

Advies 580 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor de levering van gerechtsdeurwaardersdiensten. De brancheorganisatie klaagt dat de aanbesteder de inkoop van deze diensten vormgeeft door middel van een Europese aanbesteding in concurrentie en niet door middel van een toelatingsprocedure.

De Commissie onderzoekt eerst of deurwaardersdiensten zijn uitgezonderd van het toepassingsbereik van de Aanbestedingswet op basis van artikel 2.24, aanhef, onder h, sub v, Aw 2012.

De Commissie leidt uit Bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24/EU af dat deurwaardersdiensten behoren tot de categorie 'Gevangenis- en aanverwante diensten, diensten voor openbare orde en reddingsdiensten'. Dit betekent dat deurwaardersdiensten worden aangemerkt als sociale en andere specifieke diensten in de zin van artikel 74 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.38 Aw 2012, tenzij zij zijn uitgesloten krachtens artikel 10, onder h, Richtlijn 2014/24/EU. In artikel 10, onder h, Richtlijn 2014/24/EU zijn deurwaardersdiensten niet uitgezonderd van het toepassingsbereik van de richtlijn. Naar het oordeel van de Commissie moeten deurwaardersdiensten dan ook worden aangemerkt als sociale en andere specifieke diensten in de zin van artikel 74 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.38 Aw 2012.

Anders dan de brancheorganisatie meent, vallen deurwaardersdiensten naar het oordeel van de Commissie niet onder de uitzonderingsbepaling van artikel 10, onder d, sub v, Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.24 aanhef en onder h, sub v, Aw 2012. Deze uitzonderingsbepaling ziet op 'rechtskundige diensten'. Blijkens Bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU behoren deurwaardersdiensten niet tot de categorie 'Juridische dienstverlening'.

Vervolgens onderzoekt de Commissie, aangezien het debat tussen partijen zich daar op toespitst, of aanbesteder bij de inkoop van de deurwaardersdiensten voor een toelatingsprocedure had kunnen kiezen, als alternatief voor een aanbesteding in concurrentie.

De inkoop kan als een toelatingsprocedure worden georganiseerd – waarop Richtlijn 2014/24/EU en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 dan niet van toepassing zouden zijn – indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan. Vereist is allereerst dat het toelatingssysteem er uit bestaat dat de inkopende entiteit diensten op de markt inkoopst door schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken diensten te leveren op basis van vooraf vastgestelde voorwaarden.

Verder mag géén eigenschap van het toelatingssysteem zijn dat de inkopende entiteit haar beslissing om met een individuele ondernemer een overeenkomst te sluiten baseert op een selectie onder de belangstellende ondernemingen die leidt tot exclusiviteit voor de uitgekozen ondernemingen.

Kenmerk van een toelatingsprocedure is verder dat het niet de inkopende entiteit is, maar dat het derden zijn die – als eindgebruikers van de door de entiteit

ingekochte prestaties – vervolgens bepalen welke van de tot het systeem toegelaten ondernemingen zij inschakelen voor het leveren van de concrete door hen benodigde diensten.

De Commissie is van oordeel dat bij het verstrekken van nadere opdrachten voor deurwaardersdiensten de keuze voor een bepaalde tot het systeem toegelaten gerechtsdeurwaarder die de diensten mag gaan verrichten, niet wordt overgelaten – en ook niet kan worden overgelaten – aan derden. Naar het oordeel van de Commissie had de aanbestedder voor de inkoop van de raamovereenkomst dan ook niet kunnen kiezen voor een zogenoemde toelatingsprocedure waarop Richtlijn 2014/24/EU en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing zijn.

De brancheorganisatie klaagt dat de aanbestedder het contracteren van gerechtsdeurwaarders vormgeeft door middel van een Europese aanbesteding in concurrentie en niet door middel van een toelatingsprocedure, terwijl er objectieve redenen in de zin van artikel 1.4, lid 1, Aw 2012 zijn om niet te kiezen voor een aanbesteding en een aanbesteding niet leidt tot zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012. Nu de aanbestedder naar het oordeel van de Commissie echter niet kon kiezen voor opdrachtverlening door middel van een toelatingsprocedure, acht de Commissie de klacht in zoverre ongegrond.

Tevens heeft de brancheorganisatie aangevoerd dat de aanbestedder onvoldoende heeft gemotiveerd waarom hij voor een Europese aanbestedingsprocedure heeft gekozen. Op het schriftelijke verzoek van de brancheorganisatie heeft de aanbestedder een schriftelijke motivering voor de keuze voor een Europese aanbestedingsprocedure verstrekt. Daarmee heeft de aanbestedder aan zijn motiveringsplicht van artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 voldaan. Ook in zoverre acht de Commissie de klacht ongegrond.

Daarmee acht de Commissie de gehele klacht ongegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 580

1. Feiten

- 1.1. Op 26 november 2018 heeft aanbesteder via Tendered een aankondiging gedaan van een marktconsultatie vooruitlopend op de voorgenomen aanbesteding van gerechtsdeurwaardersdiensten.
- 1.2. Bij brief van 11 januari 2019 heeft de brancheorganisatie zich tot aanbesteder gewend met het volgende:

'[Aanbesteder] heeft (onder voorbehoud) aangegeven in 2019 een nieuwe aanbesteding m.b.t. overheidsopdrachten voor gerechtsdeurwaarders in de markt te willen zetten. Binnen de nieuwe aanbesteding vallen zowel de opdrachten die via de aanbesteding van 2017 zijn gegund, als de opdrachten die nu nog onder de 'oude' contracten worden uitgevoerd. Aanvullend kunnen nieuwe overheidsopdrachten die via [Aanbesteder] gaan lopen onderdeel gaan uitmaken van de toekomstige aanbestedingscontracten. Kortom: de belangen vanuit zowel de overheid, als [Aanbesteder], als de gerechtsdeurwaardersmarkt zijn enorm.

Zoals wij eerder aan u kenbaar hebben gemaakt zijn de belangen op meerdere vlakken groot.

de belangen van de gerechtsdeurwaarders

Voor alle gerechtsdeurwaarders in Nederland die zaken doen met de overheid (via [Aanbesteder]) is de overheid een belangrijke opdrachtgever. Uiteraard is er sprake van een groot financieel bedrijfsbelang. Het stopzetten van de aanlevering van zaken door een grote opdrachtgever heeft grote gevolgen voor de bedrijfsvoering. Dat de overheid voor veel van haar gerechtsdeurwaarders een grote opdrachtgever is zal geen discussie behoeven.

het algemene belang

Er is echter ook sprake van een groot algemeen belang, hetwelk wordt ingegeven door enerzijds de Rijksincassovisie en anderzijds de centrale rol van de gerechtsdeurwaarders als openbaar ambtenaar binnen het rechtsbestel van Nederland. De gerechtsdeurwaarder is met uitsluiting van anderen opgedragen ervoor te zorgen dat openstaande schulden die onafhankelijk zijn vastgesteld kunnen worden gecasseerd. De overheid heeft belang bij een goed functionerende groep gerechtsdeurwaarders, zodat iedere schuldeiser in Nederland (en dus niet alleen de overheid) er ook in de toekomst verzekerd van is dat betaling van zijn schuld waar nodig kan worden afgedwongen.

impactanalyse

[De Brancheorganisatie] is dan ook van mening dat ingrijpende maatregelen, zoals een landelijke aanbesteding van een grote hoeveelheid overheidsopdrachten, op hun impact beoordeeld moeten worden. Niet achteraf, maar voorafgaand aan de te nemen maatregelen. Daar waar de impact mogelijk onherstelbare schade aan de beroepsgroep kan aanrichten zullen de gevolgen geanalyseerd en waar mogelijk voorkomen moeten worden. De deurwaardersbranche wordt inmiddels geconfronteerd met een doorgeslagen marktwerking. Het op 4 januari 2019

gepubliceerde artikel van Follow the Money geeft daar een goede weergave van en schetst de noodzaak voor onze toezichthouder BFT om handhavend op te treden. Naar onze mening dient de overheid zich eerder terughoudend op te stellen dan dat zij een actieve bijdrage levert aan die (doorgeslagen) marktwerking, in dit geval door als één van de allergrootste opdrachtgevers van deurwaarderskantoren een aanbesteding in de markt te zetten die slechts voor een beperkt aantal kantoren een positieve economische werking heeft.

alternatieve verdeling van overheidsopdrachten

De leden van [de Brancheorganisatie] hebben unaniem gekozen om te streven naar een andere verdeling van overheidsopdrachten als bedoeld in de genoemde aanbesteding. Dat de leden van [de Brancheorganisatie] tot unanieme besluitvorming op dit punt zijn gekomen mag bijzonder worden genoemd, omdat hieruit naar voren komt dat zowel de kantoren die al voor de overheid werken als de kantoren die dat niet (meer) doen hetzelfde algemene belang zien, terwijl de economische bedrijfsbelangen (uiteraard) totaal verschillend zijn. Daarmee laten de leden van [de Brancheorganisatie] zien dat zij het grotere belang boven hun eigen belang plaatsen. Overigens: die wenselijkheid, of eerder noodzakelijkheid wordt ook ervaren door niet bij [de Brancheorganisatie] aangesloten deurwaarderskantoren.

het (niet) slagen van de Rijksincassovisie

De overheid heeft in haar Rijksincassovisie ook nog een ander belang als belangrijk uitgangspunt gekozen: het 'koppelen' van een burger aan één gerechtsdeurwaarder, zodat deze voor openstaande vorderingen vanuit de Rijksoverheid niet door verschillende gerechtsdeurwaarders wordt benaderd (met alle onpraktische en financiële gevolgen van dien). Deze doelstelling is tot op heden niet gehaald met het in de markt zetten van de aanbesteding van 2017. Deze doelstelling wordt ook niet gehaald met het (telkens) in de markt zetten van een nieuwe aanbesteding.

Het probleem is immers dat er na het afronden van een nieuwe aanbesteding sprake zal zijn van maar liefst 4 soorten contracten (de oude CJIB-contracten, de oude DUO-contracten, de aanbestedingscontracten van 2017 en de aanbestedingscontracten van 2019), waarvan de exitvoorwaarden nog voor langere tijd zullen doorwerken, dwars door de nieuwe contracten heen.

Nu is het al zo dat burgers van meer kanten dan ooit daarvoor worden benaderd doordat diverse behandel- en afwikkelingstrajecten door elkaar lopen en er geen centrale coördinatie is voor wat betreft (bijvoorbeeld) geconstateerde onverhaalbaarheid. Concreet betekent dit (bijvoorbeeld) dat de ene gerechtsdeurwaarder constateert dat er geen verhaal is bij schuldenaar X, dat deze de zaak onder zich moet houden op basis van oude exit-afspraken, maar dat vervolgens de nieuwe aanbestedingsgerechtsdeurwaarder de volgende nieuwe zaak ontvangt vanuit hetzelfde bestuursorgaan en het hele executietraject nog eens dunnetjes moet overdoen, voordat hij tot dezelfde conclusie van non-verhaalbaarheid kan komen. Zo zijn er meer voorbeelden te geven die het gevolg zijn van het naast elkaar lopen van (momenteel) 3 verschillende contracten.

Om al deze redenen is het goed om met elkaar te kijken naar een alternatief voor het bij herhaling aanbesteden van overheidsopdrachten. Zeker nu er naar onze overtuiging geen juridische noodzaak is tot aanbesteding.

delen legal opinion

U heeft ons aangegeven dat de op voorhand ingeschakelde landsadvocaat geconcludeerd heeft dat aanbesteding wel verplicht zou zijn. U heeft ons eerdere gedane mondelinge verzoek om de overwegingen van de landsadvocaat met ons te delen niet ingewilligd en daarbij aangegeven dat de grondslag voor de aanbesteding in de aanbestedingsdocumenten zal worden opgenomen. U heeft zelf ook aangegeven onnodige gerechtelijke procedures te willen voorkomen. Ook wij hechten eraan voor de toekomst een goede basis te leggen, waarbij alle juridische (on-) mogelijkheden en gevolgen zijn onderzocht. Van belang is derhalve dat er juridische duidelijkheid ontstaat omtrent de door [Aanbesteder] geschetste noodzaak tot aanbesteding, want dat bepaalt immers of er ruimte is om serieus in het belang van de totale beroepsgroep, naar een implementatie van het zogeheten Belgische verdeelmodel van overheidsopdrachten te kijken. Concreet stellen wij u voor die juridische helderheid, liefst in goede samenspraak en met inzet van alle betrokken instanties te verkrijgen, alvorens de aanbesteding van deurwaardersdiensten in de markt te zetten. In een uiterst geval zal onze vereniging de in onze ogen noodzakelijke juridische duidelijkheid autonoom zien te verkrijgen, maar daar ligt nadrukkelijk niet onze voorkeur.

Gelet hierop en op hetgeen wij hiervoor uiteengezet hebben verzoeken wij u uw standpunt te herzien en ons de gevraagde legal opinion van de landsadvocaat te doen toekomen. Daarnaast vernemen wij graag uw bereidheid om mede inhoud te geven aan het doen verkrijgen van juridische duidelijkheid omtrent de aangevoerde noodzaak tot aanbesteding.

Wij vernemen graag van u.'

- 1.3. Op 31 januari 2019 heeft aanbesteder in het kader van de marktconsultatie een informatiebijeenkomst georganiseerd in verband met de voorgenomen aanbesteding van gerechtsdeurwaardersdiensten. In het verslag van deze bijeenkomst is, onder meer, het volgende opgenomen:

'(...)

Doel van de aanbesteding

(...)

1.1. Missie van [Aanbesteder]

(...)

[Aanbesteder] (...) vervult de centrale rol bij de afhandeling van strafrechtelijke beslissingen. Daarmee levert [Aanbesteder] een belangrijke bijdrage aan de geloofwaardigheid en gezag van (...).

1.2 De context van de aanbesteding

(...) In de aanbesteding die in 2019 gestart wordt, gaat het om vrijwel alle financiële vorderingen die [Aanbesteder] uitvoert namens [zijn] opdrachtgevers.

1.3 De noodzaak van de aanbesteding.

Het uitgangspunt van de noodzaak van de aanbesteding is juridisch van aard en gelegen in de Aanbestedingswet 2012. Naast de juridische noodzaak heeft [Aanbesteder] beleidsinhoudelijke redenen. [Aanbesteder] wenst samen te werken met de kantoren die het beste aansluiten bij de strategie van [Aanbesteder]. Op dit moment ervaart [Aanbesteder] verschillen in de werkwijzen en resultaten tussen de verschillende gerechtsdeurwaarderskantoren. De 'methodiek' van aanbesteden

waarbij kan worden geselecteerd op de verschillen in werkwijzen en resultaten past hierbij.

Daarnaast het [Aanbesteder] de ambitie om één loket te zijn voor de burger, zodat die niet wordt geconfronteerd met verschillende gerechtsdeurwaarders en verschillende systemen. Door de vorderingen van de verschillende opdrachtgevers binnen het Rijk gelijktijdig aan te besteden wordt het mogelijk voor het Rijk om toe te werken naar een systeem met één gerechtsdeurwaarder per debiteur.

(...)'

- 1.4. Aanbesteder heeft bij brief van 28 februari 2019 op de brief van de brancheorganisatie gereageerd.

'In uw brief van 11 januari 2019 geeft u aan dat de belangen vanuit zowel de overheid als de gerechtsdeurwaardersmarkt enorm zijn bij de nieuwe aanbesteding in 2019. Gelet hierop verzoekt u [Aanbesteder] om het standpunt te herzien en de legal opinion van de landsadvocaat te doen toekomen. Daarnaast verneemt u graag de bereidheid om mede inhoud te geven aan het doen verkrijgen van juridische duidelijkheid omtrent de aangevoerde noodzaak tot aanbesteding.

Met de beantwoording van uw brief wordt aangesloten bij de beantwoording van Kamervragen door de minister voor Rechtsbescherming op 12 februari jl.

(<https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/de-tail?id=2019D05643&did=2019D05643>). Daarnaast is de visie van de Landsadvocaat meegenomen in de beantwoording van deze brief.

[Aanbesteder] heeft in 2017 een succesvolle aanbesteding afgerond, waarin de vorderingen van vier bestuursorganen gezamenlijk zijn aanbesteed. In de aanbestedingsdocumenten is toen aangekondigd dat er op een termijn van circa twee jaar een volgende aanbesteding zou komen met een bredere scope en een grotere diversiteit aan vorderingen. Deze aanbesteding is nu in voorbereiding en start volgens planning medio 2019. De juridische noodzaak is gelegen in de Aanbestedingswet 2012. Daarom zie ik geen reden tot een nadere juridische analyse van het Belgische model.

In lijn met de Europese aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2014/24/EU) is deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten. Voor een aantal specifieke diensten, te weten 'sociale en andere specifieke diensten', geldt echter een "verlicht" Europees aanbestedingsregime. De diensten die onder dit verlichte regime vallen zijn opgenomen in Bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU. Gerechtsdeurwaardersdiensten (CPV-code 75242110-8 "Deurwaardersdiensten") vallen onder de categorie "Gevangenis- en aanverwante diensten, diensten voor openbare orde en reddingsdiensten (...)" van bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU.

Indien dienstenopdrachten voor gerechtsdeurwaardersdiensten een geraamde waarde van € 750.000 (exclusief btw) of meer vertegenwoordigen, dienen deze opdrachten conform de in artikel 2.38 en 2.39 van de Aanbestedingswet 2012 neergelegde voorschriften te worden aanbesteed. De aanbestedende dienst moet onder andere een vooraankondiging of een aankondiging van de overheidsopdracht plaatsen (en kan dus niet volstaan met een aankondiging van gunning van de opdracht). Daarnaast dienen de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor gerechtsdeurwaardersdiensten te worden nageleefd.

De geraamde waarde van de onderhavige aanbesteding ligt ruimschoots boven € 750.000 exclusief btw. Dat betekent dat [Aanbesteder] verplicht is om een Europese aanbestedingsprocedure conform het "verlichte" regime - als hiervoor bedoeld - te volgen.

Bovendien biedt een aanbesteding beleidsmatig de mogelijkheid om te zorgen dat alle vorderingen van één debiteur gebundeld worden bij één gerechtsdeurwaarder. U stelt dat door het (telkens) in de markt zetten van een nieuwe aanbesteding deze doelstelling niet gehaald zal worden. Ik merk hierover het volgende op. De strategie van [Aanbesteder] is om met deze aanbesteding (bijna) alle financiële vorderingen gezamenlijk aan te besteden voor een langere periode. Er kunnen in de transitie naar de nieuwe contracten situaties denkbaar zijn dat een burger te maken krijgt met meerdere deurwaarders. Dit is echter een tijdelijke overgangssituatie waarnaar specifiek wordt gekeken.

Tot slot wordt opgemerkt dat [Aanbesteder] in een aanbesteding beter kan sturen op het maatschappelijk verantwoord incasseren door gerechtsdeurwaarders (kantoren) die dit het beste kunnen uitvoeren. Zo kan [Aanbesteder] gerechtsdeurwaarders(kantoren) selecteren die beleidsmatig het best aansluiten bij de Rijksincassovisie.

Ik ga ervan uit u op deze wijze voldoende te hebben geïnformeerd.'

- 1.5. Bij brief van 6 maart 2019 reageert de advocaat van de brancheorganisatie op de reactie van aanbesteder.

'(...)

In uw brief geeft u aan dat [Aanbesteder] een aanbesteding zal organiseren voor deurwaardersdiensten, omdat daarvoor een aanbestedingsplicht zou bestaan. Daarnaast geeft u aan dat een aanbesteding [Aanbesteder] beleidsmatig de mogelijkheid zou bieden om er voor te zorgen dat alle vorderingen van één debiteur gebundeld worden bij één gerechtsdeurwaarder. Op verzoek van [de Brancheorganisatie] heb ik een juridisch onderzoek ingesteld naar het al dan niet bestaan van een aanbestedingsplicht voor deurwaardersdiensten. Als bijlage treft u het memo aan waarin de resultaten van dat onderzoek zijn vastgelegd.

In het memo wordt de conclusie getrokken dat er niet alleen geen aanbestedingsplicht voor deurwaardersdiensten bestaat, maar dat het onder de huidige omstandigheden zelfs in strijd is met artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 om te kiezen voor een traditionele aanbestedingsprocedure. In plaats daarvan wordt gesuggereerd om het verrichten van ambtshandelingen uit te besteden conform het zgn. Belgische verdeelmodel.

Graag treedt [de Brancheorganisatie] aan de hand van dit memo met [Aanbesteder] in overleg, waarbij zij voorstelt dat ook de wederzijdse advocaten daarbij aanwezig zijn. [De Brancheorganisatie] spreekt de hoop en de verwachting uit dat zij met [Aanbesteder] in gezamenlijkheid en in goed overleg op deze wijze een oplossing kan vinden. Graag verzoek ik u per ommegaande te bevestigen dat u op deze uitnodiging ingaat en intussen geen aanbesteding op de markt zult zetten

Indien u onverhoopt niet het overleg wenst aan te gaan, moet ik opmerken dat [de Brancheorganisatie] zich het recht voorbehoudt een procedure te starten, waarin gevorderd zal worden dat voor recht wordt verklaard dat geen

aanbestedingsplicht bestaat. Tevens behoudt [de Brancheorganisatie] indien [Aanbesteder] onverhoopt een traditionele aanbesteding zal organiseren zich het recht voor daartegen in kort geding opkomen en/of een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. [De Brancheorganisatie] onderstreept evenwel dat zij er de voorkeur aangeeft dat in goed overleg met [Aanbesteder] een oplossing wordt gevonden.'

- 1.6. De advocaat van de brancheorganisatie heeft bij de brief van 6 maart 2019 zijn memo van diezelfde datum gevoegd, waarin het volgende is opgenomen:

1. Inleiding

(...)

- 1.3. In dat kader is de vraag gerezen in hoeverre het mogelijk is om zonder het houden van een aanbestedingsprocedure te komen tot verdeling (onder gerechtsdeurwaarders) van de executoriale titels die ten uitvoer moeten worden gelegd. Daarbij is de vraag of de wijze waarop dit in België gebeurt ("**het Belgisch verdeelmodel**") ook in Nederland toepasbaar is. In dit memo zal worden onderzocht in hoeverre de inkoop van ambtshandelingen aanbestedingsplichtig is en welke mogelijkheden er eventueel zijn te komen tot een alternatief verdeelmodel.

(...)

2. Afbakening.

- 2.1. Gerechtsdeurwaarders (of: deurwaarders) zijn op grond van de Gerechtsdeurwaarderswet ("Gdw") belast met het uitvoeren van een aantal omschreven taken. De deurwaarder kwalificeert als 'openbaar ambtenaar'. Artikel 2 lid 1 aanhef luidt als volgt:

"De gerechtsdeurwaarder is een openbaar ambtenaar, belast met de taken die bij of krachtens de wet, al dan niet bij uitsluiting van ieder ander, aan deurwaarders onderscheidenlijk gerechtsdeurwaarders zijn opgedragen of voorbehouden." [onderstreping toegevoegd, adv.]

