanspraken op schadevergoeding ten gevolge van schending van wet- en regelgeving op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens of handelen in strijd met de rechtmatige instructies van de verwerkingsverantwoordelijke. Onder schade wordt mede begrepen een door de toezichthoudende autoriteit opgelegde boete.'

- 3.9. Artikel 3.8 van het document 'Format functionele uitvraag' (Bijlage 12a bij het Beschrijvend Document) en artikel 2.8 van het document 'Format productgerichte uitvraag' (Bijlage 12b bij het Beschrijvend Document) bevat de volgende bepaling over het sluiten van een verwerkersovereenkomst:

'Indien onder de Opdracht sprake gaat zijn van het verwerken van persoonsgegevens in de zin van de AVG en Opdrachtgever FU een verwerkersovereenkomst dient af te sluiten in het kader van de AVG zal Opdrachtnemer hieraan om niet meewerken. Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor het door de verwerker laten ondertekenen van de door Opdrachtgever FU opgestelde verwerkersovereenkomst. Indien door opdrachtnemer geen getekende verwe[r]kersovereenkomst wordt opgeleverd kan niet tot definitieve gunning worden overgegaan.'

- 3.10. De eerste nota van inlichtingen van 16 mei 2024 bevat, voor zover hier relevant, de volgende vragen en antwoorden:

- 3.10.1. **Vraag 20:** 'Eventuele algemene leverings- en betalingsvoorwaarden dan wel andere algemene of bijzondere voorwaarden van Opdrachtnemer worden door de Opdrachtgever uitdrukkelijk van de hand gewezen en zijn niet van toepassing op deze Overeenkomst. Echter, in het geval van de aanschaf van standaardsoftware ontkomt u niet aan de desbetreffende licentievoorzwaarden. De licentievoorzwaarden maken integraal onderdeel van de aankoop van de software. Door middel van licentievoorzwaarden worden de rechten en plichten van het gebruik van de software benoemd. Licentievoorzwaarden zijn opgesteld door de softwarefabrikant en specifiek geschreven voor de (eind)gebruiker van de software. Om gebruik te mogen maken van de software dienen voorafgaand aan het gebruik de licentievoorzwaarden geaccepteerd te worden, zonder acceptatie mag de software simpelweg niet gebruikt worden. Uiteraard zal Inschrijver bij het aanbieden van een nadere offerte de toepasselijke licentievoorzwaarden van de fabrikant meesturen naar de aanbestedende dienst. Kunt u bevestigen dat de aanbestedende dienst in beginsel wel akkoord gaat met de licentie- en

contractvoorwaarden vanuit de desbetreffende fabrikant, waaronder de EULA (End User License Agreement)? Graag ontvangen wij uw onderbouwde reactie?'

Antwoord: 'De Aanbestedende dienst dient op grond van het gelijkheidsbeginsel voor alle Inschrijvers dezelfde voorwaarden te hanteren. De voorwaarden van Vendors kunnen uiteenlopende clausules bevatten die per Vendor verschillend zullen zijn. Wanneer de Aanbestedende dienst zou toestaan om in een Inschrijving bij de aanbestedingsprocedure de voorwaarden van de Vendors van toepassing te verklaren, zou dit in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, dat immers bepaalt dat alle Inschrijvingen bij de aanbestedingsprocedure onder dezelfde voorwaarden moeten worden ingediend. Het is echter niet onmogelijk om de voorwaarden (ARBIT-2022) van de Aanbestedende dienst te accepteren en als uitgangspunt te nemen. Het uitgangspunt is en blijft dat de ARBIT-2022 van toepassing is en dat de toepasselijkheid van algemene en bijzondere voorwaarden van Opdrachtnemer(s) in beginsel is uitgesloten, tenzij van dit uitgangspunt expliciet wordt afgeweken in volgens het bepaalde in artikel 9.1 van Bijlage 10b: Model Nadere overeenkomst.'

3.10.2. **Vraag 48:** 'Inschrijver snapt en onderschrijft uw redeneerlijn voor wat betreft privacy en de verwerkersovereenkomst. Toch zouden wij graag voorstellen een nuance toe te voegen door aan te geven dat Opdrachtnemer een inspanningsverplichting heeft bij het laten ondertekenen van de verwerkersovereenkomst. Immers, in het geval Opdrachtnemer niet de verwerker is kan zij ook geen verplichtingen uit naam van een andere partij garanderen. Graag uw akkoord.'

Antwoord: 'Op grond van de AVG kwalificeert een partij als verwerker indien deze (i) een aparte partij is, (ii) die namens (dat wil zeggen: in opdracht of aan de hand van de instructies van) de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt. Een Vendor verwerkt de persoonsgegevens niet in opdracht van de Opdrachtgever, maar in opdracht van de reseller. Op grond van de afspraken in de Raamovereenkomst en de te sluiten Nadere overeenkomst is de reseller de enige contractuele wederpartij van de Opdrachtgever en de reseller is gelet op die afspraken de contractuele leverancier van de software voor de Opdrachtgever. Op het moment dat er bijvoorbeeld gebreken zijn met de software, spreekt de Opdrachtgever immers de reseller hier op aan, die op haar beurt de vendor kan aanspreken.

De uitleg en praktische uitvoering van de opdracht is bepalend of er sprake is van een verwerkersrelatie en een verwerkersovereenkomst. Als een opdracht tot het leveren van Standaardprogrammatuur eveneens leidt tot het verwerken van persoonsgegevens, moet die opdracht zodanig uitgelegd worden dat die 'opdracht' ook een Opdracht tot verwerking omvat.

