

Aanbesteding: Microsoft licenties
Aanbestedende Dienst: Gemeente Krimpenerwaard
Referentie: 447

Toelichting:

Ref.nr. **Onderwerp:**
1 CPS

Vraag:

Om een level playing field te creëren, verzoekt inschrijver toestemming van aanbestedende dienst om de CPS (Customer Price Sheet) bij Microsoft op te vragen. Hierop staan alle gemaakte (prijs)afspraken bij aanvang van het contract. Het is cruciaal voor inschrijver om over deze informatie te beschikken teneinde een concurrerende aanbidding te doen. Graag uw akkoord.

Antwoord:

Zoals in hoofdstuk 3.2 van het Programma van Eisen is beschreven, geeft de gemeente expliciet toestemming aan potentiële inschrijvers om de gegevens van de huidige Microsoft ESA / ESE – overeenkomst bij Microsoft op te vragen en te gebruiken in deze aanbesteding.

De gemeente is niet bekend met de door de vragensteller beschreven ‘CPS’, maar indien de CPS ook deel uit maakt van de gegevens van de huidige Microsoft ESA / ESE – overeenkomst, dan is de gevraagde toestemming al gegeven.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Inhoud

Ref.nr. **Onderwerp:**
2 Wijziging van reseller

Vraag:

Kan de aanbestedende dienst bevestigen dat indien gunning plaatsvindt aan inschrijver, dat huidige partij ook meewerkt aan een versnelde wijzigingsprocedure, te weten de Early Change of Channelpartner procedure?

Antwoord:

Nee, de aanbestedende dienst kan niet bevestigen dat huidige partij meewerkt aan een eventuele versnelde wijzigingsprocedure. Een eventuele versnelde wijzigingsprocedure is immers contractueel ook niet overeengekomen.

Zoals in hoofdstuk 4.3 van het Programma van Eisen is vermeld, vindt de wijziging van reseller door deze wijzigingsprocedure concreet plaats per 1

mei 2021.

Beantwoord op: 29-10-2020
Label: Proces

Ref.nr. **Onderwerp:**
3 Contractontwikkelingen

Vraag:

Hoe ziet de roadmap van aanbestedende dienst eruit tot en met 31 december 2023 met betrekking tot het implementeren en adopteren van aanvullende Microsoft-technologieën binnen het in scope zijnde Microsoft-contract? Graag uw uitgebreide en onderbouwde reactie.

Antwoord:

De gemeente heeft momenteel binnen de Microsoft ESA / ESE – overeenkomst geen concrete plannen en/of andere toekomstige behoeftes dan de op het Inschrijvingsbiljet (zie bijlage 4 van de Aanbestedingsleidraad) genoemde Microsoft licenties.

Beantwoord op: 29-10-2020
Label: Inhoud

Ref.nr. **Onderwerp:**
4 Inschrijvingsbiljet

Vraag:

Uw inschrijvingsbiljet geeft gelegenheid tot het doen van manipulatieve inschrijvingen. Inschrijver verzoekt u nadrukkelijk om inschrijvers van een prijzenblad in Excel-formaat te voorzien, waarbij de formules reeds ingevuld zijn op basis van beveiligde velden, waarbij inschrijvers enkel de eenheidsprijs per stuk per jaar dienen in te vullen en het BTW-percentage.

Graag uw akkoord.

Antwoord:

Nee. De aanbestedende dienst gaat immers niet mee in de veronderstelling dat het Inschrijvingsbiljet, met zijn duidelijke, te controleren, rekenformules, gelegenheid geeft tot het doen van manipulatieve inschrijvingen, ziet niet in waarom een Excel-formaat dat zou (kunnen) tegen gaan, wijst op het bepaalde in hoofdstuk 1.17 van de Aanbestedingsleidraad, en stelt dus geen prijzenblad in Excel-formaat beschikbaar.

