

Split~Vision, als softwareontwikkelaar de partij met bij uitstek de kennis van zaken over deze werkwijze, had vooraf moeten waarschuwen over de haalb...

Rb. Den Haag 03-06-2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4735, m.nt. W.F.R. Rinzema

Instantie

Rechtbank Den Haag

Datum

3 juni 2020

Magistraten

Mrs. J.M. Willems, M.C. Ritsema van Eck-van Drempt en T.J. de Graaf

Zaaknummer

C/09/560102 / HA ZA 18-988

Noot

W.F.R. Rinzema

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS259084:1

Vakgebied(en)

Verbintenissenrecht (V)

Brondocumenten

ECLI:NL:RBDHA:2020:4735, Uitspraak, Rechtbank Den Haag, 03-06-2020

Wetgeving

(Art. 6:265, 6:271 en 7:401 BW)

Essentie

Split~Vision, als softwareontwikkelaar de partij met bij uitstek de kennis van zaken over deze werkwijze, had vooraf moeten waarschuwen over de haalbaarheid van de door Gemeente Leeuwarden gewenste – al in het Bestek opgenomen – planning en deadlines, indien de door haar gehanteerde scrummethodiek zich daarmee niet liet verenigen.

Gemeente Leeuwarden mocht van Split~Vision verwachten dat haar software van zodanige kwaliteit zou zijn dat die een acceptabele performance zou leveren.

De rechtbank ziet aanleiding om de uit de ontbinding voor Split~Vision voortvloeiende ongedaanmakingsverbintenis in een redelijke verhouding te brengen met de ingrijpende gevolgen van de ontbinding voor Split~Vision, het aandeel van Gemeente Leeuwarden in deze uitkomst en de als gevolg van dat aandeel door Split~Vision gemaakte en gedeclareerde en door Gemeente Leeuwarden betaalde kosten die Split~Vision aan Gemeente Leeuwarden moet terugbetalen.

Partij(en)

Vonnis in de zaak van:

1. SPLIT~VISION ADVIES B.V.,
2. SPLIT~VISION SYSTEMEN B.V.,

Tegen

GEMEENTE LEEUWARDEN

Eiseressen worden hierna gezamenlijk Split~Vision c.s. genoemd. Afzonderlijk worden zij Split~Vision en Split~Vision Systemen genoemd. Gedaagde wordt Gemeente Leeuwarden genoemd.

Uitspraak

[...]

2. De feiten

2.1.

Split-Vision Advies houdt zich bezig met advisering op het gebied van documentinformatie en -communicatie. Split-Vision Systemen is een softwareontwikkelaar.

2.2.

Gemeente Leeuwarden werkt samen met andere gemeenten op het gebied van informatiemanagement en ICT, te weten de vier Friese Waddeneilanden, Waadhoeke, Dantumadiel, Dongeradeel, Ferwerderadiel, en Kollumerland (verder: DDFK-gemeenten). Gemeente Leeuwarden verzorgt de inkoop van ICT-voorzieningen, en levert deze in voorkomende gevallen aan de samenwerkende gemeenten.

2.3.

Split-Vision c.s. heeft verschillende inrichtings- en configuratieoplossingen ontwikkeld. Twee daarvan zijn de I-Controler en de Single-Point-for-All (SPfA). I-Controler biedt een centrale (beheer(s)omgeving als bedrijfsvoeringstool voor integraal informatie-, proces- en IT-management. SPfA biedt een integraal informatie- en samenwerkingsplatform voor zaken-, dossier- en relatiebeheer, projectmanagement en communicatie.

2.4.

Op 13 maart 2012 zijn Split-Vision c.s. en Gemeente Leeuwarden een overeenkomst aangegaan met betrekking tot de I-Controler (verder: de I-Controler overeenkomst). Daarbij is aan Gemeente Leeuwarden een eeuwigdurend en onherroepelijk gebruiksrecht op de I-Controler verschaft. Split-Vision Systemen leverde de licenties. Split-Vision leverde de ondersteunende dienstverlening. Split-Vision Systemen factureerde voor de diensten van beide vennootschappen. Gemeente Leeuwarden heeft alle facturen op basis van deze overeenkomst steeds voldaan. Zij heeft deze overeenkomst opgezegd per 14 maart 2019.

2.5.

Gemeente Leeuwarden heeft op 22 september 2014 een Europese aanbesteding uitgeschreven voor een digitaal samenwerkingsplatform ten behoeve van haar eigen gemeente en die van een aantal samenwerkende gemeenten, waaronder de DDFK-gemeenten, ingericht op en gebruikmakend van Microsoft SharePoint 2013.

2.6.

Ten behoeve van de aanbesteding heeft Gemeente Leeuwarden een Bestek Digitaal Werken Eisen en Wensen (gedateerd 22 september 2014) opgesteld (verder: het Bestek). De kern van de aanbesteding betreft blijkens de omschrijving van de functionele scope in het Bestek het verwerven, inrichten en onderhouden van dertien hoofdfunctionaliteiten binnen SharePoint. Daarnaast omvat de opdracht nog een aantal andere onderdelen, waaronder het tot stand brengen van koppelingen met I-Controler.

2.7.

De dertien hoofdfunctionaliteiten zijn beschreven als functionele/inhoudelijke eis en opgesomd in hoofdstuk 3 van het Bestek. De eerste tien functionaliteiten dienen direct na gunning beschikbaar te zijn. De laatste drie moeten binnen 9 negen maanden na gunning aanwezig zijn. Het zijn:

1. Digitaal documenten (en informatie) zoeken en vinden;
2. Digitaal documenten versturen;
3. Digitaal aan documenten en in processen samenwerken;
4. Digitale procesinrichting/zaakgericht werken;
5. Digitaal aan projecten werken;
6. Digitaal intuïtief kunnen werken;
7. Digitaal met collega's/externe partners kunnen communiceren;
8. Digitaal rapportages kunnen maken; kunnen sturen op werk;
9. Digitaal één plek om vanuit te werken;
10. 'SharePoint als portaal';
11. Digitaal klanten kunnen helpen;
12. Digitale formulieren kunnen maken;
13. Digitaal 'overall, apparaat-onafhankelijk kunnen werken'.

2.8.

In hoofdstuk 2.7 van het Bestek is een fasering en planning opgenomen. De planning bestaat volgens het in dat hoofdstuk

opgenomen schema uit vier fases. De eerste 9 functionaliteiten alsmede onder andere de I-Controler koppelingen dienen volgens deze planning gereed te zijn op 15 maart 2015 voor alle aangesloten organisaties. Fase 2 dient afgerond te zijn op 15 juni 2015 en fase 3 op 15 september 2015. Daarna start fase 4 volgens dit schema, waarin de doorontwikkeling van de hoofdfunctionaliteiten moet plaatsvinden. Deze planning en fasering is overgenomen in de aanbidding van Split-Vision.

2.9.

De opdracht is op 21 januari 2015 aan Split-Vision gegund. Daartoe is op die datum de overeenkomst Digitaal Werken gesloten tussen Gemeente Leeuwarden en Split-Vision (hierna: de PDW-overeenkomst). Artikel 2.1. van de PDW-overeenkomst bepaalt:

“Partijen sluiten hierbij een Overeenkomst waarbij Wederpartij zich tegen de inschrijving bedoelde Vergoeding verbindt tot het verrichten van de Prestatie zoals beschreven in het Beschrijvend document kenmerk [kenmerk] [rb: het Bestek] en Nota van inlichtingen d.d. 17 oktober 2014 die in hoofdlijnen bestaat uit:

- Het leveren en implementeren van de levering, (proces)inrichting, doorontwikkeling en beheerdiensten rondom een platform voor Digitaal Werken dat gebruik maakt van en ingericht is op Microsoft SharePoint 2013, de standaard voor digitale samenwerking van de gemeente Leeuwarden;
- Het verstrekken van één of meer Gebruiksrechten; (...)”

2.10.

Uit artikel 2.2. van de PDW-overeenkomst volgt dat het Bestek onderdeel van de overeenkomst uitmaakt. De overeenkomst heeft een looptijd van vier jaar en eindigt – behoudens een door Gemeente Leeuwarden aangekondigde verlenging – op 21 januari 2019.

2.11.

Uit artikel 5 van de PDW-overeenkomst volgt dat de data in de overeengekomen planning en fasering fatale termijnen zijn.

2.12.

De artikelen 7 en 8 van de PDW-overeenkomst regelen de door Gemeente Leeuwarden te betalen vergoeding voor de overeengekomen prestatie van Split-Vision. Zakelijk weergegeven bestaat die vergoeding uit eenmalige opstartkosten van € 150.000,-, eenmalige installatiekosten van € 61.886,- en een maandelijkse gebruiksvergoeding, gebaseerd op het maandelijkse aantal aan de productieomgeving toegevoegde gebruikers à€ 13,10 per gebruiker, waarbij geldt dat al deze bedragen exclusief btw zijn. Voor de DDFK-gemeenten is dat € 15,10 per gebruiker, omdat zij via de PDW-overeenkomst tevens de I-Controler faciliteiten afnamen.

Het te factureren aantal gebruikers per maand werd gebaseerd op het aantal geregistreerde gebruikers dat eens per maand geautomatiseerd uit de I-Controler werd gehaald. Voor de realisatie van de koppelingen golden afzonderlijke vergoedingen.

2.13.

Op de PDW-overeenkomst zijn de Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten 2014 (verder: ARBIT-2014) van toepassing. Artikel 17.1 van de ARBIT-2014 kent een geheimhoudingsplicht voor vertrouwelijke bedrijfsgegevens.

2.14.

Als bijlage bij het Bestek was een overzicht gevoegd van de ICT-infrastructuur van Gemeente Leeuwarden. Ten behoeve van en in aanloop naar de PDW-overeenkomst heeft Split-Vision op 7 januari 2015 een Infrastructuur Governance Plan (hierna: IT-Governanceplan) opgesteld en aan Gemeente Leeuwarden ter beschikking gesteld. Uit dit plan volgt dat de door Split-Vision in te richten SharePoint omgeving wordt gehost op de IT-infrastructuur van Gemeente Leeuwarden. Het IT-Governanceplan beschrijft de randvoorwaarden (hardware-, server- en software specificaties) waar de IT-infrastructuur van Gemeente Leeuwarden aan zal moeten voldoen alvorens Split-Vision een start kan maken met installatie.

2.15.

De start van de uitvoering van de werkzaamheden van Split-Vision liep van aanvang af vertraging op ten opzichte van de overeengekomen fasering, omdat de ICT-infrastructuur van Gemeente Leeuwarden nog niet in overeenstemming was met de in het IT-Governanceplan beschreven randvoorwaarden. In september 2015 was de IT-infrastructuur van Gemeente Leeuwarden zodanig dat Split-Vision met haar werkzaamheden kon starten.

2.16.

In maart 2016 heeft Split-Vision een (eerste versie van een) aantal (deel)functionaliteiten opgeleverd. Dit samenstel aan functionaliteiten wordt door partijen het Postproces genoemd. Daarvoor zijn diverse acceptatietesten gehouden, waarbij

steeds performanceproblemen opspeelden. Ook in de productieomgeving van functioneel geaccepteerde releases van het Postproces constateerden partijen in de loop van 2016 wezenlijke performanceproblemen.

2.17.

In opdracht van Gemeente Leeuwarden heeft een externe partij, Inovativ, performance testen uitgevoerd in de acceptatieomgeving van Share Point, SPfA-functionaliteiten en de relevante infrastructuur van Gemeente Leeuwarden. De resultaten, inclusief aanbevelingen aan zowel Split~Vision als Gemeente Leeuwarden, zijn neergelegd in het rapport van Inovativ van 4 november 2016 (hierna: het rapport van Inovativ).

