

Publicatie

Auteurs: M.S. Houweling & B.T. Tonino
Verschenen in: Vastgoedrecht, *VGR* 2022/6
Datum: December 2022
Titel: Invloed van tweede tranche Wet Bibob op aanbestedingen

Invloed van tweede tranche Wet Bibob op aanbestedingen¹

Op 1 oktober 2022 is de tweede tranche van de Wet Bibob in werking getreden. In het kader van het aanbestedingsrecht verkennen de auteurs in deze bijdrage de meest relevante wetswijzigingen van deze tweede tranche.

1. Inleiding

Op 1 oktober 2022 is de tweede tranche van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob) in werking getreden. Deze wet speelt een belangrijke rol bij aanbestedingen, nu onderzoek op basis van deze wet vanwege een verplichte of facultatieve uitsluitingsgrond tot uitsluiting kan leiden. Deze bijdrage verkent de reikwijdte van de Wet Bibob in algemene zin, de relevantie van deze wet voor het aanbestedingsrecht en de wijzigingen die de tweede tranche van deze wet voor de aanbestedingspraktijk met zich brengen.

2. Reikwijdte en omvang Wet Bibob

De Wet Bibob is een bestuursrechtelijk instrument om de eigen integriteit van bestuursorganen te beschermen door te voorkomen dat de overheid ongewild criminele activiteiten faciliteert. Immers, een overheidsorgaan kan een overheidsopdracht niet gunnen, een vastgoedtransactie niet aangaan of een reeds gesloten overeenkomst

ontbinden, indien er een ernstig gevaar dreigt dat een opdracht, transactie of overeenkomst voor criminele activiteiten wordt misbruikt. De juridische bevoegdheid hiervoor volgt – buiten eventuele contractuele afspraken tot bijv. ontbinding – uit art. 5 en 5a jo. art. 9 Wet Bibob.

3. Uitsluiting van een aanbesteding

De Wet Bibob en het aanbestedingsrecht kruisen elkaar op het terrein van de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden die (voor overheidsopdrachten) voortvloeien uit art. 57 Richtlijn 2012/24/EU² (geïmplementeerd in art. 2.86 en 2.87 Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012)). Enkele verplichte uitsluitingsgronden betreffen: een onherroepelijk geworden veroordeling ter zake van deelneming aan een criminele organisatie (art. 2.86 lid 2 sub a Aw 2012), het witwassen van geld (art. 2.86 lid 2 sub d Aw 2012) en een terroristisch misdrijf (art. 2.86 lid 2 sub e Aw 2012). Enkele facultatieve uitsluitingsgronden betreffen: een ernstige beroepsfout (art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012), schending van mededingingsrecht (art. 2.87 lid 1 sub d Aw 2012) en vroegtijdige beëindiging van een overheidsopdracht wegens tekortkomingen (art. 2.87 lid 1 sub g Aw 2012). Relevant bij de bevoegdheid tot uitsluiting op basis van een facultatieve uitsluitingsgrond is dat een aanbestedende dienst dient te beoordelen of de gegadigde voldoende

¹ Het onderzoek voor deze publicatie is op 18 oktober 2022 afgerond.

² Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014

betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2014, L 94/65).

zelfreinigende maatregelen heeft genomen en indien dat het geval is, kan de aanbestedende dienst overwegen de gegadigde (toch) niet uit te sluiten.³ Overigens kan zowel bij toepassing van verplichte als bij facultatieve uitsluitingsgronden alsnog van uitsluiting van een gegadigde worden afgezien, indien er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang of 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 (art. 2.87a Aw 2012).

Bij veel (maar lange niet alle) aanbestedingen is vereist dat een gegadigde een door Dienst Justis afgegeven gedragsverklaring aanbesteden (als bedoeld in art. 4.1 Aw 2012) bij de inschrijving voegt, zodat kan worden bewezen dat er geen onherroepelijke veroordeling op de gegadigde van toepassing is (welke verklaring bovendien niet ouder dan twee jaar mag zijn).⁴ Als een gedragsverklaring niet verplicht is bij een aanbesteding, geldt dat een aanbestedende dienst deze verklaring ook bij de inschrijver kan opvragen, indien zij twijfelt over de juistheid van de 'eigen verklaring' waarmee bij inschrijvingen wordt aangegeven of er uitsluitingsgronden van toepassing zijn.⁵

Ondanks dat deze gedragsverklaring voor een inschrijving een vereiste kan

zijn, kunnen er zich alsnog feiten en omstandigheden hebben voorgedaan of voordoen die tot uitsluiting zouden kunnen leiden. Zo kan uit de gedragsverklaring niet worden opgemaakt of er lopende strafrechtelijke onderzoeken of strafzaken zijn en/of welke herkomst de financiële middelen hebben.⁶ Tegen deze achtergrond bestaat voor een aanbestedende dienst (voor zover zij een bestuursorgaan is in de zin van art. 1:1 Algemene wet bestuursrecht) op basis van de Wet Bibob mogelijkheid om ten aanzien van een gegadigde zelf onderzoek te verrichten.⁷ Bij meerdere aanbestedende diensten is in het beleid voor overheidsopdrachten boven een bepaalde drempel (vaak de drempel voor een Europese aanbesteding) als uitgangspunt vastgesteld dat in het kader van integriteit naar iedere inschrijver onderzoek wordt gedaan.

Na het eigen onderzoek op basis van de Wet Bibob kan een aanbestedende dienst ook het 'Bureau bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur' (hierna: het Landelijk Bureau Bibob) verzoeken om een advies (art. 8 e.v. Wet Bibob).⁸ Als gevolg hiervan concludeert het Landelijk Bureau Bibob onder meer over de vraag (i) welke feiten en omstandigheden tot een van de uitsluitingsgronden zouden kunnen leiden, (ii) naar de mogelijkheid dat een gegadigde betrokken is bij witwassen en/of (iii) naar de mate van gevaar dat een gegadigde bij de

³ Art. 2.87a Aw 2012.

⁴ Rb. (vzr.) Den Haag 18 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8951, r.o. 5.2, *JAAN* 2021/179.

⁵ Zie art. 2.101 Aw 2012 jo. art. 4.1 e.v. Aw 2012. Indien na een verzoek daartoe de gedragsverklaring niet tijdig wordt overgelegd, leidt dit alsnog tot uitsluiting, zie: Rb. (vzr.) Den Haag 27 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:8792, r.o. 4.4-4.5. Over de vraag of een bewijsstuk van latere datum dan indiening mag zijn, bestaat discussie: Rb. (vzr.) Oost-Brabant 14 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:166, *JAAN* 2019/55, m.nt.

J.W.A. Meesters; CvAE 24 juli 2020, nr. 548, *JAAN* 2020/159.

⁶ Zie: *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 10, p. 42-43.

⁷ Vgl.: 't Hart, 'Uitsluiting bij aanbestedingen', *BR* 2006/126, p. 616 e.v.; A. de Moor-van Vugt, 'Onder het mom van integriteit', *NTB* 2012/11, p. 65-76

⁸ Zie voor een algemene beschouwing: F.A. Pommer, 'Hoofdpijnen van de Wet BIBOB in de vastgoedpraktijk', *VGR* 2019, afl. 5, p. 106-114.

uitvoering van een eventueel gegunde opdracht strafbare feiten zal plegen (zie art. 9 lid 2 Wet Bibob). De conclusie van een aanbestedende dienst of het Landelijk Bureau Bibob dat er een gevaar is dat een gegadigde strafbare feiten zal plegen, wordt een 'gevaarsconclusie' genoemd.

4. Wijzigingen tweede tranche Wet Bibob

Voornoemd juridisch kader is – zoals gezegd – gewijzigd. Er zijn bij de tweede tranche van de Wet Bibob (die op 1 oktober 2022 in werking is getreden) enkele wijzigingen doorgevoerd die voor de aanbestedingspraktijk relevant zijn. Wij bespreken deze wijzigingen hierna thematisch.

Informatieverstrekking over gevaarsconclusies

De informatieverstrekking over gevaarsconclusies tussen Landelijk Bureau Bibob en bestuursorganen en tussen bestuursorganen onderling zal vaker kunnen plaatsvinden met de wijziging van art. 11a Wet Bibob. Onder het oude regime van informatieverstrekking (de Wet Bibob voor 1 oktober 2022) was het 'slechts' mogelijk om informatie te verstrekken over de betrokkene en niet over zakelijke relaties. Er is bij evaluatie van dit 'oude regime' geconstateerd dat er ten aanzien van een betrokkene bij het ene bestuursorgaan een gevaarsconclusie werd getrokken en door het andere bestuursorgaan met dezelfde betrokkene 'gewoon' een overeenkomst werd aangegaan of vergunning werd gegeven, mede ingegeven doordat een betrokkene met stromannen werkte of (telkens) nieuwe rechtspersonen oprichtte (een zgn. waterbedeffect).⁹ Dit aspect van het 'oude regime' is naar het oordeel van de wetgever een ongewenste beperking van de Wet Bibob die aanpassing

verdient. Andere ongewenste beperkingen (van het 'oude regime') zijn verder dat het Landelijk Bureau Bibob niet over alle gevaarsconclusies van alle bestuursorganen kan beschikken, het vereiste dat een gevaarsconclusie niet ouder dan twee jaar mag zijn en dat een art. 11a-bericht niet aangeeft welke persoon heeft bijgedragen aan de gevaarsconclusie.¹⁰

Met invoering van de tweede tranche Wet Bibob zijn deze ongewenste beperkingen weggenomen. Art. 11a Wet Bibob brengt immers met zich dat het Landelijk Bureau Bibob desgevraagd aan een bestuursorgaan mededeelt of er gevaarsconclusies door haar of door een bestuursorgaan zijn getrokken in de periode van vijf jaren voorafgaand aan het verzoek. Of een ander bestuursorgaan een gevaarsconclusie heeft getrokken, weet het Landelijk Bureau Bibob doordat een bestuursorgaan dit als zodanig aan het Landelijk Bureau Bibob dient te mededelen (art. 7a lid 7 Wet Bibob).

Als gevolg van deze stevige impuls van de kennis van het Landelijk Bureau Bibob, verwachten wij dat er bij meer aanbestedingen informatie naar boven zal komen waaraan aanbestedende diensten de inhoud van de eigen verklaring van een inschrijver ter zake van de toepasselijkheid van uitsluitingsgronden kunnen toetsen. Mogelijk leidt de wijziging van de Wet Bibob op dit punt ook tot meer uitsluitingen bij aanbestedingen.

Tipbevoegdheid en informatieverstrekking tussen bestuursorganen

Dit kan temeer het geval zijn, nu de tweede tranche van de Wet Bibob met zich brengt dat de zgn. tipbevoegdheid

⁹ Kamerstukken II 2020/21, 35764, nr. 3, p. 2-4 (MvT).

¹⁰ Kamerstukken II 2020/21, 35764, nr. 3, p. 2-4 (MvT).

wordt gewijzigd.¹¹ Sinds 1 oktober 2022 kunnen ook bestuursorganen elkaar erop wijzen om eigen onderzoek te doen en – indien nodig – nadien het Landelijk Bureau Bibob om een advies vragen. In lijn met de hiervoor besproken wijziging van het wegnemen van de ‘ongewenste beperkingen’ kan een tip dus ook zien op de zakelijke omgeving of relaties van een betrokkene. Bovendien kunnen sinds de wetwijziging bestuursorganen onder voorwaarden onderling informatie uitwisselen via het Bibob-register. Ratio hiervan is dat een tipbevoegdheid van bestuursorganen onderling geen meerwaarde zou hebben, indien verder geen informatie tussen bestuursorganen mag worden gedeeld.¹² Verder wordt met deze wetwijziging voorkomen dat twee bestuursorganen na elkaar min of meer hetzelfde onderzoek zouden verrichten, hetgeen een efficiënt gebruik van gemeenschapsgeld ten goede komt.¹³

Reikwijdte Wet Bibob

Tot slot is met de tweede tranche de reikwijdte van de Wet Bibob ter zake van aanbestedingsrecht vergroot. Ook de zgn. SAS-diensten (sociale en andere specifieke diensten) vallen nu onder het bereik van de Wet Bibob. Verder zijn met de tweede tranche enkele definities uit het aanbestedingsrecht consequenter doorgevoerd, mede ter voorkoming van interpretatieverschillen. Overigens is een vergroting van de reikwijdte van de Wet Bibob niet alleen op het aanbestedingsrecht van toepassing. Ook op meer vastgoedtransacties is de Wet Bibob nu van toepassing, te weten: vervreemding opstalrecht door

rechtspersoon met overheidstaak en verlenen goedkeuring voor opvolgende vervreemding of vestiging/wijziging van een zakelijk recht vanwege een toepasselijk kettingbeding (zie art. 1 lid 1 begrip ‘vastgoedtransactie’ Wet Bibob). Verder is ook – vanwege het verdere uitstel van de inwerkingtreding van de Omgevingswet – besloten om ook een aanlegvergunning van art. 2.1 lid 1 sub b Wabo onder de reikwijdte van de Wet Bibob te laten vallen.¹⁴

5. Slot

Al met al is er bij aanbestedingen te verwachten dat op basis van de tweede tranche van de Wet Bibob (in werking getreden op 1 oktober 2022) aanbestedende diensten meer informatie over gegadigden (ter zake van de inhoud van de uitsluitingsgronden) zullen hebben of kunnen vergaren, al dan niet na een tip hiertoe van het Landelijk Bureau Bibob of een ander bestuursorgaan. Hierdoor zouden aanbestedende diensten wellicht vaker gegadigden kunnen bevragen naar de juistheid van hun eigen verklaring ter zake van uitsluitingsgronden en zo nodig overgaan tot uitsluiting van gegadigden. Wat ons betreft komt dan ook de wetwijziging ten goede van de verdere voorkoming van het faciliteren van criminele activiteiten en is de wetwijziging daarmee positief voor het integer handelen van aanbestedende diensten.

Auteurs: Marc Houweling & Brim Tonino

¹¹ Zie ook: B. van der Vorm, ‘De uitbreiding van de tipfunctie in de Wet Bibob: ongegeneerd klikken of wettelijk waarschuwen?’, *Gst.* 2020/45, p. 230-237.

¹² *Kamerstukken II 2020/21*, 35764, nr. 3, p. 10-11 (MvT).

¹³ *Kamerstukken II 2020/21*, 35764, nr. 3, p. 10-11 (MvT).

¹⁴ Zie art. 2.1 lid 1 sub b jo. art. 2.20 lid 1 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Overigens valt een vergunning voor afwijken van het bestemmingsplan niet onder de reikwijdte van de Wet Bibob. Zie ook art. 5.19 lid 4 sub b Wabo voor intrekking van vergunningen op grond van de Wet Bibob.