- 2.2. Artikel 2 lid 1 sub a-e beschrijft de ambtshandelingen waarmee de deurwaarder is belast:

"De gerechtsdeurwaarder is in het bijzonder belast met:
a. het doen van dagvaardingen en andere betekeningen, behorende tot rechtsingang of de instructie van gedingen;
b. het doen van gerechtelijke aanzeggingen, bekendmakingen, protesten en verdere exploitatie;
c. ontruiming, beslagen, executoriale verkopen, gijzelingen en andere handelingen, behorende tot of vereist voor de uitvoering van executoriale titels dan wel voor de bewaring van rechten;
d. het doen van protesten van non-acceptatie of non-betaling van wissels, orderbiljetten en dergelijke en het opmaken van een akte van interventie aan de voet van het protest;

e. *het ambtelijk toezicht bij vrijwillige openbare verkopeningen van roerende lichamelijke zaken bij opbod, bij opbod en afslag of bij afslag.*"

- 2.3. De scope van de door [Aanbesteder] in te kopen dienstverlening ziet uitdrukkelijk op het verrichten van ambtshandelingen, waarbij de gerechtsdeurwaarder optreedt als openbaar ambtenaar. Deurwaardersdiensten hebben de CPV-code 75242110-8 [Noot 1: De CPV is een gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten op basis van Verordening nr. 213/2008 ("**CPV-Verordening**")].

Voor de goede orde: het gaat bij de eventueel te houden aanbesteding dus (in het geheel) niet om buitengerechtelijke incassowerkzaamheden (GPV-code 79940000-5: 'dienstverlening door incassobureaus').

- 2.4. De indeling van de CPV-code in de GPV-Verordening is toegelicht in Bijlage I van deze Verordening onder de kop 'Structuur van het classificatiesysteem'. Daaruit blijkt dat de code-indeling onder andere gebaseerd is op categorieën, aangeduid met de eerste vijf cijfers van de code. Verder geldt: "Elk van de laatste drie cijfers staat voor extra precisering binnen de categorie." In dat kader is de indeling van de deurwaardersdiensten van belang:

75242000-4 Recht- en veiligheidsdiensten

75242100-5 Dienstverlening in verband met de openbare orde

75242110-8 Deurwaardersdiensten

Hieruit valt op te maken dat deurwaardersdiensten zijn ingedeeld in de categorie 'Recht- en veiligheidsdiensten'. Deurwaardersdiensten zijn onderdeel van 'Dienstverlening in verband met de openbare orde'.

3. Standpunt [Aanbesteder]

- 3.1 Bij brief d.d. 28 februari 2019 heeft [Aanbesteder] aangegeven dat [Aanbesteder] van mening is dat [hij] verplicht is de opdracht tot het verrichten van ambtshandelingen aan te besteden.
- 3.2 Volgens [Aanbesteder] valt de opdracht onder 'sociale en andere specifieke diensten,' zoals opgenomen op Bijlage XIV van de Richtlijn 2014/24/EU ("Richtlijn"). [Aanbesteder] geeft aan dat de geraamde waarde van de opdracht ruim boven de daarvoor geldende drempel van € 750.000, - is. Op grond daarvan zou [Aanbesteder] verplicht zijn om een aanbesteding conform het 'verlichte regime' te volgen, hetgeen inhoudt dat de artikelen 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012 ("Aw") moeten worden gevolgd. [Aanbesteder] lijkt er daarbij vanuit te gaan dat [hij] op grond daarvan een *traditionele aanbesteding* moet houden [Noot 2: Onder een traditionele aanbesteding wordt in het kader van dit memo verstaan een aanbestedingsprocedure met een of meerdere uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en gunningcriteria, resulterend in een *selectieve keuze* onder de inschrijvers.].
- 3.3 In de tweede plaats voert [Aanbesteder] aan dat [hij] een aanbesteding wil houden, omdat dit beleidsmatig de mogelijkheid zou bieden om ervoor te zorgen dat alle vorderingen van één debiteur gebundeld worden bij één gerechtsdeurwaarder.

4. Het Belgisch verdeelmodel

- 4.1. Uit onderzoek naar de wijze waarop in België de opdrachten voor het verrichten van het ambtshandelingen worden verdeeld, is het volgende naar voren gekomen.
- 4.2. Sinds 2010 bestaat er een samenwerkingsovereenkomst tussen de Vlaamse Belastingdienst ("**VLABEL**") en de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders. Op basis daarvan is de vennootschap Diensten aan de Maatschappij ("**DIAM**") opgericht.
- 4.3. Op basis van de afspraken geeft VLABEL alle opdrachten aan DIAM. DIAM zorgt vervolgens voor een verdeling aan de gerechtsdeurwaarders volgens objectieve en territoriale normen. Er wordt geen (Europese) aanbesteding georganiseerd. Alle deurwaarders mogen meedoen. De achterliggende idee bij de verdeling is dat de dossiers naar de gerechtsdeurwaarder gaan van wie de standplaats het dichtst bij de woonplaats van de debiteur is gevestigd. Die gerechtsdeurwaarder is namelijk het beste op de hoogte van de situatie van de debiteur en kan dus het beste inschatten welke invorderingsacties mogelijk en verantwoord zijn. Bij de verdeling van de dossiers wordt er ook over gewaakt dat de verschillende invorderingen ten laste van eenzelfde debiteur automatisch bij dezelfde gerechtsdeurwaarder terecht komen.
- 4.4. (...)
- 4.5. Het belangrijkste voordeel van het Belgische verdeelmodel is dat er rust op de markt ontstaat. Er wordt geen periodieke aanbesteding gehouden die de markt volledig opschudt. Een dergelijke aanbesteding kan er immers voor zorgen dat partijen die hun organisatie volledig hebben ingericht op een grote overheidsportefeuille deze portefeuille kwijtraken en hun organisatie moeten afslanken. Dergelijke transitie zorgen er tevens voor dat het principe van één gerechtsdeurwaarder per debiteur in het gedrang komt.

5. Uitzondering op de aanbestedingsplicht

Inleiding

- 5.1 In artikel 10 aanhef en onder d van Richtlijn 2014/24/EU is een uitzondering op de aanbestedingsplicht vastgelegd voor diverse rechtskundige diensten:

"Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten betreffende:

d) een van de hierna genoemde rechtskundige diensten:

i) vertegenwoordiging in rechte van een cliënt door een advocaat in de zin van artikel 1 van Richtlijn 771249/EEG van de Raad (25):

- in een arbitrage- of bemiddelingsprocedure in een lidstaat, een derde land of voor een internationale arbitrage- of bemiddelingsinstantie, of

- in een procedure voor een rechter of overheidsinstantie van een lidstaat of een derde land of voor een internationale rechter of instantie;

ii) juridisch advies dat wordt gegeven ter voorbereiding van de procedures als bedoeld in punt i) van dit punt, of indien er concrete aanwijzingen zijn en er een grote kans bestaat dat over de kwestie waarop het advies betrekking heeft, een dergelijke procedure zal worden gevoerd, mits het advies door een advocaat is gegeven in de zin van artikel 1 van Richtlijn 77/249/EEG;

iii) het waarmerken en voor echt verklaren van documenten door een notaris;

iv) juridische dienstverlening door trustees (beheerders) of aangewezen voogden, en andere juridische dienstverlening waarvan de aanbieders door een rechterlijke instantie van de betrokken lidstaat, of van rechtswege, aangewezen zijn om specifieke taken te verrichten onder toezicht van die rechterlijke instanties;

v) andere rechtskundige diensten die in de betrokken lidstaat al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag. [onderstreping toegevoegd, adv.]

- 5.2 Hierna zal worden onderzocht in hoeverre het verrichten van ambtshandelingen door deurwaarders onder de uitzondering sub d onder v) valt. De vraag is dus in hoeverre deze diensten kwalificeren als "andere rechtskundige diensten die in de betrokken lidstaat al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag." In dat geval zou in het geheel geen aanbestedingsplicht bestaan voor deze deurwaardersdiensten.

Achtergrond van de regeling

- 5.3. In overweging 25 considerans van de Richtlijn is het volgende opgenomen over de uitzonderingsgrond voor de betreffende juridische dienstverlening:

"Een aantal juridische diensten die worden verricht door dienstverleners welke door een rechterlijke instantie van een lidstaat zijn aangewezen, betreft vertegenwoordiging van cliënten in juridische procedures door advocaten, en moet worden verleend door notarissen of houdt verband met de uitoefening van het openbaar gezag. Die juridische diensten worden meestal verricht door instanties of personen die worden aangewezen of gekozen op een wijze die niet door aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld, zoals bijvoorbeeld de aanwijzing van advocaten van de staat in sommige lidstaten. Deze juridische diensten dienen bijgevolg buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn te blijven."

- 5.4. In het advies van het Comité van de Regio's (European Committee of the Regions) – waarin de suggestie om deze uitzondering op te nemen is gedaan – wordt het volgende gesteld over de toevoeging van het artikel:

"Bij diensten als de vertegenwoordiging in rechte en andere juridische diensten is de link met de nationale wetgeving groot en daarom hebben deze diensten in de regel geen

grensoverschrijdende dimensie. Los daarvan is er bij deze diensten sprake van een bijzondere vertrouwensrelatie, die in het kader van een aanbestedingsprocedure niet geobjectiveerd kan worden [Noot 3: C-391/57 (52012AR0099)]." [onderstreping toegevoegd, adv.]

- 5.5. In de Aw is deze uitzondering vastgelegd in artikel 2.24 sub h onder 5 Aw. In de Memorie van Toelichting ten aanzien van de wijziging van de Aw is het volgende opgenomen bij artikel 2.24 sub h onder 5 Aw:

"Het nieuwe onderdeel h heeft betrekking op overheidsopdrachten voor bepaalde juridische diensten. Deze juridische diensten worden uitgezonderd van het toepassingsbereik van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 omdat ze meestal worden verricht door instanties of personen die worden aangewezen of gekozen op een wijze die niet door aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld. Een voorbeeld hiervan in Nederland is de aanwijzing van de landsadvocaat.

Onderdeel h, onder 5, bepaalt dat andere juridische diensten dan die genoemd in subonderdelen 1 tot en met 4 en die in de betrokken EU- lidstaat al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van openbaar gezag, ook onder de uitzonderingsbepaling vallen. Uitleg omtrent het begrip uitoefening van openbaar gezag heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in verschillende arresten gegeven, veelal in het kader van vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten". [Noot 4: Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr 3, p. 37.] [onderstreping toegevoegd, adv.]

Uitoefening van het openbaar gezag

- 5.6. Wat wordt er bedoeld met het begrip de 'uitoefening van het openbaar gezag'? Zoals ook in de Memorie van Toelichting bij de Aw is overwogen, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie ("**HvJ EU**") daarover verschillende arresten gewezen.
- 5.7. Deze arresten moeten geplaatst worden in het kader van artikel 51 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Dit artikel is onderdeel van hoofdstuk 2 met betrekking tot 'het recht van vestiging'. Het artikel luidt als volgt:

"De bepalingen van dit hoofdstuk zijn, wat de betrokken lidstaat betreft, niet van toepassing op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in deze staat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden.

Het Europees Parlement en de Raad, kunnen volgens de gewone wetgevingsprocedure, besluiten dat de bepalingen van dit hoofdstuk op bepaalde werkzaamheden niet van toepassing zijn." [onderstreping toegevoegd, adv.]

- 5.8. Op dit artikel zijn diverse uitzonderingen gebaseerd die worden gemaakt in onder meer de Richtlijn 2006/123/EG ("**Dienstenrichtlijn**"). De Dienstenrichtlijn bevat allerlei maatregelen ter bevordering van een concurrerende Europese dienstenmarkt (de maatregelen zijn erop gericht de

belemmeringen voor het vrije verkeer weg te nemen). Artikel 2 bepaalt dat de Dienstenrichtlijn op een aantal activiteiten niet van toepassing is:

"Deze richtlijn is niet van toepassing op de volgende diensten: [...]"

- i) *Activiteiten in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag , als bedoeld in artikel 45 [thans: 51, adv.] van het Verdrag;*
[...]
- l) *Diensten van notarissen en deurwaarders die bij een officieel overheidsbesluit zijn benoemd."*

- 5.9. Wat opvalt, is dat deurwaardersdiensten apart genoemd worden naast 'activiteiten in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag'. Dat wil evenwel niet zeggen dat deurwaardersdiensten daar niet onder (kunnen) vallen. In het *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn* is op pagina 11 over diensten van notarissen en deurwaarders opgenomen:

"Deze diensten worden krachten artikel 2, lid 2, onder l), van de werkingssfeer van de richtlijn uitgesloten, ongeacht of zij al dan niet kunnen worden beschouwd als verband houdend met de uitoefening van het openbaar gezag als omschreven in artikel 45 van het EG-Verdrag. De uitsluiting heeft betrekking op de diensten van notarissen en deurwaarders die bij een officieel overheidsbesluit zijn benoemd. Daartoe behoren bijvoorbeeld legalisatiediensten van notarissen en beslaglegging op onroerend goed door deurwaarders." [onderstreping toegevoegd, adv.]

- 5.10. Door het HvJ EU is een reeks arresten geweest, waarin over een aantal activiteiten is geoordeeld dat deze niet betrekking hebben op de uitoefening van het openbaar gezag. Het gaat om de volgende:

- HvJ EG C-2-74 (*Reyners*): advocaten in België;
- HvJ EG 13 juli 1993, C-42/92 (*Thijssen*): commissarissen van de Controledienst voor de Verzekeringen;
- HvJ EG 29 oktober 1998, C-114/97 (*Commissie/Spanje*): particuliere beveiligingsdiensten;
- HvJ EG 20 maart 2006, C-451/03 (*Servici Ausiliari Dottori Commercialisti Sri*): adviesdiensten/bijstand op fiscaal gebied;
- HvJ EG 29 november 2007, C-404/05 (*Commissie/Duitsland*): controleorganisaties voor de biologische landbouw;
- HvJ EU 22 oktober 2009, C-438/08 (*Commissie/Duitsland*): het verichten van voertuiginspecties;
- HvJ EU 24 mei 2011, C-53/08 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*): notarissen;
- HvJ EU 23 december 2015, C-293/14 (*Hiebler*): schoorsteenvegers.

- 5.11. In het arrest HvJ EG 30 september 2003, C-47/02 (*Anker*) is overwogen dat de werkzaamheden van een kapitein van een (internationaal opererend) schip die namens de overheid bepaalde bevoegdheden heeft en taken uitoefent, kwalificeren als activiteiten verband houdend met de uitoefening van het openbaar gezag. Het laatste deel van pt. 61 luidt als volgt:

"[. ..] vaststaat dat met de taken die verband houden met de handhaving van de veiligheid en de uitoefening van politiebevoegdheden wordt deelgenomen aan de uitoefening van bevoegdheden van

het openbaar gezag ter bescherming van de algemene belangen van de vlagstaat ."

- 5.12. In het hiervoor genoemde arrest *Hiebler* is een goede samenvatting opgenomen van de jurisprudentie van het HvJ EU. In pt. 31 e.v. wordt het volgende overwogen:

"Het in artikel 51 VWEU genoemde begrip 'openbaar gezag' is een autonoom begrip in die zin dat het uitsluitend naar Unierecht dient te worden bepaald en het niet per lidstaat mag worden gedefinieerd. Het vormt een uitzondering op het fundamentele beginsel van vrijheid van vestiging en dient derhalve restrictief te worden geïnterpreteerd. Het Hof heeft dit begrip weliswaar niet in algemene termen gedefinieerd, maar heeft wel erop gewezen dat het dient te worden beperkt tot die werkzaamheden die, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen. De authenticatietaak van de notaris houdt volgens het Hof bijvoorbeeld geen rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag in.

Bovendien zijn louter ondersteunende of voorbereidende taken die worden vervuld ten behoeve van de uitoefening van openbaar gezag, niet uitsloten van de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging. Hetzelfde geldt voor de uitoefening van taken die weliswaar – eventueel regelmatige en organische – contacten met de rechterlijke en bestuurlijke instanties en zelfs verplichte medewerking aan het functioneren ervan meebrengen, maar de beoordelings- en beslissingsbevoegdheid van die instanties onaangetast laat, en voor bepaalde taken die geen beslissingsbevoegdheid, bevoegdheid om dwang uit te oefenen of bevoegdheden tot het treffen van de dwangmaatregelen meebrengen."

- 5.13. Hieruit kan het volgende worden afgeleid:

- Het moet gaan om werkzaamheden die, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen;
- Louter ondersteunende of voorbereidende taken die worden vervuld ten behoeve van het uitoefening van openbaar gezag vallen er niet onder;
- Taken die weliswaar contacten met rechterlijke en bestuurlijke instanties en zelfs verplichte medewerking aan het functioneren ervan met zich meebrengen, maar die de beoordelings- en beslissingsbevoegdheid van die instanties onaangetast laten, vallen er niet onder;
- Taken die geen beslissingsbevoegdheid, bevoegdheid om dwang uit te oefenen of bevoegdheden tot het treffen van dwangmaatregelen meebrengen, vallen er niet onder.

Beoordeling

- 5.14. Aan de hand van het voorgaande kan beoordeeld worden in hoeverre deurwaardersdiensten activiteiten zijn die verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag.

5.15. Allereerst zij er daarbij op gewezen dat - zoals in hoofdstuk 2 is opgemerkt - deurwaardersdiensten in de CPV-Verordening zijn ingedeeld onder 'Rechten en veiligheidsdiensten' en vervolgens onder 'Dienstverlening in verband met de openbare orde'. Het lijkt aannemelijk dat het openbaar gezag wordt uitgeoefend ten behoeve van de openbare orde.

5.16. Bij het uitvoeren van ambtshandelingen handelt de deurwaarder als 'openbaar ambtenaar'. De deurwaarder verricht hiermee een gedelegeerde overheidstaak. In die hoedanigheid is de deurwaarder (veelal exclusief) belast met het uitoefenen van een overheidstaak. De deurwaarder is bijvoorbeeld bevoegd om beslag te leggen op basis van een verkregen executoriale titel. Het lijkt aannemelijk dat de deurwaarder hiermee deelneemt aan de uitoefening van het openbaar gezag. In de Memorie van Toelichting bij de Gdw is opgenomen:

"Bij al zijn ambtshandelingen oefent de gerechtsdeurwaarder publiekrechtelijke macht uit; bij de meeste daarvan belichaamt hij als het ware de macht van de rechter. Hij oefent in het belang van de handhaving van het burgerlijk recht een zekere <<politie>> uit jegens burgers. Gedacht kan daarbij worden aan beslag, ontruiming en aan de ketting leggen van schepen." [Noot 5: Kamerstukken II 1991/92, 2 2775, nr. 3, p. 3 en 4.] [onderstreping toegevoegd, adv.]

5.17. Hierbij is relevant dat de deurwaarder weliswaar een ministerieplicht heeft (artikel 11 Gdw), maar tevens verplicht is zijn ambt in onafhankelijkheid uit te oefenen (artikel 12a Gdw).

5.18. Het gaat hier bovendien niet (slechts) om ondersteunende of voorbereidende taken, maar daadwerkelijk om gedelegeerde taken van de overheid. Hierbij heeft de gerechtsdeurwaarder op grond van de vigerende wet- en regelgeving een eigen beslissings- en beoordelingsbevoegdheid, die uitgeoefend kan worden onafhankelijk van de opdrachtgever - ook indien dat een overheidsorgaan is. In de Memorie van Toelichting bij de Gdw is hierover onder meer opgenomen:

"Zijn bevoegdheid ontleent de gerechtsdeurwaarder aan zijn ambt; hij treedt op verzoek van, maar niet namens justiablelen op." [Noot 6: Ibidem, p 4.]

5.19. Ten slotte is de deurwaarder bij uitstek bevoegd om dwang uit te oefenen of dwangmaatregelen te treffen. In de Memorie van Toelichting bij de Gdw wordt dat als volgt verwoord:

"De ratio van het ambt van gerechtsdeurwaarder is de gedachte dat de uitoefening van dwang binnen de samenleving geconcentreerd dient te zijn in handen van de overheid, dat de justiablele ook het afdwingen van zijn recht niet zelf dient te doen, maar dat dit door middel van een daartoe aangewezen ambtenaar dient te geschieden." [Noot 7: Ibidem, p. 4.] [onderstreping toegevoegd, adv.]

5.20. Op basis daarvan is zeer aannemelijk dat het verrichten van ambtshandelingen kwalificeert als activiteit die verband houdt met de uitoefening van het openbaar gezag.

Uitzondering van toepassing?

- 5.21. In de formulering van de uitzondering van artikel 10 Richtlijn komt niet alleen het element 'uitoefenen van het openbaar gezag' aan de orde, maar dient het tevens te gaan om ('andere') 'rechtskundige' c.q. juridische diensten. De vraag is in hoeverre de werkzaamheden van de deurwaarder kwalificeren als rechtskundig.
- 5.22. Ook hier is weer relevant dat in de CPV-Verordening deurwaardersdiensten zijn gerangschikt onder 'Rechts- en veiligheidsdiensten'. Bij deurwaardersdiensten gaat het eerder om rechtsdiensten dan om veiligheidsdiensten. Ook valt in de CPV-Verordening geen andere expliciet als juridisch aangeduide dienst aan te merken als een activiteit die verband met de uitoefening van het openbaar gezag.
- 5.23. Bovendien is ook goed verdedigbaar dat het verrichten van ambtshandelingen een rechtskundig karakter heeft. De deurwaarder dient immers voortdurend wetten, zoals het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, toe te passen. De Memorie van Toelichting bij de Gdw geeft in dit kader aan:

"De wettelijke regeling van het deurwaardersambt is een minder geschikte plaats voor de regeling van de ambtelijke werkzaamheden zelf. Deze vormen in de meeste gevallen een integraal onderdeel van het burgerlijk procesrecht en dienen dan ook in dat verband geregeld te worden." [Noot 8: Ibidem, p. 6.] [onderstreeping toegevoegd, adv.]

Conclusie

- 5.24. Op basis van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat het aannemelijk is dat deurwaardersdiensten, voor zover deze betrekking hebben op het verrichten van ambtshandelingen, zijn uitgezonderd van de aanbestedingsplicht. Dat is niet verwonderlijk omdat een grensoverschrijdende dimensie bij deze diensten ontbreekt. De ambtshandelingen worden immers sterk gereguleerd door nationale wetgeving. Ook vanwege het feit dat het gaat om taken die verband houden met de openbare orde ligt het voor de hand dat de Europese wetgever de lidstaten vrij heeft willen laten waar het gaat om het uitoefenen van ambtshandelingen.
- 5.25. Een uitzondering op de aanbestedingsplicht betekent vermoedelijk nog steeds dat deel 1 van de Aw van toepassing is. Op grond daarvan dient een aanbestedende dienst de beginselen van gelijkheid en proportionaliteit in acht te nemen, ook bij het bepalen van de meest geschikte procedure om een dienstverlener te contracteren. Dit maakt het zonder meer mogelijk om te kiezen voor het Belgisch verdeelmodel.