In de samenvatting staat onder meer het navolgende:

“Meetmethode

Allereerst heeft een nulmeting plaatsgevonden. Hierna heeft ICT Leeuwarden acties ondernomen en is een tussenmeting verricht. Vervolgens heeft Split~Vision acties ondernomen en is de eindmeting verricht. Tot slot is een loadtest uitgevoerd. Die meet de gevolgen van een groter aantal zaken in het systeem.

Resultaten

Uit de 0-meting blijkt dat de performance onder de norm is. Na de acties van ICT Leeuwarden geeft de 1-meting geeft een minieme verbetering aan. Na de acties van Split~Vision geeft de 2-meting een structurele verbetering aan over de gehele linie. De verschillen in performance na toevoeging van de load zijn niet noemenswaardig.

Conclusies

De grootste performancestijging op veruit de meeste functionaliteiten volgt op de acties van Split~Vision. Er blijven enkele aandachtspunten. De bevindingen zijn hoopgevend voor een performanceverbetering op de productieomgeving. Het is echter niet met zekerheid te zeggen dat dezelfde performance ook te zien zal zijn in de productieomgeving.”

2.18.

Eind 2016/begin 2017 is tussen partijen discussie ontstaan over de juistheid van het aantal in I-Controler geregistreerde gebruikers – op basis waarvan Split~Vision de gebruiksvergoeding factureerde – in samenhang met de hoeveelheid tijd die het Gemeente Leeuwarden kostte om die registratie actueel te houden. Gemeente Leeuwarden meldde (in een mail van 27 december 2016) aan Split~Vision dat sprake is van een vervuiling van 250 gebruikers en dat zij ervan uitgaat dat de facturen van december 2016 en verder met deze 250 gebruikers verminderd worden. Split~Vision weersprak in de correspondentie hierover dat sprake is van onjuiste gebruikersaantallen.

2.19.

Met ingang van de maand januari 2017 heeft Gemeente Leeuwarden de betaling van de maandelijkse gebruiksvergoeding gestaakt.

2.20.

In opdracht van Gemeente Leeuwarden heeft Microsoft in februari 2017 na een Health Check van de SharePoint-omgeving van Gemeente Leeuwarden een eerste zogenoemde SharePoint Code Review uitgevoerd (verder: Code Review) teneinde de oorzaken van de performanceproblemen in kaart te krijgen. Van de Code Review is een rapport opgemaakt dat dateert van 20 maart 2017. De conclusie van deze Code Review luidt onder meer als volgt:

“From an application perspective, the information architecture is good and should scale in the capacity of what the customer is intend to do with the application. However, certain controls make the performance of the environment not work well. Next to this, there are inefficient queries being made when fetching configuration values which are used to display the actual information for the user.

To gain insights on how the application is performing, the use of SPMonitoringScope is strongly recommended. This makes it much easier to exactly know where to optimize or solve the code which is causing the bad performance.

(...)

From a code perspective, a major overhaul/refactor should be considered. Most of the code is not written in a maintainable and understandable way. Too many lines of code per method and the lack of comments makes it hard to know why certain approaches have been taken.”

2.21.

Microsoft heeft ook een review uitgevoerd van de ICT-infrastructuur van Gemeente Leeuwarden. Ondanks herhaalde verzoeken van Split~Vision heeft Gemeente Leeuwarden het rapport dat hiervan is opgemaakt, niet aan haar ter beschikking gesteld.

2.22.

Parallel aan de eerste Code Review is een zogenoemde GAP-analyse opgesteld. Deze analyse, waarvan in februari, maart en mei 2017 versies zijn gemaakt, bestaat uit een Excelbestand, waarop in kaart is gebracht wat de stand van zaken is voor ieder van de (nader) overeengekomen (deel)functionaliteiten.

2.23.

Naar aanleiding van de Code review en de GAP-analyse heeft Split~Vision in maart 2017 een optimalisatieplan aan Gemeente Leeuwarden gepresenteerd. In dit plan bevestigde Split~Vision dat zij alle opmerkingen, aandachtspunten en aanbevelingen van Microsoft alsmede openstaande punten in de GAP-analyse zou adresseren in een getrapte aanpassing van de code in de zogenoemde Q1 en Q2 releases. De door Split~Vision daarbij gepresenteerde planning was oplevering van de Q1 release uiterlijk 6 mei 2017 en van de Q2 release uiterlijk 28 mei 2017.

2.24.

Bij brief van 21 april 2017 heeft Gemeente Leeuwarden Split~Vision in gebreke gesteld vanwege het niet nakomen van haar verplichtingen uit de PDW-overeenkomst, zakelijk weergegeven neerkomende op zowel het niet opleveren van overeengekomen onderdelen als op tekortschietende kwaliteit van de wel geleverde prestatie. Gemeente Leeuwarden heeft Split~Vision in deze brief gesommeerd om, kort gezegd, uiterlijk 8 mei 2017 en 3 juli 2017 respectievelijk de Q1 en Q2 releases op te leveren in de productieomgeving van de gemeente en laatstgenoemde datum alle tekortkomingen te hebben opgelost die in de Code Review staan vermeld.

2.25.

Op 26 april 2017 heeft Split~Vision de documentatie van de Q1 release opgeleverd.

In mei 2017 heeft Microsoft een tussentijdse check van de broncode gedaan en in juli 2017 is een tweede Code Review uitgevoerd.

2.26.

In de loop van april 2017 hebben partijen geprobeerd een oplossing te vinden voor de door Gemeente Leeuwarden gestaakte betalingen van de maandelijks gebruikvergoeding. Over en weer werden voorstellen gedaan, die mede waren ingegeven door bij partijen over en weer ingenomen standpunten ten aanzien van wederzijdse verplichtingen onder de PDW-overeenkomst. In een emailbericht van 3 mei 2017 schreef Split~Vision aan Gemeente Leeuwarden onder meer: *“Daarom vragen wij u zo spoedig mogelijk te reageren op dit tegenvoorstel. Tot wij van u een passende reactie hebben ontvangen, wordt de ondersteuning vanuit Split~Vision per direct opgeschort.”*

2.27.

Bij brief van 30 mei 2017 heeft Split~Vision gereageerd op de ingebrekestelling door Gemeente Leeuwarden en heeft zij op haar beurt Gemeente Leeuwarden in gebreke gesteld in verband met de achterstallige betaling van de gebruikvergoedingen tot en met mei 2017. In een bijlage bij deze brief weersprak Split~Vision dat van haar kant sprake is van gebrekkige prestaties onder de PDW-overeenkomst. Ook weersprak zij in deze bijlage dat de aanbevelingen van Microsoft contractueel afdwingbaar zijn. Zij sommeerde Gemeente Leeuwarden tot betaling van de verschuldigde gebruikvergoeding van – op dat moment – € 178.197,45 en zij schreef: *“Nadat het genoemde bedrag op 2 juni door Split~Vision is ontvangen, gaat Split~Vision graag met uw gemeente in gesprek met als doel de impasse achter ons te laten en om het platform digitaal werken in een kort tijdsbestek SAMEN te realiseren”.*

2.28.

Begin juli 2017 had Split~Vision de Q2 release gereed. Gemeente Leeuwarden heeft de Q1 en Q2 releases niet in productie genomen.

2.29.

Vanaf omstreeks juli 2017 hebben partijen onderhandeld over een addendum bij de PDW-overeenkomst om tot een compromis te komen en uit de ontstane impasse te geraken. Dit overleg heeft niet tot een oplossing geleid en over een addendum is geen overeenstemming bereikt.

2.30.

Bij brief van 17 april 2018 heeft Gemeente Leeuwarden buitengerechtelijk, op één onderdeel na, de algehele ontbinding van de PDW-overeenkomst ingeroepen en Split~Vision aansprakelijk gesteld voor de schade die Gemeente Leeuwarden heeft geleden en nog zal lijden. Zij schreef onder meer:

“Het feitenrelaas zoals hiervoor geschetst rechtvaardigt de conclusie dat Split~Vision toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de Overeenkomst. Meer in het bijzonder heeft Split~Vision het ‘basisblok’ van het PDW met de daarin te realiseren (hoofd)functionaliteiten niet tijdig (d.w.z. niet met inachtneming van de daarvoor overeengekomen fatale termijnen) opgeleverd. De beperkte onderdelen die wel zijn opgeleverd, missen overeengekomen functionaliteiten en vertonen niet de kwaliteit (in termen van performance) die daarvan mag worden verwacht. Split~Vision is niet in staat gebleken de diverse gebreken te herstellen en haar tekortkomingen te herstellen, ook niet na daartoe onverplicht door de Gemeente in gebreke te zijn gesteld. Sterker, uit diverse mededelingen van Split~Vision in haar brief van 30 mei 2017, alsmede uit de algemene houding van Split~Vision en haar herhaalde verzoeken om eerst betaald te worden alvorens zij haar tekortkomingen zal zuiveren (in weerwil van de rechtsgeldige opschorting van betaling door de Gemeente), kan de Gemeente niet anders dan afleiden dat Split~Vision in de nakoming van haar verbintenissen uit de Overeenkomst zal blijven tekortschieten.

(...)

Met inachtneming van het voorgaande is de Gemeente Leeuwarden – op grond van het bepaalde in art. 30.1 ARBIT-2014, althans artikel 6:265 BW – gerechtigd de Overeenkomst per onmiddellijke ingang te ontbinden, van welk recht wij bij deze brief gebruik maken.

In dat kader zijn partijen per heden bevrijd van de door de Overeenkomst getroffen verbintenissen, en ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds door hen ontvangen prestaties. Dit betekent dat Split~Vision alle door de Gemeente aan haar uit hoofde van de Overeenkomst betaalde bedragen dient terug te betalen. Het betreft hier een bedrag groot € 861.016, ex btw (eenmalige vergoeding ad EUR 61.886 + eenmalige gebruiksvergoeding ad EUR 150.000 + periodieke gebruiksvergoeding ad EUR 357.675 + kosten koppelingen ad EUR 251.500 + nadere betaling ad EUR 40.000). NB. De door de Gemeente betaalde vergoeding voor de Fase1-koppelingen (...) ad EUR 115.000 ex btw valt niet onder de ongedaanmakingsverbintenis, aangezien de realisatie van deze koppelingen geen onderdeel uitmaakt van de ontbinding. De ontbinding brengt ook mee dat de Gemeente haar gebruik van de door Split~Vision geleverde software (waaronder SpfA) in beginsel dient te staken. Dit kan echter niet van haar verwacht worden, nu zij thans simpelweg niet in staat is dit gebruik te staken. De Gemeente gebruikt de software van Split~Vision ter ondersteuning van haar bedrijfsprocessen. (...).”

2.31.

Split~Vision heeft vervolgens met voorafgaand verlot conservatoir derdenbeslag gelegd onder de DDFK-gemeenten. Nadat de Bank Nederlandse Gemeenten op verzoek van Gemeente Leeuwarden een bankgarantie heeft verschaft voor de door Split~Vision gepretendeerde vordering op Gemeente Leeuwarden heeft Split~Vision het beslag opgeheven.

2.32.

Split~Vision heeft zich bij de buitengerechtelijke ontbinding niet neergelegd en zij is de maandelijkse gebruiksvergoeding aan Gemeente Leeuwarden in rekening blijven brengen. Ten tijde van de dagvaarding was de optelsom van de aan de Gemeente Leeuwarden voor deze vergoeding verzonden facturen een bedrag van € 790.018,80.

3. Het geschil

in conventie

3.1.

