

Vzgr Rb Zwolle, 28 oktober 2008, L&D v Gemeente Zwolle



ONGEORLOOFDE CONCURRENTIE AUTEURSRECHT – MERKENRECHT

Aanbesteding: geen aanzetten tot inbreuk auteurs- en merkrechten

- [onvoldoende aannemelijk dat Gemeente Zwolle andere inschrijvers “aanzet” tot het gebruik van de term “ABC-meting”, en aldus inbreuk wordt gemaakt op het merkenrecht van L&D en evenmin is aannemelijk geworden dat de aanbesteding degene aan wie de opdracht zal worden gegund dwingt inbreuk te maken op auteursrechten van L&D](#)

Het is, naar het voorhandse oordeel van de voorzieningenrechter, denkbaar dat de vorderingen (deels) zouden kunnen worden toegewezen indien gelet op de wijze waarop de aanbesteding is georganiseerd, de overige inschrijvers (waaronder begrepen, degene aan wie uiteindelijk wordt gegund) worden gedwongen om jegens L&D onrechtmatig te handelen. Vaste jurisprudentie (onder meer HR 12 januari 1962, NJ 1962, 246; HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 en laatstelijk HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78) is immers dat het profiteren van andermans wanprestatie onrechtmatig is indien aan twee cumulatieve vereisten is voldaan:

- a. de aangesproken partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij, kort gezegd, wanprestatie pleegt jegens een derde;
- b. er is sprake van bijkomende omstandigheden.

1.1.1. Niet aannemelijk is echter geworden dat een dergelijke situatie zich hier voordoet.

In de eerste plaats is van belang dat Gemeente Zwolle in de nota van toelichting heeft opgemerkt: “De ABC-meting wordt ten onrechte genoemd in het conceptcontract. Gemeente Zwolle wil de beschikking hebben over een cliëntmeting. De ABC-meting is daar een voorbeeld van.” Bij die stand van zaken is onvoldoende aannemelijk dat Gemeente Zwolle andere inschrijvers “aanzet” tot het gebruik van de term “ABC-meting”, en

aldus inbreuk wordt gemaakt op het merkenrecht van L&D.

1.1.1. Evenmin is aannemelijk geworden dat de aanbesteding degene aan wie de opdracht zal worden gegund dwingt inbreuk te maken op auteursrechten van L&D.

1.1.1. Daarbij is van belang dat de uiteindelijke contractant niet uitgenodigd of aangezet wordt tot het gebruik maken van door L&D gehanteerde en mogelijk auteursrechtelijk beschermde software, logo's, vragenlijsten, rapportages etcetera. Uit het debat van partijen ter zitting is naar voren gekomen dat de methode betreffende de ABC-meting niet auteursrechtelijk beschermd is. Zo er evenwel toch van uit zou moeten worden gegaan dat de methode auteursrechtelijk beschermd is dan brengt dat nog niet mee dat de conceptovereenkomst de uiteindelijke contractant verplicht een prestatie te leveren die noodzakelijkerwijze een inbreuk impliceert op dat auteursrecht.

Vindplaatsen: LJN: [BH3767](#)

Vzgr Rb Zwolle, 28 oktober 2008

(E.B.E.M. Rikaart-Gerard)

Uitspraak

Vonnis

RECHTBANK ZWOLLE-LELYSTAD

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 149572 / KG ZA 08-457

Vonnis in kort geding van 28 oktober 2008

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid L&D SUPPORT B.V., gevestigd te Amsterdam, eiseres,

advocaat mr. A. Ligtenstein te Haarlem, tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE ZWOLLE, zetelend te Zwolle,

gedaagde,

advocaten mrs. M.J. Mutsaers en H.W. de Weijs te Zwolle.

Partijen zullen hierna L&D en Gemeente Zwolle genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van L&D
- de pleitnota van Gemeente Zwolle.