Op grond van de voorwaarden in de aanbestedingsprocedure worden er in beginsel geen rechtstreekse opdrachten verleend aan de Vendor, maar uitsluitend aan de reseller. De (aansprakelijkheids-)bepalingen in de ARBIT-2022 zijn namelijk gebaseerd op de hoofdovereenkomst met de reseller en niet de Vendors. Indien er onder een Offerteaanvraag sprake is van het verwerken van persoonsgegevens in de zin van de AVG, wordt er bij het sluiten van de Nadere overeenkomst ook een Verwerkersovereenkomst gesloten met de reseller. Reseller is daarnaast gehouden om met eventuele in te zetten onderaannemers (derden c.q. vendors) eenzelfde (sub)verwerkersovereenkomst te sluiten.'

3.10.3. **Vraag 202:** 'Gesteld wordt dat indien er onder een Nadere overeenkomst voor Standaardprogrammatuur en Dienstverlening sprake gaat zijn van het verwerken van persoonsgegevens in de zin van de AVG, er bij het sluiten van de Nadere overeenkomst ook een verwerkersovereenkomst wordt gesloten met de

Wederpartij en de Wederpartij daarnaast gehouden is om met eventuele in te zetten onderaannemers (derden) eenzelfde (sub)verwerkersovereenkomst te sluiten. Is hiervan uitsluitend sprake in de situatie dat de AVG partijen hiertoe verplicht? Toelichting: Uit de formulering lijkt te volgen dat bij iedere levering waar persoonsgegevens worden verwerkt, de Wederpartij een verwerkersovereenkomst dient aan te gaan. Echter, in de meeste gevallen zal verwerking van persoonsgegevens plaatsvinden door de betreffende Vendor en niet door de Wederpartij. De verwerking is dan een uitvloeisel van de licentiëring van de Standaardsoftware en/of de levering van Dienstverlening door de Vendor, gebaseerd op een overeenkomst tussen een Vendor en Deelnemer. De Vendor kwalificeert in dat geval als verwerker. De AVG vereist dan een verwerkersovereenkomst tussen Deelnemer en Vendor. Indien de Wederpartij geen persoonsgegevens verwerkt, vereist de AVG geen verwerkersovereenkomst tussen Deelnemer en de Wederpartij. In de situatie waar een overeenkomst tot stand komt tussen een Vendor en Deelnemer, waar de betreffende verwerking van persoonsgegevens vervolgens een uitvloeisel van is, en Wederpartij geen persoonsgegevens verwerkt, verplicht de AVG niet tot een tot een (sub)verwerkersovereenkomst tussen Wederpartij en Vendor. In dit kader wordt verwezen naar paragraaf 2.8 van het Beschrijvend document, waarin expliciet wordt voorzien in de mogelijkheid dat Deelnemer rechtstreeks afspraken maakt met Vendor. Deze passage lijkt dus tegenstrijdig met het bepaalde uit paragraaf 5.4.5 uit het Beschrijvend document, dat niet lijkt te voorzien in de mogelijkheid dat de verwerkersovereenkomst wordt gesloten tussen Deelnemer en Vendor. Verwezen wordt tevens naar bijlage 12a (Format functionele uitvraag), paragraaf 3.8 en bijlage 12b (Format productgerichte uitvraag), paragraaf 2.8. In beide paragrafen wordt Opdrachtnemer verantwoordelijk geacht voor het door de verwerker (lees Vendor) laten ondertekenen van een verwerkersovereenkomst met Deelnemer. Ook dat lijkt tegenstrijdig met paragraaf 5.4.5 van het Beschrijvend document.'

Antwoord: 'De Aanbestedende dienst verwijst in dit kader naar het antwoord op vraag 20 en 48.'

- 3.10.4. **Vraag 251:** 'In artikel 26.4 sub d ARBIT is opgenomen dat de aansprakelijkheidsbeperking niet geldt voor door de toezichthoudende autoriteit opgelegde boetes.

In het aanbestedingsrecht geldt dat de overheid geen disproportionele eisen mag stellen aan leveranciers. Het eisen van onbeperkte aansprakelijkheid wordt als disproportioneel gezien. In de door de overheid vastgestelde 'gids proportionaliteit' staat hierover: 'De aanbestedende dienst verlangt geen aansprakelijkheid die op geen enkele manier gelimiteerd is'.

Daarnaast is in een vonnis gezegd: "... dat ieder computersysteem uiteindelijk kan worden gehackt, zodat [de overheid] ook geen volledig hackfree systeem mocht verwachten" (ECLI:NL:GHARL:2018:7967).

Zowel de rechtspraak als de wetgever zijn het er over eens dat 100% beveiliging niet bestaat en een aanbestedende dienst de inschrijver daarvoor dus niet volledig aansprakelijk mag houden. Inschrijver verzoekt u derhalve om artikel 26.4 sub d ARBIT buiten toepassing te laten. Graag uw akkoord. Indien u niet akkoord bent verzoeken wij u dit te motiveren.'