Split~Vision c.s. vordert – verkort weergegeven – dat de rechtbank, waar mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- i) voor recht verklaart dat Gemeente Leeuwarden ten onrechte haar verplichtingen jegens Split~Vision c.s. uit hoofde van de overeenkomsten heeft opgeschort;
- ii) voor recht verklaart dat de ontbindingsverklaring van Gemeente Leeuwarden van 17 april 2018 geen effect heeft gehad, zodat partijen nog altijd aan de verplichtingen uit de PDW-overeenkomst zijn gehouden;
- iii) Gemeente Leeuwarden veroordeelt tot betaling aan Split~Vision c.s. van € 790.018,80, te vermeerderen met wettelijke handelsrente vanaf januari 2017 dan wel 30 mei 2017;
- iv) Gemeente Leeuwarden veroordeelt tot blijvende nakoming van zowel de I-Controller overeenkomst als de PDW-overeenkomst, althans tot het bereiken van een redelijke oplossing met Split~Vision c.s. over de afwikkeling ervan;
- v) Gemeente Leeuwarden veroordeelt in de kosten van het beslag van € 1.309,10;

- vi) Gemeente Leeuwarden veroordeelt in de buitengerechtelijke kosten en de proceskosten, deze laatste te vermeerderen met wettelijke rente na veertien dagen na het vonnis.

Bij wijze van voorlopige voorziening op de voet van artikel 223 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vordert zij bovendien dat de rechtbank Gemeente Leeuwarden veroordeelt tot de betaling van € 250.000,- als voorschot op de onder (iii) gevorderde hoofdsom.

[...]

in reconventie

3.4.

Gemeente Leeuwarden vordert – verkort weergegeven – dat de rechtbank, waar mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- i) voor recht verklaart dat Gemeente Leeuwarden de PDW-overeenkomst op 17 april 2018 buitengerechtelijk heeft ontbonden, althans deze overeenkomst ontbindt, met uitzondering van de afspraken over de Fase 1-koppelingen;
- ii) Split~Vision veroordeelt tot (terug)betaling van € 920.152,04 exclusief btw, te vermeerderen met wettelijke handelsrente;
- iii) Split~Vision veroordeelt tot betaling van € 2.938.611,37, te vermeerderen met wettelijke handelsrente, althans tot vergoeding van door Gemeente Leeuwarden geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat;
- iv) Split~Vision veroordeelt tot betaling van de boete van € 100.000,- althans van € 50.000,- wegens schending van de overeengekomen geheimhoudingsplicht, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente;
- v) Split~Vision veroordeelt in de proceskosten en de nakosten.

4. De beoordeling

in conventie en in reconventie

Kern van het geschil en de inrichting van de bespreking ervan

4.1.

Vanwege de samenhang tussen de stellingen en standpunten in conventie en in reconventie behandelt de rechtbank de conventie en de reconventie hierna gezamenlijk.

4.2.

Dit geschil draait om een misgelopen automatiseringsproject bij de gemeente Leeuwarden en enige aangesloten gemeenten, dat een vergaande digitalisering van de samenwerking binnen en tussen deze gemeenten en van de communicatie met hun burgers ten doel had. In de kern is in geschil of dit mislopen het gevolg is van tekortschietende prestaties van de kant van Split~Vision onder de PDW-overeenkomst, met betrekking tot de tijdigheid, de volledigheid en de kwaliteit van de door haar geleverde inspanningen en resultaten en of Gemeente Leeuwarden daarom gerechtigd was de betaling van gebruiksvergoedingen aan Split~Vision te staken en de PDW-overeenkomst te ontbinden. Partijen verwijten elkaar over en weer tekortschieten in de nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van de PDW-overeenkomst. Indien en voor zover sprake is van een resterende betalingsverplichting van Gemeente Leeuwarden voor aan haar in rekening gebrachte gebruiksvergoedingen onder de PDW-overeenkomst, is ook de juistheid van de daaraan ten grondslag gelegde gebruikersaantallen in geschil.

[...]

De overeengekomen fasering/fatale termijnen

4.5.

Gemeente Leeuwarden stelt dat de tekortkoming van Split~Vision al volgt uit het feit dat de in de PDW-overeenkomst neergelegde fasering en termijnen niet zijn gehaald. Op grond van die overeengekomen fasering (zie 2.8) diende fase 3 immers uiterlijk op 15 september 2015 te zijn afgerond. De implementatie van het basisblok PDW (installatie van Share Point en de dertien hoofdfunctionaliteiten) diende op die datum gereed te zijn. Pas op 14 oktober 2015 is een eerste versie van het PDW informeel gelanceerd. De functionaliteiten die samen het zogenoemde Postproces vormden, zijn pas in maart 2016 opgeleverd. Van volledige oplevering van alle overeengekomen functionaliteiten is het nooit gekomen. Nu uit artikel 5 van de PDW-overeenkomst volgt dat de overeengekomen planning en termijnen fatale termijnen zijn, staat volgens Gemeente Leeuwarden vast dat Split~Vision haar verplichtingen niet tijdig is nagekomen én daardoor al per 15 september 2015 in verzuim is geraakt.

4.6.

Split~Vision heeft hiertegen ingebracht dat partijen onmiddellijk na ondertekening van de PDW-overeenkomst al waren afgestapt van de oorspronkelijke planning. Deze was namelijk volgens haar van aanvang af niet haalbaar, omdat Gemeente Leeuwarden de vereiste infrastructuur nog niet op orde had. Dit was de verantwoordelijkheid van Gemeente Leeuwarden zelf. Split~Vision verwijst daarbij naar de randvoorwaarden die zij in het IT-Governanceplan (zie 2.14) uiteen had gezet. Dit was pas half september 2015 zodanig dat zij in de omgeving van Gemeente Leeuwarden aan de slag kon. Met het afstappen van de oorspronkelijke planning om deze reden heeft Gemeente Leeuwarden ook de fataliteit van die planning prijsgegeven althans mocht erop worden vertrouwd dat zij haar aanspraken ter zake niet meer geldend zou maken, aldus Split~Vision. Volgens Split~Vision waren de termijnen bovendien nooit als fataal bedoeld, omdat dit niet past bij de door partijen in de aanbestedingsfase besproken en ook toegepaste scrummethode, die nodig was om de SpfA standaardoplossing van Split~Vision toe te snijden op de maatwerk wensen van Gemeente Leeuwarden.

4.7.

Wat er zij van de vraag of de door partijen gekozen scrummethode voor het ontwikkelen van de functionaliteiten in de omgeving van Gemeente Leeuwarden rijmt met het hanteren van een als fataal bedoelde planning, feit is dat partijen dat in artikel 5 van de PDW-overeenkomst wel met zoveel woorden zijn overeengekomen. Dat dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst desondanks niet de bedoeling van partijen was, zoals Split~Vision stelt, valt dan ook te betwijfelen. Split~Vision, als softwareontwikkelaar de partij met bij uitstek de kennis van zaken over deze werkwijze, had vooraf moeten waarschuwen over de haalbaarheid van de door Gemeente Leeuwarden gewenste – al in het Bestek opgenomen – planning en deadlines, indien de door haar gehanteerde scrummethode zich daarmee niet liet verenigen. Gesteld noch gebleken is dat zij dit heeft gedaan, terwijl zij artikel 5 van de PDW-overeenkomst zonder enig voorbehoud heeft aanvaard. De bedoeling van partijen hierover bij het sluiten van de overeenkomst kan echter verder in het midden blijven. Gemeente Leeuwarden heeft niet weersproken dat zij bij de start van de looptijd van de PDW-overeenkomst in weerwil van de door haar te realiseren randvoorwaarden genoemd in het IT-Governanceplan haar IT-infrastructuur niet op orde had en dat Split~Vision hierdoor pas na ommekomst van de planning voor de oplevering van het basisblok halverwege september 2015 in haar omgeving aan de slag kon. Zo diende Gemeente Leeuwarden de vereiste servers nog aan te kopen en te installeren, diende Gemeente Leeuwarden op die servers SharePoint te installeren en waren er problemen met de daarvoor noodzakelijke certificaten, en bleken er problemen met de load balancer van de server. Gemeente Leeuwarden heeft evenmin weersproken dat Split~Vision haar gewezen heeft op en gewaarschuwd heeft voor de gevolgen daarvan voor de planning van de werkzaamheden. Ook is niet weersproken dat partijen vervolgens in gezamenlijkheid van de oorspronkelijke planning zijn afgestapt door vanaf oktober 2015 als eerste in te zetten op realisering van de functionaliteiten van het Postproces. Split~Vision wijst er voorts terecht op dat uit niets blijkt dat Gemeente Leeuwarden op haar beurt richting Split~Vision duidelijk heeft gemaakt dat zij bleef hechten aan de afgesproken termijnen en gevolgen verbond aan het niet halen van de in de overeenkomst neergelegde planning. Gesteld noch gebleken is dat Gemeente Leeuwarden Split~Vision heeft aangesproken op de (on)tijdigheid van haar prestaties vóór de ingebrekestelling van 20 april 2017, dus bijna twee jaar later.

4.8.

Bij deze stand van zaken moet worden geoordeeld dat Gemeente Leeuwarden van de overeengekomen planning en van de fataliteit daarvan afstand heeft gedaan, althans dat Gemeente Leeuwarden op dat punt haar rechten heeft verwerkt doordat Split~Vision er op mocht vertrouwen dat Gemeente Leeuwarden haar niet aan de oorspronkelijke planning zou houden. Het beroep van Gemeente Leeuwarden in dit verband op het arrest van de Hoge Raad van 23 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:426 Alert Life Sciences/Stichting Jeroen Bosch Ziekenhuis) baat haar niet. Anders dan in de zaak die in dit arrest aan de orde was, lag de oorzaak van het bij aanvang af moeten loslaten van de overeengekomen planning niet bij de opdrachtnemer, maar in aan Gemeente Leeuwarden als opdrachtgever toe te rekenen omstandigheden.

4.9.

Hieruit volgt dat het feit dat de in de PDW-overeenkomst neergelegde planning voor de oplevering van het basisblok op 15 september 2015 niet is gehaald, niet leidt tot de conclusie dat Split~Vision reeds daarom is tekortgeschoten in de tijdige nakoming van haar verplichtingen. Van verzuim vanwege het verstrijken van die termijn kan dan ook evenmin sprake zijn.

De oplevering van het Postproces en de performance problemen

4.10.

Tussen partijen is niet in geschil dat de door Split~Vision te realiseren hoofdfunctionaliteiten in het Bestek en de PDW-overeenkomst zodanig open zijn omschreven (“digitaal documenten krijgen en versturen”, “digitale procesinrichting/zaakgericht werken”, “digitaal klanten kunnen helpen”) dat in de uitvoering voor al die functionaliteiten een concretiseringslag noodzakelijk was om deze naar de wensen van Gemeente Leeuwarden in te richten. Zoals van de zijde van Gemeente Leeuwarden ook ter zitting is toegelicht heeft Gemeente Leeuwarden binnen deze dertien hoofdfunctionaliteiten termen benoemd die zij voor de realisering van het project van belang vond en heeft Split~Vision daar

een plan van aanpak voor gemaakt. Uit het verhandelde ter zitting in samenhang met de gedingstukken volgt dat partijen in het najaar van 2015 gezamenlijk de primaire focus hebben gelegd op het realiseren van het Postproces. Dit is opgeleverd in maart 2016. Gemeente Leeuwarden heeft niet concreet gesteld dat er tot dat moment – anders dan de hierboven besproken verschoven planning – sprake was van aan Split-Vision toe te rekenen achterblijvende prestaties.

4.11.

Gemeente Leeuwarden heeft gesteld dat onmiddellijk na oplevering van het Postproces bleek dat de performance ervan tekort schoot, omdat voor de gebruikers teveel tijd gemoeid was met het aanroepen van de betreffende functionaliteiten. De maximale, in de markt gangbare tijdsnorm van drie seconden voor het aanroepen van functionele onderdelen werd in veel gevallen niet gehaald. Deze problemen deden zich voor bij de acceptatietesten maar ook in de productieomgeving. Dat de oorzaak hiervan is gelegen in de software van Split-Vision blijkt volgens Gemeente Leeuwarden onder meer uit het onderzoek van Inovativ van november 2016 en uit door Microsoft uitgevoerde vervolgonderzoeken naar de kwaliteit en de broncode van de software.

4.12.