Beantwoord op: 29-10-2020
Label: Proces

Ref.nr.
5

Onderwerp:
Verlengopties

Vraag:

Kan aanbestedende dienst bevestigen dat indien de verlengingsoptie "Standaard Microsoft verlengoptie van 3 jaar" wordt gelicht, prijzen dienen te worden gehanteerd vanuit de dan geldende Microsoft-prijslijst?

Graag uw akkoord.

Antwoord:

Nee, dat kan de gemeente/aanbestedende dienst niet zelf bevestigen. In hoofdstuk 3 sub b van de huidige Microsoft ESA / ESE – overeenkomst staat immers onder meer vermeld:
‘[...] Prijsniveaus en prijzen die door Microsoft die aan de Reseller in rekening worden gebracht, worden aan het begin van de verlengingstermijn opnieuw vastgesteld. Indien de Geregistreeerde Gelieerde Onderneming tijdens de toepasselijke initiële looptijd of verlengingstermijn in aanmerking komt voor een ander prijsniveau, kan Microsoft naar eigen inzicht een nieuw prijsniveau vaststellen voor toekomstige nieuwe bestellingen, ofwel op verzoek van de Geregistreeerde Gelieerde Onderneming ofwel op eigen initiatief. [...]’

Volgens ons is dus thans onbekend, wat ‘de dan geldende Microsoft-prijslijst’ uit de vraag betekent, waardoor wij de vraag negatief moeten beantwoorden.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Inhoud

Ref.nr.
6

Onderwerp:
PvE, Eis 3.3

Vraag:

De onderhavige overeenkomst met de reseller kan door Opdrachtgever worden verlengd. Een verlenging van een overeenkomst moet door alle betrokken partijen geaccepteerd worden. Er dient immers wilsovereenstemming tussen de betrokken partijen te zijn. Gegadigde verzoekt de aanbestedende dienst om Eis 3.3 aan te vullen met dat Opdrachtnemer eveneens dient in te stemmen (wederzijdse instemming) met de ingeroepen mogelijkheid tot verlenging van de overeenkomst.

Antwoord:

Wij gaan niet mee in het verzoek. In de huidige Microsoft ESA / ESE – overeenkomst zijn, zoals vermeld in hoofdstuk 3.3 van het Programma van

Eisen (PvE), tussen Microsoft en de gemeente verlengopties overeengekomen.

Zoals vermeld in hoofdstuk 4.2 van het PvE is de looptijd van de overeenkomst met de reseller automatisch gekoppeld aan de initiële looptijd van de Microsoft ESA/ESE-overeenkomst tot 1 januari 2023 en de daaraan gekoppelde overeengekomen verlengopties.

Door inschrijving stemt iedere inschrijver in met deze bepaling. De gemeente heeft immers niet de behoefte om bij toepassing van de verlengopties op zoek te moeten gaan naar een nieuwe reseller.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Contract

Ref.nr.

7

Onderwerp:

Artikel 32.1 & 32.2 GIBIT

Vraag:

De aanschaf van het gebruiksrecht op een licentie geeft geen recht op de broncode van de software. Gegadigde is geen eigenaar van de broncode. De software fabrikant is eigenaar van de broncode en de rechten en plichten die daarmee gepaard gaan. De broncode omvat de verzameling van alle door de software fabrikant geschreven computercodes voor het desbetreffende product. Derhalve kan gegadigde nimmer aan de omschreven Escrow verplichting voldoen. Graag verzoeken wij u dit artikel buiten toepassing te verklaren.

Antwoord:

In artikel 32.2 GIBIT wordt ‘data-escrow’ genoemd in relatie tot (de) ‘Hosting’ genoemd in artikel 32.1 GIBIT.

Bij onderhavige opdracht, zie hoofdstuk 2 van het Programma van Eisen, is geen sprake van ‘Hosting’, dus artikel 32 GIBIT vindt geen toepassing.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Contract

Ref.nr.