6. Het Falk Pharma- en het Tirkkonen-arrest

- 6.1. In de twee recente arresten HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (*Falk Pharma*) en HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17 (*Tirkkonen*) [Noot 9: Vlg. J.F. van Nouhuys, 'Aanbesteden zonder gunningcriteria: het Tirkkonen-arrest (Zaak C-9/17)', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en staatsteun* 2018, 3 en B. Nijhof, 'Tirkkonen: besluiteloosheid wordt beloond?', *NtEr* 2018, 5/6.] heeft het HvJ EU geoordeeld dat de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn waar

potentiële opdrachtnemers slechts hoeven te voldoen aan toelatingseisen, zonder dat er door de aanbestedende dienst uiteindelijk een keuze wordt gemaakt voor een of meer specifieke deelnemers op basis van een of meer onderscheidende criteria.

- 6.2. Hierna zal worden onderzocht in hoeverre de regel uit deze arresten relevantie heeft voor het inkopen van deurwaardersdiensten.
- 6.3. In het *Falk Pharma*-arrest is een aankoopstelsel aan de orde waarbij iedere ondernemer die beantwoordt aan vooraf vastgestelde voorwaarden wordt toegelaten als leverancier. Het Hof overweegt dat de ratio van het aanbestedingsrecht is dat ondernemers niet op grond van nationaliteit worden begunstigd. Dit speelt echter alleen een rol als de aanbesteding leidt tot exclusieve gunning (pt. 36):

"Het risico dat nationale ondernemingen worden begunstigd, dat deze richtlijn beoogt uit te sluiten, houdt echter in wezen nauw verband met de selectie die de aanbestedende dienst onder de ontvankelijke inschrijvingen wil maken, en met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de betrokken opdracht aan de geselecteerde ondernemer, of aan de geselecteerde ondernemers in geval van een raamovereenkomst, wat uiteindelijk het doel vormt van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht." [onderstreping toegevoegd, adv.]

- 6.4. Hierop is de (oude) aanbestedingsrichtlijn (en ook overigens de (nieuwe) Richtlijn, zie pt. 40 van het arrest) volgens het HvJ EU niet van toepassing, althans zijn de nauwkeurige regels niet aan de orde:

"Wanneer een openbare instelling leveringsovereenkomsten wil sluiten met alle ondernemers die de betrokken producten willen leveren onder de door deze instelling opgelegde voorwaarden, bestaat er dus, doordat geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, geen noodzaak om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van richtlijn 2004/18 te onderwerpen teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van een opdracht nationale ondernemers begunstigt." [onderstreping toegevoegd, adv.]

- 6.5. Het HvJ EU geeft aan dat in dergelijke gevallen wel het beginsel van gelijke behandeling van toepassing is en dat - voor zover sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang - een passende mate van openbaarheid moet worden geboden.
- 6.6. In het *Falk Pharma*-arrest was de situatie aan de orde dat gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst nieuwe geïnteresseerde ondernemers konden toetreden. Dit wordt wel aangeduid met de term 'open house'. Een open house was niet aan de orde in het *Tirkkonen*-arrest. Het ontbreken daarvan is voor de Finse rechter reden om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU.
- 6.7. Het HvJ EU oordeelt dat ook in deze zaak een situatie aan de orde is waarin geen selectie wordt gemaakt onder de ontvankelijke inschrijvingen. Het HvJ EU overweegt in pt. 34 en 35:

"Het feit dat, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, de toegang tot het in het hoofdgeding aan de orde zijnde landbouwadviesringssysteem beperkt is tot een voorlopige periode die eindigt op het moment waarop het examen wordt georganiseerd of uiterlijk op het moment van publicatie van het definitieve gunningsbesluit, en dat het bijgevolg voor een adviseur als Tirkkonen niet mogelijk is om zich bij voornoemd landbouw-adviesringssysteem aan te sluiten, doet aan die beoordeling niet af.

Zoals de advocaat-generaal in de punten 51 en 52 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is het feit dat - anders dan de context die heeft geleid tot het arrest van 2 juni 2016, Falk Pharma (C-410/14, EU:C:2016:399) - een landbouwadviesringssysteem als aan de orde in het hoofdgeding niet te allen tijde openstaat voor belangstellende ondernemers, immers niet relevant."

- 6.8. Het Hof acht dus niet van belang of er wel of niet permanent toegang bestaat tot de *pool* van (raam)contractanten.

Conclusie

- 6.9. Voor zover [Aanbesteder] kiest voor een contracteringsmethode waarbij geen exclusieve selectie plaatsvindt onder de gegadigden, zijn op grond van deze arresten de aanbestedingsregels niet van toepassing, maar kan worden volstaan met het in acht nemen van het gelijkheids- en transparatiebeginsel (waarbij openbaarheid slechts verplicht is indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang). Deel I van de Aw is vermoedelijk op een dergelijke inkoopprocedure van toepassing [Noot 10: Dit impliceert onder meer dan proportionele contractvoorwaarden moeten worden gesteld.], maar van uitgewerkte procedurevoorschriften is geen sprake.
- 6.10. Dit biedt [Aanbesteder] ruime mogelijkheden om te kiezen voor het Belgisch verdeelmodel of een daarop gelijkend verdeelmodel. Alle gerechtsdeurwaarders die aan de (duidelijk kenbaar gemaakte) eisen en voorwaarden (willen) voldoen, komen in dit model immers in aanmerking voor een deel van de opdrachten. Hiermee is de gelijke behandeling gewaarborgd. Met deze invulling is geen sprake van exclusiviteit, waardoor volgens het HvJ EU geen sprake is van een aanbestedingsprocedure waarop procedurevoorschriften van toepassing zijn. Dit zou kunnen worden vormgegeven als een 'open house', waarbij nieuwe partijen zich tussentijds kunnen aanmelden. Ook kan worden gekozen voor een invulling met een vaste *pool* gedurende een bepaalde periode.

7. Het verlichte regime

- 7.1. Voor zover geen beroep op arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* zou kunnen worden gedaan, geldt dat de Aw andere mogelijkheden biedt waarmee kan worden voorzien in de behoefte om aan te sluiten bij het Belgisch verdeelmodel. In dit hoofdstuk 7 zal worden ingegaan op het verlichte regime dat van toepassing is op de deurwaardersdiensten.
- 7.2. De CPV-code voor deurwaardersdiensten is tevens opgenomen in bijlage XIV bij de Richtlijn, waarin de diensten zijn opgesomd waarvoor op grond van artikel 74 Richtlijn de regels voor sociale en andere specifieke diensten van toepassing is. Op basis daarvan is het zogenaamde verlichte regime van toepassing.
- 7.3. In de artikel 2.38 en 2.39 Aw zijn de verplichtingen vastgelegd die gelden bij dit verlichte regime. De belangrijkste verplichtingen zijn:
 - a. De opdracht moet vooraf worden aangekondigd;
 - b. In de aankondiging moet worden medegedeeld welke procedure daarvoor wordt gekozen;
 - c. Achteraf moet worden gepubliceerd aan wie de opdracht is gegund.
- 7.4. Er bestaat in Nederland discussie over de reikwijdte van de verplichtingen die gelden bij het verlichte regime. Met name is de discussie gegaan over de vraag of bestuurlijk aanbesteden – een vorm van aanbesteding die veel gebruikt wordt in het sociale domein – ook onder de (nieuwe) Richtlijn nog steeds toelaatbaar is. [Noot 11: Vgl. J.F. van Nouhuys, 'Het abrupte einde van 'bestuurlijk aanbesteden', *TAAN* 2016, 2. E.E. Zeelenberg e.a., 'Bestuurlijk aanbesteden, mag het nu wel of niet onder de gewijzigde aanbestedingsregelgeving?', *Gst* 2016, 6.]
- 7.5. Er wordt inmiddels echter algemeen aangenomen dat eisen die de wet stelt in het kader van het verlichte regime, niet verplichten tot het houden van een aanbestedingsprocedure met uitgewerkte uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en gunningscriteria. Wel moet de opdracht vooraf beknopt worden omschreven en moet worden omschreven hoe de gunningsprocedure er precies uitziet. Het zogenaamd bestuurlijk aanbesteding lijkt nog steeds toegestaan. Dit is inmiddels ook bevestigd in de rechtspraak. [Noot 12: Vزر. Rechtbank Oost-Brabant 16 februari 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:792, *JAAN* 2018, 80 m.nt. J.R. Holterman en T.H.G. Robbe.]
- 7.6. Het verlichte regime betekent dat enige vorm van inkoopprocedure gehouden moet worden. Een verdeelmodel zoals in België zou zodanig vormgegeven kunnen worden dat het aan de eisen van het verlichte regime voldoet. De procedure dient dan van te voren te worden aangekondigd, waarbij duidelijk wordt gemaakt aan welke eisen moet worden voldaan om in aanmerking te komen voor een contract. Deze eisen zijn grotendeels reeds wettelijk vastgelegd in de voor de deurwaarders geldende regelgeving. Hierbij dient tevens de verdeelsleutel bekend te worden gemaakt op basis waarvan de opdrachten onder de deurwaarders zullen worden verdeeld. Deze verdeelsleutel dient vanzelfsprekend uit te gaan van objectieve criteria. Een objectief criterium is in elk geval dat invorderingen jegens een bepaalde debiteur steeds door dezelfde gerechtsdeurwaarder plaatsvinden.

- 7.7. Vervolgens kan elke partij die aan de eisen voldoet bijvoorbeeld een raamovereenkomst krijgen. Bij raamovereenkomsten geldt dat een open house systeem (met tussentijdse toetreden) niet mogelijk is. Wel geldt dat in beginsel alle deurwaarderskantoren een raamovereenkomst kunnen krijgen. Onder de raamcontractanten kunnen de opdrachten op basis van de objectieve verdeelsleutel worden verdeeld.

Dynamisch aankoopstelsel

- 7.8. Mogelijk kan de procedure ook worden vormgegeven door middel van een dynamisch aankoopstelsel als bedoeld in artikel 2.48 Aw en verder. Een dynamisch aankoopstelsel is een elektronisch proces voor het doen van gangbare inkopen van werken, leveringen of diensten, welk proces gedurende de gehele looptijd openstaat voor ondernemers die daaraan willen deelnemen (artikel 1.1 Aw). Dit laatste aspect maakt het werken met een open house mogelijk. Het feit dat het verlichte regime van toepassing is, maakt kiezen voor een dynamisch aankoopstelsel in beginsel mogelijk. Wel geldt dat bij een dynamisch aankoopstelsel per deelopdracht in beginsel een keuze voor een bepaalde gegadigde moet worden gemaakt. Dit maakt het dynamisch aankoopstelsel vermoedelijk minder geschikt voor het toepassen van een op het Belgische verdeelmodel gebaseerd inkoopmodel.

8. Vormgeven als concessie

- 8.1. Als laatste zal worden onderzocht welke mogelijkheden het biedt indien de aan deurwaarders uit te besteden opdrachten zouden worden aangemerkt als concessie. Voor concessieopdrachten gelden minder zware procedurevoorschriften dan voor reguliere overheidsopdrachten. Artikel 2a.30 Aw bepaalt dat een aanbestedende dienst de aanbesteding van concessies naar eigen inzicht mag organiseren, mits maar de bepalingen van deel 2a van de Aw in acht worden genomen.

- 8.2. Een concessieopdracht voor diensten wordt in artikel 1.1 Aw als volgt gedefinieerd:

"Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken, waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling."

- 8.3. Gesteld zou kunnen worden dat gerechtsdeurwaarders niet door de overheid worden betaald voor hun dienstverlening (in elk geval niet volledig), maar als tegenprestatie een exploitatierecht krijgen. Gerechtsdeurwaarders kunnen immers de wettelijk vastgestelde ambtsarieven verhalen op de debiteur. Dit houdt in dat gerechtsdeurwaarders ook het exploitatierisico dragen.
- 8.4. Op basis van jurisprudentie van het Europese Hof alsmede de Richtlijn 2014/23/EU ("**Concessierichtlijn**") is bepalend of het exploitatierisico overgaat. De volgende criteria zijn daarbij van belang:

1. Het operationeel risico moet voortvloeien uit de exploitatie van de werken of diensten;
 2. Het exploitatierisico bestaat uit een aanbod en/of vraagrisico;
 3. Er bestaat geen garantie dat gedane investeringen en/of exploitatiekosten worden terugverdiend;
 4. Het exploitatierisico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat potentiële verliezen niet nominaal of verwaarloosbaar zijn. [Noot 13: Vgl. P.H.L.M. Kuypers e.a., 'De concessie in het Nederlandse aanbestedingsrecht. In Nederland nog onbekend, maar binnenkort toch nog bemind?', *TBR* 2018, 72, par. 3.2 e.v.]
- 8.5. In het arrest HvJ EU 10 maart 2011, C0274/09 (*Stadler/Passau*) gaat het om de vraag of het verrichten van medische spoedhulp in Duitsland moet worden aangemerkt als een dienstenconcessie. Uit dit arrest wordt duidelijk dat het Hof de kwalificatie als concessieovereenkomst lijkt te baseren op de optelsom van verschillende factoren in onderling verband beschouwd.
- 8.6. Wij zullen de hierboven genoemde vier criteria niet in extenso aflopen en toetsen. Wel zij opgemerkt dat waar het tweede criterium spreekt over risico's die voortvloeien uit vraag en aanbod op de markt er – volgens onder meer prof. Kuypers – op bedoeld wordt dat het dient te gaan om externe risicofactoren die losstaan van de directe invloedssfeer van de ondernemer. [Noot 14: Ibidem, par. 3.4.].
- 8.7. In een zaak tussen een deurwaarderskantoor en het Ministry of Justice (MoJ) in het Verenigd Koninkrijk is de vraag aan de orde of het bij deurwaardersdiensten gaat om een concessie of een gewone overheidsopdracht. Het betreft de uitspraak van de Court of Appeal met Case No. A2/2011/516QBENF:

"We are concerned with tracing the boundary between public service contracts and service concessions and determining on which side of the line this contract falls. That is a question of EU law."

- 8.8. Uiteindelijk wordt overwogen dat bij de betreffende overheidsopdracht sprake is van een concessie voor diensten. De belangrijkste overwegingen betreffen nr. 52 en 53:

"Taking all the relevant factors into account as the EU case law requires me to do, and bearing in mind that this is an autonomous concept of EU law, I have concluded that this is a concession and not a public service contract."

In reaching this conclusion I have born in mind the following considerations. First, there can be no doubt that in so far as the undertaking of risk is concerned, the risks transferred here are those involved in running and managing the bailiff service. The MoJ is released even from the costs in unsuccessfully failing to execute a warrant. Second, there is no direct payment by the MoJ for the performance of the service. The fact that this unwilling payment by third parties because the CPR 58 empowers the bailiff to distrain for the cost of enforcement does not alter that fact. Third, whilst it is true that the MoJ benefits from the performance of the service

in a different and additional way to that found in a normal concession, it does not alter the fact that a service is also provided by third parties. Fourth, although the beneficiaries are not willing recipients of the service, that is equally the case in other circumstances where a concession has been found to exist e.g. those who have to take advantage of rescue services in Stadlet. It ought not to preclude a concession arising." [onderstreping toegevoegd, adv.]

- 8.9. Het lijkt dus in beginsel mogelijk de opdracht voor gerechtsdeurwaardersdiensten zo vorm te geven dat sprake is van een dienstenconcessie, waarbij zelfs de vraag kan worden opgeworpen of in de steeds door [Aanbesteder] gekozen opzet er aan te ontkomen is dat sprake is van een dienstenconcessie.
- 8.10. Dienstenconcessies boven de drempel (€ 5.548.000,-) worden beheerst door deel 2a van de Aw. Daarbij geldt aanzienlijk meer vrijheid dan op basis van deel 2 van de Aw. Artikel 2a.30 lid 1 Aw bepaalt dat de aanbestedende dienst de procedure die tot keuze van de concessiehouder leidt naar *eigen inzicht* mag organiseren, mits deel 2a van de Aw van de wet in acht wordt genomen.
- 8.11. Daarbij komt dat voor sociale en andere specifieke diensten als opgenomen in bijlage IV bij de Concessierichtlijn – waar deurwaardersdiensten onder vallen – een verlicht regime van toepassing is. Dit blijkt uit 2a.29 Aw. Dit biedt derhalve eens te meer de vrijheid om de procedure in te richten, waarbij vanzelfsprekend wel steeds de fundamentele aanbestedingsbeginselen in acht moeten worden genomen.
- 8.12. Ook de kwalificatie als dienstenconcessie biedt dus mogelijkheden om te kiezen voor het Belgisch verdeelmodel. Verwezen wordt naar hetgeen daarover is opgenomen in hoofdstuk 7.

9. Conclusie en aanbevelingen

- 9.1. Op grond van artikel 1.4 lid 1 sub a Aw dient een aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria een keuze te maken voor de wijze waarop hij voornemens is om de overeenkomst tot stand te brengen. De keuze voor de procedure moet proportioneel zijn, mede in het licht van het daarmee te dienen belang. Op basis van het tweede lid geldt dat de aanbestedende dienst zorg moet dragen voor het leveren van 'zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen' bij het aangaan van een overeenkomst.
- 9.2. Bij de keuze voor de wijze waarop [Aanbesteder] het verrichten van ambts-handelingen door deurwaarders wil inkopen, dienen dus objectieve criteria te worden gehanteerd en dient gestreefd te worden naar maatschappelijke waarde.
- 9.3. Uit het voorgaande is af te leiden dat voor deurwaardersdiensten geen aanbestedingsplicht geldt. Indien gekozen wordt voor enige inkoopprocedure geldt dat in elk geval niet de uitgebreide procedurevoorschriften van toepassing zijn. De redenering van [Aanbesteder] dat [hij] zonder meer een aanbestedingsprocedure met exclusieve selectie moet houden, is daarmee feitelijk onjuist. Dit geldt eens te meer in het licht van de *Falk Pharma-* en *Tirkkonen*-arresten waaruit valt af te leiden dat überhaupt geen verplichting

bestaat om exclusief ondernemers te selecteren, maar dat kan en mag worden gekozen voor een open toetredingsmodel.

- 9.4. In het licht van artikel 1.4 Aw is een aantal gezichtspunten van belang om te bepalen hoe de wijze van inkoop van deurwaardersdiensten moet worden vormgegeven:
- a. Er bestaat consensus over dat het in het belang van de debiteur is dat deze te maken heeft met één gerechtsdeurwaarder. Voordat [Aanbesteder] gebruikt maakte van aanbestedingen was dit reeds op een goede manier geborgd. Door middel van het houden van een periodieke aanbesteding komt dat juist onder druk te staan. Raamcontracten mogen immers in beginsel slechts voor vier jaar worden aangegaan (artikel 2.143 lid 3 Aw). Het is bij een nieuwe aanbesteding immers niet denkbeeldig dat een zittende gerechtsdeurwaarder zijn overeenkomst kwijtraakt en dat de debiteur derhalve weer met een nieuwe gerechtsdeurwaarder te maken krijgt. De keuze voor het Belgisch verdeelmodel waarborgt het uitgangspunt 'een gerechtsdeurwaarder per debiteur' veel beter.
 - b. Het verrichten van ambtshandelingen is onderdeel van het uitoefenen van de publiekrechtelijke macht. De gerechtsdeurwaarder treedt dan op in de hoedanigheid van openbaar ambtenaar. Deze taak met gewichtige verantwoordelijkheden is sterk juridisch gereguleerd. Hierbij is een overheidsaanbesteding minder passend.
 - c. De aanbestedingsmethodiek zet de positie van de gerechtsdeurwaarder vanuit de stelselverantwoordelijk van de overheid sterk onder druk. De gerechtsdeurwaarder heeft immers een specifieke plaats in het rechtsbestel en feit is dat de deurwaardersbranche sterk onder financiële druk staat. De overheid zou in die context niet langer voorop moeten lopen in de marktwerking, maar er zorg voor moeten dragen dat de overheid een betrouwbare en consistente opdrachtgever van alle gerechtsdeurwaarderkantoren in Nederland wordt, zodat de kantoren vanuit die financiële basis in staat zijn hun specifieke taakstelling binnen het rechtsbestel naar behoren uit te voeren.
 - d. Er ontstaat (veel meer) rust op de markt indien gekozen wordt voor het Belgisch verdeelmodel. De markt is – mede gelet op de maatschappelijke ontwikkelingen, waarbij de deurwaardersmarkt veelvuldig in de media is – gebaat bij continuïteit, waarbij onder meer moet worden voorkomen dat prikkels ontstaan om op maatschappelijk onverantwoorde wijze te incasseren.
 - e. Niet valt in te zien waarom [Aanbesteder] belang heeft bij selectieve gunning, omdat het gewenste kwaliteitsniveau ook kan worden bereikt doordat alle deurwaarderskantoren zich houden aan de wet- en regelgeving en voldoen aan eventuele nadere eisen die [Aanbesteder] stelt.
 - f. Vanuit het maatschappelijk belang is het belangrijk te constateren dat de methodiek van aanbestedingen zich niet verhoudt met de realisatie van de Rijksincassovisie. De situatie ontstaat dat verschillende gerechtsdeurwaarders zich ten behoeve van [Aanbesteder] bij één en dezelfde schuldenaar aandienen en een centrale regierol door de gerechtsdeurwaarder ten behoeve van die schuldenaar niet tot stand komt met als gevolg dat er onvoldoende inzicht in de totale schuldenpositie van de schuldenaar ontstaat, hetgeen leidt tot schuldenstapeling. De uitloop van bestaande contracten en aanvang met nieuwe (aanbestedings)contracten leiden tot deze situatie. Er ontstaat aldus een lappendeken aan verschillende contracten.