Split-Vision heeft niet weersproken dat sprake was van een trage performance (de responstijd op het klikgedrag van gebruikers) van de door haar opgeleverde PDW-functionaliteiten. Zij betwist wel dat zij daarvoor verantwoordelijk is. Zij wijst er daarbij op dat partijen niets zijn overeengekomen over performance-eisen of een maximale responstijd. Split-Vision kon en wilde ook niet instaan voor de performance omdat de software op het platform van Gemeente Leeuwarden draaide, waarop Split-Vision geen grip had. Daarom reikten haar verplichtingen ten aanzien van de performance van de software niet verder dan zij kon beïnvloeden. Voor zover zij verbeteringen kon doorvoeren ten behoeve van de performance heeft zij de aanbevelingen van Microsoft doorgevoerd in de Q1 en Q2 releases. Gemeente Leeuwarden miskent volgens Split-Vision dat de performanceproblematiek ook werd veroorzaakt door de tekortschietende ICT-infrastructuur van Gemeente Leeuwarden en de DDFK-gemeentes. Verder boekten gebruikers van het systeem structureel acties op het als tijdelijk bedoelde “generieke zaaktype” in plaats van het juiste zaaktype te gebruiken, waardoor het aantal openstaande acties opstapelde tot meer dan 15.000. Daarop was het platform niet berekend, hetgeen de performance negatief beïnvloedde. Split-Vision wijt de problemen kortom voornamelijk aan de ICT-infrastructuur van en aan onjuist gebruik door Gemeente Leeuwarden.

4.13.

De rechtbank stelt vast dat niet in geschil is dat sinds de oplevering van het Postproces in maart 2016 sprake was van een te trage performance in het PDW-platform en dat dit nog altijd het geval was ten tijde van de presentatie door Split-Vision van het optimalisatieplan en de aankondiging van de Q1 en Q2 releases in maart 2017. Als acceptatiecriterium voor de performance is door Inovativ en Microsoft in hun onderzoeken naar de performanceproblemen voor de responstijd van de verschillende functionele onderdelen een norm van maximaal drie seconden gehanteerd. Of partijen onder de PDW-overeenkomst al dan niet een dergelijke performanceprestatieafspraken hebben gemaakt, kan in het midden blijven. Niet in geschil is (immers) dat partijen bij hun inspanningen om de performance van het systeem te verbeteren wel steeds van deze norm zijn uitgegaan. Split-Vision heeft daarbij niet weersproken dat dit in de automatiseringsbranche een gangbare norm is voor een acceptabele responstijd.

Split-Vision heeft terecht aangevoerd dat de vraag of deze norm in de productieomgeving wordt gehaald afhankelijk is van meerdere factoren, waarvan de kwaliteit van haar software er slechts één is. Dat neemt niet weg dat Gemeente Leeuwarden van Split-Vision mocht verwachten dat haar software van zodanige kwaliteit zou zijn dat die een acceptabele performance zou leveren.

4.14.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft Gemeente Leeuwarden voldoende onderbouwd dat gebreken in de software van Split-Vision voor de te trage performance een aanwijsbare oorzaak vormden. Zowel in het rapport van Inovativ van 4 november 2016 als in de eerste Code Review die Microsoft heeft uitgevoerd, zijn daarvoor voldoende aanknopingspunten te vinden. Beide onderzoeken zijn uitgevoerd om de oorzaak of oorzaken van de performanceproblemen te traceren, zodat de bevindingen ook in die sleutel moeten worden gelezen. In dat kader hebben zowel Inovativ als Microsoft de conclusie getrokken dat softwarematige aanpassingen nodig waren. Inovativ heeft geconcludeerd dat door het aanbrenge van een aantal wijzigingen in de software de performance verbeterde (zie 2.17), maar dat onzeker was of dat in de productieomgeving ook het geval zou zijn. Microsoft (zie 2.20) legt de vinger op aandachtspunten in de architectuur van de software (*“However, certain controls make the performance of the environment not work well. Next to this, there are inefficient queries being made when fetching configuration values which are used to display the actual information for the user. To gain insights on how the application is performing, the use of SPMonitoringScope is strongly recommended. This makes it much easier to exactly know where to optimize or solve the code which is causing the bad performance”*), en daarnaast ook op de mate waarin de (broncode van de) software kan worden begrepen en onderhouden (*“a major overhaul*

should be considered”).

4.15.

De rechtbank stelt vast dat daar waar Split~Vision thans de conclusies van Inovativ en Microsoft over de kwaliteit van haar software (de applicatie en de broncode) en de negatieve impact daarvan op de performance van het systeem sterk relateert, zij daarvan destijds geen blijk heeft gegeven in haar reacties op die conclusies en de acties die zij naar aanleiding daarvan heeft ondernomen. Uit haar handelwijze blijkt het tegendeel. Zij heeft de aan haar gerichte aanbevelingen voor aanpassingen van de applicatie en de broncode ter verbetering van de performance immers ook naar eigen zeggen opgevolgd en uitgewerkt in het optimalisatieplan, met een gefaseerde aanpak in twee achtereenvolgende releases (Q1 en Q2). Dat zij richting Gemeente Leeuwarden enig voorbehoud heeft gemaakt bij de juistheid van de conclusies en aanbevelingen uit de onderzoeken naar de performanceproblematiek blijkt niet uit haar stellingen. Split~Vision heeft de juistheid ervan aldus destijds tot uitgangspunt genomen bij de door haar voorgestelde en ondernomen verbeteringsacties.

4.16.

Indien Split~Vision had gemeend – zoals zij thans aanvoert – dat een ontoereikende IT-infrastructuur aan de zijde van Gemeente Leeuwarden in de weg stond aan het verbeteren van de performance, had het op haar weg gelegen dit in elk geval uiterlijk bij het presenteren van haar eigen verbeterplan aan Gemeente Leeuwarden expliciet duidelijk te maken. Gesteld noch gebleken is dat zij dit heeft gedaan. Van een redelijk handelend en bekwaam IT-leverancier die software ontwikkelt, implementeert en daarover adviseert mocht dit onder deze omstandigheden echter wel worden verwacht. In plaats van de regie te nemen bij het achterhalen van de oorzaken van de performanceproblemen, uit te dragen dat naar haar oordeel de problemen bij Gemeente Leeuwarden lagen en duidelijk te maken dat die problemen verhinderden dat het door Split~Vision te leveren PDW-platform naar behoren kon functioneren, heeft Split~Vision zich in 2016 en het voorjaar van 2017 gericht op het aanbrengen van verbeteringen in de functionaliteiten van het Postproces om de performanceproblemen het hoofd te bieden. De rechtbank trekt hieruit de conclusie dat ook Split~Vision in die periode meende dat het Postproces niet naar behoren functioneerde door oorzaken die aan haar software waren toe te schrijven.

4.17.

Split~Vision wijst er op dat de performanceproblemen (mede) werden veroorzaakt door een onjuist gebruik bij Gemeente Leeuwarden van de “bak” met het generieke zaaktype. Hoewel niet in geschil is dat het vollopen van deze “bak” met 15.000 zaken (terwijl voor een goede performance 5.000 zaken het wenselijke maximum is) een negatieve impact op de performance had, zijn er onvoldoende aanknopingspunten dat dit uitsluitend voor rekening van Gemeente Leeuwarden komt. Daartoe geldt dat Split~Vision heeft te gelden als de bij uitstek deskundige partij in de contractuele relatie met Gemeente Leeuwarden met de kennis van zaken over de mogelijkheden en beperkingen van de door haar gebouwde functionaliteiten. De zorgplicht die zij als IT-leverancier in de hiervoor bedoelde capaciteiten voor Gemeente Leeuwarden onder de PDW-overeenkomst had, bracht dan ook mee dat zij Gemeente Leeuwarden over de gevolgen van het overladen van de tijdelijke “bak” voor het generieke zaaktype expliciet zou waarschuwen en zonder omhaal zou adviseren deze handelwijze te staken. Gesteld noch gebleken is dat zij dat heeft gedaan. Zij heeft volstaan met het punt herhaaldelijk te benoemen in emailcorrespondentie en gesprekken, zonder daar voor Gemeente Leeuwarden of voor haar eigen prestaties duidelijke gevolgtrekkingen aan te verbinden. Daarbij komt dat Split~Vision niet dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken dat het overladen van deze tijdelijke “bak” mede het gevolg was van de wijze van inrichting van haar software.

4.18.

Bij deze stand van zaken heeft Split~Vision onvoldoende aangevoerd ter betwisting van de stelling van Gemeente Leeuwarden dat de ontoereikende performance van het Postproces was toe te schrijven aan tekortschietende kwaliteit van de software van Split~Vision. De rechtbank neemt dan ook aan dat dit het geval was en dat dit Split~Vision op grond van haar verplichtingen onder de PDW-overeenkomst noopte tot de door haar in het optimalisatieplan en met de Q1 en Q2 releases aangekondigde verbeteringen.

4.19.

Dit alles neemt niet weg dat de rechtbank óók aanknopingspunten ziet voor de juistheid van het betoog van Split~Vision dat de performanceproblemen mede te wijten waren aan de IT-infrastructuur van Gemeente Leeuwarden. Aannemelijk is dat een ontoereikende infrastructurele omgeving voor de te trage performance mede verantwoordelijk was. Aanwijzingen daarvoor zijn te vinden in het rapport van Inovativ, in de Health Check van Microsoft en in de Code Review. Daarin zijn ook aanbevelingen gedaan ter verbetering van IT-infrastructurele aspecten. Gemeente Leeuwarden heeft niet weersproken dat zij ook na september 2015 nog niet kon voldoen aan alle in het IT-Governanceplan omschreven uitgangspunten. Zij heeft erkend dat zij doorlopend verbeteringen in die infrastructuur heeft aangebracht, ook in opvolging van de aanbevelingen uit de naar de performanceproblematiek uitgevoerde onderzoeken. Volgens haar leidden deze aanpassingen tot slechts minimale verbeteringen in de performance, bewijs volgens haar, dat de oorzaak van de problemen daar niet lag. Volgens

Gemeente Leeuwarden wordt dit nog eens bevestigd in het rapport van Microsoft over de kwaliteit van haar IT-infrastructuur. Gemeente Leeuwarden heeft echter geweigerd een afschrift van dit rapport aan Split~Vision te verschaffen. Zij heeft het ook niet in het geding gebracht. Aan haar bezwaar dat in dit rapport bedrijfsgevoelige informatie staat die niet voor derden is bestemd, had tegemoet kunnen worden gekomen indien zij haar gelijk daadwerkelijk met dit rapport had kunnen en willen onderbouwen. De rechtbank houdt het er dan ook voor dat er wel degelijk óók IT-infrastructurele oorzaken waren voor de te trage performance van het PDW-platform.

4.20.

Daarnaast stelt de rechtbank vast dat gebruikers van Gemeente Leeuwarden, tegen de berichten van Split~Vision in, lange tijd zijn doorgedaan met het structurele gebruik van het als tijdelijk bedoelde generieke zaakstype, daartoe tijdelijke zaaktypes bleven aanmaken en die nieuwe en al bestaande tijdelijke zaaktypes bleven vullen in plaats van definitieve zaakstypen te gebruiken of aan te (laten) maken. Daarmee is de omvang van het ontstane performanceprobleem vergroot, terwijl Gemeente Leeuwarden wist dat deze werkwijze dat effect op de performance had.

4.21.

