

Aanbestedingen voor gerechtdeurwaardersdiensten

Voor de *Gerechtsdeurwaarder* blikken Gert Weerheim en Jan Dirk van Vlastuin terug op twee belangrijke aanbestedingsprocedures voor gerechtdeurwaardersdiensten die zijn gehouden door het CAK en het CJIB. Als advocaten van een aantal deurwaardersorganisaties waren ze betrokken bij deze procedures. Inmiddels zijn beide aanbestedingen vanwege onregelmatigheden in de procedure ingetrokken. Zowel de betrokken overheidsorganen als deurwaarderskantoren kunnen veel leren van wat er bij deze procedures is misgegaan.

Door mr. G.L. Weerheim en mr. J.D. van Vlastuin¹

Het afgelopen jaar heeft het aanbestedingsrecht voor gerechtdeurwaarders fors aan belang gewonnen. Op 10 juni 2014 werd via TenderNed door het CAK een aanbestedingsprocedure aangekondigd voor ‘Incaso- en deurwaardersdiensten’. Op 14 juli 2014 werd de procedure echter voortijdig ingetrokken op grond van de binnengekomen bezwaren.² Op 25 juli 2014 kondigde het CJIB via TenderNed een aanbestedingsprocedure aan voor de inkoop van ‘Gerechtsdeurwaardersdiensten’. Op 20 februari 2015 werd ook deze procedure ingetrokken. Aan beide procedures hebben veel deurwaarderskantoren meegedaan.

Voor diverse deurwaarderskantoren was het de eerste keer dat zij een inschrijving deden bij een aanbestedingsprocedure. Hoewel een aantal gemeenten en andere overheidsinstellingen al langer aanbestedingen organiseert voor de inkoop van deurwaardersdiensten is het aanbestedingsrecht voor de meeste deurwaarderskantoren een nieuw gebied. Daarom ter inleiding kort het volgende.³

KORTE INLEIDING AANBESTEDINGSRECHT

Het aanbestedingsrecht wordt gedefinieerd als “het geheel van rechtsregels dat het gedrag van overheidsopdrachtgevers rond de uitgifte van opdrachten voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten.”⁴ De regels van het aanbestedingsrecht zijn gericht op het handelen van de overheid en dus publiekrechtelijk van aard. Tegelijkertijd zijn de regels bedoeld om een privaatrechtelijke overeenkomst te sluiten met een private partij. De verhouding tussen de aanbestedende dienst en de inschrijvende partij wordt daarbij tevens gebaseerd op de precontractuele goede trouw. Aldus hebben de aanbestedingsregels een wat ambivalent karakter. Doel van het aanbestedingsrecht is het doelmatig beheer van overheidsgeld en het bestrijden van corruptie. Door de Europese Unie wordt het aanbestedingsrecht

daarnaast gezien als een belangrijk instrument voor het tot stand komen van één Europese markt. Vandaar dat de aanbestedingsregels ook afkomstig zijn uit Brussel. Vanuit Europese richtlijnen worden zij geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving.

Overheidsopdrachtgevers zijn op grond van het aanbestedingsrecht verplicht om bij de inkoop van diensten – waartoe wij ons in dit artikel vanuit praktisch oogpunt beperken – een strikt omliggende Europese aanbestedingsprocedure toe te passen indien de geraamde waarde van de opdracht € 207.000 of meer bedraagt. Daaronder zijn andere zogenoemde drempelwaarden van toepassing, waarvoor op grond van nationale wetgeving de verplichting bestaat een bepaald soort procedure toe te passen. Dat varieert van een één-op-één gunning tot een nationale aanbestedingsprocedure.

Voor gerechtdeurwaardersdiensten geldt echter een uitzondering op deze aanbestedingsplicht. Deze diensten worden aangemerkt als zogenoemde IIB-diensten (genoemd naar bijlage IIB van de Europese aanbestedingsrichtlijn), waarvoor slechts een ‘verlicht aanbestedingsregime’ geldt. IIB-diensten zijn vaak diensten die lastiger door buitenlandse partijen kunnen worden verricht. Vandaar dat Brussel de inkoop daarvan aan minder strikte regels heeft gebonden. Kort gezegd, heeft een overheidsorgaan bij IIB-diensten veel vrijheid om de inkoop naar eigen voorkeur vorm te geven, zolang zij aan enkele formaliteiten voldoet en de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht in acht neemt. Deze beginselen zijn het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Kern van het aanbestedingsrecht is het gelijkheidsbeginsel: de plicht om alle inschrijvers een gelijke kans te geven op de opdracht. De andere beginselen zijn daarvan afgeleid.

