

Computerrecht 2024/100

Geschil over de levering van een door DJI aanbestede softwareapplicatie die ervoor moet zorgen dat bepaalde primaire processen van DJI, zoals detentie en re-integratie van justitiabelen geautomatiseerd wordt ondersteund. Partijen zijn fatale termijnen overeengekomen die niet zijn gehaald. DJI mocht de overeenkomst ontbinden. Op grond van de ongedaanmakingsverbintenissen dient Unisys nog een bedrag aan DJI te voldoen. De door DJI eveneens gevorderde schadevergoeding en contractuele boete worden afgewezen. De kosten voor de SIG-audit en wettelijke rente ex artikel 6:119 BW worden eveneens toegewezen.

Rb. Den Haag 31-01-2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:762, m.nt. W.F.R. Rinzema

Instantie	Rechtbank Den Haag
Datum	31 januari 2024
Magistraten	Mr. J.L.M. Luiten, mr. I.A.M. Kroft en mr. N.B. Haverhoek
Zaaknummer	C/09/633538 / HA ZA 22-686
Noot	W.F.R. Rinzema
JCDI	JCDI:ADS962906:1
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:RBDHA:2024:762, Uitspraak, Rechtbank Den Haag, 31-01-2024
Wetingang	(art. 6:58, 6:83 sub a, 6:119, 6:119a, 6:270, 6:272 lid 1 en 2 en 6:266 lid 1 BW)

Essentie

Geschil over de levering van een door DJI aanbestede softwareapplicatie die ervoor moet zorgen dat bepaalde primaire processen van DJI, zoals detentie en re-integratie van justitiabelen geautomatiseerd wordt ondersteund. Partijen zijn fatale termijnen overeengekomen die niet zijn gehaald. DJI mocht de overeenkomst ontbinden. Op grond van de ongedaanmakingsverbintenissen dient Unisys nog een bedrag aan DJI te voldoen. De door DJI eveneens gevorderde schadevergoeding en contractuele boete worden afgewezen. De kosten voor de SIG-audit en wettelijke rente ex artikel 6:119 BW worden eveneens toegewezen.

Partij(en)

Rechtbank *Den Haag*

Team handel

Zaaknummer: C/09/633538 / HA ZA 22-686

in de zaak van

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Justitie en Veiligheid, Dienst Justitiële Inrichtingen), te Den Haag,
eiser in conventie,

verweerder in (deels) voorwaardelijke reconventie,

advocaat mr. P.J.S. de Jong-van den Bogaard te Amsterdam,

tegen

Unisys Nederland N.V., te Amsterdam,

gedaagde in conventie,

eiseres in (deels) voorwaardelijke reconventie,

advocaat mr. O.A. Sleeking te Amsterdam.

Partijen zullen hierna DJI en Unisys genoemd worden.

Uitspraak

1. De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 26 juli 2022, met producties 1 tot en met 53;
- de conclusie van antwoord in conventie tevens houdende conclusie van (deels) voorwaardelijke eis in reconventie, met producties 1 tot en met 58;
- de conclusie van antwoord in (deels) voorwaardelijke eis in reconventie, met producties 54 tot en met 60;
- het tussenvonnis van 7 juni 2023, waarbij een mondelinge behandeling is gelast;
- de akte van eiswijziging tevens akte overlegging producties van DJI, met producties 61 tot en met 63;
- de akte overlegging producties van Unisys met producties 59 tot en met 66.

1.2.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 12 oktober 2023. Daarbij hebben de advocaten het woord gevoerd aan de hand van spreekantekeningen die in het geding zijn gebracht. Partijen hebben over en weer hun standpunten verder toegelicht en vragen van de rechtbank beantwoord. De griffier heeft aantekening gemaakt van wat partijen tijdens de zitting hebben gezegd. Partijen zijn vervolgens nog met elkaar in overleg getreden, maar zijn er niet uitgekomen.

1.3.

Ten slotte is een nadere datum voor vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1.

DJI voert namens de minister van Justitie en Veiligheid straffen en vrijheidsbenemende maatregelen uit die door de rechter zijn opgelegd. Met 50 locaties verspreid over het land en met een personeelsbestand van circa 15.000 medewerkers is DJI een van de grootste overheidsorganisaties van Nederland. Een deel van de locaties zijn penitentiaire inrichtingen (PI's): gevangnissen en huizen van bewaring voor volwassenen.

2.2.

Unisys is onderdeel van de wereldwijd opererende Unisys Corporation, een technologiebedrijf met circa 20.000 werknemers. Unisys kent een lange historie en is werkzaam in veel sectoren en industrieën. In de overheidssector heeft Unisys haar expertise onder meer opgebouwd bij de Nederlandse Rijksoverheid.

2.3.

In 2015 heeft DJI een Europese Aanbestedingsprocedure gehouden voor de (stapsgewijze) vernieuwing van de informatievoorziening van DJI. Deze aanbesteding zag op de levering en implementatie van een Basisvoorziening Justitiabelen (hierna: de BVJ), waarna de bestaande, verouderde applicaties als Tulp GW, Tulp Selectie en de Lijst GVM konden worden uitgefaseerd. De BVJ is een kritieke softwareapplicatie die ervoor moet zorgen dat bepaalde primaire processen van DJI, zoals detentie en re-integratie van justitiabelen geautomatiseerd wordt ondersteund. Hierbij is onder meer te denken aan een overzicht van beschikbare cellen, wie in welke cel zit, met welke beperkingen, wanneer een persoon in aanmerking komt voor verlof en vrijlating en welke goederen deze persoon bij opname bij zich droeg.

2.4.

Unisys heeft op deze aanbesteding ingeschreven met het Unisys Law Enforcement Application Framework (hierna: U-LEAF). Haar inschrijving is aangemerkt als de winnende inschrijving. DJI heeft vervolgens, na verificatie van de inschrijving, de opdracht aan Unisys gegund, waarna op 31 maart 2016 tussen partijen de Overeenkomst Basisvoorziening Justitiabelen (hierna: de Overeenkomst) is gesloten.

2.5.

In artikel 2 zijn de doelen van de Overeenkomst als volgt geformuleerd:

“2.1

Doel van de Overeenkomst is dat Opdrachtgever uiterlijk op 15 april 2017, ten behoeve van de Voorlopige Acceptatie, respectievelijk 15 september 2017, ten behoeve van de Definitieve Acceptatie de beschikking heeft over een goed werkende BVJ die aan de eisen van deze Overeenkomst voldoet en die de acceptatietesten dus met succes kan doorstaan, dat de BVJ tijdig Geïmplementeerd wordt binnen de organisatie van Opdrachtgever en dat de BVJ ook tijdens de fase Gebruik en Beheer zal blijven functioneren op de overeengekomen wijze.

2.2

Doel van de Overeenkomst is voorts dat Opdrachtnemer een BVJ oplevert die bestaat uit proven technology. Met het oog daarop garandeert Opdrachtnemer dat ten minste 80% van de in de aanbesteding toegekende punten behorende bij de functionaliteiten van de door hem aangeboden BVJ bestaat uit Standaardprogrammatuur die voorafgaand aan de totstandkoming van de Overeenkomst reeds eenmaal is geïmplementeerd bij een derde-opdrachtgever. (...)Indien blijkt dat Opdrachtnemer deze garantieverplichting niet nakomt, heeft Opdrachtgever, onverminderd de elders in de Overeenkomst en in de wet aan hem toegekende rechten, de bevoegdheid om een boete in rekening te brengen aan Opdrachtnemer. Deze boete wordt berekend door het aantal punten dat Opdrachtgever in het kader van de aanbesteding aan Opdrachtnemer heeft toegekend in verband met functionaliteit waarvan Opdrachtnemer ten onrechte heeft aangegeven in de vorm van Standaardprogrammatuur te zullen leveren, te vermenigvuldigen met € 20.000,-. (...)

2.3

Doel van de Overeenkomst is voorts dat Opdrachtnemer de BVJ gedurende tien jaar zal Beheren en zal Onderhouden en dat Opdrachtgever vervolgens, na beëindiging van de Overeenkomst, de BVJ zelfstandig of met behulp van derden kan beheren, onderhouden en (door)ontwikkelen, zonder dat Opdrachtgever daarbij afhankelijk is van Opdrachtnemer. (...)

2.6.

Artikel 26 van de Overeenkomst met als opschrift "Oplevering en Acceptatie" bevat het volgende derde lid:

"26.3

Uiterlijk op 15 september 2017 - na Voorlopige Acceptatie en na afronding van de Proefimplementaties - zal Opdrachtnemer de BVJ Opleveren. (...)

2.7.

Artikel 27 van de Overeenkomst met als opschrift "De status van termijnen tijdens de fase Realisatie en Implementatie" luidt, voor zover nu van belang, als volgt:

" (...)

27.2

De voor Oplevering overeengekomen mijlpaal, alsmede de termijn als bedoeld in artikel 26.8 zijn een fatale termijn, onder meer ook in die zin dat Opdrachtnemer na het verstrijken van die termijn direct in verzuim verkeert.

27.3

De overige tussen Partijen overeengekomen termijnen die onderdeel uitmaken van de fase Realisatie en Implementatie zijn niet fataal. Termijnen die Partijen overeenkomen na een eerdere termijnoverschrijding zijn wel steeds fataal, evenals de bij een ingebrekestelling gestelde termijn.

27.4

Als Opdrachtgever na het verstrijken van een fatale termijn - om wat voor reden dan ook - besluit om niet tot ontbinding van de Overeenkomst over te gaan, leidt dit niet tot verval van verzuim of enige verwerking van rechtsmiddelen, ook niet als Opdrachtgever alsnog instemt met een gewijzigde termijn.”

2.8.

Artikel 35 met als opschrift “Exit” bevat het volgende tweede en zesde lid:

“(..)

35.2

Opdrachtnemer zal (...) het (...) Exitplan uitwerken. (...) Het exitplan dient rekening te houden met de volgende exitscenario's: (...)

Bij de uitwerking van elk Exitscenario zal Opdrachtnemer de volgende informatie aanleveren:

- Een overzicht van de over te dragen Programmatuur (...)
- Een overzicht met alle methoden, technieken en tools gebruikt voor het leveren van de Diensten (...)
- Een overzicht met alle elektronische en fysieke data (...)
- Een overzicht van ID gegevens en passwords (...)
- Een overzicht met alle Documentatie en materialen, projectadministratie, procesbeschrijvingen, service manuals, werkinstructies en overige knowhow ten behoeve van de continuïteit van de BVJ (...)
- De wijze waarop informatie en knowhow zal worden overgedragen en gedeeld (...)
- Een overzicht van contracten met derden en managed contracts (inclusief contactgegevens) die door Opdrachtnemer gebruikt worden voor het leveren van de diensten. (...)

35.6

“Indien Opdrachtgever gebruik maakt van de in artikel 35.5 neergelegde bevoegdheid zal Opdrachtgever de door Opdrachtnemer uitgevoerde werkzaamheden vergoeden conform de door Opdrachtnemer in zijn

Inschrijving genoemde tarieven. (...)"

In het in artikel 35.2. genoemde exitplan (p. 90) van Unisys is geschreven:

"Exit tijdens realisatie en implementatiefase

Tijdens deze fase zijn er twee opties:

- DJI zet het gebruik van de software niet door
- DJI wil het gebruik van de software wel doorzetten maar met een andere leverancier.

In het eerste geval worden de activiteiten direct gestopt en de gebruikte software wordt verwijderd. Geen enkel document wordt overhandigd."

2.9.

In de tweede helft van 2016 zijn partijen de volgende wijzigingen overeengekomen:

- uitvoering van het U-LEAF platform op Open Source in plaats van het contractueel afgesproken Windows platform;
- het realiseren van de Gemeenschappelijke Executie Module (GEM);
- het realiseren van Zelfbedieningsportaal Justitiabelen (ZBJ);
- het realiseren van 15 koppelingen / interfaces.