Beide terecht verwijten aan het adres van Gemeente Leeuwarden staan niet in de weg aan het aannemen van een tekortkoming van Split~Vision. Dat de IT-infrastructuur mede oorzakelijk was voor de te trage performance van het PDW-platform laat onverlet dat sprake was van tekortschietende kwaliteit van de software van Split~Vision. Daarbij komt – zoals ook in 4.16 is overwogen – dat de op Split~Vision rustende zorgplicht meebracht dat zij de mogelijke impact van de infrastructurale situatie op de performance van het door haar geleverde PDW-platform steviger en duidelijker zou hebben gepresenteerd richting Gemeente Leeuwarden. Die zorgplicht bracht mee dat Split~Vision als IT-leverancier in de hiervoor omschreven capaciteiten gedurende het project ook de belangen van Gemeente Leeuwarden voor ogen had behoren te houden en haar adequaat en inzichtelijk had dienen te informeren over de risico's voor het welslagen van het project. Indien de zorgen over de infrastructuur voor het functioneren van het PDW-platform daadwerkelijk van dien aard waren als zij thans beweert, had Split~Vision om die reden eventueel moeten aansturen op opschorting van haar eigen prestaties of op beëindiging van de overeenkomst. Ook het voortdurende onjuiste gebruik aan de zijde van Gemeente Leeuwarden van tijdelijke en generieke zaaktypes staat niet in de weg aan het aannemen van een tekortkoming van Split~Vision, omdat dit weliswaar in belangrijke mate bijdroeg aan de omvang van de ontstane problemen, maar daarvoor niet oorzakelijk was. Op de vraag welke gevolgen wel moeten worden verbonden aan deze beide, in de risicosfeer van Gemeente Leeuwarden gelegen, omstandigheden gaat de rechtbank hieronder in 4.43 in.

De GAP-analyse en opgeleverde functionaliteiten

4.22.

Parallel aan de uitgevoerde onderzoeken naar de performanceproblemen hebben partijen in het voorjaar van 2017 de stand van zaken van het project ten opzichte van de aanbesteding in kaart gebracht met een GAP-analyse, waarvan verschillende versies zijn gemaakt. De meest uitgebreide versie is de versie van 30 mei 2017, die Split~Vision heeft opgesteld en aangevuld ten opzichte van twee eerdere versies uit februari en begin maart 2017. Met deze laatste versie van de GAP-analyse is per hoofdfunctionaliteit en deelfunctionaliteit met een kleurcodering aangegeven of deze is opgeleverd (groen), deels is opgeleverd (oranje) of nog niet is opgeleverd (rood). Split~Vision heeft daarbij per (deel)functionaliteit in een kolom aangegeven of die volgens haar binnen de aanbesteding viel (met andere woorden onder de oorspronkelijke reikwijdte van de PDW-overeenkomst) dan wel meerwerk betrof. Ook heeft zij in een aparte kolom haar inschatting van de mate van gereedheid uitgedrukt in een percentage, alsmede een beschrijving van de reden waarom van (volledige) oplevering nog geen sprake was.

4.23.

Volgens Split~Vision was de GAP-analyse het gevolg van verschillende bij partijen levende interpretaties en verwachtingen inzake de te leveren functionaliteiten, mede door aanvullende maatwerkisen en veranderende prioriteringen van Gemeente Leeuwarden en de doorontwikkeling gedurende het traject. Daaruit kunnen volgens haar geen conclusies worden getrokken over tekortkomingen aan haar zijde. Gemeente Leeuwarden heeft gemotiveerd weersproken dat sprake was van aanvullende wensen ten opzichte van het Bestek en stelt dat wijzigingen in prioritering het gevolg waren van de door Split~Vision veroorzaakte vertragingen in het traject.

4.24.

Zoals ook in 4.10 is vastgesteld, zijn in de PDW-overeenkomst (en het daarvan onderdeel uitmakende Bestek) de door Gemeente Leeuwarden gevraagde en door Split~Vision te leveren functionaliteiten dermate ruim omschreven, dat ten behoeve van de ontwikkeling en realisatie ervan een concretisering diende plaats te vinden. Dat in dit traject niet steeds valt af te bakenen welke wensen en eisen van Gemeente Leeuwarden redelijkerwijs binnen het Bestek vallen en welke niet meer, is daarvan een te verwachten en dus voor Split~Vision als softwareontwikkelaar bij het inschrijven op de

aanbesteding en het aangaan van de PDW-overeenkomst te voorzien gevolg. Het lag dan ook primair op haar weg om hierover gaandeweg het traject de vinger aan de pols te houden en richting Gemeente Leeuwarden telkens tijdig duidelijkheid te verschaffen wanneer in haar ogen sprake was van meerwerkwenen ten opzichte van het Bestek en daarover vooraf tot heldere afspraken te komen, om discussie daarover achteraf te voorkomen. Daar waar Split~Vision stelt dat de wensen van Gemeente Leeuwarden zo goed als wekelijks veranderden en haar zo het presteren onmogelijk werd gemaakt, mocht van haar worden verwacht dat zij daarover aan de bel trok en regie nam over het ontwikkelproces, in plaats van mee te bewegen met de – in haar ogen kennelijk onwerkbaar en niet overeengekomen – wensen van haar opdrachtgever. Gesteld noch gebleken is dat zij dat heeft gedaan.

4.25.

Uit de door Split~Vision opgestelde GAP-analyse van 30 mei 2017 blijkt verder dat ook in háár ogen op dat moment nog een aanzienlijk aantal van de wél binnen het Bestek (de aanbesteding) vallende functionaliteiten niet volledig of niet waren opgeleverd. Dat dit het gevolg was van nadere prioriteringen door Gemeente Leeuwarden, zoals Split~Vision stelt, kan zo zijn. Split~Vision heeft echter de achtergrond van die nadere prioriteringen niet toegelicht. Aannemelijk is dan ook, zoals Gemeente Leeuwarden aanvoert, dat bijstelling van prioriteiten noodzakelijk was in verband met de sinds maart 2016 opgetreden, aan Split~Vision toe te rekenen, performanceproblematiek en de met het oplossen daarvan gemoeide tijd, die anders aan de doorontwikkeling van de overige (deel)functionaliteiten had kunnen worden besteed, althans aan het gezamenlijk concretiseren van de ook ter zake het Postproces aanvankelijk ruim omschreven functionaliteiten. Uit de stellingen van partijen blijkt niet dat na oplevering van het Postproces in maart 2016 andere acties zijn ondernomen dan het goed werkend krijgen in de productieomgeving van Gemeente Leeuwarden en de DDFK-gemeenten van het Postproces, overlopend in de performanceonderzoeken en het oppakken van de daaruit voorkomende aanbevelingen en uitmondend in het optimalisatieplan van Split~Vision en de Q1 en Q2 releases.

4.26.

Gemeente Leeuwarden stelt dan ook terecht dat in maart 2017, ruim twee jaar na de start van de looptijd van de PDW-overeenkomst, ten tijde van de presentatie van het optimalisatieplan en de aankondiging van de Q1 en Q2 releases, niet alleen het opgeleverde Postproces qua performance nog niet naar behoren functioneerde, maar ook dat verschillende andere binnen het Bestek vallende functionaliteiten nog niet (volledig) waren opgeleverd. Met Gemeente Leeuwarden is de rechtbank van oordeel dat Split~Vision daarmee ook op dit vlak tekortschoot in de nakoming van haar verplichtingen onder de PDW-overeenkomst.

De Q1 en Q2 releases en verzuim van Split~Vision

4.27.

Volgens Split~Vision zouden de in 4.26 genoemde gebreken (de noodzakelijke verbeteringen vanwege de performance problemen en de volgens de GAP-analyse nog openstaande punten binnen het Bestek) met de Q1 en Q2 releases worden aangepakt en heeft zij dit in de presentatie van het optimalisatieplan op 7 maart 2017 aan Gemeente Leeuwarden duidelijk gemaakt.

4.28.

Split~Vision heeft niet voldoende gemotiveerd weersproken dat haar prestaties op dat moment opeisbaar waren. Zij heeft slechts (in het kader van haar betoog dat Gemeente Leeuwarden in schuldeisersverzuim is geraakt, dat hieronder in 4.31 wordt besproken) aangevoerd dat “de afspraken uit 2015 en 2016 waren vervallen” en “dat als gevolg van de daadwerkelijke werkwijze en afspraken geldt dat de oplevering van de dertien hoofdfunctionaliteiten nog niet opeisbaar was geworden”. Op welke concrete afspraken zij hier het oog heeft, heeft zij niet nader toegelicht. Het gegeven dat de in het Bestek neergelegde planning al in 2015 is verlaten (en deze niet meer als fataal gold) en nadien geen expliciete nieuwe termijn voor oplevering van alle functionaliteiten is overeengekomen, betekent niet dat Gemeente Leeuwarden daarvan geen nakoming meer kon vorderen, zoals Split~Vision suggereert. Split~Vision bleef immers in elk geval gehouden te presteren binnen de termijn die zij daarvoor redelijkerwijs nodig had. In het licht van het gegeven dat zij in maart 2016 al een aanzienlijk deel van de functionaliteiten – samenkomend in het Postproces – had opgeleverd en Gemeente Leeuwarden in de ogen van Split~Vision al geruime tijd gehouden was tot betaling van de gebruiksvergoeding, valt, zonder nadere onderbouwing, niet in te zien dat haar verbintenis tot het opleveren van een naar behorend functionerend PDW-platform in januari 2017 nog niet opeisbaar was. Dat de planning in de loop van het traject vanwege de gerezen performanceproblemen in het Postproces herhaaldelijk is verschoven, kan gelet op hetgeen hiervoor is overwogen niet aan Gemeente Leeuwarden worden toegerekend en doet aan de opeisbaarheid van de prestaties van Split~Vision niet af.

4.29.

Gemeente Leeuwarden stond dan ook in haar recht toen zij Split~Vision op 21 april 2017 in gebreke stelde en een duidelijke termijn gaf voor de correcte nakoming. Volgens Split~Vision heeft Gemeente Leeuwarden deugdelijke nakoming echter

verhinderd, omdat Gemeente Leeuwarden heeft geweigerd de Q1 en Q2 releases, die Split~Vision binnen de haar gestelde termijn voor nakoming gereed had, in productie te nemen.

4.30.

Split~Vision kan hierin niet worden gevolgd. Vast staat immers (zie 2.25 en 2.26) dat zij in de loop van eind april/begin mei 2017 en later opnieuw eind mei 2017 haar activiteiten met betrekking tot de implementatie van de releases heeft opgeschort in verband met de door Gemeente Leeuwarden gestaakte betaling van de gebruiksvergoeding per januari 2017.

Split~Vision heeft de stelling van Gemeente Leeuwarden niet weersproken dat zij verdere ondersteuning bij de implementatie van de releases afhankelijk heeft gesteld van een hervatting van betalingen door Gemeente Leeuwarden. Tot die opschorting was Split~Vision niet gerechtigd. Zij kwam immers haar verplichtingen onder de PDW-overeenkomst niet na en was daarvoor inmiddels bovendien terecht ingebrekegesteld. In verband met die niet-nakoming heeft Gemeente Leeuwarden de betaling van de gebruiksvergoeding per januari 2017 ook mogen opschorten (daargelaten de discussie over de juistheid van de gebruikersaantallen). Dat de daartoe op grond van artikel 6:52 BW en 6:262 BW vereiste samenhang tussen de wederzijdse verplichtingen van partijen ontbreekt heeft Split~Vision wel aangevoerd, maar niet toegelicht. Zonder die toelichting valt niet in te zien waarom die nauwe samenhang – het gaat immers om wederkerige hoofdverbintenissen onder de PDW-overeenkomst – ontbreekt. De door Split~Vision gevorderde verklaring voor recht met betrekking tot de onrechtmatigheid van deze opschorting (zoals weergegeven onder 3.1 onder (i)) is dus niet toewijsbaar.

4.31.

Split~Vision heeft de nakoming van haar verplichtingen – aangekondigd met de Q1 en Q2 releases – dus ten onrechte afhankelijk gemaakt van betaling door Gemeente Leeuwarden van (een deel van) de gebruiksvergoeding. Zij heeft niet alsnog correct gepresteerd. Zij is met ommekomst van de haar gestelde termijnen in de ingebrekestelling van 21 april 2017 in verzuim geraakt.