8

Onderwerp:

Artikel 15.4 GIBIT

Vraag:

Het hanteren van een boeteclausule naast een aansprakelijkheidsclausule voldoet niet aan het proportionaliteitsvereiste van artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012 en is als zodanig disproportioneel te noemen. Het hanteren van een boeteclausule naast een aansprakelijkheidsclausule resulteert namelijk in een onevenredig risico voor de winnende Inschrijver bij de uitvoering van deze overeenkomst. Daarnaast is een boeteclausule in

welke hoedanigheid dan ook niet wenselijk voor een prettige en strategische samenwerking tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver. Wij willen u dan ook graag wijzen op de inhoud van artikel 3.9d uit de Gids Proportionaliteit. Daarbij is de boete verschuldigd zonder dat in rechte vast is komen te staan dat gegadigde daadwerkelijk een geheimhoudingsbepaling heeft geschonden. Immers, niet iedere vermeende schending van de geheimhoudingsbepaling is aan gegadigde te wijten. Wij willen u verzoeken u om artikel 15.4 van de GIBIT te laten vervallen. Indien de aanbestedende dienst deze bepalingen niet buiten toepassing verklaart, verzoekt gegadigde om een toelichting.

Antwoord:

Wij zijn het niet helemaal eens met de vragensteller. Een boete is immers niet per definitie disproportioneel (te noemen). Wij wijzen bijvoorbeeld op het bepaalde in artikel 6: 92 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW).

We zijn echter bereid om bij het (onverhoopt) schenden van de geheimhoudingsverplichting (slechts) terug te vallen op het BW zonder boetebeding, waardoor artikel 15.4 GIBIT vervalt.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Contract

Ref.nr.

9

Onderwerp:

Artikel 13.4 GIBIT

Vraag:

In de laatste zin van artikel 13.4 GIBIT is opgenomen dat ten aanzien van de vrijwaring de beperking van aansprakelijkheid niet van toepassing is. Dit achter wij onredelijk, daar de beperking van aansprakelijkheid verband houdt met onze tarieven, verzekeringspremies etc. Een onbeperkte aansprakelijkheid is onverzekerbaar en/of zou leiden tot exorbitant hoge premies. Derhalve verzoeken wij u om in deze laatste zin het woord "niet" te verwijderen. Indien u niet hier mee kunt instemmen, vragen wij om een toelichting?

Antwoord:

Nee. Het artikel zoals vastgelegd in de GIBIT, en (overigens) nader toegelicht middels de daarop betrekking hebbende (algemeen bekende en tot de GIBIT behorende) 'GIBIT - Artikelgewijze toelichting', is naar de mening van Opdrachtgever duidelijk, praktisch werkbaar en redelijk en billijk. Het is niet nodig en niet wenselijk om op dit onderdeel af te wijken van de GIBIT.

Het gaat in kwestie overigens om 'toerekenbare tekortkomingen van Leverancier'. Een zorgvuldig handelend opdrachtnemer/Leverancier zal het zover niet laten komen. Verder heeft Opdrachtgever geen invloed op door

een 'overheidstoezichthouder' op te leggen boetes, dus om daar een beperking bij voorbaat te laten gelden, is niet redelijk voor Opdrachtgever.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Contract

Ref.nr.

10

Onderwerp:

Artikel 13.2 GIBIT

Vraag:

De mogelijke aansprakelijkheid wordt beperkt in artikel 13.2. Echter, wordt de aansprakelijkheid (i) slechts beperkt per gebeurtenis, de maximale aansprakelijkheid voor meerdere gebeurtenissen is niet vastgelegd en (ii) is de omvang van dit bedrag, met het oog op de aard en omvang van de aan deze aanbesteding onderliggende opdracht, disproportioneel. Gegadigde kan zich niet verzekeren tegen schade voor onbeperkt aantal gebeurtenissen en zou daarmee een disproportioneel groot financieel risico nemen. In deze overeenkomst geldt dit temeer nu gegadigde fungeert als intermediair om de licenties c.q. gebruiksrechten aan de aanbestedende dienst te leveren en de licenties c.q. gebruiksrechten over het algemeen worden verstrekt middels een directe overeenkomst tussen de software fabrikant en de eindgebruiker (de aanbestedende dienst) onder toepasselijkheid van de licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden vanuit de software fabrikant. De Gids Proportionaliteit schrijft in 3.9.1.1 (voorschrift 3.9D, punt 2) voor dat de aanbestedende dienst rekening dient te houden met de risico's die aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt én met de gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche of voor de opdracht naar aard en omvang. Gegadigde verzoekt de aanbestedende dienst de aansprakelijkheid te beperken. Graag uw akkoord?