Antwoord: 'De in artikel 26.4 sub d ARBIT-2022 opgenomen uitzondering heeft betrekking op schade als gevolg van het schenden van wet- en regelgeving op het terrein van het beschermen van persoonsgegevens. Het beschermen van natuurlijke personen bij het verwerken van persoonsgegevens is een grondrecht. Schending van dit grondrecht kan leiden tot ernstige schade bij natuurlijke

personen. Voor het verdelen van aansprakelijkheid voor privacy-schendingen is in de ARBIT-2022 aansluiting gezocht bij de aansprakelijkheidsverdeling in de AVG. De verwijzing naar de jurisprudentie beïnvloedt niet de wijze van de aansprakelijkheidsbeperking van boetes opgelegd door toezichthoudende autoriteiten. Het toezichthoudende orgaan stelt zelfstandig de feiten vast en wie uiteindelijk verantwoordelijk is voor de ontstane situatie. Een andere uitleg zou immers ertoe leiden dat het eventuele resterende deel (boven het boetebedrag) voor rekening en risico komt voor de Aanbestedende dienst.'

3.11. De tweede nota van inlichtingen van 8 juli 2024 bevat, voor zover hier relevant, de volgende vragen en antwoorden:

3.11.1. **Vraag 42:** 'In de praktijk kan het voorkomen dat een vendor niet mee werkt aan de voorgestelde constructie zoals omschreven in v&a 48. Kan aanbestedende dienst toelichten hoe er met de offerte plicht wordt omgegaan als een vendor niet mee werkt een (sub)verwerkersovereenkomst met de reseller maar een verwerkersovereenkomst eist met de eindgebruiker van de software (deelnemer)?'

Antwoord: 'Het is aan de reseller om te beslissen of het een product aanbiedt waarvan het niet alle risico's back-to-back kan doorcontracteren aan de subverwerker (onderaannemers). De reseller is de juridische leverancier (als contractuele inschrijver) bij deze aanbestedingsprocedure en is verantwoordelijk voor nakoming van de uitgangspunten als bedoeld bij deze aanbestedingsprocedure.'

3.11.2. **Vraag 50:** 'In de antwoorden op de vragen 63 en 152 lezen wij tegenstrijdigheden en is ons de KPI met betrekking tot de offerteplicht niet duidelijk. Om duidelijkheid te creëren voor alle Inschrijvers willen wij u verzoeken om een eenduidig antwoord te geven.

Klopt onze aanname dat voor alle aanvragen binnen de Raamovereenkomst (waaronder ook de Top Vendors uit bijlage 7a) Inschrijvers een offerteplicht hebben met inachtneming van de volgende KPI: "Opdrachtnemer dient op 80% van de Offerteaanvragen te offeren, hetgeen wat per kwartaal in zijn geheel wordt gemeten voor zowel standaard als spoed Offerteaanvragen"?

Graag uw bevestiging. Zo niet, dan verzoeken wij u een duidelijke onderbouwing te geven van de KPI('s) met betrekking tot de offerteplicht.'

Antwoord: 'De Opdrachtnemer committeert zich bij Inschrijving op basis van de desbetreffende bijlagen en bewijsmiddelen welke Vendors het aan kan leveren gedurende de duur van de Raamovereenkomst. Hiermee ontstaat, zonder uitzondering, een Offerte- en leveringsverplichting voor de desbetreffende Vendors alsmede de gegarandeerde functiegroepen. Op deze gegarandeerde Vendors heeft de Opdrachtnemer een offerteplicht (KPI) van 100%. Daarnaast hebben de Deelnemers behoefte aan concurrentiestelling binnen de Raamovereenkomst. Dit komt terug in de KPI, waarbij de Opdrachtnemer een offerte dient aan te bieden op 80% van de totale uitvragen binnen de Raamovereenkomst.'

3.11.3. **Vraag 76:** De door de Aanbestedende Dienst gedefinieerde aansprakelijkheid onder artikel 26.4 sub d, is voor Gegadigde onacceptabel. Dit geldt temeer, nu de Aanbestedende Dienst middels deze aanbesteding Inschrijvers verplicht om verwerkersovereenkomsten aan te gaan met Deelnemers, indien er onder een Nadere Overeenkomst sprake gaat zijn van de verwerking van persoonsgegevens. Gegadigde is niet de eigenaar van de te leveren software, heeft hier geen toegang tot en verwerkt in de regel zelf dus geen persoonsgegevens middels de software, maar wordt nu wel geacht contractueel op te treden als verwerker en daarmee volledig in te staan voor Vendors die de persoonsgegevens daadwerkelijk

verwerken. Kort gezegd, de Aanbestedende Dienst vraagt Gegadigden nu om in te staan voor het risico van niet-naleving van wet- en regelgeving op het gebied van bescherming van persoonsgegevens, terwijl Gegadigde dat risico voor Vendors in de eerste plaats niet kan beheersen (want: geen eigenaar van de software en dus ook geen toegang tot de software). Dit gecombineerd met de ongelimiteerde aansprakelijkheid zoals gedefinieerd in artikel 26.4 sub c, levert een disproportioneel groot risico op voor Gegadigde. Gegadigde verzoekt de Aanbestedende Dienst met klem om een aansprakelijkheidsbeperking op te nemen voor artikel 26.4 sub c. Is de Aanbestedende Dienst hiertoe niet bereid, dan heeft dit serieuze invloed op de inschrijvingsbereidheid van Gegadigde en andere inschrijvers: geen enkele organisatie kan redelijkerwijs gevraagd worden om in te staan voor dusdanig grote risico's die niet door de eigen organisatie beïnvloed en dus beheerst kunnen worden.'