In de praktijk worden IIB-diensten veelal onderhands gegund of door middel van een meervoudig onderhandse procedure. Behalve

voor de marktpartijen die daaraan meedoen, zijn deze inkoopprocedures goeddeels aan het zicht van de markt onttrokken. Steeds vaker echter gebeurt het dat ook voor IIB-diensten een Europese of nationale openbare aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd die wordt gepubliceerd via een landelijk platform, zodat alle potentieel gegadigden daaraan mee kunnen doen. Zodra een dergelijke procedure wordt georganiseerd, is – hoewel sprake blijft van een IIB-dienst – toch het aanbestedingsrecht integraal van toepassing.

Hoewel aanbestedingen veelal worden gezien als een mogelijkheid om zo goedkoop mogelijk in te kopen, is het uitgangspunt van de sinds 1 april 2013 van kracht zijnde Aanbestedingswet dat de inschrijver met de ‘economisch meest voordelige inschrijving’ (EMVI) de opdracht gegund krijgt. Indien er gegund wordt op EMVI is niet de laagste prijs doorslaggevend, maar een van te voren bepaalde verhouding van prijs- en kwaliteitsaspecten. Bijvoorbeeld kan sprake zijn van een aanbesteding waarbij 30% wordt bepaald door de prijs en 70% door de kwaliteit. In dat voorbeeld kan met een bepaalde aangeboden uitvoeringswijze zoveel punten worden verdiend dat de inschrijver met de hoogste prijs toch de opdracht krijgt. De Aanbestedingswet schrijft voor dat in principe op EMVI moet worden gegund, tenzij kan worden gemotiveerd dat slechts de prijs het onderscheidende criterium is (‘comply or explain’).

HET CAK: BEST VALUE PROCUREMENT

Door het CAK werd gebruik gemaakt van een uit Amerika afkomstig inkoopstelsel dat te boek staat als Best Value Procurement (BVP), in Nederland ook wel prestatie-inkoop genoemd. Met BVP kan in een relatief kort tenderproces en tegen lage kosten de beste aanbieder gevonden worden. Aanbidders krijgen daarbij maximaal de ruimte om zich van elkaar te onderscheiden. Selectie van de beste partij gebeurt niet op basis van de laagste prijs, de keuze valt

juist op die partij die de meeste kwaliteit voor de beste prijs biedt. Deze kwaliteit wordt beoordeeld op grond van interviews en een beknopt risico- en kansendossier dat de marktpartijen indienen.

Achter BVP zit de inkoopfilosofie van ‘de markt, tenzij’ waarbij wordt geprobeerd zoveel mogelijk aan de markt over te laten. De markt heeft immers de benodigde expertise in huis. Dit zien we bijvoorbeeld terug bij het risicodossier, waarbij de inschrijvers wordt gevraagd om zelf risico’s te noemen die het behalen van de door de opdrachtgever geformuleerde doelen zouden kunnen belemmeren, om daar vervolgens ook beheersmaatregelen voor te formuleren. Dat is een hele andere benadering dan de klassieke, waarbij de overheid de marktpartij precies voorschrijft wat zij moet doen.

Hoewel de BVP-methode alom bejubeld wordt, heeft deze inkooptechniek ook aanzienlijke nadelen. Bij het toekennen van punten aan een interview is onzes inziens veel (soms teveel) ruimte voor subjectiviteit, hetgeen favoritisme en willekeur in de hand werkt. Dat staat haaks op het beginsel dat elke inschrijver een gelijke kans moet hebben om de aanbesteding te winnen. De rechtspraak over de ‘wankel balans’ tussen subjectiviteit en objectiviteit is nog in ontwikkeling. Op dit moment is de tussenstand dat vooraf volstrekt duidelijk moet zijn hoe de subjectieve elementen worden beoordeeld en dat een zo objectief mogelijk beoordelingssysteem moet worden gebruikt. In de eerste aanbestedingsprocedure van het CAK heeft dat echter niet voor problemen gezorgd, omdat de procedure werd afgebroken voordat de interviews werden afgenomen.

