

Tilburg University

Opkomen voor onze Grondwet

Hirsch Ballin, E.M.H.

Published in:

SC: Wetten en regels verklaard

Publication date:

2015

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Hirsch Ballin, E. M. H. (2015). Opkomen voor onze Grondwet. *SC: Wetten en regels verklaard*, (3), 6.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Aanbestedingsplatforms door overheid op achterstand

TenderNed, het online platform voor de aanbesteding van overheidsopdrachten, heeft volgens de Europese Commissie geen ongeoorloofde staatssteun van de overheid ontvangen. Een onterechte conclusie, meent advocaat **Bram Nijhof** die gespecialiseerd is in mededingings- en aanbestedingsrecht.

ECONOMIE

Aanbestedende diensten in Nederland moeten sinds de komst van de Aanbestedingswet verplicht gebruikmaken van TenderNed voor de aankondiging van hun overheidsopdrachten. Dat gebruik is kosteloos. Voor de introductie van TenderNed bestonden al verschillende partijen die dergelijke platforms aanboden, al dan niet tegen betaling. Die partijen waren op zijn zachtst gezegd niet blij met de nogal abrupte introductie van een verplicht voorgeschreven gratis concurrent. In 2012 dienden zij dan ook bij de Europese Commissie een klacht in waarin de Nederlandse overheid werd beschuldigd van het verlenen van ongeoorloofde staatssteun aan TenderNed. De kosten van TenderNed zijn niet gering: vanaf de introductie tot en met december 2012 heeft TenderNed 34 miljoen euro gekost; de kosten voor 2014 worden geraamd op 6,4 miljoen euro.

Algemeen belang

De Europese Commissie heeft onlangs bekendgemaakt dat zij de klagers in het ongelijk heeft gesteld. Brussel gaat mee in de redenering van de Nederlandse overheid dat TenderNed geen economische activiteit zou uitoefenen, maar een zogenaamde dienst van algemeen belang levert. Dat begrip wordt doorgaans gebruikt voor diensten van openbare orde als de rechtspraak, de politie of de brandweer,



Bij aanbestedingen van overheidsopdrachten kan het om zeer uiteenlopende zaken gaan, van het onderhoud van gemeentelijk groen of de levering van software tot aan het verrichten van accountants- en advieswerk. Door de introductie van aanbestedingssysteem TenderNed draait de overheid een 'bestaande ontlukende markt' de nek om, stelt advocaat Bram Nijhof.

Foto: Luuk van der Lee/HH

die geen enkel economisch karakter in zich dragen.

Omdat staatssteun alleen maar kan worden verleend aan partijen die economische activiteiten uitoefenen en TenderNed dat niet zou doen, kan er ook geen sprake zijn van staatssteun volgens de Commissie. Maar ik twijfel sterk aan deze kwalificatie van activiteiten van TenderNed. Men beweert dat met name de publicatiemodule van TenderNed ervoor zorgt dat meerdere wettelijke verplichtingen uit de Aanbestedingswet en aanbestedingsrichtlijnen worden nageleefd. De overige functionaliteiten (onder andere een inschrijfmodule en een e-gids) zouden eveneens bijdragen aan die naleving. Maar de verplichtingen waarop wordt gedoeld, werden vóór de komst van TenderNed reeds vervuld door de beschikbare platforms. Er valt natuurlijk wat te zeggen voor het algemeen belang van het uniformeren van het te gebruiken

platform; daar zijn zowel aanbestedende diensten als inschrijvers bij gebaat. Maar dat doet nog steeds niet af aan het economisch karakter van het aanbieden van die dienst. En de uniformiteit zou beperkt kunnen worden tot die diensten die strikt noodzakelijk zijn voor de naleving van de wettelijke verplichtingen waardoor er ruimte blijft voor de concurrerende platforms om meerwaarde te bieden met aanvullende functionaliteiten. Omdat TenderNed ook een groot deel van die functionaliteiten gratis aanbiedt, wordt het bestaansrecht van haar concurrenten wel heel broos. En als TenderNed straks alleen overblijft, valt het maar te bezien in hoeverre innovatie van het platform nog plaatsvindt. Waarom zou je als overheid fors gaan betalen om het wiel opnieuw uit te vinden en verplicht voor te schrijven, terwijl er al meerdere (misschien wel goedkopere en betere) wielen op de markt zijn?

Volgens mij doe je dan precies datgene waar de staatssteunregels niet voor zijn bedoeld. In plaats van met een steunmaatregel in te grijpen op terreinen waar de markt faalt, draai je juist een bestaande ontlukende markt de nek om.

Hof van Justitie

Kort door de bocht komt de conclusie van de Commissie erop neer dat een activiteit die bijdraagt aan het naleven van een wettelijke verplichting, van de ene op de andere dag door de overheid naar zich toe kan worden getrokken. Daardoor zou de economische aard van de activiteit opeens verdwijnen en die conclusie is naar mijn mening onterecht. Een activiteit kan een algemeen belang dienen én economisch van aard zijn. Maar voor dat soort activiteiten geldt een ander kader, dat de Commissie in haar huidige beschikking niet toepast. Het is nu aan het Gerecht van

het Hof van Justitie van de EU om te beoordelen of de manier waarop TenderNed was en is vormgegeven binnen dat kader past, hetgeen ik waag te betwijfelen.

Bram Nijhof

Advocaat mededingings- en aanbestedingsrecht bij Deterink NV te Eindhoven

SC: platform voor uw opinie

SC biedt u de mogelijkheid in een opiniebijdrage uw mening te geven over in aantocht zijnde wet- en regelgeving of een pleidooi te houden waarom bepaalde regels aan verandering of vervanging toe zijn. Heeft u een interessante opvatting die u wilt delen? Neem dan contact op via redactie@sconline.nl.

STAAT EN RECHT

Opkomen voor onze Grondwet

Bij de viering van 200 jaar Koninkrijk der Nederlanden en de inhuldiging van de Koning is volop eer betoond aan de Grondwet. Maar als er conflicten zijn waar het werkelijk op ons begrip van de Grondwet aankomt – oproepen om mensen naar geloof te discrimineren, pleidooien voor de doodstraf – speelt de Grondwet in de discussies amper een rol. Dat kan iets te maken hebben met het ontbreken van constitutionele rechtspraak of met gebrek aan vertrouwen met de Grondwet. Maar het kan ook zijn dat de Grondwet niet appelleert aan een gezamenlijk idee van wat ons politiek bestel kenmerkt. Is er een verhaal waarom wij deze constitutie gezamenlijk willen aanvaarden? De moordpartijen in Parijs bij de redactie van *Charlie Hebdo* en een joodse supermarkt waren een aanslag op onze vrijheid. Die vrijheid bestaat dankzij een constitutie die als het ware onze verbintenis met elkaar bevestigt: een verbintenis van wederzijdse verantwoordelijkheid en gezamenlijke vrijheid. In Frankrijk herinnert men elkaar aan de *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* van 1789, tot op de dag van vandaag deel van de constitutie.

Er doen in mijn vak verschillende verhalen de ronde over het karakter van onze constitutie. Vaak is dat het verhaal dat het juk van vreemde machten wordt afgeworpen. De Tachtigjarige Oorlog wordt in herinnering geroepen als het ontstaan van de Nederlandse staat, de terugkeer van de Prins uit Engeland in 1813 als het herstel van de onafhankelijkheid, de nederlaag van nazi-Duitsland als de Bevrijding en het begin van de wederopbouw van de eigen staat. Vrijheid van godsdienst en afwijzing van discriminatie komen in dat verhaal naar voren als kenmerken van onze constitutionele identiteit.

Anderen vertellen een geschiedenis van terugdringen van de macht van de vorsten. Weliswaar draaide dit niet uit op hun onttroning, maar de aanvaarding van het parlementair stelsel en van het primaat van de Tweede Kamer in de kabinetsformatie zijn kernmomenten in deze kijk op de constitutionele geschiedenis. Het democratisch gehalte van ons staatsbestel is het kenmerk dat hier vooral naar voren komt. In contrast met regenteske bestuursvormen en allerlei vormen van onderwerping kan het ver-

haal worden gedaan van de bevrijding van het individu. Steeds groter is de ruimte geworden om zich te uiten en te gedragen naar persoonlijke voorkeuren. Naast culturele vrijheden hebben economische vrijheden in de recente geschiedenis profiel gekregen, al is het soms ten koste van solidariteit en sociale grondrechten. Individuele vrijheidsrechten worden hier gezien als de kern van onze constitutionele identiteit.

Maar we kunnen onze geschiedenis ook zien als een stapsgewijze erkenning van het recht op gelijkwaardig burgerschap, met het recht mee te beslissen over onze gezamenlijke toekomst. De ontwikkeling van onze constitutie is, zo bezien, een geschiedenis van emancipatie, waaronder die van de joodse landgenoten in de negentiende eeuw, afschaffing van slavernij, invoering van het algemeen kiesrecht en rechtsbescherming in geschillen met de overheid. De andere verhalen over onze constitutie horen daarbij, maar hier gaat het om een visie op de mens in de samenleving. Het verhaal van de constitutie is een geschiedenis van groei van verantwoordelijkheid van alle staatsburgers.

Als we nog een keer stilstaan bij de dramatische gebeurtenissen in Parijs, dan moeten we ons realiseren dat dit niet alleen een aanslag op onze vrijheid was, maar ook de kloof verdiepte tussen degenen die zich afgewezen voelen en degenen die verscheidenheid als een bedreiging zien. Het was een aanslag op de idealen van gezamenlijk burgerschap in een democratische samenleving.

Zolang we ons dat niet realiseren, falen we in de verdediging van de waarden van onze constitutie. Er is, ten overstaan van mateloos geweld en olopemde wrevel alle reden op te komen voor onze Grondwet. Daar hoort wel een verhaal bij: een verhaal dat niet alleen iets zegt over ons verleden, maar ook over de idealen van een gezamenlijke toekomst.



Ernst Hirsch Ballin
Marcel van Dam
Ruud Koole
Wim Voermans
Wytze van der Woude

Hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht Tilburg University