Antwoord: 'De onder sub d opgenomen uitzondering heeft betrekking op schade als gevolg van het schenden van wet- en regelgeving op het terrein van het beschermen van persoonsgegevens. Het beschermen van natuurlijke personen bij het verwerken van persoonsgegevens is een grondrecht. Schending van dit grondrecht kan leiden tot ernstige schade bij natuurlijke personen.'

Voor het verdelen van aansprakelijkheid voor privacyschendingen is in de ARBIT-2022 aansluiting gezocht bij de aansprakelijkheidsverdeling in de AVG. Kort gezegd komt dit neer op toedeling volgens het adagium 'de vervuiler betaalt'. Dit volgt ook uit de AVG. Een verwerkingsverantwoordelijke is aansprakelijk, tenzij de verwerker niet heeft voldaan aan de specifiek tot verwerkers gerichte verplichtingen van de AVG/Richtlijn gegevensbescherming politie en justitie, of buiten, dan wel in strijd met, de rechtmatige instructies van de verwerkingsverantwoordelijke heeft gehandeld (doorgaans vastgelegd in een verwerkersovereenkomst). Maximeren van aansprakelijkheid van verwerkers zou afbreuk doen aan het met de AVG beoogde doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctioneren van onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens. Mede daarom bepaalt lid 4 dat de in de leden 2 en 3 van artikel 26 ARBIT-2022 opgenomen beperkingen van aansprakelijkheid komen te vervallen bij schade door privacyschendingen.'

- 3.12. Ondernemer heeft op 10 juni 2024 en op 5 augustus 2024 (aangevuld op 16 augustus 2024) een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder ten aanzien van beide aanbestedingen.
- 3.13. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft per brief van 21 juni 2024, respectievelijk 20 augustus 2024 de klachten van ondernemer ongegrond verklaard.
- 3.14. Ondernemer heeft op 26 augustus 2024 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.15. Aanbesteder heeft op 13 september 2024 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klachten inhoudelijk gereageerd.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

Standpunten ondernemer

- 4.1. Ondernemer stelt kort gezegd dat aanbesteder raamovereenkomsten met disproportionele voorwaarden aanbesteedt. Daarbij spitst hij zijn klacht toe op de verplichting die op hem rust tot het sluiten van een verwerkersovereenkomst en de op hem rustende verantwoordelijkheid ervoor te zorgen dat vendors een subverwerkersovereenkomst met hem sluiten. Omdat ondernemer niet of nauwelijks persoonsgegevens verwerkt en bovendien geen invloed heeft op de

verwerking van persoonsgegevens door de vendor, acht ondernemer de ongelimiteerde aansprakelijkheid voor schending van wet- en regelgeving op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens disproportioneel.

- 4.2. Ondernemer onderbouwt zijn klacht als volgt.

Verplicht sluiten verwerkersovereenkomst disproportioneel

- 4.3. Ondernemer stelt dat aanbesteder in strijd met voorschrift 3.9 A een risico bij hem neerlegt, terwijl hij dat niet het beste kan beheersen of beïnvloeden. Volgens ondernemer is de vendor de partij die persoonsgegevens van de Deelnemer/eindgebruiker verwerkt, bijvoorbeeld omdat deze op de cloud van de vendor wordt verwerkt. Ondernemer, als reseller, verwerkt in deze opdracht geen persoonsgegevens omdat hij uitsluitend de softwarelicenties en aanverwante dienstverlening beheert en geen toegang heeft tot de software en/of de servers waarop de persoonsgegevens worden bewaard. Daarmee heeft ondernemer niet of nauwelijks invloed op het naleven van de verwerkersovereenkomst, terwijl hij daartoe tegenover de aanbesteder – als enige – wel is gehouden.

- 4.3.1. Volgens ondernemer kan hij dit risico niet doorleggen naar de vendor, bijvoorbeeld door een subverwerkersovereenkomst te sluiten, omdat de vendors niet bereid zouden zijn dergelijke overeenkomsten te sluiten, althans niet bereid zouden zijn om daarmee – via de resellers – één op één de verwerkersvoorwaarden van de aanbesteder te accepteren. Ondernemer heeft verklaringen van een zevental vendors aan zijn klacht gehecht waaruit dat zou blijken. Ondernemer stelt dat vendors wel, althans eerder, bereid zijn de verwerkersovereenkomst direct met de Deelnemers/eindgebruikers te sluiten omdat zij de uiteindelijke afnemers zijn van wie gegevens worden verwerkt.

- 4.3.2. Ondernemer stelt voorts dat hij het risico evenmin kan mitigeren door uitsluitend software aan te bieden van vendors die wel bereid zijn om (ongewijzigde) subverwerkersovereenkomsten met hem te sluiten. Daarbij wijst ondernemer erop dat hij verplicht is om software van bepaalde vendors aan te bieden. Zo is perceel 1 volledig gericht op software van vendor M. De raamovereenkomst voor perceel 2 bevat de verplichting om 40% van de standaardprogrammatuur producten onder iedere Functiegroep te leveren en tijdens de uitvoering van de raamovereenkomst een offerte in te dienen voor alle producten waarmee is ingeschreven.

- 4.3.3. Daarbij merkt ondernemer op dat aanbesteder zich niet kan verweren met het standpunt dat inschrijvers enkel zouden moeten inschrijven met producten van vendors waarvan inschrijvers zich op voorhand zeker hebben gesteld dat die bereid zijn een subverwerkersovereenkomst te sluiten. Dat uitgangspunt leidt volgens ondernemer namelijk tot een onnodige administratieve belasting aan de zijde van inschrijvers en is volgens hem tijdtechnisch niet mogelijk, hetgeen in strijd is met artikel 1.6 Aw 2012.

