PRAKTISCHE HANDREIKING

TOEPASSING VAN DE WET BIBOB

BIJ AANBESTEDINGSPROCEDURES



RIEC

Regionaal Informatie en
Expertise Centrum
Oost-Nederland

Hekkelman advocaten | notarissen

13 maart 2023

INHOUD

Vooraf 5

1. Inleiding: belang, doel en doelgroep handreiking 7

2. Leeswijzer 8

3. Aanbestedingsrecht in kort bestek: wie moet wat, wanneer en hoe aanbesteden? 9

4. Toepassing Wet Bibob bij aanbestedingen (algemeen) 13
4.1 Inleiding 13
4.2 Toepassingsbereik Wet Bibob bij aanbestedingen 14
4.2.1 Bibob-toetsing mogelijk bij alle overheidsopdrachten, speciale-sectoropdrachten en open house-procedures
4.2.2 Uitzondering: concessies
4.3. Positionering Bibob-toetsing in een aanbestedingsprocedure 15
4.3.1 Inleiding
4.3.2 Positionering Bibob-toetsing in een aanbestedingsprocedure
4.3.3 Dwingende uitsluitingsgronden
4.3.4 Ernstige beroepsfout
4.3.5 Geschiktheidseis inzake financiële en economische draagkracht
4.3.6 Transparantie
4.3.7 Consequenties
4.3.8 Bibob-onderzoek naar onderaannemers
4.4. Bibob-toetsing in de contractfase (na afloop van de aanbesteding) 26
4.4.1 Inleiding
4.4.2 Bibob-onderzoek naar de opdrachtnemer
4.4.3 Bibob-onderzoek naar onderaannemers
4.4.4 Transparantie
4.5. Werkwijze eigen onderzoek, LBB-onderzoek en mogelijke uitkomsten nader toegelicht 27
4.5.1 Inleiding
4.5.2 Werkwijze aanbestedingsfase
4.5.3 Werkwijze contractuele fase

5. Bibob-toetsing bij de inkoop en uitvoering van diensten in het sociaal domein 31
5.1. Keuzemogelijkheden inkoop in het sociaal domein
5.2. Toepasselijkheid Wet Bibob in het sociaal domein
5.3. Verschillende Bibob-systematieken
5.4. Bibob-toetsing in de contractfase (na afloop van de aanbesteding)

6. FAQ's: antwoorden op enkele praktijkvragen 37

7. Conclusies en aanbevelingen 43

Disclaimer 44

Bijlagen 45
Bijlage 1: voorbeeld-Bibob-clausule t.b.v. aanbestedingsdocument
Bijlage 2: voorbeeld-ontbindende voorwaarde t.b.v. conceptovereenkomst

VOORAF

Onbekend maakt onbemind?!

Voor u ligt de handreiking 'Toepassing van de Wet Bibob bij aanbestedingsprocedures.' Deze handreiking is een gezamenlijk product van het Regionaal Informatie en Expertise Centrum Oost-Nederland en van Hekkelman Advocaten N.V.

De RIEC's ondersteunen partners bij de aanpak van ondermijning, met als doel samenwerking te stimuleren en de overheid en maatschappij weerbaarder te maken om zo ondermijning tegen te gaan. Vanuit die rol ondersteunen de RIEC's gemeenten, provincies en andere overheden bij het toepassen van de Wet Bibob.

Hekkelman Advocaten N.V. is een advocatenkantoor dat zich onder meer op de overheid richt. Diverse specialisten binnen dit kantoor houden zich bezig met vraagstukken op het snijvlak van openbare orde, ondermijning, aanbesteding, subsidiëring en andere vormen van inkoop door de overheid.

Voor de totstandkoming van deze handreiking hebben het RIEC Oost-Nederland en Hekkelman de handen ineengeslagen. Wij gaan ervan uit dat wij hiermee in een behoefte van de praktijk voorzien en dat met deze handreiking eventuele koudwatervrees als het gaat om de toepassing van de Wet Bibob bij aanbestedingen kan worden weggenomen. Het onderwerp dat in deze handreiking centraal staat, verdient dat.

Met deze handreiking willen wij ook inspelen op de actualiteit. Denk bijvoorbeeld aan de talkshow Renze op RTL4 op 12 juli 2022.[1] Daarin werd gesignaleerd dat malafide zorgbureau's wegkomen met fraude, met als gevolg dat er elk jaar miljarden euro's zorggeld in verkeerde zakken verdwijnen. In aanwezigheid van een accountmanager van het RIEC Oost-Nederland en een wethouder van de gemeente Almelo werd gesproken over de aanpak van zorgfraude. Aan diezelfde talkshowtafel schoof afgelopen zomer ook de directeur van zorgverzekeraar DSW aan om over dat onderwerp te praten. Een andere actualiteit is dat eind 2022 de gewijzigde Wet Bibob in werking is getreden. Sindsdien is het ook mogelijk om Bibob-onderzoek te doen in het kader van zogenaamde open house-procedures. Omdat veel gemeenten van die inkoopmethode gebruik maken in het sociaal domein, is het toepassingsgebied van de Wet Bibob daarmee significant uitgebreid. De overheid heeft daardoor meer mogelijkheden gekregen om criminele ondermijning en zorgfraude tegen te gaan.

Deze handreiking kan een praktische bijdrage leveren door de mogelijkheden voor effectieve toepassing van het Bibob-instrument bij aanbestedingen duidelijk te schetsen en praktische tips te geven. Onze hoop en verwachting is dat daarvan veelvuldig gebruik zal worden gemaakt.

Helpt u ons deze handreiking verder te verbeteren? Wij zien uw reactie met belangstelling tegemoet en horen het graag als u vragen, opmerkingen of suggesties heeft.

Albert Bootsma, RIEC Oost-Nederland

Matthijs Mutsaers en Franc Pommer, Hekkelman Advocaten N.V.

---

1 *Zie https://www.rtlxl.nl/programma/renze/ffc90920-12f4-445a-931b-717d11400102*

1 INLEIDING: BELANG, DOEL EN DOELGROEP HANDREIKING

De Europese aanbestedingsrichtlijnen,[2] die via de Aanbestedingswet 2012 in de Nederlandse wet- en regelgeving zijn geïmplementeerd, hebben tot doel om overheidsopdrachten open te stellen voor mededinging en om overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk te besteden.[3] Uit onderzoek van Significant Synergy in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat blijkt dat Nederlandse overheden in 2019 voor € 86,6 miljard aan leveringen, diensten en werken hebben ingekocht.[4] Dit toont het economische belang van deze sector aan en dit maakt duidelijk waarom de overheid op rechtmatige en doelmatige wijze via professionele aanbestedingen dient in te kopen bij integere partijen.

De Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: de Wet Bibob) kan daarbij helpen. Deze wet heeft tot doel te voorkomen dat de overheid ongewild criminele activiteiten faciliteert bij het verlenen van beschikkingen, het gunnen van overheidsopdrachten en het aangaan van vastgoedtransacties. De Wet Bibob maakt het onder meer mogelijk dat rechtspersonen met een overheidstaak (zoals gemeenten, provincies en waterschappen), in aanvulling op hun eigen onderzoek, het Bureau bevordering integriteits-beoordelingen door het openbaar bestuur (het Landelijk Bureau Bibob, het LBB) advies kunnen vragen over feiten en omstandigheden die grond kunnen opleveren voor uitsluiting van een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure.[5] Een dergelijk advies kan aanbestedende diensten helpen bij het nemen van een beslissing om een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure al dan niet uit te sluiten van (verdere) deelname.

Inkopers voelen zich thuis in de aanbestedingswet- en regelgeving, maar zijn niet altijd even goed op de hoogte van de ins en outs van de Wet Bibob. Dit terwijl degenen die zich bij de overheid bezighouden met integriteit en ondermijning, niet altijd even goed thuis zijn in de aanbestedingswet- en regelgeving. Daarbij doet zich in de praktijk niet zelden een spanningsveld voor. Namelijk tussen het belang dat het aanbestedingsproces zo efficiënt en snel mogelijk verloopt en het belang dat niet-integere partijen worden geweerd. Een Bibob-toets kost immers (extra) tijd en inspanningen en kan onzekerheden met zich brengen voor de afronding van de aanbesteding.

Doel

Deze handreiking heeft als doel om de toepasselijke wet- en regelgeving op hoofdlijnen te schetsen. Maar is vooral bedoeld om de relevante stakeholders te informeren over de manier waarop het Bibob-instrument in het aanbestedingsproces en de uitvoeringsfase kan worden ingepast, zodat de hiervóór genoemde belangen en doelstellingen kunnen worden verenigd en bereikt. Het beoogde resultaat is een zo efficiënt mogelijke besteding van overheidsmiddelen aan integere partijen.

Doelgroep

De primaire doelgroep van deze handreiking: personen die werkzaam zijn bij/voor de overheid en zich bezighouden met inkoop, aanbesteding en het tegengaan van ondermijning. Dat kunnen inkopers, juristen en beleidsmedewerkers zijn, maar bijvoorbeeld ook bestuurders.

---

2 *Richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU.*

3 *Zie nrs. 1 en 2 in de considerans van Richtlijn 2014/24/EU.*

4 *Zie: Monitor Aanbestedingen in Nederland 2017 – 2019 d.d. 26 april 2021. Dit rapport is te vinden via: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/04/26/monitor-aanbestedingen-in-nederland-2017-2019*

5 *Zie art. 9 Wet Bibob.*

2 LEESWIJZER

In het *vorige hoofdstuk* is beschreven wat het doel en de doelgroep van deze handreiking zijn.

In *hoofdstuk 3* wordt kort ingegaan op de vraag: wie moet wat, wanneer en hoe aanbesteden? Deze achtergrondinformatie is van belang voor een goed begrip van de hoofdstukken erna en is vooral bedoeld voor leden van de doelgroep die minder goed thuis zijn in het aanbestedingsrecht.

Vervolgens wordt in *hoofdstuk 4* beschreven wat het toepassingsbereik is van de Wet Bibob bij aanbestedingen: bij welke aanbestedingen kan/mag het Bibob-instrumentarium worden toegepast en waar niet? Ook komt de positionering van Bibob-toetsing in aanbestedingen aan bod: waarvoor kan het Bibob-instrument worden ingezet en waarvoor juist niet? Verder zal worden ingegaan op de volgende vragen: wat zijn de randvoorwaarden voor toepassing van de Wet Bibob in het kader van een aanbesteding, hoe vindt een Bibob-toets plaats en wat zijn de mogelijke uitkomsten en consequenties ervan in de aanbestedings- en uitvoeringsfase? Dit zal inzichtelijk worden gemaakt aan de hand van de model-integriteits-/Bibob-clausules die in de bijlagen bij deze handreiking zijn opgenomen.

Hoofdstuk 5 is specifiek gewijd aan de toepassing van de Wet Bibob in het sociaal domein. De inkoop van diensten in dat domein neemt aanbestedingsrechtelijk namelijk een bijzondere positie in.

In *hoofdstuk 6* worden enkele praktijkvragen (“FAQ’s”) beantwoord.

Hoofdstuk 7 bevat de belangrijkste conclusies en enkele aanbevelingen.

3

AANBESTEDINGSRECHT IN KORT BESTEK: WIE MOET WAT, WANNEER EN HOE AANBESTEDEN?

Op grond van de Aanbestedingswet 2012 zijn *aanbestedende diensten*, zoals provincies en gemeenten, onder omstandigheden verplicht om hun *overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten* aan te besteden. Denk aan de opdracht van een gemeente voor de bouw van een nieuw gemeentehuis, of de opdracht voor het verlenen van huishoudelijke hulp in het kader van de Wmo 2015.

Ook zijn aanbestedende diensten onder omstandigheden verplicht om hun *concessieopdrachten voor werken en diensten* aan te besteden. Denk aan een concessie voor (de bouw en) de exploitatie van een gemeentelijk zwembad.

Hetzelfde geldt voor zogenaamde *speciale-sectorbedrijven*: zij moeten hun *speciale-sectoropdrachten voor werken, leveringen en diensten*, en hun *concessieopdrachten voor werken en diensten* onder omstandigheden eveneens aanbesteden. Denk aan de opdracht voor de bouw en/of de exploitatie van een warmtenet.

De gecursiveerde begrippen worden gedefinieerd in art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.

Deze handreiking concentreert zich op de situaties die zich bij haar doelgroep het meest zullen voordoen. Namelijk, waarin sprake is van de gunning van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten, of waarin sprake is van een (semi-) open house procedure van een aanbestedende dienst, die behoort tot de decentrale overheid, zoals gemeenten en provincies. Op het begrip (semi-) open house procedure wordt nader ingegaan in hoofdstuk 5 van deze handreiking.

Voor genoemde opdrachten gelden per 1 januari 2022 de volgende, belangrijkste drempelwaarden:[6]

Overheidsopdrachten (klassieke overheid): Richtlijn 2014/24/EU

De *verordening 2021/1952 tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU* bepaalt voor:

- Werken: € 5.382.000,-;
- Leveringen en diensten voor de decentrale overheid: € 215.000,-;
- Overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten: € 750.000,-.

Concessieopdrachten: Richtlijn 2014/23/EU

- De verordening *2021/1951 tot wijziging van Richtlijn 2014/23/EU* bepaalt het volgende:
- Concessieovereenkomsten voor (openbare) werken: € 5.382.000,-;
- Dienstenconcessies: € 5.382.000,-.

---

6 *Voor een volledig overzicht, zie bijv.: https://www.pianoo.nl/nl/regelgeving/drempelbedragen-europees-aanbesteden Deze drempelbedragen gelden tot en met 31 december 2023.*

Als de overheidsopdracht een waarde **boven** de toepasselijke drempel heeft, moet een **Europese** aanbestedingsprocedure worden gehouden conform deel 2 van de Aanbestedingswet 2012, tenzij een beroep kan worden gedaan op een wettelijke uitzondering.

Indien een beroep op een uitzondering niet mogelijk is, dan heeft de aanbestedende dienst de keuze tussen de volgende procedures:[7]

- de openbare procedure,
- de niet-openbare procedure (procedure met preselectie),
- de procedure van de concurrentiegerichte dialoog,
- de mededingingsprocedure met onderhandeling,
- de procedure van het innovatiepartnerschap, of
- de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.

NB! Voor de toepassing van sommige van deze procedures gelden bijzondere voorwaarden.

Als het gaat om een overheidsopdracht voor sociale en andere specifieke diensten (hierna: SAS-diensten) met een waarde van € 750.000,- of hoger,[8] dan kan de aanbestedende dienst de “procedure” voor sociale en andere specifieke diensten (hierna: de SAS-procedure) toepassen.[9] Gaat het specifiek om een overheidsopdracht betreffende diensten voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening,[10] dan moet de SAS-procedure worden toegepast, tenzij de aanbestedende dienst (gemotiveerd) anders beslist.[11] Dit is van belang voor overheidsopdrachten voor diensten in het sociaal domein. De SAS-procedure is in feite een aanbestedingsprocedure volgens een enigszins verlicht regime. In *hoofdstuk 5* van deze handreiking wordt specifiek ingegaan op de inkoop van diensten in het sociaal domein.

Indien sprake is van een overheidsopdracht met een waarde onder de toepasselijke drempel, dan geldt – kort samengevat – het volgende:

- Indien de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft (d.w.z. dat ondernemers uit andere EU-lidstaten geïnteresseerd zijn), dan moet deze opdracht met een passende mate van openbaarheid in de markt worden gezet, zodat alle geïnteresseerden op gelijke voet hun belangstelling kunnen uiten en kunnen meedingen;[12]
- Ontbreekt een duidelijk grensoverschrijdend belang, dan moet aan de hand van de waarde van de opdracht en de zogenaamde stoplichtmodellen (kleurenbalkjes) in de Gids Proportionaliteit,[13] althans op basis van het eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid van de aanbestedende dienst worden bepaald welke (nationale) aanbestedingsprocedure passend is;
- Kort samengevat kan in die laatste situatie een nationale (niet-) openbare procedure, een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure, of een enkelvoudig onderhandse procedure aan de orde zijn.

---

7 *Zie art. 2.25 Aanbestedingswet 2012.*

8 *In bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24/EU is een opsomming te vinden van diensten die in deze categorie vallen. Op https://www.pianoo.nl/sites/default/files/media/documents/2021-11/overzichtcpv-codesnaardienst-april2016-1_0.pdf is een handig uitgewerkt overzicht te vinden van SAS-diensten.*

9 *Het gaat hier niet zozeer om een echte procedure, maar om stappen die in de desbetreffende aanbestedingsprocedure in ieder geval moeten worden doorlopen. Zie art. 2.39 Aanbestedingswet 2012.*

10 *Zie wederom bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24/EU.*

11 *Zie art. 2.38 lid 2 Aanbestedingswet 2012.*

12 *Zie de artt. 1.7 sub b en 1.9 lid 2 Aanbestedingswet 2012.*

13 *Zie p. 32 t/m 34 van De Gids Proportionaliteit (3e herziening, 1 januari 2022).*

Hier wordt alvast opgemerkt dat de Wet Bibob toepasbaar is, bij aanbestedingen zowel boven als onder de hiervóór genoemde drempelwaarden; dus bij zowel Europese als bij nationale, meervoudig onderhandse en enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedures, en sinds 1 oktober 2022 ook bij (semi-) open house procedures. Zie verder *par. 4.2.1* en *hoofdstuk 5*.

Tot slot is van belang dat op alle aanbestedingen, de beginselen en uitgangspunten die in hoofdstuk 1.2 van de Aanbestedingswet 2012 worden genoemd, van toepassing zijn. Het gaat dan vooral om de kernbeginselen van aanbestedingsrecht: non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit. Hoewel de Aanbestedingswet 2012 formeel niet van toepassing is op (semi-) open house procedures (zie *hoofdstuk 5* hierna), volgt uit rechtspraak dat de aanbestedingsbeginselen ook bij dergelijke procedures in acht moeten worden genomen.[14] Aanbestedende diensten, die tevens bestuursorgaan zijn, zijn bovendien gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Tot zo ver het aanbestedingsrecht in kort bestek.

