

Toepassing Wet Bibob bij aanbestedingen

Ondermijningsdag 2023

Subsessie ronde 2

14:40 – 15:30 uur

Zaal: De Voorkamer

Matthijs Mutsaers

Hekkel

man advocaten | notarissen

**DUIDELIJK
HEKKELMAN.**

Inleiding

- Doel aanbestedingsregels: overheidsopdrachten openstellen voor mededinging + overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk besteden
- Totale inkoopvolume NL overheid: € 79,3 miljard in 2017, € 86,2 miljard in 2018 en € 86,6 miljard in 2019 (bron: Significant) -> belangrijke economische sector!
- Maakt ook duidelijk waarom de overheid haar werken, leveringen en diensten op rechtmatige en doelmatige wijze via professionele aanbestedingen moet inkopen bij integere partijen
- Doel Wet Bibob: voorkomen dat overheid ongewild criminele activiteiten faciliteert, bijv. via het gunnen van overheidsopdrachten
- Wet Bibob helpt bij het onderzoeken of een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure integer is -> kan misbruik van overheidsopdrachten voor ondermijningsdoeleinden voorkomen
- Hoe werkt dat?

Agenda

1. Even voorstellen
2. Toepassingsbereik Wet Bibob bij overheidsopdrachten
3. Systematiek Wet Bibob bij overheidsopdrachten
4. Op welke momenten kan Bibob-onderzoek worden gedaan?
5. Mogelijke consequenties uitkomst Bibob-onderzoek bij overheidsopdrachten
6. Aandachtspunten Bibob-onderzoek bij aanbestedingen
7. Praktijkvoorbeeld + lessons learned
8. Vragen/discussie

Even voorstellen

- **Matthijs Mutsaers:**

- Advocaat

- Specialisme : aanbestedingsrecht

- Nevenfuncties (o.a.) : medeauteur T&C Aanbestedingsrecht, Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht, docent Grotius Academie

- <http://nl.linkedin.com/pub/matthijs-mutsaers/2/175/604?trk=pub-pbmap>

Toepassingsbereik Wet Bibob bij overheidsopdrachten

Toepassingsbereik Wet Bibob bij overheidsopdrachten (1)

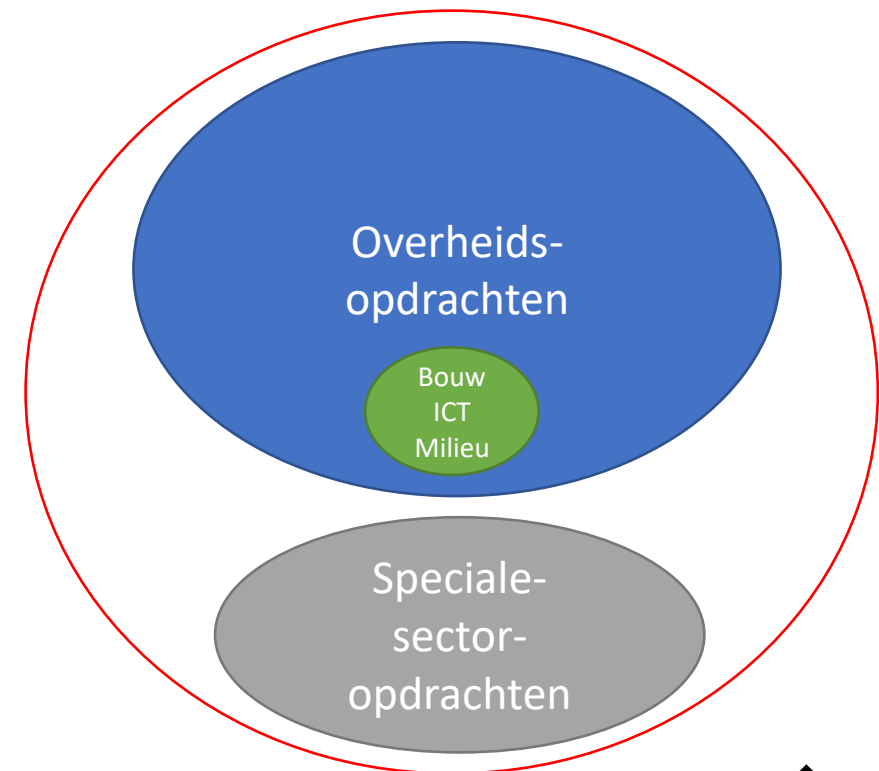
Oude Wet Bibob:

→ toepassingsbereik bij aanbestedingen beperkt tot de sectoren:

- Bouw
- ICT
- Milieu

Huidige Wet Bibob (per 1/8/'20):

→ geen beperking meer in sectoren, alle *overheidsopdrachten als bedoeld in art. 1.1 AW2012* (art. 1 lid 1 Wet Bibob) → en *speciale-sectoropdrachten* als bedoeld in art. 1.1 AW2012 (art. 1 lid 4 sub a Wet Bibob)



Toepassingsbereik Wet Bibob bij overheidsopdrachten (2)

Overheidsopdracht ex art. 1.1 AW2012 =

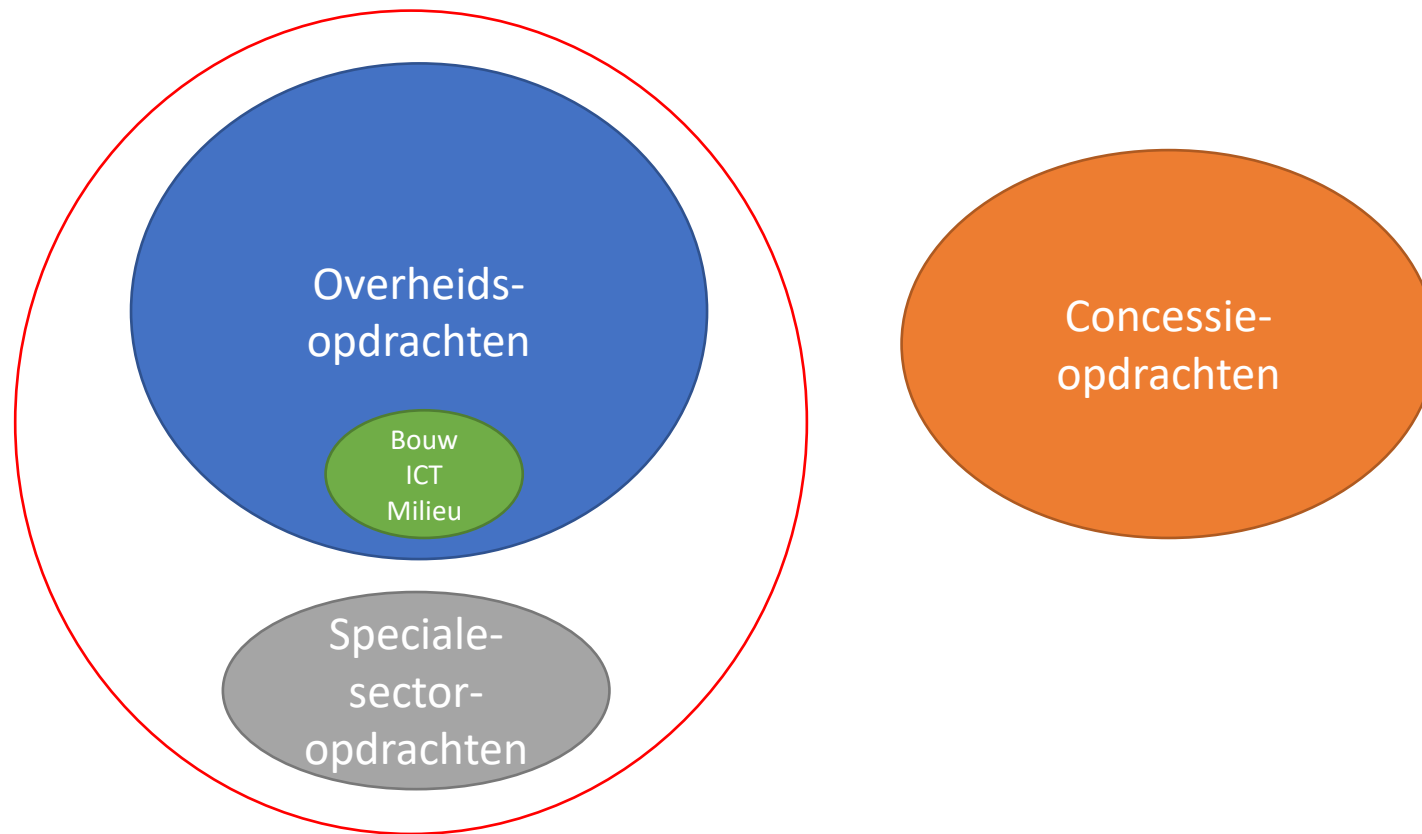
- Overheidsopdracht voor werken
- Overheidsopdracht voor diensten
- Overheidsopdracht voor leveringen
- Raamovereenkomst

Idem: *speciale-sectoropdracht* = opdrachten in de nutssectoren (gas en warmte, elektriciteit, drinkwater, openbaar vervoer en havendiensten)

NB! Art. 1.1 AW2012 kent ook *concessieopdrachten voor werken en diensten*. Deze lijken (vooralsnog) niet onder het toepassingsbereik van de Wet Bibob te vallen.

Toepassingsbereik Wet Bibob bij overheidsopdrachten (3)

Situatie vanaf 1/8/'20:



Toepassingsbereik Wet Bibob in het sociaal domein (1)

- Aanbestedingsrechtelijk bijzondere positie → “sociale en andere specifieke diensten” (“SAS-diensten”)
- Eigen drempelwaarde van € 750 k. ex btw resp. € 1 mio. ex btw (vgl. drempelwaarde reguliere diensten: € 140 k. resp. € 215 k. resp. € 431 k.)
- Eigen, ‘licht’ aanbestedingsregime → “SAS-procedure”
- Geen verplichting tot aanbesteding → inkoop mag ook anders worden georganiseerd, bijv. via subsidie of een (semi-) open house-procedure/toelatingsprocedure
- Als er wordt gekozen voor aanbesteden, dan in principe via SAS-procedure, tenzij gemotiveerde afwijking

Toepassingsbereik Wet Bibob in het sociaal domein (2)

- **NB! (semi-) open house-procedure / toelatingsprocedure (bestuurlijk aanbesteden) ≠ overheidsopdracht**
- → 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
- Reden: de keuze van een inschrijving (lees: het meedingen in concurrentie), dat een intrinsiek element is van een overheidsopdracht, ontbreekt bij een (semi-) open house- / toelatingsprocedure
- **Geen overheidsopdracht ≠ Wet Bibob ?!**

Toepassingsbereik Wet Bibob in het sociaal domein (3)

- **Situatie tot 1 oktober 2022:**

- → géén Bibob-toets mogelijk bij (semi-) open house- / toelatingsprocedures, want géén overheidsopdracht ex art. 1.1 AW2012

- **Situatie per 1 oktober 2022:**

- → wél Bibob-toets mogelijk bij (semi-) open house- / toelatingsprocedure, t.g.v. wetswijziging!

Toepassingsbereik Wet Bibob in het sociaal domein (4)

1 oktober 2022: i.w.t. Wet tot wijziging van de Wet Bibob i.v.m. informatiedeling tussen bestuursorganen en rechtspersonen met een overheidstaak en enige overige wijzigingen (Stb. 2022, 304 en 367)

Art. 1 lid 4 Wet Bibob gewijzigd:

“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt onder overheidsopdracht mede verstaan:

a. een speciale-sectoropdracht als bedoeld in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012;

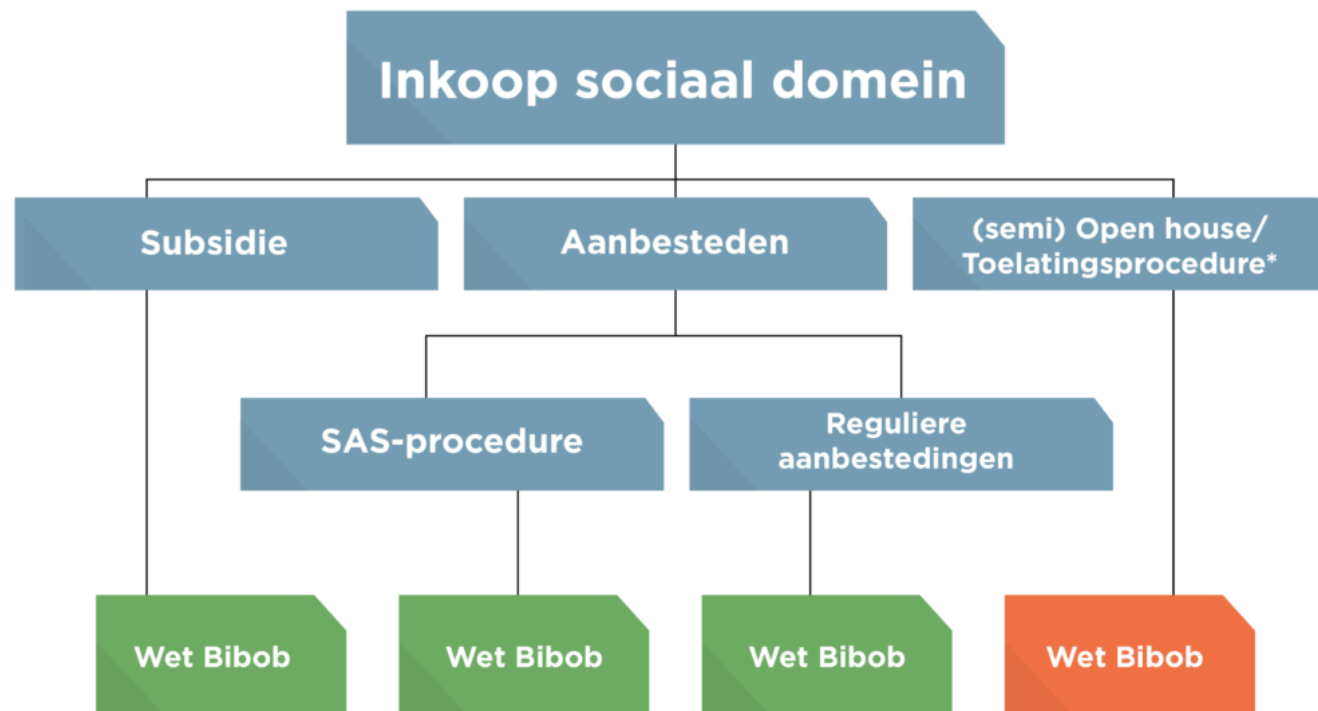
b. een overeenkomst waarmee een rechtspersoon met een overheidstaak zorg als bedoeld in artikel 2.11 van de Jeugdwet of artikel 2.1.1 van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 inkoopt bij een ondernemer in het kader van een systeem waarbij voornoemde rechtspersoon overeenkomsten sluit met iedere 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».”

Toepassingsbereik Wet Bibob in het sociaal domein (5)

- Deze toevoeging is het gevolg van een amendement van TK-lid Palland d.d. 23 maart 2022 over het onder de Wet Bibob brengen van bepaalde SAS-diensten
- Toelichting op dit amendement:
- *“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.”*

Toepassingsbereik Wet Bibob in het sociaal domein (6)

- **Situatie in het sociaal domein per 1 oktober 2022:**



- * = vrijwel alle vormen van bestuurlijk aanbesteden

Systematiek Wet Bibob bij overheidsopdrachten

Systematiek Wet Bibob bij overheidsopdrachten (1)

- **NB! Andere systematiek dan bij subsidies en vergunningen!**
- **Specifieke toetsingscriteria** voor beoordeling LBB van gegadigden voor overheidsopdrachten → art. 9 lid 2 Wet Bibob:
 - Feiten en omstandigheden die grond kunnen opleveren voor toepassing **uitsluitingsgronden en/of geschiktheidseis inzake financiële en economische draagkracht** t.a.v. gegadigde of onderaannemer;
 - Mogelijkheid dat gegadigde of onderaannemer wordt **gefinancierd met uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen op geld waardeerbare voordelen**;
 - **Mate van gevaar** dat de gegadigde of de onderaannemer bij de **uitvoering** van de opdracht strafbare feiten zal plegen.

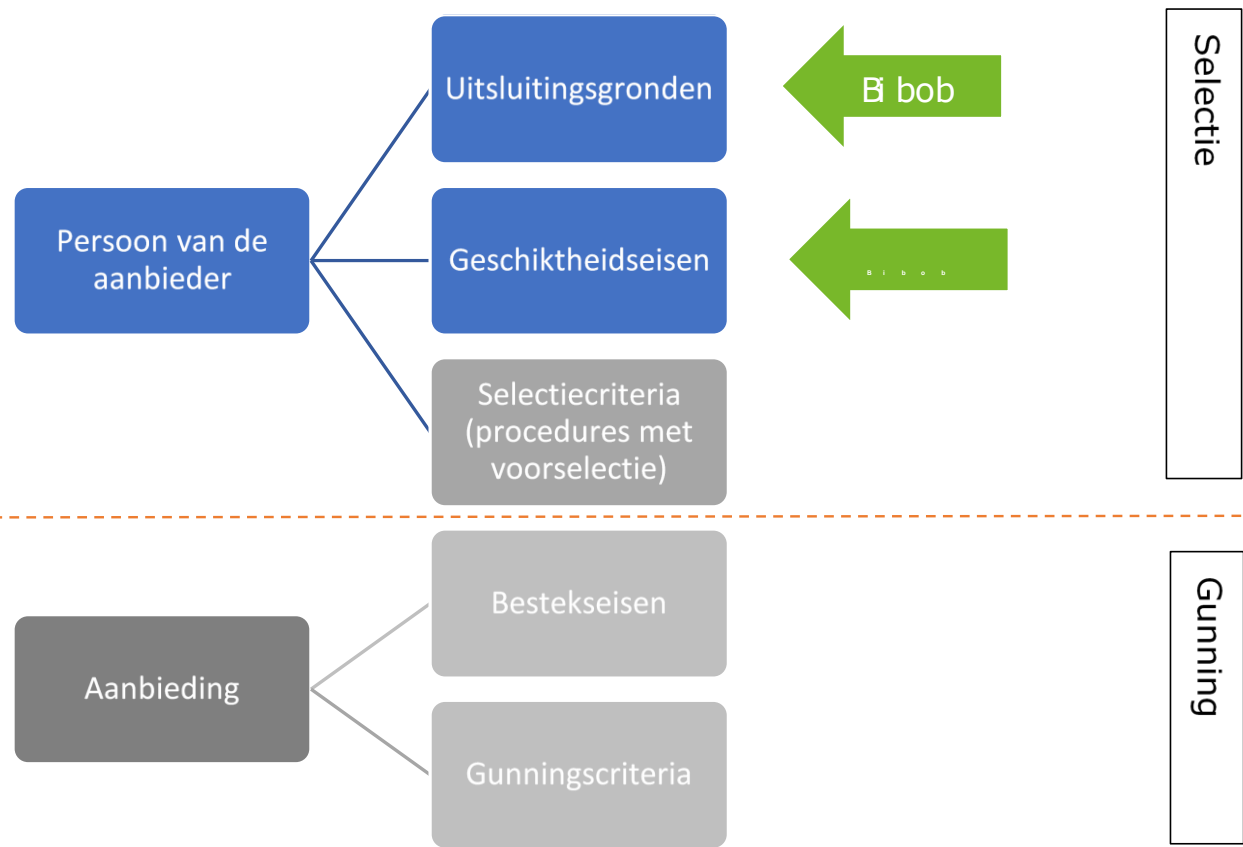
Systematiek Wet Bibob bij overheidsopdrachten (2)

Toetsingskader geldt zowel voor *bovendrempelige* als *onderdrempelige* overheidsopdrachten!

Art. 5 lid 1 Wet Bibob:

*“Een gegadigde voor **een overheidsopdracht waarop de bepalingen**, genoemd in artikel 9, tweede lid, **niet van toepassing zijn**, kan van de gunning van die opdracht of van het sluiten van de met een gunningsbeslissing beoogde overeenkomst worden uitgesloten met inachtneming van de criteria voor de kwalitatieve selectie in de zin van de bepalingen, bedoeld in artikel 9, tweede lid, onderdeel a en b.”*

Systematiek Wet Bibob bij overheidsopdrachten (3)



Systematiek Wet Bibob bij overheidsopdrachten (4)

Dwingende uitsluitingsgronden (art. 2.86 AW2012):

- Onherroepelijke veroordeling deelneming criminele organisatie, omkoping, fraude, witwassen
- Terugkijktermijn: 5 jaar*

Facultatieve uitsluitingsgronden (art. 2.87 AW2012):

- Faillissement, surséance, etc.
- Ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep, waardoor twijfel integriteit, door aanbesteder aannemelijk te maken
- Belastingen en sociale zekerheidspremies niet voldaan
- Valse verklaring, door nalatigheid misleidende info verstrekken die belangrijke invloed kan hebben op uitsluitings-, selecte-, of gunningsbeslissing

Terugkijktermijn: 3 jaar



Gesloten stelsel: geen ruimte voor toevoeging aanvullende uitsluitingsgronden!

Systematiek Wet Bibob bij overheidsopdrachten (5)

Facultatieve uitsluitingsgrond ernstige beroepsfout

HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (*Forposta*):

“elk onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer”

MvT herziene AW2012:

“de ernstige fout in de uitoefening van het beroep moet er op enigerlei wijze toe leiden dat de integriteit van de ondernemer in twijfel raakt”

Voorbeelden: overtredingen van voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsomstandigheden, milieudelicten, overtredingen van de Rijttijdenwet en van de Mededingingswet

Systematiek Wet Bibob bij overheidsopdrachten (6)

- **Geschiktheidseis inz. financiële en economische draagkracht**
- Uitgangspunt AW2012:
- Ondernemer kan financiële en economische draagkracht aantonen door overlegging van:
 - passende bankverklaringen of verzekering tegen beroepsrisico's
 - overlegging (uittreksels van) jaarrekeningen
 - verklaring betreffende de totale omzet of de omzet van een specifieke bedrijfsactiviteit in (maximaal) de laatste drie boekjaren



Maar: ruime discretionaire bevoegdheid aanbestedende diensten bij concreet invullen financiële en economische draagkrachtseis en t.a.v. de verlangde bewijsmiddelen. Mits: in redelijke verhouding tot aard en omvang van de opdracht

Systematiek Wet Bibob bij overheidsopdrachten (7)

MvT (oude) Wet Bibob:

*“Wat betreft het selectie criterium financiële draagkracht is door de [Europese] 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.”*

Systematiek Wet Bibob bij overheidsopdrachten (8)

Voorwaarden voor toepassing Bibob-onderzoek bij overheidsopdrachten:

- Facultatieve uitsluitingsgrond en/of geschiktheidseis inzake financiële en economische draagkracht gesteld in aanbestedingsstukken
- Het Bibob-onderzoek moet zijn voorzien in de aanbestedingsstukken (transparantiebeginsel)
 - zie: Vزر Rb Noord-Holland 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9802; Vزر Rb Gelderland 1 maart 2016 ECLI:NL:RBGEL:2016:1187; Rb. Gelderland 8 februari 2017 ECLI:NL:RBGEL:2017:1162
- Voorafgaand **eerst eigen onderzoek** (Bibob-vragenlijst), voordat LBB om advies kan worden gevraagd (art. 9 lid 5 Wet Bibob)

Onderzoek naar zakelijk samenwerkingsverband?

Bibob-onderzoek bij overheidsopdrachten beperkt tot:

- de gegadigde/inschrijver zelf
- de onderaannemer (mits bedongen)
- de opdrachtnemer van de overeenkomst die na gunning is gesloten (mits bedongen)

(zie art. 9 lid 2 en art. 5 lid 2 Wet Bibob)



NB! Anders dan bij bijv. subsidies, dus geen onderzoek naar de zakelijke relaties c.q. het zakelijk samenwerkingsverband. Enige uitzondering: "financiers" in de zin van art. 9 lid 2 sub c Wet Bibob

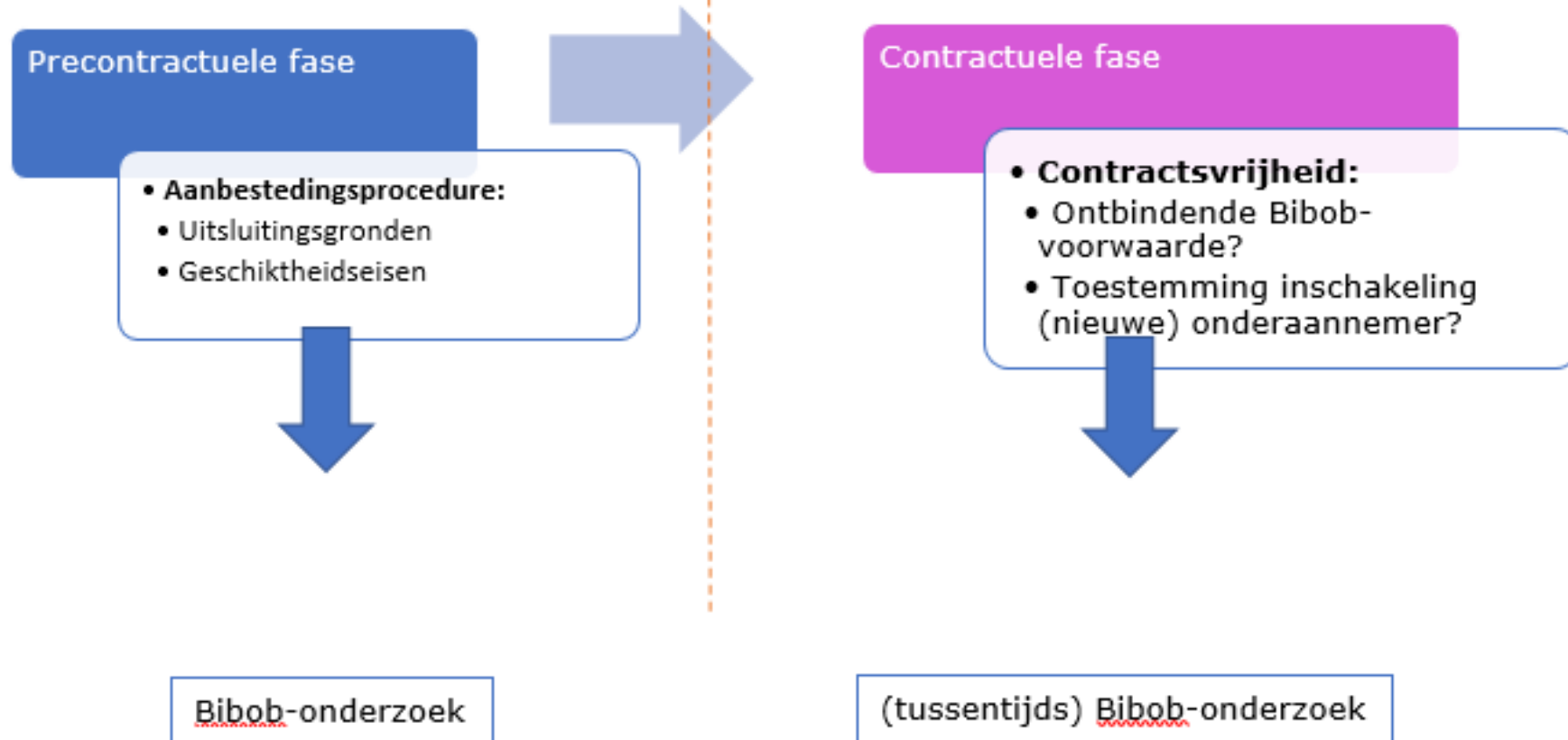
**Op welke momenten kan Bibob-
onderzoek worden gedaan?**

Momenten van Bibob-onderzoek (1)

Bibob-onderzoek is mogelijk in de volgende gevallen (art. 5 lid 2 Wet Bibob):

- a. Voorafgaand aan gunningsbeslissing;
- b. Voorafgaand aan inroepen specifieke ontbindende "Bibob-voorwaarde" in overeenkomst, mits overeengekomen;
- c. Voorafgaand aan verlenen toestemming inschakeling onderaannemer, mits toestemmingsvoorwaarde is gesteld

Momenten van Bibob-onderzoek (2)



Momenten van Bibob-onderzoek (3)

Precontractuele fase / aanbestedingsfase

Aanbestedingsrechtelijke bewijsmiddelen:

- Eerst: Eigen Verklaring (UEA) → alle inschrijvers
- Alleen bij de voorlopige winnaar:
 - Uittreksel Handelsregister
 - Gedragsverklaring Aanbesteden
 - Verklaring Belastingdienst

NB! Opvragen bewijsmiddelen bij winnaar = verplicht (art. 2.102 AW2012)

→ Inwinnen advies LBB na ontvangst aanmeldingen/inschrijvingen en voorafgaand aan selectie/gunning

→ Eigen onderzoek (Bibob-vragenlijst) incorporeren in aanbesteding zelf

Bibob-onderzoek vs. GVA

Geraadpleegde bronnen & verhouding Bibob/GVA

Bibob	GVA
<ul style="list-style-type: none">- Aangeleverde informatie- Justitieel Documentatie Systeem (JDS)- Autoriteit Consument & Markt- Belastingdienst FIOD-ECD- Buitenlandse politie 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.	<ul style="list-style-type: none">- Justitieel Documentatie Systeem (JDS)- Beschikkingen van Autoriteit Consument & Markt en de Europese Commissie

Momenten van Bibob-onderzoek (4)

Contractuele fase / uitvoeringsfase

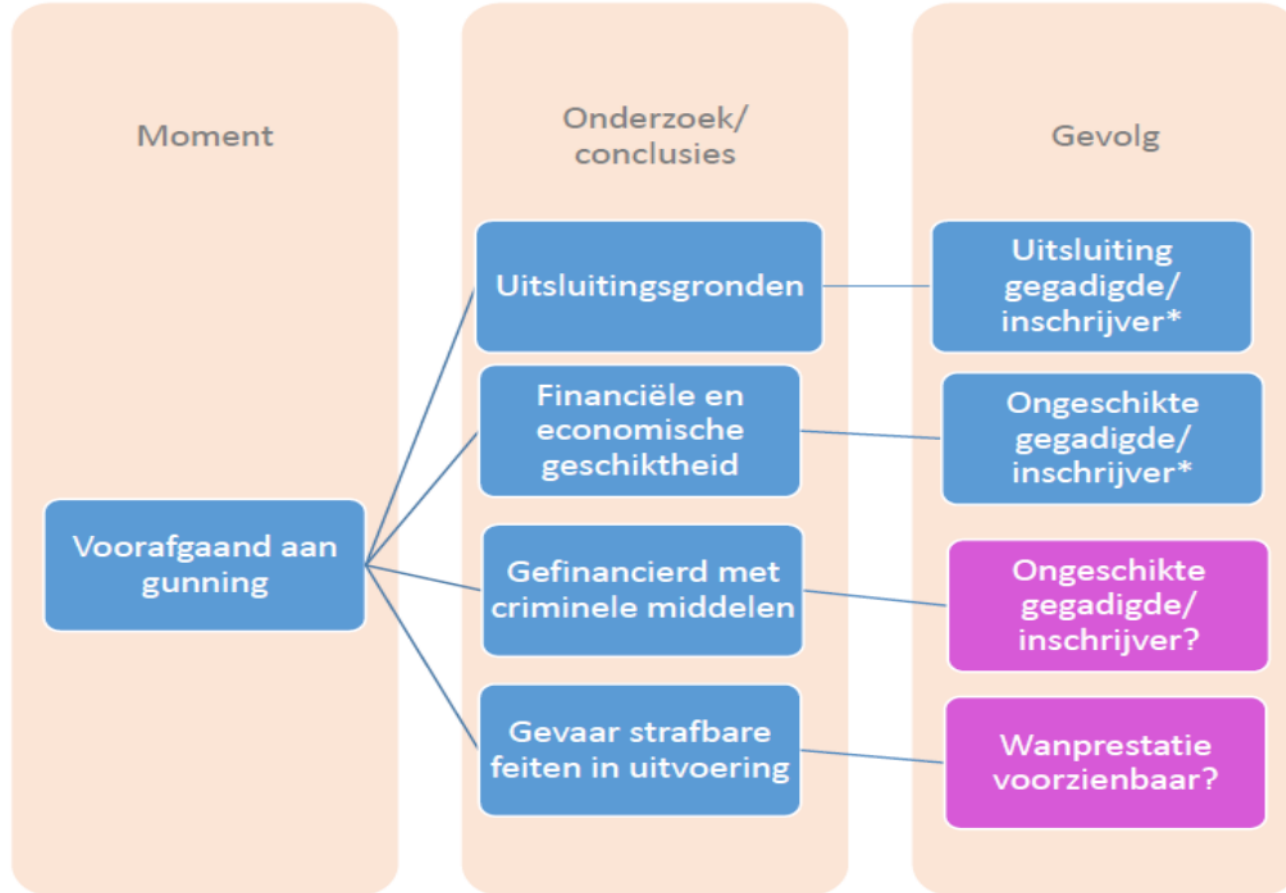
Vraag: Kan het Bibob-onderzoek in de contractuele fase ruimer zijn dan in de precontractuele/aanbestedingsfase?

Contractuele fase:

- AW2012 n.v.t.
- Contractsvrijheid
- Wél Bibob-onderzoek naar zakelijke relaties?
- Wél onderzoek naar gevaar conclusies art. 3 lid 1 Wet Bibob?

Mogelijke consequenties uitkomst Bibob-onderzoek bij overheidsopdrachten

Mogelijke consequenties uitkomst Bibob-onderzoek bij overheidsopdrachten (1)



* Mits proportioneel!

Mogelijke consequenties uitkomst Bibob-onderzoek bij overheidsopdrachten (2)

Uitsluiting = 'ultimum remedium' → verplichting eigen afweging aanbestedende dienst:

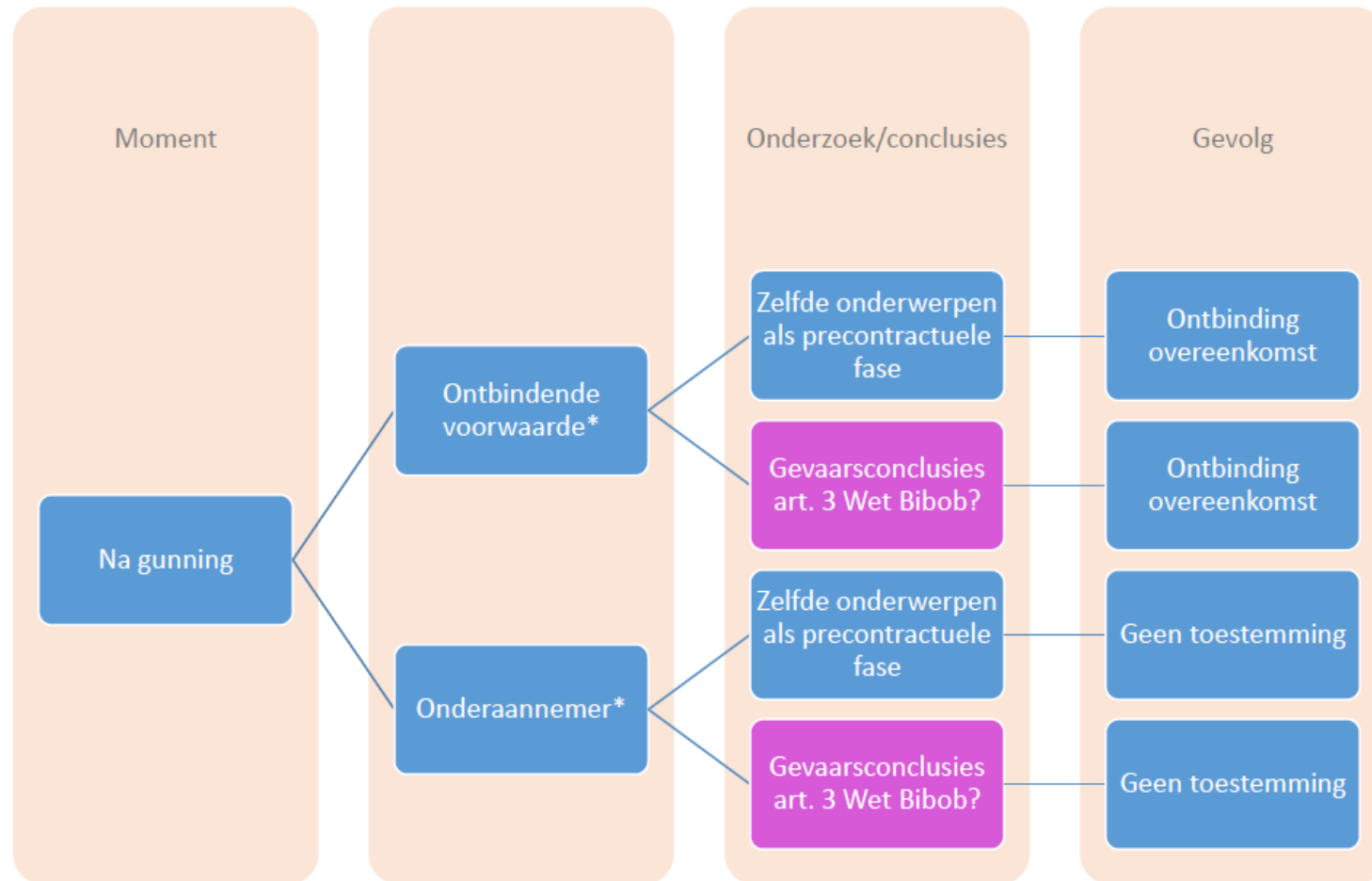
Art. 2.87a AW2012:

"De aanbestedende dienst stelt een gegadigde of inschrijver waarop een uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 2.86, eerste of derde lid, of artikel 2.87 van toepassing is, in de gelegenheid te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Indien de aanbestedende dienst dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken gegadigde of inschrijver niet uitgesloten."



M.a.w.: eerst hoor/wederhoor n.a.v. uitkomst Bibob-onderzoek, dan pas beslissing uitsluiting of niet

Mogelijke consequenties uitkomst Bibob-onderzoek bij overheidsopdrachten (3)



* Mits bedongen

Aandachtspunten Bibob- onderzoek bij aanbestedingen

Aandachtspunten Bibob-onderzoek bij aanbestedingen

- **Eigen aanbestedingsbeleid**

- Invulling ernstige beroepsfout
- Wanneer naar LBB? Drempelwaarde?
- Toetsingskader

- **Aanbestedingsstukken**

- Uitsluitingsgronden UEA, invulling ernstige beroepsfout
- Aankondigen Bibob-toets + incorporeren Bibob-vragenlijst
- Verwijzing naar beleid voor algemeen toetsingskader
- Fase (voorgenomen winnaar/selectiefase)
- Consequenties (mogelijke uitkomsten Bibob-advies en gevolgen daarvan)
- Ontbindende voorwaarde in ovk. (+ benoemen in aanbestedingsdocument)
- Toestemmingsbepaling onderaannemer + Bibob-toets

- **Vorbereiding en uitvoering aanbesteding**

- Bouw voldoende tijd in: Bibob-onderzoek, LBB-advies en besluitvorming kosten (veel) tijd → risico van vertraging
- Communicatie tussen betrokken afdelingen aanbestedende dienst!

**Praktijkvoorbeeld
+
lessons learned**

Praktijkvoorbeeld

- Europese openbare aanbesteding
- Fac. u.g. 'ernstige beroepsfout' is v.t. verklaard
- Bibob-paragraaf in aanbestedingsdocument:
 - *"Toepassing van de Wet Bibob betekent dat [...] onderzoekt – mede op basis van de door gegadigde aangeleverde gegevens – of er indicaties zijn dat op een gegadigde één of meer van de in artikel 2.86 Aanbestedingswet 2012 (artikel 2.13.1 ARW 2016) bedoelde uitsluitingsgronden en/of één of meer van de op deze aanbesteding van toepassing verklaarde uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 2.87 Aanbestedingswet 2012 (artikel 2.13.7 ARW 2016) van toepassing zijn. [...] 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 die opdracht strafbare feiten zal plegen."*

Praktijkvoorbeeld

- Bibob-paragraaf bepaalt verder:
- **“Nadere toelichting ernstige beroepsfouten**
- *Ten aanzien van eventuele ernstige fouten die de gegadigde in de uitoefening van zijn beroep heeft begaan (artikel 2.87, eerste lid, onder c, van de Aanbestedingswet 2012 en artikel 2.13.7, eerste lid, onder c, van de ARW 2012), onderzoekt [...] met name, maar niet uitsluitend, of er aanwijzingen zijn om aan te nemen dat sprake is van misdrijven zoals genoemd in artikel 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.”*

Praktijkvoorbeeld

- UEA van X:

Ernstige beroepsfout zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012

Heeft de ondernemer zich schuldig gemaakt aan ernstige beroepsfouten²⁷?

Ja Nee*

* zie bijlage: Notitie UEA

²⁷ Zie, indien van toepassing, de definities in de nationale wetgeving, de betreffende aankondiging of de aanbestedingsstukken.

- Notitie:
- *“Deze notitie is onderdeel van het UEA en bedoelt als extra informatie op de vraag of de ondernemer [...] zich schuldig heeft gemaakt aan ernstige beroepsfouten. Hierop is het antwoord nee ingevuld. Wel is ondérnemer op 31 augustus 2021 veroordeel tot een geldboete van €2000,- Dit wegens overtreding van de wet wegvervoer goederen (artikel 2.11). Volgens de politierechter niet opzettelijk begaan (zie ook bijlage 31-8-2021) (...)”*

Praktijkvoorbeeld

- AD stelt verduidelijkingsvragen
- O.b.v. reactie X: géén/onvoldoende reden om uit te sluiten wegens ernstige beroepsfout en/of valse verklaring
- AD gaat over tot voorlopige gunning en vraagt X om Bibob-vragenformulier in te vullen
- Daaruit blijkt (o.a.): groot aantal overtredingen van vervoers- en milieuwetgeving in en rondom terugkijkperiode, met boetes en last onder dwangsom tot gevolg
- Hoe nu te handelen?

Praktijkvoorbeeld

- AD trekt gunningsvoornemen in en sluit inschrijver alsnog uit vanwege:
 - Valse verklaring/achterhouden relevante info
 - Eén of meer ernstige beroepsfouten
- Inschrijver spant kort geding aan
- Oordeel rechter?

Praktijkvoorbeeld

- Vزر. Rb. Gelderland 14 december 2022, n.n.g.:
 - Uitsluiting wegens valse verklaring terecht
 - Komt daarom niet meer toe aan vraag of sprake is van één of meer ernstige beroepsfouten
 - Alsdan géén aanvullende proportionaliteitstoets nodig

Lessons learned:

- Toepassing Wet Bibob bij aanbestedingen = hulpmiddel om ondermijning / contractering niet-integere partijen tegen te gaan
- Bibob-vragenformulier, eigen onderzoek en LBB-advies kunnen helpen bij nemen uitsluitingsbeslissing
- Toepassing Wet Bibob bij aanbestedingen vergt gedegen voorbereiding en zorgvuldige planning
- Borging in aanbestedingsstukken is noodzakelijke randvoorwaarde
- Specifieke kennis van en ervaring met Wet Bibob en aanbestedingsregels is ook vereist
- Kost tijd en geld (zeker i.g.v. procedure)

Dank voor jullie aandacht!

Vragen?



Matthijs Mutsaers

m.mutsaers@hekkelman.nl

024 - 382 83 41 (tevens mobiel)

Advocatuur Nijmegen

Prins Bernhardstraat 1

6521 AA Nijmegen

advocatuur@hekkelman.nl

024 - 382 83 84

Notariaat Nijmegen

Oranjesingel 41

6511 NN Nijmegen

notariaat-nijmegen@hekkelman.nl

024 - 382 84 86

Notariaat Arnhem

Sickeszplein 1

6821 HV Arnhem

notariaat-arnhem@hekkelman.nl

026 - 377 71 11

**DUIDELIJK
HEKKELMAN.**