Ongelimiteerde aansprakelijkheid disproportioneel

- 4.4. Volgens de ondernemer zijn de contractvoorwaarden ook disproportioneel omdat deze in strijd met voorschrift 3.9 D een aansprakelijkheid van hem verlangen die – ten aanzien van het naleven van de verwerkersovereenkomst – op geen enkele wijze is gelimiteerd. Dat klemt volgens ondernemer te meer omdat hij – zoals hiervoor nader omschreven – stelt (1) geen (volledige) invloed te hebben op de naleving van de verwerkersovereenkomst; (2) dat hij de aansprakelijkheid niet kan doorleggen naar de vendors nu deze niet bereid zijn (ongewijzigde) subverwerkersovereenkomsten met hem te sluiten; en (3) niet (volledig) vrij is om te kiezen van welke vendors hij software aanbiedt. Daarbij merkt ondernemer nog op dat voor zover hij de aansprakelijkheid al kan doorleggen, hij nog steeds het

risico loopt dat een vendor 'niet thuis geeft', bijvoorbeeld bij een faillissement.

Sluiten verwerkersovereenkomst met reseller ongebruikelijk

- 4.5. Ten slotte stelt ondernemer dat onderhavige constructie afwijkt van hetgeen gebruikelijk is bij aanbestede (dan wel buitenlandse aanbesteders). Volgens hem is het gebruikelijk dat aanbestede geen verwerkersovereenkomst sluit met de reseller (omdat e.e.a. voldoende is afgedekt in de licentievoorwaarden die de vendor met de eindklant - i.c. Deelnemer/eindgebruiker - overeenkomt), dan wel dat de eindgebruiker - i.c. Deelnemer/eindgebruiker - rechtstreeks een verwerkersovereenkomst met de vendor sluit.

Standpunten aanbestede

- 4.6. Aanbestede stelt zich op het standpunt dat de door hem gehanteerde voorwaarden niet disproportioneel zijn. Aanbestede onderbouwt dit als volgt.

Onvoldoende bewijs weigering vendors tot sluiten verwerkersovereenkomst

- 4.7. Aanbestede betwist dat sprake is van een situatie waarin ondernemer een onbeheersbaar risico heeft omdat (bepaalde) vendors geen (sub)verwerkersovereenkomst met hem wil sluiten. Aanbestede ziet geen bewijs voor de stelling dat vendors weigerachtig zijn met ondernemer c.q. resellers verwerkersovereenkomsten te sluiten en acht die stelling ook onaannemelijk. Daarbij wijst aanbestede erop dat als vendors wel bereid zijn de dwingend voorgeschreven verwerkersovereenkomst te sluiten met een Deelnemer/eindgebruiker, niet valt in te zien waarom diezelfde voorwaarden niet acceptabel zouden zijn als de reseller als hoofdverwerker optreedt. De door ondernemer overgelegde verklaringen leveren volgens aanbestede onvoldoende bewijs omdat daaruit slechts zou volgen dat bepaalde vendors rechtstreeks met de Deelnemers/eindgebruikers een verwerkersovereenkomst willen sluiten. Dat is volgens aanbestede nog geen bewijs dat de vendors in een concreet geval ook daadwerkelijk zullen weigeren een overeenkomst met de reseller te sluiten.

Inschrijvers niet verplicht alle producten aan te bieden

- 4.8. Voor zover een vendor wel weigerachtig is een subverwerkersovereenkomst te sluiten, kan ondernemer volgens aanbestede kiezen het product van een andere vendor aan te bieden. Voor zover dat bij perceel 1 niet mogelijk is omdat daarin uitsluitend vendor M is voorgeschreven, wijst aanbestede erop dat het ondernemer vrij staat al dan niet in te schrijven op perceel 1. Volgens aanbestede heeft ondernemer bij beide aanbesteding ook geen inschrijving ingediend voor perceel 1. Ten aanzien van de merkgerichte uitvragen binnen perceel 2 wijst aanbestede erop dat productgerichte uitvragen veelal verband houden met de uitbreiding van eerder aangeschafte producten en/of diensten. Volgens de aanbestede zal in de regel daarbij vanzelfsprekend worden aangesloten bij bestaande verwerkersafspraken.

Aansprakelijkheid is niet onbeperkt

- 4.9. Aanbestede betwist voorts dat hij een onbeperkte aansprakelijkheid bij ondernemer neerlegt. Aanbestede wijst erop dat de toepasselijke ARBIT 2022 de aansprakelijkheid van ondernemer juist beperkt en dat er alleen in uitzonderingsgevallen een onbeperkte aansprakelijkheid geldt, zoals bij schending van wet- en regelgeving op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens of handelen in strijd met de rechtmatige instructies van de verwerkingsverantwoordelijke. Dat betreft volgens aanbestede een beperkte categorie schades.

- 4.9.1. De aansprakelijkheid die ondernemer moet aanvaarden, kan hij volgens aanbesteder doorleggen naar de vendors. Voor zover vendors daartoe niet bereid zouden zijn, kan ondernemer besluiten om het betreffende product/dienst niet aan te bieden of bijvoorbeeld zelf in te staan voor de rechtmatige verwerking van persoonsgegevens. Het risico dat een vendor mogelijk geen verhaal biedt (zoals bij een faillissement) is voor aanbesteder juist een extra motivatie om de beklagde constructie te behouden. Daarmee wil aanbesteder voorkomen dat resellers producten aanbieden van vendors die op het punt staan failliet te worden verklaard.