4.32.

Anders dan Split~Vision stelt was toen geen sprake van schuldeisersverzuim aan de kant van Gemeente Leeuwarden, dat zou verhinderen dat zij zelf in verzuim raakte. Als gezegd was Gemeente Leeuwarden gerechtigd tot opschorting van haar betalingsverplichting vanwege de niet nakoming door Split~Vision, zodat geen sprake is van de situatie als bedoeld in artikel 6:59 BW. Bovendien heeft Split~Vision niet gesteld dat het staken van de betaling van de gebruiksvergoeding door Gemeente Leeuwarden haar eigen nakoming heeft verhinderd, hetgeen voor een geslaagd beroep op schuldeisersverzuim op de voet van artikel 6:58 BW een vereiste is.

Ontbinding en ongedaanmakingsverbintenissen

4.33.

Het partijdebat over het verloop van de onderhandelingen over een addendum bij de PDW-overeenkomst dat vanaf de tweede helft van 2017 heeft plaatsgevonden, kan onbesproken blijven. Vast staat dat dit niet tot andersluidende afspraken of alsnog tot correcte nakoming door Split~Vision heeft geleid. Het heeft daarom aan de tekortkoming van de kant van Split~Vision en haar verzuim niets veranderd. Gemeente Leeuwarden was dan ook bevoegd om over te gaan tot ontbinding van de PDW-overeenkomst, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet zou rechtvaardigen.

4.34.

Split~Vision heeft gesteld dat haar tekortkoming de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt en dat daarbij alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn. Split~Vision stelt daartoe dat de bijzondere aard van de IT-overeenkomst en het feit dat IT-projecten doorgaans complex zijn, maakt dat Gemeente Leeuwarden als opdrachtgever met vertraging rekening diende te houden. Daarnaast stelt Split~Vision dat de omvang van haar tekortkoming te gering was om ontbinding te rechtvaardigen, omdat zij alleen nog de Q1 en Q2 releases diende op te leveren. Daartegenover staat volgens Split~Vision de ernst van de gevolgen die een ontbinding voor haar heeft, omdat zij alleen al in termen van gemaakt kosten en inkomstenderving miljoenen op dit project zou verliezen en ook reputatieschade zou lijden.

4.35.

Of de tekortkoming van Split~Vision deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt, moet worden beoordeeld in het licht van alle omstandigheden van het geval. De rechtbank is van oordeel dat de tekortkoming de door Gemeente Leeuwarden ingeroepen ontbinding rechtvaardigt. Daartoe moet worden vastgesteld dat het Split~Vision ten tijde van de ontbinding – op 17 april 2018 dus ruim drie jaar na de start van de overeenkomst – niet was gelukt een naar behoren functionerend PDW-platform op te leveren. Gelet op al hetgeen hiervóór is overwogen ten aanzien van haar tekortkoming, kan zij zich ten aanzien van dat tijdsverloop niet verschuilen achter de complexiteit die nu eenmaal doorgaans met IT-projecten gepaard gaat.

Deze tekortkoming betreft, zoals Gemeente Leeuwarden terecht aanvoert, de kernprestatie van Split~Vision onder de PDW-overeenkomst. Gering kan haar tekortkoming dus niet worden genoemd. Split~Vision stelt dat zij met de Q1 en Q2 releases nog maar een paar stappen verwijderd was van het doen slagen van het project en dat Gemeente Leeuwarden haar dit heeft verhinderd. Wat er zij van de vraag of Split~Vision met succesvolle implementatie van deze beide releases inderdaad alsnog correct en volledig zou hebben gepresteerd, aangezien Gemeente Leeuwarden dit weerspreekt, in ieder geval ontbreken de aanknopingspunten om aan te nemen dat Gemeente Leeuwarden de implementatie van die releases heeft geweigerd. Het is Split~Vision geweest die haar werkzaamheden daartoe ten onrechte heeft opgeschort. Dat zij nadien alsnog onvoorwaardelijke nakoming heeft aangeboden is gesteld noch gebleken. Gemeente Leeuwarden was dus gerechtigd de ontbinding van de PDW-overeenkomst in te roepen. Dat de gevolgen daarvan voor Split~Vision aanmerkelijk zijn, maakt dat op zichzelf niet anders.

4.36.

Gemeente Leeuwarden heeft dan ook met haar ontbindingsverklaring van 17 april 2018 de PDW-overeenkomst terecht ontbonden, behoudens de zogenoemde Fase1-koppelingen. De onder 3.1. (ii) weergegeven verklaring voor recht die Split~Vision vordert, dat deze ontbinding geen effect heeft gehad kan niet worden toegewezen. De vordering van Gemeente Leeuwarden onder 3.4. (i) is wel toewijsbaar.

4.37.

Door deze partiële ontbinding zijn partijen bevrijd van hun uit het ontbonden deel van de PDW-overeenkomst voortvloeiende verbintenissen en zijn in zoverre voor de al verrichte prestaties over en weer ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan. Sluit de aard van de prestatie uit dat zij ongedaan wordt gemaakt, dan treedt daarvoor een vergoeding in de plaats ten belope van haar waarde op het tijdstip van de ontvangst. Heeft de prestatie niet aan de verbintenis beantwoord, dan wordt deze vergoeding beperkt tot het bedrag van de waarde die de prestatie voor de ontvanger op dit tijdstip in de gegeven omstandigheden werkelijk heeft gehad.

4.38.

De overeenkomst is alleen in stand gebleven voor wat betreft de door Split~Vision geleverde Fase1-koppelingen ter waarde van € 115.000,- exclusief btw. Tot betaling van dat bedrag blijft Gemeente Leeuwarden dus gehouden, zoals zij ook onderkent.

4.39.

Tot betaling van de door Split~Vision vanaf januari 2017 tot aan de dagvaarding in rekening gebrachte gebruiksvergoeding is Gemeente Leeuwarden ten gevolge van de ontbinding niet meer gehouden. De grondslag daarvoor en voor verdere nakoming is vervallen. Dit leidt tot afwijzing van de daartoe strekkende vorderingen in conventie (zie de vorderingen weergegeven in 3.1 (iii) en (iv)).

4.40.

Door Gemeente Leeuwarden onder de PDW-overeenkomst reeds betaalde bedragen dient Split~Vision terug te betalen. Partijen zijn het niet eens over de optelsom van deze bedragen. Gemeente Leeuwarden stelt dat dit een bedrag van € 920.152,04 exclusief btw is en verwijst daartoe naar een niet nader toegelicht overzicht met facturen. Split~Vision betwist de juistheid daarvan, stellende dat Gemeente Leeuwarden de bedragen voor de koppelingen dubbel heeft geteld. Gemeente Leeuwarden heeft na deze betwisting niet nader toegelicht of onderbouwd welk bedrag zij meent al te hebben betaald aan Split~Vision. De optelsom van Split~Vision kan echter evenmin worden gevolgd, omdat die voorbijgaat aan de door Gemeente Leeuwarden onbetwist wel betaalde gebruiksvergoedingen en een betaling van € 40.000,- gedurende de addendumonderhandelingen.

Bij deze stand van zaken, ziet de rechtbank aanleiding om voor de bepaling van dit bedrag uit te gaan van het door Gemeente Leeuwarden in haar ontbindingsverklaring genoemde bedrag (zie 2.30) van € 861.061,- exclusief btw. Dat hierin het bedrag van € 115.000,- exclusief btw voor de Fase1-koppelingen niet is begrepen, volgt uit de door Split~Vision niet weersproken opgave van de in totaal gefactureerde en betaalde koppelingen (paragraaf 8.2 van de conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie).

4.41.

Partijen zijn het er over eens dat de door Split~Vision tot de ontbinding geleverde prestaties zich niet lenen voor ongedaanmaking, zodat Gemeente Leeuwarden gehouden blijft de waarde van deze prestaties te vergoeden. Gemeente Leeuwarden kan niet worden gevolgd in haar stelling dat de door Split~Vision wel geleverde software en overige in verband daarmee verrichte prestaties van geen enkele waarde voor haar is geweest. Het tegendeel volgt reeds uit haar ontbindingsbrief, waarin zij ook uitlegt dat redelijkerwijs niet van haar kan worden verwacht dat zij het gebruik van de door Split~Vision geleverde software onmiddellijk staakt. Uit deze brief blijkt dat Gemeente Leeuwarden de software wel degelijk op dat moment gebruikte ter ondersteuning van haar bedrijfsprocessen en dat de continuïteit daarvan bij onmiddellijke

staking van het gebruik van de software in gevaar zou komen. Daarom ligt in de rede Gemeente Leeuwarden te volgen in haar subsidiaire standpunt en de prestaties van Split~Vision voor Gemeente Leeuwarden te waarderen op 40% van de overeengekomen (en betaalde) bedragen. Aanknopingspunten voor een andere – hogere – waardering heeft Split~Vision niet aangereikt. Zij heeft weliswaar het vermoeden geuit dat Gemeente Leeuwarden tot ver na de ontbinding en zelfs ten tijde van de dagvaarding nog met haar PDW-software zou hebben gewerkt, maar dit heeft Gemeente Leeuwarden ten stelligste weersproken en Split~Vision heeft dit niet verder geconcretiseerd.

4.42.

Dit leidt ertoe dat Gemeente Leeuwarden 40% van € 861.061,- exclusief btw dient te vergoeden aan Split~Vision voor de door Split~Vision verrichte en niet ongedaan te maken prestaties. Dit komt neer op een bedrag van € 344.424,40 exclusief btw.

Split~Vision moet dus in beginsel een bedrag van € 516.636,60 (60% van € 861.061,-) exclusief btw aan Gemeente Leeuwarden terugbetalen, als resultante van de over en weer ongedaan te maken prestaties.

4.43.

Naar het oordeel van de rechtbank wordt met deze uitkomst echter onvoldoende recht gedaan aan de omstandigheden van dit geval, in het bijzonder aan de belangen van Split~Vision als schuldenaar in verhouding tot de hiervoor besproken, in de risicosfeer van Gemeente Leeuwarden als schuldeiser gelegen omstandigheden, die mede van invloed zijn geweest op het mislopen van het project. Zoals hiervoor is overwogen, voert het in de gegeven omstandigheden te ver om te kunnen concluderen dat de tekortkoming van Split~Vision de ontbinding niet rechtvaardigt. Dat wordt niet anders wanneer de tekortschietende IT-infrastructuur en het onjuiste gebruik van de zaakstypes aan de zijde van Gemeente Leeuwarden daarbij wordt betrokken. Een dergelijke conclusie zou miskennen dat het zwaartepunt van de verantwoordelijkheid voor het mislopen van het project bij Split~Vision moet worden gezocht, waarbij het aan Gemeente Leeuwarden ontzeggen van de bevoegdheid om de PDW-overeenkomst te ontbinden bij de huidige stand van zaken niet past. Het partijdebat biedt verder onvoldoende feitelijke aanknopingspunten om met inachtneming van die omstandigheden tot een voldoende bepaalde (nadere) (kwalitatieve of kwantitatieve) gedeeltelijke ontbinding te komen. Een en ander laat onverlet dat met de algehele ontbinding waartoe Gemeente Leeuwarden derhalve gerechtigd was, naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende recht wordt gedaan aan de – niet weersproken – ingrijpende gevolgen van de ontbinding voor Split~Vision, het aandeel van Gemeente Leeuwarden in deze uitkomst en de als gevolg van dat aandeel door Split~Vision gemaakte en gedeclareerde en door Gemeente Leeuwarden betaalde kosten die Split~Vision aan Gemeente Leeuwarden moet terugbetalen bij een onverkorte toepassing van (de gevolgen van) die ontbinding. Dit zijn gezichtspunten die een relevante factor vormen bij de afweging over de redelijkheid van de gevolgen van een ingeroepen ontbinding op de voet van artikel 6:265 BW, zoals onder meer wordt bevestigd in het arrest van de Hoge Raad van 28 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1810, Eigen Haard). Voor een dergelijke toepassing van de werking van de redelijkheid en billijkheid bestaat in een voorkomend geval ruimte, naast de afweging die plaatsvindt in het kader van de toepassing van de tenzij-formule van artikel 6:265 lid 1 BW, wanneer – zoals hier – niet alle relevante omstandigheden op een evenwichtige manier kunnen worden verdisconteerd bij de toepassing van die tenzij-bepaling (zie 3.8.4 van dit arrest). De rechtbank acht een beroep op een dergelijke werking van de redelijkheid en billijkheid besloten in de stellingen van Split~Vision. Zij ziet gelet op de genoemde gezichtspunten in de gegeven omstandigheden aanleiding om de uit de ontbinding voor Split~Vision voortvloeiende ongedaanmakingsverbintenis in een redelijke verhouding te brengen met deze gezichtspunten.