Antwoord:

Nee. Het artikel zoals vastgelegd in de GIBIT, en (overigens) nader toegelicht middels de daarop betrekking hebbende (algemeen bekende) 'GIBIT - Artikelgewijze toelichting', is naar de mening van opdrachtgever duidelijk, praktisch werkbaar en redelijk en billijk. Het is niet nodig en niet wenselijk om op dit onderdeel af te wijken van de GIBIT 2016. Van een 'onbeperkte aansprakelijkheid' is bijvoorbeeld geen sprake als gevolg van de toepassing van het Burgerlijk Wetboek in kwestie.

Artikel 13 houdt verder bijvoorbeeld reeds ook rekening met (te verzekeren) schade als gevolg van onrechtmatige daad (denk bijv. aan een verplichte WAM-verzekering), waarmee de Gids Proportionaliteit van de vragsteller ondervangen is. Tenslotte zijn wij van mening, dat de artikelsgewijze toelichting op artikel 13 GIBIT een evenwichtige regeling ter zake voorstelt. Wij zijn wel bereid (en passen het daarom aan) om het in art. 14.2 GIBIT genoemde percentage van '200%' terug te brengen naar '100%'.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Contract

Ref.nr.

11

Onderwerp:

Artikel 10 GIBIT & Aanbestedingsleidraad, paragraaf 1.9, pagina 6.

Vraag:

Gegadigde acteert in de uitvoering van de onderhavige opdracht als intermediair en is in de dienstverlening richting de aanbestedende dienst afhankelijk van derden, te weten de software fabrikanten. Echter, verlangt u onder artikel 10.1 van de GIBIT bijvoorbeeld wel van een leverancier een garantie dat deze gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst (inclusief de genoemde optie jaren) Onderhoud kan plegen op de ICT Prestatie. Een dergelijke garantie ligt bij de eigenaar/maker van de software, in deze; de software fabrikant. Immers, de software fabrikant heeft toegang tot de licenties c.q. gebruiksrechten en kan derhalve bijvoorbeeld onderhoud plegen. Gegadigde heeft op geen enkele wijze toegang tot de licenties c.q. gebruiksrechten en kan de garanties als omschreven in artikel 10.1 niet zonder meer afgeven. Derhalve verzoeken wij u akkoord te gaan met de garanties zoals die geboden worden door de desbetreffende software fabrikanten welke zijn vastgelegd in de toepasselijke licentie, onderhouds- en contractvoorwaarden (EULA).

Antwoord:

De te contracteren reseller behoeft geen onderhoud uit te voeren in de zin van artikel 10 lid 1 sub iii GIBIT en behoeft dan ook geen garantie te verlenen.

De gemeente kan niet akkoord gaan met een voor haar onbekende 'EULA'.

De gemeente is als vanzelfsprekend (wel) gebonden aan het bepaalde in, en de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de Microsoft ESA / ESE – overeenkomst met Microsoft.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Contract

Ref.nr.

12

Onderwerp:

Artikel 8 GIBIT

Vraag:

De correcte afhandeling van de levering van onderhoud, support en ondersteuning wordt door gegadigde verzorgd. Echter, artikel 8 van de GIBIT behelst voornamelijk verdergaande verplichting dan enkel levering. Zo staat in artikel 8.1 'verricht Leverancier Onderhoud aan de ICT Prestatie tegen de in de Overeenkomst beschreven vergoeding'. Gegadigde acteert in de uitvoering van de onderhavige opdracht als intermediair en is in de

dienstverlening richting de aanbestedende dienst afhankelijk van derden, te weten de software fabrikanten, om de licenties c.q. gebruiksrechten en het onderhoud, support en ondersteuning daarop aan de aanbestedende dienst door te leveren.

