

Handelingsadvies Derdenprogrammatuur

Aanleiding

In de praktijk blijkt er vaak onduidelijkheid te bestaan over de volgende punten:

- Wat kan precies als derdenprogrammatuur worden aangemerkt?
- Welke specifieke voorwaarden hieromtrent zijn opgenomen in de GIBIT?
- Welke risico's loopt de gemeente bij derdenprogrammatuur?
- Wat kan ik bij de aanbesteding al uitvragen om onduidelijkheden te voorkomen?

Gemeenten staan daarbij voor de vraag aan welke vereisten leveranciers moeten voldoen wanneer zij derdenprogrammatuur aanbieden of gebruiken. Dit is van groot belang, niet alleen vanuit financieel oogpunt, maar ook met betrekking tot de (juridische) risico's die gemeenten lopen. Het maken van bewuste keuzes bij de inkoop van software die deels bestaat uit derdenprogrammatuur helpt om risico's te beperken en zorgt daarmee voor een verantwoorde inzet van ICT-middelen.

Inleiding

Een ICT-oplossing kan geheel of gedeeltelijk bestaan uit derdenprogrammatuur. In de GIBIT zijn specifieke regelingen opgenomen voor derdenprogrammatuur. Wat wordt bedoeld met derdenprogrammatuur?

Derdenprogrammatuur

“Van derdenprogrammatuur is sprake wanneer de programmatuur afkomstig is van externe leveranciers die niet verbonden zijn aan de hoofdleverancier en waarover de hoofdleverancier geen invloed heeft op de ontwikkeling.”

Dit kan bijvoorbeeld programmatuur zijn van leveranciers zoals Microsoft, Oracle, Adobe, Google, IBM, HP, SAP, etc. Ook bepaalde open-source software kan onder deze definitie vallen. In dit handelingsadvies vindt u nadere informatie over de afwijkende regelingen die van toepassing zijn en hoe deze in de praktijk moeten worden gehanteerd.

Samenvattend handelingsadvies voor gemeenten

Toelichting derdenprogrammatuur in de GIBIT en derdenapparatuur

Derdenprogrammatuur kan onder vier invloedsferen vallen.

1. Het kan zijn dat alleen de afnemer invloed heeft op de derdenprogrammatuur.
2. Alleen de leverancier heeft invloed op de derdenprogrammatuur.
3. Het kan zijn dat beide partijen invloed hebben op de derdenprogrammatuur.
4. Of zowel de afnemer als de leverancier hebben geen invloed op de derdenprogrammatuur.

In de GIBIT worden maatregelen getroffen voor derdenprogrammatuur in deze vierde categorie.

Maatregelen in de GIBIT gaan dus over *de situatie waarbij noch de afnemer (gemeente) noch de leverancier invloed hebben op de kwaliteit of functionaliteit van de derdenprogrammatuur, noch op de voorwaarden waaronder deze derdenprogrammatuur op de markt wordt gebracht*. Het GIBIT-artikel hierover is nauw verbonden met de wettelijke regeling rondom auteursrecht, die onder meer bepaalt dat het exclusieve recht bij de rechthebbende ligt om te beslissen of en onder welke voorwaarden software op de markt komt en mag worden gebruikt.

Om diezelfde reden is *Derdenapparatuur* uitdrukkelijk uitgesloten van de regeling. Er gelden immers voor fysieke zaken, zoals hardware, andere wettelijke regimes. Voor fysieke goederen, zoals hardware, geldt de vrijheid om deze te gebruiken en door te verkopen, een vrijheid die niet van toepassing is op software. Bovendien kan een verkoper van gebrekkige fysieke zaken de toeleverancier juridisch aanspreken, wat bij software niet mogelijk is vanwege de specifieke rechten die met software samenhangen, zoals het auteursrecht.