4.44.

Op basis van het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat 30% van het in 4.42 genoemde bedrag van € 516.636,60 exclusief btw voor rekening van Gemeente Leeuwarden dient te blijven (€ 154.990,98). Daarmee zijn de in 4.43 genoemde gezichtspunten, in onderling verband beschouwd, in voldoende mate tot uitdrukking gebracht. Per saldo resteert derhalve een bedrag van (€ 516.636,60 minus € 154.990,98, oftewel) € 361.645,62 exclusief btw, dat Split~Vision dient te betalen aan Gemeente Leeuwarden uit hoofde van de op haar rustende ongedaanmakingsverbintenis.

[...]

Noot

Auteur: W.F.R. Rinzema^[1]

Noot

1.

In dit fraai geschreven vonnis passeren veel interessante onderwerpen de revue. Zo rijst de vraag hoe de agile/scrum-projectmethodiek zich verhoudt tot afgesproken uiterste leveringstermijnen. En komt de vraag aan de orde of fatale data blijven gelden wanneer beide partijen steken hebben laten vallen. Ook aandacht voor de minimale performance die een opdrachtgever van een IT-systeem mag verwachten. En ten slotte de vraag of de redelijkheid en billijkheid een rol spelen bij de vaststelling van de omvang van de ongedaanmakingsverplichting. Zelf voeg ik daar nog een vraag aan toe, namelijk: past de agile/scrum-projectmethodiek sowieso in het aanbestedingsrecht?

2.

Om met het laatste te beginnen. Aan de onderhavige PDW²-overeenkomst was een Europese aanbesteding voorafgegaan. Op basis van vaste Europese jurisprudentie betekent dit dat Leeuwarden als aanbesteder volstrekt transparant moe(s)t zijn over de voorwaarden van de aanbesteding. Dit vertaalt zich zowel in de omschrijving van de inhoud van de opdracht als in de gunningscriteria waarmee de winnaar van de aanbesteding wordt vastgesteld.³ Na gunning van de opdracht is wijziging daarvan maar beperkt mogelijk, zeker als daardoor de balans in het voordeel van de leverancier doorslaat.⁴ Dit zou het geval kunnen zijn als de leverancier uiteindelijk veel meer gaat verdienen aan het contract dan bij de aanbesteding redelijkerwijs kon worden voorzien.

3.

In dit geval waren de dertien hoofdfunctionaliteiten van het als PDW aangeduide systeem in het Bestek slechts op hoofdlijnen beschreven. Niettemin bevatte het Bestek een planning met deellieferingen en harde ('fatale') leveringsdata. In dat kader is aanbestedingsrechtelijk een later in het project uitgevoerde GAP-analyse,⁵ waarbij "*per (deel)functionaliteit in een kolom wordt aangegeven of die binnen de aanbesteding valt dan wel meerwerk betreft*", niet zonder meer toelaatbaar. Althans voor zover een aanbesteder als gevolg daarvan meerwerk gaat opdragen en daardoor de overeenkomst 'wezenlijk wijzigt'.⁶ De constatering van de rechtbank dat Split-Vision vooraf had moeten waarschuwen voor de gevolgen van het gebruik van de scrummethodiek is aanbestedingsrechtelijk dus niet zonder gevolgen. Een aanbestedende dienst die zo'n waarschuwing van een gegadigde ter harte neemt zal hierdoor mogelijk de aanbesteding moeten 'overdoen' en haar eisen en wensen op een andere, wel meetbare wijze moeten formuleren. Het terugtrekken en opnieuw in de markt plaatsen van een aanbesteding is overigens ook weer niet zomaar mogelijk.⁷ De vraag is dus welke ruimte er in een aanbesteding werkelijk is om met zo'n waarschuwing aan de slag te gaan.

4.

Of de scrummethodiek zich niet laat rijmen met een planning die vaste termijnen kent, zoals Split-Vision betoogt, is inderdaad een goede vraag. Scrum is onderdeel van de zogenoemde Agile-softwareontwikkelingsmethode. Deze methode vloeit voort uit het Agile Manifesto.⁸ De meeste agile-methoden pogen de risico's van een project te verminderen door (werkende) software te ontwikkelen in korte overzichtelijke perioden ('time boxes'). Volgens [Wikipedia](#) wordt "*Scrum vaak gebruikt bij producten waarvan de klant c.q. gebruiker nog niet goed weet wat hij wil en waarbij men al doende leert om de eisen en wensen beter te beschrijven en in bruikbare producten om te zetten*".⁹ Die omschrijving van Scrum zou in het voordeel van het standpunt van Split-Vision pleiten. Betere bestudering van de Agile-softwareontwikkelingsmethoden leert echter dat ook bij gebruik van die methodieken prioriteiten kunnen worden gesteld. Uit de eisen en wensen, die in de Product Backlog zijn vastgelegd, kunnen partijen gedurende het product namelijk input halen voor het werk dat in een Sprint wordt gedaan. Hierbij kunnen keuzes worden gemaakt, waarbij het uitgangspunt geldt dat per Sprint werkende producten worden opgeleverd. Leeuwarden had aan de in het Bestek beschreven hoofdfunctionaliteiten een versieplanning verbonden. Het was dus aan de bij het project betrokken partijen om door het maken van keuzes uit de inhoud van de Product Backlog(s) die planning te realiseren. Dat moest ook want de beschreven hoofdfunctionaliteiten waren zodanig algemeen geformuleerd (bijvoorbeeld "*digitaal klanten kunnen helpen*") dat dergelijke keuzes onvermijdelijk waren. In het spel waar Leeuwarden "*binnen deze dertien hoofdfunctionaliteiten termen (had) benoemd die zij voor de realisering van het project van belang vond*" was het aan het scrumteam om die 'termen' in de geaccepteerde planning te verankeren dan wel tijdig aan te geven dat een en ander niet (volledig) haalbaar was. Op dat vlak is de agile/scrum-methode dus flexibel.

5.

Als partijen later in het project 'gaps' constateren, rijst de vraag of de (oorspronkelijk) fatale planning nog door Leeuwarden kan worden ingeroepen. Bovendien lijken in dit geval beide partijen – populair gezegd – 'boter op hun hoofd hebben' ten aanzien van de oorzaak van de vertraging. Voor Leeuwarden gaat het hierbij om het feit dat haar ICT-infrastructuur aanvankelijk niet op orde was¹⁰ en dat haar gebruikers structureel acties op het verkeerde zaaktype boekten waardoor "*het aantal openstaande acties opstapelde tot meer dan 15.000*". Voor Split-Vision het feit dat de architectuur van de software slecht was, wat in belangrijke mate bijdroeg aan de performanceproblemen.

6.

Het komt vaker voor dat opdrachtgevers – na aanvankelijk te hebben meegebogen – de oorspronkelijke planning weer uit de

kast halen. Zeker als daarover was overeengekomen dat deze fataal zou zijn. Rechters zijn echter niet vaak geneigd om daarin mee te gaan. Via uitleg of de band van 'rechtsverwerking' wordt die route vaak afgesneden.^[11] Ook in dit geval had Leeuwarden volgens de rechtbank afstand gedaan van haar rechten zich op de oorspronkelijke planning te beroepen c.q. had die rechten verwerkt. Van belang was volgens de rechtbank dat Leeuwarden haar ICT-infrastructuur aanvankelijk niet op orde had, terwijl Split~Vision haar zelfs voor de gevolgen hiervan had gewaarschuwd. Bovendien waren partijen gezamenlijk van die planning afgeweken en had Leeuwarden Split~Vision niet eerder duidelijk gemaakt dat zij aan de oorspronkelijke planning bleef hechten.

7.

Toch is die conclusie niet altijd billijk. Bijvoorbeeld in het geval dat een opdrachtgever 'meebuigt' op grond van het feit dat nieuwe, harde leveringsdata zijn toegezegd die vervolgens ook niet worden gehaald. In de zaak JBZ/Alert verriikten Hof 's-Hertogenbosch^[12] en de Hoge Raad de rechtstheorie door (kort gezegd) te oordelen dat een oorspronkelijk als fataal overeengekomen planning, die door partijen bewust verlaten is, kan 'herleven' wanneer ook de nieuwe planning niet wordt nagekomen. Met name het feit dat de leverancier er niet op mocht vertrouwen dat van de oorspronkelijk fatale planning afstand was gedaan droeg bij aan dat oordeel. Het beroep van Leeuwarden op die casus baat haar echter niet. "*Anders dan in die zaak lag de oorzaak van het bij aanvang af moeten loslaten van de overeengekomen planning niet bij de opdrachtnemer, maar in aan Gemeente Leeuwarden als opdrachtgever toe te rekenen omstandigheden*", oordeelt de rechtbank. Op die constatering valt af te dingen omdat het kwestieus is of in die arresten kan worden gelezen dat (alleen) Alert verantwoordelijk was voor de ontstane vertraging.

8.

Doordat de fatale planning dus niet meer geldt, herrijzen de normale wettelijke vereisten voor 'verzuim'. Interessant is om in dat kader weer even het arrest van de Hoge Raad in de zaak Fraanje/Alukon^[13] te noemen waar duidelijk werd dat aan tussentijds geldende termijnen^[14] grote betekenis toekomt, zodat een ingebrekestellingstermijn eventueel kan worden verkort. Hof 's-Hertogenbosch gebruikte dit gegeven in de zaak van het TweeSteden Ziekenhuis^[15] bovendien om een beroep op 'anticipatory breach' mogelijk te achten, waardoor het ziekenhuis de overeenkomst terecht kon ontbinden.

9.

Wanneer de rechtbank aanbeldt bij het vraagstuk van de (slechte) performance van het systeem, is het interessant te lezen dat Split~Vision als verweer aanvoert dat partijen "*niets zijn overeengekomen over performance-eisen of een maximale responstijd*". Ook al zou dat niet zo zijn, dan valt moeilijk in te zien dat een IT-systeem niet een gangbare performance zou moeten hebben.^[16] Lastig is het echter dat in casu de slechte performance niet alleen door het systeem van de leverancier lijkt te zijn veroorzaakt. In dit geval werd dat mogelijk (deels) veroorzaakt door de kwaliteit van de ICT-infrastructuur van de gemeente en door het gebruikersgedrag. De rechtbank meent echter dat die omstandigheden niet wegnemen dat Leeuwarden van Split~Vision mocht verwachten dat haar software van zodanige kwaliteit zou zijn dat die een acceptabele performance zou leveren.^[17] Hiermee raakt de rechtbank het door mij vaak verdedigde criterium 'kwaliteit van software'. De relevante ISO 25010-norm noemt dit aspect prestatie-efficiëntie (performance efficiency) en onderscheidt snelheid (Time-behaviour),^[18] Middelenbeslag (Resource utilization),^[19] en capaciteit (capacity).^[20] Gezien de in de software van Split~Vision geconstateerde problemen rijst in het licht van deze ISO norm ook de vraag hoe het met de onderhoudbaarheid (Maintainability) van de software is gesteld. Microsoft had op dat vlak immers "*a major overhaul*" vastgesteld.

10.

Onder randnummer 4.16 combineert de rechtbank de invulling van de wettelijke zorgplicht met bewijsrechtelijke vermoedens. Allereerst concludeert de rechtbank namelijk dat "*van een redelijk handelend en bekwaam IT-leverancier die software ontwikkelt, implementeert en daarover adviseert*" mag worden verwacht dat deze de regie neemt bij het achterhalen van de oorzaken van de performanceproblemen en duidelijk aangeeft dat de problemen naar haar oordeel bij Leeuwarden liggen en dat zij daardoor niet kan presteren". Vervolgens gaat de rechtbank er bewijsrechtelijk vanuit dat Split~Vision meende dat de oorzaak van de performanceproblemen bij haar lag omdat zij zich "*in 2016 en in het voorjaar van 2017 (heeft) gericht op het aanbrengen van verbeteringen in de functionaliteiten van het Postproces*". Volgens deze rechtbank moet er op dit punt gaande het project dus klare wijn geschonken worden door partijen, of in ieder geval door de leverancier. Doet hij dat niet dan mag de opdrachtgever een aanvaardbare performance van het IT-systeem verwachten.

11.

Diezelfde klare wijn wordt onder randnummer 4.21 verlangd. Weliswaar heeft de rechtbank op dat punt aanbeldt al onderkend dat ook Leeuwarden tekort was geschoten^[21] maar dat ontsloeg Split~Vision niet van haar zorgplicht. Het verlangde 'oog' voor de belangen van Leeuwarden bracht een informatieplicht mee ten aanzien van de risico's voor het

welslagen van het project. Als Split~Vision zich inderdaad zoveel zorgen had gemaakt over de infrastructuur van Leeuwarden *“als zij thans beweert, had Split~Vision om die reden eventueel moeten aansturen op opschorting van haar eigen prestaties of op beëindiging van de overeenkomst”*, oordeelt de rechtbank. Ook de opmerkingen van Split~Vision over het gebruikersgedrag doen aan die zorgplicht niet af. Dat een leverancier in dergelijke gevallen zijn prestaties zou moeten opschorten of zelfs het contract zou moeten beëindigen, is vanuit de praktijk gezien een zware eis omdat het de verstandhouding tussen partijen onder grote druk zal zetten. Maar begrijpelijk is deze gedachte van de rechtbank wel onder het motto: *“zachte heelmeeesters maken stinkende wonden”*.

12.

Als de rechtbank vervolgens op de uitgevoerde GAP-analyse ingaat, vat zij de verweren van Split~Vision aldus samen dat de gap het gevolg is van interpretatieverschillen, andere verwachtingen, aanvullende eisen en veranderende prioriteiten. Hoewel ik bepaald niet wil zeggen dat die verweren altijd onterecht zijn, worden zij wel vaak in IT-projecten gehoord. De rechtbank miskent de kwestie van interpretatieverschillen en afwijkende verwachtingen niet, maar meent dat dergelijke omstandigheden bij aanbestedingen als deze ‘all in the game zijn’ en dus voor risico van de leverancier als deelnemer aan de aanbesteding komen. Ik plaats daar echter een kanttekening bij. De vorm van de door de aanbestedder gekozen aanbestedingsprocedure is op dit punt namelijk van invloed. Binnen de randvoorwaarden van de Aanbestedingswet 2012 kan de aanbestedder namelijk zelf de flexibiliteit van de aanbestedingsprocedure bepalen, en daarmee ook de mogelijkheid tot reële communicatie tussen aanbestedder en gegadigde. Aan de ene kant van het spectrum van aanbestedingsprocedures staat de (volledig) openbare procedure waarin de communicatie tussen de betrokken partijen is beperkt tot een nogal formeel, schriftelijk vraag- en antwoord spel.^[22] Aan de andere kant staat onder andere de concurrentiegerichte dialoog die *“de ruimte (biedt) voor geschikte partijen om verschillende oplossingen aan te dragen om in de behoefte van de aanbestedende dienst te kunnen voorzien”*.^[23] Bij complexe IT-opdrachten komt het mij in het licht van de overwegingen in dit vonnis dan ook voor, dat er een verplichting rust op de aanbestedende dienst om voor een procedure te kiezen die ruimte biedt om *“interpretatieverschillen en afwijkende verwachtingen”* te voorkomen.

13.

In feite is het bovenstaande echter een ‘overweging ten overvloede’ van de rechtbank omdat deze vaststelt dat ‘uit de door Split~Vision opgestelde GAP-analyse van 30 mei 2017 blijkt dat ook in háár ogen op dat moment nog een aanzienlijk aantal van de wél binnen het Bestek (de aanbesteding) vallende functionaliteiten niet volledig of niet waren opgeleverd.’ Dit gegeven gekoppeld aan de mate van nakoming brengt de rechtbank tot de conclusie dat de prestatie in januari 2017 opeisbaar was waardoor de ingebrekestelling van Leeuwarden d.d. 21 april 2017 effect sorteert.

14.

De (partiële) ontbinding acht de rechtbank dus terecht waardoor de vraag rijst tot welke gevolgen de wettelijke ongedaanmakingsplicht van artikel 6:271 Burgerlijk Wetboek (BW) leidt. Onder randnummer 4.37 geeft de rechtbank het geldende wettelijke stelsel weer, waarbij een belangrijk element is of de schuldeiser baat heeft gehad van geleverde prestaties. In veel gerechtelijke procedures wordt gesteld dat een dergelijk profijt niet heeft plaatsgevonden. Tijdens de implementatiefase wordt het systeem immers nog niet gebruikt en vanaf het beoogde go-live moment werkt het systeem niet naar behoren, zo wordt aangevoerd. Er zijn diverse uitspraken van rechters die in die gedachtegang meegaan.^[24] In dit geval neemt de rechtbank aan dat er wel sprake is van enige waarde die de prestaties van Split~Vision voor Leeuwarden hebben gehad. Leeuwarden gebruikt bijvoorbeeld (delen van) de software ter ondersteuning van haar bedrijfsprocessen en zij stelt zelf *“dat de continuïteit daarvan bij onmiddellijke staking van het gebruik van de software in gevaar zou komen”*. Daardoor schat de rechtbank de waarde van dat ‘genot’ op 40% van het gevorderde bedrag van € 861.061. Maar daarmee is de zaak nog niet gedaan want over die waarde wordt vervolgens een saus van ‘redelijkheid-en-billijkheid’ gegoten. Een handeling die past in het huidige tijdsbeeld maar door de wat klassiekere juristen zal worden verfoeid. Duidelijk valt te lezen dat de rechtbank vindt dat – ook gezien het falen van Leeuwarden zelf – Split~Vision te hard wordt getroffen door een dergelijke uitkomst. Daarom trekt zij de Eigen Haard-jurisprudentie van de Hoge Raad^[25] door en meent zij dat de gedachtegang van de Hoge Raad ten aanzien van het tenzij-beginsel in artikel 6:265 BW ook kan worden toegepast op de vaststelling van de concrete gevolgen van de wettelijke ongedaanmakingsverplichting. Het Salomonsoordeel van deze rechtbank is dus enerzijds gebaseerd op de rechtvaardiging van de ontbinding in een situatie waarin ook de schuldeiser blaam treft. Wellicht heeft de rechtbank zich hierbij laten inspireren op de overweging van de Hoge Raad in de genoemde Eigen Haard-zaak dat de tenzij-regel van artikel 6:265 BW niet geldt wanneer van de schuldeiser niet kan worden gevergd *“dat hij met een tekortschietende wederpartij verder moet”*. Maar anderzijds worden de gevolgen van deze ruimte om te ontbinden via de band van een beperkter recht op ongedaanmaking gecorrigeerd.

15.

Hoewel de dogmatische juistheid van deze gedachtegang wellicht nog in hogere instanties zal blijken, komt de redenering in ieder geval tegemoet aan twee belangrijke problemen in de IT-projectenpraktijk. Het eerste probleem betreft de verplichting

om in een mislukt IT-project door te moeten gaan omdat er niet kan worden ontbonden. Voor succes is vaak goede samenwerking vereist en daardoor leidt dat 'moeten' vaak tot niets. Het tweede probleem is dat het 'winner-takes-it-all'-beginsel bij ongedaanmaking, dus volledige terugbetaling van hetgeen reeds is voldaan, te cru kan zijn. Zoals ook in dit geval is de schuldeiser immers vaak evenmin 'zonder zonden'. Het lijkt er daarom op dat de rechtbank deze partijen door haar vonnis op billijke wijze 'uit hun lijden heeft verlost'.

Voetnoten

[1]

Mr. W.F.R. Rinzema is advocaat bij Ventoux, IT-arbiter en IT-mediator (MfN).

[2]

Project Digitaal Werken.

[3]

HvJ EU 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*) en HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*).

[4]

HvJ EU 19 juni 2008 EU, C-454/06 (*Pressetext*).

[5]

Door het uitvoeren van een gap-analyse vergelijken partijen de tot dan toe gerealiseerde resultaten met de (uiteindelijk) gewenste resultaten. Het verschil tussen het door de opdrachtgever gewenste resultaat en het behaalde resultaat wordt als 'gap' aangeduid. Wanneer die 'gaps' geen onderdeel van de leveringsomvang vormden kan (of zal) de opdrachtgever besluiten meerwerkopdrachten te geven teneinde de gaps alsnog op te lossen.

[6]

De artikelen 2.163b t/m 2.163f Aanbestedingswet 2012.

[7]

Zie o.a. HvJ EU 11 december 2014, C-440/13 (*Croce Amica*).

[8]

Zie: <https://agilemanifesto.org/>.

[9]

https://nl.wikipedia.org/wiki/Scrum_ (softwareontwikkelmethode).

[10]

D.w.z. aan de randvoorwaarden genoemd in het IT-Governanceplan van Split~Vision voldeed.

[11]

Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 14 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1273, Hof Amsterdam, 7 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1987 en Rb. Rotterdam 3 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8583.

[12]

Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:480 en HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:426.

[13]

HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581.

[14]

Dus termijnen die moeten worden gehaald om de eindtermijn te kunnen halen.

[15]

Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4535.

[16]

Zo overwoog de Amsterdamse rechtbank dat "een klant immers van een deskundige ICT-dienstverlener die daarvoor marktconforme prijzen in rekening brengt, verwachten dat deze een systeem levert waarmee door de gemiddelde werknemer kan worden gewerkt. Zie: Rb. Amsterdam 18 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9635.

[17]

In dit geval wordt als norm voor de responsetijd maximaal drie seconden voor de verschillende functionele onderdelen gehanteerd. De rechtbank ontleent die norm aan de door partijen gehanteerde acceptatiecriteria en acht het daardoor niet van belang of partijen die norm met zoveel woorden waren overeengekomen.

[18]

De mate waarin antwoord- en verwerkingstijden en doorvoersnelheid van een product of systeem, tijdens de uitvoer van zijn functies, voldoet aan de

wensen.

[19]

De mate waarin de hoeveelheid en type middelen die gebruikt worden door een product of systeem, tijdens de uitvoer van zijn functies, voldoet aan de wensen.

[20]

De mate waarin de maximale limieten van een product- of systeemp parameter voldoet aan de wensen.

[21]

Ten aanzien van de kwaliteit van haar ICT-infrastructuur en het overbelasten van het systeem door gebruikers.

[22]

Via Nota's van Inlichtingen, waarin zowel de vragen als de antwoorden vaak uiterst beknopt worden weergegeven. Soms zijn antwoorden van aanbestedende diensten door hun beknoptheid zelfs nietszeggend.

[23]

Zie bijvoorbeeld <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/mogelijke-procedures/europese-specifieke-procedures-4>.

[24]

Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam, 29 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6592; Hof Den Haag 4 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2154; en Rb. Noord-Holland 14 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10021.

[25]

HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810.