Gebruikelijkheid voorwaarden niet relevant

- 4.10. Ten aanzien van de stelling van ondernemer dat de constructie in deze aanbesteding niet gebruikelijk is, merkt aanbesteder ten slotte op dat hij er mee bekend is dat er in het verleden wel is gekozen voor minicompetities gevolgd door het sluiten van een verwerkersovereenkomst tussen een Deelnemer en de desbetreffende vendor. Echter, het feit dat aanbesteder en Deelnemers/eindgebruikers in het verleden – onder andere omstandigheden en voorwaarden – een bepaalde keus hebben gemaakt, dwingt hen volgens aanbesteder nog niet om in toekomstige aanbestedingen en tot in lengte van dagen dezelfde keuze te maken.

5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een Europese openbare aanbesteding heeft georganiseerd voor de levering van standaardprogrammatuur en de daaraan gerelateerde dienstverlening. Op de procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en daarmee tevens de Gids Proportionaliteit (derde herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).
- 5.2. De Commissie acht de voorwaarde dat ondernemer rechtstreeks en uitsluitend met de Deelnemers/eindgebruikers verwerkersovereenkomsten moet sluiten disproportioneel. Ondernemer wordt onbepaald aansprakelijk voor schendingen van wet- en regelgeving op het terrein van persoonsgegevens, indien sprake is van verwerking van persoonsgegevens – ook indien ondernemer geen toegang heeft tot de persoonsgegevens en daarop geen invloed kan uitoefenen. De Commissie acht de klacht daarom **gegrond**.

Toetsingskader

- 5.3. Volgens voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit moeten aanbestedende diensten elk risico alloceren bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.
- 5.4. Volgens voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit mogen aanbesteders geen aansprakelijkheid verlangen die op geen enkele manier gelimiteerd is.

Beoordeling

- 5.5. De Commissie begrijpt dat ondernemer klaagt dat aanbesteder, met de door hem in onderhavige aanbesteding gehanteerde voorwaarden, is afgeweken van beide voorschriften en daarvoor geen toereikende motivering heeft aangedragen.

Verplichting resellers tot sluiten verwerkersovereenkomst

- 5.6. Op grond van het bepaalde in paragraaf 5.4.5 Beschrijvend Document en artikelen 2.8 en 3.8 van respectievelijk de formats productgerichte en functionele uitvraag, gelezen in het licht van de door aanbesteder gegeven antwoorden op vragen 48 en 202 van de eerste nota van inlichtingen en 42 van de tweede nota van inlichtingen, rust op ondernemer de verplichting verwerkersovereenkomsten te sluiten met Deelnemers/eindgebruikers, indien hij producten levert waarbij persoonsgegevens worden verwerkt die afkomstig zijn van een Deelnemer/eindgebruiker, ook indien ondernemer zelf geen toegang heeft tot de persoonsgegevens. Bovendien is ondernemer in die gevallen verantwoordelijk voor ondertekening van een subverwerkersovereenkomst door de vendor.
- 5.7. De Commissie overweegt dat aanbesteder niet betwist dat ondernemer het risico van het niet naleven van een verwerkersovereenkomst niet of nauwelijks kan beheersen, in de gevallen waarin ondernemer geen toegang heeft tot de persoonsgegevens en de vendor persoonsgegevens van de Deelnemer/eindgebruiker verwerkt.
- 5.7.1. Aanbesteder stelt zich echter op het standpunt dat hij niet in een betere positie verkeert dan ondernemer ten opzichte van vendors voor het sluiten van een verwerkersovereenkomst. Aanbesteder ziet niet in waarom vendors wel bereid zouden zijn een verwerkersovereenkomst te sluiten met een Deelnemer, maar niet bereid zouden zijn exact dezelfde verwerkersovereenkomst te sluiten met een reseller, zoals ondernemer. De ondernemer en de Deelnemer/eindgebruiker zouden volgens die stelling op gelijke voet staan ten aanzien van beheersing van het risico op schending van wet- en regelgeving op het terrein van persoonsgegevens. Met de risico-allocatie bij ondernemer zou aanbesteder daarom, naar eigen zeggen, niet afwijken van voorschrift 3.9 A.
- 5.7.2. Dat vendors bereid zijn rechtstreeks verwerkersovereenkomsten te sluiten met een Deelnemer, acht de Commissie eerder een aanwijzing dat aanbesteder en de Deelnemers/eindgebruikers het risico op schending van wet- en regelgeving op het terrein van persoonsgegevens het beste kunnen beheersen, dan een aanwijzing dat ondernemer en Deelnemers/eindgebruikers op dit punt op gelijke voet staan.
- 5.7.3. De Commissie volgt aanbesteder niet in zijn stelling dat ondernemer en de Deelnemers/eindgebruikers op gelijke voet staan ten aanzien van beheersing van het risico op schending van wet- en regelgeving op het terrein van persoonsgegevens. Het lijkt daarom ook niet aannemelijk dat vendors evenzeer bereid zijn een verwerkersovereenkomst te sluiten met de ondernemer als met de Deelnemers/eindgebruikers. De positie van Deelnemers/eindgebruikers en resellers zijn daarvoor te verschillend. Zo blijkt uit de door ondernemer overgelegde verklaringen van vendors dat zij allen als vertrekpunt nemen dat een verwerkersovereenkomst dient te worden gesloten tussen de partij waarvan de persoonsgegevens afkomstig zijn (de Deelnemer/eindgebruiker) en de partij die de persoonsgegevens verwerkt (de vendor). Of de geconsulteerde vendors daarmee verklaren dat zij in alle gevallen weigerachtig zijn (sub)verwerkersovereenkomsten te sluiten in het kader van de uitvoering van de raamovereenkomst, kan in het midden blijven. In ieder geval staat vast dat het voor ondernemer onzeker is of een vendor bereid zal zijn een (sub)verwerkersovereenkomst te sluiten, terwijl hij bij inschrijving de verantwoordelijkheid op zich moet nemen dat de vendors die hij inschakelt de (sub)verwerkersovereenkomst zullen tekenen.
- 5.7.4. Door van een reseller te verlangen dat hij een verwerkersovereenkomst sluit met

