

BIBOB

INFORMATIEMEMORANDUM BIJ 'AANBESTEDING'

Inhoudsopgave	blz.
Inleiding	3
Uitgangspunten van de Wet BIBOB bij 'aanbesteding'	5
- <i>Doel van de Wet BIBOB</i>	
- <i>Onderzoek door Bureau BIBOB</i>	
- <i>Proportionaliteit; overheidsopdrachten met een aanzienlijke maatschappelijke of economische waarde</i>	
- <i>De aanvragende aanbestedende dienst blijft verantwoordelijk</i>	
- <i>Bescherming persoonlijke levenssfeer</i>	
Toepassing van de Wet BIBOB bij 'aanbesteding'	8
- <i>Wie kan een BIBOB-advies vragen ?</i>	
- <i>Voor welke opdrachten kan BIBOB-advies worden gevraagd ?</i>	
- <i>Binnen welke sectoren kan BIBOB-advies worden gevraagd ?</i>	
- <i>Wat is de reikwijdte van het BIBOB-instrumentarium ?</i>	
- <i>Naar wie kan door Bureau BIBOB een onderzoek worden ingesteld?</i>	
- <i>Terzake waarvan kan BIBOB-advies worden gevraagd ?</i>	
- <i>Hoe waarborgt BIBOB de privacy van de betrokkene ?</i>	
- <i>Welke aspecten zijn voor een aanbestedende dienst van belang bij de aanvraag van een BIBOB-advies ?</i>	
- <i>Binnen welke termijn wordt een BIBOB-advies gegeven ?</i>	
- <i>Wat houdt het BIBOB-advies in ?</i>	
- <i>Is de aanbestedende dienst bij zijn beslissing inzake een overheidsopdracht gebonden aan een BIBOB-advies ?</i>	
- <i>Is er gelegenheid voor betrokkene om zijn zienswijze naar voren te brengen ?</i>	
- <i>Mogelijkheid voor betrokkene tot instellen van gerechtelijke procedures?</i>	
- <i>Risico van aansprakelijkheid aanbestedende dienst</i>	
- <i>Kosten</i>	
Handreiking Beleidslijn bij 'aanbesteding'	15
- <i>Onderzoek door aanbestedende dienst zelf</i>	
- <i>Indicatoren voor een aanvraag</i>	
- <i>Privacy</i>	
- <i>Afweging van belangen na ontvangen van BIBOB-advies</i>	
- <i>Zienswijze betrokkene</i>	

BIBOB INFORMATIEMEMORANDUM BIJ 'AANBESTEDING'

Inleiding

Het initiatief tot het uitwerken van een nieuw bestuurlijk instrumentarium ter bevordering van integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur met betrekking tot onder meer gunning van overheidsopdrachten (hierna: 'BIBOB-instrumentarium'), is genomen naar aanleiding van signalen van bestuursorganen in het begin van de negentiger jaren dat mogelijk bepaalde "criminele" personen of bedrijven doordringen in het economisch leven en een beroep doen op bestuurlijke faciliteiten.

De Wet Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur (hierna: Wet BIBOB) beoogt te voorkomen dat onder meer door 'aanbesteding' van een overheidsopdracht als bedoeld in de Wet BIBOB, de overheid onbedoeld mogelijk bepaalde "criminele" activiteiten faciliteert.

Teneinde deze doelstelling te realiseren, zal het 'Bureau BIBOB' desgevraagd een aanbestedende dienst als bedoeld in de Wet BIBOB, mogen adviseren omtrent de aanwezigheid van feiten en omstandigheden die aanleiding zouden kunnen vormen een overheidsopdracht (als bedoeld in de Wet BIBOB) in een bepaalde sector, niet te gunnen danwel een terzake gesloten overeenkomst te ontbinden danwel geen toestemming te verlenen dat een bepaalde 'onderaannemer' terzake wordt ingeschakeld. Het Bureau BIBOB zal daarbij kunnen adviseren omtrent de mate van gevaar dat de uitvoering van een bepaalde overheidsopdracht ten behoeve van "criminele" activiteiten zal worden misbruikt, zodat de aanbestedende dienst maatregelen kan treffen ter voorkoming daarvan.

Het advies dat Bureau BIBOB op basis van de uitkomst van haar onderzoek zal uitbrengen geeft een aanbestedende dienst slechts een ondersteuning bij zijn eigen inhoudelijke afweging een overheidsopdracht wel of niet aan een betrokkene te gunnen, wel of niet een overeenkomst inzake een overheidsopdracht te ontbinden, wel of niet toestemming te verlenen dat een bepaalde 'onderaannemer' kan worden ingeschakeld.

Met name de afweging om een BIBOB-advies te vragen bij een aanbesteding, dient -juist met het oog op het ingrijpend karakter van het instrument- weloverwogen en met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van aanbestedingsrecht te worden gemaakt. Daarbij spelen proportionaliteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid een belangrijke rol.

De beslissing tot het al dan niet aanvragen van een BIBOB-advies ligt bij de betreffende aanbestedende dienst. Het verdient de voorkeur dat dit gebeurt op basis van een -met inachtneming van het in de Wet BIBOB bepaalde- te ontwikkelen beleid, waarin in algemene termen wordt aangegeven in welke gevallen advies kan worden gevraagd aan het Bureau BIBOB. Dit schept duidelijkheid naar betrokkenen die aan een BIBOB-onderzoek kunnen worden onderworpen.

Teneinde als aanbestedende dienst een eigen beleidslijn terzake op te kunnen zetten waarin wordt vastgelegd op welke wijze zal worden omgegaan met de Wet BIBOB, is het van belang dat de aanbestedende dienst beschikt over de kennis en vaardigheden om op een juiste wijze gebruik te kunnen maken van het BIBOB-instrumentarium. Dit informatiememorandum kan daarbij behulpzaam zijn.