2.10.

Op 15 april 2017 hebben DJI en Unisys het Wijzigingsverzoek en het herstelplan BJV ondertekend, waarin staat dat de datum voor oplevering van de Voorlopige Acceptatie wordt gewijzigd in 31 juli 2018 en de datum voor Definitieve Acceptatie wordt gewijzigd in 31 december 2018 en dat deze data als mijlpalen/ fatale termijn conform artikel 27.2 van de Overeenkomst gelden.

2.11.

Op 22 november 2017 hebben partijen een Memorandum of Understanding (hierna: MoU) ondertekend. In dit MoU is, samengevat, overeengekomen om i) drie extra releases en een restpuntenrelease toe te voegen aan de geplande 15 releases, ii) over te gaan tot realisatie van koppelingen met externe systemen die buiten de scope van de Overeenkomst vallen en iii) een aantal wijzigingen voor extra functionaliteiten te implementeren.

2.12.

Op 26 juli 2018 heeft Unisys een in scope gelimiteerde versie van de BVJ ter Voorlopige Acceptatie opgeleverd. DJI heeft deze versie in augustus 2018 getest en geoordeeld dat de voorlopige acceptatietest niet was geslaagd.

2.13.

Dit heeft na verschillende besprekingen tussen partijen geleid tot het sluiten van een “Herstelovereenkomst BVJ 2019” (hierna: de Herstelovereenkomst) in januari 2019. In deze overeenkomst zijn onder meer afspraken gemaakt over een nieuwe planning, werkwijze en governance. Daarin is opgenomen dat de termijnen voor Volledige Acceptatie op 15 december 2019 en Definitieve Acceptatie op 1 april 2020 fataal zijn.

2.14.

In een addendum van 21 maart 2019 op de Herstelovereenkomst zijn partijen nog enkele mitigerende maatregelen overeengekomen.

2.15.

Op 15 december 2019 heeft Unisys de “Oplevering ter Volledige Acceptatie” niet gehaald. Wel was inmiddels de module “Goederen en Preciosa” in de PI Lelystad in gebruik genomen en was de module “Beklag & Beroep” in voorbereiding van implementatie.

2.16.

Op 24 juli 2020 zijn partijen overeengekomen om de Herstelovereenkomst aan te vullen c.q. te wijzigen in het Addendum 2020. Het ging hierbij onder meer om afspraken over datamitigatie, koppelingen, meerwerk en aanpassingen van de termijnen. Daarin is opgenomen dat de termijnen voor ‘Aanbieden Eerste Release ter Voorlopige Acceptatie’ op 30 juli 2021 en ‘Aanbieden Vervolgrelease ter Definitieve Acceptatie integrale BVJ’ op 31 oktober 2021 fataal zijn.

2.17.

Bij brief van 17 november 2020 heeft Unisys problemen gesignaleerd ten aanzien van de planning en heeft Unisys voorgesteld om een nieuwe planning voor de totaaloplevering, voorzien van (nadere) mitigerende maatregelen, op te stellen. Partijen zijn vervolgens met elkaar in gesprek getreden. Eén van de uitkomsten van het overleg is dat Unisys een externe deskundige zou inschakelen. Deze deskundige heeft onderzoek gedaan naar de oorzaken van het niet halen van de overeengekomen planning en aanbevelingen gedaan om mitigerende maatregelen te treffen om verdere vertraging te voorkomen. Partijen hebben besloten om (zinvolle) mitigerende maatregelen uit het rapport van de deskundige mee te nemen in aanvullende afspraken in Addendum 2021.

2.18.

Partijen hebben op 25 juni 2021 Addendum 2021 getekend. Artikel 2 met als opschrift “AANLEIDING” bevat het volgende lid 2.4:

“2.4. De uitkomsten en aanbevelingen van de Externe Review hebben geen volledig beeld opgeleverd ten aanzien van de haalbaarheid van de door Opdrachtnemer gemaakte (nieuwe en aangepaste) planning. Partijen zijn zich ervan bewust dat zij de door Opdrachtnemer gemaakte (nieuwe en aangepaste) planning, opgenomen in artikel 6 en Bijlage 2, daarom tussentijds moeten evalueren. De in artikel 6.2 opgenomen Tabel 1 (mijlpalen) wordt door Opdrachtnemer gebruikt als meetpunt voor de evaluatie.

Daartoe zal Opdrachtnemer:

(a) Op 1 juli 2021 een overzicht verstrekken, op basis van voor handen rapportage, aan Opdrachtgever

dat inzicht verschaft in de werkzaamheden die Opdrachtnemer heeft verricht in de periode van 1 april tot en met medio juni 2021, afgezet tegen de werkzaamheden die Opdrachtnemer had moeten verrichten op basis van de in artikel 6 en Bijlage 2 opgenomen planning; en

- (b) Op 1 september 2021 een overzicht verstrekken, op basis van voor handen rapportages, aan Opdrachtgever dat inzicht verschaft in de werkzaamheden die Opdrachtnemer heeft verricht in de periode van 1 juni tot en met medio augustus 2021, afgezet tegen de werkzaamheden die Opdrachtnemer had moeten verrichten op basis van de in artikel 6 en Bijlage 2 opgenomen planning.”

2.19.

Artikel 6 van Addendum 2021 met als opschrift “PROJECTPLANNING BVJ” luidt:

6.1

Levering en Oplevering van de BVJ zal plaatsvinden conform de Planning BVJ zoals uiteengezet in Bijlage 2. De in dit Addendum 2021 bepaalde Planning BVJ treedt in plaats van enige voor de datum van dit Addendum 2021 overeengekomen planning.

6.2

Partijen komen hierbij overeen dat de volgende taken uiterlijk op de in Tabel 1 (Mijlpalen) opgenomen data worden afgerond, conform de Planning BVJ mede met inachtneming van de aanbevelingen van de Externe Review alles wat redelijkerwijs binnen hun vermogen ligt aan doen om deze planning te realiseren.

Tabel 1: Mijlpalen

Mijlpalen	Datum
Partiële Voorlopige Acceptatie totale 'Preparation' (basis op orde)	Gereed
Aanbieden ter Partiële Voorlopige Acceptatie module Goederen & Preciosa	Gereed
Slagen test Partiële Voorlopige Acceptatie module (Goederen & Preciosa	Gereed
Slagen test Partiële Voorlopige Acceptatie module Incidenten & Maatregelen	Gereed
Aanbieden ter Partiële Voorlopige Acceptatie module DIZ DD5abc	Gereed
Slagen test Partiële Voorlopige Acceptatie module DIZ DD5abc	Gereed
Start Deelimplementaties	25 juni 2021
Aanbieden ter Partiële Voorlopige Acceptatie module DIZ DD5d	4 augustus 2021
Aanbieden ter Partiële Voorlopige Acceptatie module Detentie & Re-integratie	Gereed
Slagen test Partiële Voorlopige Acceptatie module DIZ DD5d	18 februari 2022

Slagen test Partiële Voorlopige Acceptatie module Detentie & Re-integratie	22 oktober 2021
Aanbieden ter Partiële Voorlopige Acceptatie module DIZ DD5e	20 oktober 2021
Aanbieden ter Partiële Voorlopige Acceptatie Module DD6a	1 september 2021
Aanbieden ter Partiële Voorlopige Acceptatie module DD6bc	10 december 2021
Slagen test Partiële Voorlopige Acceptatie module DIZ DD5c	18 februari 2022
Slagen test Partiële Voorlopige Acceptatie Module DD6a	18 februari 2022
Slagen test Partiële Voorlopige Acceptatie module DD6bc	13 april 2022
Slagen test Partiële Voorlopige Acceptatie Decentrale modules op orde	20 mei 2022

Aanbieden Eerste Release ter Volledige Voorlopige Acceptatie	10 december
Slagen test Volledige Voorlopige Acceptatie Eerste Release	20 mei 2022
Start Proefimplementatie modulaire BVJ	In uitvoering voor PI Lelystad: DD4: 27-10-2021 DD6a: 23-2 2022 DD6bc: 20-4-2022 DIZ: DD5a - in voorbereiding; D5b - ntb; DD5c, d,e: 23-2-2022 Vanaf juli 2021: start modulaire proefimplementatie op tweede locatie
Aanbieden Volgrelease ter Definitieve Acceptatie integrale BVJ	19 januari 2022
Slagen test Volgrelease	20 mei 2022
Start Proefimplementatie integrale BVJ	25 mei 2022, gelijktijdig op de 2 locaties waarop de modulaire proefimplementatie is uitgevoerd.
Definitieve Acceptatie integrale BVJ, na integrale proefimplementatie	1 juli 2022

6.3

In het verlengde van artikel 27.3 van de Overeenkomst 2016 zijn de in Tabel 1 (Mijlpalen) opgenomen termijnen voor Aanbieden Eerste Release ter Volledige Voorlopige Acceptatie en Aanbieden Volgrelease ter Definitieve Acceptatie integrale BVJ fataal. In geval van overschrijding van één of meer van deze fatale termijnen is de Opdrachtnemer direct in verzuim en mag Opdrachtgever de Overeenkomst 2016 als aangepast door dit Addendum 2021 met onmiddellijke ingang ontbinden. De overige termijnen in Tabel 1 (Mijlpalen) en alle overige in Bijlage 2 opgenomen termijnen zijn geen fatale termijnen. Opdrachtgever zal Opdrachtnemer eerst in gebreke moeten stellen in geval een dergelijke termijn wordt overschreden (tenzij Opdrachtnemers reeds anderszins in verzuim is) alvorens tot ontbinding over te kunnen gaan.”

2.20.

Kort voor het tekenen van Addendum 2021 is op 19 juni 2021 een nieuwe release van de BVJ in de PI Lelystad in gebruik genomen. Deze release had mede als doel om de uitrol van de eerste twee modules over meerdere DJI-locaties te ondersteunen. Na aanvang bleek dat een aantal databestanden was beschadigd c.q. verwijderd. Naar aanleiding van deze gebreken heeft Unisys een zogenaamd Hypercare team aangesteld, dat tot maart of april 2022 bezig is geweest om de problemen op te lossen.

2.21.

In september 2021 heeft Unisys de in artikel 2.4 van het Addendum 2021 overeengekomen tweede Tussentijdse rapportage naar DJI gestuurd. Dit document bevat onder meer het volgende overzicht van het BVJ met daarop de inmiddels in gebruik genomen functionaliteiten, waarbij DJI releases DD5a, DD5b en DD5c niet Voorlopig heeft Geaccepteerd. Het overzicht bevat ook de planning van de nog niet opgeleverde functionaliteiten:

DeCentraal	Functionaliteit	User Stories	CutoffRFC	Functioneel	TMT	Bouw Totaal	Acceptatietest
SP1	Goederen&Procedures						
DD2	Digitale handtekening, Beklag, Bewaar & Beromp						
DD3	Unicacontrole DNA afname						
DD4a	Incidenten en maatregelen						
DD4b-1	D&R						22-okt-'21
DD4b-RFC	RFC's						22-okt-'21
DD4b-2	D&R						22-okt-'21
DD6a	Dagactiviteiten	30-jun-'21		18-aug-'21	20-aug-'21	01-sep-'21	18-feb-'22
DD6b	Organisatie en sociaal netwerk, Sozoek	30-jun-'21	08-okt-'21	15-nov-'21	25-nov-'21	30-dec-'21	23-apr-'22
DD6c	Functioneel beheer	04-aug-'21	27-okt-'21	08-dec-'21	04-dec-'21	20-dec-'21	23-apr-'22
Centraal	Functionaliteit	User stories	CutoffRFC	Functioneel	TMT	Bouw Totaal	Acceptatietest
DD5a	Bewaar & Beromp, Schorsing, Verzoek tot Uitrol						
DD5b	Productieafspraken						
DD5c	Capaciteitsmanagement						
DD5d	Doorplaatsing				19-jul-'21	04-aug-'21	18-feb-'22
DD5e	Terreerplaatsing	22-jul-'21		13-sep-'21	13-sep-'21	20-okt-'21	18-feb-'22
Volgrelease		04-aug-'21	17-nov-'21	27-dec-'21	27-dec-'21	19-jan-'22	20-apr-'22

2.22.