Gegadigde is geen eigenaar of maker van de licenties c.q. gebruiksrechten. De software fabrikant heeft toegang tot de broncode van de licenties c.q. gebruiksrechten en dient derhalve te voorzien in het daadwerkelijke onderhoud, support en ondersteuning daarop. Gegadigde zal de aanbestedende dienst ondersteunen in het contact met de software fabrikant in het geval van onderhoud, support en ondersteuning van de licenties c.q. gebruiksrechten. Echter, het daadwerkelijke onderhoud, support en de ondersteuning op de licenties c.q. gebruiksrechten wordt verzorgd door de desbetreffende software fabrikant onder de toepasselijke licentie- en onderhoud- en contractvoorwaarden. Gegadigde zal de toepasselijke licentie- en onderhoud- en contractvoorwaarden ter beschikking stellen. Derhalve verzoeken wij u enkel een inspanningsverplichting op te nemen om op correcte wijze te faciliteren dat u van de desbetreffende software fabrikant het juiste onderhoud, support en ondersteuning geleverd krijgt.

Antwoord:

In artikel 8.1 GIBIT is opgenomen 'tenzij anders overeengekomen'. De te contracteren reseller behoeft geen onderhoud uit te voeren in de zin van artikel 8 GIBIT. Er wordt/is namelijk 'anders overeengekomen'.

De opdracht wordt (verder) door de reseller uitgevoerd overeenkomstig het bepaalde in het Programma van Eisen, waardoor wij niet (onverkort) aan het verzoek kunnen voldoen.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Contract

Ref.nr.

13

Onderwerp:

Artikel 5 GIBIT

Vraag:

Voor "standaard software" valt implementatie bij soortgelijke aanbestedingen normaliter buiten de scope van de opdracht, dit aangezien implementatie eerder toeziet op maatwerk software. Maatwerk software moet namelijk specifiek voor een klant aanpast (geïmplementeerd) worden. Gegadigde acteert in deze aanbesteding als intermediair van "standaard software" en kan de implementatie en bijbehorende ondersteuning niet zelf verrichten. Deze diensten worden normaliter uitgevoerd door System Integrators (ook wel bekend als SI's). Derhalve zien wij de relevantie van dit artikel niet voor de huidige uitvraag. Graag verzoeken wij u dit artikel buiten toepassing te verklaren en te bevestigen dat de daadwerkelijke implementatie buiten de scope van de aanbesteding ligt.

Antwoord:

De opdracht wordt door de reseller uitgevoerd overeenkomstig het bepaalde in het Programma van Eisen.

De in hoofdstuk 2 van het Programma van Eisen vastgelegde ICT Prestatie heeft geen betrekking op 'Implementatie' in de zin van de GIBIT.

Artikel 5 GIBIT vindt dus geen toepassing in de af te sluiten Overeenkomst.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Contract

Ref.nr.

14

Onderwerp:

Artikel 4.1 & 5.5 GIBIT

Vraag:

Behoudens de situatie dat nakoming blijvend onmogelijk is verzoeken wij u om een hersteltermijn toe te voegen in de vorm van een ingebrekestelling in het geval dat nakoming tijdelijk onmogelijk is. Gegadigde is voor een levering afhankelijk van derden (software fabrikanten). Een fatale termijn en het daaruit vloeiende verzuim heeft namelijk verregaande consequenties voor gegadigde. Gegadigde verzoekt daarom verzuim pas in te laten gaan na een ingebrekestelling met daarin een redelijke termijn om alsnog na te komen. Graag uw akkoord?

Antwoord:

Nee. Wij zijn daartoe niet bereid. Wij zien immers niet in, waarom 2 professioneel handelende partijen niet als uitgangspunt zouden kunnen nemen (eerste zin art. 4.1 GIBIT Versie 2016): "Overeengekomen termijnen voor levering en/of andere prestaties gelden als vast en fataal, tenzij schriftelijk anders overeengekomen." In beginsel geldt immers (toch), 'afpraak is afspraak'?