Op basis van de Memorie van Toelichting op de Wet BIBOB en de toelichting op het Besluit BIBOB zullen hiertoe eerst de uitgangspunten van de Wet BIBOB bij 'aanbesteding' worden besproken. Vervolgens zal -eveneens op basis van deze Memorie van Toelichting- de wijze van toepassen van de Wet BIBOB worden besproken, waarna een korte handreiking zal worden gegeven voor een door een aanbestedende dienst te ontwikkelen eigen transparante beleidslijn inzake de wijze van toepassing van de Wet BIBOB bij 'aanbesteding' van overheidsopdrachten.

Indien een aanbestedende dienst bij een aanbesteding van een overheidsopdracht binnen bepaalde sectoren gebruik wenst te maken van de diensten van het Bureau BIBOB, zal ten behoeve van de betrokkenen, waaronder bijvoorbeeld begrepen buitenlandse inschrijvers, een

korte beschrijving van de Wet BIBOB in de aankondiging/ preselectiedocument en/ of het bestek moeten worden opgenomen. Een standaardtekst daartoe treft u in dit informatiememorandum aan.

Uitgangspunten van de Wet BIBOB bij 'aanbesteding'

Doel van de Wet BIBOB

Het BIBOB-instrumentarium is preventief van karakter. Hoofdzakelijk wordt beoogd te voorkomen dat door de aanbesteding van overheidsopdrachten, de overheid onbedoeld mogelijk bepaalde "criminele" activiteiten zou faciliteren. Het is dus noodzakelijk dat een aanbestedende dienst de beschikking verkrijgt over zodanige informatie, dat het zelf kan oordelen over de mate waarin het risico aanwezig is dat een dergelijke facilitering zich zou kunnen voordoen en dat gevaar bestaat dat een aanbesteding van een overheidsopdracht wordt misbruikt ten behoeve van criminele activiteiten. Deze informatie zal een aanbestedende dienst zelf moeten verkrijgen bijvoorbeeld uit een te houden eigen onderzoek en uit antwoorden die via vragenformulieren zijn verkregen (zie tevens hierna onder *Onderzoek door Bureau BIBOB*).

Met betrekking tot bepaalde overheidsopdrachten binnen bepaalde sectoren, zal het Bureau BIBOB aanbestedende diensten als bedoeld in de Wet BIBOB, kunnen adviseren omtrent de aanwezigheid van feiten en omstandigheden die aanleiding zouden kunnen vormen bijvoorbeeld een gegadigde in de zin van de Wet BIBOB, de desbetreffende overheidsopdracht niet te gunnen. Het Bureau BIBOB zal daarbij kunnen adviseren omtrent de mate van gevaar dat de uitvoering van een bepaalde overheidsopdracht ten behoeve van "criminele" activiteiten zal worden misbruikt, zodat de aanbestedende dienst maatregelen kan treffen ter voorkoming daarvan.

Een voornoemde aanbestedende dienst kan het Bureau BIBOB inzake bepaalde overheidsopdrachten, die zien op een bij Besluit BIBOB aangewezen sector, om advies vragen:

- (i) voordat een beslissing wordt genomen inzake de gunning van een dergelijke overheidsopdracht; of
- (ii) in het geval de aanbestedende dienst bij overeenkomst heeft bedongen dat de overeenkomst ontbonden wordt, indien -kort gezegd- een BIBOB-advies daartoe aanleiding geeft; of
- (iii) ten aanzien van een 'onderaannemer', uitsluitend met het oog op diens acceptatie als zodanig, indien de aanbestedende dienst in [het bestek] als voorwaarde heeft gesteld dat 'onderaannemer(s)' niet zonder toestemming van die aanbestedende dienst wordt (worden) gecontracteerd en in het kader van die voorwaarde zich het recht heeft voorbehouden aan Bureau BIBOB advies te vragen.

Onderzoek door Bureau BIBOB

Het Bureau BIBOB zal voor zijn onderzoek kunnen beschikken over de gegevens die door een aanbestedende dienst van een betrokkene zijn verkregen. Dit geldt zowel voor de situatie waarin het gaat om de mogelijke gunning van een overheidsopdracht, als bijvoorbeeld voor de situatie waarin een aanbestedende dienst wenst te bezien of zij een overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan ontbinden.

Bij de inrichting van het BIBOB-instrumentarium is er van uitgegaan dat in alle gevallen, waarin een aanbestedende dienst terzake van de gunning van een overheidsopdracht om een BIBOB-advies kan verzoeken, de betrokkenen verplicht zijn zelf aan de hand van een vragenformulier gegevens aan de aanbestedende dienst te verstrekken. De Wet BIBOB voorziet erin dat in dat formulier vragen zijn opgenomen, die er op gericht zijn de voor een BIBOB onderzoek noodzakelijke gegevens te genereren. Ook in het geval waarin de mogelijke ontbinding van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht aan de orde is, dienen de betrokkenen een dergelijk formulier in te vullen.

Het Bureau BIBOB heeft daartoe een vragenformulier bij 'aanbesteding' opgesteld, dat een aanbestedende dienst kan gebruiken. Dit vragenformulier kan bij het Bureau BIBOB worden opgevraagd.

Het Bureau BIBOB kan verder gegevens vergaren uit alle daartoe geëigende open bronnen en limitatief opgesomde gesloten bronnen, zoals de persoonsregistraties waarop de Wet politieregisters en de Wet op de justitiële documentatie van toepassing zijn.

Proportionaliteit; overheidsopdrachten met een aanzienlijke maatschappelijke of economische waarde

In de Wet BIBOB wordt door middel van een aantal procedurele en inhoudelijke waarborgen, die onder andere hun basis vinden in de Algemene Wet Bestuursrecht en de Wet bescherming persoonsgegevens, getracht de juiste balans te vinden tussen de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van het openbaar belang.