Bij e-mail van 16 september 2021 inclusief bijlage 'Zorgen DB' heeft DJI aan Unisys als gevolg van de problemen naar aanleiding van de nieuwe release zijn zorgen geuit over (de betrouwbaarheid van) de gegevens in de database van de BVJ. Hij heeft Unisys laten weten dat het zaak is om zo snel mogelijk een oplossing uit te werken, aangezien de eerst komende fatale termijn van 10 december 2021 snel dichterbij kwam.

2.23.

Unisys heeft vervolgens een Interventie team opricht dat onder meer tot doel had de BVJ functionaliteiten te onderzoeken en aanbevelingen te doen.

2.24.

Op 18 oktober 2021 heeft DJI per e-mail gereageerd op de tweede Tussentijdse rapportage van Unisys in het kader van artikel 2.4 van het Addendum 2021. Daarbij heeft hij nogmaals aangegeven dat het zaak is om zo snel mogelijk een oplossing uit te werken, aangezien de eerst komende fatale termijn momenteel op 10 december 2021 staat.

2.25.

Op 1 november 2021 heeft het Interventie team van Unisys een advies opgesteld. In dit advies worden de bevindingen, oorzaken en vervolgstappen ten aanzien van vijf onderwerpen van de interventie benoemd.

2.26.

In de vergadering op 2 december 2021 heeft DJI Unisys onder meer gevraagd om een nieuwe planning. Door Unisys is kenbaar gemaakt dat zij vanaf maart 2022 niet meer de financiële middelen heeft om zonder additionele vergoeding de BVJ af te ronden.

2.27.

Op 19 december 2021 heeft Unisys in een memo inzake de BVJ (hierna: het Memo) een aanbeveling met betrekking tot verbrede uitrol uitgebracht. Het Memo geeft inzicht in de verdere aanleiding, stand van zaken van de voortgang en afronding van de werkzaamheden van het Hypercare en het Interventie team. Tevens wordt de stand rond het Maintenance team besproken. Tot slot worden aanbevelingen gedaan om de Multi PI (dit is het in gebruik nemen van de functionaliteit in meerdere PI's) te hervatten.

2.28.

In een vergadering van 23 december 2021 is het Memo van Unisys van 19 december 2021 besproken. DJI heeft toen aangegeven dat het Memo niet zijn zorgen over de robuustheid van de BVJ heeft weggenomen. Eveneens wordt gesproken over de randvoorwaarden waaraan moet zijn voldaan alvorens sprake is van de implementatie in meerdere PI's (hierna: TO).

2.29.

Bij e-mail van 10 januari 2022 heeft [Naam 1] van Unisys aan DJI onder meer het volgende meegedeeld:

“Er is afgesproken dat we vandaag een plan opleveren, inclusief datums and mijlpalen om tot dat TO moment te komen.

Helaas moet ik je meedelen dat we op dit moment nog niet het volledige plan compleet hebben om met jullie te kunnen delen. Op de delen Interventie team, Tooling en Maintenance moet nog een aantal zaken verder uitgewerkt worden om tot een compleet plan te komen. Ik verwacht hier nog minimaal een aantal dagen voor nodig te hebben.

We zetten onze activiteiten voort om het plan zo spoedig mogelijk af te ronden en mijn voorstel is dat ik je dagelijks op de hoogte houdt tot afronding. Het spreekt voor zich dat we bereid zijn om verder te spreken over

de situatie met alle leden van het CMB team zoals gewenst.”

2.30.

Op 27 januari 2022 heeft wederom een vergadering plaatsgevonden. Daarin spreekt DJI uit dat zijn zorgen sinds de vergadering van 19 december 2021 zijn gegroeid. Het kost te veel tijd om bugs (fouten in het programma) en problemen op te lossen. Sinds augustus 2021 liggen de bouwwerkzaamheden nagenoeg stil en wordt nauwelijks vooruitgang geboekt op de realisatie van de BVJ. Unisys onderkent dat het oplossen van de bugs en andere problemen ten koste gaat van de voortgang, maar dat het geen zin heeft een product dat nog niet stabiel is verder te ontwikkelen. DJI wil een technische audit laten uitvoeren en Unisys is bereid daaraan alle medewerking te verlenen.

2.31.

Op 28 januari 2022 heeft DJI het concept voor de opdrachtformulering voor de technische audit met Unisys gedeeld. Unisys heeft vervolgens telefonisch en schriftelijk input voor deze audit gegeven. De opdrachtbeschrijving vraagt enerzijds een oordeel over de softwarekwaliteit van de BVJ oplossing en anderzijds een beoordeling van de benodigde en aangetroffen software engineering processen door vast te stellen of de BVJ oplossing robuust is.

2.32.

Bij brief van 17 februari 2022 heeft DJI aan Unisys het volgende meegedeeld:

“Unisys en DJI hebben op 31 maart 2016 de Overeenkomst gesloten omtrent realisatie van de Basisvoorziening Justitabelen (Overeenkomst). Inmiddels zijn diverse keren aanvullende en afwijkende afspraken gemaakt, ook ten aanzien van de planning en fatale termijnen. De laatste wijziging is tussen ons overeengekomen op 25 juni 2021 middels het Addendum op de Herstelovereenkomst van 21 januari 2019 (Addendum 2021).

Helaas hebben we vrij snel na het Addendum 2021 moeten constateren dat er zaken niet volgens planning verliepen. In een bespreking met de heer [Naam 2] op 22 juli 2021 is de uitloop op diverse onderdelen van de planning besproken. De heer [Naam 2] verzekerde mij op dat moment dat Unisys binnen de overall planning zou blijven.

Inmiddels kunnen we constateren dat dit niet gelukt is. Op 30 september heeft DJI de tweede rapportage, in het kader van artikel 2.4 van het Addendum 2021, ontvangen van Unisys. In die rapportage maakte Unisys melding van ‘uitloop over vrijwel de gehele breedte van werkzaamheden’.

Het is Unisys genoegzaam bekend dat het voor DJI politiek en bestuurlijk zeer complex is dat wederom de door Unisys doorgerekende planning niet wordt gehaald. Maar nog zorgelijker is de situatie inzake productie-issues na de ingebruikname van een nieuwe release in Lelystad, waarmee wij in juli 2021 werden geconfronteerd. Na het eerst niet door Unisys onderkennen van de ernst van de situatie, werd pas na diverse escalaties medio augustus 2021 een taskforce, het zogenoemde ‘Hypercare Team’, aangesteld om de productie-issues op te lossen. Dit bleek echter complex en vergt meer tijd dan vooraf door Unisys werd geanticipeerd.

De zorgen van DJI met betrekking tot de samenloop van enerzijds de uitloop in planning en anderzijds het niet kunnen oplossen van de productie-issues in Lelystad zijn veelvuldig aan de orde geweest in de diverse overleggrems. Hierdoor is bij DJI de vraag gerezen of de applicatie robuust genoeg is en of (het beheerteam van) Unisys in staat is adequaat op te treden als BVJ naar meerdere inrichtingen wordt uitgerold. Ter

beantwoording van deze vraag is door Unisys een Interventie Team opgericht om de 'root causes' van de problemen te analyseren. In dat kader is DJI ook zelf de voorbereiding van een technische audit CIO-Office op dit punt gestart.

Door Unisys is steeds aangegeven dat de productie-issues zullen worden opgelost, maar het daarbij gegeven tijdsplan schuift steeds verder op. De laatste berichten zijn dat de Hypercare en Interventie Teams pas tegen de zomer tot concrete resultaten leiden. Dit vloeit, zo erkent Unisys, voort uit de complexiteit van de ontstane issues en de beperkte capaciteit met de benodigde specifieke kennis. Om die reden ligt op dit moment het zwaartepunt van de inzet van de beperkte capaciteit van Unisys bij 'hypercare' en het aantonen van de robuustheid van de applicatie.

Gevolg van deze prioritering op Hypercare en Interventie is dat de realisatiewerkzaamheden van de BVJ sinds augustus 2021 vrijwel stil liggen. Dit terwijl DJI juist haar test- en implementatieteams had opgeschaald. Deze teams hebben de projectkosten doen toenemen naar ongeveer EUR 800.000,- per maand, terwijl er effectief weinig tot geen waarde aan het BVJ project wordt toegevoegd. Ik hoef niet uit te leggen dat dit niet goed valt binnen de organisatie, maar evenmin bijdraagt aan het vertrouwen van de eindgebruikers. Ik behoud me op dit punt alle rechten voor.

De heer [Naam 2] en ik hebben elkaar wederom gesproken op donderdag 27 januari 2021. Dit was een goed gesprek. Wij hebben onze zorgen naar voren kunnen brengen en door de heer [Naam 2] is aangegeven dat hij nog altijd toegewijd is om de ontstane productie-issues op te lossen en een volledig werkende BVJ op te leveren. Daarbij hebben wij ook gesproken over een andere aanpak. Ik heb het gesprek afgesloten met de opmerking dat dit een begin van herstel van vertrouwen is in de afronding van het BVJ project, maar dat die andere aanpak nog concretisering behoeft op korte termijn.

Unisys heeft aangegeven de andere aanpak niet juridisch te willen aanvliegen. Echter, gelet op de op mij rustende verplichtingen en het simpele feit dat de nu geldende fatale termijn is verstreken, ontkom ik er niet aan om nadere afspraken te formaliseren. Ik heb nagedacht over een weg waarbij we aan ons beider wensen invulling kunnen geven. Het lijkt mij de beste werkwijze als we trachten in een paar dagen concrete afspraken te maken om te komen tot een succesvolle afronding. Ik wil dit vooral vanuit de inhoud, de kans op succes en meetbaarheid van (tussen)resultaten insteken. Maar deze afspraken moeten wel goed worden geborgd, zodat ik de door DJI gemaakte keuzes later kan verantwoorden.

Ik acht het wenselijk dat we in een korte periode grote stappen zetten. Ik stel daarom een meerdaagse bespreking voor in de week van 15 tot 17 maart 2022, zodat wij voldoende tijd en aandacht hebben om de verschillende oplossingsrichtingen te bespreken en zo nodig in een wijzigingsovereenkomst vast te leggen. Ik vertrouw er op dat wij er beiden voor zorgen dat de bespreking constructief is, in een goede sfeer en met de juiste mensen plaatsvindt en - niet in de laatste plaats - tot concrete oplossingen leidt. Ik heb de vrijheid genomen om een opzet van het door mij voorgestelde proces en de werkwijze op te nemen in een bijlage bij deze brief."

2.33.

Op 16 mei 2022 heeft DJI de uitkomsten van de technische audit, uitgevoerd door Software Improvement Group (hierna: SIG) ontvangen in een auditrapport (hierna: de SIG audit). Daarin is aangegeven dat zowel de onderhoudbaarheid van het maatwerk (speciaal voor DJI te ontwikkelen programmatuur of aanpassingen in standaardprogrammatuur voor DJI) van de BVJ als de betrouwbaarheid van de gehele BVJ onder de overeengekomen norm zitten. SIG adviseert een functionele *freeze* (het stilzetten van het project) waarin het maatwerk structureel kan worden gerenoveerd. SIG schat dat die *freeze* een doorlooptijd van enkele jaren zal hebben.

2.34.

De oplegnotitie van SIG van 20 mei 2022 vermeldt onder meer het volgende:

“Expert opinie: vier hypothesen

Op grond van in ons rapportage gedocumenteerde conclusies en overige aanwijzingen tijdens het onderzoek achten wij het onverstandig om het BVJ-project voort te zetten. Ter onderbouwing hebben wij een viertal hypothesen geformuleerd. Gezien de scope van de uitgevoerde audit zijn wij niet in de positie om de hypothesen definitief te bevestigen of ontkrachten, maar gezien de grote impact van elk van de hypothesen is het bij besluitvorming over de voortzetting van BVJ verstandig om ervan uit te gaan dat ze waar zijn.

De hypothesen zijn als volgt:

1. *Het onderliggende softwarepakket U-LEAF is niet geschikt voor de BVJ-toepassing. (...)*
2. *De BVJ is feitelijk een maatwerkoplossing die U-LEAF deels gebruikt. (...)*
3. *Verbetervoorstellen van Unisys bieden onvoldoende oplossing voor de structurele mankementen in de BVJ. (...)*
4. *De ontwikkelsnelheid is extreem laag. (...).*

De bovengenoemde hypothesen hebben ook gevolgen voor een eventuele herbouw van de BVJ met behulp van U-LEAF. Het is niet realistisch dat opnieuw starten op basis van dit softwarepakket tot betere resultaten zal leiden.”

2.35.

In haar reactie op de SIG audit van 3 juni 2022 is Unisys ingegaan op diverse aspecten van het onderzoek en de door SIG genoteerde conclusies. Unisys heeft diverse kritiekpunten op het rapport en is het niet eens met de conclusie van SIG dat het voor het oplossen van de geconstateerde problemen noodzakelijk is om het project tijdelijk stil te leggen.

2.36.

Bij brief van 7 juni 2022 heeft DJI de Overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden. DJI heeft hierbij aanspraak gemaakt op i) ongedaanmaking van de betalingen aan Unisys, ii) schadevergoeding iii) betaling van de kosten van de SIG audit en iv) betaling van de contractuele boete.

2.37.

Partijen hebben in het kader van de ontbinding beëindigingswerkzaamheden uitgevoerd. Unisys heeft exit-werkzaamheden uitgevoerd als bedoeld in artikel 35 van de Overeenkomst (r.o. 2.8). DJI heeft in het kader van de retransitie (de beëindigingswerkzaamheden als gevolg van de ontbinding van de Overeenkomst met Unisys) eigen en ingehuurd personeel ingezet.

2.38.

Op 15 juli 2022 heeft DJI ten laste van Unisys conservatoir derdenbeslag gelegd onder de ABN AMRO bank.

3. Het geschil in conventie

3.1.

DJI vordert - na wijziging van eis en - samengevat - dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- I. primair: voor recht verklaart dat DJI de Overeenkomst, inclusief de Herstelovereenkomst en gesloten Addenda, rechtsgeldig buitengerechtelijk heeft ontbonden;
- II. subsidiair: de Overeenkomst, inclusief de Herstelovereenkomst en gesloten Addenda, ontbindt;
- II primair en subsidiair: Unisys veroordeelt om aan DJI te vergoeden:
 - I.
 - (i) alle betalingen waaraan door de ontbinding de grondslag is ontvallen ter hoogte van € 12.490.892,33 excl. BTW en € 15.113.979,74 incl. BTW;
 - (ii) de schade die DJI heeft geleden, lijdt of nog zal lijden als gevolg van het tekortschieten door Unisys in de nakoming van de Overeenkomst en de ontbinding van de Overeenkomst, gemaximeerd op een bedrag ter hoogte van € 1.000.000,-;
 - (iii) de auditkosten ter hoogte van € 89.650,- excl. BTW en € 108.476,50 incl. BTW;
 - (i) de direct opeisbare boete ter hoogte van € 5.200.000,-,
 - v)

een en ander vermeerderd met de wettelijke (handels)rente over de respectievelijke bedragen vanaf de betaalstellingsdatum genoemd in de facturen samenhangend met de betaling, dan wel schadepost, tot aan de dag der algehele voldoening;

IV. een en ander met veroordeling van Unisys in de kosten van het geding.

3.2.

DJI legt aan zijn vorderingen - samengevat - ten grondslag dat Unisys is tekortgeschoten in zijn verplichtingen uit de Overeenkomst doordat zij onder meer de fatale termijnen heeft overschreden. DJI stelt dat hij de Overeenkomst, de Herstelovereenkomst en de Addenda, met uitzondering van GEM en ZBJ, om die reden buitengerechtelijk heeft ontbonden. In het kader van verbintenissen tot ongedaanmaking dient Unisys de door DJI aan haar onder de Overeenkomst betaalde bedragen, terug te betalen. Daarnaast lijdt DJI schade. Hij zal zo snel mogelijk een nieuwe Europese Aanbesteding voor een nieuwe BVJ moeten starten en kosten moeten maken voor advocaten en een verificatieprocedure. Verder heeft DJI in het kader van de retransitie kosten gemaakt voor de inzet van eigen en ingehuurd personeel tijdens de uitvoering van de exit-werkzaamheden. De totale schade wordt gemaximeerd op € 1.000.000,-. DJI heeft ook nog kosten gemaakt voor de SIG audit. Deze kosten komen op grond van de Overeenkomst voor rekening van Unisys nu er uit de SIG audit gebreken naar voren zijn gekomen. Ten slotte is Unisys op grond van de Overeenkomst een boete aan DJI verschuldigd omdat Unisys niet meer voldoet aan het aanbod ter zake van het minimaal geëiste percentage van 80% aan realisatie van functionele eisen met standaardprogrammatuur en/of derdenprogrammatuur. Nu het deel van de BVJ dat is opgeleverd voor ten minste 30% uit maatwerk bestaat heeft Unisys een contractuele boete van € 5.200.000,- verbeurd.

3.3.

Unisys voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen van DJI. Partijen hebben het fatale karakter van de termijnen uit de Overeenkomst al snel losgelaten. Daarom is Unisys niet tekortgeschoten in de verplichtingen uit de Overeenkomst. Verder weerspreekt Unisys dat sprake is van het voor ontbinding vereiste verzuim en betwist zij de omvang van de terugbetalingsverplichting. Unisys betwist verder dat DJI schade heeft geleden en dat zij aanspraak kan maken op de contractuele boete en de kosten van de SIG audit. Zij beroept zich daarnaast op eigen schuld van DJI en maakt ten slotte bezwaar tegen de door DJI gevorderde uitvoerbaar bij voorraadverklaring.

in (deels) voorwaardelijke reconventie

3.4.

Unisys vordert, ingeval de rechtbank de vordering van DJI afwijst - samengevat - dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- I de Overeenkomst op grond van artikel 6:270 BW gedeeltelijk ontbindt voor de toekomst, en de Overeenkomst tot de datum van deze ontbinding in stand laat;
- II. DJI veroordeelt om de Overeenkomst tot die datum na te komen door alle bedragen die DJI uit hoofde van de Overeenkomst nog aan Unisys is verschuldigd te voldoen, in totaal € 5.128.000,-, te vermeerderen met omzetbelasting, en te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente over de respectievelijke bedragen vanaf de datum van ontbinding, telkens tot aan de dag der algehele voldoening;
- III. DJI veroordeelt om de schade te vergoeden die Unisys heeft geleden als gevolg van het handelen van DJI, in het bijzonder de buitengerechtelijke ontbinding van de Overeenkomst, in totaal € 1.000.000,-, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de datum van ontbinding tot aan de dag der algehele voldoening;
- IV. DJI veroordeelt om, binnen twee dagen na dagtekening van het te wijzen vonnis, het beslag op te heffen, zulks op straffe van een dwangsom van € 10.000,-, voor iedere dag dat DJI niet aan deze veroordeling voldoet;
- V. voor recht verklaart dat DJI aansprakelijk is voor het leggen en handhaven van het beslag;
- VI. DJI veroordeelt tot vergoeding van de schade die Unisys heeft geleden door het leggen en/of het handhaven van het beslag, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- VI DJI veroordeelt in de kosten van deze procedure, alsmede de nakosten.
- I.

3.5.

Unisys legt aan haar vorderingen - samengevat - ten grondslag dat DJI zijn betalingsverplichtingen uit de Overeenkomst dient na te komen. DJI heeft enkele facturen van Unisys nog niet betaald. Daarnaast heeft Unisys recht op vergoeding van het werk dat zij heeft uitgevoerd maar nog niet heeft gefactureerd, bestaande uit de door Unisys opgeleverde en gedeeltelijk gerealiseerde functionaliteiten en de door Unisys geleverde beheerdiensten. Daarnaast vordert zij gedeeltelijke ontbinding van de Overeenkomst voor de toekomst. Ook heeft zij door toedoen van DJI schade geleden nu zij als gevolg van de ontbinding geen omzet onder de Overeenkomst meer genereert en zij begroot haar schade op het in de Overeenkomst gemaximeerde bedrag van € 1.000.000,-. Ten slotte is het door DJI gelegde beslag niet proportioneel en niet redelijk en moet het beslag om die reden op straffe van een dwangsom worden opgeheven, met vergoeding van de schade van

Unisys als gevolg van dat beslag.

3.6.

DJI voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen van Unisys. DJI stelt dat de Overeenkomst vanwege het overschrijden van de fatale termijnen door Unisys buitengerechtelijk is ontbonden. Verder is gedeeltelijke ontbinding door Unisys contractueel uitgesloten. Bovendien hebben partijen afgesproken dat werkzaamheden enkel kunnen worden gefactureerd en betaalbaar worden gesteld nadat oplevering van een functionaliteit is geaccepteerd door DJI en daarvan is geen sprake. Unisys heeft haar team na de ontbinding direct ontmanteld en heeft daardoor geen kosten meer en dus geen schade geleden. Het beslag dient te blijven liggen nu Unisys geen vervangende zekerheid heeft gesteld, de vordering van DJI niet ondeugdelijk is, het beslag niet onnodig is en er geen vormverzuimen zijn. Ten slotte moet de dwangsom bij gebreke van een deugdelijke motivering worden afgewezen.

3.7.

Op de stellingen van partijen in conventie en reconventie wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling in conventie

4.1.

Dit geschil draait om een misgelopen realisatie van een informatiesysteem - de BVJ - bij DJI. Dit systeem moest ervoor zorgen dat de primaire processen inzake justitiabelen voor de sector gevangeniswezen en de directe bijzondere voorzieningen geautomatiseerd worden ondersteund. In de kern is in geschil of dit mislopen het gevolg is van tekortschietende prestaties van Unisys onder de Overeenkomst met betrekking tot de tijdigheid (fatale termijnen) en de kwaliteit van de door haar geleverde inspanningen en resultaten, en of DJI daarom de Overeenkomst buitengerechtelijk kon ontbinden. Van belang hierbij is of partijen hebben vastgehouden aan de fatale termijnen of dat zij deze termijnen hebben losgelaten. Ook is in geschil of DJI de nakoming van de Overeenkomst door Unisys verhinderde. Voor zover de Overeenkomst buitengerechtelijk is ontbonden twisten partijen over de hoogte van de ongedaanmakingsverbintenissen, schade, boete en kosten. Voor zover de Overeenkomst in stand is gebleven twisten partijen over de nakomingsverplichtingen, schade en het gelegde beslag.

Heeft DJI de Overeenkomst rechtsgeldig ontbonden?

4.2.