GIBIT 2023 artikel 22

Een Leverancier kan alleen aanspraak maken op de regeling in art. 22 GIBIT 2023, in geval er in het aanbod van de Leverancier aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- i. specificeren welk deel van de ICT Prestatie daaruit bestaat;*
- ii. de eventueel toepasselijke (licentie- en onderhouds)voorwaarden ter beschikking stellen;*
- iii. slechts indien dit verzocht is: specificeren in hoeverre het mogelijk is de betreffende Derdenprogrammatuur elders te betrekken en in hoeverre de keuze daartoe over te gaan consequenties heeft voor het aanbod van Leverancier;*
- iv. voor zover er sprake is van afhankelijkheid tussen de Derdenprogrammatuur en de overige delen van de ICT Prestatie, duidelijk kenbaar maken waar die afhankelijkheid in is gelegen en welke effecten die afhankelijkheid heeft voor (de kwaliteit van) de door Leverancier te verlenen ICT Prestatie.*

Advies

Wij adviseren om bij het inkopen van een ICT Prestatie de volgende punten mee te nemen:

- Verzoek in de aanvraag aan de Leverancier(s) om te aan de genoemde eisen in de GIBIT te voldoen in het aanbod;
- Onderzoek de TCO (Total cost of ownership). Wanneer het aanbod van een Leverancier bestaat uit Derdenprogrammatuur, gelden voor dit onderdeel van het aanbod afwijkende voorwaarden. Hierdoor hebt u als Opdrachtgever minder grip op de kosten van dit deel van de ICT Prestatie. Houdt hiermee rekening bij het vergelijken van de aanbiedingen. Wanneer de Leverancier een prijsstijging voorziet, moet hij dit melden;
- Houd de prijsindexatie in de gaten. Artikel 11 zegt over derdenprogrammatuur het volgende:
 - *11.9: een aantoonbare prijsstijging van Derdenprogrammatuur kan doorbelast worden, mits die bij het sluiten van de Overeenkomst nog niet voorzienbaar was.*
 - *11.9: Indien de prijzen van Derdenprogrammatuur gedurende de looptijd van de Overeenkomst dalen, zal Leverancier voor Derdenprogrammatuur steeds slechts de actuele (verlaagde) prijs in rekening brengen.*

- *11.10: In geval de totale kosten van de ICT Prestatie met meer dan 10% stijgen door een kostenstijging en dit was niet voorzienbaar voor Leverancier en niet toerekenbaar aan zijn handelen, zal Leverancier Opdrachtgever hierover informeren.*
Ongeacht of sprake is van derdenprogrammatuur of niet. Dit zijn uitzonderlijke situaties. Informeer altijd VNG en overleg met andere gemeentelijke klanten van deze Leverancier.
- Let op hostingkosten tijdens de implementatie. Deze zijn soms onterecht.
- Let op de facturatie: voor derdenprogrammatuur is 100% verschuldigd bij levering.

Tips

- Vraag onderscheid tussen indexatie van de dienst en prijsverhogingen van derdenprogrammatuur om te voorkomen dat prijsverhogingen van derdenprogrammatuur onterecht ook een extra prijsverhoging met zich meebrengen als gevolg van de prijsindexatie voor de niet derdenprogrammatuur.
- Blijf scherp. Zie toe welke programmatuur derdenprogrammatuur is en in welke invloedssfeer wat ligt.
- Let op het belang van leverancier. Heeft hij een incentive om zijn best te doen voor afnemers om de prijs van derdenprogrammatuur laag te houden? Hier kan een procesafpraak over worden gemaakt bij aanvang van het contract.
- Juridisch is een interessante vraag of een software reseller / broker / serviceprovicer gerechtigd is om het aanbod als derdenprogrammatuur te 'verkopen'. Dit lijkt onwenselijk. We gaan hier nade op in bij het webinar 'Softwarebrokers'.
- Er mag altijd aan de Leverancier bewijslast worden gevraagd om de verhoging of verlaging van derdenprogrammatuur te onderbouwen?
 - Controlerecht: 25.1

Meer informatie

Als u vragen heeft over dit advies, kunt u contact opnemen met GIBIT@vng.nl of uw vragen stellen op het GIBIT-forum.