In het licht van deze proportionaliteitsgedachte is er voor gekozen niet ten aanzien van alle overheidsopdrachten de mogelijkheid open te stellen dat een BIBOB-advies kan worden verzocht.

Voor overheidsopdrachten geldt in ieder geval dat het moet gaan om opdrachten met een aanzienlijke maatschappelijke of economische waarde, zodat mogelijk misbruik of "criminele" betrokkenheid aantrekkelijk wordt.¹ Het risico van bestuurlijke facilitering kan dan zodanig groot worden geacht, dat een beroep op het BIBOB-instrumentarium gerechtvaardigd is. De afweging terzake dient door de aanbestedende dienst zelf te worden gemaakt.

De aanvragende aanbestedende dienst blijft verantwoordelijk

Een ander belangrijk uitgangspunt van het BIBOB-instrumentarium is dat een aanbestedende dienst bij de toepassing van dat instrumentarium zelf de volledige verantwoordelijkheid blijft dragen voor de voorkoming van facilitering van "criminele" activiteiten.

De aanbestedende dienst besluit in de eerste plaats zelfstandig of gebruik wordt gemaakt van het BIBOB-instrumentarium, en of derhalve een BIBOB-advies wordt aangevraagd. Dit besluit zal zijn gebaseerd op een door de aanbestedende dienst zelf uit te voeren vooronderzoek naar de mate van gevaar dat een overheidsopdracht wordt misbruikt ten behoeve van mogelijk bepaalde "criminele" activiteiten. Er bestaat geen verplichting om een BIBOB-advies aan te vragen. Het is dan ook de aanbestedende dienst die in het concrete geval de afweging maakt, of toepassing van het BIBOB-instrumentarium kan worden gerechtvaardigd², alsmede de inbreuk op de privacy van de betrokkenen, in relatie tot de mogelijke risico's die in het concrete geval aan de orde zouden kunnen zijn. Zoals hierna zal worden besproken, verdient het aanbeveling als aanbestedende dienst in een beleidslijn indicatoren op te nemen, die aan kunnen geven of de beslissing tot aanvraag van een BIBOB-advies gerechtvaardigd is. Ten slotte, het BIBOB-advies is niet bindend voor de aanbestedende dienst.

Bescherming persoonlijke levenssfeer

Vanwege de aard van de gegevens en de diversiteit aan bronnen waaruit deze door het Bureau BIBOB kunnen worden geput, dient met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de personen waaromtrent het Bureau BIBOB gegevens heeft verzameld, een zeer stringent regime te worden gehanteerd ten aanzien van de verstrekking van die persoonsgegevens. Voorts dient te worden voorkomen dat die gegevens onnodig worden verspreid. Er kunnen immers grote zakelijke en persoonlijke belangen op het spel staan.

Bepaald is dat een ieder die op grond van de Wet BIBOB persoonsgegevens inzake een derde verkrijgt, tot geheimhouding verplicht is, behoudens de in de Wet BIBOB geregelde uitzonderingsgevallen.

De betrokkenen dienen over het feit van opslag van op hen betrekking hebbende gegevens door Bureau BIBOB individueel te worden geïnformeerd. Uitgangspunt is dat zij geen onderzoek behoeven te doen of over hen gegevens opgeslagen zijn.

¹ In de Wet BIBOB is niet uitgewerkt wanneer een overheidsopdracht wordt geacht een "aanzienlijke maatschappelijke of economische waarde" te vertegenwoordigen. Blijkens de toelichting op het Besluit BIBOB kan bij "aanzienlijke maatschappelijke waarde" worden gedacht aan opdrachten waarbij met gevoelige gegevens of kostbare producten wordt gewerkt, dan wel waarbij noodvoorzieningen of veiligheidsmaatregelen worden ingevoerd. Ook kan worden gedacht aan opdrachten zoals onderhoudswerkzaamheden die worden uitgevoerd in gebouwen of aan systemen die onder strenge beveiliging staan. Bij "aanzienlijke economische waarde" kan men blijkens de toelichting op het Besluit BIBOB denken aan opdrachten met een waarde gelijk aan of groter dan de drempelbedragen als genoemd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

² Vermoedens van ernstige misstanden (hetgeen kan blijken uit bijvoorbeeld tegenwerking bij controles) of indien er sprake is van aanwijzingen van georganiseerde misdaad (waar omstandigheden als een groot aantal faillissementen in zeer korte tijd of veelvuldige bestuurswisselingen op kunnen duiden) kunnen een aanvraag rechtvaardigen.

Toepassing van de Wet BIBOB bij 'aanbesteding'

Wie kan een BIBOB-advies vragen?

BIBOB-advies bij 'aanbesteding' kan worden gevraagd door aanbestedende diensten.

De term 'aanbestedende dienst' is ontleend aan de thans vigerende Europese aanbestedingsrichtlijnen, maar heeft in de Wet BIBOB een beperkte reikwijdte. Slechts de instellingen die voldoen aan het in de Wet BIBOB gedefinieerde begrip 'aanbestedende dienst' kunnen een BIBOB-advies bij 'aanbesteding' aanvragen.

In de Wet BIBOB worden slechts de volgende instellingen aangemerkt als aanbestedende diensten:

1. de Staat;
2. Provincies;
3. Gemeenten;
4. Waterschappen;
5. Openbare lichamen als bedoeld in artikel 8 lid 1 Wet Gemeenschappelijke Regelingen;
6. Politiergio's;
7. Openbare lichamen voor beroep of bedrijf;
8. Openbare lichamen als bedoeld in artikel 134 van de Grondwet;
9. Zelfstandige bestuursorganen aangewezen bij Besluit BIBOB.