14 *Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2023, zaaknummer 200.293.586, n.n.g., r.o. 3.10 en Vzr. Rb. Midden-Nederland 16 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5829, r.o. 3.6.*

4 TOEPASSING WET BIBOB BIJ AANBESTEDINGEN (ALGEMEEN)

In dit hoofdstuk komen de volgende onderwerpen aan bod:

4.1. Inleiding

4.2. Toepassingsbereik Wet Bibob bij aanbestedingen
- 4.2.1 Bibob-toetsing mogelijk bij alle overheidsopdrachten, speciale-sectoropdrachten en open house-procedures
- 4.2.2 Uitzondering: concessies

4.3. Positionering Bibob-toetsing in een aanbestedingsprocedure
- 4.3.1 Inleiding
- 4.3.2 Positionering Bibob-toetsing in een aanbestedingsprocedure
- 4.3.3 Dwingende uitsluitingsgronden
- 4.3.4 Ernstige beroepsfout
- 4.3.5 Geschiktheidseis inzake financiële en economische draagkracht
- 4.3.6 Transparantie
- 4.3.7 Consequenties
- 4.3.8 Bibob-onderzoek naar onderaannemers

4.4. Bibob-toetsing in de contractfase (na afloop van de aanbesteding)
- 4.4.1 Inleiding
- 4.4.2 Bibob-onderzoek naar de opdrachtnemer
- 4.4.3 Bibob-onderzoek naar onderaannemers
- 4.4.4 Transparantie

4.5. Werkwijze eigen onderzoek, LBB-onderzoek en mogelijke uitkomsten nader toegelicht
- 4.5.1 Inleiding
- 4.5.2 Werkwijze aanbestedingsfase
- 4.5.3 Werkwijze contractuele fase



4.1. Inleiding

Tot 1 augustus 2020 was de toepassingsmogelijkheid van Bibob-toetsing bij aanbestedingen beperkt tot drie sectoren: bouw, ICT en milieu. De ratio achter deze beperking was dat deze sectoren bepaalde kenmerken vertonen die wijzen op kwetsbaarheid voor criminaliteit.

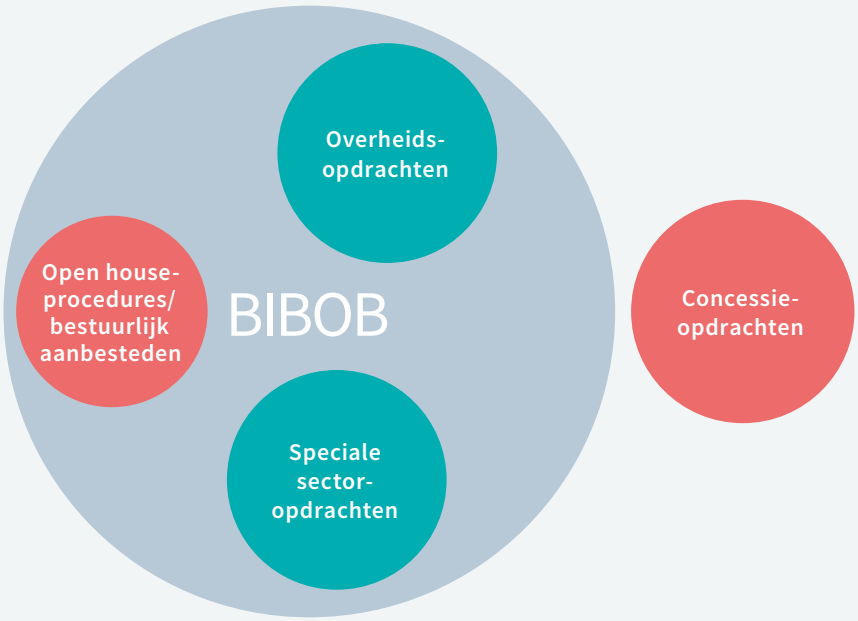
Onder de gewijzigde Wet Bibob (eerste tranche) is die sectorale beperking losgelaten. De wetgever achtte het wenselijk om de instrumenten van de Wet Bibob flexibeler in te kunnen zetten bij overheidsopdrachten:

"Crimineel geld zal altijd nieuwe uitwegen zoeken. De regering kan de lijst van sectoren weliswaar uitbreiden in het Besluit Bibob met voornoemde sectoren waarvan op dit moment duidelijk is dat deze een risico vormen, maar ook dan zal deze lijst, net als nu, niet toekomstbestendig zijn. (…) Bij overheidsopdrachten geldt eveneens dat de risico's zich niet beperken tot enkele sectoren en dat de aard van de overheidsopdrachten niet vastomlijnd is in een veranderende samenleving. Voorgesteld wordt derhalve om deze beperking te laten vallen. In de praktijk blijkt ook in andere sectoren behoefte aan bescherming van de integriteit van de overheid middels toepassing van de Wet Bibob."[15]

Kortom: de toepassing van de Wet Bibob is niet meer beperkt tot aanbestedingen in specifieke sectoren. Daarmee is de vraag bij welke aanbestedingen het Bibob-instrument kan/mag worden toegepast en waar niet, nog niet beantwoordt. Op deze vraag wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

4.2. Toepassingsbereik Wet Bibob bij aanbestedingen

In onderstaande figuur wordt inzichtelijk gemaakt wat het toepassingsbereik is van de Wet Bibob. Dit wordt hieronder en in *hoofdstuk 5* nader toegelicht.



15 *MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35 152, nr. 3, p. 4.*

4.2.1 Bibob-toetsing mogelijk bij alle overheidsopdrachten, speciale-sectoropdrachten én open house-procedures

Sinds 1 augustus 2020 kan Bibob-toetsing worden toegepast op **alle overheidsopdrachten en speciale-sectoropdrachten zoals bedoeld in art. 1.1 Aanbestedingswet 2012**.[16] Dit geldt zowel voor overheidsopdrachten en speciale-sectoropdrachten met een waarde boven de toepasselijke drempelwaarde, als voor overheidsopdrachten en speciale-sectoropdrachten met een waarde daaronder.[17] Anders gezegd: Bibob-toetsing kan zowel bij Europese als bij nationale, meervoudig onderhandse en enkelvoudig onderhandse aanbestedingen worden toegepast.

Per 1 oktober 2022 kan Bibob-toetsing bovendien worden toegepast in het kader van zogenaamde (semi-) open house-procedures.[18] Dit is van belang voor de inkoop van zorgdiensten in het sociaal domein (Wmo 2015 en Jeugdwet) en betekent een aanzienlijke verruiming van het toepassingsbereik van de Wet Bibob bij aanbestedingen. Omdat de inkoop van diensten in het sociaal domein aanbestedingsrechtelijk een bijzondere positie inneemt, wordt in *hoofdstuk 5* apart ingegaan op de toepassing van de Wet Bibob bij de inkoop van dergelijke diensten. Aldaar wordt ook uiteengezet wat wordt bedoeld met een (semi-) open house-procedure.

4.2.2 Uitzondering: concessies

Maar let op; nog steeds vallen niet alle vormen van aanbestedingen onder het toepassingsbereik van de Wet Bibob. Bibob-onderzoek mag namelijk alleen worden toegepast als daar een wettelijke basis voor is. Ten aanzien van aanbestedingen wordt die wettelijke basis gevormd door art. 1 Wet Bibob. Daaruit volgt dat er nog altijd een belangrijke categorie **buiten het toepassingsbereik van de Wet Bibob valt: concessieopdrachten voor werken en diensten**.

Een concessieopdracht is een opdracht met grotendeels dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht, maar met als verschil dat in plaats van een volledige vergoeding van de kosten door de aanbestedende dienst, de concessiehouder het recht krijgt om het werk of de dienst te exploiteren en daarmee zijn kosten kan terugverdienen. Met het recht om te exploiteren, gaat ook het exploitatierisico over op de concessiehouder. Een voorbeeld hiervan is de concessie voor de exploitatie van een gemeentelijk zwembad. Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012 kent een eigen definitie van het begrip concessieopdracht en de Aanbestedingswet 2012 bevat ook een eigen aanbestedingsregime voor concessieopdrachten in deel 2a. Omdat in art. 1 van de Wet Bibob niet (ook) naar de definitie van het begrip concessieopdracht in de Aanbestedingswet 2012 wordt verwezen, vallen concessieopdrachten nog steeds buiten het toepassingsbereik van de Wet Bibob.

4.3. Positionering Bibob-toetsing in een aanbestedingsprocedure

Vervolgens bestaat de vraag hoe/waar Bibob-toetsing in het kader van een aanbestedingsprocedure moet worden gepositioneerd? Op die vraag wordt in deze paragraaf ingegaan.

16 *Zie art. 1 leden 1 en 4 Wet Bibob.*

17 *Zie art. 5 Wet Bibob.*

18 *Zie de Wet van 6 juli 2022 tot wijziging van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur in verband met informatiedeling tussen bestuursorganen en rechtspersonen met een overheidstaak en enige overige wijzigingen (Stb. 2022, nr. 304), en het Besluit van 19 september 2022 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van voornoemde wet (Stb. 2022, 367).*

4.3.1 Inleiding

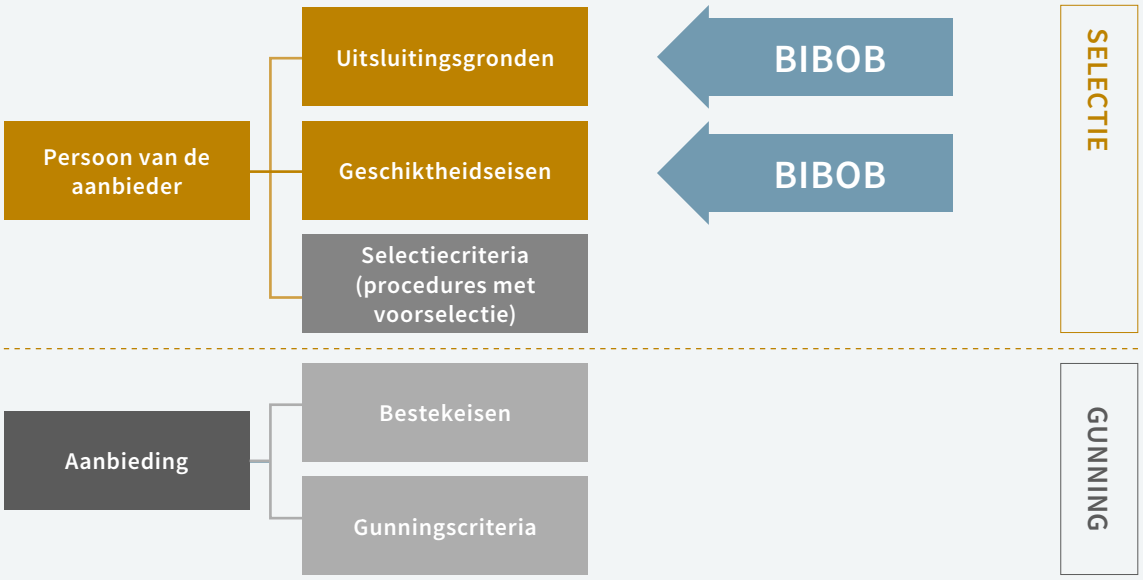
Bibob-onderzoek is mogelijk in de volgende situaties:[19]

- Voorafgaand aan het nemen van een gunningsbeslissing in het kader van een aanbestedingsprocedure;
- Voorafgaand aan het inroepen van een specifieke ontbindende "Bibob-voorwaarde" in een overeenkomst die het resultaat is van een voorafgaande aanbestedingsprocedure, mits die voorwaarde is overeengekomen;
- Voorafgaand aan het verlenen van toestemming voor de inschakeling van een onderaannemer, mits deze toestemmingsvoorwaarde is gesteld.

Kortom: Bibob-onderzoek kan in de aanbestedings- of precontractuele fase worden verricht, maar ook in de contractuele of uitvoeringsfase. In deze paragraaf wordt ingezoomd op die eerste fase. In par. 4.4 staat het Bibob-onderzoek in de uitvoeringsfase centraal.

4.3.2 Positionering Bibob-toetsing in een aanbestedingsprocedure

In onderstaande figuur wordt inzichtelijk gemaakt hoe/waar Bibob-toetsing moet worden gepositioneerd in het kader van een aanbestedingsprocedure:



De Europese aanbestedingsrichtlijnen - en in navolging daarvan de Nederlandse Aanbestedingswet 2012 - kennen strikte kaders voor het verloop van aanbestedingsprocedures en de voorwaarden en criteria die daarin mogen worden gehanteerd. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds voorwaarden, eisen en criteria die aan de persoon/organisatie van de aanbied*er* worden gesteld. Dit wordt de selectie genoemd en betreft in sommige procedures, bijvoorbeeld de niet-openbare procedure, een aparte fase in de aanbesteding. Anderzijds zijn er eisen en criteria die gelden ten aanzien van hetgeen de aanbieder aanbiedt, dus ten aanzien van de aanbied*ing*. Dit wordt ook wel de gunning(-sfase) genoemd.

19 *Zie art. 5 lid 2 Wet Bibob.*

Bibob-toetsing ziet op de persoon/organisatie van de aanbieder en dient dus in het kader van de selectie (-fase) te worden gepositioneerd.

In de Aanbestedingswet 2012 zijn ten behoeve van de selectie **dwingende**[20] en **facultatieve**[21] uitsluitingsgronden opgenomen. Ook is in de Aanbestedingswet 2012 bepaald dat er geschiktheidseisen en selectiecriteria mogen worden geformuleerd op een drietal terreinen:[22]

- de financiële en economische draagkracht,
- de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, en
- de beroepsbevoegdheid.

Dwingende uitsluitingsgronden moeten, de naam zegt het al, verplicht in elke **Europese** aanbesteding worden toegepast. Ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden mag de aanbestedende dienst per aanbesteding beslissen of, en zo ja, welke van deze uitsluitingsgronden hij van toepassing verklaart. **Onder** de Europese aanbestedingsdrempels is het stellen van uitsluitingsgronden geheel facultatief.[23]

Volgens jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie vormen de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen een gesloten stelsel. Het is niet toegestaan nieuwe uitsluitingsgronden toe te voegen.

Dit betekent dat Bibob-toetsing niet als afzonderlijke uitsluitingsgrond kan worden toegevoegd in een aanbestedingsprocedure, maar moet worden gepositioneerd binnen het bestaande, wettelijke stelsel. De Bibob-wetgever heeft binnen dit aanbestedingsrechtelijk stelsel voor de Bibob-toetsing aansluiting gezocht bij:[24]

de dwingende uitsluitingsgronden van een onherroepelijke veroordeling wegens deelneming aan een criminele organisatie, omkoping, fraude of witwassen (art. 2.86 lid 2 sub a, b, c en d Aanbestedingswet 2012), en;

de facultatieve uitsluitingsgrond wegens het begaan van een ernstige beroepsfout, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken (art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012), en:

de geschiktheidseis van de financiële en economische draagkracht (art. 2.90 lid 2 sub a Aanbestedingswet 2012).

Let wel, als de genoemde uitsluitingsgronden niet van toepassing zijn (verklaard) in de aanbestedingsprocedure, of als de aanbestedende dienst niet een dergelijke geschiktheidseis hanteert, dan is Bibob-toetsing in dat kader dus niet mogelijk. Zie verder par. 4.3.6.

---

20 *Zie art. 2.86 Aanbestedingswet 2012.*

21 *Zie art. 2.87 Aanbestedingswet 2012.*

22 *Zie art. 2.90 lid 2 Aanbestedingswet 2012.*

23 *Dus ook voor wat betreft de dwingende uitsluitingsgronden: deze zijn alleen dwingend voorgeschreven in **Europese** aanbestedingen. Anders: aanbestedingen waarop het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing is. Zie bijv. art. 2.13.1.*

24 *MvT, Kamerstukken II 1999/00, 26 883, nr. 3, p. 32-33.*

4.3.3 Dwingende uitsluitingsgronden

Een aanbestedende dienst moet een gegadigde of inschrijver, jegens wie bij een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak een veroordeling als bedoeld in art. 2.86 lid 2 Aanbestedingswet 2012 is uitgesproken die bij de aanbestedende dienst bekend is als gevolg van verificatie overeenkomstig de artikelen 2.101, 2.102 en 2.102a dan wel uit anderen hoofde, (in principe) uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure.[25] Daarbij gaat het onder andere om onherroepelijke veroordelingen wegens deelneming aan een criminele organisatie, omkoping, fraude en witwassen.[26] De terugkijktermijn is vijf jaar: uitsluitend rechterlijke uitspraken die in de vijf jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving onherroepelijk zijn geworden, mogen in aanmerking worden genomen.[27] Art. 2.86 lid 3 Aanbestedingswet 2012 bepaalt overigens dat een aanbestedende dienst een gegadigde of inschrijver ook uitsluit van deelneming aan een aanbestedingsprocedure, als jegens een persoon die lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan of die daarin vertegenwoordigings-, beslissing- of controlebevoegdheid heeft, een onherroepelijke veroordeling als bedoeld in het tweede lid is uitgesproken waarvan de aanbestedende dienst kennis heeft. Deze begrippen komen (deels) overeen met de begrippen 'leidinggevende' en 'zeggenschaphebbende' in de Wet Bibob.[28]

Met het oog op de (dwingende en facultatieve) uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen moeten gegadigden en inschrijvers gebruik maken van een eigen verklaring. Dit is het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: het UEA). Het ingevulde en ondertekende UEA moet bij het verzoek tot deelneming c.q. de inschrijving worden gevoegd. Daarin moet onder andere worden verklaard of de uitsluitingsgronden al dan niet van toepassing zijn op de gegadigde/inschrijver en of de dwingende uitsluitingsgronden van toepassing zijn op een persoon die lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan of die daarin vertegenwoordigings-, beslissing- of controlebevoegdheid heeft.[29] Deze laatste persoon of personen behoeven overigens niet met naam en toenaam te worden vermeld in het UEA, tenzij een dwingende uitsluitingsgrond wél van toepassing is.[30] De aanbestedende dienst controleert dus in eerste instantie aan de hand van het UEA of de uitsluitingsgronden wel of niet van toepassing zijn (en ook of zij voldoen aan de geschiktheidseisen). Indien daarna Bibob-onderzoek plaatsvindt, zal de gegadigde/inschrijver in het Bibob-vragenformulier nadere informatie moeten verstrekken, bijvoorbeeld over leidinggevenden en zeggenschaphebbenden. In het kader van het Bibob-onderzoek mag de aanbestedende dienst onderzoek doen naar (zie art. 7a lid 2 Wet Bibob):

- de betrokkene (oftewel: de gegadigde, de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie een overheidsopdracht is of zal worden gegund);
- de leidinggevende van betrokkene (oftewel: degene die direct of indirect leiding geeft of heeft gegeven aan betrokkene);
- de zeggenschaphebbende over betrokkene (oftewel: degene die direct of indirect zeggenschap heeft of heeft gehad over betrokken;[31]
- de vermogensverschaffer van betrokkene (oftewel: degene die direct of indirect vermogen verschaft of heeft verschaft aan betrokkene);
- de onderaannemer van betrokkene (oftewel: een derde aan wie een deel van de overheidsopdracht in onderaanneming is of zal worden gegeven door de betrokkene).

---

25 *Zie art. 2.86 lid 1 Aanbestedingswet 2012.*

26 *Zie art. 2.86 lid 2 sub a, b, c en d Aanbestedingswet 2012.*

27 *Zie art. 2.86 lid 7 Aanbestedingswet 2012.*

28 *Deze begrippen worden als volgt gedefinieerd in art. 1 lid 1 Wet Bibob: "degene die direct of indirect leiding geeft of heeft gegeven aan betrokkene" en "degene die direct of indirect zeggenschap heeft of heeft gehad over betrokkene."*

29 *Zie art. 2.84 Aanbestedingswet 2012 en Deel III A van het UEA.*

30 *Zie Deel III A van het UEA.*

31 *Met het oog op artikel 2.86 lid 3 van de Aanbestedingswet moet bij leidinggevenden en/of zeggenschaphebbenden tevens worden gedacht aan een persoon die lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan op de betrokkene of die daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid heeft.*

Bij toepassing van een (Europese) openbare procedure kan de aanbestedende dienst uitsluitend nagaan of de inschrijver aan wie hij voornemens is de overheidsopdracht te gunnen niet moet worden uitgesloten en of deze voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen.[32] Op die manier kunnen de administratieve lasten worden beperkt.

Art. 2.102 lid 1 Aanbestedingswet 2012 bepaalt vervolgens dat de aanbestedende dienst de inschrijver aan wie hij voornemens is de overheidsopdracht te gunnen, verzoekt om de vereiste bewijsstukken in verband met de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen over te leggen. Een gegadigde of inschrijver kan door middel van een gedragsverklaring aanbesteden (hierna: GVA), die op het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving niet ouder is dan 2 jaar, aantonen dat de uitsluitingsgronden zoals bedoeld in onder andere art. 2.86, voor zover het een onherroepelijke veroordeling betreft, niet op hem (en/of de personen zoals genoemd in art. 2.86 lid 3) van toepassing zijn.[33]

De GVA is destijds geïntroduceerd in verband met een betere toetsing van de integriteit van ondernemers en wordt nader geregeld in *hoofdstuk 4* van de Aanbestedingswet 2012. Een aanvraag om afgifte van een GVA wordt ingediend bij de Minister van Veiligheid en Justitie (de screeningsautoriteit Justis).[34] De toetsingscriteria die daarbij worden aangelegd, zijn te vinden in art. 4.7 Aanbestedingswet 2012, de weigeringsgronden in art. 4.10. In verband met het bepaalde in art. 4.10 lid 3 kan er overigens op worden gewezen dat ook veroordelingen van voormalige bestuurders, vennoten, maten of beheerders van een rechtspersoon die in het jaar voorafgaande aan de aanvraag een beleidsbepalende functie in de rechtspersoon hebben vervuld, alsmede veroordelingen van personen die lid zijn van bestuursorganen, leidinggevende en toezichthoudende organen (zie art. 2.86 lid 3 Aanbestedingswet 2012), tot weigering van de aanvraag om afgifte van een GVA leiden.[35] Deze kunnen in het kader van de Wet Bibob mogelijk relevant zijn met het oog op het bestaan van een (al dan niet verbroken) zakelijk samenwerkingsverband. Bijvoorbeeld wanneer het risico bestaat op herleving van dat verband, of wanneer van Bibob-relevante handelingen van het intussen verbroken zakelijk samenwerkingsverband nog door de betrokken wordt geprofiteerd.

---

32 *Zie art. 2.101 lid 3 Aanbestedingswet 2012.*

33 *Zie art. 2.89 lid 2 Aanbestedingswet 2012. Daaruit volgt ook, dat met behulp van een dergelijke GVA kan worden aangetoond dat de facultatieve uitsluitingsgronden ex art. 2.87 lid 1, onderdelen c (ernstige beroepsfout) en d (overtreding van de mededingingsregels) Aanbestedingswet 2012, voor zover het een* ***onherroepelijke*** *veroordeling of een* ***onherroepelijke*** *beschikking wegens overtreding van mededingingsregels betreft, niet op de gegadigde/inschrijver van toepassing zijn. De afgifte van een GVA zegt dus niets over veroordelingen en beschikkingen die nog niet onherroepelijk zijn.*

34 *Zie art. 4.4 Aanbestedingswet 2012.*

35 *Zie Bleeker/Versteeg, in T&C Aanbestedingsrecht, art. 4.10 Aanbestedingswet 2012, aant. 3, en HvJ EU 20 december 2017, C-178/16 (Mantovani), ECLI:EU:C:2017:1000.*

Let op, in het kader van de GVA worden niet dezelfde bronnen geraadpleegd als bij het Bibob-onderzoek. De aard en omvang van het Bibob-onderzoek is dus niet hetzelfde als het onderzoek in het kader van de GVA. Hieronder ter illustratie een overzicht van de bronnen die worden geraadpleegd en de verhouding tussen Bibob en de GVA:

Bibob	GVA
• Aangeleverde informatie • Justitieel Documentatie Systeem (JDS) • Autoriteit Consument & Markt • Belastingdienst FIOD-ECD • Buitenlandse politiële en justitiële autoriteiten • CJIB • Financial Intelligence Unit Nederland (FIU-NL) • FIOD • Basisregistratie personen (BRP) • IND • Inspectie Leefomgeving en Transport – Inlichtingen en Opsporingsdienst (ILT IOD) • Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Inspectie SZW) • Internet • Kadaster • Kamer van Koophandel • Koninklijke Marechaussee.	• Justitieel Documentatie Systeem (JDS) • Beschikkingen van Autoriteit Consument & Markt en de Europese Commissie

Hieruit blijkt dat in het kader van Bibob-onderzoek uit veel meer bronnen relevante informatie kan worden geput. Aldus kan worden gesteld dat Bibob-onderzoek de mogelijkheid biedt om aangeleverde informatie te verifiëren, informatie aan te vullen die wellicht ontbreekt door een verouderd maar op zich nog geldig GVA (zie ook hierna), om informatie aan te vullen die van belang kan zijn voor de beoordeling of wanneer er sprake is van een ernstige beroepsfout. Dit wordt bevestigd door een recente rechterlijke uitspraak. Zie Vzr. Rb. Gelderland 14 december 2022, C/05/409449 / KG ZA 22-308, n.n.g. (hoger beroep is ingesteld). In die zaak werd via het Bibob-vragenformulier duidelijk dat de desbetreffende inschrijver in zijn UEA géén volledige openheid van zaken had gegeven als het gaat om mogelijke ernstige beroepsfouten. Dit leidt tot het oordeel dat de aanbestedende dienst deze inschrijver kon en mocht uitsluiten vanwege het afleggen van een valse verklaring c.q. het achterhouden van relevante informatie.

Wordt de GVA afgegeven, dan impliceert dit dat tegen de betrokken natuurlijke of rechtspersoon géén bezwaren bestaan in verband met diens deelneming aan de aanbestedingsprocedure.[36]

36 *Zie art. 4.1 Aanbestedingswet 2012.*

Een onderneming die géén GVA kan overleggen, kan/mag echter niet automatisch worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure, zelfs wanneer de aanbestedende dienst daarom heeft verzocht. De aanbestedende dienst moet namelijk altijd onderzoeken of uitsluiting in het specifieke geval op zijn plaats is: zie art. 2.87a Aanbestedingswet 2012. Ondernemingen zonder GVA zullen in hun inschrijving dus moeten aantonen dat uitsluiting in hun specifieke geval niet proportioneel zou zijn en waarom.[37] Kort samengevat betekent dit dat:

- de aanbestedende dienst een gegadigde of inschrijver waarop een uitsluitingsgrond als bedoeld in art. 2.86 leden 1 of 3 (of art. 2.87) van toepassing is, in de gelegenheid moet stellen te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ('zelfreiniging');[38]
- Indien de aanbestedende dienst dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken gegadigde of inschrijver niet uitgesloten;
- Indien de aanbestedende dienst de genomen maatregelen onvoldoende acht, deelt hij dit gemotiveerd mee aan de betrokken gegadigde of inschrijver;[39]
- de aanbestedende dienst kan ervan afzien om een ondernemer op wie een uitsluitingsgrond aanwezig is uit te sluiten, (i) om dwingende redenen van algemeen belang, of (ii) indien naar het oordeel van de aanbestedende dienst uitsluiting niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.

Kortom, automatische uitsluiting is niet toegestaan als een onderneming géén GVA kan overleggen.

Andersom betekent het wél kunnen overleggen ervan niet per se dat de uitsluitingsgronden ex artikelen 2.86 en 2.87 lid 1 sub c en d (voor zover het een onherroepelijke veroordeling of een onherroepelijke beschikking wegens overtreding van mededingingsregels betreft) niet op de ondernemer van toepassing zijn c.q. dat de ondernemer in de procedure blijft. Immers: tussen de afgifte van de GVA en het toetsmoment in het kader van de aanbestedingsprocedurem, kan een relevante onherroepelijke veroordeling zijn uitgesproken. Het van toepassing verklaren van de Wet Bibob op de desbetreffende aanbesteding kan daarvoor een oplossing bieden. In het kader van Bibob-onderzoek kan namelijk actuele (-re) informatie worden verkregen. Zie het bronnenoverzicht hierboven. Een andere oplossing voor dat probleem kan overigens worden gevonden in de artikelen 2.101 en 2.102 Aanbestedingswet 2012, ook wanneer de Wet Bibob niet van toepassing is verklaard. Die artikelen vormen de implementatie van art. 59 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU. Daarin is – kort samengevat - bepaald dat de aanbestedende dienst vóór gunning van de opdracht de beoogde winnaar verzoekt om de **actuele** bewijsmiddelen, in verband met de uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen, over te leggen. Hierin is ook bepaald dat de aanbestedende dienst ondernemers kan verzoeken om de ontvangen bewijsmiddelen aan te vullen of te verduidelijken. Vanwege het beginsel van gelijke behandeling, kan het natuurlijk niet zo zijn dat de opdracht wordt gegund aan een inschrijver die wél over een GVA beschikt die – conform het bepaalde in art. 2.89 lid 2 Aanbestedingswet - op het moment van inschrijven niet ouder is dan twee jaar, maar op wie wel degelijk een uitsluitingsgrond van toepassing is.

---

37 *Zie de artt. 2.87a en 2.88 Aanbestedingswet 2012.*

38 *De gegadigde of inschrijver moet alsdan aantonen dat hij, voor zover van toepassing, schade die voortvloeit uit veroordelingen voor strafbare feiten als bedoeld in art. 2.86 (of uit fouten als bedoeld in art. 2.87) heeft vergoed of heeft toegezegd te vergoeden, dat hij heeft bijgedragen aan opheldering van feiten en omstandigheden door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafbare feiten of fouten te voorkomen. Zie art. 2.87a lid 2 Aanbestedingswet 2012. De aanbestedende dienst beoordeelt de door de gegadigde of inschrijver genomen maatregelen met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafbare feiten of fouten.*

39 *Zie art. 2.87a lid 3 Aanbestedingswet 2012.*

4.3.4 Ernstige beroepsfout

Deze facultatieve uitsluitingsgrond betreft een ernstige fout die een inschrijver of gegadigde (hetgeen niet hetzelfde is als diens aandeelhouder of bestuurder) in de uitoefening van zijn beroep heeft begaan, waardoor de integriteit van deze inschrijver of gegadigde in twijfel kan worden getrokken.[40] Deze uitsluitingsgrond kan, net als de andere facultatieve en de verplichte uitsluitingsgronden, worden toegepast op onderaannemers van de gegadigde of inschrijver, mits dit tevoren is aangekondigd.[41] Verder werd in *par. 4.3.3* al uiteengezet dat een gegadigde of inschrijver ook kan worden uitgesloten, wanneer op diens bestuurder een verplichte uitsluitingsgrond van toepassing is. De vraag kan worden gesteld of de kring van subjecten die in het kader van een aanbesteding aan Bibob-onderzoek kunnen worden onderworpen, beperkter is dan bij "standaard" Bibob-onderzoek. Dat is inderdaad het geval als het gaat om de gronden in art. 9 lid 2 sub a en b van de Wet Bibob. Echter, in het kader van het onderzoek naar de gronden c en d (oftewel (c) de mogelijkheid dat een betrokkene wordt gefinancierd met uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen en/of (d) de mate van gevaar dat een betrokkene, indien de overheidsopdracht aan hem zou worden gegund, bij de uitvoering van die opdracht strafbare feiten zal plegen), kan de kring van te onderzoeken subjecten zich ook uitstrekken over de zakelijke relaties. In de wetsgeschiedenis zien wij ook geen aanknopingspunt dat in verband met het onderzoek naar deze gronden, de wetgever een beperking, zoals hiervoor bedoeld, heeft beoogd. Art. 9 lid 2 sub c Wet Bibob ("financiers") komt overigens in *par. 4.3.5* hierna aan bod.

In de literatuur wordt toegelicht dat de uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktpartij. Het wordt aan de lidstaten overgelaten om het begrip 'ernstige beroepsfout' in te vullen, onder eerbiediging van het Europees recht.[42] Zie ook de Gids Proportionaliteit. Daarin wordt opgemerkt dat het begrip 'ernstige beroepsfout' een open norm is, die voor meerdere uitleg vatbaar is en daardoor lastig toe te passen is. Daarom moet zeer restrictief worden omgegaan met het stellen van deze uitsluitingsgrond.[43]

De aanbestedende dienst die deze uitsluitingsgrond van toepassing wenst te verklaren, doet er dus verstandig aan om deze zo veel mogelijk te concretiseren in de aanbestedingsstukken en toe te spitsen op de aard en omvang van de opdracht die wordt aanbesteed. Daarbij kan inspiratie worden ontleend aan de wetsgeschiedenis en de rechtspraak.

Zo worden in de memorie van toelichting gedragingen genoemd, die in het algemeen als 'ernstige beroepsfout' kunnen worden aangemerkt: overtredingen van voorschriften betreffende gezondheid, arbeidsomstandigheden, milieudelicten en overtredingen van de Rijtijdenwet, overtredingen van de Mededingingswet en het hebben begaan van een onrechtmatige daad waaruit ernstige schade is voortgevloeid.[44]

Uit rechtspraak van het Europees Hof van Justitie blijkt dat het begrip 'ernstige beroepsfout' gewoonlijk ziet op gedrag dat wijst op kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst.[45] Een overtreding van de mededingingsregels, met name wanneer de inbreuk met een geldboete is bestraft, werd ook als 'ernstige beroepsfout' gekwalificeerd, omdat dergelijk gedrag een invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de ondernemer.[46]

---

40 *Zie art. 2.87lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012*

41 *Zie art. 2.79 lid 5 Aanbestedingswet 2012. Uit de artt. 2.92 leden 4 t/m 6 en 2.94 leden 4 en 5 Aanbestedingswet 2012 volgt overigens dat de uitsluitingsgronden ook worden toegepast op andere natuurlijke of rechtspersonen, op wiens kennis, ervaring en/of middelen een gegadigde of inschrijver zich beroept om te kunnen voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen.*

42 *Zie Bouwman/Schoenmaekers, in: T&C Aanbestedingsrecht, art. 2.87 Aanbestedingswet 2012, aant. 5.*

43 *Zie de Gids Proportionaliteit (3e herziening, 1 januari 2022), p. 39.*

44 *MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 80.*

45 *Zie HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (Forposta).*

46 *Zie HvJ EU 18 december 2014, C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469 (Generali).*

Art. 2.87 lid 1 onderdeel d Aanbestedingswet 2012 voorziet overigens in een aparte uitsluitingsgrond voor overeenkomsten die gericht zijn op de vervalsing van de mededinging.

Aanbestedende diensten kunnen een ernstige fout in de uitoefening van het beroep vaststellen op elke grond die zij aannemelijk kunnen maken;[47] daar is geen in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak voor nodig.[48] Er zijn voor het aantonen van deze grond geen bewijsstukken aangewezen.

Blijkens art. 2.87 lid 2 sub c Aanbestedingswet 2012, geldt voor deze facultatieve uitsluitingsgrond een terugkijktermijn van 3 jaar; uitsluitend ernstige beroepsfouten die die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan, kunnen/mogen in aanmerking worden genomen. De terugkijktermijn knoopt dus aan bij het moment waarop de ernstige beroepsfout heeft plaatsgevonden.[49] Uit rechtspraak blijkt echter dat onder omstandigheden ook naar gedragingen kan/mag worden gekeken, die zich buiten de terugkijktermijn hebben voorgedaan. Namelijk wanneer sprake is van een (vast) patroon van gedragingen c.q. van structurele beroepsfouten.[50]

Tot slot: net als bij de verplichte uitsluitingsgronden ex art. 2.86, moet de aanbestedende dienst de artikelen 2.87a en 2.88 Aanbestedingswet 2012 in acht nemen. Automatische uitsluiting vanwege een ernstige beroepsfout kan/mag dus niet aan de orde zijn.

4.3.5 Geschiktheidseis inzake financiële en economische draagkracht

Zoals opgemerkt, vormen de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen op grond van Europese rechtspraak een gesloten stelsel. Als het gaat om de geschiktheidseisen, heeft de wetgever binnen dit aanbestedingsrechtelijk stelsel voor de Bibob-toetsing aansluiting gezocht bij de geschiktheidseis van de financiële en economische draagkracht.[51]

Een ondernemer kan zijn financiële en economische draagkracht in ieder geval aantonen door een of meer van de volgende, kort samengevatte middelen:

- passende bankverklaringen of een bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's,
- overlegging van (uittreksels uit) jaarrekeningen, of
- een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren.[52]

Op zich hebben aanbestedende diensten een ruime discretionaire bevoegdheid bij de concrete invulling van een financieel-economische draagkrachteis en bij de bewijsmiddelen die in dat kader worden verlangd, mits deze eisen in een redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht die wordt aanbesteed.[53]

47 *Vgl. art. 57 lid 4 sub c Richtlijn 2014/24/EU.*

48 *HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, r.o. 3.6.4. Een rechterlijke uitspraak heeft 'kracht van gewijsde' als daartegen geen beroep meer mogelijk is.*

49 *Zie Hof Den Haag 21 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2487, r.o. 6.14.*

50 *Zie Vzr. Rb. Amsterdam 19 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9689, r.o. 4.8; Vzr. Rb. Gelderland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3391, r.o. 4.5; Vzr. Rb. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5153, r.o. 4.13.*

51 *Zie art. 2.90 lid 2 sub a Aanbestedingswet 2012.*

52 *Zie art. 2.91 lid 1 Aanbestedingswet 2012.*

53 *Zie art. 2.90 lid 8 Aanbestedingswet 2012.*

Maar let op: het stellen van een omzeteis is in principe niet toegestaan. Wanneer de aanbestedende dienst toch een omzeteis wil stellen, dan dient dit met zwaarwegende argumenten in de aanbestedingsstukken te worden onderbouwd.[54] In die situatie mag de omzeteis – kort samengevat – niet hoger zijn dan driemaal de geraamde waarde van de opdracht en dan moet de omzeteis worden gerelateerd aan maximaal 3 boekjaren.[55] Een kortere periode mag wel (mits niet discriminatoir), een langere niet. Aangezien omzet fluctueert, wordt aangeraden om bij de keuze voor omzet gerelateerd aan meerdere jaren, van een gemiddelde uit te gaan.[56]

In de memorie van toelichting bij de (oude) Wet Bibob, wordt het volgende opgemerkt over de manier waarop de Nederlandse wetgever voornemens is om het Bibob-instrument te hanteren in het kader van aanbestedingen:[57]

"*Desgevraagd heeft de Europese Commissie bij brief van 15 mei 1998 een reactie gegeven op de wijze waarop de Nederlandse overheid voornemens is het BIBOB-instrumentarium te hanteren in het kader van overheidsopdrachten.*

Wat betreft het selectiecriterium financiële draagkracht is ***door de Commissie benadrukt, dat niet elke financiering door of afhankelijkheid van de georganiseerde criminaliteit leidt tot een financieel instabiele situatie****. Een en ander is afhankelijk van de totale financiële situatie van de ondernemer. Voorts is er door de Commissie op gewezen, dat met de ontneming van crimineel vermogen in het kader van de Plukzewet een lange tijd gemoeid kan zijn,* ***hetgeen betekent dat alleen bij opdrachten met een betrekkelijk lange looptijd gesproken kan worden van een financiële instabiliteit. Daarnaast kunnen andere factoren een rol spelen zoals bijvoorbeeld de hoogte van de te verwachten sancties en de algehele financiële situatie van de onderneming****."*

Gelet hierop kan worden geconcludeerd dat in het kader van een financieel-economische draagkrachteis kan/mag worden gekeken naar de financiële stabiliteit van de onderneming van de gegadigde of inschrijver. In dat verband kan/mag bijvoorbeeld worden onderzocht of sprake is van financiering door of sprake is van afhankelijkheid van de georganiseerde criminaliteit (zie art. 9 lid 2 sub c Wet Bibob). Zo ja, dan kan dit tot afwijzing van de gegadigde of inschrijver leiden.

4.3.6 Transparantie

Bibob-onderzoek kan echter niet automatisch worden toegepast bij de hiervóór genoemde uitsluitingsgronden en geschiktheidseis. Op grond van het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel kan dit alleen wanneer de aanbestedende dienst vooraf, in de aanbestedingsstukken, duidelijk kenbaar heeft gemaakt[58]:

- welke uitsluitingsgronden hij op de aanbesteding van toepassing verklaart en/of een op Bibob-onderzoek toegesneden geschiktheidseis ten aanzien van de financiële en economische draagkracht is geformuleerd, en
- daarbij expliciet in de aanbestedingsstukken heeft aangegeven dat, en op welke wijze, Bibob-onderzoek onderdeel kan uitmaken van de beoordeling of één van de uitsluitingsgronden van toepassing is en/of aan de geschiktheidseis is voldaan of niet.

Met het oog hierop is in *bijlage 1* bij deze handreiking een voorbeeld-clausule opgenomen. Op de vraag hoe het Bibob-onderzoek in de aanbestedingsfase kan worden uitgevoerd, wordt nader ingegaan in *par. 4.5*.

54 *Zie art. 2.90 lid 3 Aanbestedingswet 2012 en p. 44 van de Gids Proportionaliteit (3e herziening, 1 januari 2022).*

55 *Zie art. 2.90 lid 5 en art. 2.91 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012. Zie ook p. 44/45 van de Gids Proportionaliteit (3e herziening, 1 januari 2022).*

56 *Zie p. 45 van de Gids Proportionaliteit (3e herziening, 1 januari 2022).*

57 *MvT, Kamerstukken II 1999/00, 26 883, nr. 3, p. 33.*

58 *Zie ook Vzr. Rb. Nood-Holland 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9802; Vzr. Rb. Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187; Vzr. Rb. Gelderland 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1162.*

4.3.7 Consequenties

Is er aan genoemde voorwaarden voldaan, dan kan de consequentie van het uitgevoerde (Bibob-) onderzoek zijn dat een ondernemer moet worden uitgesloten van de aanbesteding wegens de toepasselijkheid van één (of meer) van de uitsluitingsgronden, of dat de ondernemer financieel ongeschikt wordt bevonden. Dit laatste leidt er eveneens toe dat hij niet verder mag deelnemen aan de aanbesteding. Het gaat daarbij in principe om een (privaatrechtelijke) beslissing in het kader van de aanbestedingsprocedure en dus niet om een (bestuursrechtelijk) besluit (op grond van de Wet Bibob). Rechtsbescherming in verband met de uiteindelijke gunnings-/ uitsluitingsbeslissing verloopt dan ook via de civiele rechter. Het is aan te raden om dit ter voorkoming van misverstanden expliciet in de aanbestedingsstukken te bepalen, evenals de manier waarop rechtsbescherming kan worden gezocht.[59]

4.3.8 Bibob-onderzoek naar onderaannemers

Niet alleen de gegadigde/inschrijver zelf kan op deze manier worden onderworpen aan Bibob-onderzoek, maar ook de eventuele door hem in te zetten onderaannemers. Zie ook de opmerkingen daarover aan het begin van *par. 4.3.4.* Daarbij geldt wederom dat Bibob-onderzoek naar onderaannemers niet automatisch kan worden gedaan, maar alleen wanneer de aanbestedende dienst dat uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken heeft bepaald. Kort samengevat gaat het daarbij om in ieder geval de volgende mededelingen:[60]

- de opdracht wordt uitsluitend gegund aan een hoofdaannemer die voornemens is bij de uitvoering van de opdracht onderaannemers te betrekken op wie de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden niet van toepassing zijn;
- dat de aanbestedende dienst daarom van tevoren wil kunnen controleren of er grond voor uitsluiting van die onderaannemers bestaat;
- dat de inschrijver om die reden opgave moet doen in zijn inschrijving welk gedeelte van de opdracht hij in onderaanneming wil laten uitvoeren en welke onderaannemers hij voorstelt;
- dat van die onderaannemers een eigen verklaring moet worden ingediend, die zal worden gecontroleerd;
- dat deze en andere onderaannemers niet zonder toestemming van de aanbestedende dienst/opdrachtgever mogen worden gecontracteerd en ingezet,
- dat in het kader van die benodigde toestemming Bibob-toetsing plaatsvindt, en
- dat als een grond voor uitsluiting zich voordoet bij een onderaannemer, deze moet worden vervangen door een andere onderaannemer op wie de uitsluitingsgronden niet van toepassing zijn.

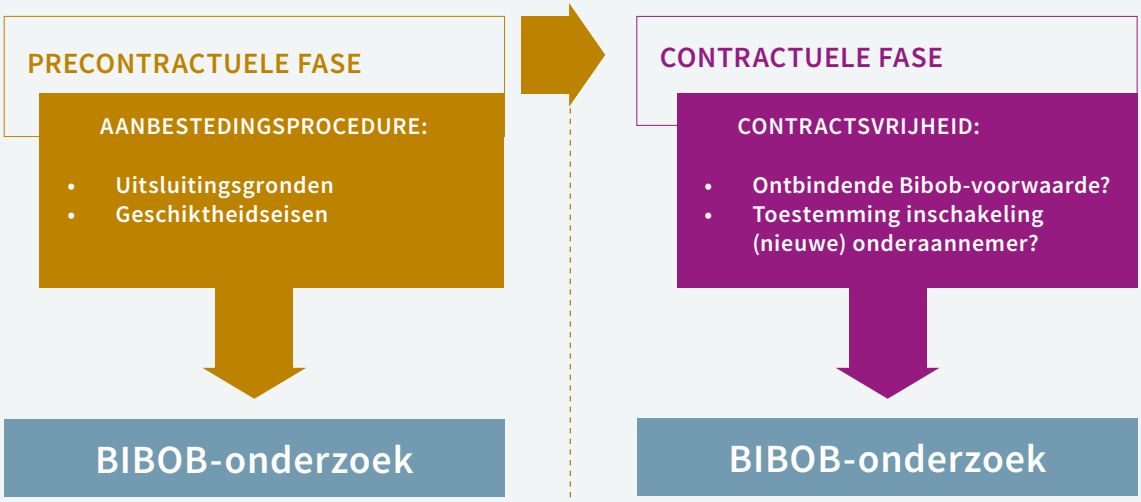
59 *Zie in dit verband art. 2.103 en par. 2.3.8.8 Aanbestedingswet 2012.*

60 *Zie art. 2.79 Aanbestedingswet 2012 en art. 5 lid 2 sub c Wet Bibob.*

4.4. Bibob-toetsing in de contractfase (na afloop van de aanbesteding)

4.4.1 Inleiding

Zoals opgemerkt is Bibob-toetsing ook mogelijk na afronding van de aanbestedingsprocedure, dus tijdens de contractuele fase. Zie art. 5 lid 2 Wet Bibob. Dit wordt in (de rechterhelft van) onderstaande figuur inzichtelijk gemaakt en dit wordt vervolgens nader toegelicht.



Deze paragraaf refereert, zoals opgemerkt, naar Bibob-toetsing in de contractuele fase. De meerwaarde daarvan zit hem er vooral in dat tijdens die fase vaak meer tijd beschikbaar is om een dergelijke, diepgaande toets zorgvuldig uit te voeren; in de aanbestedingsfase ligt de prioriteit toch vaak bij een zo snel en efficiënt mogelijke gunning en contractering. Een andere reden om Bibob-toetsing tijdens de uitvoeringsfase uit te kunnen voeren, kan gelegen zijn in de wil om blijvend te kunnen sturen op integriteit. Na afronding van de aanbestedingsfase kunnen zich nieuwe, relevante feiten voordoen, die maken dat (ongewijzigde) instandhouding van de overeenkomst onwenselijk is.

4.4.2 Bibob-onderzoek naar de opdrachtnemer

Bibob-onderzoek in de contractuele fase is uitsluitend mogelijk wanneer het verrichten van een dergelijk onderzoek expliciet in de overeenkomst is bedongen als ontbindende voorwaarde. Daarbij dient te worden bedongen bij welke uitkomsten van het Bibob-onderzoek de ontbindende voorwaarde intreedt. Bij het formuleren van de ontbindende voorwaarde staat de contractsvrijheid voorop. De wetgever heeft deze dus niet al bepaald, maar aanbestedende diensten mogen hier zelf een bepaling voor ontwerpen.

Voor de hand ligt dat wordt aangesloten bij de toetsingscriteria die zijn opgenomen in art. 9 lid 2 van de Wet Bibob. Deze toetsingscriteria zijn weliswaar toegespitst op de precontractuele fase (de aanbestedingsfase), terwijl het Bibob-onderzoek waarover het nu gaat, plaatsvindt gedurende de looptijd van het contract (dus na gunning). Aanbestedingsrechtelijk is het echter niet ongebruikelijk om in het contract als voorwaarde op te nemen dat de opdrachtnemer gedurende de looptijd van het contract moet blijven voldoen aan de geschiktheidseisen en dat er tijdens de looptijd van het contract niet alsnog een uitsluitingsgrond op opdrachtnemer van toepassing mag worden. In dat kader zou het onderhavige Bibob-onderzoek kunnen worden geplaatst.

Voorstelbaar is echter ook dat, vanwege de contractsvrijheid, de ontbindende voorwaarde van het Bibob-onderzoek tijdens de uitvoeringsfase (mede) wordt gekoppeld aan de "reguliere gevaarsconclusies" uit art. 3 lid 1 en aan het bepaalde in art. 3 lid 6 van de Wet Bibob. Oftewel: (i) de mate van gevaar dat de overheidsopdracht mede wordt/zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten (a-grond), of om strafbare feiten te plegen, en (ii) het redelijke vermoeden dat ter verkrijging van de opdracht een strafbaar feit is gepleegd.

In die situatie beperkt de kring van de te onderzoeken (rechts-) personen zich niet tot de betrokkene zelf, maar kan er ook worden gekeken naar personen die lid zijn van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de opdrachtnemer of die daarin vertegenwoordigings-, beslissing- of controlebevoegdheid hebben. Daarnaast kan worden gekeken naar andere (rechts-) personen, feiten en omstandigheden, voor zover relevant voor het kunnen inroepen van de toepasselijke ontbindende voorwaarde.

4.4.3 Bibob-onderzoek naar onderaannemers

Bibob-onderzoek tijdens de contractuele fase kan ook worden toegepast ten aanzien van de inzet van onderaannemers gedurende de looptijd van de overeenkomst. Belangrijk aandachtspunt daarbij is hier, net als in de aanbestedingsfase, dat de aanbestedende dienst, wil hij bij een bepaalde opdracht in de contractfase Bibob-onderzoek ten aanzien van onderaannemers kunnen toepassen, in de overeenkomst expliciet bepaalt dat:

- het tijdens de looptijd van de overeenkomst niet is toegestaan om, zonder voorafgaande toestemming van de opdrachtgever, onderaannemers in te schakelen, dan wel gedurende de looptijd van de overeenkomst van onderaannemer te wisselen, en
- dat de opdrachtgever in het kader van die toestemming Bibob-onderzoek kan uitvoeren en advies kan vragen aan het LBB ten aanzien van de onderaannemers.

4.4.4 Transparantie

Op grond van het transparantiebeginsel dienen deze (ontbindende) voorwaarden al vooraf, in het kader van de aanbesteding, kenbaar te zijn gemaakt aan de inschrijvers. Deze mogen dus niet achteraf, na gunning, alsnog worden geïntroduceerd in de overeenkomst. Vanwege de verplichting om een modelovereenkomst op te nemen als onderdeel van de aanbestedingsstukken,[61] kan hieraan vrij eenvoudig invulling worden gegeven door de ontbindende voorwaarden al in die modelovereenkomst op te nemen. Met het oog hierop is in bijlage 2 bij deze handreiking een voorbeeld van een ontbindende voorwaarde opgenomen.

4.5. Werkwijze eigen onderzoek, LBB-onderzoek en mogelijke uitkomsten nader toegelicht

4.5.1 Inleiding

Zoals in de vorige paragrafen naar voren is gekomen, moet de aanbestedende dienst transparant zijn als het gaat om de mogelijkheid dat Bibob-onderzoek wordt verricht in het kader van de aanbestedingsprocedure en de contractuele fase en moet duidelijk zijn wat daarvan de consequenties kunnen zijn. Als basis daarvoor kunnen de voorbeeld-clausules worden gebruikt die als ***bijlagen 1 en 2*** bij deze handreiking zijn opgenomen.

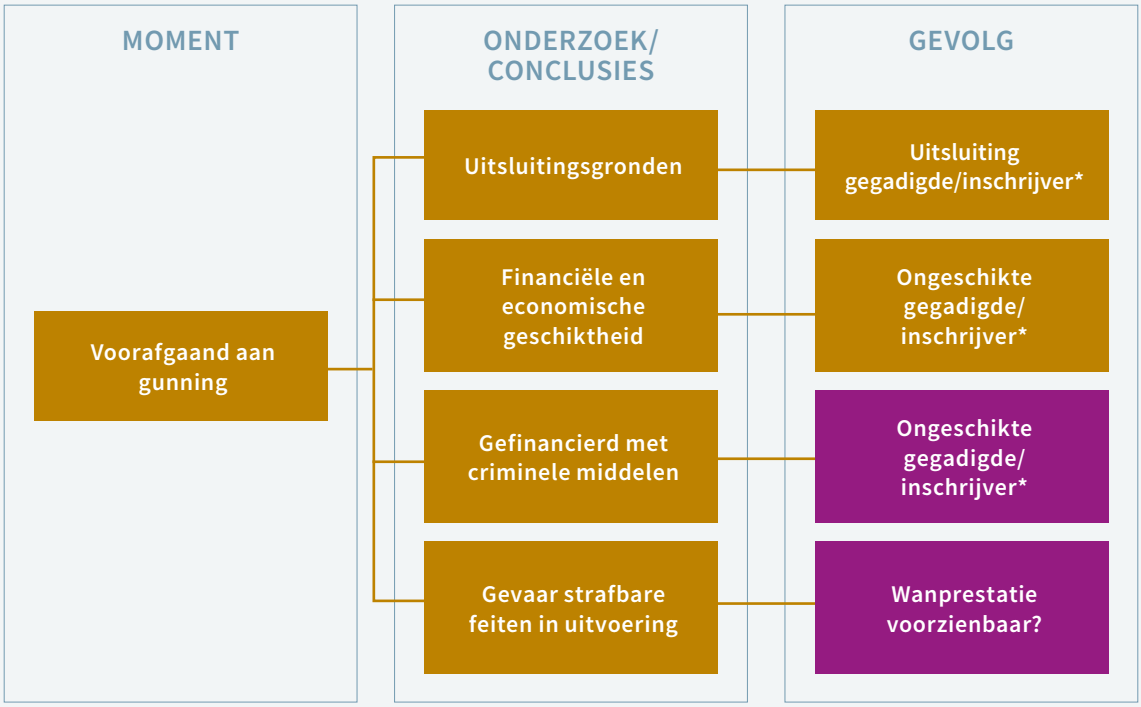
---

61 *Zie Voorschrift 3.9B in de Gids Proportionaliteit (3e herziening, 1 januari 2022): "De aanbestedende dienst biedt tijdens de aanbestedingsprocedure potentiële inschrijvers de kans suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden." Voor de Voorschriften in de Gids Proportionaliteit geldt overigens het adagium: comply or explain!*

Let wel, de clausules in bijlagen 1 en 2 dienen slechts als voorbeeld/ter inspiratie en moeten in voorkomend geval op maat worden gemaakt voor c.q. worden afgestemd op de concrete aanbestedingsprocedure en het specifieke voorwerp van de desbetreffende opdracht.

4.5.2 Werkwijze aanbestedingsfase

In het kader van de voorbeeld-clausule die in het aanbestedingsdocument kan worden opgenomen *(bijlage 1)*, gaat de aanbestedende dienst – schematisch weergegeven - als volgt te werk:



** Mits proportioneel*

Deze werkwijze bestaat – kort samengevat – uit de volgende, belangrijkste processtappen:

- De aanbestedende dienst bereidt de aanbestedingsprocedure zorgvuldig voor, neemt daarvoor voldoende tijd en organiseert bij voorkeur een marktconsultatie.[62] Daarin kan de markt alvast worden geïnformeerd over het voornemen om de Wet Bibob toe te passen in de latere aanbestedingsprocedure, het algemene Bibob-beleid plus toetsingskader dat de aanbestedende dienst ter zake hanteert, de voorgenomen invulling van de uitsluitingsgrond inzake de ernstige beroepsfout, etc.;
- In het kader van de daaropvolgende Europese aanbestedingsprocedures gelden diverse wettelijke minimumtermijnen. Overweeg om ruimere termijnen te hanteren. De termijnen dienen proportioneel te zijn en zo te worden gekozen dat er voldoende tijd en ruimte is in het proces om Bibob-onderzoek uit te (laten) uitvoeren, alvorens er tot (voorlopige) gunning wordt overgegaan. Dit klinkt voor de hand liggend, maar blijkt in de praktijk vaak weerbarstig. Let wel. Het LBB-advies kan zo'n 8 tot 12 weken in beslag nemen;
- Na ontvangst van de inschrijvingen gaat de aanbestedende dienst over tot inhoudelijke beoordeling conform de vooraf aangekondigde spelregels;
- Aan de hand van het UEA wordt gecontroleerd of de uitsluitingsgronden van toepassing zijn en of aan de geschiktheidseisen wordt voldaan. Dit dient in principe bij alle inschrijvers te gebeuren;[63]

62 *Zie art. 2.25 Aanbestedingswet 2012 en par. 2.5 van de Gids Proportionaliteit (3e herziening, 1 januari 2022).*

63 *Zie echter art. 2.101 lid 3 Aanbestedingswet 2012.*

- Bij de voorlopige winnaar worden de bewijsstukken in verband met de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen opgevraagd (uittreksel handelsregister, GVA en verklaring Belastingdienst);[64]
- Daarnaast onderzoekt de aanbestedende dienst: (i) de mogelijkheid dat de inschrijver of een onderaannemer wordt gefinancierd met op geld waardeerbare voordelen die zijn of worden verkregen uit gepleegde strafbare feiten; en (ii) de mate van gevaar dat de inschrijver of een onderaannemer, indien deze opdracht aan de inschrijver zou worden gegund, bij de uitvoering van de opdracht strafbare feiten zal plegen. Ten behoeve van dit onderzoek vraagt de aanbestedende dienst de inschrijver om het Bibob-vragenformulier in te vullen en de bijbehorende bewijsstukken aan te leveren. Daarnaast kan de aanbestedende dienst open en gesloten bronnen raadplegen;[65]
- Mocht naar het oordeel van de aanbestedende dienst sprake zijn van (indicaties van) één of meer van de hiervoor genoemde omstandigheden, dan kan de aanbestedende dienst op basis daarvan de volgende maatregelen nemen: (i) de inschrijver in kwestie wordt uitgesloten van (verdere) deelname aan de aanbesteding; (ii) de overheidsopdracht wordt niet gegund aan deze inschrijver; (iii) in de overeenkomst inzake de gunning van de opdracht worden nadere, al dan niet ontbindende, voorwaarden opgenomen; (iv) toestemming voor het inzetten van een bepaalde onderaannemer wordt geweigerd;
- Voordat de aanbestedende dienst overgaat tot maatregelen als hiervóór genoemd, kan het advies aanvragen bij het LBB conform art. 9 lid 2 van de Wet Bibob, tenzij de noodzaak daartoe naar zijn oordeel ontbreekt. Daarvan is sprake als zijn eigen onderzoek al voldoende heeft opgeleverd, of indien er sprake is van een LBB-advies in een andere casus dat in voldoende mate te gebruiken is ten aanzien van de voorliggende overheidsopdracht. Zie in dat verband art. 28 lid 2 sub m Wet Bibob. In de aanvraag bij het LBB moet duidelijk worden aangegeven of het gaat om het opvragen van feiten en omstandigheden die duiden op een uitsluitingsgrond, of dat er gevraagd wordt om een regulier advies gericht op de mate van gevaar. In het eerste geval zal het LBB kunnen volstaan met het aanleveren van informatie en behoeft er geen advies over de mate van gevaar te worden gegeven;
- Alvorens tot uitsluiting kan worden overgegaan, dient eerst hoor en wederhoor plaats te vinden. Zie de artikelen 2.87a en 88 Aanbestedingswet 2012. In dat kader moet de gegadigde/inschrijver o.a. in de gelegenheid worden gesteld om te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen (self cleaning). Op grond van art. 33 lid 2 Wet Bibob moet de betrokken gegadigde/inschrijver bovendien een zienswijze kunnen indienen in verband met het LBB-advies. Daarop zijn de artikelen 4:9 t/m 4:12 van de Algemene wet bestuursrecht van overeenkomstige toepassing (zie art. 33 lid 3 Wet Bibob). Het is aan te raden om beide vormen van hoor en wederhoor zo veel mogelijk te combineren, zodat onnodig tijdverlies wordt voorkomen. Daarna kan pas tot uitsluiting worden overgegaan, hetgeen echter een ultimum remedium is. Dit betekent dat de aanbestedende dienst altijd een eigen afweging zal moeten maken;
- Indien tot uitsluiting wordt overgegaan (het Bibob-onderzoek kan fungeren als onderbouwing) zullen ook de duur en omvang van de uitsluiting moeten worden bepaald en gemotiveerd (proportionaliteit!);[66]
- De aanbestedende dienst deelt zijn (voorlopige) gunningsbeslissing mee aan de inschrijvers en motiveert deze naar behoren.[67] De afgewezen inschrijvers krijgen (minimaal) 20 kalenderdagen de tijd om een (civielrechtelijk) kort geding aanhangig te maken, als zij het niet met voornoemde beslissingen eens zijn;
- Als het niet lukt om het eigen onderzoek en/of het LBB-onderzoek gereed te hebben voordat tot gunning wordt overgegaan, dan kan de aanbestedende dienst desnoods voorwaardelijk gunnen aan de desbetreffende inschrijver en dan kan zo nodig worden teruggevallen op de in de overeenkomst opgenomen ontbindende voorwaarden.

---

64 *Zie art. 2.102 lid 1 Aanbestedingswet 2012.*

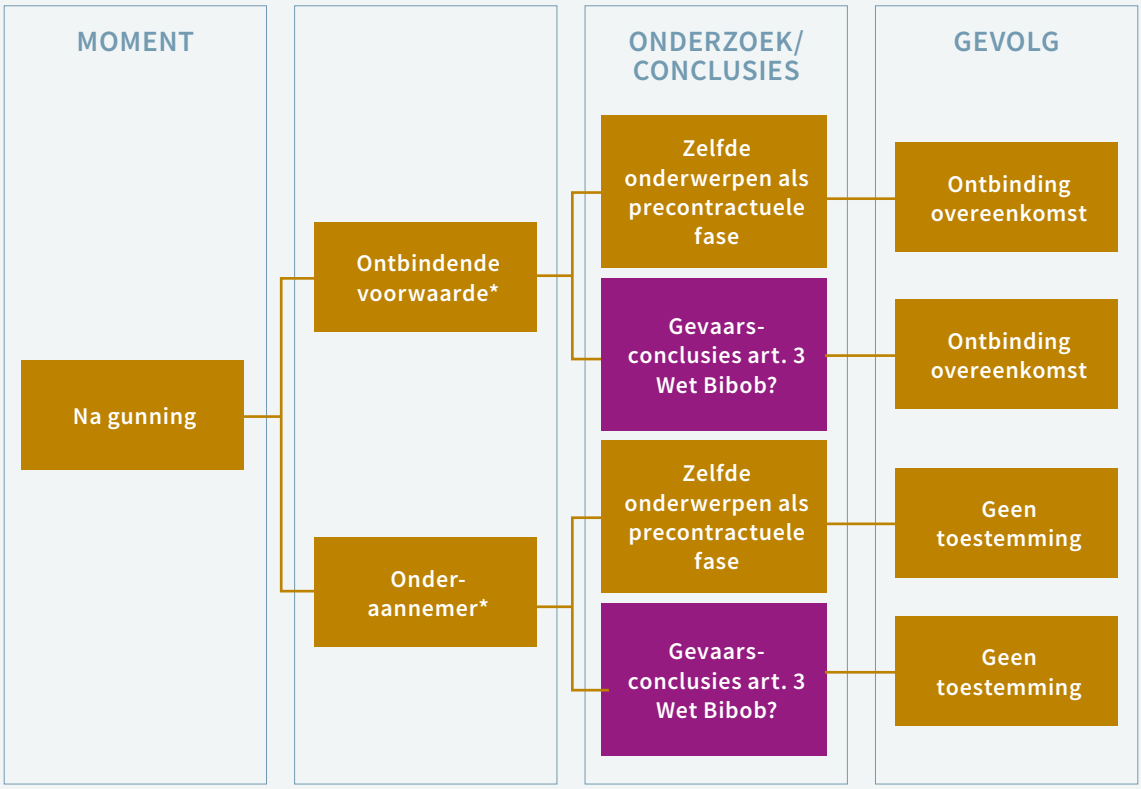
65 *Zie de bronnen die worden genoemd in het overzicht dat is opgenomen in par. 4.3.3. van deze handreiking.*

66 *Art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU luidt als volgt: "De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. Zij bepalen met name de maximumduur van de uitsluiting als de ondernemer geen in lid 6 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk vonnis in de gevallen bedoeld in lid 1, en drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4."*

67 *Zie art. 2.130 Aanbestedingswet 2012*

4.5.3 Werkwijze contractuele fase

In het kader van de voorbeeld-clausule die in de conceptovereenkomst kan worden opgenomen (*bijlage 2*), gaat de aanbestedende dienst (opdrachtgever) – schematisch weergegeven - als volgt te werk:



** Mits bedongen*

Deze werkwijze spreekt voor zich en behoeft geen nadere toelichting. Let wel, in de uitvoeringsfase werken de aanbestedingsbeginselen (w.o. proportionaliteit) door.[68] Ook dan is de aanbestedende dienst, die tevens bestuursorgaan is, gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In dit verband kan nog wel de vraag worden gesteld of het Bibob-onderzoek in de contractuele fase ruimer kan/ mag zijn dan in de aanbestedingsfase. De Wet Bibob lijkt tussen beide trajecten geen onderscheid te maken als het gaat om de reikwijdte van het Bibob-onderzoek. Zowel in de aanbestedings- als in de contractuele fase is er in het kader van de Wet Bibob (zie art. 5 lid 2) ruimte om onderzoek te doen naar zakelijke relaties c.q. het zakelijke samenwerkingsverband, in verband met de vaststelling of zich één van de situaties als genoemd in art. 9 lid 2 Wet Bibob voordoet.

68 *Zie bijv. HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 P (Succhi di Frutta), ECLI:EU:C:2004:236.*

5

BIBOB-TOETSING BIJ DE INKOOP EN UITVOERING VAN DIENSTEN IN HET SOCIAAL DOMEIN

In dit hoofdstuk komen de volgende onderwerpen aan bod:

5.1. Keuzemogelijkheden inkoop in het sociaal domein:
- Aanbesteding
- Subsidiëring
- Open house-/toelatingsprocedure

5.2. Toepasselijkheid Wet Bibob in het sociaal domein

5.3. Verschillende Bibob-systematieken bij de inkoop van diensten in het sociaal domein

5.4. Bibob-toetsing in de contract-/uitvoeringsfase



5.1. Keuzemogelijkheden inkoop in het sociaal domein

Zoals aan het begin van deze handreiking al is opgemerkt, heeft de inkoop van diensten in het sociaal domein aanbestedingsrechtelijk een bijzondere positie. Deze vallen in de categorie 'sociale en andere specifieke diensten' (SAS-diensten).[69] Voor SAS-diensten met een totale opdrachtwaarde van € 750.000,- excl. btw of meer[70] geldt een zogenaamd 'licht regime' (ook wel: SAS-procedure genoemd) dat veel ruimte laat voor eigen invulling.[71] [72] Bij diensten in de gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening zijn aanbestedende diensten in beginsel verplicht de SAS-procedure te gebruiken, zo bepaalt art. 2.38 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012. Het is echter toegestaan om hier gemotiveerd van af te wijken en bijvoorbeeld te kiezen voor een reguliere aanbestedingsprocedure.

Bovendien zijn aanbestedende diensten niet verplicht om SAS-diensten (Europees) aan te besteden. Zij mogen er ook voor kiezen om hun inkoop in het sociaal domein op een andere wijze te organiseren, bijvoorbeeld via subsidieverlening[73] [74] of via een zogenoemde (semi-) open house- of toelatingsprocedure.

Kortom, bij de inkoop van diensten in het sociaal domein heeft de aanbestedende dienst de keuze tussen: aanbesteding, subsidiëring of een (semi-) open house-procedure.

---

69 *Zie bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24/EU.*

70 *Deze drempelwaarde voor SAS-diensten ligt beduidend hoger dan die voor reguliere diensten. Daarvoor geldt momenteel een drempelwaarde van € 215.000,- excl. BTW. Voor opdrachten voor SAS-diensten van speciale-sectorbedrijven geldt overigens momenteel een drempel van € 1 mio. ex btw.*

71 *Art. 2.39 Aanbestedingswet 2012 geeft een overzicht van de stappen die moeten worden doorlopen en luidt als volgt: "De aanbestedende dienst die de procedure voor sociale en andere specifieke diensten toepast doorloopt de volgende stappen. De aanbestedende dienst: a. maakt een vooraankondiging of een aankondiging van de overheidsopdracht bekend; b. toetst of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen; c. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening; d. kan de overeenkomst sluiten; e. maakt de aankondiging van de gegunde overheidsopdracht bekend."*

72 *Op 1 juli 2022 is de Wet Maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015 (Stb. 2022, 188) in werking getreden. Zie het Besluit van 16 juni 2022, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet tot Wijziging van de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 teneinde de uitvoeringslasten bij het aanbesteden van diensten als bedoeld in die wetten te verlichten, alsmede grondslagen op te nemen voor het stellen van regels die bij de inkoop of subsidiëring van die diensten in acht worden genomen (Stb, 2022, 241). Daarmee wordt beoogd het aanbesteden van jeugdhulp en maatschappelijke ondersteuning eenvoudiger te maken: gemeenten hoeven met deze wetswijziging in aanbestedingsprocedures niet langer te kiezen voor de aanbieder met de economisch meest voordelige inschrijving (emvi-criterium). Vooruitlopend op deze wetswijziging is een handreiking opgesteld die gemeenten kunnen gebruiken om de ruimte van deze wetswijziging zo goed mogelijk te benutten: de Handreiking SAS zonder emvi - vereenvoudigd aanbesteden Wmo 2015 en Jeugdwet. Deze is te vinden via: https://i-sociaaldomein.nl/files/view/92791e17-de9d-4bea-99f5-6f82825fb35d/2022_03_29_handreiking-sas-zonder-emvi.pdf*

73 *Een subsidie kan onder omstandigheden (ook) kwalificeren als een overheidsopdracht. Zie HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17 (IBA), ECLI:EU:C:2018:843. Voor meer informatie over dit onderwerp, zie bijvoorbeeld de Handreiking Overheidsopdracht en subsidie van de VNG: https://vng.nl/files/vng/handreiking-overheidsopdracht-en-subsidie-2013.pdf*

74 *Let wel, bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen moet (ook) mededingingsruimte worden geboden. Dit vanwege het gelijkheidsbeginsel. Zie ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310.*

Een open house (of toelatingsprocedure) is géén wettelijk voorgeschreven aanbestedingsprocedure, maar een wijze van inkopen die niet kwalificeert als overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsregelgeving. Het is een toelatingssysteem voor de levering van (zorg-) voorzieningen of zorgdiensten op basis van een vooraf bekendgemaakte toelatingsprocedure. Een "aanbesteder" stelt binnen een open house procedure slechts een aantal minimale geschiktheidseisen en/of minimumeisen. Hierbij kan worden gedacht aan de prijs, opleidingseisen en certificering. Alle aanbieders die voldoen aan deze minimale eisen, worden toegelaten tot het systeem en kunnen hun diensten aanbieden. Veelal is tussentijdse toetreding tot het systeem, onder dezelfde voorwaarden, ook mogelijk. Soms wordt het systeem ook zo ingericht dat er één of twee keer per jaar vaste toetredingsmomenten zijn. In dat geval wordt wel gesproken van een semi-open house. Bij (semi-) open house procedures maken cliënten vervolgens zelf de keuze uit de door de gemeente toegelaten aanbieders. De gemeente toetst slechts of de zorgaanbieders die zich hebben aangemeld binnen het (semi-) open house systeem aan de gestelde eisen en (uitvoerings-) voorwaarden voldoen. De inkoopmethode van bestuurlijk aanbesteden kwalificeert, in de meeste verschijningsvormen, als open house (of toelatingsprocedure). Anders dan de naam doet vermoeden, is bestuurlijk aanbesteden dus *geen* aanbestedingsprocedure.

Ten aanzien van de open house- of toelatingsprocedure heeft het Europese Hof van Justitie geoordeeld dat deze procedure niet kwalificeert als een aanbestedingsprocedure. Maar ook dat daarbij geen sprake is van een overheidsopdracht, omdat het kenmerkende element van de keuze van een inschrijving (lees: het meedingen in concurrentie) ontbreekt.[75] Concreet betekent dit dat vormen van zorginkoop die worden georganiseerd als (semi-) open house-/toelatingsprocedure (waaronder ook bestuurlijk aanbesteden) niet kunnen worden aangemerkt als overheidsopdracht in de zin van art. 1.1 van de Aanbestedingswet 2012. Op een (semi-) open house-procedure is de Aanbestedingswet 2012 dan ook niet van toepassing.[76] Dat neemt niet weg dat de aanbestedingsbeginselen waarschijnlijk wél van toepassing zijn bij dergelijke procedures.[77]

5.2. Toepasselijkheid Wet Bibob in het sociaal domein

Vanwege de gekoppelde definitie in art. 1 Wet Bibob, was deze wet tot voor kort dus ook niet van toepassing op de inkoop van diensten door middel van een open house-procedure. Terwijl in het sociaal domein juist veelvuldig gebruik wordt gemaakt van dergelijke procedures. Dit lijkt een niet door de wetgever beoogd gevolg van een eerdere wijziging van de Wet Bibob te zijn. Met de op 1 augustus 2020 in werking getreden wetswijziging wilde de wetgever immers alle overheidsopdrachten, ongeacht in welke sector deze plaatsvinden, kunnen onderwerpen aan een Bibob-onderzoek. In de memorie van toelichting zegt de wetgever hierover het volgende:[78]

"*Bij overheidsopdrachten geldt eveneens dat de risico's zich niet beperken tot enkele sectoren en dat de aard van de overheidsopdrachten niet vastomlijnd is in een veranderende samenleving. Voorgesteld wordt derhalve om deze beperking te laten vallen. In de praktijk blijkt ook in andere sectoren behoefte aan bescherming van de integriteit van de overheid middels toepassing van de Wet Bibob. Als gevolg van deze wijziging zullen bijvoorbeeld ook overheidsopdrachten op het gebied van de zorgsector onder het toepassingsbereik van de Wet Bibob komen te vallen.*"

Hoewel de wetgever dus (juist) heeft beoogd de Wet Bibob in principe binnen alle sectoren op overheidsopdrachten van toepassing te laten zijn, waaronder uitdrukkelijk ook de zorgsector (zie bovenstaand citaat), is destijds door de gelijktijdige wijziging van het begrip "overheidsopdracht" in de Wet Bibob de daadwerkelijke toepassing van de wet Bibob in sommige gevallen nog steeds uitgesloten. Uit de wetsgeschiedenis bij de gewijzigde Wet Bibob kan niet worden opgemaakt dat de wetgever zich dit heeft gerealiseerd.

---

75 *Zie HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (Falk Pharma), ECLI:EU:C:2016:399 en HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17 (Tirkkonen), ECLI:EU:C:2018:142.*

76 *Voor semi-open house-procedures: zie Vzr. Rb. Midden-Nederland 16 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5829, r.o. 3.5.*

77 *Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2023, zaaknummer 200.293.586, n.n.g., r.o. 3.10 en Vzr. Rb. Midden-Nederland 16 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5829, r.o. 3.6.*

78 *MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35 152, nr. 3, p. 4.*

Het voorgaande had tot gevolg dat voor opdrachten binnen het sociaal domein die via een (semi-) open house/ toelatingsprocedure (bestuurlijk aanbesteden) werden ingekocht, de Wet Bibob niet van toepassing was.

Per 1 oktober 2022 is dit alsnog veranderd.[79] Sindsdien kan de Wet Bibob ook worden toegepast in het kader van (semi-) open house-procedures. In het nieuwe lid 4 van art. 1 is nu namelijk vastgelegd (toegevoegd) dat onder overheidsopdracht mede wordt verstaan:

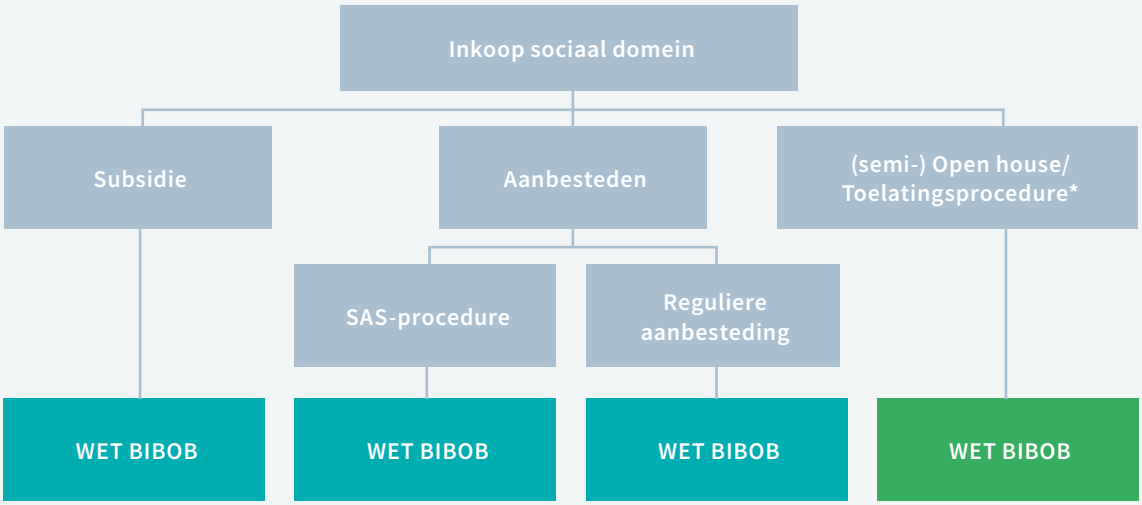
"een overeenkomst waarmee een rechtspersoon met een overheidstaak zorg als bedoeld in artikel 2.11 van de Jeugdwet of artikel 2.1.1 van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 inkoopt bij een ondernemer in het kader van een systeem waarbij voornoemde rechtspersoon overeenkomsten sluit met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om diensten of goederen te leveren tegen vooraf vastgestelde voorwaarden zonder dat het aantal belangstellende ondernemers aan de hand van een gunningscriterium wordt beperkt, met dien verstande dat voor «gegadigde» wordt gelezen «ondernemer»."

Deze toevoeging is het gevolg van een amendement van Tweede Kamerlid Palland d.d. 23 maart 2022 over het onder de Wet Bibob brengen van bepaalde SAS-diensten.[80] In de toelichting op dit amendement wordt onder andere het volgende opgemerkt:

"Met dit amendement, dat ziet op SAS-diensten op grond van de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 waarvoor een (semi)open house-procedure of toelatingsprocedure wordt gekozen, willen wij ook deze vormen van zorginkoop door overheden onder de Wet Bibob brengen, omdat juist ook hier relevant is te onderzoeken of de personen bij wie deze overheden zorg inkopen betrouwbaar en integer zijn."

Kortom, sinds 1 oktober 2022 is Bibob-onderzoek mogelijk bij alle drie hiervóór genoemde vormen van inkoop van diensten (zorg) in het sociaal domein (Wmo 2015 en Jeugdwet).

Onderstaande figuur (geldig vanaf 1 oktober 2022) maakt dit inzichtelijk:



** = vrijwel alle vormen van bestuurlijk aanbesteden*

79 *Zie de Wet van 6 juli 2022 tot wijziging van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur in verband met informatiedeling tussen bestuursorganen en rechtspersonen met een overheidstaak en enige overige wijzigingen (Stb. 2022, nr. 304) en het Besluit van 19 september 2022 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van voornoemde wet (Stb. 2022, 367).*

80 *Kamerstukken II 2021/22, 35 764, nr. 8.*

Ter toelichting wordt het volgende opgemerkt.

5.3. Verschillende Bibob-systematieken

Afhankelijk van de inkoopmethode (aanbesteding, open house, of subsidie) gelden er verschillende Bibob-systematieken:

- Wanneer sprake is van een overheidsopdracht voor SAS-diensten, dan moet er in principe worden aanbesteed, is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing en ook de Wet Bibob. Het toepasselijk Bibob-regime wordt dan gevormd door de artikelen 5 en 9 Wet Bibob. Zie *hoofdstuk 4* van deze handreiking;
- Wanneer zorg/hulp in het kader van de Wmo 2015/Jeugdwet wordt ingekocht door middel van een (semi-) open house-procedure, dan is de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing, maar de Wet Bibob wél. Het toepasselijk Bibob-regime wordt dan eveneens gevormd door de artikelen 5 en 9 Wet Bibob, naar het lijkt met uitzondering van het bepaalde in art. 9 lid 2 sub a en b. Immers, sub a en b gaan over de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden in de Aanbestedingswet 2012, welke wet nu juist niet van toepassing is op (semi-) open house procedures. Het feit dat de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is op (semi-) open house procedures, betekent dat gemeenten niet gebonden zijn aan het gesloten stelsel van uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen in de Aanbestedingswet 2012. Dat biedt ruimte om zelf dergelijke criteria te formuleren, mits deze in overeenstemming zijn met de aanbestedingsbeginselen en de toepasselijke wet- en regelgeving. Gemeenten zouden er dus ook voor kunnen kiezen om de uitsluitingsgronden in de zin van de Aanbestedingswet 2012 vrijwillig toe te passen. Naar ons oordeel is Bibob-onderzoek alsdan mogelijk in het kader van de van toepassing verklaarde uitsluitingsgronden. Zie immers art. 5 lid 1 Wet Bibob. Niet voor niets beoogt het eerdergenoemde amendement (semi-) open house procedures eveneens onder de Wet Bibob te brengen. Het voorgaande kan overigens wel tot fricties leiden, bijvoorbeeld omdat in art. 5 lid 1 niet ook expliciet wordt verwezen naar de gronden sub c en d van art. 9 lid 2 Wet Bibob. Zie verder *hoofdstuk 4* van deze handreiking;
- Als wordt gekozen voor subsidiëring, waarbij niet tevens sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht, dan is de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing, maar de Wet Bibob wél. Het toepasselijk Bibob-regime wordt dan gevormd door art. 6 jo art. 3 Wet Bibob. Deze systematiek verschilt met de systematiek die aan de orde is bij de twee andere inkoopmethoden. Er is dan dus sprake van een aparte grondslag voor Bibob-toetsing en van eigen weigeringsgronden. Zo kan bij subsidies ook een onderzoek plaatsvinden naar de zakelijke relaties c.q. het zakelijk samenwerkingsverband van degene die de subsidie aanvraagt c.q. ontvangt. Vanwege de scope van deze handreiking zal daarop niet verder worden ingegaan. Mocht u daar vragen over hebben, dan kunt u daarvoor terecht bij Hekkelman Advocaten N.V. of bij uw contactpersoon bij het RIEC.

5.4. Bibob-toetsing in de contractfase (na afloop van de aanbesteding)

Voor de mogelijkheden om in de contractuele fase een Bibob-toets te kunnen uitvoeren, wordt verwezen naar *par. 4.4* van deze handreiking.

6 FAQ'S: ANTWOORDEN OP ENKELE PRAKTIJKVRAGEN

In de aanloop naar de totstandkoming van deze handreiking ontving het RIEC Oost-Nederland diverse praktijkvragen. Hieronder treft u een overzicht van deze vragen aan, inclusief antwoorden daarop.

- **Welke integriteitseisen mogen we aan de voorkant stellen aan een aanbieder?**

  In het kader van een aanbestedingsprocedure waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, is het toegestaan om 'aan de voorkant' (dus in de aanbestedingsprocedure) eisen te stellen aan de integriteit van de inschrijver/gegadigde. Dat zal moeten gebeuren in het kader van de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden ex artikelen 2.86 en 2.87 Aanbestedingswet 2012 en de geschiktheidseis inzake financieel-economische draagkracht ex art. 2.90 lid 2 sub a Aanbestedingswet 2012. Zie verder *par. 4.3* van deze handreiking.

  Als het gaat om een open house-procedure, dan is daarop de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing. In die situatie is er dus ruimte voor het stellen van andere, aanvullende eisen op het gebied van integriteit. Deze zullen wel in overeenstemming moeten zijn met de aanbestedingsbeginselen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de toepasselijke wet- en regelgeving.

  Tot slot kunnen in het kader van de (concept-) overeenkomst, die het beoogd resultaat vormt van de aanbestedings-/inkoopprocedure, integriteitseisen worden opgenomen. Daarvoor geldt bij wijze van uitgangspunt contractsvrijheid. Zie echter het laatste deel van het antwoord op de volgende vraag.

- **Is het juridisch toegestaan om aan de voorkant andere minimumeisen te stellen dan de traditionele 'referentie-eis' en 'ratio's met het oog op continuïteit'? Zo ja, op welke manier kan dat dan; als geschiktheidseis en/of als minimumeis anders dan een geschiktheidseis en/of als gunningscriterium? Zo nee, mogen wij naast de gebruikelijke minimumeis ook een 'maximumeis' (dus bijvoorbeeld een maximaal bedrag of percentage dat niet wordt besteed aan zorg óf een winsteis) stellen aan de 'financieel economische draagkracht'?**

  Ervan uitgaande dat de eerste vraag ziet op de mogelijkheden om de integriteit van een inschrijver/gegadigde te toetsen in het kader van een aanbestedingsprocedure waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, luidt het antwoord daarop (deels) ontkennend.

  Zoals aangegeven bij de vorige vraag en in *par. 5.4* van deze handreiking, zal de integriteitstoetsing in het kader van een aanbestedingsprocedure moeten plaatsvinden in het kader van de dwingende en de facultatieve uitsluitingsgronden, en in het kader van de geschiktheidseis inzake financieel-economische draagkracht. Een referentie-eis betreft een geschiktheidseis op het gebied van technische en beroepsbekwaamheid en biedt (dus) géén ruimte voor integriteitstoetsing. De genoemde, andere geschiktheidseis op het gebied van financieel-economische draagkracht biedt daarvoor wél ruimte. In dat kader zouden op zich ook financiële ratio's kunnen worden gehanteerd, mits deze voldoen aan de aanbestedingsbeginselen.[81] Het verdient verder aanbeveling om in voorkomend geval ook een duidelijke link in de betreffende geschiktheidseis te leggen met integriteit, althans met de toetsingscriteria in het kader van de Wet Bibob. Zie *par. 4.3.5* van deze handreiking.

81 *In de Gids Proportionaliteit (3e herziening, 1 januari 2022) wordt aangeraden om terughoudend te zijn met het hanteren van ratio's. Zie p. 44.*

In het kader van de gunningscriteria lijkt het niet mogelijk om naar de integriteit van de inschrijver te kijken. Immers, de gunningscriteria zien in principe enkel op de inhoud van de aanbieding, terwijl de hier aan de orde zijnde integriteitstoets op de persoon van de inschrijver ziet.

De laatste (deel-) vraag luidt: mogen wij naast de gebruikelijke minimumeis ook een 'maximumeis' (dus bijvoorbeeld een maximaal bedrag of percentage dat niet wordt besteed aan zorg óf een winsteis) stellen aan de 'financieel economische draagkracht'? Daarvoor het volgende:

Art. 2.90 lid 4 Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst uitsluitend geschiktheidseisen stelt die kunnen garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische capaciteiten en financiële middelen en de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid beschikt om de overheidsopdracht uit te voeren. De in de vraag genoemde maximumeis lijkt een dergelijke garantie niet per se te bieden.

Verder kan in dit verband worden gewezen op het bepaalde in art. 2.90 lid 8 Aanbestedingswet 2012: een aanbestedende dienst stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen aan de inschrijver en de inschrijving die verband houden met en die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Zie ook het in deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 verankerde proportionaliteitsbeginsel. Dat beginsel is ook van toepassing bij (semi-) open house procedures, waarop de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is. De in de vraag bedoelde maximumeis lijkt in zijn algemeenheid onvoldoende verband te houden met het voorwerp van de opdracht die wordt aanbesteed en/of lijkt daartoe niet per se in een redelijke verhouding te staan.

In de praktijk worden eisen, zoals in de vraag genoemd, wél gesteld. Maar dan in de vorm van (contractuele c.q. bijzondere) uitvoeringsvoorwaarden. Zie bijvoorbeeld de casus die aan de orde was in advies 415 van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 28 juli 2017. De CvAE oordeelt – kort samengevat - dat het aanbestedingsrecht niet toestaat om via een contractuele bepaling te korten op de vergoeding wegens overschrijding van het bezoldigingsmaximum van de Wet Normering Topinkomens (WNT). In de rechtspraak zijn ook voorbeelden te vinden van zaken, waarin overheden – zonder succes – door middel van subsidieverplichtingen (ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2348; ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1177) of subsidieweigeringsgronden (ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774) topinkomens verdergaand probeerden aan te pakken. In een recente zaak wordt geoordeeld dat de aanbestedende gemeenten met par. 13 PvE (inhoudende dat de gemeenten winsten van meer dan 8% niet accepteren) de publiekrechtelijke regeling niet opeen onaanvaardbare wijze doorkruisen. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1071. Daartoe wordt in r.o. 3.22 als volgt overwogen:

"*De gemeenten hebben ter uitwerking van hun in nr. 6.5.7 van de conclusie van antwoord ingenomen verweer er in § 2.11 van de memorie van antwoord op gewezen dat fraude met zorggelden hoog op de politieke agenda staat, dat er grote zorgen bestaan over de hoge winsten die zorgaanbieders soms behalen en dat de Algemene Rekenkamer en de regering aan gemeenten hebben aanbevolen dat zij het voorkomen van bovenmatige winsten verder tegengaan door naast het toezichtinstrumentarium dat al bestaat daarover contractuele voorzieningen te treffen met de zorgaanbieders. In het licht van dit verweer kan niet worden volgehouden dat de gemeenten met § 13 PvE de publiekrechtelijke regeling op een onaanvaardbare wijze doorkruisen. Grief 11 is ongegrond.*"

Kortom, op basis van deze uitspraak kan worden gesteld dat het normeren van winst via de (contractuele) uitvoeringsvoorwaarden wel degelijk aanvaardbaar en dus toegestaan is.

Het stellen van dit soort eisen krijgt in de nabije toekomst overigens wellicht een expliciete wettelijke basis. Zie het wetsvoorstel 'Integere bedrijfsvoering zorgaanbieders' (WIBZ). Daarin worden voorwaarden geïntroduceerd aan winstuitkering voor zorg- en jeugdhulpaanbieders.

- **Maakt het verschil wanneer wij de toets uitvoeren in het aanbestedingsproces? Toetsen na inschrijving (met reguliere bezwaarmogelijkheid partijen) of in de verificatiefase met/zonder tweede bezwaartermijn (met civiele procedure als enige mogelijkheid voor partijen)?**

  Ja, dat maakt verschil. Het is aan te raden om pas een (voorlopige) gunningsbeslissing mee te delen op het moment dat de aanbestedende dienst er zeker van is dat de beoogde winnaar daadwerkelijk voldoet. Dit impliceert dat een eventuele Bibob-toets bij voorkeur vóór die tijd moet zijn afgerond. Daarna vindt dan de mededeling van de gunningsbeslissing plaats aan de inschrijvers en gaat de rechtsbeschermingstermijn lopen. Op die manier kunnen alle relevante beslissingen in één keer ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd.

  Als daarentegen eerst de (voorlopige) gunningsbeslissing wordt meegedeeld, maar vervolgens tijdens de verificatie (dus vóór de definitieve gunning) blijkt dat de voorlopig gegunde inschrijver tóch moet worden uitgesloten, dan moet de aanbestedende dienst terug naar de nr. 2 uit de aanbesteding. Die partij moet dan worden getoetst en bij goedbevinden moet een nieuwe (voorlopige) gunningsbeslissing worden meegedeeld, naar aanleiding waarvan (weer) kan worden gekortgedingd. Daarna moet de nieuwe winnaar worden geverifieerd, waaruit naar voren kan komen dat hij/zij toch moet worden uitgesloten. Deze tweede route lijkt dan ook meer onzekerheden met zich te kunnen brengen voor de voortgang van het proces en tot meer administratieve lasten te (kunnen) leiden.

- **Welke bewijsstukken mogen gevraagd worden binnen een aanbesteding in het kader van integriteitstoets; concreet: Van wie mogen we jaarrekeningen opvragen en van wie mogen we IB-aangifte opvragen om te toetsen op welke manier zorggelden worden besteed?**

  Op grond van art. 2.102 Aanbestedingswet 2012 is de aanbestedende dienst verplicht om bij de beoogde winnaar van de aanbesteding de bewijsstukken in verband met de uitsluitingsgronden (o.a. GVA) en de geschiktheidseisen (dat kunnen jaarrekeningen zijn) op te vragen en te verifiëren. Indien in de aanbestedingsstukken duidelijk is vastgelegd dat een Bibob-onderzoek onderdeel uitmaakt van de gunningsbeslissing/aanbestedingsprocedure, dan dient die toets dus bij de betreffende inschrijver plaats te vinden. In dat kader kunnen via het Bibob-vragenformulier nadere bewijsstukken, zoals jaarrekeningen, winst- en verliesrekeningen en belastingaangiften (ook van de uiteindelijk zeggenschaphebbende, leidinggevende en/of vermogensverschaffers), worden opgevraagd. Zie ook de Regeling Bibob-formulieren en art. 2.102 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

- **Mogen wij op basis van een risicoscan of internetonderzoek een financiële of integriteitstoets slechts doen bij een bepaald aantal aanbieders in het kader van het gelijkheidsbeginsel?**

  Zoals bij de vorige vraag al is opgemerkt, is de aanbestedende dienst op grond van art. 2.102 Aanbestedingswet 2012 verplicht om bij de beoogde winnaar van de aanbesteding de bewijsstukken in verband met de uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen op te vragen en te verifiëren. Indien in de aanbestedingsstukken duidelijk is vastgelegd dat een Bibob-onderzoek onderdeel uitmaakt van de gunningsbeslissing/aanbestedingsprocedure, dan dient die toets dus bij de betreffende inschrijver plaats te vinden. Het op basis van een risicoscan of internetonderzoek uitvoeren van een integriteitstoets bij een bepaald aantal aanbieders lijkt daarom niet zinvol en/of van toegevoegde waarde. Dit nog afgezien van het antwoord op de vraag hoe dat zich tot het gelijkheidsbeginsel verhoudt. Zie in dat verband ook art. 2.101 Aanbestedingswet 2012, waaruit volgt dat de aanbestedende dienst in principe bij alle inschrijvers moet toetsen of de uitsluitingsgronden op hen van toepassing zijn en of zij voldoen aan de geschiktheidseisen. In zoverre wordt deze vraag ontkennend beantwoord.

- **Hoe 'vrij' is de uitkomst van de financiële toets, Bibob-toets of een andere integriteitstoets? Betekent het niet voldoen direct uitsluiting of kunnen we nog een afweging maken om te voldoen aan onze wettelijke taken zoals een dekkend zorglandschap? Zit hier nog een verschil tussen uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen?**

  Nee, automatische uitsluiting kan/mag niet. De aanbestedende dienst zal altijd een eigen afweging moeten maken. In het kader daarvan dient een proportionaliteitstoets te worden aangelegd. Zie *par. 4.3.3*, *4.3.7* en *4.5.2* van deze handreiking. Ook als de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is, zoals bij (semi-) open house procedures, geldt het proportionaliteitsbeginsel.

  Onzeker is of het in de vraag genoemde belang (kunnen blijven voldoen aan de wettelijke taak zoals een dekkend zorglandschap) een geldig argument is om toch niet uit te sluiten. Als de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, kan de vraag worden gesteld of dat een dwingende reden van algemeen belang oplevert, zoals genoemd in art. 2.88 sub a Aanbestedingswet 2012. In de wetsgeschiedenis (MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 81) is een aanknopingspunt te vinden voor bevestigende beantwoording van die vraag: *"Deze grond is in het wetsvoorstel overgenomen omdat er noodsituaties denkbaar zijn waarbij de aanbestedende dienst zo snel mogelijk de opdracht wil gunnen, ongeacht of al dan niet sprake is van bij voorbeeld een onherroepelijk veroordeelde onderneming. Volgens de jurisprudentie van het HvJEG omvat het begrip dwingende reden van algemeen belang in ieder geval de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid als bedoeld in de artikelen 46 en 55 van het Verdrag;"* Er moet dus sprake zijn van een noodsituatie/gevaar voor de volksgezondheid. Daarvan zal niet snel sprake zijn. Als de Aanbestedingswet 2012 **niet** van toepassing is, is art. 2.88 sub a dus ook niet van toepassing en is er wellicht ruimte om toch niet uit te sluiten in het belang van een dekkend zorglandschap. Geheel zeker is dat echter niet.

- **Welke mogelijkheden zijn er om een lopend contract te ontbinden op basis van het (op dat moment, dus niet vooraf maar tijdens de loop van het contract) niet voldoen aan de financiële- of integriteitseisen? (Aandachtspunt hierbij is dat de zwaarte van de eisen varieert. Wellicht is het niet altijd proportioneel om te ontbinden? Is dat bij een minimumeis wel het geval?) Zijn er in dit kader nog andere aandachtspunten?**

  Op deze vraag wordt in *par. 4.4.2* en *4.5.3* van deze handreiking ingegaan. Het transparantiebeginsel is in dezen ook nog een aandachtspunt: ontbinding/beëindiging van de overeenkomst is slechts mogelijk als dit aan de voorkant uitdrukkelijk is bedongen.

- **Welke personen (als bedoeld in art. 3 lid 4 van de Wet Bibob (en in dat kader ook art. 15 Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens) mogen bevraagd worden:**
  - **In het kader van de aanbestedingsprocedure (dus volgens de regels van de aanbestedingswet 2021)?**
  - **Bij (semi) open house: kunnen hier meer personen dan alleen de betrokkene getoetst worden;**
  - **Na gunning, dus in de uitvoeringsfase: kunnen dan meer personen onderzocht worden?**
  - **Hoe kunnen (indien meerdere personen onderzocht kunnen worden) evt. strafbare feiten van die personen meegewogen worden bij de uitsluitingsgronden (tijdens de gunningsfase) en daarna (tijdens de uitvoeringsfase)?**

  Volgens de regels van de Aanbestedingswet 2012 wordt primair getoetst of de gegadigde of de inschrijver (de onderneming dus) voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen en of de uitsluitingsgronden op hem (of diens onderaannemer) van toepassing zijn. Zie echter art. 2.86 lid 3 Aanbestedingswet 2012. Daaruit volgt dat een aanbestedende dienst een gegadigde of inschrijver ook uitsluit van deelneming aan een aanbestedingsprocedure, als jegens een persoon die lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan of die daarin vertegenwoordigings-, beslissing- of controlebevoegdheid heeft, een onherroepelijke veroordeling als bedoeld in het tweede lid is uitgesproken waarvan de aanbestedende dienst kennis heeft.

Op (semi-) open house procedures is de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing. Gemeenten zijn dan dus ook niet gebonden aan het gesloten stelsel van de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen van de Aanbestedingswet 2012. Dat lijkt op het eerste gezicht ruimte te bieden om niet enkel de persoon van de inschrijver/gegadigde (en diens onderaannemer) te toetsen, maar ook andere personen. Echter, de (eigen) onderzoeksmogelijkheid beperkt zich in eerste instantie tot de in art. 7a lid 2 sub g van de Wet Bibob genoemde partijen. Namelijk, tot de betrokkene en daarnaast:

1°. de leidinggevende van betrokkene;
2°. de zeggenschaphebbende over betrokkene;
3°. de vermogensverschaffer van betrokkene;
4°. de onderaannemer van betrokkene.

Wordt gestuit op andere relevante zakelijke relaties, dan kan het onderzoek worden verbreed naar deze zakelijk relaties.

De Aanbestedingswet 2012 bevat primair regels voor de aanbestedingsfase en staat er als zodanig dan ook niet aan in de weg dat in de uitvoeringsfase meer/andere personen worden onderzocht dan de opdrachtnemer zelf, diens onderaannemer en eventuele andere (rechts-) personen op wie een beroep wordt gedaan in verband met de geschiktheidseisen. Maar zoals opgemerkt, beperkt de (eigen) onderzoeksmogelijkheid zich in eerste instantie tot de in art. 7a lid 2 sub g van de Wet Bibob genoemde partijen. Wordt gestuit op andere relevante zakelijke relaties, dan kan het onderzoek worden verbreed naar deze zakelijk relaties. Op grond van het transparantiebeginsel is het wel noodzakelijk, dat dat al in de aanbestedingsfase duidelijk wordt aangekondigd en wordt verankerd in de concept-overeenkomst.

Ten aanzien van de laatste subvraag: zie het antwoord op de eerste subvraag voor de aanbestedingsfase en *par. 4.4* van deze handreiking voor de uitvoeringsfase.

7 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Zoals opgemerkt in *hoofdstuk 1*, is het doel van deze handreiking vooral om de doelgroep te informeren over de manier waarop het Bibob-instrument in het aanbestedingsproces en in de uitvoeringsfase kan worden in- en toegepast, zodat de betrokken belangen en doelstellingen kunnen worden verenigd en bereikt. Met als resultaat een zo efficiënt mogelijke besteding van overheidsmiddelen aan uitsluitend integere partijen. In *hoofdstukken 4* en *5* is toegelicht dat en hoe dit mogelijk is.

Recente rechtspraak laat zien dat toepassing van de Wet Bibob bij aanbestedingen een goed hulpmiddel is om ondermijning, althans contractering van “niet integere” partijen tegen te gaan. Via het Bibob-vragenformulier, eigen onderzoek en LBB-advies kan relevante, aanvullende en actuele(-re) informatie worden verkregen, die kan worden gebruikt om tot een juiste uitsluitings- of gunningsbeslissing te komen.

Daarvoor is het van belang dat bestuurders, inkopers, juristen en medewerkers die zich bezighouden met integriteit/ondermijning goed op de hoogte zijn van de toepasselijke wet- en regelgeving; maar ook dat zij op de hoogte zijn van en begrip hebben voor elkaars (deel-)belangen en dat zij daarover op heldere wijze met elkaar communiceren.

Verder is van groot belang dat er voldoende tijd wordt uitgetrokken voor de voorbereiding en uitvoering van de aanbestedingsprocedure: het Bibob-onderzoek kost tijd, inspanningen en vergt zorgvuldigheid. Dat klinkt eenvoudig, maar blijkt in de praktijk lastig. Daarbij dient te worden bedacht dat in een aanbestedingsprocedure rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van de gegadigden/inschrijvers. Dit alles kan een spanningsveld met zich meebrengen. Zeker in het huidige tijdsgewricht, waarin sprake is van sterk stijgende prijzen. Het hanteren van een lange gestanddoeningstermijn – mede in verband met de tijd die nodig is om Bibob-onderzoek te kunnen uitvoeren – kan dan disproportioneel zijn.

Als het Bibob-onderzoek nog niet volledig is afgerond, maar niet langer kan worden gewacht met contractering, dan kan het een praktische oplossing zijn om ontbindende voorwaarden op te nemen in de definitieve gunning c.q. het contract. Zie de clausule die als *bijlage 2* bij deze handreiking is gevoegd. Let wel, die clausule moet dan wel op duidelijke wijze al zijn aangekondigd in de aanbestedingsprocedure (als onderdeel van het conceptcontract). Dat geldt ook voor de mededeling dat Bibob-onderzoek onderdeel kan uitmaken van de gunningsbeslissing. Daarvoor kan gebruik worden gemaakt van de voorbeeld-clausule die in *bijlage 1* bij deze handreiking is gevoegd.

In die laatste clausule wordt ook melding gemaakt van het Bibob-beleid van de desbetreffende aanbestedende dienst en van het toetsingskader dat hij in dit verband hanteert. Als de aanbestedende dienst nog niet over dergelijk beleid beschikt, dient dat alsnog te worden opgesteld. De specialisten van RIEC Oost-Nederland en van Hekkelman zijn daarbij graag behulpzaam. Eventuele vragen naar aanleiding van deze handreiking beantwoorden zij natuurlijk ook graag!

DISCLAIMER

Deze handreiking heeft slechts een algemeen en informatief karakter. De informatie in deze handreiking betreft een interpretatie van de genoemde wet- en regelgeving en van de aangehaalde rechtspraak. Deze handreiking is dus niet bedoeld als advies in een concrete zaak en kan en mag dus ook niet zo worden opgevat en/of toegepast. De opstellers van deze handreiking zijn dan ook niet aansprakelijk voor (de gevolgen van) het gebruik en de toepassing van deze handreiking in de praktijk. Aangeraden wordt om iedere aanbestedings-/inkoopprocedure op zijn eigen merites te (laten) beoordelen en te (laten) toetsen op juridische houdbaarheid. In geval van vragen en/of onzekerheden, al dan niet over de concrete toepassing van deze handreiking in een specifieke zaak, kunt u contact opnemen met het RIEC Oost-Nederland of met één van de specialisten bij Hekkelman advocaten | notarissen. Zij helpen u graag verder.

Heeft u vragen of opmerkingen over deze handreiking of heeft u een fout ontdekt?
Stuur dan een mail naar: info@riec-on.nl

© Hekkelman Advocaten N.V. Aan deze uitgaven kunnen geen rechten worden ontleend.

BIJLAGE 1

Voorbeeld-clausule t.b.v. aanbestedingsdocument (Europese, openbare procedure m.b.t. een vervoersopdracht, waarbij de ernstige beroepsfout een uitsluitingsgrond is)

Toepassing Wet Bibob

Om te voorkomen dat de aanbestedende dienst met overheidsopdrachten onbedoeld en ongewild criminele activiteiten faciliteert, past hij de Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob) toe op de aanbesteding van de onderhavige overheidsopdracht. Zie ook het algemene Bibob-beleid plus toetsingskader dat de aanbestedende dienst hanteert en dat te vinden is via: [link invoegen]

Onderzoek Wet Bibob

Toepassing van de Wet Bibob betekent dat de aanbestedende dienst onderzoekt – mede op basis van de door gegadigde[82] aangeleverde gegevens – of er indicaties zijn dat op een gegadigde en/of diens onderaannemer(s) één of meer van de in art. 2.86 Aanbestedingswet 2012 bedoelde uitsluitingsgronden en/of één of meer van de op deze aanbesteding van toepassing verklaarde uitsluitingsgronden als bedoeld in art. 2.87 Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn. De aanbestedende dienst onderzoekt daarnaast:

- de mogelijkheid dat de gegadigde of een onderaannemer wordt gefinancierd met op geld waardeerbare voordelen die zijn of worden verkregen uit gepleegde strafbare feiten; en
- de mate van gevaar dat de gegadigde of een onderaannemer, indien deze opdracht aan de gegadigde zou worden gegund, bij de uitvoering van de opdracht strafbare feiten zal plegen.

Ten behoeve van het onderzoek kan de aanbestedende dienst open en gesloten bronnen raadplegen. Onder gesloten bronnen vallen onder andere politiegegevens en justitiële gegevens. Bovengenoemd onderzoek kan zowel tijdens de precontractuele fase als tijdens de looptijd van de opdracht plaatsvinden.

Maatregelen naar aanleiding van onderzoek Wet Bibob

Mocht er naar het oordeel van de aanbestedende dienst sprake zijn van (indicaties van) één of meer van de hiervoor genoemde omstandigheden, dan kan de aanbestedende dienst op basis daarvan de volgende maatregelen nemen:

- de gegadigde in kwestie wordt uitgesloten van (verdere) deelname aan de aanbesteding;
- de gegadigde kan worden verzocht de betreffende onderaannemer te vervangen en is daartoe in voorkomend geval ook verplicht;
- de overheidsopdracht wordt niet gegund aan deze gegadigde;

---

82 *Onder 'gegadigde' wordt hier verstaan: degene die zich heeft gemeld voor deze aanbestedingsprocedure teneinde een aanbieding te doen, of heeft ingeschreven op deze aanbestedingsprocedure dan wel in onderhandeling is getreden met de aanbestedende dienst. Wanneer dit een combinatie betreft, wordt elk van de combinanten gezien als gegadigde. Afhankelijk van de omstandigheden kan de aanbestedende dienst gedragingen van een (rechts-) persoon die lid is van het besturende, leidinggevende of toezichthoudende orgaan van de gegadigde, of gedragingen van een (rechts-) persoon die een vertegenwoordigings- beslissings- of controlebevoegdheid heeft bij de gegadigde, tevens toerekenen aan de gegadigde. Dit zal de aanbestedende dienst bij zijn onderzoek betrekken.*

- in de overeenkomst inzake de gunning van de opdracht worden nadere, al dan niet ontbindende, voorwaarden opgenomen;[83] of
- toestemming voor het inzetten van een bepaalde onderaannemer wordt geweigerd.

Alvorens de aanbestedende dienst overgaat tot maatregelen als hiervóór genoemd, vraagt het advies aan bij het Landelijk Bureau Bibob (hierna: LBB) conform art. 9 van de Wet Bibob, tenzij de noodzaak daartoe naar zijn oordeel ontbreekt.[84] Het LBB-advies geeft de aanbestedende dienst ondersteuning bij zijn eigen inhoudelijke afweging om al dan niet maatregelen te nemen zoals hiervoor aangegeven. De aanbestedende dienst stelt de gegadigde op de hoogte van een adviesaanvraag bij het LBB.

Als de gegadigde weigert in te stemmen met maatregelen die de aanbestedende dienst wil nemen of te kennen geeft deze niet te zullen naleven, dan kan de aanbestedende dienst de inschrijving van deze gegadigde buiten behandeling laten c.q. terzijde leggen. De aanbestedende dienst is in dit geval niet gehouden tot enige kostenvergoeding of schadeloosstelling.

De aanbestedende dienst kan echter ook nadere, al dan niet ontbindende, voorwaarden opnemen in de overeenkomst inzake de gunning van de opdracht indien de aanbestedende dienst op het moment van het sluiten van de overeenkomst het onderzoek zoals hiervóór bedoeld nog niet (volledig) heeft afgerond. Hetzelfde geldt als het onderzoek van de aanbestedende dienst heeft geleid tot het aanvragen van een LBB-advies, maar de aanbestedende dienst dit advies nog niet heeft ontvangen, of de procedure tot het verwerken van het advies op dat moment nog niet heeft afgerond. De aanbestedende dienst kan in dergelijke gevallen in de overeenkomst de voorwaarde opnemen dat, als er na ontvangst en verwerking van het LBB-advies[85] naar het oordeel van de aanbestedende dienst/opdrachtgever sprake is van (indicaties van) één of meer van de hiervóór genoemde omstandigheden:

- de overeenkomst kan worden ontbonden;
- lopende de overeenkomst extra, al dan niet ontbindende, voorwaarden kunnen worden gesteld aan (de uitvoering van) die overeenkomst;[86] of
- toestemming kan worden geweigerd voor het inzetten van een bepaalde onderaannemer.

Ten slotte kan de aanbestedende dienst een voorwaarde opnemen als er aanwijzingen zijn dat de partij aan wie de opdracht wordt gegund of aan wie een voornemen tot gunning is uitgesproken, binnen de looptijd van de opdracht geheel of ten dele in handen komt van een andere eigenaar. In dat geval kan de aanbestedende dienst de voorwaarde opnemen dat in dat geval een nieuw onderzoek van de aanbestedende dienst kan plaatsvinden en dat als uit dit onderzoek en/of het eventueel daarna volgende LBB-advies naar het oordeel van de aanbestedende dienst sprake is van (indicaties van) één of meer van de hiervoor genoemde omstandigheden:

---

83 *Daarbij kan onder andere – maar zeker niet uitsluitend – worden gedacht aan de voorwaarde dat onderaannemers niet zonder toestemming van de aanbestedende dienst/opdrachtgever worden gecontracteerd en de voorwaarde dat een derde in opdracht van de aanbestedende dienst/opdrachtgever en op kosten van de gegadigde/opdrachtnemer controles gaat uitoefenen om te beoordelen of er zich bij de uitvoering van de overheidsopdracht strafbare feiten voordoen. De kosten van het uitvoeren van dergelijke voorwaarden zijn voor rekening van gegadigde/opdrachtnemer.*

84 *Hiervan is sprake indien zijn eigen onderzoek al voldoende heeft opgeleverd, of indien er sprake is van een LBB-advies in een andere casus dat in voldoende mate te gebruiken is ten aanzien van de voorliggende overheidsopdracht.*

85 *Of, bij het ontbreken van de noodzaak om LBB-advies aan te vragen, na afronding van het onderzoek van de aanbestedende dienst.*

86 *Zie voor voorbeelden voetnoot 82.*

- hij de overeenkomst kan ontbinden; of
- hij lopende de overeenkomst extra, al dan niet ontbindende, voorwaarden kan stellen aan (de uitvoering van) die overeenkomst.[87]

Indien blijkt dat de opdrachtnemer/wederpartij zich niet houdt aan de voorwaarden of te kennen geeft maatregelen van de aanbestedende dienst/opdrachtgever niet te zullen naleven, en indien ontbindende voorwaarden intreden, dan zal de aanbestedende dienst/opdrachtgever in voorkomend geval de overeenkomst ontbinden, dan wel andere maatregelen nemen. De aanbestedende dienst is in dit geval niet gehouden tot enige kostenvergoeding of schadeloosstelling.

Alvorens de aanbestedende dienst maatregelen neemt zoals hiervóór omschreven, informeert de aanbestedende dienst/opdrachtgever de gegadigde/opdrachtnemer/wederpartij hierover en stelt het de gegadigde/opdrachtnemer/wederpartij in de gelegenheid zienswijze (-n) in te dienen over de informatie die tot de voorgenomen maatregelen heeft geleid en over de voorgenomen maatregelen. De aanbestedende dienst betrekt de ingediende zienswijze (-n) bij de uiteindelijk te nemen beslissing.

Verplichte medewerking aan onderzoek en advies

De gegadigde/opdrachtnemer/wederpartij is verplicht medewerking te verlenen aan het onderzoek van de aanbestedende dienst/opdrachtgever en aan de totstandkoming van het eventuele LBB-advies en is verplicht om op eerste verzoek van de aanbestedende dienst/opdrachtgever en/of het LBB ten behoeve hiervan (aanvullende) gegevens te verstrekken.[88] Een weigering gegevens te verstrekken ten behoeve van het onderzoek van de aanbestedende dienst/opdrachtgever en/of het LBB-advies binnen de daarvoor door de aanbestedende dienst/opdrachtgever respectievelijk het LBB gestelde termijn, kan leiden tot maatregelen als hiervóór genoemd, waaronder een uitsluiting aan (verdere) deelname aan de aanbesteding. Dat geldt ook voor het afleggen van valse verklaringen en/of het achterhouden van relevante informatie die van belang is/kan zijn voor c.q. van invloed is/kan zijn op het nemen van maatregelen als hiervóór genoemd. De gegadigde/opdrachtnemer/wederpartij is verplicht de schade die de aanbestedende dienst/opdrachtgever daardoor lijdt te vergoeden.

Nadere toelichting ernstige beroepsfouten

Ten aanzien van eventuele ernstige fouten die de gegadigde in de uitoefening van zijn beroep heeft begaan (art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012), onderzoekt de aanbestedende dienst met name, maar niet uitsluitend, of er aanwijzingen zijn om aan te nemen dat sprake is van misdrijven zoals genoemd in art. 8 van het Aanbestedingsbesluit, overtredingen van het mededingingsrecht, valsheid in geschrifte, belastingfraude, omkoping, milieuovertredingen, overtredingen van het sociaal recht, overtredingen van de arbeidsomstandighedenwet- en regelgeving, overtredingen van de Wet arbeid vreemdelingen en verwante regelgeving, overtredingen van vervoerswetgeving, onrechtmatige daden in het kader van de uitvoering van een opdracht waaruit ernstige schade is voortgevloeid en/of (andere) overtredingen van de Wet op de economische delicten. Let wel, een ernstige beroepsfout kan worden vastgesteld op iedere grond die de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken; daarvoor is niet een onherroepelijke c.q. in kracht van gewijsde gegane (rechterlijke) uitspraak/beslissing noodzakelijk.

87 *Zie voor voorbeelden voetnoot 82.*

88 *Dit houdt onder andere in dat de gegadigde verplicht is het Bibob-vragenformulier voor overheidsopdrachten volledig en juist ingevuld en ondertekend, inclusief de benodigde (gewaarmerkte) bijlagen, te verstrekken binnen de gestelde termijn, ingeval de aanbestedende dienst hierom vraagt.*

BIJLAGE 2

Voorbeeld-clausule t.b.v. conceptovereenkomst (i.h.k.v. dezelfde Europese, openbare procedure m.b.t. een vervoersopdracht, waarbij de ernstige beroepsfout een uitsluitingsgrond is)

Integriteitsrisico

1. Opdrachtgever wenst niet-integere partijen niet te faciliteren; ook niet door het aangaan van een overeenkomst. Opdrachtnemer verklaart dat op het moment van het sluiten van deze overeenkomst géén integriteitsrisico op hem van toepassing is. Onder integriteitsrisico verstaan partijen het door Opdrachtnemer verrichten van gedragingen c.q. het plegen van of deelnemen aan misdrijven of overtredingen. Opdrachtnemer verklaart géén kennis te hebben van integriteitsrisico's die op aan Opdrachtnemer gelieerde partijen van toepassing zijn. Personen of partijen worden in ieder geval, maar niet uitsluitend, geacht gelieerd te zijn aan Opdrachtnemer indien zij direct of indirect leiding aan Opdrachtnemer geven, bij de uitvoering van de overeenkomst een belangrijke rol vervullen of hebben vervuld, over Opdrachtnemer direct of indirect zeggenschap hebben, aan Opdrachtnemer direct of indirect vermogen verschaffen, onderdeel zijn van dezelfde groep als bedoeld in art. 2:24b BW of anderszins in een samenwerkingsverband tot Opdrachtnemer staan.

2. Opdrachtnemer verplicht zich om zich gedurende de looptijd van de overeenkomst te onthouden van niet-integere gedragingen, waaronder in ieder geval worden de verstaan de gedragingen als bedoeld in lid 1 van dit artikel.

3. Opdrachtgever kan het Landelijk Bureau Bibob op grond van art. 5 lid 2 Wet Bibob over Opdrachtnemer om advies vragen en vervolgens tot ontbinding van de overeenkomst overgaan, indien een van de situaties zich voordoet zoals bedoeld in art. 9 lid 2 Wet Bibob.

4. Opdrachtnemer zal Opdrachtgever onverwijld op de hoogte stellen indien en zodra Opdrachtnemer kennis heeft genomen van het feit dat hij onderwerp is van strafrechtelijk onderzoek of dat tegen Opdrachtnemer of een aan Opdrachtnemer gelieerde partij strafvervolging is ingesteld.

5. Opdrachtgever heeft het recht om Opdrachtnemer gedurende de looptijd van de overeenkomst te screenen op het bestaan van een integriteitsrisico. Indien Opdrachtgever hiertoe de medewerking van Opdrachtnemer nodig heeft, zal Opdrachtnemer deze op eerste verzoek verlenen.

6. Opdrachtgever heeft het recht om door Opdrachtnemer bij de uitvoering van deze overeenkomst te betrekken derden, zoals onderaannemers, te screenen op het bestaan van een integriteitsrisico. Opdrachtgever heeft dit recht ook gedurende de looptijd van de overeenkomst. Opdrachtnemer staat ervoor in dat bij de uitvoering van deze overeenkomst te betrekken derden hun medewerking aan deze screening daartoe op eerste verzoek van Opdrachtgever verlenen. Op grond van een integriteitsrisico kan Opdrachtgever de inschakeling van een derde partij weigeren of verlangen dat de inschakeling van deze derde partij wordt beëindigd, tenzij voornoemde beëindiging in redelijkheid niet van Opdrachtnemer kan worden verlangd.

7. De kosten van de screening komen voor rekening van Opdrachtgever, tenzij de overeenkomst naar aanleiding van de screening kan worden ontbonden of beëindigd op basis van lid 8 van dit artikel.

8. Opdrachtgever kan de uitvoering van de overeenkomst onmiddellijk en naar eigen keuze opschorten, of beëindigen door middel van ontbinding of opzegging, zonder gehouden te zijn tot vergoeding van eventuele schade (-n) en/of kosten en zonder daarbij een termijn in acht te hoeven nemen, indien:

   a. al dan niet blijkend uit een Bibob-advies, de in art. 9 lid 2 sub a tot en met d Wet Bibob genoemde zaken van toepassing zijn. Hieronder valt dus ook de situatie, waarin de uitsluitingsgronden zoals gehanteerd in de voorafgaande aanbesteding alsnog op Opdrachtnemer van toepassing zijn geworden;

   b. Opdrachtnemer of de derde partij als vermeld in lid 6 van dit artikel onvoldoende zijn/haar medewerking heeft verleend in het kader van een screening door Opdrachtgever of een in opdracht van Opdrachtgever uitgevoerde screening, bijvoorbeeld maar niet uitsluitend als niet (tijdig) voldaan is aan een verplichting als bedoeld in art. 7a lid 3 Wet Bibob of als geen of niet tijdig gehoor is gegeven aan een verzoek als bedoeld in art. 12 lid 3 Wet Bibob;

   c. ten aanzien van Opdrachtnemer, een aan Opdrachtnemer gelieerde partij, of door Opdrachtnemer bij de uitvoering van deze overeenkomst te betrekken derden sprake is van andere integriteitsrisico's dan vermeld in dit lid, waardoor onverkorte instandhouding van de overeenkomst in redelijkheid niet van Opdrachtgever kan worden gevergd.

9. Opdrachtnemer is verplicht de schade die Opdrachtgever lijdt te vergoeden, doordat Opdrachtgever toepassing geeft aan het bepaalde in lid 8, doordat Opdrachtnemer weigert medewerking te verlenen aan het eerder genoemde onderzoek, en/of doordat Opdrachtnemer een valse verklaring blijkt te hebben afgelegd dan wel relevante informatie blijkt te hebben achtergehouden die van belang is/kan zijn voor c.q. van invloed is/kan zijn op de beslissing om de maatregelen als hiervóór genoemd wel of niet te nemen.