Knelpunt bij de procedure was niet zozeer de wijze waarop de procedure was ingericht, maar de inhoudelijke eisen die aan de inschrijvers werden opgelegd. Uit het proportionaliteitsbeginsel vloeit voort dat de contractuele voorwaarden die zullen gaan gelden in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht. Er moet aldus sprake zijn van een zeker evenwicht in de contractuele relatie. Ook mag van contractanten uiteraard niet worden gevraagd te handelen in strijd met de wet- en regelgeving. Met name op de laatste punt ging het bij het CAK mis. Door een onjuist verdienmodel (mede door de afboekvolgorde) en door de exitstrategie kwam de wettelijke verankerde onafhankelijkheid en onpartijdigheid van deurwaarders in de knel.

Onder de noemer ‘commercieel belang’ werden bovendien potentiële opdrachtnemers in de gelegenheid gesteld een vergoeding aan te bieden voor het feit dat jaarlijks een bepaald aantal dossiers aan hen ter behandeling zou worden overgedragen. Illustratief werden daarbij bedragen genoemd van € 50.000 en € 70.000 per jaar. Door een dergelijke vergoeding aan te bieden, verhoogde de inschrijver de kans op de opdracht. Deze regeling doet denken aan het kopen van opdrachten en is om die reden niet toegestaan voor deurwaarders. Overigens blijkt hieruit dat ook bij EMVI-aanbestedingen prijs een belangrijke rol kan spelen.

Gelukkig heeft het CAK tijdig ingezien dat zij door de door haar gewenste contractuele voorwaarden alsook door het vragen van een commercieel belang de deurwaarders in de knel bracht met hun gedragsregels en heeft het CAK de aanbesteding ingetrokken.



STRIJD MET AANBESTEDINGSBEGINSELEN BIJ CJIB-AANBESTEDING

In de CJIB-aanbesteding ging de discussie juist wel over de wijze waarop de procedure was verlopen. Het betrof de geclusterde inkoop namens CAK, Zorginstituut Nederland, Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO), Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). Hiervoor werd gebruik gemaakt van een nationale openbare aanbestedingsprocedure. Het doel was om met 40 gerechtshoofden – verdeeld over de 12 provincies – een raamovereenkomst te sluiten. Het EMVI-gunningscriterium bestond voor 50% uit prijs (waarbij de prijs binnen een bepaalde bandbreedte moest vallen) en voor 50% uit kwaliteit. Het kwaliteitsdossier bestond uit vier onderdelen (waarbij behalve ICT bijvoorbeeld ook de visie op incasso een rol speelde).

Belangrijk in de CJIB-aanbesteding is dat was aangekondigd dat de beoordeling van het kwaliteitsdossier zou plaatsvinden door een commissie van vijf materiedeskundigen. Dat is over het algemeen een gebruikelijke gang van zaken die wordt ingegeven door de aanbestedingsbeginselen. Bij de beoordeling van kwaliteitsaspecten moet subjectiviteit zoveel mogelijk worden genormeerd om favoritisme en willekeur te voorkomen. De hoeveelheid leden van een commissie is dan van belang omdat met vijf personen de subjectiviteit in elk geval gedeeltelijk wordt geobjectiveerd (individuele uitschieters worden dan immers genivelleerd). Bovendien is de samenstelling van een dergelijke commissie belangrijk. Bijvoorbeeld leidt de aanwezigheid van een ICT-deskundige in de commissie ertoe dat bepaalde ICT-zaken als bekend kunnen worden verondersteld, waardoor de beperkte ruimte van een inschrijving optimaal kan worden benut om een onderscheidende inschrijving te doen.

Verder was in de aanbestedingsdocumenten aangekondigd dat de inschrijvingen absoluut zouden worden beoordeeld. Dat betekent dat elke inschrijving op zichzelf beoordeeld zou worden en niet 'relatief', dat wil zeggen in relatie tot de andere inschrijvingen.

In het aanbestedingsrecht geldt de harde regel dat datgene wat is aangekondigd ook moet worden toegepast, zodat de aanbestedingsbeginselen niet in het geding komen. Vanwege het grote aantal inschrijvingen (233, afkomstig van 90 inschrijvers) heeft het CJIB de werkwijze echter moeten omgooien. In plaats dat één commissie van vijf personen de gehele inschrijving beoordeelde, werden de vier onderdelen van het kwaliteitsdossier beoordeeld door commissies van twee personen. Een dergelijke wijziging staat haaks op het transparantiebeginsel en is niet toegestaan.

Bovendien bleek het in de praktijk voor het CJIB niet mogelijk om de inschrijvingen absoluut te beoordelen. Bij absoluut scoren wordt de vraag of voldaan is aan de wens beoordeeld aan de hand van duidelijke, objectieve en in de aanbestedingsdocumenten bekendgemaakte normen waaraan dan te verdienen punten zijn gekoppeld. Dit maakt een graduele beoordeling mogelijk. In casu ontbrak echter de corresponderende norm. Niet duidelijk was wanneer 0, 2, 5, 8 of 10 punten moesten worden toegekend. Derhalve was het CJIB genoodzaakt om hetzij toch relatief te beoordelen,

hetzij achteraf nieuwe normen toe te voegen. Beide routes zijn in strijd met het aanbestedingsrecht.

Ook het CJIB besloot de procedure in te trekken, maar wel in het stadium dat het gunningsvoornemen al was uitgesproken. Gelet op het grote aantal deurwaarderskantoren dat zich daartegen keerde door middel van een kort geding, moest het CJIB ook wel heel zeker zijn van zijn zaak om het aan te laten komen op een kort geding. Overigens zijn bovengenoemde aspecten niet de enige waar het fout ging in de CJIB-aanbesteding. Het voert op deze plaats echter te ver op alle elementen in te gaan.

UITLEIDING

Graag sluiten wij af met een aantal concrete aanbevelingen voor deurwaarderskantoren indien zij in de toekomst mee doen aan overheidsaanbestedingen.

In de eerste plaats: controleer inschrijvingsbiljet en aanbestedingsdocumenten bij indiening goed. Herstel of aanvulling is slechts beperkt mogelijk, terwijl het niet voldoen aan vormvoorschriften al snel tot uitsluiting van de procedure leidt. Zorg er ook voor dat er geen tegenstrijdigheden in de stukken zitten.

In de tweede plaats wordt van inschrijvers een pro-actieve houding verwacht. Dat betekent dat gebruik moet worden gemaakt van de inlichtingenrondes om vragen te stellen bij onduidelijkheden of bezwaren. Wordt daarvan geen gebruik gemaakt, dan verliezen inschrijvers het recht om daartegen na (voorlopige) gunning nog in rechte op te komen. Maak van die mogelijkheid gebruik om niet alleen over de inhoud vragen te stellen, maar tevens over de procesmatige kant van de aanbesteding. In de derde plaats doen inschrijvers er goed aan kritisch te bezien of de aanbestedende dienst zich aan de regels houdt. De rechtspraak maakt duidelijk dat dat geen gegeven is. Het is zinvol de overheidsorganen daarop aan te spreken.

In de vierde plaats geldt dat termijnen in het aanbestedingsrecht keihard zijn. Onder meer dient binnen twintig kalenderdagen na de voorlopige gunning een kort geding aanhangig te zijn gemaakt door de marktpartij die het niet eens is met de uitkomsten van de procedure.

Ten slotte: neem bij samenwerkingen het mededingingsrecht in acht. Ook dat voorkomt – behalve eventuele problemen met de ACM – uitsluiting van de procedure.

Noten

- 1 Mr. J.D. van Vlastuin en mr. G.L. Weerheim zijn werkzaam bij Bouwman Van Dommelen Advocaten op het gebied van onder meer tuchtrecht voor deurwaarders respectievelijk aanbestedingsrecht.
- 2 Op de daarna volgende nieuwe procedure van het CAK zal hier niet worden ingegaan.
- 3 Aangekend zij dat een korte inleiding tot het aanbestedingsrecht naar zijn aard tekortschiet, waarom begrip van de lezers dezes wordt gevraagd voor de aangebrachte versimpelingen.
- 4 E.H. Pijnacker Hordijk & G.W. van den Bend, m.m.v. J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 1.