Voor welke opdrachten kan BIBOB-advies worden gevraagd?

Een BIBOB-advies kan worden gevraagd voor overheidsopdrachten als in de Wet BIBOB gedefinieerd.

In de Wet BIBOB wordt onder een overheidsopdracht verstaan een opdracht die wordt verstrekt op basis van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen enerzijds een aannemer, leverancier of dienstverlener en anderzijds een aanbestedende dienst, en die betrekking heeft op:

- a) de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van beroepswerkzaamheden die zijn gebaseerd op de algemene systematische bedrijfsindeling³, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet;
- b) de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten, met dien verstande dat dit tevens de nodige werkzaamheden kan omvatten voor het aanbrengen en installeren van die producten bij de levering daarvan; of
- c) de uitvoering van diensten in de meest ruime zin.

Onder overheidsopdracht valt blijkens de Wet BIBOB eveneens het geheel van afspraken dat is vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst tussen enerzijds een aanbestedende dienst en anderzijds een of meer private partijen, over de uitvoering van werken of diensten geheel of ten dele voor rekening en risico van een of meer van die private partijen.

Zowel overheidsopdrachten die (a) krachtens de thans vigerende Europese aanbestedingsrichtlijnen dienen te worden aanbesteed, (b) krachtens het nationale aanbestedingsrecht (dienen te) worden aanbesteed of (c) onderhands kunnen worden verstrekt, vallen onder het bereik van de Wet BIBOB.

Binnen welke sectoren kan BIBOB-advies worden gevraagd?

Krachtens het bij de Wet BIBOB thans vigerende Besluit BIBOB zijn enkele sectoren aangewezen ten aanzien waarvan aan het Bureau BIBOB inzake overheidsopdrachten een advies kan worden gevraagd.

Het betreft overheidsopdrachten binnen de sectoren milieu, informatie-communicatie technologie (ICT) of bouw.

Het Bureau BIBOB heeft een enuntiatieve lijst opgesteld waarin opdrachten zijn opgenomen die binnen deze sectoren kunnen vallen. Deze lijst kan bij het Bureau BIBOB worden opgevraagd.

³ Zie Bijlage II bij de Europese aanbestedingsrichtlijn 93/37/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG (Richtlijn Werken)

Wat is de reikwijdte van het BIBOB-instrumentarium?

Teneinde de juiste balans te vinden tussen de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van het openbaar belang, is er voor gekozen om niet ten aanzien van alle overheidsopdrachten de mogelijkheid open te stellen dat om het BIBOB-advies kan worden verzocht.

Het moet gaan -zoals hiervoor gesteld- om overheidsopdrachten met een aanzienlijke maatschappelijke of economische waarde. Het risico van bestuurlijke facilitering kan dan zodanig groot worden geacht dat een beroep op het BIBOB-instrumentarium gerechtvaardigd is.

Naar wie kan door Bureau BIBOB een onderzoek worden ingesteld?

Om zijn adviestaak verantwoord te kunnen vervullen, dient het Bureau BIBOB een zo volledig mogelijk beeld te krijgen van het bedrijf of de onderneming van een betrokkene. De aanbestedende dienst zal daartoe aan de betrokkene vragen dienen te stellen.

- Wie is aan te merken als 'betrokkene'?

Onder 'betrokkene' in de zin van de Wet BIBOB wordt niet alleen degene verstaan die:

- (a) zich heeft gemeld voor een aanbestedingsprocedure teneinde een aanbidding te doen; of
- (b) zich heeft ingeschreven op een aanbestedingsprocedure; danwel
- (c) in onderhandeling is getreden met een aanbestedende dienst (a, b en c elk tevens zijnde 'gegadigde' als bedoeld in de Wet BIBOB); maar ook
- (d) degene aan wie een overheidsopdracht is gegund; of
- (e) een derde aan wie een deel van een overheidsopdracht in onderaanneming is of zal worden gegeven door degene aan wie de overheidsopdracht is of zal worden gegund.

Een door het Bureau BIBOB in te stellen onderzoek zal zich niet alleen uitstrekken tot het bedrijf of de onderneming van de betrokkene maar ook tot de structuur en de financiering van de onderneming, de zeggenschap daarover, alsmede de verhouding tot andere ondernemingen en personen die bij de besluitvorming binnen de onderneming zijn betrokken.

Doordat buitenlandse bedrijven steeds meer gaan opereren op de Nederlandse markt, zal het Bureau BIBOB in staat moeten kunnen zijn om desgewenst ook deze buitenlandse bedrijven aan een BIBOB onderzoek te kunnen onderwerpen. In dit verband is het van belang dat Bureau BIBOB in vergelijkbare mate kan beschikken over gegevens over Nederlandse en buitenlandse bedrijven. Wat betreft de bevraging van openbare bronnen is dit het geval. Er zijn verschillende internationale en openbare buitenlandse gegevensbronnen die geraadpleegd kunnen worden en waarvan de gegevens voor het oordeel over de betrouwbaarheid van de onderneming van groot belang kunnen zijn. Hierbij moet worden gedacht aan de bestanden van internationale bedrijfsinformatiebureaus en registers van buitenlandse Kamers van Koophandel. Met name waar het gegevens over de bedrijfsstructuur, de reputatie en financiële gegevens van een buitenlands bedrijf betreft, is de informatie uit deze bronnen nuttig voor een BIBOB onderzoek.

Terzake waarvan kan BIBOB-advies worden gevraagd?

Voor een aanbesteding krachtens de thans vigerende Europese aanbestedingsrichtlijnen geldt een dwingende regeling voor selectie- en gunningscriteria. Selectiecriteria zien op de kwaliteit van de leverancier, aannemer en dienstverlener als zodanig. De selectiecriteria kennen bepaalde uitsluitingsgronden alsmede geschiktheidscriteria die onder meer kunnen zien op de beoordeling van de financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid.

Blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie vormen deze selectiecriteria een gesloten stelsel. Voor aanbestedingen is het dan ook niet mogelijk via de Wet BIBOB extra uitsluitingsgronden of geschiktheidscriteria te creëren. Aanbestedende diensten blijven in dat opzicht gebonden aan de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Het advies dat aan Bureau BIBOB kan worden gevraagd is gericht op de uitsluitingsgronden en het geschiktheids criterium van de financiële en economische draagkracht als genoemd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen.⁴ Met andere woorden, de toepassing van de uitsluitingsgronden en voornoemd geschiktheids criterium uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen kan worden gemotiveerd met behulp van een BIBOB-advies.

⁴ Het geschiktheids criterium dat ziet op aspecten van technische bekwaamheid zal niet door Bureau BIBOB worden getoetst.

Daarbij is er in de Wet BIBOB in voorzien dat die selectiecriteria ook kunnen worden toegepast ten aanzien van aanbestedingen die krachtens het nationale aanbestedingsrecht (dienen te) worden aanbesteed en ten aanzien van opdrachten die onderhands kunnen worden verstrekt.

Voorwaarde voor het gebruik van de uitsluitingsgronden en het geschiktheids criterium 'financiële en economische draagkracht' is dat deze bij een aanbesteding in de aankondiging en/ of het bestek worden opgenomen. Van belang hierbij is dat een aanbestedende dienst bij het stellen van voornoemde criteria, dient na te gaan of de gestelde criteria in verhouding staan tot de opdracht alsmede proportioneel zijn.

De volgende uitsluitingsgronden kunnen (limitatief) door een aanbestedende dienst worden gesteld:

Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere betrokkene:

1. die in staat van faillissement, vereffening, surséance van betaling of akkoord verkeert dan wel zijn werkzaamheden heeft gestaakt of in een andere soortgelijke toestand verkeert ingevolge een gelijkaardige procedure van de nationale wettelijke regeling;
2. wiens faillissement is aangevraagd of tegen wie een procedure van vereffening of surséance van betaling of akkoord danwel een andere soortgelijke procedure die in de nationaal wettelijke regeling is voorzien, aanhangig is gemaakt;
3. die bij een rechterlijke beslissing die kracht van gewijsde heeft, veroordeeld is geweest voor een delict dat de beroepsmoraliteit van de betrokkene in het gedrang brengt;
4. die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;
5. die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van de sociale-verzekeringsbijdragen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is of van het land van de aanbestedende dienst;
6. die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land van de aanbestedende dienst;
7. die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die overeenkomstig de criteria voor de kwalitatieve selectie kunnen worden verlangd [of die deze inlichtingen niet heeft verstrekt⁵].

Ingevolge de Europese aanbestedingsrichtlijnen kan een aanbestedende dienst ook de financiële en economische geschiktheid van een betrokkene toetsen. Dit criterium dient objectief te zijn en gerelateerd te zijn aan de aard en omvang van de (te gunnen) overheidsopdracht.

Op grond van de Wet BIBOB is het tevens mogelijk dat gecontracteerde betrokkenen, bijvoorbeeld aannemers, en door hen ingeschakelde onderaannemers eveneens aan voornoemde uitsluitingsgronden en geschiktheids criterium kunnen worden getoetst.

De voorwaarde voor een dergelijke toetsing van de gecontracteerde betrokkene is wel dat de aanbestedende dienst bij overeenkomst heeft bedongen dat de overeenkomst ontbonden wordt, indien -kort gezegd- een BIBOB-advies daartoe aanleiding geeft.⁶ Ten aanzien van een 'onderaannemer' geldt dat, uitsluitend met het oog op diens acceptatie als zodanig, de aanbestedende dienst in [het bestek] als voorwaarde dient te hebben gesteld dat 'onderaannemer(s)' niet zonder toestemming van die aanbestedende dienst wordt (worden) gecontracteerd en dat de aanbestedende dienst in het kader van die voorwaarde zich het recht heeft voorbehouden aan Bureau BIBOB advies te vragen.⁷

Hoe waarborgt BIBOB de privacy van de betrokkene?

Wanneer een betrokkene wordt onderworpen aan een BIBOB-onderzoek, zal het Bureau een scala aan open en gesloten informatiebronnen over diegene kunnen raadplegen. Voorop staat dat de privacy van betrokkene zoveel mogelijk wordt beschermd. Om dit te realiseren verplicht de Wet BIBOB het Bureau BIBOB zich te houden aan de volgende punten:

⁵ Toevoeging kan uitsluitend worden ontleend aan de Richtlijn Diensten.

⁶ Gedacht kan worden aan de volgende in de overeenkomst met de dienstverlener/leverancier/aannemer op te nemen tekst: "[De aanbestedende dienst] heeft met inachtneming van het daaromtrent in de wet bepaalde, het recht de overeenkomst te ontbinden, indien volgens [de aanbestedende dienst] een advies van het Bureau Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur daartoe aanleiding geeft."

⁷ Gedacht kan worden aan de volgende in de overeenkomst met de dienstverlener/leverancier/aannemer op te nemen tekst: "[dienstverlener/leverancier/aannemer] zal slechts met voorafgaande schriftelijke toestemming van [de aanbestedende dienst] een 'onderaannemer' kunnen contracteren. [De aanbestedende dienst] is gerechtigd geen toestemming terzake te verlenen, onder meer indien -met inachtneming van het in de wet BIBOB bepaalde- volgens [de aanbestedende dienst] een advies van het Bureau Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur daartoe aanleiding geeft."