1.1. Ten slotte is vonnis bepaald.

1. De feiten

1.1. Gemeente Zwolle heeft een Europese openbare aanbesteding (aanbestedingsnummer 118-157197) uitgeschreven met betrekking tot het uitvoeren van re-integratieactiviteiten gericht op de re-integratie van gezamenlijke cliënten binnen het werkactiveringsprogramma van de Zwolle Werkt Academie (ZWA). Het doel van de aanbesteding is het op een transparante wijze contracteren van re-integratiebedrijven voor de uitvoering van re-integratieactiviteiten gericht op het diagnosticeren en de uitstroom naar regulier werk. De aanbesteding is

onderverdeeld in 11 clusters. Cluster 1, waarvoor L&D zich heeft ingeschreven, heeft betrekking op cliëntmeting.

1.1. Volgens de aanbestedingsleidraad wordt de opdracht gegund op basis van de economisch meest voordelige aanbieding, waarbij de gemeente de inschrijvingen beoordeelt aan de hand van de kwalitatieve aspecten (75%) en de prijs (25%). Voor wat betreft cluster 1 worden de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen als volgt beoordeeld (waarbij tussen de rechte haken de door Gemeente Zwolle opgegeven score van L&D is vermeld):

Kwalitatieve aspecten testen	Maximale score [score L&D]
Deskundigheid	
- beschrijving wijze van communiceren	8 [8]
- beschrijving wijze van rapporteren	8 [4]
- omschrijving van locatie	8 [6]
- flexibele aanmelding	8 [6]
- kwaliteitsborging dienstverlening medewerkers	8 [6]
subtotaal deskundigheid	40 [30]
Plan van aanpak / methodiek	40 [30]
Personeel	15 [10]
Acceptatie conceptovereenkomst	5 [5]
Totaal kwalitatieve aspecten	100 [75]

Voor wat betreft het criterium prijs is aan L&D een puntenscore van 100 toegekend.

De hoogst door Gemeente Zwolle toegekende totaalscore op kwaliteit was 84 punten, die op prijs 100 punten. Na weging van het criterium kwaliteit en prijs is aan L&D een scoretotaal toegekend van 91,664 punten. Daarmee behaalde zij de derde plaats. Gemeente Zwolle is voornemens aan [X] te gunnen.

1.1. Gemeente Zwolle heeft in een gesprek op 18 september 2008 aan L&D een toelichting gegeven op de wijze waarop zij de inschrijving heeft beoordeeld.

1.1. L&D kan merkenrechten doen gelden ten aanzien van de naam "ABC-meting".

1. Het geschil

1.1. De vordering van L&D strekt ertoe dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad.:

1. Gemeente Zwolle zal gebieden een eventuele gunning van de opdracht op grond van de huidige aanbesteding ongedaan te maken, voor zover reeds tot gunning is overgegaan;

2. Gemeente Zwolle zal gebieden tot heraanbesteding van de opdracht in overeenstemming met het Bao en (de algemene beginselen van) het aanbestedingsrecht, voor zover Gemeente Zwolle nog steeds tot aanbesteding van de opdracht wenst over te gaan;

3. Gemeente Zwolle zal veroordelen in de kosten van dit geding, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen na betekening van dit vonnis.

1.1. Gemeente Zwolle heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van L&D in de kosten van dit geding, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen na betekening van dit vonnis.

1.1. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

1. De beoordeling

1.1. Van een spoedeisend belang van L&D bij haar vorderingen is in voldoende mate gebleken.

1.1. L&D stelt zich ten eerste op het standpunt dat Gemeente Zwolle in strijd met het transparantiebeginsel heeft gehandeld.

Zij legt daaraan ten grondslag dat:

1. uit de aanbestedingsleidraad valt af te leiden dat indien (volledig) werd voldaan aan de gestelde eisen, het maximum aantal punten per subsubcriterium zal worden toegekend;

2. Gemeente Zwolle echter bij criteria waarbij maximaal 8 punten waren te verdienen, 4 punten heeft toegekend indien aan het criterium werd voldaan en meer punten indien de inschrijver meer aanbod dan werd gevraagd, en derhalve indien een inschrijver ongevraagd meer aanbod dan is gevraagd, "bonuspunten" zijn toegekend, hetgeen door Gemeente Zwolle in het gesprek van 18 september 2008 is meegedeeld;

3. L&D gelet op de inhoud van de aanbestedingsleidraad hierop niet bedacht was of hoefde te zijn en zij haar inschrijving op andere wijze zou hebben ingediend indien zij hiervan op de hoogte zou zijn geweest.