Deelnemers/eindgebruikers in gevallen waarin de ondernemer geen toegang heeft tot de persoonsgegevens en persoonsgegevens uitsluitend door de vendors worden verwerkt, alloceert aanbesteder dus een risico bij de ondernemer, dat hijzelf beter kan beheersen. Daarmee wijkt aanbesteder af van het bepaalde in voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit.

Motivering afwijking voorschrift 3.9 A

- 5.8. Aanbesteder heeft deze afwijking gemotiveerd met de stelling dat de bedoeling nu juist is een overeenkomst te sluiten met een ondernemer die voor eigen rekening en risico producten van vendors aanbiedt en niet met een bemiddelaar. Een overeenkomst met een reseller onder voorwaarden die gelden voor alle offertes is aanzienlijk minder complex dan verschillende overeenkomsten met verschillende vendors onder uiteenlopende licentievoorwaarden. Bovendien verschillen de in een concreet geval te maken verwerkersafspraken te zeer per uitvraag, volgens aanbesteder.
- 5.9. De Commissie overweegt dat deze motivering de afwijking niet kan dragen. Hoewel de Commissie begrijpt dat het voor aanbesteder in verschillende opzichten voordelig kan zijn verwerkersafspraken te maken met een reseller, zodat hij geen of minder rekening hoeft te houden met uiteenlopende licentievoorwaarden, acht de Commissie dat een te eenzijdige motivering voor de afwijking. Aanbesteder lijkt zich onvoldoende te hebben verdiept in de risico's en overige gevolgen voor ondernemer die het verplicht sluiten van een verwerkersovereenkomst met zich meebrengt in de gevallen dat ondernemer geen toegang heeft tot de betreffende persoonsgegevens. Bovendien bevat de motivering geen rechtvaardiging voor het bij de ondernemer leggen van de verantwoordelijkheid voor ondertekening van een subverwerkersovereenkomst door een vendor.

Subverwerkersovereenkomst heelt disproportionaliteit niet

- 5.10. De omstandigheid dat een aantal vendors mogelijk wel bereid is subverwerkersovereenkomsten te sluiten met ondernemer – wat niet lijkt te volgen uit de door ondernemer verstrekte verklaringen –, maakt niet dat het risico op schendingen op het terrein van persoonsgegevens het best door ondernemer kan worden beheerst. Hooguit ondervindt ondernemer in dergelijke gevallen geen nadelige gevolgen van de verplichting een verwerkersovereenkomst te sluiten. Daarmee is de disproportionaliteit van de voorwaarde zelf niet verholpen, maar zijn alleen de nadelige gevolgen van de disproportionaliteit voor ondernemer beperkt.

Niet inschrijven of inschrijven met beperkt aantal vendors is geen alternatief

- 5.11. De suggestie van aanbesteder uitsluitend in te schrijven met vendors waarmee ondernemer (zeker) een subverwerkersovereenkomst kan sluiten, vormt evenmin een alternatief voor de disproporcionele voorwaarden.
- 5.11.1. Ondernemer merkt terecht op dat het vooraf verkrijgen van die zekerheid een administratieve belasting oplevert die mogelijk in strijd is met artikel 1.6 Aw 2012, voor zover de gewenste zekerheid al zou kunnen worden verkregen.
- 5.11.2. Voorts is het zeer de vraag of voldoende vendors bereid zijn op voorhand de zekerheid te geven dat zij een (sub)verwerkersovereenkomst zullen sluiten (zie ov. 5.7.3 bovenstaand). Dat geldt temeer omdat inschrijvers ten minste 40% van de

producten per Functiegroep moeten aanbieden, waarvoor een 100% offerteplicht bestaat tijdens de uitvoering van de raamovereenkomst. Bovendien lijkt uit het door aanbesteder op vraag 50 bij tweede nota van inlichtingen gegeven antwoord te volgen dat opdrachtnemers/resellers tijdens de uitvoering van de raamovereenkomst een 80% offerteplicht hebben voor de totale uitvragen, ongeacht of deze zien op producten die zij in hun inschrijving hebben aangeboden. Dat betekent dat ondernemer een groot aantal vendors moet raadplegen als hij op voorhand wil vaststellen welke vendors bereid zijn een (sub)verwerkersovereenkomst te sluiten. Bovendien kan zich bij uitvoering van de raamovereenkomst dan alsnog de situatie voordoen dat ondernemer een offerte in moet dienen van een vendor die niet bereid is de vereiste (sub)verwerkersovereenkomst te sluiten.