- Het Bureau BIBOB verstrekt geen gegevens aan derden, behalve in die gevallen die zijn opgesomd in artikel 20 lid 3 van de Wet BIBOB;
- Het Bureau BIBOB verzamelt uitsluitend gegevens ten behoeve van een advies aan een aanbestedende dienst;
- De bronnen die het Bureau BIBOB bevroegt, beperken zich tot: openbare bronnen, bronnen die vermeld staan in de Wet Bescherming Persoonsgegevens, artikel 8 aanhef en onder e) en de bronnen vermeld in artikel 13 en 27 van de Wet BIBOB;
- Het Bureau BIBOB kan bij zijn onderzoek gebruik maken van de in de eigen registratie opgenomen gegevens, voorzover deze althans niet langer dan twee jaar geleden zijn verkregen (artikel 19 Wet BIBOB);
- Voor iedereen die krachtens de Wet BIBOB de beschikking krijgt over gegevens met betrekking tot een derde, geldt een geheimhoudingsplicht (artikel 28 Wet BIBOB);

Verder zijn de Algemene wet bestuursrecht en de Wet Bescherming Persoonsgegevens van toepassing op de gegevens die door Bureau BIBOB worden verzameld.

De Wet BIBOB speelt nog een bijzondere rol voor de Wet openbaarheid bestuur (Wob). In de Wet BIBOB is bepaald dat, in afwijking van hetgeen in de Wob is bepaald, het Bureau BIBOB in beginsel geen persoonsgegevens aan derden verstrekt, die het heeft verkregen in het kader van zijn onderzoek.⁸ De gegevens die zijn opgenomen in het voor de aanbestedende dienst opgestelde advies worden wel verstrekt aan de betrokkene en aan een derde voorzover de in de motivering genoemde gegevens deze derde betreffen.

Welke aspecten zijn voor een aanbestedende dienst van belang bij de aanvraag van een BIBOB-advies?

De aanbestedende dienst zal de afweging moeten maken of toepassing van het BIBOB-instrumentarium proportioneel is. Dat wil zeggen dat de toepassing van het BIBOB-instrumentarium in de juiste verhouding staat tot het belang van de opdracht.

Ook moet de aanbestedende dienst onderzocht hebben of met een ander minder ingrijpend middel, hetzelfde doel kan worden bereikt. Met andere woorden of er een subsidiair middel bestaat voor het BIBOB instrumentarium.

Met het oog op een behoorlijke procedure is het van belang dat de betrokkene wordt geïnformeerd omtrent het feit dat het advies van het Bureau BIBOB is gevraagd. Dit is een zodanig belangrijke stap in het kader van de besluitvormingsprocedure dat de betrokkene daarover schriftelijk dient te worden ingelicht. Dit temeer nu de aanbestedende dienst niet verplicht is om altijd het advies van het Bureau BIBOB aan te vragen. Van een dergelijke mededeling aan de betrokkene wordt overigens ook een zekere preventieve werking verwacht. De betrokkene die het ongewenst acht dat door het Bureau BIBOB een onderzoek wordt ingesteld, kan naar aanleiding van die mededeling besluiten zijn aanmelding of aanbieding alsnog in te trekken.

Hierbij wordt volledigheidshalve aangetekend dat het Bureau BIBOB de adviesaanvraag niet eerder in behandeling zal nemen dan nadat het Bureau BIBOB de beschikking heeft gekregen over een afschrift van de brief van de aanbestedende dienst aan de betrokkene dat het advies van het Bureau BIBOB is gevraagd.

Binnen welke termijn wordt een BIBOB-advies gegeven?

Het Bureau BIBOB geeft het advies aan de aanbestedende dienst zo spoedig mogelijk doch in ieder geval binnen een termijn van vier weken nadat de aanbestedende dienst een advies heeft aangevraagd.

Indien evenwel bijvoorbeeld gegevens uit het buitenland dienen te worden gevraagd of als er sprake is van een uitgebreid onderzoek, kan die termijn langer zijn. Indien het advies alsdan niet binnen vier weken kan worden gegeven, heeft het Bureau BIBOB de bevoegdheid om de gestelde termijn eenmalig te verlengen. Deze verlenging bedraagt niet meer dan vier weken.

Ook een kortere termijn is in sommige gevallen denkbaar, bijvoorbeeld indien het gaat om een eenvoudig gestructureerd bedrijf in Nederland

Een aanbestedende dienst dient bij aanbesteding van een overheidsopdracht genoemde termijn(en) te borgen in de te houden aanbestedingsprocedure.

⁸ Zie uitzonderingsgevallen als vermeld in artikel 20 lid 3 van de Wet BIBOB.

Wat houdt het BIBOB-advies in?

Het advies dat aan de betrokken aanbestedende dienst zal worden gegeven, zal uitsluitend zijn gebaseerd op gegevens die aan de betrokkene ter kennis kunnen worden gebracht.

Hierdoor is enerzijds gewaarborgd dat een adequate controle op het nieuwe instrumentarium mogelijk is en dat de BIBOB-adviezen volledig kunnen worden getoetst. Anderzijds wordt op deze wijze voorkomen dat zodanige gegevens ter kennis worden gebracht aan de betrokkene, dat de goede uitvoering van de politietaak of gewichtige belangen van derden zouden kunnen worden geschaad.

Het BIBOB-advies wordt inhoudelijk zodanig gemotiveerd dat de aanbestedende dienst zelfstandig kan bepalen of het advies aanleiding geeft tot het nemen van een afwijzend besluit ten aanzien van de betrokkene. Dit geldt evenzeer voor een besluit inzake de ontbinding van een overeenkomst inzake een gegunde overheidsopdracht.