- g. Er is geen duidelijk doel dat wordt gediend met het houden van een gereglementeerde aanbestedingsprocedure boven het kiezen voor het Belgisch verdeelmodel. [Aanbesteder] lijkt zich te verschuilen achter rechtmatigheid, maar zoals uit het bovenstaande voortvloeit, kan de rechtmatigheid ook bij het Belgisch verdeelmodel worden geborgd. Bij gebreke van een deugdelijke motivering is het - in het licht van het voorgaande - niet juist en proportioneel te kiezen voor een traditionele aanbestedingsprocedure.
 - h. Ten slotte is er nog een praktisch bezwaar tegen de door [Aanbesteder] beoogde wijze van aanbesteding. Er bestaat op dit moment namelijk onduidelijkheid over welke afspraken gerechtsdeurwaarders wel en niet mogen maken met betrekking tot het verdienmodel. Nu de Minister en de toezichthouder zich op het standpunt hebben gesteld dat de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder in het geding is bij *kick-back fees* (en mogelijk als gevolg daarvan eenzelfde conclusie zou kunnen worden getrokken bij *no cure no (/less) pay*-afspraken e.d.), is het eveneens onduidelijk of gerechtsdeurwaarders met [Aanbesteder] een nieuw contract met (te?) vergaande tariefafspraken kunnen afsluiten. Ook al is de inhoud van de nieuwe voorgenomen aanbesteding nog niet bekend, het is niet de verwachting dat deze qua tarifiering zo substantieel van eerdere aanbestedingen zal verschillen dat deze de toets der kritiek van de toezichthouder kan doorstaan. [Noot 15: Voor meer informatie wordt gewezen op het volgende artikel: <https://www.linkedin.com/pulse/bureau-financieel-toezicht-laat-gerechtsdeurwaarders-van-lunteren/>]
- 9.5. Op basis van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat [Aanbesteder] niet alleen niet verplicht is om de opdracht voor het verrichten van deurwaardersdiensten aan te besteden, maar dat [Aanbesteder] op grond van artikel 1.4 Aw zelfs niet voor een aanbesteding behoort te kiezen. Een (traditionele) aanbesteding ligt gelet op de hierboven genoemde redenen niet voor de hand en daarvoor kan dus niet op basis van deugdelijke objectieve criteria worden gekozen. Bovendien is een goed alternatief voor handen datzo begrepen wij - op ruim draagvlak onder gerechtsdeurwaarders kan rekenen.
- 9.6. Wij adviseren met [Aanbesteder] in discussie te gaan over de wenselijkheid en doelmatigheid van het houden van een aanbesteding. De thans door [Aanbesteder] aangedragen argumentatie achten wij te summier om de keuze voor een (volledig gereglementeerde) aanbesteding te kunnen dragen. De voornaamste argumentatie van [Aanbesteder] is immers dat er onverkort een aanbestedingsplicht zou gelden, hetgeen eenvoudig niet het geval is. Het andere argument van [Aanbesteder] – namelijk dat het principe van één deurwaarder per debiteur gediend zou zijn met een aanbesteding – is simpelweg onjuist. Gelet op de zwaarwegende argumenten om te kiezen voor een alternatieve manier van verdelen, komt [Aanbesteder] dus niet weg met een beroep op een vermeende verplichting.
- 9.7. Daarnaast zou indien gewenst een verklaring voor recht kunnen worden gevorderd in de zin van artikel 3:302 BW. Op basis van dat artikel kan op vordering van een bij een rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon de rechter een verklaring voor recht uitspreken. De gerechtsdeurwaarders hebben een rechtsverhouding met [Aanbesteder] als (potentiële) opdrachtgever. Verzocht zou kunnen worden om een verklaring voor recht dat een

opdracht voor deurwaardersdiensten (zijnde ambtshandelingen) niet aanbestedingsplichtig is.

9.8. Zo nodig kan de keuze voor een aanbestedingsprocedure ook in kort geding worden aangevochten, zodra [Aanbesteder] een aanbestedingsprocedure op de markt heeft gezet. Daarbij kan een beroep worden gedaan op artikel 1.4 Aw en kan mogelijk zelfs worden betoogd dat [Aanbesteder] misbruik van bevoegdheid/recht maakt door een aanbestedingsprocedure te houden.'

1.7. Aanbesteder heeft de resultaten van de marktconsultatie neergelegd in het document 'Samenvatting resultaten marktconsultatie aanbesteding Gerechtsdeurwaardersdiensten' van 7 maart 2019. Hierin is, onder meer, het volgende opgenomen:

'(...)

Perceelindeling

Op de vraag welke landelijke perceelindeling de voorkeur heeft, is als volgt gereageerd (...):

(...)

De gegeven toelichtingen voor de perceelindeling zijn opgesplitst naar de volgende opties:

- a. 22 percelen;
- b. 20 percelen;
- c. Geen voorkeur;
- d. Anders.

(...)

Gegeven toelichting voor 'anders'

De toelichting om voor anders te kiezen is als volgt. Er zijn 4 partijen die voorstellen hetzelfde model te hanteren als wordt gebruikt in België. (...)

Conclusie

Het voorstel om een perceelindeling van 22 percelen te hanteren is het voorstel waar de meeste partijen mee in kunnen stemmen. (...) Het voorstel voor het Belgische model komt ook aan bod bij de vraag met overige suggesties.

(...)

Overige suggesties

Op de vraag welke (overige punten) een partij aan [Aanbesteder] zou willen meegeven is uiteenlopend gereageerd.

- Een aantal partijen vraagt aan [Aanbesteder] of het aanbesteden noodzakelijk is en/of het Belgisch model een optie is om te hanteren.

(...)

Toelichting door [Aanbesteder]

Naar aanleiding van de opmerkingen van partijen over de noodzakelijkheid van aanbesteden geeft [Aanbesteder] het volgende aan. De juridische noodzaak van

aanbesteden is gelegen in de Aanbestedingswet 2012. De beleidsinhoudelijke noodzaak is tweeledig.

De eerste is gelegen in de uitvoering van de Rijksincassovisie. [Aanbesteder] kan met een aanbesteding beter sturen op het uitgangspunt dat alle vorderingen van één debiteur gebundeld worden bij één gerechtsdeurwaarder. Daarnaast kan [hij] beter sturen op het uitgangspunt dat vorderingen sociaal-maatschappelijk verantwoord worden afgehandeld door gerechtsdeurwaarderskantoren die dit het beste kunnen uitvoeren. [Aanbesteder] ervaart namelijk verschillen in de werkwijzen en resultaten van gerechtsdeurwaarderskantoren. [Aanbesteder] wil gerechtsdeurwaarders(kantoren) selecteren die het beste aansluiten bij de Rijksincassovisie. De 'methodiek' van aanbesteden waarbij kan worden geselecteerd op de verschillen in werkwijzen en resultaten past hierbij.

De tweede is gelegen in het actualiseren van een gedeelte van de contracten die in 2017 niet zijn meegenomen met de toenmalige aanbesteding.'

- 1.8. Op 23 april 2019 heeft er een bespreking plaatsgevonden tussen aanbesteder en (de advocaat van) de brancheorganisatie. Naar aanleiding van die bespreking reageert aanbesteder bij brief van 28 mei 2019 als volgt:

'(...)

Naar aanleiding van de in het memo genoemde punten geldt dat de door [de Belangenorganisatie] ingenomen standpunten niet worden onderschreven. [Aanbesteder] stelt dat de keus van [Aanbesteder] voor een openbare aanbesteding hoe dan ook toelaatbaar is.

(...)'

- 1.9. Bij brief van 12 juni 2019 reageert de brancheorganisatie als volgt op voormelde brief :

'(...)

Naar aanleiding van mijn brief d.d. 6 maart 2019 met als bijlage een uitgebreid memo over het ontbreken van een aanbestedingsplicht voor gerechtdeurwaardersdiensten vond op 23 april 2019 een bespreking plaats te Zwolle. Daarbij gaf [Aanbesteder] aan dat de advocaat van [Aanbesteder] van mening zou zijn dat er wel degelijk een aanbestedingsplicht zou bestaan. [Aanbesteder] zegde op dat moment toe dat wij na het overleg op de hoogte gesteld zouden worden van argumentatie van (de advocaat van) [Aanbesteder] daarvoor. In de veronderstelling dat [Aanbesteder] zich aan die afspraak zou houden, heeft [de Brancheorganisatie] de eerder gestelde termijn om te reageren op de brief van 6 maart 2019 tot nader order opgeschort.

Inmiddels moet [de Brancheorganisatie] concluderen dat [Aanbesteder] zijn afspraken niet nakomt. De schriftelijke reactie die [de Brancheorganisatie] heeft ontvangen, behelst op geen enkele wijze een inhoudelijke argumentatie in reactie op de uitputtende stellingname van [de Brancheorganisatie] in het memo bij mijn brief van 6 maart 2019. [Aanbesteder] geeft slechts – zonder enige onderbouwing – aan dat hij zich niet kan vinden in de argumentatie van [de Brancheorganisatie].

Niet alleen handelt [Aanbesteder] hiermee in strijd met de gemaakte afspraken, maar ook schiet [Aanbesteder] tekort in de op grond van artikel 1.4 lid 3

Aanbestedingswet 2012 op hem rustende verplichting om de motivering – van de keuze voor de wijze waarop een overeenkomst tot stand wordt gebracht – op het schriftelijk verzoek van een gegadigde te verstrekken.

(...)'

- 1.10. Bij brief van 5 juli 2019 reageert aanbesteder als volgt:

'(...)

Motiveringsplicht

Artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 heeft als doel dat de aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria bepaalt op welke wijze zij een overeenkomst tot stand wenst te brengen. Met de in artikel 1.4 lid 3 neergelegde motiveringsplicht heeft de wetgever niet beoogd de aanbestedende dienst te verplichten ondernemers op voorhand te informeren over de wijze waarop zij overeenkomsten tot stand zal gaan brengen en de daarbij gehanteerde objectieve criteria. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de motiveringsplicht alleen beoogt de transparantie te bevorderen van gemaakte keuzes en daarmee: het (achteraf) afleggen van verantwoording daarover. Op dit moment is nog geen sprake van een gemaakte keuze, immers er heeft nog geen aankondiging plaatsgevonden dat er een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten. Hierdoor is er nog geen sprake van enige motiveringsplicht. Natuurlijk wordt, indien er een aankondiging gaat plaatsvinden, op gepaste wijze rekening gehouden met het bepaalde in artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012.

(...)'

- 1.11. Aanbesteder heeft op 6 maart 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het sluiten van een raamovereenkomst voor gerechtsdeurwaardersdiensten. In de aankondiging is het volgende opgenomen:

'(...)

Afdeling II: Voorwerp

II.1) Omvang van de aanbesteding

(...)

II.1.2) CPV-code(s)

Hoofdcategorie:

75242110- Deurwaardersdiensten

Subcategorie: -

(...)

II.1.4) Korte beschrijving

Gerechtsdeurwaardersdienstverlening voor alle bij [Aanbesteder] ondergebrachte diensten. Voor de Overeenkomst is een maximum vastgesteld voor het totale aantal op basis van de Overeenkomst te vergeven Executoriale titels, te weten 5,5 miljoen over een periode van 8 jaar (op basis van 360.000 geprognostiseerde titels per jaar plus optionele instroom plus een onzekerheidsmarge van 25%)

(...)

- 1.12. In het Beschrijvend Document Europese aanbesteding Gerechtsdeurwaardersdiensten 2020 van aanbesteder van 3 maart 2020, gepubliceerd op 6 maart 2020, is, onder meer, het volgende bepaald:

(...)

Voorwoord

(...)

De aanbesteding wordt uitgevoerd conform het (verlichte) Europese regime voor sociale en andere specifieke diensten, als bedoeld in artikel 2.38 van de Aanbestedingswet 2012. Bij deze procedure kunnen alle Inschrijvers naar aanleiding van de publicatie van de aankondiging de Aanbestedingsstukken inzien via CTM en een Inschrijving doen, mits zij voldoen aan de gestelde eisen.

De aan te besteden Opdracht bestaat uit 22 Percelen. U wordt uitgenodigd om op basis van dit Beschrijvend Document een Inschrijving in te dienen voor 1 tot maximaal 5 Percelen. Per Perceel worden, afhankelijk van de grootte van dat Perceel, 3 tot maximaal 13 gerechtsdeurwaarderskantoren gecontracteerd. Hoeveel gerechtsdeurwaarderskantoren [Aanbesteder] per Perceel voornemens is te contracteren, is vermeld in paragraaf 1.2.2.

Dit Beschrijvend Document bevat nadere informatie over de inhoud van de Dienstverlening. Daarnaast worden geïnteresseerden door middel van dit Beschrijvend Document nader geïnformeerd over de procedure die [Aanbesteder] zal volgen om - mede namens een aantal andere aanbestedende diensten - tot een Overeenkomst te komen met gerechtsdeurwaarderskantoren die de uitvoering van de Dienstverlening op zich zullen nemen.

(...)

1. Aanbesteding Gerechtsdeurwaardersdiensten

1.1 Inleiding

(...)

1.1.2 Achtergrond en aanleiding

Om uitvoering te geven aan de opdracht van de Ministerraad in 2012 zijn de gerechtsdeurwaarderstrajecten van vier Bestuursorganen geclusterd bij [Aanbesteder]. Door deze clustering kon een eerste belangrijke stap worden gezet voor de opdracht van de Ministerraad om sociaal-maatschappelijk verantwoord te incasseren. Dit heeft geresulteerd in een aanbesteding gerechtsdeurwaardersdiensten Clustering Rijksincasso (CRI) die in 2017 is voltooid met het contracteren van 34 gerechtsdeurwaarderskantoren.

Om een verder vervolg te geven aan de Rijksambitie om sociaal-maatschappelijk verantwoord te incasseren is het wenselijk om de gerechtsdeurwaardersdienstverlening voor alle bij [Aanbesteder] ondergebrachte diensten in de markt te zetten. Op deze wijze kan [Aanbesteder] per Debiteur alle vorderingen van aangesloten

Bestuursorganen bundelen bij één gerechtsdeurwaarder en deze sociaal-maatschappelijk verantwoord laten afhandelen.

Voorts is het van belang om de huidige contracten van [Aanbesteder] die niet onder de CRI-aanbesteding vielen te actualiseren en in overeenstemming te brengen met de Rijksincassovisie en Rijksambitie om een verder vervolg te geven aan sociaal-maatschappelijk verantwoord te incasseren.

In deze nieuwe aanbesteding neemt [Aanbesteder] leerpunten mee uit de voorgaande aanbestedingen. Daarnaast heeft [Aanbesteder] een aantal inhoudelijke keuzes getoetst tijdens een schriftelijke marktconsultatie om de Opdracht waar mogelijk aan te laten sluiten bij de wensen vanuit de markt. Een samenvatting van de uitkomsten van deze marktconsultatie is opgenomen in Bijlage E: Samenvatting marktconsultatie en informatiebijeenkomst.

Met de aanbesteding wordt gevolg gegeven aan de keuze van de wetgever om de dienstverlening van de Gerechtsdeurwaarder voor concurrentie open te stellen.

Het is verder gebleken dat er in de dienstverlening van gerechtsdeurwaarderskantoren kwaliteitsverschillen zijn en door de keuze voor concurrentiestelling krijgen Inschrijvers de kans om zich op kwaliteit en het leveren van meer maatschappelijke waarde (onder andere sociaal-maatschappelijk verantwoord incasseren) te onderscheiden.

(...)

1.1.5 Doelstellingen

Met deze aanbesteding wil [Aanbesteder] een concrete bijdrage leveren aan de doelstelling van de Rijksincassovisie. Belangrijke elementen in de Rijksincassovisie zijn afstemming tussen de incasserende organisaties, ruimte voor maatwerk waar nodig en het voorkomen van onnodige verhogingen van de schuldenlast als gevolg van het incassoproces. Het per Debiteur bundelen en geclusterd aanbieden van openstaande vorderingen is daarbij een middel en dienend aan de te realiseren doelstellingen van de aanbesteding. De doelstellingen van de aanbesteding zijn om met de te gunnen Overeenkomsten een concrete bijdrage te leveren aan:

1. Betrouwbaar en tijdig herkennen van verhaalbaarheid;
2. Persoonsgericht en sociaal-maatschappelijk verantwoord incasseren bij Debiteuren die kunnen betalen met een zo hoog mogelijk Incassoresultaat zonder onnodige kosten voor de Debiteur.

[Aanbesteder] zal meerdere Opdrachtnemers contracteren die voldoen aan alle in de Aanbestedingsstukken gestelde eisen én op grond van hun Inschrijving het beste in staat worden geacht bij te dragen aan het realiseren van bovengenoemde doelstellingen. Het Programma van Eisen en de gehanteerde Gunningscriteria zijn om die reden een vertaling/uitwerking van de doelstellingen van de aanbesteding.

1.1.6 Motivering samengevoegde Opdracht

[Aanbesteder] zal de komende jaren de Executoriale titels van de Bestuursorganen op persoonsgerichte wijze uitvoeren. Om persoonsgericht (onder andere één gerechtsdeurwaarder per Debiteur) te kunnen werken voor zowel Standaard als Speciale vorderingen (waarbij er Debiteuren zijn die zowel Standaard als Speciale vorderingen hebben) is het noodzakelijk om de titels van de Bestuursorganen te clusteren bij [Aanbesteder] en in één Opdracht aan te besteden. Daarbij wordt tevens

acht geslagen op het feit dat de Opdracht een hoge mate van samenhang kent en de samenvoeging zowel voor de aanbestedende dienst als voor de Gerechtsdeurwaarders positieve organisatorische gevolgen heeft. Door de vorderingen van één Debiteur bij dezelfde Gerechtsdeurwaarder onder te brengen kan - naar verwachting - effectiever en efficiënter worden gewerkt.

De aan de aanbesteding ten grondslag liggende doelstellingen zijn zwaarwegend en rechtvaardigen dat de vorderingen van de Bestuursorganen worden geclusterd. De eventuele negatieve gevolgen van clustering voor de toegang voor kleine en middelgrote gerechtsdeurwaarderskantoren worden in voldoende mate gecompenseerd door de Opdracht op te delen in 22 Percelen. Daarnaast mogen Inschrijvers op maximaal 5 Percelen inschrijven en zullen per Perceel meerdere Inschrijvers worden gecontracteerd, waarbij het aantal Opdrachtnemers wordt afgestemd op het aantal vorderingen dat naar verwachting in het Perceel valt te vergeven. Bij de keuze van het aantal Percelen en het aantal Opdrachtnemers per Perceel is rekening gehouden met de uitkomsten van onder andere de schriftelijke marktconsultatie. Zie voor de verdere uitwerking paragrafen 1.2.2 en 1.2.3.

(...)

1.2 Inhoud van de Opdracht

De Opdracht betreft de tenuitvoerlegging van Executoriale titels die door [Aanbesteder] ter inning worden aangeboden aan de gecontracteerde gerechtsdeurwaarderskantoren. De wijze waarop een gerechtsdeurwaarderskantoor de Executoriale titel ten uitvoer legt staat hem, binnen toezeggingen gedaan voor de Gunningscriteria, de wettelijke kaders en de kaders en voorwaarden zoals opgenomen in het Programma van Eisen en de Overeenkomst, vrij.

De waarborgen die van de in het Programma van Eisen genoemde regelgeving uitgaan, waaronder - maar niet uitsluitend - eenduidige kwaliteitsnormen ten aanzien van de dossierbehandeling en (het scheiden van) geldstromen, inclusief onafhankelijk (financieel) toezicht en tuchtrecht, zijn naar het oordeel van [Aanbesteder] van zwaarwegend belang. Derhalve acht [Aanbesteder] het - voor zover wettelijk niet reeds voorgeschreven - noodzakelijk dat de Opdrachtnemer aan welke de Executoriale titels ter uitvoering worden overgedragen kan worden gekwalificeerd als gerechtsdeurwaarderskantoor, waarvan de gerechtsdeurwaarders onderhevig zijn aan het voornoemde toezicht en tuchtrecht.

(...)

1.2.2 Perceelindeling en aantal te contracteren Opdrachtnemers per Perceel

Aangezien de burger bij deze Opdracht centraal staat is het mogelijk om de Opdracht op te delen in meerdere Percelen, zonder dat daarmee de samenhang wordt geschaad. [Aanbesteder] heeft er voor gekozen om de aanbesteding op te delen in 22 Percelen. De Percelen stemmen grofweg overeen met de 19 voormalige arrondissementen binnen Nederland. De perceelindeling is weergegeven in het volgende figuur:



(...)

1.2.4 Verdeling van de Executoriale titels

De Executoriale titels worden in beginsel per Perceel in gelijke aantallen verdeeld over de Opdrachtnemers. [Aanbesteder] zal tijdens de looptijd van de Overeenkomst op prestaties en verdere prestatieverbetering van de Opdrachtnemers sturen. Bij herhaaldelijk onderpresteren van een Opdrachtnemer kan [Aanbesteder] het aantal titels richting de Opdrachtnemer verminderen (zie de Bijlage Contractbesturing voor een nadere toelichting over de wijze waarop [Aanbesteder] contractmanagement gaat uitvoeren).

Indien [Aanbesteder] tijdelijk niet in staat is Executoriale titels op elektronische wijze te versturen, worden de titels opgespaard tot het moment waarop [Aanbesteder] wel in staat is de Executoriale titels te versturen. Hier kan bijvoorbeeld sprake van zijn bij de start van de Overeenkomst als gevolg van noodzakelijke systeemtechnische aanpassingen in de implementatiefase.

Het verdelen van de titels binnen een Perceel is een geautomatiseerd proces bij [Aanbesteder]. De werking van dit geautomatiseerde proces doorloopt globaal de volgende stappen:

1. Bepaal of er al een bekende Opdrachtnemer is voor de Debiteur. Als dit het geval is tijdens de looptijd van de Overeenkomst, dient de nieuwe vordering toebedeeld te worden aan deze Opdrachtnemer.
2. Bepaal of toedelen aan dezelfde Opdrachtnemer mogelijk is om het aantal Opdrachtnemers waarmee één Debiteur te maken heeft zoveel mogelijk te beperken. Als dit niet mogelijk is, handel als onder 3 omschreven.
3. Selecteer in het Perceel alle andere Opdrachtnemers met een geldige Overeenkomst:
 - a. Als er precies één Opdrachtnemer is met een geldige Overeenkomst, dan zal de vordering toebedeeld worden aan die Opdrachtnemer;
 - b. Zijn er meerdere Opdrachtnemers met een geldige Overeenkomst, dan wordt de vordering toebedeeld aan de Opdrachtnemer met het laagste aantal toebedeelde vorderingen in dat Perceel;
 - c. Als er bij b meerdere Opdrachtnemers zijn met het laagste aantal toebedeelde vorderingen, dan wordt de vordering willekeurig toebedeeld aan één van deze Opdrachtnemers.
4. Vastleggen toedeling. De Opdrachtnemer die de individuele vordering toebedeeld heeft gekregen, daarvan wordt het 'aantal toebedeelde vorderingen' opgehoogd met 'één vordering'.

(...)

1.4 Vaste vergoeding voor Niet-inbare vorderingen

[Aanbesteder] kiest er voor om een vaste vergoeding uit te keren per Niet-inbare vordering (ook wel aangeduid als 'Negatieve afloop'). De Opdrachtnemer ontvangt deze vergoeding na volledige verwerking van het afloopbericht en volgens de werkwijze zoals omschreven in het Programma van Eisen. De hoogte van de vergoeding is vastgelegd in de Overeenkomst.

De vaste vergoeding per Niet-inbare vordering wordt uitgekeerd in die vorderingen waarin de Gerechtsdeurwaarder bij het sluiten van de vordering geen geld afdraagt aan [Aanbesteder] die dat in mindering strekt op de Hoofdsom. Bij een Deels inbare vordering draagt een Opdrachtnemer een deel van de Hoofdsom af aan [Aanbesteder]. In deze gevallen concludeert [Aanbesteder] dat de Deurwaarderskosten zijn verhaald op de Debiteur. Bij een Deels-inbare vordering zal [Aanbesteder] om die reden geen vergoeding uitkeren aan de Opdrachtnemer.

De belangrijkste redenen voor [Aanbesteder] om - voor zowel Standaard vorderingen als Speciale vorderingen - te kiezen voor een vaste vergoeding per Niet-inbare vordering zijn:

- Een vergoeding per Niet-inbare vordering sluit aan bij de voorkeur van de meeste Gerechtsdeurwaarders, zoals is gebleken uit de marktconsultatie;
- [Aanbesteder] heeft geen doelstelling om besparingen (inkoopvoordeel) te realiseren op de tarieven voor Gerechtsdeurwaarders. Een vaste vergoeding doet hier het meeste recht aan;
- Het toelaten van prijsconcurrentie heeft in een eerdere aanbesteding geleid tot een "race to the bottom", aangezien de Gerechtsdeurwaarders bereid waren tegen een minimumtarief in te schrijven. In een opvolgende aanbesteding - waarbij gegund zou worden op laagste prijs - heeft de rechter aangenomen dat de Gerechtsdeurwaarders wederom bereid zouden zijn voor een minimumtarief in te schrijven. Ook uit de marktconsultatie voor de

vorige en deze aanbesteding is deze bereidheid naar voren gekomen. [Aanbesteder] beschouwt prijsconcurrentie in de onderhavige aanbesteding als onwenselijk, omdat de verwachting is dat het prijscriterium (wederom) nauwelijks onderscheidend zal zijn, waardoor de kwaliteit van de Dienstverlening en mogelijkheden om te innoveren negatief kunnen worden beïnvloed.