- 5.11.3. Terzijde merkt de Commissie op dat de concurrentiestelling die aanbesteder wenst te bereiken met deze offerteverplichtingen, wordt belemmerd door de verantwoordelijkheid voor het sluiten van (sub)verwerkersovereenkomsten met vendors bij de opdrachtnemers/resellers te leggen. Indien een opdrachtnemer/reseller niet slaagt in het laten ondertekenen van een (sub)verwerkersovereenkomst door een vendor, kan hij niet aan zijn offerteplicht voldoen.
- 5.11.4. Het door aanbesteder geboden alternatief (niet of met een beperkt aantal vendors inschrijven), doet dan ook geen afbreuk aan de disproportionaliteit van de gestelde voorwaarde.

Onbeperkte aansprakelijkheid voor schendingen inzake persoonsgegevens

- 5.12. Naar het oordeel van de Commissie wijkt aanbesteder eveneens af van voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit. De samenhang van de gestelde voorwaarden is daarbij van belang: aanbesteder alloceert een risico bij ondernemer dat hij niet kan beheersen en bedingt een onbeperkte aansprakelijkheid van ondernemer indien dat risico zich manifesteert. Weliswaar heeft aanbesteder de aansprakelijkheid van ondernemer op verschillende onderdelen beperkt, maar juist ten aanzien van dit voor ondernemer niet of nauwelijks te beheersen aspect is zijn aansprakelijkheid onbeperkt.

Motivering afwijking voorschrift 3.9 D

- 5.13. Aanbesteder stelt dat ondernemer ervoor kan kiezen alleen in te schrijven met producten van vendors waarmee hij een subverwerkersovereenkomst heeft gesloten of kan sluiten. De Commissie overweegt dat het voor de ondernemer onzeker is of dat in alle gevallen mogelijk is. Daarbij oordeelt de Commissie dat de eventuele mogelijkheid een onbeperkte aansprakelijkheid door te leggen, niet afdoet aan de omstandigheid dat er in afwijking van voorschrift 3.9 D een onbeperkte vorm van aansprakelijkheid tussen aanbesteder en ondernemer geldt. De eventuele mogelijkheid de aansprakelijkheid door te leggen kan in ieder geval niet worden aangedragen als deugdelijke motivering voor deze afwijking van voorschrift 3.9 D.
- 5.14. Aanbesteder stelt voorts dat het risico van onvoldoende verhaal van een vendor, bijvoorbeeld in het geval van een faillissement, reden vormt voor het hanteren van deze voorwaarden. Ondernemer zou door de onbeperkte aansprakelijkheid worden gestimuleerd geen producten aan te bieden van vendors waarvan faillissement dreigt. De Commissie begrijpt weliswaar dat aanbesteder wil voorkomen dat hij wordt geconfronteerd met producten van vendors die failliet dreigen te gaan, maar acht het verlangen van onbeperkte aansprakelijkheid een disproportioneel middel

voor het bereiken van dat doel. Ook ondernemer kan niet voorspellen welke partijen in de toekomst met problemen als een faillissement te maken krijgen, zeker bij lang lopende overeenkomsten. Aanbesteder heeft althans onvoldoende toegelicht waarom ondernemer daar beter zicht op zou hebben dan de Deelnemers/eindgebruikers en aanbesteder zelf. Ook lijken andere, minder zware middelen dan onbeperkte aansprakelijkheid denkbaar voor het bereiken van hetzelfde doel. De Commissie acht ook op dit punt de motivering eenzijdig. Aanbesteder lijkt zich onvoldoende te hebben verdiept in de risico's en overige gevolgen voor ondernemer die de verplicht te sluiten verwerkersovereenkomst in combinatie met de onbeperkte aansprakelijkheid voor schendingen van wet- en regelgeving op het terrein van het verwerken van persoonsgegevens met zich meebrengt in de gevallen dat ondernemer geen toegang heeft tot de betreffende persoonsgegevens en geen invloed kan uitoefenen op de verwerking daarvan.

Geen deugdelijke motivering voor afwijking voorschriften 3.9 A en 3.9 D

- 5.15. De Commissie oordeelt dat aanbesteder afwijkt van voorschriften 3.9 A en 3.9 D Gids Proportionaliteit met het stellen van de voorwaarde dat ondernemer een verwerkersovereenkomst moet sluiten met de Deelnemers/eindgebruikers, ook indien hij geen toegang heeft tot persoonsgegevens en hij geen invloed kan uitoefenen op de verwerking van de persoonsgegevens en onder die omstandigheden onbeperkt aansprakelijk kan zijn voor schendingen van wet- en regelgeving op het terrein van de verwerking van persoonsgegevens. De door aanbesteder gegeven motivering voor het hanteren van deze voorwaarde, vormt naar het oordeel van de Commissie geen (deugdelijke) motivering voor de afwijking van voornoemde voorschriften. De Commissie acht de gestelde voorwaarde dat ondernemer een verwerkersovereenkomst moet sluiten met de Deelnemers/eindgebruikers daarmee disproportioneel en verklaart de klacht **gegrond**.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. D. Versteeg.

Omdat het hem vanwege conflicterende belangen niet vrijstond, is commissielid mr. dr. A.J. van Heeswijck niet betrokken geweest bij de behandeling van deze klacht.

Den Haag, 4 oktober 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter