

Overheid procedeert zelden tegen falende ICT-leverancier

SCHIKKEN OF PROCEDEREN?

DE COMMISSIE-ELIAS DEED IN 2012-2014 ONDERZOEK NAAR ICT-PROJECTEN BINNEN DE OVERHEID. EEN VAN DE AANBEVELINGEN IN HET EINDRAPPORT LUIDDE DAT DE OVERHEID HET CONTRACTMANAGEMENT VEEL PROFESSIONELER MOEST OPPAKKEN EN DAT RECHTSZAKEN TEGEN WANPRESTERENDE OPDRACHTNEMERS VOORTAAN NORMAAL MOESTEN ZIJN. MET DIE AANBEVELING LIJKT WEINIG GEDAAN, CONSTATEERT JEROEN VAN HELDEN. EN DAT KAN ZEER NADELIG ZIJN VOOR DE POSITIE VAN DE OVERHEID ALS ICT-OPDRACHTGEVER.

door Jeroen van Helden beeld ANP

DE DIRECTE AANLEIDING VOOR DE INSTELLING VAN DE COMMISSIE-ELIAS IN 2012 VORMDEN DE VELE BERICHTEN OVER ICT-PROJECTEN BINNEN DE OVERHEID die langer duurden dan gepland en duurder uitpakten dan begroot. Voorbeelden te over. Zo sleepte de modernisering van het bevolkingsregister sinds 2009 voort terwijl de kosten meermaals over de kop gingen, en duurde de landelijke introductie van de OV-chipkaart maar liefst drie jaar langer dan gepland.

Het eindrapport van de commissie-Elias bevatte 34 aanbevelingen. Een deel van

die aanbevelingen was politiek-bestuurlijk van aard. Zo adviseerde de commissie de oprichting van het Bureau ICT-Toetsing (BIT) en een verplichte starttoets bij projecten van meer dan 5 miljoen euro met een belangrijke ICT-component. Een andere categorie aanbevelingen zag op de aanbestedingsfase. De commissie constateerde dat de overheid nog te vaak de neiging had eigenwijs te zijn en onvoldoende gebruikmaakte van de kennis van de markt. Méér overleg met de markt was daarom nodig en functioneel aanbesteden zou voortaan de norm moeten zijn. Ten slotte moest het contractmanagement beter. Nadat de opdracht was gegund en de handtekeningen waren gezet, verdween het contract al te vaak in de spreekwoordelijke la en werd niet nagegaan of het contract ook daadwerkelijk werd nageleefd, zo stelde de commissie vast. Bij geschillen werd onder geheimhouding geschikt, regelmatig 'met nonchalance' over de hoogte van de hiermee gemoeide bedragen. Kort en goed luidde aanbeveling 34: "Een contract verdwijnt na ondertekening niet in een la, maar wordt tijdens het project daadwerkelijk gebruikt. Rechtszaken worden bij wanprestatie normaal."

EEN NIEUW NORMAAL?

Sinds de publicatie van het eindrapport van de commissie-Elias zijn zes jaren



Debat in 2016 over ICT-problemen bij SVB

'DE OVERHEID STAAT BEKEND ALS EEN HOND DIE WEL BLAFT MAAR NOOIT BIJT'

verstrekken, zodat inmiddels de tussenbalans kan worden opgemaakt: zijn rechtszaken tegen wanpresterende ICT-leveranciers inmiddels normaal geworden? De zoekactie 'ICT overheid' op www.rechtspraak.nl levert 221 resultaten op (peildatum 11 september 2020). Wanneer vervolgens wordt geselecteerd op uitspraken die de civiele rechter sinds 1 januari 2015 heeft gedaan, blijven 58 resultaten over. Vier zaken daarvan zouden kunnen kwalificeren als een ICT-geschil waarbij de overheid procespartij was. In twee van de vier gevallen gaat

het om een zaak die werd aangespannen door de ICT-leverancier tegen de overheid en niet andersom. BrightContact Technology B.V. en Worldmeetings.com B.V. vorderden in 2019 schadevergoeding van de Staat der Nederlanden, omdat laatstgenoemde de afspraken over exclusiviteit in met deze partijen gesloten overeenkomsten niet zou hebben nageleefd. Blijven er twee zaken over waarin de overheid een ICT-leverancier voor de rechter daagde. In 2016 vorderde het openbaar lichaam Drechtsteden schadevergoeding van een ingehuurd

Zou het kunnen dat ICT-projecten binnen de overheid inmiddels op rolletjes lopen?

Bekende arbitrage-instituten in Nederland ter zake (onder meer) ICT-geschillen zijn de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) en het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI). De SGOA heeft een selectie van in totaal zo'n 38 arbitrale vonnissen op haar website gepubliceerd. Deze vonnissen zijn geanonimiseerd, al is de rechtsvorm van de betrokken partijen vaak nog wel zichtbaar. Nagenoeg alle procespartijen zijn bv's of vof's. Op de SGOA-website is geen arbitraal vonnis te vinden waarin een publiekrechtelijk rechtspersoon (Staat der Nederlanden, gemeente, provincie, waterschap, zbo met eigen rechtspersoonlijkheid, bepaalde gemeen-



ICT-specialist die onzorgvuldig zou hebben gehandeld bij het uitschrijven van een aanbestedingsprocedure. In 2018 stonden de gemeenten Achtkarpselen en Tytsjerksteradiel tegenover Centric Nederland B.V. voor de kortgedingrechter, waarin zij nakoming van de overeengekomen ICT-dienstverlening vorderden.

Slechts twee zaken dus in een kleine zes jaar tijd waarin de overheid een ICT-leverancier voor de rechter daagde: de eerste tegen een individuele ICT'er en de tweede een vordering tot nakoming in kort geding tegen Centric. Dat is bepaald geen indrukwekkende score. Zou het kunnen dat ICT-projecten binnen de overheid inmiddels op rolletjes lopen, zodat een rechtsgang überhaupt niet aan de orde is? Die verklaring is niet erg overtuigend. In 2017 nog zette minister Plasterk het BRP-project stop, na bijna tien jaar ontwikkeling waarin vele tientallen miljoenen euro's aan het project waren uitgegeven. In 2019 trok minister Schouten de stekker uit een omvangrijk project van de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit, nadat het BIT had geadviseerd met het project te stoppen. Inmiddels was ruim 65 miljoen euro aan het project uitgegeven.

ARBITRAGE

Een andere mogelijke verklaring voor het geringe aantal ICT-geschillen waarin de overheid procespartij is, zou kunnen zijn dat de overheid haar geschillen met ICT-dienstverleners het liefst buiten de rechtszaal uitvecht. Bijvoorbeeld via arbitrage. Een veelgehoord voordeel van arbitrage is dat partijen dan voor gespecialiseerde ICT-juristen kunnen kiezen als arbiters. Of de gemiddelde arbiter in de praktijk ook deskundiger is in de toepassing van het recht op een ICT-geschil dan de gewone rechter, is de vraag. Een ander voordeel van arbitrage – en in de praktijk wellicht belangrijker – is dat dit partijen de mogelijkheid geeft vertrouwelijkheid af te spreken. De juridische afwikkeling kan dan zonder pottenkijkers plaatsvinden en mogelijk gezichtsverlies blijft beperkt.

schappelijke regelingen, et cetera) was betrokken. Als overheden al voor arbitrage kiezen, lijken zij dat niet te doen bij de SGOA.

Het NAI publiceert geen arbitrale vonnissen op de eigen website, maar publiceert wel af en toe vonnissen (in anonieme vorm) in het Tijdschrift voor Arbitrage. Echter, ook in dat tijdschrift zijn de afgelopen jaren geen arbitrale vonnissen gepubliceerd waarin een ICT-geschil centraal stond en waarbij een overheid procespartij was. Van ten minste één ICT-geschil is overigens wel bekend dat het via het NAI is beslecht. In 2015 besloten de Sociale verzekeringsbank (SVB) en Capgemini hun geschil over de implementatie van het multiregelingsysteem (MRS) te beslechten door middel van arbitrage bij het NAI. Die procedure legde de SVB geen windeieren. Zoals blijkt uit verschillende Kamerbrieven, werd Capgemini in die kwestie veroordeeld tot betaling aan SVB van zo'n 27 miljoen euro.¹

AANBESTEDING VAN ICT

Het is interessant de resultaten van eerdergenoemde zoekactie te vergelijken met het aantal kort gedingen dat jaarlijks door de ICT-branche tegen de overheid wordt aangespannen bij het mislopen van een opdracht. Een eenvoudige

zoekactie op www.rechtspraak.nl geeft alleen al voor 2019 een tiental resultaten. Zo vocht Ricoh Nederland B.V. met succes de voorgenomen gunningsbeslissing van de gemeente Amsterdam aan inzake de aanbesteding 'Scannen en Printen'. Ook Protinus IT B.V. werd door de kortgedingrechter in het gelijk gesteld in een zaak tegen de gemeente Den Haag over de aanbesteding van vaste en mobiele werkplekapparatuur. Minder succes hadden IT Creation B.V. en Ferranti Computer Systems N.V. in een zaak tegen respectievelijk een drietal gemeenten en de provincie Utrecht. De eerste zaak betrof de aanbesteding van servers en andere opslagapparatuur en de tweede zaak ging over de inkoop van een dynamisch reizigersinformatiesysteem. Ook SQL Integrator B.V. ageerde tevergeefs tegen een uitsluitingsbeslissing van de Staat der Nederlanden bij een aanbesteding over de inhuur van ICT-medewerkers.

BLAFFEN MAAR NIET BIJTEN

De ICT-sector procedeert kennelijk wel tegen de overheid bij het mislopen van een overheidsopdracht, maar nadat een opdracht eenmaal definitief is gegund procedeert de overheid niet of nauwelijks tegen de wanpresterende ICT-dienstverlener. Kennelijk voelt de overheid er nog altijd – en ondanks de aanbevelingen van de commissie-Elias – weinig voor een geschil met een ICT-dienstverlener op de spits te drijven door naar de rechter te stappen. Het voert te ver om hier in te gaan op de vraag waar die aarzeling binnen de overheid vandaan komt. Dit artikel sluit daarom af met de vraag in hoeverre deze disbalans problematisch is. Vooropgesteld moet worden dat als de overheid bekendstaat als een hond die wel blaft maar nooit bijt, dit de stiptheid waarmee een ICT-leverancier haar verplichtingen nakomt niet ten goede zal komen. Een ICT-dienstverlener die in opdracht van de overheid werkt, zal eerder geneigd zijn om kwalitatief mindere

medewerkers op het project te zetten, zal lakser reageren op verzoeken en zal sneller sturen richting meerwerk. Kortom, de overheid krijgt minder waar voor haar geld dan de private opdrachtgever. Een ander mogelijk gevolg is dat de strijd om een overheidsopdracht zal verscherpen als na gunning daarvan een relatief risicooloos contract (voor de ICT-leverancier welteverstaan) overblijft. Inschrijvers zullen dan eerder geneigd zijn toezeggingen te doen die zij mogelijk niet kunnen nakomen en de inschrijver die misgrijpt zal sneller een kortgedingdagvaarding uitbrengen om een gunningsbeslissing aan te vechten. Ook is er reden te veronderstellen dat de overheid gemeenschapsgeld laat liggen door ICT-geschillen vooral minnelijk te willen oplossen. De condities van een minnelijke regeling zullen vaak nadeliger zijn dan een rechterlijk (of arbitraal) oordeel was geweest, in ieder geval in die gevallen waarin de overheid 'een sterke zaak' heeft.

Mede omdat de overheid vaak in de positie is contractvoorwaarden te dicteren, heeft de overheid over het algemeen een goede uitgangspositie tegen een leverancier die niet levert conform afspraak. Dit blijkt ook uit de spaarzame voorbeelden die in dit artikel zijn aangehaald waarin de overheid wél de gang naar de rechter (of arbitraal scheidsrecht) maakte.

Uiteindelijk is het niet alleen in het belang van de overheid zelf, maar ook in het belang van de ICT-branche wanneer de overheid zich zakelijker opstelt in ICT-geschillen. De overheid heeft de ICT-sector nodig om belangrijke doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken en de overheid is voor de ICT-branche een belangrijke klant. Uiteindelijk zijn beide partijen gebaat bij een wederzijds volwassen, deskundige en zakelijke opstelling. 📧

¹ Brief van minister van SZW van 7 oktober 2017 en brief van staatssecretaris van SZW van 21 augustus 2018.

REACTIES EN BIJDAGEN

Voor reacties en nieuwe bijdragen van IT-experts:
Tanja de Vrede
020-2356415
t.d.vrede@agconnect.nl

AUTEUR



JEROEN VAN HELDEN is advocaat IT, IE & Privacy bij De Clercq Advocaten Notariaat, te Leiden. Dagelijks adviseert en procedeert hij op het gebied van (internationale) privacy- en dataprotectievraagstukken en IT-projecten, waaronder implementatie van ERP-systemen en ontwikkeling van maatwerksoftware.