(...)

2. Verloop van de aanbesteding

2.1 Procedure en aankondiging

Deze aanbesteding wordt uitgevoerd conform het verlichte Europese regime voor sociale en andere specifieke diensten, als bedoeld in artikel 2.38 Aanbestedingswet 2012.

2.2 Marktconsultatie en informatiebijeenkomst

Voorafgaand aan deze aanbesteding heeft het CJIB onder andere een schriftelijke marktconsultatie uitgevoerd en een informatiebijeenkomst georganiseerd op 31 januari 2019. De verslagen en de verstrekte informatie van de marktconsultatie en de informatiebijeenkomst zijn toegevoegd als Bijlage E: Samenvatting marktconsultatie en informatiebijeenkomst. Voor zover deze consultatiedocumenten met elkaar in tegenspraak zijn of in tegenspraak met de andere Aanbestedingsstukken, prevaleren de andere Aanbestedingsstukken. Voor de inrichting van de aanbesteding, de gestelde eisen, de gehanteerde Gunningscriteria en de invulling ervan dient de Inschrijver alleen uit te gaan van het gestelde in dit Beschrijvend Document.

(...)

3.1.7 Proactief handelen Inschrijver

(...)

Indien een Inschrijver na kennisneming van de laatste Nota van Inlichtingen nog steeds meent dat er tegenstrijdigheden, onjuistheden, onrechtmatigheden, onregelmatigheden, onduidelijkheden, onvolkomenheden, onredelijk bezwarende eisen en/of andere gebreken zijn, dan dient de Inschrijver op straffe van verval van recht minimaal 14 kalenderdagen vóór de sluitingsdatum voor het indienen van de Inschrijving een kort geding procedure aanhangig te maken bij de rechtbank Den Haag door middel van het laten betekenen van een dagvaarding bij het CJIB. In afwijking van genoemde termijn van minimaal 14 kalenderdagen wordt een termijn van minimaal 4 kalenderdagen gehanteerd indien:

- De aanleiding tot het aanhangig maken van het kort geding is gelegen in de laatste Nota van Inlichtingen; en
- De laatste Nota van Inlichtingen minder dan 12 kalenderdagen voorafgaand aan de sluitingsdatum van de Inschrijvingstermijn wordt gepubliceerd.

De Inschrijver dient een kopie van de dagvaarding binnen het hiervoor genoemde aantal dagen via CTM in te dienen.

(...)'

- 1.13. Op 7 april 2020 heeft aanbesteder een nota van inlichtingen gepubliceerd. In de nota van inlichtingen zijn onder meer de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.13.1. Vraag 52: 'U heeft ervoor gekozen de aanbesteding openbaar te publiceren. Daarmee dient deze aanbesteding te doorlopen worden als zijnde een Europees openbare procedure. Kunt u dit bevestigen?'

Antwoord: 'De aanbesteding wordt uitgevoerd conform het (verlichte) Europese regime voor sociale en andere specifieke diensten, als bedoeld in artikel 2.38 van de Aanbestedingswet 2012.'

- 1.13.2. Vraag later 7: 'Waarom kiest [Aanbesteder] voor een aanbesteding en niet voor een door de Nederlandse deurwaardersbranche breed gedragen Belgisch Model?'

Antwoord: 'De juridische noodzaak voor een aanbesteding is gelegen in de Aanbestedingswet 2012. Bovendien kan [Aanbesteder] beter sturen op het uitgangspunt dat vorderingen sociaal-maatschappelijk verantwoord worden afgehandeld door gerechtsdeurwaarderskantoren die dit het beste kunnen uitvoeren. Zo kan [Aanbesteder] gerechtsdeurwaarders(kantoren) selecteren die het best aansluiten bij de Rijksincassovisie'

- 1.14. Bij brief van 10 april 2020 dient de brancheorganisatie een klacht in bij aanbestede-

'(...)

3. [De Brancheorganisatie] heeft - kort samengevat - de volgende klacht over deze aanbesteding:

Ten onrechte wordt het contracteren van gerechtsdeurwaarders door [Aanbesteder] vormgegeven door middel van een Europese aanbesteding, terwijl er objectieve redenen (in de zin van de toepasselijke wetgeving) zijn om niet te kiezen voor een aanbesteding en een aanbesteding niet leidt tot zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen, althans door [Aanbesteder] wordt onvoldoende gemotiveerd waarom voor een Europese aanbestedingsprocedure wordt gekozen.

4. [De Brancheorganisatie] is van mening dat op grond van deze klacht de aanbestedingsprocedure moet worden geëindigd, althans moet worden aangepast. [De Brancheorganisatie] zal haar klacht hierna toelichten.

Klacht: Keuze voor de procedure onjuist

Inleiding en voorgeschiedenis

5. Op grond van artikel 1.4 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 ("**Aw**") dient een aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria een keuze te maken voor de wijze waarop hij voornemens is om de overeenkomst tot stand te brengen. De keuze moet bovendien proportioneel zijn, mede in het licht van de daarmee te dienen belangen. Op basis van lid 2 van artikel 1.4 Aw geldt bovendien dat de aanbestedende dienst zorg moet dragen voor het leveren van 'zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen' bij het aangaan van een overeenkomst.
6. [De Brancheorganisatie] is, kort weergegeven, van mening (i) dat vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt een aanbestedingsprocedure voor het contracteren van gerechtsdeurwaarders niet verplicht en noodzakelijk is; (ii) dat er objectieve zwaarwegende redenen zijn om te kiezen voor een alternatief (al dan niet "open house") verdeelmodel van de opdrachten aan

gerechtsdeurwaarders; en (iii) dat derhalve op grond van artikel 1.4 Aw voor dit betreffende verdeelmodel moet worden gekozen, althans dat de motivering van [Aanbesteder] van de keuze voor een Europese aanbestedingsprocedure ontbreekt althans onvoldoende is.

7. Partijen zijn reeds geruime tijd met elkaar in discussie. [De Brancheorganisatie] wijst op de volgende uitgewisselde correspondentie/documenten:

(...)

8. In het hiervoor genoemde memorandum (...) heeft [de Brancheorganisatie] uitputtend onderbouwd dat voor gerechtsdeurwaardersdiensten geen aanbestedingsplicht bestaat en dat artikel 1.4 Aw aan de keuze voor een aanbesteding in de weg staat.

9. De argumentatie van [Aanbesteder] om te kiezen voor een aanbestedingsprocedure blijkt uit zijn brief d.d. 28 februari 2019 (...): (a) gerechtsdeurwaardersdiensten betreffen 'sociale en andere specifieke diensten'; (b) de opdracht heeft een geraamde waarde die ruim uitkomt boven EUR 750.000,-; en (c) derhalve moet de opdracht worden aanbesteed conform het "verlichte" regime van artikel 2.38 en 2.39 Aw. Daarbij merkt [Aanbesteder] bovendien op:

"Bovendien heeft een aanbesteding beleidsmatig de mogelijkheid om te zorgen dat alle vorderingen van één debiteur gebundeld worden bij één gerechtsdeurwaarder. [...] De strategie van [Aanbesteder] is om met deze aanbesteding (bijna) alle financiële vorderingen gezamenlijk aan te besteden voor een langere periode. Er kunnen in de transitie naar de nieuwe contracten situaties denkbaar zijn dat een burger te maken krijgt met meerdere deurwaarders. Dit is echter een tijdelijke overgangssituatie waarnaar specifiek wordt gekeken."

10. Nadien heeft [Aanbesteder] - bijvoorbeeld in reactie op het door [de Brancheorganisatie] opgestelde uitgebreide memorandum - geen nadere onderbouwingen meer verstrekt, maar zich ongemotiveerd op het standpunt gesteld dat een openbare aanbestedingsprocedure "hoe dan ook toelaatbaar is". [Aanbesteder] heeft de inhoudelijk onderbouwde bezwaren van [de Brancheorganisatie] steeds weggewuifd, maar nimmer inhoudelijk behandeld.

11. In het Beschrijvend Document is verder de volgende motivatie opgenomen om te kiezen voor een aanbestedingsprocedure (par. 1.1.2):

"Met de aanbesteding wordt gevolg gegeven aan de keuze van de wetgever om de dienstverlening van de Gerechtsdeurwaarder voor concurrentie open te stellen.

Het is verder gebleken dat er in de dienstverlening van gerechtsdeurwaarderskantoren kwaliteitsverschillen zijn en door de keuze voor concurrentiestelling krijgen Inschrijvers de kans om zich op kwaliteit en het leveren van meer maatschappelijke waarde (onder andere sociaal-maatschappelijk verantwoord incasseren) te onderscheiden."

12. In de eerder genoemde Nota van Inlichtingen 1 (bijlage 2) is hierover de volgende vraag (tweede deel, vraag "later 7") gesteld:

"Waarom kiest [Aanbesteder] voor een aanbesteding en niet voor een door de Nederlandse Gerechtsdeurwaardersbranche breed gedragen Belgisch Model?"

13. Het antwoord hierop luidt als volgt:

"De juridische noodzaak voor een aanbesteding is gelegen in de Aanbestedingswet 2012. Bovendien kan [Aanbesteder] beter sturen op het uitgangspunt dat vorderingen sociaal-maatschappelijk verantwoord worden afgehandeld door gerechtsdeurwaarderskantoren die dit het beste kunnen uitvoeren. Zo kan [Aanbesteder] gerechtsdeurwaarders(kantoren) selecteren die het best aansluiten bij de Rijksincassovisie."

Standpunt [de Brancheorganisatie]

14. De Brancheorganisatie stelt zich op het standpunt dat [Aanbesteder] handelt in strijd met artikel 1.4 Aw door te kiezen voor een aanbestedingsprocedure in plaats van voor een alternatief (al dan niet "open house") verdeelmodel (waarbij de executoriale titels evenredig over alle gerechtsdeurwaarders die willen meedoen, worden verdeeld). De motivering van [Aanbesteder] schiet bovendien tekort.
15. [Aanbesteder] verschuilt zich achter een vermeende uit het aanbestedingsrecht voortvloeiende verplichting om aan te besteden. Deze verplichting ontbreekt echter. [De Brancheorganisatie] verwijst naar het hiervoor genoemde memorandum d.d. 6 maart 2019. Hierbij verzoek ik u de inhoud van dit memorandum hier als herhaald en ingelast te beschouwen. Met name onderstreept [de Brancheorganisatie] dat op grond van de *Falk Pharma* en *Tirkkonen*-arresten de keuze gemaakt mag worden voor een open toetredingsmodel zonder dat exclusief ondernemers worden geselecteerd. Een keuze voor het alternatieve verdeelmodel is derhalve aanbestedingsrechtelijk zonder meer mogelijk. Het voornaamste argument van [Aanbesteder] om te kiezen voor een aanbestedingsprocedure gaat aldus niet op.
16. Ook voor het overige is geen sprake van 'objectieve redenen' om te kiezen voor een openbare aanbestedingsprocedure. Kort gezegd, geldt allereerst dat het periodiek houden van een aanbestedingsprocedure haaks staat op het in de Rijksincassovisie gehuldigde principe van "een gerechtsdeurwaarder per debiteur". [Aanbesteder] heeft dat ook erkend in zijn brief d.d. 28 februari 2019. In de tweede plaats geldt dat het eisenniveau *in de nu voorliggende* aanbesteding van [Aanbesteder] zodanig hoog is dat van een daadwerkelijk en te onderbouwen noemenswaardig kwaliteitsverschil tussen verschillende gerechtsdeurwaarderskantoren - anders dan [Aanbesteder] aanvoert - geen sprake is, zodat ook om die reden geen aanbestedingsprocedure geïndiceerd is. Dit geldt temeer omdat in de nu voorliggende aanbestedingsprocedure de bemoeienis van [Aanbesteder] bij de uitvoering van de opdrachten verder is toegenomen en de bewegingsvrijheid van de gerechtsdeurwaarder verder is ingeperkt. Ieder kantoor dat een rechtsgeldige inschrijving doet, voldoet aan het kwaliteitsniveau dat [Aanbesteder] wenst. Kortom, niet valt in te zien waarom [Aanbesteder] belang heeft bij selectieve gunning, omdat het gewenste kwaliteitsniveau ook kan worden bereikt doordat alle deurwaarderskantoren zich houden aan de wet- en regelgeving en voldoen aan de eisen die [Aanbesteder] stelt. [Aanbesteder] onderbouwt dat verder ook niet. In de derde plaats noemt [Aanbesteder] nog dat het de keuze van de wetgever zou zijn om gerechtsdeurwaardersdiensten voor

concurrentie open te stellen. [De Brancheorganisatie] vraagt zich af waarop [Aanbesteder] hier doelt. Wat hier ook van zij, feit is dat [Aanbesteder] op grond van de wet een eigen verantwoordelijkheid heeft om op basis van objectieve redenen een keuze te maken over de wijze waarop opdrachtnemers worden gecontracteerd. Overigens zij benadrukt dat ook in het door [de Brancheorganisatie] voorgestane verdeelmodel het mogelijk is de aangesloten gerechtsdeurwaarderskantoren 'af te rekenen' op de door hen bereikte scores op de diverse onderdelen, zoals doorlooptijden en positieve respectievelijk negatieve afgewikkelde dossiers. Ook binnen dit model zou aldus 'concurrentie' tussen de gerechtsdeurwaarders kunnen worden gestimuleerd.

17. In het licht van artikel 1.4 Aw is een aantal gezichtspunten van belang om te bepalen hoe de wijze van inkoop van deurwaardersdiensten moet worden vormgegeven. Hierna zal blijken dat er objectieve redenen zijn om niet te kiezen voor een aanbestedingsprocedure en dat de keuze voor een alternatief verdeelmodel zorgt voor de maximale maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.
18. Het verrichten van ambtshandelingen is in de eerste plaats onderdeel van het uitoefenen van de publiekrechtelijke macht. De gerechtsdeurwaarder treedt daarbij op in de hoedanigheid van openbaar ambtenaar. Deze taak met gewichtige verantwoordelijkheden is sterk juridisch gereguleerd. Hierbij is een aanbesteding - waarbij de ene door de Kroon benoemde openbaar ambtenaar moet worden geselecteerd boven de andere - minder passend. Niet voor niets zijn al meerdere door [Aanbesteder] gehouden aanbestedingen mislukt. Het blijkt moeilijk om het contracteren van een openbaar ambtenaar en het waarborgen van publieke belangen in de mal van een openbare aanbesteding te gieten. De publieke belangen kunnen beter worden geborgd door een alternatief verdeelmodel.
19. Er bestaat in de tweede plaats consensus over dat het in het belang van de debiteur is dat deze te maken heeft met één gerechtsdeurwaarder. Het houden van aanbestedingen staat daarop juist haaks. Voordat [Aanbesteder] gebruikt maakte van aanbestedingen was dit reeds op een goede manier geborgd. Door middel van het houden van een periodieke aanbesteding komt dat juist onder druk te staan. Raamcontracten mogen immers - behoudens uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd moeten zijn - slechts voor vier jaar worden aangegaan (artikel 2.140 lid 3 Aw). Ook de op grond van de onderhavige aanbesteding te sluiten overeenkomsten hebben een beperkte loopduur. Het is bij een nieuwe aanbesteding niet denkbeeldig - sterker nog: onvermijdelijk - dat zittende gerechtsdeurwaarders hun overeenkomsten kwijtraken en dat de debiteuren derhalve weer met nieuwe gerechtsdeurwaarders te maken krijgen. Bovendien zal sprake zijn van de uitloop / uitfasering van bestaande opdrachten op grond van oude contracten, waardoor de debiteur dus (ook langdurig en tegelijkertijd) geconfronteerd kan worden met meerdere gerechtsdeurwaarders. Bij een keuze voor aanbesteding blijft zich dat herhalen. De keuze voor het alternatieve verdeelmodel waarborgt het uitgangspunt 'een gerechtsdeurwaarder per debiteur' daarentegen volledig.
20. In de derde plaats geldt dat de aanbestedingsmethodiek de positie van de gerechtsdeurwaarder sterk onder druk zet. Dit terwijl het nota bene [Aanbesteder] is die de aanbesteding organiseert meer specifiek het Ministerie dat ook stelselverantwoordelijkheid draagt. Deze

stelselverantwoordelijkheid houdt in dat de Rijksoverheid de wettelijke randvoorwaarden moet creëren, die waarborgen dat gerechtsdeurwaarders hun ambt onafhankelijk en onpartijdig kunnen uitoefenen en dat er voldoende gerechtsdeurwaarders zijn. De gerechtsdeurwaarder heeft immers een specifieke plaats in het rechtsbestel. Feit is dat de gerechtsdeurwaardersbranche sterk onder financiële druk staat (*Noot 1 niet opgenomen, Commissie*). De overheid zou in die context niet langer voorop moeten lopen in de marktwerking, maar er zorg voor moeten dragen dat de overheid een betrouwbare en consistente opdrachtgever van alle gerechtsdeurwaarderkantoren in Nederland wordt, zodat de kantoren vanuit die financiële basis in staat zijn hun specifieke taakstelling binnen het rechtsbestel naar behoren uit te voeren.

21. In de vierde plaats ontstaat er (veel meer) rust op de markt indien gekozen wordt voor het alternatieve verdeelmodel. De markt is - mede gelet op de maatschappelijke ontwikkelingen, waarbij de deurwaardersmarkt veelvuldig in de media is - gebaat bij continuïteit, waarbij onder meer moet worden voorkomen dat prikkels ontstaan om op maatschappelijk onverantwoorde wijze te incasseren. Het als gevolg van een periodieke aanbesteding verliezen van [Aanbesteder] als opdrachtgever zorgt voor de noodzaak van reorganisatie, het risico van faillissementen etc. Bij de keuze voor een alternatief verdeelmodel is dat niet aan de orde.
22. Ten slotte is er geen duidelijk doel dat wordt gediend met het houden van een gereguleerde aanbestedingsprocedure boven het kiezen voor het alternatieve verdeelmodel. [Aanbesteder] lijkt zich te verschuilen achter rechtmatigheid, maar zoals uit het bovenstaande voortvloeit, kan de rechtmatigheid ook bij het alternatieve verdeelmodel worden geborgd. Bij gebreke van een deugdelijke motivering is het - in het licht van het voorgaande - niet juist en proportioneel te kiezen voor een traditionele aanbestedingsprocedure.

Conclusie

23. Op basis van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de keuze van [Aanbesteder] voor een aanbestedingsprocedure in de onderhavige omstandigheden onrechtmatig en onjuist is. [Aanbesteder] dient de aanbesteding dan ook te staken.

(...)'

- 1.15. Bij brief van 12 mei 2020 stuurt aanbesteder de brancheorganisatie de reactie van het klachtenmeldpunt van aanbesteder van 7 mei 2020. Het klachtenmeldpunt is van oordeel dat aanbesteder op basis van objectieve criteria in redelijkheid tot de keuze voor de procedure voor sociale en andere specifieke diensten heeft kunnen komen. Het Klachtmeldpunt adviseert aanbesteder de klacht ongegrond te verklaren.

2. Beschrijving klacht

Ten onrechte geeft aanbesteder het contracteren van gerechtsdeurwaarders vorm door middel van een Europese aanbesteding in plaats van een alternatief verdeelmodel, terwijl er objectieve redenen in de zin van artikel 1.4 Aw 2012 zijn om niet te kiezen voor een aanbesteding en een aanbesteding niet leidt tot zo veel mogelijk

maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Daarbij heeft aanbesteder onvoldoende gemotiveerd waarom hij voor een Europese aanbestedingsprocedure heeft gekozen.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Ter onderbouwing van zijn klacht verwijst de brancheorganisatie naar zijn klachtbrief van 10 april 2020 (zie 1.14 hiervoor) en de daarbij horende bijlagen, in het bijzonder het memo van 6 maart 2019 (zie 1.6 hiervoor), welke stukken de brancheorganisatie als volledig herhaald en ingelast wenst aan te merken.

3.2. Aanvullend op de formulering van de klacht in voornoemde klachtbrief van 10 april 2020 (zie 1.14 hiervoor) dat een aanbestedingsplicht ontbreekt, brengt de brancheorganisatie een notitie in van prof. mr. J.M. Hebly, hoogleraar bouw- en aanbestedingsrecht aan de Universiteit Leiden, van 24 april 2020. Hebly is door de branchevereniging gevraagd zijn visie te geven op het eerder door de brancheorganisatie in het memo van 6 maart 2019 (zie 1.6 hiervoor) geformuleerde standpunt dat bij gerechtsdeurwaardersdiensten geen sprake is van een aanbestedingsplicht en dat er objectieve omstandigheden zijn op basis waarvan aanbesteder gehouden is te kiezen voor een alternatief verdeelmodel.

3.2.1. Hebly stelt in zijn notitie:

'De uitzonderingsgrond van artikel 2.24, aanhef en sub h onder 5e, Aw 2012 is in mijn visie dan ook van toepassing op de deurwaardersdiensten die onderwerp zijn van de Aanbesteding 2020.'

3.2.2. Met betrekking tot het alternatieve verdeelmodel geeft Hebly aan:

'Op grond van het voorgaande deel ik de conclusie in paragraaf 6.10 van het Memo dat een Open House Inkoopstelsel ruime mogelijkheden biedt aan [Aanbesteder] te kiezen voor het Belgisch verdeelmodel of een daarop gelijkend verdeelmodel.'

3.2.3. Door Hebly wordt bevestigd dat, anders dan aanbesteder steeds beweert, een traditionele aanbestedingsprocedure niet verplicht is. Het aanbestedingsrecht staat volgens de brancheorganisatie dus niet in de weg aan het alternatieve verdeelmodel, waar de brancheorganisatie namens zijn achterban de achterliggende periode voortdurend op heeft aangedrongen. In 2019 is door zowel de brancheorganisatie als door een andere brancheorganisatie voor gerechtsdeurwaarders aan aanbesteder duidelijk gemaakt dat er branchebreed unaniem draagvlak is voor het landelijke verdeelmodel en dat in samenwerking met de Stichting Netwerk Gerechtsdeurwaarders (SNG) de implementatie daarvan al is voorbereid en daardoor snel geëffectueerd kan worden. De brancheorganisatie benadrukt dat aanbesteder in het verleden op een vergelijkbare wijze met (aanvankelijk) alle gerechtsdeurwaarders van Nederland heeft samengewerkt.

3.2.4. Aanvullend op het standpunt dat een aanbesteding ook onwenselijk is, stelt de brancheorganisatie dat door Hebly in zijn memo ook is ingegaan op de vraag of de keuze van aanbesteder, om niet voor het alternatieve verdeelmodel te kiezen maar voor een traditionele aanbesteding, gerechtvaardigd althans voldoende onderbouwd is. De conclusie van Hebly luidt:

'De gronden die [Aanbesteder] in paragraaf 1.2 van het Beschrijvend Document geeft als onderbouwing voor de door [hem] gekozen procedure, schieten mijns

inziens tekort aangezien concurrentiestelling en het leveren van meer maatschappelijke waarde ook langs de in het Memo aangegeven wegen kan worden gerealiseerd. Ik onderschrijf dan ook de conclusies, neergelegd in de paragrafen 9.1 t/m 9.5 van het Memo, en meen dat een sterkere onderbouwing is vereist als rechtvaardiging voor de door [Aanbesteder] gemaakte keuze van de procedure.'

3.2.5. Hebly wijst in zijn notitie op het volgende:

'Artikel 1.4 AW heeft als doel een bewustwordingsproces bij aanbestedende diensten in het leven te roepen omtrent de keuze voor een inkoopprocedure. Die keuze dient gebaseerd te zijn op objectieve gronden en alle relevante omstandigheden in aanmerking te nemen. De Gids Proportionaliteit somt in paragraaf 3.4 - niet limitatief een aantal omstandigheden op die bij die keuze een belangrijke rol kunnen spelen. In paragraaf 3.4.1 specificeert de Gids vervolgens dat het in het kader van proportionaliteit van belang is die aanbestedingsprocedure te kiezen die het best past bij het betreffende type markt.'

3.2.6. De achtergrond van deze opvatting van Hebly is vooral gelegen in het feit dat een traditionele aanbesteding "onnodige verstoringen van de markt" veroorzaakt. Door Hebly wordt daarbij de parallel getrokken met de WMO:

'Een aantal jaar geleden zorgde de introductie van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO) voor grote onrust op de markt voor dienstverleners in de thuiszorg. De op grond van de WMO geïntroduceerde aanbesteding leidde tot zodanig concurrerende inschrijvingen, dat zittende ondernemers met een bestaand en/of omvangrijk werknemersbestand omvielen of dreigden om te vallen en werknemers op straat kwamen te staan die jarenlang naar volle tevredenheid van cliënten en werkgevers hadden gefunctioneerd.'

3.2.7. Hebly vervolgt:

'De Aanbesteding 2020 kan op de wijze waarop zij is georganiseerd eveneens tot een (aanzienlijke) verstoring van de markt voor deurwaardersdiensten zorgen. De kans bestaat dat deurwaarderskantoren die thans de nodige diensten verlenen voor [Aanbesteder] en daarvoor (vele) medewerkers in dienst hebben, die opdracht bij een nieuwe aanbesteding verliezen. Dit kan een met de WMO introductie vergelijkbare situatie tot gevolg hebben.'

3.3. De brancheorganisatie wijst er op dat er in de onderhavige aanbesteding weliswaar relatief veel percelen zijn en dat per perceel de nodige partijen in aanmerking komen voor een opdracht, maar dat dit onverlet laat dat ook de nodige gerechtsdeurwaarderskantoren niet in aanmerking zullen komen voor een opdracht. Welke kantoren dit zijn, kan per aanbesteding verschillen. Het aantal percelen zegt ook niets over het aantal te contracteren kantoren, omdat een kantoor op meerdere percelen kan inschrijven en dat is bij de vorige aanbesteding ook massaal gedaan. Zo contracteerde aanbesteder op basis van de vorige aanbesteding uiteindelijk slechts 34 van de ruim 150 Nederlandse gerechtsdeurwaarderskantoren. Aldus vindt steeds een (kostbare) "herschikking" van de markt plaats volgens de brancheorganisatie. In het door de brancheorganisatie voorgestane alternatieve verdeelmodel wordt dit voorkomen door eenvoudig alle partijen die aan de eisen voldoen een overeenkomst aan te bieden.

3.4. Voorts brengt de brancheorganisatie onder de aandacht dat er in de politiek veel is gesproken over de maatschappelijke onrust die de aanbestedingen in het sociaal domein hebben veroorzaakt. Door de wetgever zijn er diverse ingrepen gedaan om

te voorkomen dat gemeenten hun toevlucht zouden zoeken tot traditionele aanbestedingen. De brancheorganisatie verwijst in dit verband naar de kamerbrief van 15 november 2019 'aanpak inkoop en aanbesteden sociaal domein' (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/11/15>). De brancheorganisatie stelt dat ook de gerechtsdeurwaardersbranche de ogen van de publieke opinie op zich weet gericht. De brancheorganisatie verwijst onder andere naar de rapporten 'Noblesse oblige', Paritas passé en 'Met voeten getreden' van de Evaluatie commissie Koninklijke Beroepsorganisatie Gerechtsdeurwaarders. Onderwerp van discussie is daar vooral het voorkomen van schuldenstapeling, de waarborging van de onafhankelijke positie van de deurwaarder en het voorkomen van perverse prikkels in onder meer het verdienmodel. Juist in dat kader vindt de brancheorganisatie het onwenselijk dat aanbesteder, als grootste opdrachtgever van deurwaarders, door het organiseren van een aanbesteding de druk op de markt opvoert.

3.5. De brancheorganisatie verwijst in dit verband naar een notitie van 13 mei 2020 van een gerenommeerde accountant en adviseur in de gerechtsdeurwaardersbranche.

3.5.1. Deze accountant signaleert dat deurwaarderskantoren ingrijpende gevolgen ondervinden van zowel het winnen als het verliezen van de aanbesteding. De accountant geeft onder meer aan:

'Sprekend in algemene bewoordingen realiseren de gerechtsdeurwaarders eerst nu de ernst van de gevolgen van deze tender. De uitlooptijd van de grote opdrachtgevers (...) was geraamd bij de vorige tender op gemiddeld één jaar, waardoor actie op korte termijn was vereist. Bij de vorige tender waren er forse maatregelen nodig voor de verliezende kantoren, maar ook bij de winnende kantoren. Deze opgave staat de gerechtsdeurwaarderskantoren nu nogmaals te wachten maar dan in een overtreffende trap in verband met de reeds gedane sanering van het aantal gerechtsdeurwaarderskantoren door [Aanbesteder] bij de vorige tender.'

3.5.2. De accountant geeft aan dat als gevolg van de eerdere aanbesteding ingrijpend moest worden gereorganiseerd en dat dit bij de nieuwe aanbesteding wederom het geval zal zijn. Hij meent dat 'de tender voor een grote groep kantoren zwaarwegende gevolgen zal hebben welke serieus opgepakt dienen te worden'.

3.6. De brancheorganisatie heeft ter onderbouwing van haar klacht onder haar leden de vraag uitgezet of zij bereid waren inzicht te geven in de gevolgen van de vorige aanbesteding. Dit heeft geleid tot de volgende voorbeelden:

Casus 1

'Kantoor doet al zeer geruime tijd zaken met [Aanbesteder] (ook voor andere onderdelen zoals Mulder-zaken etc., die onder de scope van de aanbesteding van 2020 vallen) en [Deelnemend bestuursorgaan Y]. [Deelnemend bestuursorgaan Y] is vanaf 2018 ondergebracht bij [Aanbesteder] via het aanbestedingscontract). Door het verliezen van de aanbesteding van 2017 vallen de onderdelen [Deelnemend bestuursorgaan X] en [Deelnemend bestuursorgaan Y] weg. Absoluut gaat het om ruim € 700.000,00, 30% van de totale omzet. Gevolg van het wegvallen van deze omzet: 6 FTE ontslag, € 85.000 aan te betalen kosten om ontslagen te bewerkstelligen.'

Casus 2

'Kantoor doet al zeer geruime tijd zaken met [Aanbesteder] (ook voor andere onderdelen zoals Mulder-zaken etc., die onder de scope van de aanbesteding van

2020 vallen). Het onderdeel dat wegvalt als gevolg van het verliezen van de aanbesteding van 2017 betreft de zaken van [Deelnemend bestuursorgaan X]. Dit onderdeel vertegenwoordigde 50% van de omzet vanuit de -[portefeuille voor Aanbesteder] en 7 medewerkers, goed voor 5 FTE, welke ontslagen zijn.'

Casus 3

'Kantoor doet al zeer geruime tijd zaken met [Aanbesteder] (ook voor andere onderdelen zoals Mulder-zaken etc., die onder de scope van de aanbesteding van 2020 vallen) en verliest als gevolg van het verliezen van de aanbesteding van 2017 een deel van de [portefeuille voor Aanbesteder] (zaken van [Deelnemend bestuursorgaan X]), welk deel een omzet vertegenwoordigde van absoluut ruim € 1.000.000,00 (ongeveer 40% van de totale omzet). Gevolg: ontslag voor 4 medewerkers en ongeveer € 95.000,00 aan directe kosten verband houdend met deze ontslagen.'

3.7. De brancheorganisatie stelt dat deze casus het door de accountant beschreven probleem, dat het 'herschikken' van de markt ingrijpende impact heeft op de individuele kantoren en op de sector als geheel, onderstrepen.

3.8. Voorts wijst de branchevereniging op het jaarverslag 2019 van het Bureau Financieel Toezicht (hierna: BFT) (<https://www.kvgb.nl/2338/jaarverslag>) waarin op bladzijde 25 is te lezen:

'Veel gerechtsdeurwaarders hebben het financieel zwaar. Gedurende de laatste jaren heeft de sector te maken met een structurele omzetsdaling. Het aantal ambts-handelingen neemt af.'

3.9. De brancheorganisatie stelt dat in 2001 de Gerechtsdeurwaarderswet in werking is getreden. Vanaf dat moment is ook de 'landelijke bevoegdheid' van de gerechtsdeurwaarders een feit. Deze is onder meer ingevoerd om de concurrentie te bevorderen. Aanbesteder heeft de afgelopen 20 jaar in sterke mate gebruik gemaakt en geprofiteerd van marktwerking. Aanbesteder heeft door zijn dominante marktpositie uiteindelijk (mede door samenvoeging van allerlei overheidsvorderingen bij aanbesteder) niet alleen bij een groot deel van de gerechtsdeurwaarderskantoren een enorme afhankelijkheid van zijn opdrachten gerealiseerd, maar daarnaast ook nog een extreem laag tarief dat in de praktijk voor wat betreft de ambtelijke werkzaamheden neerkomt op no-cure-no-pay. De brancheorganisatie verwijst in dit verband naar het jaarverslag 2019 van het BFT waarin is opgenomen:

'De grote afhankelijkheid van [Aanbesteder] gecombineerd met de steeds lagere tarieven maakt de gerechtsdeurwaarders steeds kwetsbaarder. De dominante positie van [Aanbesteder] brengt met zich mee dat deurwaarders wel móeten inschrijven op de aanbesteding, ongeacht of zij op basis van de geldende (prijs)voorwaarden daarmee een rendabele businesscase kunnen bewerkstelligen. Het alternatief, namelijk het niet verkrijgen van een overeenkomst bij de aanbesteding, is nog veel erger. Dat brengt immers het voortbestaan van de onderneming in gevaar.'

3.10. Ook verwijst de brancheorganisatie naar de Rijksincassovisie en stelt dat dit document volgens dezelfde Rijksoverheid als die thans de aanbesteding organiseert de leidraad is voor het beleid omtrent maatschappelijk verantwoord incasseren. In de Rijksincassovisie is heel nadrukkelijk gekozen voor het principe dat elke debiteur zijn eigen deurwaarder behoort te hebben. Dit om te voorkomen dat de debiteur uiteindelijk onder het bestaansminimum komt. Op bladzijde 2 van de Rijksincassovisie staat:

'Problemen ontstaan vaak doordat incassotrajecten onafhankelijk van elkaar lopen en elkaar soms ook beconcurreren, waardoor bij de verschillende betrokken partijen onvoldoende zicht bestaat op het daadwerkelijke beroep op de afloscapaciteit.'

- 3.11. Vanwege de in- en uitlooptregelingen (bestaande vorderingen/dossiers blijven worden behandeld door de deurwaarder die de oorspronkelijke vordering in opdracht heeft gekregen) leiden periodieke aanbestedingen van gerechtsdeurwaardersdiensten niet alleen tot het steeds wisselen van deurwaarders per debiteur, maar ook tot de situatie dat een debiteur met meerdere deurwaarders te maken heeft, waardoor de hierboven beschreven gevaren ontstaan. Een groot deel van de burgers die te maken hebben met overheidsvorderingen hebben, door deze tombola van aanbestedingen met uitlopende en opstartende contracten, te maken met drie tot vier gerechtsdeurwaarders die allemaal vanuit hun eigen contractverplichtingen voor in ieder geval dezelfde Rijksoverheid, maar vaak ook voor eenzelfde uitvoeringsorgaan op verschillende momenten bij deze burgers op de stoep staan.
- 3.12. In dit licht vindt de brancheorganisatie het onbegrijpelijk dat aanbesteder, zonder deugdelijke motivering, kiest voor een aanbesteding, terwijl het voorgestelde alternatieve verdeelmodel een veel betere oplossing is om de in de Rijksincassovisie bepaalde doelen te bereiken. Ook aanbesteder dient als uitvoeringsorganisatie immers aan de Rijksincassovisie te voldoen en het kan dus niet zo zijn dat aanbesteder niet voldoet aan overheidsbeleid. Aanbesteder zal dit beleid ondubbelzinnig moeten uitvoeren. Hij kan zich niet veroorloven beleid te voeren dat haaks staat op die Rijksincassovisie. De brancheorganisatie stelt dat de Rijksincassovisie daarover zelf vermeldt dat 'de Rijksincassovisie (...) niet vrijblijvend (is). Het kabinet zal zich daarom ook steeds moeten vergewissen of nieuwe wetgeving past binnen deze visie'.
- 3.13. De stelselverantwoordelijkheid voor de gerechtsdeurwaarders (openbare ambtenaren) van de Minister voor Rechtsbescherming brengt met zich mee dat een ministerie-overstijgende Rijksincassovisie iedere andere onder dezelfde Rijksoverheid vallende uitvoeringsorganisatie, zoals aanbesteder, verplicht conform te handelen. Aanbesteder handelt nu in strijd met de Rijksincassovisie.
- 3.14. De brancheorganisatie concludeert dat het houden van een traditionele aanbesteding voor de inkoop van deurwaardersdiensten geen enkel doel dient en leidt - steeds weer - tot massaal verzet onder deurwaarders. De keuze voor een traditionele aanbesteding heeft namelijk ingrijpende gevolgen en staat haaks op de Rijksincassovisie. Er bestaat juridisch geen verplichting om aan te besteden. Daarom hebben de gerechtsdeurwaarders collectief en vrijwel unaniem aangedrongen op een alternatief verdeelmodel, hetwelk nu juist wèl dat bewerkstelligt wat de Rijksincassovisie voorschrijft. Aanbesteder weigert op oneigenlijke gronden deze optie serieus in overweging te nemen.
- 3.15. Met betrekking tot de reactie van het Klachtenmeldpunt van aanbesteder van 7 mei 2020 (zie 1.15 hiervoor), stelt de brancheorganisatie deze eerst op 20 mei 2020 te hebben ontvangen, dus na het indienen van de klacht bij de Commissie. De brancheorganisatie stelt in een korte reactie dat het bij het door haar voorgestane Belgische model gaat om een objectieve en evenredige verdeling van de executoriale titels onder alle partijen die aan de eisen voldoen. Het beroep op de arresten Falk Pharma en Tirkkonen gaat, aldus de brancheorganisatie, in tegenstelling tot hetgeen aanbesteder stelt, wel op.

4. Reactie aanbestede

- 4.1. Aanbestede merkt allereerst op dat de brancheorganisatie zich in deze klachtprocedure niet voor het eerst verzet tegen de beslissing van aanbestede om gerechtsdeurwaardersdiensten (openbaar) aan te besteden. Ook toen de gerechtsdeurwaardersdiensten nog onder het zogenoemde IIB regime van de oude aanbestedingsrichtlijn vielen, werden deze tegen de wens van de brancheorganisatie al vrijwillig door aanbestede aanbesteed.
- 4.2. De Voorzieningenrechter heeft naar aanleiding van een in 2015 door de brancheorganisatie aangespannen kort geding geoordeeld dat aanbestede altijd een (openbare) aanbestedingsprocedure mag organiseren, ook indien daar geen juridische verplichting toe bestaat. De vraag of onder het regime voor sociale en andere specifieke diensten van artikel 74 van Richtlijn 2014/24/EU inmiddels sprake is van een Europese aanbestedingsplicht is daarmee in wezen niet relevant voor het afdoen van de klacht(en). Aanbestedende diensten kunnen nu eenmaal niet worden beperkt in de vrijheid om aan te besteden. Van hen kan hooguit worden verlangd dat zij de keus daartoe (nader) motiveren in het geval zij een opdracht aanbesteden waarvoor niet een Europese aanbestedingsplicht geldt. Van een verbod om aan te besteden kan, ook bij een eventueel gebrek aan motivering, nimmer sprake zijn. Aanbestede verwijst naar van het vonnis van de rechtbank Den Haag van 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10438, r.o. 5.1 en 5.2 (met onderstrepingen door aanbestede):

“De Belangenvereniging c.s. heeft bezwaar tegen de keuze van het CJIB om, hoewel het verlichte aanbestedingsregime van IIB-diensten van toepassing is, te kiezen voor een openbare aanbesteding. In het licht van het proportionaliteitsbeginsel en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur valt, volgens de Belangenvereniging c.s., niet in te zien dat de bestaande duurovereenkomsten met deurwaarders moeten worden opengebroken, bestendige en goede functionerende relaties moeten worden beëindigd en deurwaarderskantoren die in onderhavige aanbesteding vervolgens geen opdracht krijgen in hun bestaan worden bedreigd. In dit betoog kan de Belangenvereniging c.s. echter niet worden gevolgd. De beslissing om wel of niet een aanbesteding te organiseren is – zoals het CJIB terecht stelt – ingeval er sprake is van een vrijwillige aanbesteding – voorbehouden aan het CJIB. Het CJIB kan niet met een algemeen beroep op het proportionaliteitsbeginsel of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in algemene zin in die vrijheid beperkt worden. Evenmin is gebleken dat het CJIB zich vanwege lopende contracten had moeten onthouden van een aanbestedingsprocedure – het had op de weg van de Belangenvereniging c.s. gelegen om dat aannemelijk te maken – reeds omdat niet is gebleken welke eiseres(essen) dergelijke contracten het CJIB of één van de vijf bestuursorganen heeft.

5.2.

De gevolgen die de aanbestedingsprocedure volgens de Belangenvereniging c.s. heeft voor de kwaliteit van de werkzaamheden kunnen evenmin leiden tot de conclusie dat een openbare aanbesteding niet toelaatbaar is. De mate waarin kwaliteit van de dienstverlening moet worden gewaarborgd heeft betrekking op de wijze waarop de aanbestedingsprocedure vorm moet worden gegeven en niet op de vraag of de opdracht via een aanbesteding kan worden gegund. Hetzelfde geldt voor de stelling dat keuze voor deze wijze van aanbesteden onvoldoende is gemotiveerd, nu – indien van de juistheid van die stelling uitgegaan zou worden – dit hooguit kan leiden tot de conclusie dat deze keuze alsnog beter gemotiveerd moet worden, doch niet tot de conclusie dat een openbare aanbestedingsprocedure niet toelaatbaar is.’

- 4.3. Aanbesteder stelt dat er ten aanzien van de onderhavige klacht dus al een rechterlijke toetsing heeft plaatsgevonden op basis waarvan de klachten zonder meer als ongegrond moeten worden beschouwd.
- 4.4. Aanbesteder geeft uitvoering aan de opdracht van de Ministerraad in 2012 om sociaal-maatschappelijk verantwoord te incasseren. Om die reden zijn de deurwaarderstrajecten van veel bestuursorganen bij aanbesteding geclusterd. Steeds meer overheidsinstanties – zowel binnen als buiten de Staat – maken gebruik van de diensten van aanbesteding, waardoor incassotrajecten niet meer langs elkaar lopen en ten behoeve van de burger beter kunnen worden gestroomlijnd. De deelnemende bestuursorganen aan de onderhavige aanbestedingsprocedure zijn genoemd in paragraaf 1.1.3 van het Beschrijvend document (zie 1.12 hiervoor). De lijst deelnemers is ten opzichte van de vorige aanbesteding aanzienlijk uitgebreid. Het aan te besteden contract belooft (maximaal) 5,5 miljoen executoriale vorderingen (inclusief opties en onzekerheidsmarge) over een periode van acht jaar. De massale invorderingsprocessen die aanbesteding moet organiseren (en waarvoor aanbesteding als uitvoeringsorganisatie verantwoordelijkheid draagt), vergen een hoge mate van efficiëntie en effectiviteit. Aanbesteder wenst alleen al om die reden haar contractpartners in een (openbare) aanbestedingsprocedure te selecteren.
- 4.5. Het getuigt volgens aanbesteding van weinig realiteitszin dat de brancheorganisatie in deze klachtprocedure pleit voor een systeem, waarbij aanbesteding circa 360.000 executoriale titels (exclusief opties en onzekerheidsmarge) per jaar zou moeten verdelen onder de 740 in Nederland geregistreerde gerechtsdeurwaarders die aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen. Een dergelijke aanpak zou het invorderingsproces, het contractmanagement en de daarbij behorende prestatiebesturing onbeheersbaar (of zelfs onuitvoerbaar) maken. Daarnaast ontmoet een 'verdeelsysteem' andere bezwaren. De positie van aanbesteding brengt een bijzondere verantwoordelijkheid voor een zorgvuldige en sociaal-maatschappelijk verantwoorde Rijksincasso met zich, waardoor aanbesteding meer kwaliteitseisen aan de dienstverlening van gerechtsdeurwaarders moet stellen en meer wensen heeft dan een gemiddelde ('gewone') opdrachtgever. Aanbesteder wenst alleen gerechtsdeurwaarders te contracteren die het best aansluiten bij de uitgangspunten en wensen verband houdend met de Rijksincassovisie. Om zijn taak goed uit te kunnen voeren is het dan ook van belang dat aanbesteding de gerechtsdeurwaardersbranche in een op concurrentie gebaseerde procedure kan uitdagen om in dat kader zo goed mogelijk te presteren. Aan de hand van de gunningcriteria wordt bepaald welke gerechtsdeurwaarderskantoren het beste invulling kunnen geven aan de doelen van aanbesteding (en de Rijksincassovisie).
- 4.6. Om aan de eisen en wensen van aanbesteding tegemoet te komen is – ook volgens de gerechtsdeurwaardersbranche zelf – een bepaald volume executoriale titels (opdrachtenportefeuille) nodig. De keus voor het aantal percelen en de per perceel te contracteren opdrachtnemers is dan ook zorgvuldig door aanbesteding afgewogen. De opdrachtenportefeuille is mede bepaald op basis van de uitkomst van de marktconsultatie en vertegenwoordigt een balans tussen een voldoende omvang van de opdracht per opdrachtnemer en het waarborgen van de toegang tot de opdracht voor het midden- en kleinbedrijf. Deze balans zou bij een 'verdeelsysteem' als door de brancheorganisatie voorgestaan, verloren gaan als gevolg waarvan aanbesteding de markt niet (of onvoldoende) kan uitdagen om aan haar eisen en wensen te voldoen. De brancheorganisatie ziet dit belangrijke aspect volledig over het hoofd.
- 4.7. Aldus vormt volgens aanbesteding een (openbare) aanbesteding bij uitstek een geschikt middel om te komen tot een doelmatig (kwalitatief goed én efficiënt)

invorderingsproces. Daar komt volgens aanbesteder bij dat juist met een op concurrentie gebaseerde aanbesteding maatschappelijke waarde kan worden gecreëerd, zoals artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 vereist. De praktijk heeft dat ook al bewezen. In 2017 heeft aanbesteder een aanbesteding voltooid, waarbij 34 gerechtsdeurwaarderskantoren zijn gecontracteerd om gevolg te geven aan sociaal-maatschappelijk verantwoord incasseren. In deze aanbesteding hebben de gerechtsdeurwaarders de kans gekregen om zich te onderscheiden op kwaliteit en een bijdrage te leveren aan het sociaal maatschappelijk verantwoord incasseren, van welke mogelijkheid zij gebruik hebben gemaakt. Deze kans zullen de gerechtsdeurwaarders in de aanbesteding 2020 opnieuw krijgen. De verschillen in werkwijze en resultaten van contractpartijen die aanbesteder in de praktijk ervaart en ook heeft waargenomen in de inschrijvingen op de vorige aanbesteding vormen een belangrijk argument voor het (wederom) toepassen van mededinging.

- 4.8. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de brancheorganisatie het in 3.2.7 en 3.4 hiervoor ten onrechte doet voorkomen alsof gerechtsdeurwaardersdiensten niet met succes zouden kunnen worden aanbesteed en/of gerechtsdeurwaarders niet met elkaar op kwaliteit zouden kunnen concurreren omdat zij als openbaar ambtenaar reeds aan wettelijke eisen moeten voldoen. Dat acht aanbesteder volstrekt onjuist. Dat in het verleden twee aanbestedingen van gerechtsdeurwaardersdiensten zijn mislukt, had volgens aanbesteder te maken met het hanteren van een intransparant beoordelingsmodel (reden waarom aanbesteder de aanbesteding destijds uit eigen beweging introk) en de omstandigheid dat de gerechtsdeurwaarderskantoren bereid waren hun dienstverlening voor aanbesteder voor een minimumprijs van € 0,87 per executoriale titel uit te voeren. Als gevolg daarvan was geen sprake van concurrentie op prijs, terwijl prijs in de aanbesteding als (enig) gunningcriterium was gehanteerd. De aanbesteding diende om die reden te worden ingetrokken (zie onder andere de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10440). Aanbesteder heeft in 2017 gekozen voor een aanbesteding waarbij alleen op kwaliteit wordt geconcurrereerd en de gerechtsdeurwaarders per niet-inbare vordering een vaste vergoeding krijgen. Met deze vergoedingssystematiek wordt de prijsconcurrentie weggenomen en wordt een 'race to the bottom' voorkomen.
- 4.9. Ten slotte sluit de keus voor een (openbare) aanbesteding, waarin de gerechtsdeurwaarders op de kwaliteit van hun dienstverlening concurreren, naar de mening van aanbesteder, naadloos aan bij de bedoelingen van de wetgever. Zoals de brancheorganisatie in haar klacht zelf onderkent (zie 3.9 hiervoor), heeft de wetgever met het loslaten van de regionale gebiedsindeling in 2001 welbewust marktwerking binnen de gerechtsdeurwaardersbranche geïntroduceerd. Een belangrijk doel van de door de wetgever geïntroduceerde marktwerking is verhoging van de algehele kwaliteit van de beroepsgroep. Ook bij de wetwijziging in 2016 is het ondernemerschap van de gerechtsdeurwaarder door de wetgever omarmd. In de kabinetsreactie op het rapport van de commissie herijking tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders van 4 februari 2020 heeft de Minister voor Rechtsbescherming de conclusie van de commissie overgenomen dat er geen aanknopingspunten zijn om marktwerking af te schaffen (Kamerstukken II 2014/15, 34 047, nr. 3):

'Terug naar de het stelsel van vóór 2001 is voor mij op dit moment geen optie. Dat betekent dat de correctie in lijn met de voorstellen voor verhoging Btag-tarieven en regulering van de prijsafspraken op een dusdanig manier moet worden vormgegeven dat marktwerking de beroepsgroep prikkelt hun unieke ambtelijke sleutelrol in het rechtsbestel – in het bijzonder in het incasso en schuldendomein – zorgvuldig, doelmatig en effectief weten te vervullen' (kamerstukken II 2019/2020 29279, nr. 574, bladzijde 6).'

- 4.10. Deze conclusie heeft de Minister voor Rechtsbescherming onlangs nog herhaald in de beantwoording op vragen van de Tweede Kamer over onder andere agressie tegen gerechtsdeurwaarders (kamerstukken II 2019/2020 28684, nr. 618, p.8).
- 4.11. Aanbesteder kan (mede) om deze reden niet volgen waarom – zoals de brancheorganisatie in 3.2.4 hiervoor stelt – een (aanvullende) motivering of zelfs een ‘rechtvaardiging’ nodig zou zijn om gerechtsdeurwaardersdiensten (openbaar) aan te besteden.
- 4.12. De klachten van de brancheorganisatie zijn om voornoemde redenen reeds ongegrond.
- 4.13. Met betrekking tot de door de brancheorganisatie gestelde Europese aanbestedingsplicht stelt aanbesteder al te hebben toegelicht dat de redenering dat aanbesteder bij het ontbreken van een Europese aanbestedingsplicht niet zou mogen aanbesteden, niet opgaat. De vraag of sprake is van een Europese aanbestedingsplicht is daarmee niet relevant.
- 4.14. De brancheorganisatie heeft bij haar klacht het memo van 6 maart 2019 overgelegd (zie 1.6 hiervoor) waarin wordt beargumenteerd waarom aanbesteder niet verplicht zou zijn om gerechtsdeurwaardersdiensten Europees aan te besteden en dat aanbesteder – met name gelet daarop – op grond van artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012 ook niet voor een Europese (openbare) aanbesteding behoort te kiezen. De brancheorganisatie stelt dat ambtshandelingen van gerechtsdeurwaarders die in Richtlijn 2014/24/EU onder het regime voor sociale en andere specifieke diensten zijn gebracht op grond van artikel 10 aanhef en onder d van Richtlijn 2014/24/EU (geïmplementeerd in artikel 2.24, lid h, onder v, Aw 2012) niet hoeven te worden aanbesteed, omdat ambtshandelingen kunnen worden aangemerkt als rechtskundige diensten verband houdend met de uitoefening van openbaar gezag: “rechtskundige diensten die in de betrokken lidstaat al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag”.
- 4.15. De brancheorganisatie plaatst deurwaardersdiensten daarmee in een onjuist juridisch kader. Deurwaardersdiensten zijn naar de mening van aanbesteder geen rechtskundige diensten als bedoeld in deze uitzondering. In bijlage XIV bij de Richtlijn zijn alle diensten opgenomen die onder het regime voor sociale en andere specifieke diensten van artikel 74 vallen. De in die bijlage opgenomen opdrachten zijn verdeeld naar 15 hoofdcategorieën.
- 4.16. Deurwaardersdiensten (CPV-code 75242110-8) zijn opgenomen onder de hoofdcategorie “Gevangenis- en aanverwante diensten, diensten voor openbare orde en reddingsdiensten” van bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU. Blijkens de toelichting op klasse 7524 (‘Diensten voor openbare orde, recht en veiligheid’) gaat het bij de subcategorie ‘recht en veiligheidsdiensten’ – waar deurwaardersdiensten onder zijn geschaard – om de administratie, het regelen en ondersteunen van activiteiten ter bevordering van de openbare orde en veiligheid:
- ‘- recht- en veiligheidsdiensten bestaande uit de administratie, regeling en ondersteuning van activiteiten ter bevordering van openbare orde en veiligheid en de ontwikkeling van het bijbehorende algemeen beleid.’
- 4.17. Deurwaardersdiensten zijn volgens bijlage XIV alleen uitgesloten van het regime van artikel 74 indien deze uitsluiting volgt uit artikel 10, onder h, van de Richtlijn 2014/14 EU:

Cpv code	Omschrijving
75231210-9 tot en met 75231230-5; 75240000-0 tot en met 75252000-7; 794300000-7; 9811300-9	Gevangenis- en aanverwante diensten, diensten voor openbare orde en reddingsdiensten, voor zover niet uitgesloten krachtens artikel 10, onder h)

- 4.18. In artikel 10, onder h, van de Richtlijn 2014/24/EU zijn deurwaardersdiensten niet uitgezonderd van artikel 74. Deze uitzondering ziet alleen op diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie die worden verleend door non-profitorganisaties en verenigingen die onder bepaalde CPV-codes vallen. Daarmee vallen deurwaardersdiensten onder het (nieuwe) verlichte regime van artikel 74 van de Richtlijn (zoals geïmplementeerd in artikel 2.38 en 2.38 Aw 2012)
- 4.19. Deurwaardersdiensten vallen naar de mening van aanbesteder en – anders dan de brancheorganisatie blijkbaar veronderstelt – niet onder de hoofdcategorie "Juridische dienstverlening" van bijlage XIV. Deze hoofdcategorie heeft alleen betrekking op CPV codes die bij deze hoofdcategorie zijn genoemd. Daarmee is ook de in bijlage XIV onder de hoofdcategorie "Juridische dienstverlening" genoemde uitzondering van artikel 10 aanhef en onder d van Richtlijn 2014/24/EU niet van toepassing. Deze uitzondering heeft volgens aanbesteder immers eveneens betrekking op "Juridische dienstverlening" als bedoeld in bijlage XIV.

Cpv code	Omschrijving
79100000-5 tot en met 79140000-7; 75231100-5	Juridische dienstverlening, voor zover niet uitgesloten op grond van artikel 10, onder d)

- 4.20. Ten overvloede merkt aanbesteder nog op dat de uitzondering voor rechtskundige diensten volgens overweging 25 van Richtlijn 2014/24/EU een beperkte reikwijdte heeft en is bedoeld voor juridische dienstverlening die wordt verricht door instanties of personen die worden aangewezen of gekozen op een wijze die niet door aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld. Nog daargelaten dat gerechtsdeurwaardersdiensten niet als "Juridische dienstverlening" zijn geclassificeerd en derhalve niet onder de uitzondering vallen, kunnen gerechtsdeurwaardersdiensten in Nederland in concurrentie worden aangeboden en derhalve ook worden aanbesteed.
- 4.21. Een ieder die aan de wettelijke eisen voldoet, kan in Nederland worden benoemd als deurwaarder en in heel Nederland gerechtsdeurwaardersdiensten verrichten. De Nederlandse wetgever heeft er bij de herziening van de Gerechtsdeurwaarderswet tevens nadrukkelijk voor gekozen om het ambt van gerechtsdeurwaarder, evenals het ambt van notaris open te stellen voor onderdanen uit andere EU lidstaten (Kamerstukken II 2014-2015, 34 047, nr. 3, onderdeel E). EU onderdanen hebben in Nederland derhalve toegang tot het ambt van gerechtsdeurwaarder en kunnen zich in Nederland vestigen en (in concurrentie met andere gerechtsdeurwaarders) diensten voor aanbesteder verrichten.
- 4.22. Aanbesteder is van mening dat hij er terecht vanuit gaat dat de opdracht(en) voor gerechtsdeurwaardersdiensten met toepassing van het regime voor sociale en andere specifieke diensten moeten worden aanbesteed. De klacht is ook in zoverre ongegrond.

- 4.23. Volgens aanbesteder doet de brancheorganisatie het in haar memo (hoofdstuk 7) (zie 1.6 hiervoor) ten onrechte voorkomen alsof algemeen wordt aangenomen dat het regime voor sociale en andere specifieke diensten niet zou dwingen tot concurrentiestelling. Dat zou ook in de rechtspraak zijn bevestigd. Aanbesteder acht dit niet juist. Het huidige (nieuwe) regime houdt in dat bij het gunnen van opdrachten met een (geschatte) waarde van € 750.000 of meer de (Europese) beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht moeten worden genomen (artikel 76 Richtlijn 2014/24/EU). De achtergrond hiervan is dat de Europese wetgever veronderstelt dat opdrachten voor sociale dienstverlening boven deze drempel op belangstelling kunnen rekenen van dienstverleners uit andere lidstaten (een zogenoemd "grensoverschrijdend belang" vertonen, zie overweging 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU).
- 4.24. De betekenis van de van toepassing verklaarde beginselen van gelijke behandeling en transparantie is niet in Richtlijn 2014/24/EU uitgewerkt vanwege het gevoelige karakter van de diensten en het belang van de culturele context waarin deze diensten moeten worden uitgevoerd (overweging 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU). De lidstaten hebben de opdracht gekregen om zelf procedureregels vast te stellen waarmee kan worden gekomen tot een keuze voor een dienstverlener. Wel is in Richtlijn 2014/24/EU vastgelegd waar de aanbestedende diensten bij het bepalen van die keuze rekening moeten kunnen houden (waarborgen kwaliteit dienstverlening, continuïteit, toegankelijkheid, betaalbaarheid, beschikbaarheid van de diensten, etc.). Daarnaast is vastgelegd dat opdrachten voorafgaand aan gunning bekend moeten worden gemaakt door middel van een Europees aankondigings- of een vooraankondigingsformulier. In de (voor)aankondiging dient onder andere melding te worden gemaakt van: de voorwaarden voor deelneming en een beknopte omschrijving van de belangrijkste elementen van de toe te passen gunningsprocedure.
- 4.25. Deze Europese (voor)aankondigingsplicht is geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 (in het bijzonder in artikel 2.38 en 2.39). Procedurevoorschriften om te komen tot een geschikte aanbieder, zoals hiervoor bedoeld, zijn door de wetgever (vooralsnog) niet voor sociale dienstverlening vastgesteld. De Nederlandse wetgever heeft (evenals de Europese wetgever) volstaan met het van toepassing verklaren van de (Europese) beginselen van gelijke behandeling en transparantie (artikel 1.7, sub a, Aw 2012). Deze beginselen zijn ook van toepassing op het gunnen van dienstenopdrachten voor sociale dienstverlening die een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' vertonen. Een opdracht met een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' is een opdracht waarin een onderneming uit een andere lidstaat geïnteresseerd zou kunnen zijn vanwege bijvoorbeeld de aanzienlijke waarde van de opdracht of plaats van uitvoering.
- 4.26. Overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU impliceren de in de Aanbestedingswet 2012 neergelegde Europese beginselen van gelijkheid en transparantie:
- de verplichting om geïnteresseerde ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (1.8 Aw 2012) en
 - de verplichting om transparant te handelen, waaronder in ieder geval de verplichting om zorg te dragen voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht (artikel 1.9 Aw 2012), in dit geval door gebruik te maken van het verplicht voorgeschreven (voor) aankondigingsformulier.

- 4.27. De aan de Europese aanbestedingsrichtlijn(en) ten grondslag liggende vrijheden (o.a. het vrije verkeer van diensten) en de daaraan afgeleide beginselen van gelijke behandeling en transparantie hebben tot doel te waarborgen dat overheidsopdrachten boven de drempel worden opengesteld voor mededinging (overweging 1 considerans Richtlijn 2014/24/EU):

‘Voor overheidsopdrachten met een waarde boven een bepaald drempelbedrag moeten echter bepalingen worden opgesteld die nationale procedures voor aanbestedingen coördineren om te waarborgen dat deze beginselen in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging.’

- 4.28. Gezien deze doelstelling ligt het volgens aanbesteder niet voor de hand om te veronderstellen dat overheidsopdrachten die onder het toepassingsbereik van de Europese richtlijnen vallen kunnen worden gegund zonder enige vorm van (voorafgaande) concurrentiestelling. Ook in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU zijn duidelijke aanwijzingen te vinden dat de Europese beginselen van gelijke behandeling en transparantie impliceren dat een oproep tot mededinging moet worden gedaan. In het Telaustria arrest (C-324/98 Telaustria en Telefonadress, ECLI:EU:C:2000:669) heeft het Hof overwogen dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie een verplichting tot transparantie met zich brengen, die inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

De Europese Commissie stelde in een interpretatieve mededeling (2006/C 179/02) eveneens dat de bekendmaking moet worden gedaan om de opdracht voor mededinging open te stellen:

Daarom kan alleen aan de door het Hof gestelde eisen worden voldaan door de bekendmaking van een voldoende toegankelijke aankondiging van de opdracht voordat deze wordt geplaatst. De aanbestedende dienst moet deze bekendmaking doen om de opdracht voor mededinging open te stellen.’

- 4.29. Er moet dan ook sterk rekening mee worden gehouden dat gerechtsdeurwaarders op basis van het regime van artikel 2.38 en 2.39 Aw 2012 op gelijke, niet discriminerende wijze de kans dienen te krijgen om in een op concurrentie gebaseerde gunningprocedure naar de dienstenopdracht mee te dingen. In de praktijk wordt het regime ook op deze wijze toegepast.
- 4.30. Met betrekking tot het door de brancheorganisatie genoemde ‘open house model’ stelt aanbesteder dat uit het voorgaande reeds volgt dat hij goede redenen heeft om niet voor een ‘verdeemodel’ te kiezen en de gerechtsdeurwaardersdiensten aan te besteden. Anders dan de brancheorganisatie in haar klacht stelt, kan aanbesteder – als hij dat zou willen – juridisch gezien ook geen gebruik maken van het door de brancheorganisatie genoemde ‘open house’ model teneinde gerechtsdeurwaardersdiensten aan de toepassing van Richtlijn 2014/24/EU te onttrekken.
- 4.31. Uit het arrest Falk Pharma van het Hof van Justitie EU van 2 juni 2016 (zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399) komt naar voren dat de aanbestedingsrichtlijn geen betrekking heeft op een systeem van afspraken waarmee een aanbestedende dienst goederen op de markt aankoopt door overeenkomsten te sluiten met iedere belangstellende ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken goederen te leveren tegen vooraf door de aanbestedende dienst vastgestelde voorwaarden, waarbij de aanbestedende dienst zelf geen “selectie” onder de belangstellende ondernemers maakt (ook wel: “open house” model). De selectie van de ondernemers

vond in de zaak Falk Pharma niet op het niveau van de aanbestedende dienst plaats, maar op het niveau van apothekers die in bepaalde gevallen wettelijk verplicht waren om geneesmiddelen af te nemen van één van de door de aanbestedende dienst gecontracteerde ondernemingen. De aanbestedende dienst had enkel de randvoorwaarden (kortingen) gecontracteerd waartegen de geneesmiddelen door de farmaceuten aan de apothekers dienden te worden aangeboden. De apothekers bepaalden zelf bij wie ze de geneesmiddelen bestelden. Om die reden werd door de aanbestedende dienst geen onderneming "begunstigd" en was dientengevolge geen sprake van het plaatsen van een overheidsopdracht (zie r.o. 36 en 37):

'36. Het risico dat nationale ondernemingen worden begunstigd, dat deze richtlijn beoogt uit te sluiten, houdt echter in wezen nauw verband met de selectie die de aanbestedende dienst onder de ontvankelijke inschrijvingen wil maken, en met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de betrokken opdracht aan de geselecteerde ondernemer, of aan de geselecteerde ondernemers ingeval van een raamovereenkomst, wat uiteindelijk het doel vormt van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

37. Wanneer een openbare instelling leveringsovereenkomsten wil sluiten met alle ondernemers die de betrokken producten willen leveren onder de door deze instelling opgelegde voorwaarden, bestaat er dus, doordat geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, geen noodzaak om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van richtlijn 2004/18 te onderwerpen teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van een opdracht nationale ondernemers begunstigt'.

- 4.32. Een systeem van afspraken als bedoeld in het arrest Falk Pharma kan worden vergeleken met een vergunningsregeling (zie overweging 4 considerans Richtlijn 2014/24/EU):

'Tevens is in gevallen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren zoals regelingen voor consumentenkeuze of dienstenvouchers, geen sprake van aanbesteding, maar van een gewone vergunningsregeling (bijvoorbeeld voor geneesmiddelen of medische diensten).'

- 4.33. In het arrest Tirrkonen van het Hof van Justitie EU van 1 maart 2018 (C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142) speelde een vergelijkbaar systeem van afspraken. Daar ging het om het samenstellen van een "pool" (kwalitatief goede) landbouwadviseurs (een landbouwadviseringssysteem). De adviesdiensten werden aangeboden aan landbouwers en andere grondbeheerders die waren aangesloten bij een milieuovereenkomst inzake de betaling van compenserende vergoedingen op milieugebied. De landbouwers konden zelf contact opnemen met de adviseur van hun keuze, die was aangesloten bij het landbouwadviseringssysteem. Aan die adviseur werd vervolgens, op basis van de uitgevoerde werkzaamheden, door de aanbestedende dienst een uurtarief betaald. Aangezien het agentschap (de aanbestedende dienst) zich beperkte tot het waarborgen van de naleving van kwalitatieve criteria was geen sprake van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijn.

- 4.34. In het zorgdomein wordt de "inkoop" vaak als "open house" model vormgegeven. De gemeente contracteert alle zorgaanbieders die aan kwalitatieve (basis)eisen voldoen, waarna de zorgbehovende zelf een zorgaanbieder kiest. Deze vorm van "aanbesteden" valt buiten de reikwijdte van Richtlijn 2014/24/EU en mag niet worden verward met aanbesteden op basis van het regime voor sociale en andere specifieke diensten.

- 4.35. Anders dan de brancheorganisatie in hoofdstuk 6 van het memo veronderstelt (zie 1.6 hiervoor), kan bij de inschakeling van gerechtsdeurwaarders door aanbesteder geen gebruik worden gemaakt van (louter) een systeem van afspraken c.q. de samenstelling van een pool gerechtsdeurwaarders. Aanbesteder kan het gunnen van een selectief voordeel (de keus voor de gerechtsdeurwaarders die de betrokken diensten gaan verrichten) immers niet, zoals in het sociale domein, aan de gebruiker(s) van de dienst (de debiteuren) overlaten.
- 4.36. Met betrekking tot het door de brancheorganisatie beschreven Belgische 'model', waarbij de vorderingen blijkbaar in opdracht van de Belgische belastingdienst door de beroepsorganisatie evenredig onder gerechtsdeurwaarders worden verdeeld, is aanbesteder van mening dat dit op het eerste gezicht niet voldoet aan de criteria van het 'open house' model. Aanbesteder stelt dat bij dit model sprake lijkt te zijn van het onderhands plaatsen van een raamovereenkomst bij de beroepsorganisatie. Onderdeel van de opdracht is dat de beroepsorganisatie het werk zelf onder de aangesloten gerechtsdeurwaarders verdeelt. Dat is niet meer of minder dan een contractuele afspraak over de wijze waarop het werk namens de belastingdienst door de beroepsorganisatie onder de gerechtsdeurwaarders wordt verdeeld. Deze verdeelmethodiek leidt derhalve tot het – vanwege de belastingdienst – toekennen van selectieve voordelen aan ondernemers.
- 4.37. Samenvattend stelt aanbesteder: het door de brancheorganisatie in de klachtprocedure naar voren geschoven 'verdeelmodel' heeft geen wettelijke basis en zou ertoe leiden dat aanbesteder de opdracht(en) voor gerechtsdeurwaardersdiensten in strijd met de verplichtingen die voortvloeien uit de Aanbestedingswet 2012 zou opdragen. Los daarvan heeft aanbesteder het recht om te kiezen voor een aanbesteding, ook indien de Aanbestedingswet 2012 daar niet toe zou dwingen.
- 4.38. Dat de brancheorganisatie geen voorstander is van marktwerking in de gerechtsdeurwaardersbranche en een 'verdeelmodel' prefereert (zoals ook in het sociale domein wel wordt toegepast), doet – wat daar verder ook van zij – aan het voorgaande naar het oordeel van aanbesteder niet af. Blijkbaar wijst de branchevereniging iedere vorm van mededinging tussen gerechtsdeurwaarders van de hand omdat dit de 'druk op de markt opvoert' (zie 3.4 hiervoor) en een aanbesteding (ook volgens Hebly) 'onnodige verstoringen van de markt veroorzaakt'.
- 4.39. Met deze klacht gaan de brancheorganisatie en Hebly naar het oordeel van aanbesteder voorbij aan het primaat van de Europese wetgever, de Nederlandse wetgever, de strategische inkoopbelangen van aanbesteder en de belangen van de debiteur. Blijkbaar wil de brancheorganisatie in de onderhavige klachtprocedure een lans breken voor een nationale en Europese (stelsel)wijziging waarbij gerechtsdeurwaardersdiensten buiten concurrentie worden gesteld. Voor een dergelijk politiek debat is in deze klachtprocedure duidelijk geen plaats. Dit debat kan alleen in de Tweede Kamer en het Europees Parlement worden gevoerd.
- 4.40. Een nationale stelselwijziging – zoals door de brancheorganisatie gewenst – valt voorlopig niet te verwachten. De Minister voor Rechtsbescherming heeft in een brief van 4 februari 2020 en recent in reactie op Kamervragen aangegeven (nog steeds) geen aanknopingspunten te zien om marktwerking in de gerechtsdeurwaardersbranche af te schaffen. Wel zullen de tarieven in het Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders (Btag) worden herzien (TK 28 684 Verslag schriftelijk overleg nr. 618, blz. 8.).

- 4.41. Ook een nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn, waarin gerechtsdeurwaardersdiensten stelselmatig worden uitgezonderd van de aanbestedingsplicht is niet 'in de maak'.
- 4.42. Overigens onderbouwt de brancheorganisatie niet waarom de onderhavige aanbesteding de markt (in financiële of andere zin) op onaanvaardbare wijze onder druk zou zetten. De bezwaren van de brancheorganisatie zijn blijkens de 'aanvullende argumentatie' (zie 3.2 tot en met 3.9 hiervoor) louter gebaseerd op het feit dat zowel het winnen als het verliezen van een aanbesteding tot financiële en organisatorische gevolgen kan leiden. Dit argument kan uiteraard geen grond vormen om onrechtmatig te handelen. De kans op een 'herschikking' van het opdrachtnemerschap doet zich bovendien bij iedere aanbesteding voor. Van ondernemers mag worden verwacht dat zij hun bedrijfsrisico's tevoren inschatten en bij inschrijving op een opdracht rekening houden met de beperkte looptijd van een overheidsopdracht. Aanbesteder heeft de opdracht bovendien in veel percelen opgedeeld en gekozen voor contractering met meerdere opdrachtnemers per perceel, zodat geen grote (wederzijdse) financiële en/of operationele afhankelijkheid hoeft te ontstaan.
- 4.43. Dat bepaalde gerechtsdeurwaarderskantoren zichzelf als gevolg van hun inschrijving op de aanbesteding in 2017 toch in hoge mate financieel afhankelijk hebben gemaakt van de opdrachtenportefeuille van aanbesteder (de brancheorganisatie noemt in haar klacht omzetpercentages van 30, 40 en 50 procent), kan aanbesteder niet worden verweten of grond vormen om een aanbestedingsprocedure achterwege te laten.
- 4.44. Tuchtrechtelijk zijn gerechtsdeurwaarders overigens verplicht zorg te dragen voor een gebalanceerde opdrachtenportefeuille, waarbij zij niet te afhankelijk van één opdrachtgever worden (artikel 12a van de Gerechtsdeurwaarderswet, in samenhang met artikel 4 van de Verordening Normen voor Kwaliteit van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) en artikel 4 van het Reglement KBvG Normen voor Kwaliteit). Volgens artikel 4.2 van het Reglement is het uitgangspunt van een gebalanceerde opdrachtgeversportefeuille dat geen van de opdrachtgevers meer dan 15 procent van de totale opdrachtgeversportefeuille uitmaakt. Dat gerechtsdeurwaarderskantoren dit percentage als gevolg van hun inschrijving op de aanbesteding 2017 overschrijden, kan er niet toe leiden dat aanbesteder de opdracht niet opnieuw zou moeten (of mogen) aanbesteden.
- 4.45. De brancheorganisatie ziet met haar klacht overigens volledig over het hoofd dat ook het door haar beoogde 'verdeelsysteem' tot een herschikking van de markt zal leiden. Op dit moment zijn de opdrachten immers niet door de overheidsinstanties – op de door de brancheorganisatie beoogde wijze - evenredig over de gerechtsdeurwaarderskantoren verdeeld.
- 4.46. Anders dan de brancheorganisatie het tenslotte in 3.11 hiervoor doet voorkomen, stelt aanbesteder dat er afgelopen jaren geen sprake is geweest van een 'tombola' van aanbestedingen en in- en uitlopende contracten. Het aan te besteden contract vervangt contracten van verschillende opdrachtgevers die (soms) al acht jaar lopen. Het door aanbesteder in 2017 aanbestede contract – dat eveneens wordt vervangen door het aan te besteden contract – is ingegaan op 1 oktober 2017 en loopt (maximaal) tot 1 januari 2022. Er is destijds gekozen voor een relatief korte looptijd van de contracten, onder andere omdat dit de mogelijkheid bood om nieuwe opdrachtgevers op niet al te lange termijn bij aanbesteder te laten aansluiten waardoor (nog) meer executoriale titels van debiteuren kunnen worden gebundeld en ondergebracht bij dezelfde gerechtsdeurwaarder. Daarnaast bood het contract de mogelijkheid om meer ervaring op te doen met sociaal-maatschappelijk

incasseren. De aanbesteding 2017 kan dan ook worden gezien als 'opmaat' voor het onderhavige contract. Het aan te besteden contract heeft een basislooptijd van vier jaar en kan tot maximaal 8 jaar worden verlengd.

- 4.47. Dat de aanbesteding ertoe kan leiden dat een debiteur met een nieuwe gerechtsdeurwaarder te maken kan krijgen, omdat deze niet opnieuw als opdrachtnemer wordt aangewezen, is onontkoombaar. Dat betekent niet dat de aanbesteding zich niet met de Rijksincassovisie verdraagt (zie 3.12 hiervoor). De Rijksincassovisie vraagt de verschillende incasserende instanties om bij incassotrajecten zoveel mogelijk samen te werken en richting de debiteur transparantie en maatwerk te betrachten. De eisen in de onderhavige aanbesteding zijn daar zoveel mogelijk op ingericht, onder meer door de executoriale vorderingen van één debiteur zoveel mogelijk bij één gerechtsdeurwaarder onder te brengen (zie ook paragraaf 1.2.4 van het Beschrijvend Document in 1.12 hiervoor) en lopende incassotrajecten door de huidige opdrachtnemers/deurwaarders te laten afwickelen. Een 'wisseling van de wacht' kan in de praktijk altijd voorkomen (denk in dit verband ook aan onderpresterende gerechtsdeurwaarderskantoren), maar betekent niet dat er geen sprake meer zou zijn van maatwerk en/of afstemming. Aan het Programma van Eisen wordt een specifieke eis toegevoegd om ook in dat geval te borgen dat richting de debiteur maatwerk kan worden betracht. In het kader van de derde nota van inlichtingen zal eis 53 aan het PvE worden toegevoegd:

'Opdrachtgever is na ontvangst van een vordering alert op de situatie waarin een Debiteur ook te maken heeft met andere gerechtsdeurwaarderskantoren. In voorkomende gevallen dient men in lijn met het gedachtengoed van de Rijksincassovisie te handelen alsof zij van de andere vordering ook de incassant is en adequaat te handelen in termen van bejegening en vermijden van onnodige kosten voor de Debiteur. Waar nodig treedt men in contact met de andere gerechtsdeurwaarderskantoren om in gezamenlijkheid regie te voeren over het invorderingstraject. Indien men in de collegiale samenwerking niet tot een gewenste oplossing kan komen in het licht van deze Overeenkomst, dient Opdrachtnemer dit af te stemmen met Opdrachtgever, alvorens Opdrachtnemer tot verdere acties overgaat.'

- 4.48. Aanbesteder verzoekt de Commissie de klacht ongegrond te verklaren.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 6 maart 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor de levering van gerechtsdeurwaardersdiensten.
- 5.2. Tussen partijen staat ter discussie of aanbesteder verplicht was de raamovereenkomsten door middel van een Europese aanbestedingsprocedure aan te besteden en of hij in plaats daarvan voor een alternatief verdeelmodel mocht kiezen.
- 5.3. Alvorens tot behandeling van de klacht over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 5.3.1. Op basis van artikel 10 Richtlijn 2014/24/EU is de richtlijn niet van toepassing op, onder meer, de volgende diensten:

'(...)

d) een van de hierna genoemde rechtskundige diensten:

- i) vertegenwoordiging in rechte van een cliënt door een advocaat in de zin van artikel 1 van Richtlijn 77/249/EEG van de Raad (25):
 - in een arbitrage- of bemiddelingsprocedure in een lidstaat, een derde land of voor een internationale arbitrage- of bemiddelingsinstantie, of
 - in een procedure voor een rechter of overheidsinstantie van een lidstaat of een derde land of voor een internationale rechter of instantie;
- ii) juridisch advies dat wordt gegeven ter voorbereiding van de procedures als bedoeld in punt i) van dit punt, of indien er concrete aanwijzingen zijn en er een grote kans bestaat dat over de kwestie waarop het advies betrekking heeft, een dergelijke procedure zal worden gevoerd, mits het advies door een advocaat is gegeven in de zin van artikel 1 van Richtlijn 77/249/EEG;
- iii) het waarmerken en voor echt verklaren van documenten door een notaris;
- iv) juridische dienstverlening door trustees (beheerders) of aangewezen voogden, en andere juridische dienstverlening waarvan de aanbieders door een rechterlijke instantie van de betrokken lidstaat, of van rechtswege, aangewezen zijn om specifieke taken te verrichten onder toezicht van die rechterlijke instanties;
- v) andere rechtskundige diensten die in de betrokken lidstaat al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag;
- (...)
- h) diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie die worden verleend door non-profitorganisaties en -verenigingen en onder de CPV-codes vallen 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 en 85143000-3 behalve ziekenvervoer per ambulance;

5.3.2. Artikel 10 Richtlijn 2014/24/EU is geïmplementeerd in artikel 2.24 Aw 2012:

'In afwijking van de artikelen 2.1 tot en met 2.6a is het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten:

(...)

h. op juridisch gebied betreffende:

1°. de vertegenwoordiging in rechte van een cliënt in een arbitrage- of bemiddelingsprocedure in een lidstaat van de Europese Unie, in een derde land of voor een internationale arbitrage- of bemiddelingsinstantie, in een procedure voor een rechter of overheidsinstantie van een lidstaat van de Europese Unie of een derde land of voor een internationale rechter of instantie door een persoon die gerechtigd is deze werkzaamheden uit te oefenen onder de benaming advocaat of een daarmee overeenkomstige benaming in een lidstaat van de Europese Unie, in een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte of in Zwitserland;

2°. advies dat wordt gegeven ter voorbereiding van de procedures, bedoeld in onderdeel 1°, of indien er concrete aanwijzingen zijn en er een grote kans bestaat dat over de kwestie waarop het advies betrekking heeft, een dergelijke procedure zal worden gevoerd, mits het advies is gegeven door een persoon die gerechtigd is deze werkzaamheden uit te oefenen onder de benaming advocaat of een daarmee overeenkomstige benaming in een lidstaat van de Europese Unie, in een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte of in Zwitserland;

3°. het waarmerken en voor echt verklaren van documenten door een notaris;

4°. juridische dienstverlening door trustees of aangewezen voogden, of andere juridische dienstverlening waarbij de aanbieders door een rechterlijke instantie van de betrokken lidstaat van de Europese Unie, of van rechtswege, zijn aangewezen om specifieke taken te verrichten onder toezicht van die rechterlijke instanties;

5°. andere juridische diensten die in de betrokken lidstaat van de Europese Unie al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van openbaar gezag;

(...)

j. betreffende civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie die worden verleend door non-profitorganisaties en -verenigingen en die vallen onder de CPV-codes, genoemd in artikel 10, onderdeel h, van richtlijn 2014/24/EU met uitzondering van ziekenvervoer per ambulance;

(...)'

- 5.3.3. In artikel 74 Richtlijn 2014/24/EU is bepaald dat in Bijlage XIV van deze richtlijn de sociale en andere specifieke diensten zijn opgesomd waarop het regime voor sociale en andere specifieke diensten van toepassing is. Dit artikel is geïmplementeerd in artikel 2.38 Aw 2012 waarin ook is verwezen naar de sociale en specifieke diensten in Bijlage XIV van deze richtlijn.
- 5.3.4. In Bijlage XIV zijn onder meer de volgende diensten aangemerkt als 'sociale en andere specifieke diensten':

Cpv code	Omschrijving
(...)	(...)
79100000-5 tot en met 79140000-7; 75231100-5	Juridische dienstverlening, voor zo- ver niet uitgesloten op grond van artikel 10, onder d)
(...)	(...)
75231210-9 tot en met 75231230-5; 75240000-0 tot en met 75252000-7; 794300000-7; 9811300-9	Gevangenis- en aanverwante dien- sten, diensten voor openbare orde en reddingsdiensten, voor zover niet uitgesloten krachtens artikel 10, onder h)
(...)	(...)

5.3.5. In de categorie 'rechtskundige diensten' in Bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU zijn de CPV-codes voor de volgende diensten opgenomen: juridische dienstverlening (79100000-5), juridisch advies en juridische vertegenwoordiging (79111000-8), juridisch advies (79111000-5), juridische vertegenwoordiging (79112000-2), vertegenwoordigingsdiensten voor belanghebbenden (79112100-3), Adviezen inzake octrooien en auteursrechten (79120000-1), adviezen inzake auteursrechten (79121000-8), adviezen inzake auteursrechten voor software (79121100-9), juridische documentatie en certificering (79130000-4), documentatiedienstverlening (79131000-1), certificeringsdienstverlening (79132000-8), certificatie dienst voor elektronische handtekeningen (79132100-9), juridische adviezen en informatie (79140000-7) en administratieve diensten met betrekking tot rechtbanken (75231100-5).

5.3.6. Deurwaardersdiensten hebben CPV-code 75242110-8 (zie Verordening nr. 213/2008/EG met de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten).

5.3.7. In artikel 1.4 Aw 2012 is bepaald:

'1. Een aanbestedende dienst die (...) voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van (...) diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:

a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst (...) voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;
(...)

2. De aanbestedende dienst (...) draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.

3. De aanbestedende dienst (...) verstrekt een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze.'

5.4. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van de klacht.

5.5. De Commissie zal eerst onderzoeken of deurwaardersdiensten zijn uitgezonderd van het toepassingsbereik van de Aanbestedingswet op basis van artikel 2.24, aanhef, onder h, sub v, Aw 2012.

5.5.1. De Commissie leidt uit Bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24/EU af dat deurwaardersdiensten behoren tot de categorie 'Gevangenis- en aanverwante diensten, diensten voor openbare orde en reddingsdiensten', aangezien de CPV-code voor

deurwaardersdiensten (75242110-8) in deze categorie in Bijlage XIV is opgenomen (zie 5.3.4 hiervoor). Dit betekent dat deurwaardersdiensten worden aangemerkt als sociale en andere specifieke diensten in de zin van artikel 74 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.38 Aw 2012, tenzij zij zijn uitgesloten krachtens artikel 10, onder h, Richtlijn 2014/24/EU. In artikel 10, onder h, Richtlijn 2014/24/EU zijn deurwaardersdiensten niet uitgezonderd van het toepassingsbereik van de richtlijn. Naar het oordeel van de Commissie moeten deurwaardersdiensten dan ook worden aangemerkt als sociale en andere specifieke diensten in de zin van artikel 74 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.38 Aw 2012.

- 5.5.2. Anders dan de brancheorganisatie meent, vallen deurwaardersdiensten naar het oordeel van de Commissie niet onder de uitzonderingsbepaling van artikel 10, onder d, sub v, Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.24 aanhef en onder h, sub v, Aw 2012. Deze uitzonderingsbepaling ziet op 'rechtskundige diensten'. Blijkens Bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU behoren deurwaardersdiensten niet tot de categorie 'Juridische dienstverlening', aangezien de CPV-code voor deurwaardersdiensten niet in deze categorie in Bijlage XIV is opgenomen, maar in de categorie 'Gevangenis- en aanverwante diensten, diensten voor openbare orde en reddingsdiensten'. Bij de categorie 'rechtskundige diensten' wordt in Bijlage XIV een link gelegd met de uitzondering van artikel 10, onder d, Richtlijn 2014/24/EU.
- 5.6. Nu de Commissie heeft geoordeeld (zie 5.5.1 hiervoor) dat deurwaardersdiensten moeten worden aangemerkt als sociale en andere specifieke diensten in de zin van artikel 74 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.38 Aw 2012, zal zij vervolgens onderzoeken, aangezien het debat tussen partijen over een eventueel alternatief verdeelmodel zich daar op toespitst, of aanbestede bij de inkoop van die diensten voor een toelatingsprocedure had kunnen kiezen, als alternatief voor een aanbesteding in concurrentie.
 - 5.6.1. In dat kader zijn de arresten van het HvJ EU van 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (Falk Pharma) en 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (Tirkkonen) en de laatste alinea van overweging 114 van de considerans in relatie tot artikel 74 van Richtlijn 2014/24/EU van belang (vgl. ook Adviezen 349 en 350, 441, 507 en 529). Indien de procedure als een inkoopprocedure kwalificeert, maar niet als een aanbestedingsprocedure, zijn Richtlijn 2014/24/EU en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet op deze inkoopprocedure van toepassing.
 - 5.6.2. Voorwaarde daarvoor is allereerst dat het toelatingssysteem er uit bestaat dat de inkopende entiteit diensten op de markt inkoop door schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken diensten te leveren op basis van vooraf vastgestelde voorwaarden (vgl. de laatste alinea van overweging 114 van de considerans in relatie tot artikel 74 van Richtlijn 2014/24/EU, het arrest Falk Pharma, r.o. 36-40 en het arrest Tirkkonen, r.o. 29-31).
 - 5.6.3. Verder mag géén eigenschap van het toelatingssysteem zijn dat de inkopende entiteit haar beslissing om met een individuele ondernemer een overeenkomst te sluiten baseert op een selectie onder de belangstellende ondernemingen die leidt tot exclusiviteit voor de uitgekozen ondernemingen (vgl. arrest Falk Pharma, r.o. 38 en arrest Tirkkonen, r.o. 30).
 - 5.6.4. Niet relevant is of belangstellende ondernemers gedurende de looptijd van de overeenkomst kunnen toetreden tot het systeem (zie het arrest Tirkkonen, r.o. 35), zoals in de zaak Falk Pharma (zie r.o. 41).

- 5.6.5. In de zaak Falk Pharma vond de selectie van tot het systeem toegelaten ondernemingen (geneesmiddelenleveranciers) in het kader van nadere opdrachten niet plaats door de inkopende entiteit, maar door apothekers die in bepaalde gevallen wettelijk verplicht waren om geneesmiddelen af te nemen van één van de door de inkopende entiteit tot het systeem toegelaten ondernemingen. In de zaak Tirrkonen was het niet de inkopende entiteit die bij het verstrekken van nadere opdrachten een selectie maakte uit de tot het systeem toegelaten landbouwadviseurs, maar konden landbouwers en andere grondbeheerders die keuze zelf maken. Bij toelatingsprocedures in het sociaal domein zijn het niet de inkopende gemeenten, maar de zorgbehoevenden die een keuze maken uit de tot het systeem toegelaten zorgverleners (vgl. Advies 441 en 507).
- 5.6.6. Kenmerk van een toelatingsprocedure is derhalve dat het niet de inkopende entiteit is, maar dat het derden zijn die – als eindgebruikers van de door de entiteit ingekochte prestaties – vervolgens bepalen welke van de tot het systeem toegelaten ondernemingen zij inschakelen voor de concrete door hen benodigde diensten.
- 5.6.7. Met aanbesteder (zie 4.35 hiervoor) is de Commissie van oordeel dat bij het verstrekken van nadere opdrachten voor deurwaardersdiensten – anders dan in de hiervoor in 5.6.5 genoemde gevallen – de keuze voor een bepaalde tot het systeem toegelaten gerechtsdeurwaarder die de diensten mag gaan verrichten, niet wordt overgelaten – en ook niet kan worden overgelaten – aan derden. Die keuze kan enkel worden bepaald hetzij door aanbesteder zelf (zoals in het onderhavige geval is voorzien in paragraaf 1.2.4 van het Beschrijvend Document in 1.12 hiervoor), hetzij door de aanbestedende diensten ten behoeve van wie aanbesteder de onderhavige raamovereenkomst voornemens is aan te gaan. Naar het oordeel van de Commissie had aanbesteder voor de inkoop van de raamovereenkomst dan ook niet kunnen kiezen voor een zogenoemde toelatingsprocedure waarop Richtlijn 2014/24/EU en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing zijn.
- 5.7. De brancheorganisatie klaagt dat aanbesteder het contracteren van gerechtsdeurwaarders vormgeeft door middel van een Europese aanbesteding in concurrentie en niet door middel van een toelatingsprocedure, terwijl er objectieve redenen in de zin van artikel 1.4, lid 1, Aw 2012 zijn om niet te kiezen voor een aanbesteding en een aanbesteding niet leidt tot zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012. Nu aanbesteder naar het oordeel van de Commissie niet kon kiezen voor opdrachtverlening door middel van een toelatingsprocedure, acht de Commissie de klacht in zoverre ongegrond.
- 5.8. Tevens heeft de brancheorganisatie aangevoerd dat aanbesteder onvoldoende heeft gemotiveerd waarom hij voor een Europese aanbestedingsprocedure heeft gekozen. Op het schriftelijke verzoek van de brancheorganisatie van 11 januari 2019 (zie 1.2 hiervoor) heeft aanbesteder bij brief van 28 februari 2019 de motivering voor de keuze voor een Europese aanbestedingsprocedure verstrekt (zie 1.4 hiervoor). Daarmee heeft aanbesteder aan zijn motiveringsplicht van artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 voldaan. Ook in zoverre acht de Commissie de klacht ongegrond.
- 5.9. Daarmee acht de Commissie de gehele klacht ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 22 juni 2020

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid