

RECHTBANK ZEELAND-WEST-BRABANT

Handelsrecht

Breda

zaaknummer / rolnummer: C/02/265784 / HA ZA 13-460

Vonnis van 30 april 2014

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

eiseres in conventie,
verweerster in voorwaardelijke reconventie,
advocaat mr. L.R.G.M. Spronken,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE ROOSENDAAL,
zetelend te Roosendaal,
2. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE MOERDIJK,
zetelend te Zevenbergen,
3. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE ETTEN-LEUR,
zetelend te Etten-Leur,
gedaagden in conventie,
eiseressen in voorwaardelijke reconventie,
advocaat mr. M.H.L. Hemmer.

Eiseres in conventie, verweerster in voorwaardelijke reconventie wordt hierna aangeduid als Gedaagden in conventie, eisers in voorwaardelijke reconventie worden afzonderlijk aangeduid als gemeente Roosendaal respectievelijk gemeente Moerdijk en gemeente Etten-Leur en gezamenlijk als de gemeenten.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- het tussenvonnis van 4 september 2013 en de daarin genoemde stukken,
 - de conclusie van antwoord in voorwaardelijke reconventie met de producties 18 tot en met 20,
 - het proces-verbaal van comparitie van 27 januari 2014.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. In januari 2012 hebben de gemeenten gezamenlijk een Europese openbare aanbestedingsprocedure gestart met de naam "SAN en back-up". Een SAN, Storage Area Network, is een IT architectuur die verschillende soorten apparaten en data-opslag-servers ten behoeve van een groter netwerk van gebruikers met elkaar verbindt. Doel van de aanbesteding was het realiseren van een SAN en een off-site back-up systeem.

2.2. [] heeft zich op 16 maart 2012 voor de betreffende aanbesteding ingeschreven. Geen van de aanbieders of inschrijvers voldeed aan alle eisen van de aanbesteding en er werd uiteindelijk niet gegund.

2.3. De gemeenten zijn nadien in onderhandeling getreden met (onder meer) [] en hebben haar verzocht een offerte uit te brengen.

2.4. [] heeft een offerte d.d. 24 mei 2012 uitgebracht. In deze offerte is onder meer opgenomen: "*Op transacties van [] zijn naast de voorwaarde van de gemeenten ook de ICT office voorwaarden 2009 van toepassing*".

2.5. Bij brief van 22 juni 2014 (met als aanhef "*Definitief gunningsbesluit SAN en Back-up*") berichten de gemeenten [] dat [] had ingeschreven op de Europese aanbesteding "San en Back-up" en dat de gemeenten zoals bericht op 26 maart 2012 en 19 april 2012 besloten hadden niet tot gunning over te gaan. Voorts berichten zij dat zij [] daarna hebben verzocht deel te nemen aan een onderhandelingstraject op basis van artikel 31 BAO en dat [] daartoe een aangepaste offerte heeft uitgebracht. Vervolgens delen zij mede dat zij de voorlopige gunning van 6 juni 2012 aan [] omzetten in een definitieve gunning.

2.6. [] heeft vervolgens werkzaamheden voor de gemeenten verricht en de gemeenten hiervoor facturen gezonden. De laatste 3 facturen d.d. 10 december 2012 ad respectievelijk € 24.954,68, € 12.377,10 en € 20.499,24 zijn onbetaald gebleven.

2.7. Tussen partijen is een geschil ontstaan over betaling van de facturen en over uitvoering van de werkzaamheden door []. Partijen hebben daarover uitvoerig gecorrespondeerd. Ook heeft meerdere malen overleg plaatsgevonden.

2.8. [] heeft bij brieven van 14 respectievelijk 19 februari 2013 de gemeenten in gebreke gesteld en gesommeerd binnen 5 dagen respectievelijk direct tot betaling over te gaan.

2.9. De gemeenten hebben [] bij brief van 21 februari 2013 meegedeeld dat zij niet heeft geleverd zoals overeengekomen en hebben haar in de gelegenheid gesteld de implementatie van het geheel binnen 1 maand na verzenddatum van de brief af te ronden. De gemeenten geven in dat schrijven aan welke werkzaamheden nog dienen te geschieden en delen mede dat indien [] binnen die termijn niet voldoet aan het verzoek, zij in verzuim verkeert. De gemeenten zullen dan de overeenkomst ontbinden dan wel een derde de werkzaamheden laten uitvoeren en de kosten verhalen op [].

2.10. In reactie daarop vindt nog nader overleg evenals een e-mailwisseling plaats tussen partijen. Vervolgens hebben de gemeenten bij brief van 3 april 2013 [redacted] meegedeeld dat de termijn van ingebrekestelling is verstreken en dat [redacted] in verzuim verkeert ten aanzien van de openstaande punten. De gemeenten delen voorts mede dat zij een derde zullen inschakelen en de kosten op [redacted] zullen verhalen.

2.11. Van de zijde van [redacted] worden de gemeenten bij brief van 11 april 2013 gesommeerd haar in de gelegenheid te stellen de restpunten uit te voeren en worden de gemeenten op dat punt in gebreke gesteld. Ook sommeert [redacted] de gemeenten de openstaande facturen te voldoen. Voorts worden zij aansprakelijk gesteld voor de geleden en nog te lijden schade van [redacted] door het handelen van de gemeenten en doordat [redacted] niet in de gelegenheid wordt gesteld de restpunten te voltooien. Daarbij geeft [redacted] aan dat onder de door de gemeenten genoemde restpunten zich drie (de gemeenten bekende) punten bevinden die niet tot de opdracht behoren en die derhalve ook niet door [redacted] behoeven te worden uitgevoerd.

2.12. Ook nadien vindt nog correspondentie tussen (de raadsleden van) partijen plaats.

2.13. De gemeenten hebben een derde de resterende werkzaamheden laten uitvoeren.

2.14. Bij deurwaardersexploiten van 3 mei 2013 heeft [redacted] sommatiebrieven d.d. 1 mei 2013 doen betekenen ter zake het voldoen van de respectieve facturen.

3. De vordering in conventie

3.1. [redacted] vordert om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- I. de gemeente Roosendaal te veroordelen tot betaling van € 24.954,68 te vermeerderen met de handelsrente over dit bedrag vanaf 10 januari 2013 tot de dag der algehele- voldoening;
- II. de gemeente Moerdijk te veroordelen tot betaling van € 12.377,10 te vermeerderen met de handelsrente over dit bedrag vanaf 10 januari 2013 tot de dag der algehele voldoening;
- III. de gemeente Etten-Leur te veroordelen tot betaling van € 20.449,24 te vermeerderen met de handelsrente over dit bedrag vanaf 10 januari 2013 tot de dag der algehele voldoening;
- IV. de gemeenten hoofdelijk te veroordelen in de buitengerechtelijke incassokosten ad € 1.352,81 althans een bedrag in goede justitie te bepalen met de handelsrente;
- V. de gemeenten hoofdelijk te veroordelen in de kosten van de procedure, te vermeerderen met de nakosten en de wettelijke rente.

3.2. Grondslag van de vorderingen is dat [redacted] uit hoofde van de opdracht van de gemeenten d.d. 21 juni 2012 werkzaamheden heeft uitgevoerd, waarvoor zij facturen heeft verzonden en waarvan de gemeenten de laatste facturen zoals gevorderd onbetaald heeft gelaten. Volgens [redacted] zijn haar algemene voorwaarden op de opdracht van toepassing.

4. Het verweer in conventie

4.1. De gemeenten stellen dat de aanbestedingsdocumentatie uitgangspunt is tussen partijen en dat de algemene voorwaarden van de gemeente Roosendaal van toepassing zijn.

4.2. Volgens de gemeenten heeft [] niet conform aanbesteding geleverd. Het project is nimmer correct voltooid door []. Begin 2013 stond nog een aantal essentiële punten open die bij de opdracht van [] behoorden. Volgens de gemeenten was [] hooguit bereid tot een gedeeltelijke oplevering en waren zij niet gehouden waren om akkoord te gaan met een aanbod tot gedeeltelijke nakoming. De gemeenten zagen zich daarom genoodzaakt een derde in te schakelen.

4.3 De gemeenten wensen primair de overeenkomst met [] te ontbinden voor wat betreft de werkzaamheden die [] niet heeft verricht en de overige verplichtingen waaraan zij niet heeft voldaan. Aan de vereisten van artikel 6:265 BW is voldaan. De waarde van de niet nakoming door [] is 10% van de overeenkomst.

4.4 Subsidiair doen de gemeenten een beroep op verrekening van de vorderingen van [] naar rato met de als gevolg van de gebrekkige uitvoering geleden schade van in totaal € 101.536,32.

5. De voorwaardelijke vordering in reconventie

Voor zover de rechtbank de vordering van [], al dan niet gedeeltelijk toewijst, als gevolg van het passeren van het verrekeningsverweer, vordert de gemeenten de betaling van de onder de alinea's 63 tot en met 76 per gemeente opgesomde posten, te vermeerderen met de rente en met veroordeling van [] in de kosten en de nakosten.

6. Het verweer in voorwaardelijke reconventie

[] betwist dat er schade is geleden. [] betwist voorts dat de gemeenten een beroep kunnen doen op opschorting of verrekening omdat de algemene voorwaarden van [] dat uitsluiten. Daarnaast voert zij aan dat een deel van de opgevoerde schade niet in betrekking tot de opdracht staat, zodat het causaal verband ontbreekt.

7. De beoordeling

in conventie

7.1. [] vordert betaling van de laatste drie facturen van de opdracht, zijnde 10% van de totale prijs van de opdracht. De gemeenten doen een beroep op ontbinding van de overeenkomst voor wat betreft de werkzaamheden die [] niet heeft verricht en de overige verplichtingen waaraan zij niet heeft voldaan, de zogenaamde restpunten.

7.2. Tussen partijen is niet in geschil dat er begin 2013 een aantal restpunten was. Ter gelegenheid van de comparitie van partijen is komen vast te staan dat het als productie 12 bij dagvaarding overgelegde Excel bestand met de lijst van restpunten in gezamenlijk overleg is opgesteld. Derhalve kan van de juistheid van de in dat bestand opgenomen restpunten worden uitgegaan. Tussen partijen is in geschil of al deze restpunten tot de opdracht behoren. Gelet daarop dient de vraag te worden beantwoord wat de inhoud van de overeenkomst tussen partijen is en in het bijzonder of de aanbestedingsdocumentatie (het aanbestedingsbestek evenals de nota van inlichtingen) deel uitmaakt van de overeenkomst. Ook de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden is in geschil.

7.3. Vaststaat dat in de brief van de gemeenten van 22 juni 2012 waarbij de opdracht definitief aan [redacted] wordt gegund, wordt gesteld dat de onderhandelingen met [redacted] hebben plaatsgevonden op basis van artikel 31 BAO (het per 1 april 2013 vervallen Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten). [redacted] heeft de inhoud van deze brief niet althans onvoldoende betwist, zodat van de juistheid daarvan zal worden uitgegaan. Ingevolge artikel 31 BAO mogen de oorspronkelijke voorwaarden van de aanbesteding niet wezenlijk zijn gewijzigd. De aanbestedingsdocumentatie is in zoverre, zoals de gemeenten terecht hebben aangevoerd, uitgangspunt geweest bij de onderhandelingen en daarmee ook bij de offerte. [redacted] geeft in haar offerte ook aan dat zij het programma van eisen zo nauwkeurig mogelijk heeft beantwoord. De stelling van [redacted] dat haar offerte een "stand alone" document is, kan reeds om die reden geen stand houden. Voorts staat vast dat het door partijen gevolgde betalingsschema voor de opdracht rechtstreeks volgt uit de aanbestedingsdocumentatie en niet in de offerte van [redacted] is opgenomen. De gemeenten hebben er daarnaast nog op gewezen dat ook het onderdeel "ontsluiten van ADS naar Ethernet" voortvloeit uit het plan van aanpak van [redacted] bij de aanbestedingsdocumentatie en niet in de offerte staat, hetgeen [redacted] evenmin heeft betwist. Al deze omstandigheden ondersteunen het standpunt van de gemeenten dat de aanbestedingsdocumentatie behalve uitgangspunt voor de onderhandelingen ook deel van uitmaakt van de overeenkomst tussen partijen. In het navolgende zal als juist worden aangenomen dat de aanbestedingsdocumentatie onderdeel uitmaakt van de overeenkomst tussen partijen.

7.4. In de aanbestedingsdocumentatie is bepaald dat onderdeel van de aanbesteding de acceptatie van de algemene voorwaarden van de gemeente Roosendaal is. Gesteld noch gebleken is dat deze voorwaarde is gewijzigd. Indien [redacted] had willen bewerkstelligen dat haar eigen voorwaarden van toepassing zouden zijn, had zij op grond van artikel 6:225 lid 3 BW de voorwaarden van de gemeente Roosendaal expliciet van de hand moeten wijzen en vervolgens haar eigen voorwaarden van toepassing moeten verklaren. [redacted] heeft echter volstaan met vermelding in haar offerte d.d. 24 mei 2012 dat op de transacties van [redacted] naast de voorwaarden van de gemeenten ook haar ICT office voorwaarden van toepassing zijn. Van het expliciet van de hand wijzen is geen sprake. Daarmee zijn de algemene voorwaarden van de gemeente Roosendaal van toepassing op de overeenkomst tussen partijen. In artikel 25 van die voorwaarden is een regeling opgenomen over niet-nakoming en de gevolgen.

7.5. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de zijde van [redacted] die ontbinding rechtvaardigt. Volgens de gemeenten is [redacted] door het niet verrichten van de restpunten tekortgeschoten in de

uitvoering van de opdracht. Zij stelt dat alle restpunten tot de opdracht behoren. De gemeenten verwijzen ter onderbouwing van die stelling naar de relevante bepalingen uit de aanbestedingsdocumentatie. [] heeft hiertegen uitsluitend het verweer gevoerd dat de aanbestedingsdocumentatie geen onderdeel uitmaakt van de overeenkomst. Zoals hiervoor overwogen is dat verweer onjuist. Nu [] overigens niet dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken dat alle nog uit te voeren restpunten tot de opdracht behoren, zal van de juistheid hiervan worden uitgegaan. [] is derhalve gehouden alle restpunten op te lossen/uit te voeren zodat nu vaststaat dat zij dat niet heeft gedaan, zij in zoverre tekortgeschoten is in de nakoming.

7.6. Volgens [] verkeert zij echter niet in verzuim omdat sprake is van schuldeisersverzuim aan de zijde van de gemeenten vanwege het niet betalen van de resterende facturen. Deze stelling van [] is onjuist. Volgens het overeengekomen betalingsschema waren de gemeenten eerst gehouden te betalen bij oplevering van de documentatie en afhandelen van de restpunten en hoefden zij de laatste 10% derhalve niet vooruit te betalen. Van schuldeisersverzuim van de gemeenten is dan ook geen sprake. Voorts voert [] aan dat zij niet deugdelijk in de gelegenheid is gesteld de restpunten te verhelpen en dat de gemeenten geen derde hadden mogen inschakelen. Ook deze stellingname is onjuist. De gemeenten hebben [] bij brief van 21 februari 2013 in gebreke gesteld en een termijn van een maand gegeven om de restpunten af te wikkelen. Dit is een redelijke termijn voor nakoming. Niet in geschil is dat [] zich (ten onrechte) op het standpunt stelde dat zij een aantal restpunten niet hoefde uit te voeren omdat deze niet tot de opdracht behoorden. Zij was daarmee, zoals de gemeenten terecht stellen, slechts tot gedeeltelijke nakoming bereid. De gemeenten hoefden echter geen genoegen te nemen met slechts gedeeltelijke nakoming. Bovendien staat vast dat na de termijn van ingebrekestelling geen van de restpunten (derhalve ook niet die restpunten die volgens [] wel tot de opdracht behoren) is opgelost/uitgevoerd. Daarmee staat voldoende vast dat [] in verzuim verkeert ten aanzien van de restpunten. De gemeenten mochten derhalve een derde inschakelen (artikel 25 lid 3 sub a van die voorwaarden). Met het voorgaande is voldaan aan de vereisten uit artikel 6:265 BW voor gedeeltelijke ontbinding van de opdracht ten aanzien van de niet verrichte restpunten. Nu niet in geschil is dat deze restpunten een waarde vertegenwoordigen van 10% van de opdracht gelijk aan de nog openstaande facturen, zijn de gemeenten daarmee van hun betalingsverplichtingen ten opzichte van [] bevrijd. De vorderingen van [] liggen daarmee voor afwijzing gereed.

7.7. De voorwaarde voor de reconventie is niet vervuld zodat deze niet meer besproken zal worden.

7.8. [] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de gemeenten worden begroot op:

- griffierecht	1.836,00
- salaris advocaat	1.788,00 (2,0 punten × tarief € 894,00)
Totaal	€ 3.624,00

7.9. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.


8. De beslissing

De rechtbank

In conventie

- 8.1. wijst de vorderingen af,
- 8.2. veroordeelt [redacted] in de proceskosten, aan de zijde van de gemeenten tot op heden begroot op € 3.624,00,
- 8.3. veroordeelt [redacted] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [redacted] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,
- 8.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.H.J.G. Römers en in het openbaar uitgesproken op 30 april 2014.



"VOOR GROSSE"
De griffier van de rechtbank Zeeland-West-Brabant



30 APR. 2014