De eerste vraag die aan de rechtbank voorligt is of Unisys - zoals DJI stelt, maar Unisys betwist - is tekortgeschoten in haar verplichtingen door niet tijdig, binnen de gestelde termijnen de 'Eerste Release' en de 'Volgrelease van de BVJ' aan te bieden ter 'Voorlopige/ Definitieve Acceptatie' op respectievelijk 10 december 2021 en 19 januari 2022.

Waren de fatale termijnen nog steeds fataal?

4.3.

De vraag of tussen partijen fatale termijnen zijn overeengekomen, is allereerst een kwestie van uitleg van de Overeenkomst. Partijen hebben bij het aangaan van de Overeenkomst de termijnen voor Oplevering voor 'Voorlopige Acceptatie' en voor 'Definitieve Acceptatie' (om te komen tot een goed werkende BVJ) in artikel 27.2 van de Overeenkomst als fataal aangemerkt. Dat was niet het geval in de door Unisys aangehaalde

jurisprudentie, ter onderbouwing van haar verweer dat termijnen in IT-projecten in beginsel niet fataal zijn, zodat deze jurisprudentie hier niet opgaat. Door het aanmerken van de termijnen voor Voorlopige en Definitieve Acceptatie als fataal, is het fatale karakter voor deze termijnen in beginsel gegeven.

4.4.

Dat partijen na aanvang van de Overeenkomst de werkzaamheden uit de Overeenkomst hebben uitgebreid en de overeengekomen fatale termijnen meerdere malen hebben verlengd, staat niet ter discussie. Dat de uiteindelijk overeengekomen fatale termijnen uit de Overeenkomst niet zijn gehaald, is evenmin in geschil. De rechtbank is van oordeel dat partijen het fatale karakter van de termijnen niet hebben losgelaten. Unisys voert weliswaar aan dat DJI geen consequenties heeft verbonden aan het verstrijken van de oplevertermijnen en daarmee het fatale karakter van de termijnen heeft losgelaten, maar dit verweer faalt. Partijen hebben namelijk bij elke wijziging en/of opgelopen vertraging in het project nadere afspraken gemaakt en deze afspraken vervolgens vastgelegd in aanvullende overeenkomsten, waaronder Wijzigingsverzoek en Herstelplan 2017, Herstelovereenkomst 2019, Addendum 2020 en Addendum 2021. In deze aanvullende overeenkomsten en Addenda zijn partijen nieuwe fatale data overeengekomen en daarmee hebben partijen vastgehouden aan fatale termijnen.

4.5.

Weliswaar volgt uit artikel 2.4 en artikel 6.2 van Addendum 2021 voor wat betreft de planning van de taken uit Tabel 1 (Mijlpalen) een inspanningsverplichting (zie r.o. 2.18 en 2.19) maar dat geldt niet voor het Aanbieden Eerste Release ter Volledige Acceptatie en het Aanbieden Volgrelease ter Definitieve Acceptatie integrale BVJ. Partijen hebben voor deze twee taken in artikel 6.3 van Addendum 2021 expliciet bepaald dat de termijnen fataal zijn. Hieruit volgt - in tegenstelling tot wat Unisys aanvoert - voor deze taken dus niet dat de planning en daarmee de fatale termijnen werd(en) losgelaten. Dat voor Unisys kenbaar was dat de fatale data uit artikel 6.3 van het Addendum 2021 ook daadwerkelijk fataal waren, volgt uit het feit dat partijen tijdens de onderhandelingen over Addendum 2021 nog expliciet over deze fatale termijnen hebben gesproken. Unisys heeft toen voorgesteld de fatale termijnen te laten vallen, maar hiermee is DJI niet akkoord gegaan. Unisys wist dus dat DJI de termijnen als fataal beschouwde en heeft daartegen geen bezwaar gemaakt. Uit het voorgaande volgt dus niet dat het gedrag van partijen een ander beeld laat zien en dat partijen de fatale termijnen hebben losgelaten.

4.6.

DJI heeft niet direct na het verstrijken van de termijnen uit Addendum 2021 de Overeenkomst ontbonden. In plaats daarvan heeft zij in overleg met Unisys nog nader onderzoek naar de tot op dat moment opgeleverde BVJ applicatie laten uitvoeren en tussen partijen hebben nog verschillende besprekingen plaatsgevonden. Deze omstandigheden leiden evenmin tot de conclusie dat DJI de fatale termijnen uit het Addendum 2021 heeft prijsgegeven. De rechtbank is van oordeel dat DJI, door niet meteen de stekker uit het inmiddels langlopende project met aanzienlijke kosten te trekken, maar eerst de kwaliteit en robuustheid van de applicatie nader te (laten) onderzoeken, juist heeft gehandeld als goed opdrachtgever. Bovendien schrijft DJI in haar brief van 17 februari 2022 (geciteerd in r.o. 2.32) weliswaar concrete afspraken te willen maken voor een succesvolle afronding, maar houdt zij ook verschillende slagen om de arm. DJI zet nog vraagtekens bij het feit of de applicatie robuust genoeg is en of (het beheerteam van) Unisys in staat is adequaat op te treden als de BVJ naar meerdere inrichtingen wordt uitgerold. Zij schrijft dat dit nader zal worden onderzocht en behoudt zich op dit punt alle rechten voor. Daarnaast geeft zij aan dat er nog nadere concretisering nodig is en dat afspraken nog moeten worden geformaliseerd. Gelet op de inhoud van deze brief en gelet op artikel 27.4 van de Overeenkomst (zie r.o. 2.7) had Unisys na de uitkomsten van de SIG audit niet mogen begrijpen dat DJI zich niet langer op de fatale termijnen uit Addendum 2021 zou beroepen. Uit de SIG audit kwam immers naar voren dat de BVJ op punten niet voldeed en een functionele *freeze* om het maatwerk structureel te renoveren werd geadviseerd en daarbij een doorlooptijd van enkele jaren reëel werd geacht. Toen bleek dat het slagen van het Project - binnen redelijke grenzen in kosten en tijd - niet meer te verwachten zou zijn. Of DJI Unisys tijdens de besprekingen na het verstrijken van de fatale termijnen er nog op heeft gewezen dat het stoppen van het project ook een mogelijkheid was - wat DJI stelt, maar Unisys betwist - kan daarom in het midden blijven. Unisys heeft weliswaar nog aangevoerd dat de resultaten uit de SIG audit onjuist zijn, maar dit verweer slaagt niet. De rechtbank zal dit oordeel onder r.o. 4.36 tot en met r.o. 4.39 verder motiveren.

Tussenconclusie

4.7.

De conclusie is dat onder voornoemde omstandigheden niet kan worden geoordeeld dat partijen het fatale karakter van de fatale termijnen hebben losgelaten. Dat betekent dat Unisys, door niet binnen deze fatale termijnen in Addendum 2021 de Eerste Release en de Volgrelease van de BVJ aan te bieden ter Voorlopige/Definitieve Acceptatie, tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen.

4.8.

Iedere tekortkoming in de nakoming van één van de verbintenissen uit een overeenkomst, geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst (geheel of gedeeltelijk) te ontbinden. Door Unisys is niet aangevoerd dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt, terwijl de rechtbank van oordeel is dat de tekortkoming onder de gegeven omstandigheden de ontbinding rechtvaardigt. Hetgeen partijen verder nog met betrekking tot verdere tekortkomingen van Unisys hebben aangevoerd, kan derhalve onbesproken blijven.

Is er sprake van schuldeisersverzuim aan de zijde van DJI?

4.9.

Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas, wanneer de schuldenaar in verzuim is. Een schuldenaar komt in verzuim indien hij een fatale datum niet haalt, zo volgt uit artikel 6:83 onder a BW. Nu Unisys de fatale datum niet heeft gehaald verkeert Unisys dus in beginsel in verzuim.

4.10.

Of DJI vervolgens de Overeenkomst, de Herstelovereenkomst en de Addenda mocht ontbinden hangt af van de vraag of DJI in schuldeisersverzuim verkeerde, zoals Unisys aanvoert. Artikel 6:266 lid 1 BW bepaalt immers dat geen ontbinding kan worden gegrond op een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis ten aanzien waarvan de schuldeiser zelf in verzuim is.

4.11.

Het schuldeisersverzuim waarop Unisys zich beroept, vereist dat Unisys bereid en in staat was haar verbintenissen uit de Overeenkomst, de Herstelovereenkomst en de Addenda na te komen, maar dat die nakoming werd verhinderd, uitsluitend, doordat DJI de noodzakelijke medewerking niet verleende of dat er aan de zijde van DJI een aan DJI toe te rekenen beletsel voor die nakoming bestond. Daarbij ligt het op de weg van Unisys om niet alleen te stellen dat DJI zijn medewerking niet verleende of een aan hem toe te rekenen beletsel om na te komen bestond, maar ook dat Unisys zonder die beletselen aan de zijde van de Staat wel in staat zou zijn geweest haar verbintenis na te komen.

4.12.

Voor dat laatste heeft Unisys niet voldoende gesteld. De onderzoeken die partijen naar de gang van zaken hebben laten uitvoeren rechtvaardigen niet de conclusie dat uitsluitend het handelen van DJI er toe heeft geleid dat Unisys haar verplichtingen niet kon nakomen en dat Unisys zonder dat handelen haar verplichtingen wel had kunnen nakomen. Dat het niet tijdig vaststellen van de specificaties voor de BVJ en het wijzigen en uitbreiden van de scope voor de BVJ de enige beletselen waren voor het tijdig nakomen door Unisys, heeft de Staat met het rapport van zijn partijdeskundige [Naam 3] gemotiveerd weersproken. Uit de door Unisys overgelegde stukken volgt evenmin dat zij DJI na het sluiten van Addendum 2021, waarin partijen een nieuwe planning met nieuwe fatale data zijn overeengekomen, op tekortkomingen heeft aangesproken. Hoewel voor het aannemen van schuldeisersverzuim - waarop Unisys zich beroept - strikt genomen geen ingebrekestelling nodig is, moet wel vaststaan dat Unisys al het nodige heeft gedaan wat voor nakoming nodig is. Ook dit is onvoldoende onderbouwd dan wel anderszins gebleken.

4.13.

Unisys heeft in het licht van hetgeen DJI heeft aangevoerd dus onvoldoende gesteld ter staving van haar stelling dat zij kon en wilde nakomen, maar dat nakoming enkel door DJI werd verhinderd. De rechtbank is van oordeel dat het beroep op schuldeisersverzuim dan ook niet slaagt.

Tussenconclusie rechtsgeldige ontbinding

4.14.

Er is geen sprake van schuldeisersverzuim van DJI. DJI was gerechtigd om de Overeenkomst, de Herstelovereenkomst en de Addenda, behoudens de GEM en ZBJ projecten, buitengerechtelijk te ontbinden.

De ongedaanmakingsverbintenissen

4.15.

Door de (gedeeltelijke) ontbinding, zijn partijen bevrijd van de daardoor getroffen verbintenissen uit de Overeenkomst, de Herstelovereenkomst en de Addenda en zijn voor de verrichte prestaties over en weer ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan.

4.16.

Tussen partijen is niet in geschil dat de Overeenkomst voor de GEM en ZBJ projecten in stand is gebleven en dat Unisys het bedrag van € 1.591.139,43 excl. BTW hiervoor niet aan DJI hoeft terug te betalen. Als onweersproken staat verder vast dat DJI daarnaast nog een bedrag van € 12.490.892,33 excl. BTW aan Unisys heeft betaald. Unisys dient dit bedrag in beginsel aan DJI terug te betalen.

4.17.

Tussen partijen staat niet ter discussie dat de prestaties die Unisys heeft geleverd, niet ongedaan gemaakt kunnen worden. Als de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan gemaakt wordt, treedt daarvoor een vergoeding in de plaats ter hoogte van de waarde van die prestatie op het tijdstip van ontvangst daarvan. 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.

Waarde van gespecificeerde functionaliteit

4.18.

Unisys stelt dat zij veel werk heeft gestoken in het specificeren van de door DJI gewenste functionaliteit. Dit is uitgewerkt in onder meer PAS documenten, scenario's en user stories, die volgens Unisys voor DJI een waarde hebben van in totaal € 5.087.207,92 excl. BTW. Deze waarde dient verrekend te worden met het bedrag van € 12.490.892,33 excl. BTW. Dat deze documenten voor DJI waarde hebben volgt ook uit het gegeven dat DJI in het kader van de exit en retransitie om deze documenten heeft gevraagd.

4.19.

DJI betoogt dat zij recht heeft op deze documenten in het kader van de exit-regeling, overeengekomen in artikel 35.2 en 35.6 van de Overeenkomst (zie r.o. 2.8). Unisys heeft zelf ingestemd dat dit om niet zal geschieden. Compensatie voor deze documenten zou de vaste prijsafspraken tussen DJI en Unisys doorkruisen, aldus DJI. De rechtbank gaat daar niet in mee. Unisys heeft in haar exitplan (zie r.o. 2.8) bepaald dat geen enkel document wordt overhandigd indien DJI het gebruik van de software niet doorzet, zoals hier het geval is. Uit artikel 35 van de Overeenkomst volgt daarom niet de verplichting dat Unisys de PAS-documenten, scenario's en user stories om niet aan DJI moet overdragen. De exit-regeling staat er dus niet aan in de weg om de waarde te vergoeden die deze documenten daadwerkelijk voor DJI hebben (gehad).

4.20.

DJI heeft Unisys verzocht deze gerealiseerde documenten aan hem te overhandigen en uit de Vierde Voortgangsbrief van de minister volgt dat deze documenten nog bruikbaar zijn: *“Van het gestopte project is een beperkt aantal producten, zoals bijvoorbeeld geüniformeerde werkprocesbeschrijvingen en functionele specificaties, in een volgend project nog bruikbaar.”* DJI kan dus niet worden gevolgd in zijn stelling dat de door Unisys geleverde documenten op het tijdstip van ontvangst van geen enkele waarde zijn geweest. Daarom is de rechtbank van oordeel dat een waardevergoeding voor deze documenten op zijn plaats is.

4.21.

Bij de waardebepaling op grond van artikel 6:272 lid 1 en 2 BW gaat het om de economische of subjectieve

waarde die de prestatie voor DJI werkelijk heeft gehad.

Unisys onderbouwt de waarde van haar prestatie van € 5.087.207,92 met een overzicht en een nadere specificering van dat overzicht. Unisys heeft gerekend met de kosten voor haar 'business analisten' die hebben 'meegewerkt aan het bepalen, documenteren van de requirements en het beschrijven van de gevraagde functionaliteit in de vorm van PAS documenten en user stories'. DJI heeft deze overzichten met kosten weliswaar betwist, maar hij heeft nagelaten toe te lichten wat er dan niet klopt aan de overzichten en het bepalen van de waarde aan de hand van deze kosten. Bovendien heeft DJI zelf geen gemotiveerd standpunt ingenomen over de hoogte van de (economische of subjectieve) waarde van de documenten, terwijl hij daar wel toe in staat moet worden geacht. Daarom gaat de rechtbank aan de betwisting van DJI als onvoldoende gemotiveerd voorbij en volgt zij Unisys om de waarde te bepalen aan de hand van de kosten voor haar 'business analisten'.

4.22.

Unisys heeft op haar beurt niet toegelicht waarom, naast de totale kosten voor het opstellen van de documenten voor het BVJ project van € 2.042.935,66 excl. BTW, ook een managementvergoeding en een marge zouden bijdragen aan waarde voor DJI. Unisys heeft ook nagelaten toe te lichten waarom daarnaast de opgestelde documenten met betrekking tot het 'TMT (interface) project' en het GEM project, dat aan DJI is geleverd en waarvoor DJI heeft betaald, een waarde hebben voor DJI. Daarom ontbreekt de grondslag voor de daarmee gemoeide totale kosten, managementvergoeding en marge en komen die kosten niet voor verrekening in aanmerking. Uit het door Unisys overgelegde overzicht volgt dat de totale kosten voor de BVJ van € 2.042.935,66 excl. BTW zien op de werkzaamheden voor het opstellen van de user stories van zowel de opgeleverde als de niet opgeleverde functionaliteiten. De minister maakt in zijn brief met betrekking tot de bruikbare werkprocesbeschrijvingen en functionele specificaties hiertussen geen onderscheid. De rechtbank zal dat ook niet doen en zal de waarde van de prestatie van Unisys vaststellen op het bedrag van € 2.042.935,66 excl. BTW. Dit bedrag komt voor verrekening door Unisys in aanmerking.

Waarde beheerswerkzaamheden

4.23.

Unisys stelt dat zij ook beheerwerkzaamheden heeft verricht, bestaande uit het opbouwen van een onderhoud- en beheerteam en het leveren van de overeengekomen ondersteuning. Deze beheerwerkzaamheden hebben een waarde van € 3.443.085,50 excl. BTW, aldus Unisys.

4.24.

Als onweersproken staat vast dat Unisys vanaf 2019 beheerwerkzaamheden heeft uitgevoerd en dat DJI Unisys € 3.443.085,50 excl. BTW voor deze beheerwerkzaamheden heeft betaald. Ook hier geldt dat de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan gemaakt wordt en dat daarvoor een vergoeding in de plaats treedt ter hoogte van de waarde van de prestatie op het moment van ontvangst. De rechtbank volgt DJI niet in haar verweer dat zij niets aan het beheer heeft gehad omdat de applicatie ernstige gebreken vertoonde. Als onweersproken staat immers vast dat een deel van de functionaliteiten (tot en met DD4a) door Unisys is opgeleverd, door DJI is geaccepteerd en in gebruik is genomen, zo volgt ook uit tabel 1 (Mijlpalen) uit addendum 2021 (r.o. 2.19) en het overzicht in gebruik genomen functionaliteiten (r.o. 2.21). De rechtbank volgt DJI ook niet in zijn verweer dat dit beperkt aantal modules maar op 1 van de 25 locaties was opgeleverd en daarom slechts 1/25e deel van de beheerwerkzaamheden voor vergoeding in aanmerking komt. Met Unisys is de rechtbank van oordeel dat het beheerteam als geheel noodzakelijk was en daarom niet kan worden uitgegaan van 1/25e deel van de beheervergoeding. Bovendien volgt uit de Herstelovereenkomst en Addenda niet een voorbehoud dat de beheervergoeding slechts verschuldigd was in geval alle modules waren opgeleverd en op alle locaties functioneerden. DJI heeft de beheervergoeding ook steeds zonder dit voorbehoud aan Unisys betaald. DJI heeft ook niet aangevoerd dat Unisys in dit beheer tekortgeschoten is. DJI heeft daarom onvoldoende gemotiveerd betwist dat de beheerwerkzaamheden op het moment van ontvangst voor haar niet de waarde hadden van de bedragen die zij daarvoor aan Unisys heeft betaald. De rechtbank zal de waarde van de beheerwerkzaamheden daarom vaststellen op het door DJI aan Unisys betaalde bedrag van € 3.443.085,50 excl. BTW.

Eigen schuld DJI

4.25.

Unisys heeft ook nog een beroep gedaan op eigen schuld van DJI, omdat het mede aan hem is te wijten dat het project keer op keer is uitgelopen, aldus Unisys. Voor zover Unisys bedoelt dat dit beroep op eigen schuld ertoe moet leiden dat de gevolgen van de ongedaanmakingsverbintenissen voor rekening van DJI blijven, overweegt de rechtbank als volgt. Het leerstuk van de eigen schuld is alleen toepasselijk in geval van wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. Het gaat hier om ontbinding van een overeenkomst en restitutie door Unisys van ontvangen betalingen en niet om een wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Unisys kan voor wat betreft de restitutie door Unisys van de ontvangen betalingen dan ook niet met succes een beroep doen op eigen schuld van DJI.

Tussenconclusie ongedaanmakingsverbintenissen

4.26.

Op basis van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat Unisys op grond van de op haar rustende ongedaanmakingsverbintenissen nog een bedrag van € 7.004.871,17 excl. BTW (€ 12.490.892,33 - € 2.042.935,66 - € 3.443.085,50) aan DJI dient te betalen. De vordering van DJI zal tot dit bedrag worden toegewezen.

De verklaring voor recht dat DJI de Overeenkomst, de Herstelovereenkomst en de Addenda rechtsgeldig buitengerechtelijk heeft ontbonden

4.27.

Bij de gevorderde verklaring voor recht heeft DJI onvoldoende belang. De rechtbank heeft immers de vordering van DJI tot vergoeding van de betalingen, waaraan door de ontbinding de grondslag is komen te vervallen, voor zover deze voor toewijzing in aanmerking kwam, toegewezen. Daarmee komt aan de vordering tot het verkrijgen van een verklaring voor recht geen zelfstandige betekenis toe. De gevorderde verklaring voor recht wordt daarom afgewezen.

De gevorderde schadevergoeding

4.28.

DJI vordert de op grond van artikel 56.4 van de Overeenkomst gemaximeerde schadevergoeding van € 1.000.000,- vanwege de tekortkoming van Unisys. Deze schadevergoeding ziet op i) de kosten voor het starten van een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure, de kosten voor verificatie van een uiteindelijk winnende inschrijving en ii) de in het kader van de retransitie door DJI gemaakte kosten voor de inzet van eigen en ingehuurd personeel tijdens de uitvoering van de exit-werkzaamheden. Unisys betwist deze kosten gemotiveerd.

Ad. i) de kosten voor een nieuwe Europese aanbesteding

4.29.

Unisys voert terecht aan dat de historische kosten van de aanbesteding die tot de Overeenkomst tussen partijen heeft geleid geen bewijs vormen voor de kosten van een toekomstige heraanbesteding. DJI heeft nagelaten nader toe te lichten waarom de kosten voor externe juridische ondersteuning wederom moeten worden gemaakt, in het licht van het betoog van Unisys dat DJI als ervaren aanbestedende dienst zelfstandig een aanbestedingsprocedure kan opzetten. Daarnaast heeft DJI nagelaten om nader te onderbouwen dat de kosten voor de verificatie van de inschrijving in het kader van een nieuwe aanbesteding (wederom) moeten worden gemaakt, gelet op het verweer van Unisys dat dit geen standaard onderdeel is van een aanbesteding en deze kosten dus voor DJI moeten blijven. Dat DJI de voornoemde kosten bij een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure opnieuw moet maken, is dus niet vast komen te staan.

Ad. ii) de kosten voor de retransitie

4.30.

De rechtbank is verder met Unisys van oordeel dat de gestelde retransitiekosten niet blijken uit het overgelegde overzicht voor de loon- en consultancykosten (in het kader van de retransitie) omdat enige nadere toelichting van DJI ontbreekt. DJI heeft niet toegelicht dat en waarom een team van 68 man nodig zou zijn geweest voor het uitvoeren van de retransitie. Bovendien heeft DJI nagelaten om voor de werkzaamheden van haar eigen personeel aan te tonen dat de uren die aan de retransitie zijn besteed ten kosten gingen van andere projecten of tegen (extra) betaling aan haar personeel moesten worden uitgevoerd. Voor wat betreft de ingezette externen heeft DJI nagelaten te onderbouwen om welke werkzaamheden het ging. Voor de afronding van de projectwerkzaamheden, zouden bij het einde van het project sowieso kosten zijn gemaakt. Ten slotte geeft DJI in haar overzicht vanaf week 27 een inschatting, maar zonder nadere toelichting die ontbreekt, volgt daaruit niet dat die inschatting ook realiteit geworden is.

4.31.

De rechtbank stelt vast dat DJI gelet op voorgaande geen serieuze poging meer heeft ondernomen om het bestaan, de aard en de omvang van de door haar beweerde schade, na de gemotiveerde betwisting door Unisys, nader te onderbouwen, zodat niet is komen vast te staan dat DJI deze schade lijdt. De vordering zal dan ook worden afgewezen. Het beroep op eigen schuld van Unisys kan dan ook onbesproken blijven.

De kosten van de SIG audit

4.32.

DJI vordert de kosten van de SIG audit van € 89.650,- excl. BTW.

4.33.

Op grond van artikel 53.10 van de Overeenkomst komen de kosten voor het uitvoeren van een audit door een derde voor rekening van DJI, tenzij uit de audit blijkt dat sprake is van een gebrek. Volgens DJI is daarvan sprake.

4.34.

Om te kunnen bepalen of DJI de kosten van de SIG audit op Unisys kan verhalen, beoordeelt de rechtbank hierna of daaruit blijkt van een gebrek.

4.35.

Uit Document Basisontwerp BVJ, bijlage bij de Overeenkomst, volgt dat voor de onderhoudbaarheid van de software ISO 25010 als norm wordt genomen en dat de maatwerksoftware minimaal 4 sterren (3,5) moet behalen. Uit de SIG audit komt naar voren dat zowel de onderhoudbaarheid van het maatwerk van de BVJ (2,7) als de betrouwbaarheid van de gehele BVJ (2,5) onder de overeengekomen norm zitten.

4.36.

De rechtbank stelt vast dat SIG bij haar onderzoek de scope en de audit van de te hanteren normen met Unisys heeft afgestemd en het onderzoek op grond van de juiste beoordelingscriteria heeft uitgevoerd. Zo staat als onweersproken vast dat SIG de onderhoudbaarheid van het maatwerk heeft beoordeeld aan de hand van de contractueel overeengekomen ISO 25010, die volgt uit Document Basisontwerp BVJ, tevens bijlage bij de Overeenkomst. Daarnaast volgt uit een e-mail van 7 april 2022 dat Unisys heeft verzocht om de 38.5.1. versie van het maatwerk te onderzoeken en als onweersproken staat vast dat dit vervolgens is gebeurd. Dat drie van de acht aspecten van ISO 25010 zijn onderzocht betekent volgens DJI niet dat eventuele hogere

scores op niet-getoetste aspecten kunnen compenseren voor de achterblijvende onderhoudbaarheid en betrouwbaarheid van de BVJ. De rechtbank neemt dit als vaststaand aan nu Unisys dit onvoldoende heeft weersproken.

4.37.

Unisys voert aan dat Jasper Reports (een open-source rapportagetool voor Java die wordt gebruikt voor het rapporteren van applicaties) niet bij de onderhoudbaarheid van het maatwerk mocht worden meegenomen. Denkbaar is dat het maatwerk van de BVJ zonder het meenemen van Jasper Reports wel aan de contractuele norm zou voldoen, aldus Unisys. Dit verweer baat Unisys niet. Zelfs als Jasper Reports niet in de SIG audit had moeten worden meegenomen, dan levert het uitzonderen van Jasper Reports volgens DJI slechts een positief effect van 0,2 op. Hij onderbouwt dit met de bijlage bij de reactie van SIG. Hoewel Unisys dit betwist, onderbouwt zij dit niet nader. Daarmee heeft Unisys onvoldoende weersproken dat het uitzonderen van Jaspers Reports een positief effect van 0,2 heeft en de score voor het maatwerk daarmee op 2,9, ruim onder de contractuele norm van 3,5 blijft. De rechtbank neemt dit daarom als vaststaand aan.

4.38.

Unisys voert ten slotte nog aan dat partijen niet hebben afgesproken wanneer de BVJ of U-LEAF aan de contractuele norm zouden moeten voldoen, maar dat verweer slaagt evenmin. De rechtbank is van oordeel dat uit de bepaling dat elk maatwerk onderhoudbaar moet zijn volgt dat maatwerk ook in deeloplevering aan deze eis dient te voldoen. Dat dit anders zou zijn heeft Unisys niet aangevoerd en is ook niet gebleken.

4.39.

Nu uit de SIG audit volgt dat sprake is van een gebrek omdat het maatwerk onder de contractuele norm scoort, dient Unisys op grond van artikel 53.10 van de Overeenkomst de kosten van de SIG audit van € 89.650,- excl. BTW te betalen. De vordering van DJI om Unisys te veroordelen tot betaling van de kosten van de SIG audit zal dan ook worden toegewezen.

De contractuele boete

4.40.

DJI vordert ook de contractuele boete op grond van artikel 2.2. van de Overeenkomst (zie r.o. 2.5).

4.41.

De rechtbank kan hier kort zijn. De Overeenkomst, zoals door DJI is aanbesteed, is verschillende malen gewijzigd, waarmee het project volgens SIG meer een maatwerkoplossing is geworden. DJI kan daarom niet vasthouden aan de garantie uit artikel 2.2 van de Overeenkomst, die is afgegeven op het moment dat er van voornoemde wijzigingen nog geen sprake was. De contractuele boete, die aan die garantie is gekoppeld, kan niet worden ingeroepen en zal dan ook worden afgewezen. Het beroep op eigen schuld van Unisys kan onbesproken blijven.

De gevorderde wettelijke handelsrente

4.42.

DJI vordert de wettelijke (handels)rente. Het gaat in deze procedure om een vordering tot ontbinding van een Overeenkomst, Herstelovereenkomst en Addenda en de daarmee samenhangende vordering tot

(terug)betaling van de betaalde bedragen. De verplichting tot vergoeding van de wettelijke handelsrente op grond van artikel 6:119a BW geldt indien betaling van het op grond van de desbetreffende handelsovereenkomst verschuldigde bedrag niet tijdig plaatsvindt. Dit artikel heeft, evenals de Europese richtlijn waarop dit artikel is terug te voeren, een beperkte reikwijdte. De bepaling heeft alleen betrekking op de primaire betalingsverplichting uit een handelsovereenkomst, de geldelijke tegenprestatie voor geleverde diensten op grond van een handelsovereenkomst, en niet op andere geldelijke verplichtingen. De rechtbank komt dan ook tot het oordeel dat artikel 6:119a BW in dit geval, waarin ontbinding van de Overeenkomst en een vordering tot terugbetaling voorligt, niet van toepassing is. Daarom zal slechts de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW worden toegewezen en niet de wettelijke handelsrente. De wettelijke rente zal worden toegewezen vanaf 30 juli 2022. Dit is de dag waarop de betalingstermijn in de ontbindingsverklaring was verlopen.

Uitvoerbaarheid bij voorraad

4.43.

Unisys heeft nog verzocht om het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Artikel 233 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalt dat de rechter, als dit wordt gevorderd, zijn vonnis uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren niettegenstaande daartegen aan te wenden rechtsmiddelen, tenzij uit de wet of uit de aard van de zaak anders voortvloeit. Als er verweer wordt gevoerd tegen een gevorderde uitvoerbaar bij voorraadverklaring, zal een belangenafweging moeten plaatsvinden. De maatstaf is of het belang van degene die vordert om het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren zwaarder weegt dan het belang van de wederpartij bij behoud van de bestaande toestand totdat de uitspraak kracht van gewijsde heeft of op een eventueel rechtsmiddel is beslist.

4.44.

De rechtbank is van oordeel dat er rechtens geen grond is om het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Niet onderbouwd gesteld noch gebleken is dat de belangen van Unisys in dit verband zwaarder wegen dan de belangen van DJI. Mogelijke ingrijpende gevolgen van een eventuele executie, die moeilijk ongedaan kunnen worden gemaakt, staan op zichzelf niet in de weg aan uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Het vonnis zal, zoals gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

Conclusie in conventie

4.45.

De gevorderde verklaring voor recht, de gevorderde schadevergoeding en de contractuele boete worden afgewezen. Unisys wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 7.004.871,17 excl. BTW uit hoofde van de nakoming van de door de ontbinding ontstane ongedaanmakingsverbintenissen. Daarnaast zal Unisys worden veroordeeld in de kosten voor de SIG audit van € 89.650,- excl. BTW. De totale veroordeling komt daarmee op een bedrag van € 7.094.521,17 excl. BTW, te vermeerderen met rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van 30 juli 2022.

Proceskosten

4.46.

Unisys is de partij die grotendeels ongelijk krijgt en zij zal daarom in de proceskosten worden veroordeeld. De proceskosten in conventie, inclusief nakosten, aan de zijde van DJI worden als volgt begroot:

- kosten van de dagvaarding	€	131,18	
-----------------------------	---	--------	--

- griffierecht	€	7.843,00	
- salaris advocaat	€	10.617,50	(2,5 punten × € 4.247,00)
- nakosten	€	173,00	(plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)
Totaal	€	18.764,68	

4.47.

De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten wordt toegewezen zoals vermeld in de beslissing.

In (deels) voorwaardelijke reconventie

4.48.

Unisys maakt in haar petitum al haar vorderingen afhankelijk van het oordeel van de rechtbank in conventie. Nu de voorwaarde waaronder Unisys haar vordering in reconventie heeft ingesteld zich niet voordoet, omdat de rechtbank heeft geoordeeld dat de Overeenkomst, de Herstelovereenkomst en de Addenda door DJI buitengerechtelijk zijn ontbonden, komt de rechtbank niet aan de beoordeling van de (deels) voorwaardelijke reconventionele vorderingen toe.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1.

veroordeelt Unisys om aan DJI te betalen een bedrag van € 7.094.521,17 excl. BTW, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over het toegewezen bedrag vanaf 30 juli 2022 tot de dag van volledige betaling;

5.2.

veroordeelt Unisys in de proceskosten, aan de zijde van DJI tot dit vonnis vastgesteld op € 18.764,68, te betalen binnen veertien dagen na aanschrijving daartoe. Als Unisys niet tijdig aan de veroordelingen voldoet en het vonnis daarna wordt betekend, dan moet Unisys € 90,00 extra betalen, plus de kosten van betekening;

5.3.

veroordeelt Unisys in de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de proceskosten als deze niet binnen veertien dagen na aanschrijving zijn voldaan;

5.4.

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.5.

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.L.M. Luiten mr. I.A.M. Kroft, en mr. N.B. Haverhoek en in het openbaar uitgesproken op 31 januari 2024.

Noot

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

Noot

1.

De Dienst Justitiële Inrichtingen ('DJI') is de overheidsdienst die verantwoordelijk is voor het uitvoeren van straffen en vrijheidsbenemende maatregelen. Unisys is een internationaal technologiebedrijf dat in Nederland ook ervaring heeft in de overheidssector.

2.

In 2015 wilde DJI via een aanbesteding haar informatievoorziening stapsgewijs vernieuwen. Hiervoor zou de 'Basisvoorziening Justitiabelen' worden gerealiseerd. Dit 'BVJ' was bedoeld voor automatisering van met name 'primaire processen', zoals planning en beheer van detentie en re-integratie van justitiabelen. Oude systemen zouden hierdoor geleidelijk worden uitgefaseerd.

3.

Op 31 maart 2016 gaan partijen de overeenkomst aan. Afgesproken werd dat DJI op resp. 15 april 2017 en 15 september 2017 zou beschikken over 'een goed werkende BVJ' ten behoeve van Voorlopige en Definitieve Acceptatie. Het contract wekt de indruk dat via diverse 'slimme' mechanismen is geprobeerd de bekende IT-perikelen te voorkomen, althans te reguleren. DJI wenste bijvoorbeeld een 'proven technology' oplossing te ontvangen. Dit wilde zij via een bijzondere garantie waarborgen. Deze hield in dat de aangeboden software voor 80%^[2] al een keer ergens anders moest zijn geïmplementeerd. Zou dat niet zo zijn, dan was de inschrijver een boete verschuldigd. Die boete zou worden gerelateerd aan de mate waarin de standaardfuncties zouden ontbreken. Ook werd een gebalanceerd systeem van termijnen en fatale termijnen gehanteerd.

4.

En ondanks die goede bedoelingen beginnen de bekende verschijnselen van een moeizaam IT-project zich al snel aan te dienen. Het feitelijk verloop wordt in het vonnis uitgebreid beschreven. Hieruit blijkt dat er van alles en nog wat is gebeurd tijdens het project en dat de uitloop wellicht ook (deels) door DJI zelf is veroorzaakt c.q. voor diens rekening komt. Maar kenmerkend is dat partijen bij het maken van nadere afspraken steeds weer verklaren dat de nieuwe termijnen voor de Voorlopige en Definitieve Acceptatie een fataal karakter hebben. Dit gegeven speelt een cruciale rol in dit vonnis, dat betrekking heeft op de gevolgen van de ontbinding van de overeenkomst door DJI. Een van de twee centrale vragen is of partijen hebben vastgehouden aan de fatale termijnen of dat zij deze termijnen hebben losgelaten. Een tweede centrale vraag is of DJI de nakoming van de Overeenkomst door Unisys verhinderde.

Termijnen en fatale termijnen

5.

“In de IT-rechtspraak lijkt vaak te worden aangenomen dat termijnen in beginsel niet fataal zijn, omdat termijnoverschrijding bij IT-projecten eerder regel dan uitzondering is.” Dat verweer voerde Industrial Problem Solvers in de zaak tegen Synergy.^[3] Weliswaar werd die stelling verworpen, maar herkenbaar is deze uitspraak wel. Zo noemde de Automatiseringsgids het jaar 2022 “opnieuw een rampjaar voor de grote IT-budgetten van de overheid. Het merendeel (64%) van de 119 grote IT-overheidsprojecten van meer dan 5 miljoen euro was nog altijd fors vertraagd en de totaal beraamde kosten van de grote projecten stegen door naar 6 miljard, ruim 1,3 miljard meer dan gepland”.^[4] Ook in deze zaak wordt gesteld dat de projectkosten waren toegenomen “naar ongeveer EUR 800.000,- per maand, terwijl er effectief weinig tot geen waarde aan het BVJ project [werd] toegevoegd”.

6.

En hoewel dat verweer zowel in de zojuist aangehaalde zaak als in de onderhavige uitspraak werd verworpen, zijn er inderdaad wel voorbeelden van uitspraken te vinden die op deze stelling aansluiten. De Rechtbank Oost-Brabant overwoog bijvoorbeeld dat “het een feit van algemene bekendheid is dat zich bij grote ICT-ontwikkelprojecten [...] veelvuldig - en vaak substantiële - vertragingen voordoen en ook het risico dat een dergelijk project voortijdig wordt afgebroken naar algemene ervaringsregels reëel is te noemen.”^[5]

7.

Kijkend naar de jurisprudentie vertaalt die constatering zich vaak in twee juridische vraagstukken. Ten eerste de vraag of een termijn ‘fataal’ is in de zin van artikel 6:83 sub a BW c.q. of een partij alsnog een beroep op een verstreken fatale termijn kan doen. En ten tweede de vraag of het falen van de opdrachtgever zelf of het constant bedenken van nieuwe eisen en wensen, tot schuldeisersverzuim leidt.^[6] De combinatie van deze twee thema’s is bij complexe IT-projecten, zoals deze, niet uniek. De diverse rechterlijke uitspraken rond de mislukte implementatie van de Alert software bij een aantal gezondheidsorganisaties laten die combinatie ook zien.^[7] Vaak houdt dit verband met het feit dat gedurende het project blijkt dat de standaardsoftware niet direct toepasbaar is waardoor er aanpassingen moeten plaatsvinden of maatwerksoftware moet worden gemaakt. Veelal is niet direct duidelijk aan welke partij die ‘gaps’, zoals ze vaak worden genoemd, moeten worden toegerekend en daardoor ontstaat vaak een meerwerkdiscussie.

8.

In mijn annotatie bij het tussenvonnissen in de zaak tussen Synergy Systems en Industrial Problem Solvers^[8] ben ik ingegaan op de vraag wanneer een afgesproken termijn ‘fataal’ is. Rechteren zijn namelijk niet zomaar bereid dit aan te nemen. Het feit “dat partijen zijn overeengekomen dat [geïntimeerde] een nieuw softwaresysteem voor Solis zou ontwikkelen, dat ‘ergens’ in januari 2018 gereed en operationeel moest zijn” betekende voor het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bijvoorbeeld niet dat er sprake was van een fatale termijn. “Het automatisch intreden van het verzuim vereist dat een fataal tijdstip eenduidig moet zijn. Alleen al om deze reden kunnen de afspraken omtrent het operationeel zijn van het softwaresysteem niet een fatale termijn opleveren”, aldus het hof.^[9] Heel precies hoeft dat kennelijk ook weer niet te zijn. “Plusminus 30 oktober 2018” vond het gerechtshof Amsterdam bijvoorbeeld “wel degelijk het karakter van een fatale termijn”^[10] hebben.

9.

In dit geval speelt die complexiteit echter niet. Partijen hadden in de nadere overeenkomsten de nieuwe data van Voorlopige en Definitieve Acceptatie namelijk steeds weer als ‘fataal’ aangeduid. Daardoor is “het fatale karakter voor deze termijnen in beginsel gegeven”, aldus de rechtbank en gaat het alleen nog maar over de

vraag of er sprake was van schuldeisersverzuim, waarover hierna meer.

10.

Als zijlijn is het namelijk interessant te wijzen op een overweging van de rechtbank over het feit dat DJI niet direct een beroep op de fatale termijnen had gedaan. Vaak wordt aangevoerd dat daardoor de fatale termijn niet meer kan worden ingeroepen. Recent heeft de Hoge Raad nog eens uitdrukkelijk bevestigd dat in dergelijke gevallen geen sprake van afstand van recht hoeft te zijn.^[11] DJI had in dit geval eerst een uitgebreid deskundigenonderzoek ('audit') door de firma SIG laten verrichten. De rechtbank vindt dat een bewijs van goed opdrachtgeverschap. Zij overweeg dat "DJI, door niet meteen de stekker uit het inmiddels langlopende project met aanzienlijke kosten te trekken, maar eerst de kwaliteit en robuustheid van de applicatie nader te (laten) onderzoeken, juist heeft gehandeld als goed opdrachtgever."

Schuldeisersverzuim

11.

Artikel 6:58 BW geeft aan dat de schuldeiser zelf in verzuim komt wanneer hij de nakoming verhindert door de noodzakelijke medewerking niet te verlenen of "doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt".^[12] Volgens de rechtbank vereist "het schuldeisersverzuim waarop Unisys zich beroept, dat Unisys bereid en in staat was haar verbintenissen uit de Overeenkomst, de Herstelovereenkomst en de Addenda na te komen, maar dat die nakoming werd verhinderd, uitsluitend, doordat DJI de noodzakelijke medewerking niet verleende of dat er aan de zijde van DJI een aan DJI toe te rekenen beletsel voor die nakoming bestond". De rechtbank meent dat het daarbij "op de weg van Unisys (ligt) om niet alleen te stellen dat DJI zijn medewerking niet verleende of een aan hem toe te rekenen beletsel om na te komen bestond, maar ook dat Unisys zonder die beletsel aan de zijde van de Staat wel in staat zou zijn geweest haar verbintenis na te komen." Twee interessante inkleuringen dus: het moet dus *uitsluitend* die tekortkoming zijn die de nakoming verhinderde en de schuldenaar zou zonder die tekortkoming van de schuldeiser, wel hebben moeten kunnen nakomen. Dit alles is de rechtbank in casu niet gebleken.

Eerder hanteerde de rechtbank 's Hertogenbosch een vergelijkbaar kader door te overwegen dat de gedaagde (Bernhoven) kon volstaan met te stellen (en zo nodig te bewijzen) dat de leverancier (Alert) niet aan de leveringsplicht had voldaan en dat "dit anders [kan] worden indien Alert op haar beurt stelt en zo nodig bewijst dat Bernhoven is tekortgeschoten in één of meer van de op haar rustende verplichtingen en dit de nakoming door Alert van haar verplichtingen jegens Bernhoven heeft verhinderd".^[13]

12.

Een slotopmerking over het door SIG uitgevoerde deskundigenonderzoek. Volgens de rechtbank staat als onweersproken vast dat SIG de onderhoudbaarheid van het maatwerk heeft beoordeeld aan de hand van de contractueel overeengekomen ISO 25010 norm. SIG had drie van de acht aspecten van ISO 25010 onderzocht. Hoewel deze constatering betrekking had op de vraag of DJI de kosten van het onderzoek als schade kon opvoeren, is de methode die SIG heeft gekozen wel van invloed op de toewijsbaarheid van die vordering. "Nu uit de SIG-audit volgt dat sprake is van een gebrek omdat het maatwerk onder de contractuele norm scoort, dient Unisys op grond van artikel [.] de kosten van de SIG audit [...] te betalen", concludeerde de rechtbank namelijk.

13.

Voor toepassing van die ISO-norm bij het bepalen van de kwaliteit van software heb ik al vaak gepleit.^[14] Vooralsnog gaat het bij de toepassing van deze norm in de rechtspraak om 'zwaluwen die nog geen zomer maken'.^[15] Maar door deze uitspraak, waarin de ISO 25010 norm betekenis heeft, komt de zomer hopelijk dichterbij.

[1] Mr. W.F.R. Rinzema is advocaat, arbiter en mediator bij To the Point Advocatuur.

[2] Om precies te zijn “[..]ten minste 80% van de in de aanbesteding toegekende punten behorende bij de functionaliteiten van de door hem aangeboden BVJ bestaat uit Standaardprogrammatuur die voorafgaand aan de totstandkoming van de Overeenkomst reeds eenmaal is geïmplementeerd bij een derde-opdrachtgever.”

[3] Rb. Midden-Nederland 26-07-2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:5936, m.nt. W.F.R. Rinzema, *Computerrecht* 2023/261.

[4] www.agconnect.nl/maatschappij/development/waarom-2022-een-rampjaar-was-voor-grote-it-projecten-van-de-overheid.

[5] Rb. Oost-Brabant 27 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6627.

[6] Art. 6:58 BW: “De schuldeiser komt in verzuim, wanneer nakoming van de verbintenis verhinderd wordt doordat hij de daartoe noodzakelijke medewerking niet verleent of doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt, tenzij de oorzaak van verhindering hem niet kan worden toegerekend.”

[7] Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 29-06-2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3387, waarin de situatie in een vijftal projecten wordt weergegeven.

[8] Rb. Midden-Nederland 26-07-2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:5936, *Computerrecht* 2023/261.

[9] Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:512.

[10] Gerechtshof Amsterdam 06-02-2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:565.

[11] HR 12 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:575, in overweging 3.2: “Dat een schuldeiser na het intreden van het verzuim de schuldenaar in de gelegenheid stelt om alsnog na te komen, betekent niet dat de schuldeiser afstand doet van zijn recht om zich op het eerder ingetreden verzuim te beroepen, of dat recht verwerkt.”

[12] Tenzij de oorzaak van verhindering hem niet kan worden toegerekend.

[13] Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3387.

[14] Zie bijvoorbeeld W.F.R. Rinzema & F.B. Melis, ‘Hoe kan de kwaliteit van ICT-systemen juridisch meetbaar worden gemaakt?’, *Computerrecht*, 2014/150.

[15] Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 18 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9635, m.nt. W.F.R. Rinzema.