In het BIBOB-advies kan de mate van gevaar van "crimineel" misbruik van de uitvoering van een overheidsopdracht worden aangegeven. Hierbij bestaat een aantal modaliteiten. Uiteraard is er de modaliteit dat van geen enkel gevaar is gebleken. Is het Bureau BIBOB in zijn onderzoek daarentegen wel op gegevens gestuit die duiden op mogelijk crimineel misbruik, dan is het mogelijk om een zekere gradatie in het gevaar aan te geven.

Is de aanbestedende dienst bij zijn beslissing inzake een overheidsopdracht gebonden aan een BIBOB-advies ?

Het BIBOB-advies is niet bindend voor de aanbestedende dienst.

Benadrukt wordt dat het BIBOB-advies niet verder gaat dan aan te geven of zich feiten en omstandigheden voordoen die kunnen leiden tot een voor de betrokkene negatieve beslissing inzake een overheidsopdracht.

De aanbestedende dienst dient zelf de afweging te maken of een eventueel door het Bureau BIBOB vastgesteld gevaar zo zwaarwegend is, dat een overheidsopdracht niet aan een gegadigde kan worden gegund.

Het voorgaande is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van een reeds gegunde overheidsopdracht. De aanbestedende dienst zal in voorkomend geval moeten beslissen of de overeenkomst met de betrokkene aan wie de overheidsopdracht is gegund, dient te worden ontbonden, dan wel of de 'onderaannemer' terzake van wie een separaat BIBOB-advies is gevraagd, door de betrokkene aan wie de overheidsopdracht is gegund, kan worden gecontracteerd.

Om die reden zal het advies van het Bureau BIBOB worden gestaafd door middel van een weergave van de gevonden informatie. Daarbij zal het Bureau BIBOB aangeven waarom het de betreffende informatie relevant acht voor de beantwoording van de vraag of een overeenkomst inzake een overheidsopdracht wellicht kan worden ontbonden. Op deze wijze wordt de aanbestedende dienst in staat gesteld een eigen inhoudelijke afweging te maken.

Hierbij wordt aangetekend dat het Bureau BIBOB (ook) niet in staat zal zijn om een verdergaand advies te geven dan uitsluitend dat betreffende de mate van gevaar of de aanwezigheid van feiten en omstandigheden die aanleiding kunnen vormen voor een voor de betrokkene negatieve beslissing inzake een overheidsopdracht. Om een verdergaand advies te kunnen geven, zouden immers door het Bureau BIBOB zowel de betrokken belangen moeten kunnen worden afgewogen, alsook de omstandigheden van het geval in de overwegingen moeten kunnen worden betrokken. Dit is een verantwoordelijkheid die alleen bij de aanbestedende dienst kan liggen en door de aanbestedende dienst verantwoord kan worden ingevuld.

Is er gelegenheid voor betrokkene om zijn zienswijze naar voren te brengen?

Voordat een aanbestedende dienst een voor betrokkene negatieve beslissing neemt terzake van de gunning van een overheidsopdracht, de weigering toestemming te verlenen tot het inschakelen van een bepaalde 'onderaannemer' of de ontbinding van de overeenkomst met de partij aan wie de overheidsopdracht is gegund, stelt het de betrokkene in de gelegenheid diens zienswijze naar voren te brengen.

Indien de betrokkene gebruik wenst te maken van de mogelijkheid om zijn zienswijze kenbaar te maken, zal hem de mogelijkheid worden geboden het BIBOB-advies in te zien.

Deze hoorplicht geldt ook voor personen die worden genoemd in de motivering van de beslissing van de aanbestedende dienst ter zake.

De artikelen 4:8 tot en met 4:12 van de Algemene Wet Bestuursrecht zijn van overeenkomstige toepassing.

Mogelijkheid voor betrokkene tot instellen van gerechtelijke procedures

In de Wet BIBOB zijn diverse waarborgen aangebracht teneinde de kans zoveel mogelijk te beperken dat de aanbestedende dienst een onrechtmatigheid jegens de betrokkene pleegt. In de wijze waarop het BIBOB-advies tot stand komt zijn diverse waarborgen ingebouwd. Zo heeft de betrokkene in belangrijke mate invloed op de betrouwbaarheid van de gegevens die worden gebruikt bij het advies en de besluitvorming van de aanbestedende dienst doordat de betrokkene zelf het vragenformulier invult. Het Bureau BIBOB verifieert deze gegevens nog bij andere registraties. Indien vervolgens discrepanties blijken te bestaan verzoekt het Bureau BIBOB de betrokkene om nadere inlichtingen. Daarnaast kan de betrokkene gebruik maken van het inzage- en correctierecht conform het bepaalde in de Wet bescherming persoonsgegevens. Bovendien is de aanbestedende dienst verplicht de betrokkene in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen, voordat de aanbestedende dienst een voor de betrokkene negatieve beslissing neemt.

Indien de betrokkene echter van mening is dat de argumenten van de voor haar negatieve beslissing van de aanbestedende dienst niet valide zijn, kan zij een procedure voor de (civiele) rechter aanhangig maken.

In de praktijk zal de betrokkene veelal in kort geding tegen de negatieve beslissing opkomen, waarna de eventuele vordering tot schadevergoeding in een bodemprocedure aan de orde kan komen. Beide vorderingen kunnen echter ook in een en dezelfde bodemprocedure aanhangig worden gemaakt.

De vraag welke schade moet worden vergoed indien het BIBOB instrumentarium op onjuiste wijze is toegepast, zal worden beoordeeld naar civielrechtelijke maatstaven. Onder omstandigheden, indien er sprake is van aantasting van de eer en goede naam, kan er ook recht bestaan op vergoeding van immateriële schade.

Kosten

Het Bureau BIBOB zal voor een te verlenen BIBOB-advies een bepaalde vergoeding aan de betreffende aanbestedende dienst vragen. De vergoeding zal jaarlijks door het Bureau BIBOB worden vastgesteld. Nadere informatie daaromtrent zal het Bureau BIBOB op verzoek verstrekken.

Handreiking Beleidslijn bij 'aanbesteding'

Met name de afweging om een BIBOB-advies te vragen, dient -juist met het oog op het ingrijpend karakter van het instrument- weloverwogen en met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur te worden genomen. Daarbij spelen proportionaliteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid een belangrijke rol.

Teneinde de toets van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te doorstaan, dient naar het oordeel van de wetgever een beslissing door de aanbestedende dienst tot aanvraag van een BIBOB-advies te zijn gebaseerd op een door de aanbestedende dienst (schriftelijke) opgestelde transparante (concrete) beleidslijn. In de beleidslijn wordt het beleid van de aanbestedende dienst ten aanzien van de toepassing van de Wet BIBOB geformuleerd.

Hieronder zal worden aangegeven te aanzien van welke onderwerpen uit de Wet BIBOB de aanbestedende dienst beleid zal moeten ontwikkelen.

Onderzoek door aanbestedende dienst zelf

Alvorens de aanbestedende dienst een BIBOB-advies aanvraagt, maakt hij eerst gebruik van andere hem ter beschikking staande instrumenten om te toetsen of er feiten en omstandigheden zijn die grond kunnen opleveren dat er sprake is van een bepaalde mate van gevaar dat een overheidsopdracht wordt misbruikt ten behoeve van "criminele" activiteiten.

Deze toets behelst in ieder geval een controle en analyse van:

- het door de betrokkene ingevulde vragenformulier;
- de door de betrokkene op basis van het vragenformulier meegestuurde documenten en eventuele extra opgevraagde documenten;
- onderzoek van openbare bronnen zoals de Kamer van Koophandel;

Dit onderzoek dient tevens plaats te vinden indien de aanbestedende dienst overweegt een advies aan te vragen terzake een ontbinding van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht of terzake de acceptatie van een 'onderaannemer'.

Indicatoren van aanvraag

Voor een eenduidige beoordeling dient de aanbestedende dienst een aantal indicatoren vast te stellen dat kan leiden tot de aanvraag van een BIBOB-advies.

Dergelijke indicatoren zullen veelal een uitwerking zijn van de volgende onderwerpen:

- de wijze van financiering van de betrokkene;
- gegevens uit openbare bronnen;
- de gedragingen van de betrokkene;
- de werkwijze van de betrokkene;
- de omgeving waarin de betrokkene opereert;

Voor de beoordeling of een BIBOB-advies zal worden gevraagd in verband met een voorgenomen ontbinding van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht of terzake de acceptatie van een 'onderaannemer', dienen eveneens soortgelijke indicatoren te worden opgesteld.

Privacy

De aanbestedende dienst die een BIBOB-advies ontvangt, is verantwoordelijk voor een zorgvuldige opslag daarvan. Met name de in het advies opgenomen motivering kan vertrouwelijke informatie bevatten die geen verspreiding toelaat anders dan in de op te stellen beleidslijn is voorzien. De aanbestedende dienst dient voorzieningen te treffen die ertoe leiden dat binnen de aanbestedende dienst een zo gering mogelijk aantal personen kennis neemt van de persoonsgegevens die in de motivering van het advies zijn opgenomen.

Hierbij kan gedacht worden aan een speciale commissie binnen een aanbestedende dienst, die belast wordt met zowel het verzoek om een BIBOB-advies als de voorbereiding van het besluit naar aanleiding van het BIBOB-advies. Voorts kan worden gedacht aan praktische maatregelen, zoals speciaal papier waardoor het fotokopiëren wordt bemoeilijkt.

Afweging van belangen na ontvangen negatief BIBOB-advies

Een voor een betrokkene negatief BIBOB-advies dwingt de aanbestedende dienst niet tot een afwijzend besluit richting betrokkene. De toegepaste selectiecriteria kunnen worden ingeroepen indien sprake is van een daarin genoemde situatie,

maar verplichten in beginsel daartoe niet. Naast het belang van integriteit dat wordt gediend door toepassing van een negatief BIBOB-advies, kunnen andere belangen in de afweging worden betrokken terzake van de kwalitatieve selectie van een gegadigde, acceptatie van een 'onderaannemer' of ontbinding van een overeenkomst.

In verband met de eisen van objectiviteit, transparantie en non-discriminatie verdient het aanbeveling als aanbestedende dienst dergelijke andere belangen die meewegen in de beslissing ter zake neer te leggen in een beleidslijn.

Voorbeelden van belangen die terzake mee kunnen wegen zijn:

- economische en maatschappelijke gevolgen van een afwijzend besluit;
- financiële gevolgen voor de betrokkene;
- de vereiste continuïteit van de met de overheidsopdracht gemoeide werkzaamheden;
- de aanwezigheid van een subsidair middel;
- afwezigheid van een alternatief;
- de mate waarin de betrokkene preventieve maatregelen heeft genomen.

Zienswijze van betrokkene

De aanbestedende dienst die het voornemen heeft een voor de betrokkene negatieve beslissing te nemen terzake de gunning van een overheidsopdracht, de weigering toestemming te verlenen tot het inschakelen van een bepaalde 'onderaannemer' of de ontbinding van de overeenkomst met de partij aan wie de overheidsopdracht is gegund, stelt de betrokkene in de gelegenheid diens zienswijze naar voren te brengen.

Door de aanbestedende dienst zal concreet beleid moeten worden ontwikkeld op welke wijze met deze hoorplicht zal worden omgegaan. Gedacht moet worden aan de instelling van een commissie die de nakoming van deze verplichting waarborgt en tevens belast is met het horen.