1.1. Een grondslag om de vorderingen (deels) toe te wijzen ziet de voorzieningenrechter in de door L&D betrokken stellingen niet. Het volgende is daarbij van belang.

1.1.1. Blijkens vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie inzake gunningscriteria van Europese aanbestedingen omvat het aan het aanbestedingsrecht ten grondslag liggende gelijkheidsbeginsel mede een verplichting tot transparantie, erop neerkomende dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn om deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren. In het arrest van 29 april 2004 van het Europese Hof van Justitie (C-496/99) is ter zake als volgt overwogen:

"110 Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.

111 Het beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt, heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn."

1.1.1. Uit de aanbestedingsleidraad paragraaf 2.9 valt niet af te leiden op grond van exact welke omstandigheden een inschrijver de maximale score van 8 punten zal worden toegekend. Evenmin valt daaruit af te leiden op grond van welke omstandigheden Gemeente Zwolle 4 punten toekende. Aldus valt uit de aanbestedingsleidraad niet de conclusie te trekken dat indien (volledig) aan het criterium was voldaan, 4 punten werden toegekend en de resterende 4 punten werden toegekend indien, zoals L&D stelt, meer werd aangeboden dan werd gevraagd.

1.1.1. In aanvulling op het voorgaande merkt de voorzieningenrechter op dat uit het transparantiebeginsel niet volgt dat - voorafgaande aan de beoordeling - de inschrijvers op de hoogte worden gebracht van de wijze waarop per sub-subgunningscriterium de verschillende mogelijke antwoorden zullen worden gewaardeerd. Uit artikel 54, lid 2 Bao en de toelichting daarop volgt dat voldoende is om inschrijvers op hoogte te brengen van de minimaal en maximaal toe te kennen punten per (sub)gunningscriterium. Gemeente Zwolle heeft aan de inschrijvers het minimaal en maximaal aantal punten per sub-subgunningscriterium meegedeeld, en daarmee meer meegedeeld dan zij op grond van voornoemd artikel had moeten doen indien het Bao van toepassing zou zijn geweest. Uit de beginselen van aanbestedingsrecht volgt niet dat in de situatie waarin het Bao niet van toepassing is, een strenger criterium zou moeten worden gehanteerd dan op grond van artikel 54, lid 2 Bao. Hetgeen in de aanbestedingsleidraad (niet) is vermeld, is derhalve niet in strijd met (beginselen van) het aanbestedingsrecht.

1.1.1. Dat Gemeente Zwolle zich in een toelichtend gesprek in de zin als door L&D is gesteld heeft uitgelaten, is gemotiveerd door Gemeente Zwolle betwist. Gemeente Zwolle merkt daarover op: "Termen als "extra punten" en "bonuspunten" heeft de Gemeente nooit in de mond genomen. Tijdens de bespreking op 18 september jl. heeft L&D die termen voor het eerst geïntroduceerd bij wijze van vertaling van de uitleg van de Gemeente over de manier waarop zij de offertes heeft beoordeeld. Die vertaling is echter onjuist en dat hebben de heren [A] en [B] ook uitdrukkelijk aan L&D meegedeeld [onderstreping voorzieningenrechter]".

1.1.1. Om vast te stellen wat nu exact door Gemeente Zwolle in voornoemd gesprek is gezegd, dienen getuigen te worden gehoord. Voor bewijslevering - bijvoorbeeld door het horen van getuigen - is echter, gelet op de aard van de onderhavige procedure, een kort geding, geen plaats. Geconcludeerd dient te worden dat in het kader van dit kort geding niet aannemelijk is geworden dat Gemeente Zwolle zich in de door L&D omschreven zin hebben uitgelaten.

1.1.1. In dit verband heeft L&D aangevoerd dat zij voor het onderdeel "beschrijving van wijze van rapporteren" ten onrechte slechts 4 punten heeft toegekend gekregen; hetzelfde geldt voor het onderdeel "locatie", waar zij meer zou verdienen dan de door Gemeente Zwolle toegekende 6 punten.

1.1.1. Ook dit bezwaar leidt niet tot een voor L&D gunstige beslissing. Vooropgesteld dient te worden dat

de aanbesteder een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid toekomt.

Gemeente Zwolle heeft bij de beoordeling de verschillende inschrijvingen onderling vergeleken en aan de meest onderscheidende inschrijving het maximale aantal punten toegekend. Het betreft derhalve een relatieve beoordeling. Een dergelijke vorm van beoordeling is niet ontoelaatbaar, en zeker daar waar het open vragen betreft - zoals ten aanzien van de door L&D genoemde onderdelen - ook niet ongebruikelijk.

1.1.1. In het licht van het voorgaande is niet aannemelijk geworden dat Gemeente Zwolle voor wat betreft de onderdelen "beschrijving van wijze van rapporteren" en "locatie" de inschrijving van L&D op een onjuiste wijze heeft beoordeeld en dat aan de aanbesteding gebreken kleven die meebrengen dat zij niet aan [X] zou mogen gunnen.

1.1. Ten aanzien van het onderdeel prijs en de wijze waarop de totaalscore is berekend heeft L&D twee bezwaren:

1. zij heeft 100 punten (het maximum) gescoord, en ging er dus van uit dat zij op prijs het beste heeft gescoord; in de bespreking heeft zij echter moeten ervaren dat iedere inschrijver die binnen een bepaalde bandbreedte bleef, 100 punten heeft gehaald; op grond van de aanbestedingsleidraad behoeft zij deze vorm van puntentoekenning niet te verwachten;

2. de formule die is gebruikt om tot een totaalbeoordeling te komen is in de aanbestedingsleidraad niet vermeld; de wijze waarop de verschillende criteria thans zijn gewogen is onduidelijk; dit is in strijd met het aanbestedingsrecht.

1.1.1. Ten aanzien van het eerste bezwaar: anders dan L&D veronderstelt, bestond er voor Gemeente Zwolle geen verplichting om in de aanbestedingsleidraad kenbaar te maken dat de inschrijvers die binnen een bepaalde bandbreedte van de inschrijver met de laagste prijs bleven, (ook) het maximum aantal punten ter zake het criterium prijs kregen toegekend. L&D heeft ook niet aangegeven welk belang zij heeft dan wel zou hebben kunnen gehad bij deze informatie. Reeds hierop stuit het bezwaar van L&D af.

1.1.1. Het tweede bezwaar treft evenmin doel. In de aanbestedingsleidraad is vermeld dat kwalitatieve aspecten voor 75% en prijs voor 25% meewegen. Een verplichting tot bekendmaking van de door Gemeente Zwolle gehanteerde wegingsformule bestond niet: bovendien geldt wederom dat niet valt in te zien welk belang L&D heeft dan wel had bij deze informatie.

De door Gemeente Zwolle gehanteerde en ter zitting toegelichte formule namelijk:

$((\text{score op kwaliteit} \times (100 / \text{hoogste score op kwaliteit}) \times 0,75)$

$((\text{score op prijs} \times (100 / \text{hoogste score op prijs}) \times 0,25)$

+
eindscore

komt de voorzieningenrechter, mede gelet op de aan de aanbesteder toekomende beoordelingsvrijheid, voorschans ook niet onredelijk voor.

1.1. Ten derde heeft L&D aangevoerd dat Gemeente Zwolle inbreuk heeft gemaakt op intellectuele eigen-

domsrechten van L&D. Daartoe stelt zij dat zij een meet-instrument op de markt heeft gebracht met de merkenrechtelijk beschermde naam "ABC-meting". Het betreft volgens L&D een "web-based meetinstrument [...], specifiek ten behoeve van de re-integratiemarkt, waarmee op basis van houdings- en gedragsaspecten personen worden gemeten en voor deze personen geschikte voorbeeldfuncties kunnen worden benoemd, zonder dat daarbij altijd nog een psycholoog dient te worden geraadpleegd". Het is Gemeente Zwolle volgens L&D niet toegestaan, zoals zij wel heeft gedaan, de naam te gebruiken in de aanbestedingsstukken. Voorts kan L&D auteursrechten doen gelden op de door haar ontwikkelde methode. Hetgeen Gemeente Zwolle blijkens de aanbestedingsleidraad vraagt van de inschrijvers is een aanbieding om een methode te gebruiken die auteursrechtelijk beschermd is. De Gemeente Zwolle lokt onrechtmatig handelen uit door de inschrijvers expliciet om de "ABC-meting" te vragen, aldus nog steeds L&D.

1.1.1. Door Gemeente Zwolle is erkend dat - zo zij stelt, abusievelijk - in een bijlage bij de aanbestedingsleidraad (de concept-overeenkomst) éénmaal het woord "ABC-meting" is genoemd. Zo al zou moeten aangenomen dat zulks onrechtmatig is geweest jegens L&D dan leidt dat niet tot toewijzing van één van haar vorderingen. Indien sprake zou zijn geweest van onrechtmatig handelen dan leidt dat tot een verplichting van vergoeding van de dientengevolge geleden schade. De vorderingen zien echter op staking van de aanbesteding en/of heraanbesteding. Niet valt in te zien hoe deze vorderingen de beweerdelijke onrechtmatigheid zouden kunnen wegnemen.

1.1.1. Vervolgens is de vraag aan de orde of de vorderingen (deels) zouden moeten worden toegewezen op de grond dat Gemeente Zwolle onrechtmatig handelt jegens L&D door andere inschrijvers uit te lokken tot onrechtmatig handelen jegens L&D.

1.1.1. Het is, naar het voorhandse oordeel van de voorzieningenrechter, denkbaar dat de vorderingen (deels) zouden kunnen worden toegewezen indien gelet op de wijze waarop de aanbesteding is georganiseerd, de overige inschrijvers (waaronder begrepen, degene aan wie uiteindelijk wordt gegund) worden gedwongen om jegens L&D onrechtmatig te handelen. Vaste jurisprudentie (onder meer [HR 12 januari 1962, NJ 1962, 246](#); HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 en laatstelijk HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78) is immers dat het profiteren van andermans wanprestatie onrechtmatig is indien aan twee cumulatieve vereisten is voldaan:

- a. de aangesproken partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij, kort gezegd, wanprestatie pleegt jegens een derde;
- b. er is sprake van bijkomende omstandigheden.

1.1.1. Niet aannemelijk is echter geworden dat een dergelijke situatie zich hier voordoet. In de eerste plaats is van belang dat Gemeente Zwolle in de nota van toelichting heeft opgemerkt: "De ABC-meting wordt ten onrechte genoemd in het concept-contract. Gemeente Zwolle wil de beschikking hebben over een cliëntmeting. De ABC-meting is daar een voorbeeld van." Bij

die stand van zaken is onvoldoende aannemelijk dat Gemeente Zwolle andere inschrijvers "aanzet" tot het gebruik van de term "ABC-meting", en aldus inbreuk wordt gemaakt op het merkenrecht van L&D.

1.1.1. Evenmin is aannemelijk geworden dat de aanbesteding degene aan wie de opdracht zal worden gegund dwingt inbreuk te maken op auteursrechten van L&D.

1.1.1. Daarbij is van belang dat de uiteindelijke contractant niet uitgenodigd of aangezet wordt tot het gebruik maken van door L&D gehanteerde en mogelijk auteursrechtelijk beschermde software, logo's, vragenlijsten, rapportages etcetera. Uit het debat van partijen ter zitting is naar voren gekomen dat de methode betreffende de ABC-meting niet auteursrechtelijk beschermd is. Zo er evenwel toch van uit zou moeten worden gegaan dat de methode auteursrechtelijk beschermd is dan brengt dat nog niet mee dat de concept-overeenkomst de uiteindelijke contractant verplicht een prestatie te leveren die noodzakelijkerwijze een inbreuk impliceert op dat auteursrecht.

1.1. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen van L&D dienen te worden afgewezen.

1.1. L&D zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Gemeente Zwolle worden begroot op:

- vast recht EUR 254,00
- salaris advocaat 904,00
Totaal EUR 1.158,00

1. De beslissing

De voorzieningenrechter

1.1. wijst de vorderingen af,

1.1. veroordeelt L&D in de proceskosten, aan de zijde van Gemeente Zwolle tot op heden begroot op EUR 1.158,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de veertiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

1.1. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gegeven door mr. E.B.E.M. Rikaart-Gerard en in het openbaar uitgesproken op 28 oktober 2008.