Overigens vindt Artikel 5 GIBIT geen toepassing in de af te sluiten Overeenkomst. Zie vraag en antwoord ref. 13.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Contract

Ref.nr.

15

Onderwerp:

Artikel 3.1 GIBIT

Vraag:

Deze vraag ziet toe op de offerte geldigheid van nader onder de raamovereenkomst af te sluiten opdrachten niet op de

gestanddoeningstermijn van de inschrijving.

Een offerte geldigheid van 90 dagen is niet gebruikelijk binnen de software markt. Gegadigde acteert in de uitvoering van de raamovereenkomst als intermediair en is in de dienstverlening richting de aanbestedende dienst afhankelijk van derden, te weten de software fabrikanten. Doordat deze fabrikanten de prijzen van producten soms wel maandelijks kunnen wijzigen (bijv. Microsoft) is het voor gegadigde niet haalbaar om een offerte geldigheid voor een dergelijk lange periode te garanderen. Gegadigde vraagt de aanbestedende dienst om (i) de standaard offerte geldigheid aan te passen naar maximaal 30 kalenderdagen en (ii) in het geval van een specifieke nadere opdracht (waarbij er sprake is van een wisselkoers) de offerte geldigheid aan te passen naar maximaal 14 kalenderdagen. Graag uw akkoord?

Antwoord:

Wij gaan niet akkoord.

Onze opdracht betreft immers geen raamovereenkomst met ‘nader onder de raamovereenkomst af te sluiten opdracht’.

Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 2 van het PvE.

Beantwoord op: 29-10-2020
Label: Contract

Ref.nr.
16

Onderwerp:

Artikel 2.3 & 19.1 GIBIT & Aanbestedingsleidraad, paragraaf 1.8, pagina 6 & PvE, Eis 3.6.

Vraag:

De algemene (inkoop-)voorwaarden van gegadigde en derde partijen zijn uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard op onderhavige aanbesteding en de daaruit voortvloeiende raamovereenkomst. Echter, in het geval van de aanschaf van licenties c.q. gebruiksrechten ontkomt u niet aan de desbetreffende licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden. Gegadigde fungeert als intermediair om de licenties c.q. gebruiksrechten aan de aanbestedende dienst te leveren. De licenties c.q. gebruiksrechten worden over het algemeen verstrekt middels een directe overeenkomst tussen de software fabrikant en eindgebruiker (aangebestedende dienst), of in ieder geval onder direct toepasselijkheid van de aan deze licentie c.q. dit gebruiksrecht verbonden voorwaarden. De licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden maken integraal onderdeel van de aankoop van de software. Door middel van licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden worden de rechten en plichten van het gebruik van de software benoemd. Deze voorwaarden zijn opgesteld door de software fabrikant en specifiek geschreven voor de (eind) gebruiker van de licenties c.q. gebruiksrechten. Om gebruik te mogen maken

van de licenties c.q. gebruiksrechten dienen voorafgaand aan het gebruik de toepasselijke licentie-, onderhoud- en contractvoorwaarden geaccepteerd te worden, zonder acceptatie mag de licenties c.q. gebruiksrechten simpelweg niet gebruikt worden. Uiteraard zal gegadigde, in geval van gunning, bij het aanbieden van een nadere offerte de van toepassing zijnde voorwaarden van de desbetreffende software fabrikant meesturen naar de aanbestedende dienst (in lijn met artikel 19.1). Gaat de aanbestedende dienst akkoord met de licentie- en contractvoorwaarden vanuit de desbetreffende software fabrikant, waaronder de EULA (End User License Agreement)?

Antwoord:

De gemeente kan geen akkoord geven op een haar onbekende 'EULA', maar is in kwestie (natuurlijk) wel gebonden aan het bepaalde in, en de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit, de Microsoft ESA / ESE – overeenkomst met Microsoft.

Beantwoord op: 29-10-2020

Label: Contract