

Jurisprudentie – IV. Aanbestedingsrecht

TBR 2025/112

Hof van Justitie EU, 16 januari 2025, C-424/23,
ECLI:EU:C:2025:15 (Hof van Justitie biedt handvatten voor
technisch specificeren van overheidsopdrachten)

(K. Lenaerts, C. Lycourgos, S. Rodin, D. Gratsias en O. Spineanu-Matei)

Richtlijn 2014/24/EU: art. 42

Aanbesteding. Overheidsopdracht. Technische specificaties

Met gastnoot A.J. van Heeswijck, Red.¹

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 42 van 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 (PB 2014, L 94, blz. 65).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen DYKA Plastics NV (hierna: „DYKA”) en Fluvius System Operator CV (hierna: „Fluvius”) over de plaatsing door laatstgenoemde van overheidsopdrachten voor rioleringswerken waarbij zij vereist dat rioleringsbuizen uit gres en beton worden gebruikt.

Toepasselijke bepalingen

[...]

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

11 Fluvius is een vennootschap naar Belgisch recht die in het Vlaamse Gewest belast is met de aanleg, het beheer en het onderhoud van verschillende openbare nutsnetwerken, waaronder het rioleringsnet.

12 Bij de bekendmaking van aankondigingen van overheidsopdrachten voor de aanleg of vervanging van rioleringen eist Fluvius dat buizen uit gres (voor afvalwaterafvoersystemen) en buizen uit beton (voor regenwaterafvoersystemen) worden gebruikt. Andere materialen zijn alleen toegestaan in specifieke technische omstandigheden.

¹ Arthur van Heeswijck is advocaat bij Van Heeswijck Aanbestedingsadvocaat en lid van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Deze annotatie is op persoonlijke titel geschreven.

13 DYKA, producent en leverancier van rioleringsbuizen uit kunststof, is van mening dat haar uitsluiting van de door Fluvius georganiseerde openbare aanbestedingsprocedures in strijd is met de aanbestedingsbeginselen die zijn neergelegd in de artikelen 4, 5 en 53 van de overheidsopdrachtenwet, die de artikelen 18 en 42 van richtlijn 2014/24 hebben omgezet.

14 Op 4 juni 2020 heeft DYKA Fluvius in gebreke gesteld tot aanpassing van haar aanbestedingen teneinde in het kader daarvan ook rioleringsbuizen uit kunststof te kunnen aanbieden.

15 Daarnaast heeft DYKA Fluvius op 7 oktober 2020 verzocht om in de aanbestedingsstukken van een overheidsopdracht voor de aanleg van een riolering in de gemeente Beringen (België) aan te geven waarom rioleringsbuizen uit kunststof waren uitgesloten van deze opdracht.

16 Fluvius heeft in haar antwoord van 15 oktober 2020 bevestigd dat enkel buizen uit gres (voor de afvoer van afvalwater) en buizen uit beton (voor de afvoer van regenwater) werden aanvaard. Zij is van mening dat zij deze materiaalkeuze niet nader hoeft te motiveren.

17 DYKA heeft zich tot de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent (België) gewend – de verwijzende rechter – met het verzoek om Fluvius te gelasten die praktijk te beëindigen en haar te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding.

18 Fluvius betoogt bij die rechter dat zij, met name uit duurzaamheidsoverwegingen, het recht heeft om standaard, wanneer er geen bijzondere technische omstandigheden zijn, te opteren voor rioleringsbuizen uit gres en beton. Zij is in essentie van mening dat dit vereiste geen inbreuk maakt op de beginselen van de artikelen 18 en 42 van richtlijn 2014/24.

19 De verwijzende rechter merkt op dat uit artikel 42 van richtlijn 2014/24 volgt dat technische specificaties zodanig moeten worden opgesteld dat kunstmatige concurrentiebeperking wordt voorkomen. Volgens hem blijkt uit artikel 42, lid 3, van die richtlijn, gelezen in samenhang met overweging 74 ervan, dat de doelstelling om aanbestedingen open te stellen voor mededinging in het algemeen optimaal kan worden bereikt door de

technische specificaties te formuleren als prestatie of functionele eisen.

20. Die rechter sluit niet uit dat artikel 42, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat aanbestedende diensten technische specificaties moeten formuleren op een van de wijzen die in deze bepaling worden genoemd. Het lijkt er evenwel op dat de door Fluvius gehanteerde verwijzing naar gres en betonbuizen met geen enkele van die wijzen overeenstemt en bovendien tot gevolg heeft dat bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden geëlimineerd, wat onder het verbod van artikel 42, lid 4, van die richtlijn zou kunnen vallen. Dit zou kunnen betekenen dat de beginselen van artikel 18, lid 1, en artikel 42, lid 2, van die richtlijn zijn geschonden.

21. Derhalve heeft de ondernemingsrechtbank „Gent, afdeling Gent de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1). Moet artikel 42, lid 3 [richtlijn 2014/24] aldus worden uitgelegd dat de daarin opgenomen lijst van wijzen waarop technische specificaties dienen te worden opgesteld een limitatief karakter heeft en een aanbestedende dienst bijgevolg verplicht is om de technische specificaties van haar overheidsopdrachten vorm te geven op één van de in deze bepaling vermelde wijzen?

2). Moet artikel 42, lid 4 [richtlijn 2014/24] aldus worden uitgelegd dat verwijzingen in de technische specificaties van aanbestedingen naar rioleringsbuizen uit gres en beton (afhankelijk van het concreet soort rioleringsstelsel) moeten worden aangemerkt als één of meerdere in deze bepaling opgesomde verwijzingen, bijvoorbeeld als verwijzingen naar bepaalde types, dan wel naar bepaalde producties van buizen?

3). Moet artikel 42, lid 4 [richtlijn 2014/24] aldus worden uitgelegd dat verwijzingen in de technische specificaties van aanbestedingen naar één enkel product, bijvoorbeeld naar rioleringsbuizen uit gres en beton (afhankelijk van het concreet soort rioleringsstelsel) als zijnde specifieke technische oplossingen, het in deze bepaling vereiste gevolg (m.n. „waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd”) reeds genereren aangezien zij ertoe leiden dat ondernemingen die alternatieve oplossingen dan het voorgeschreven product aanbieden a priori worden uitgesloten en dus benadeeld, ondanks het feit dat verschillende ondernemingen in onderlinge concurrentie met elkaar vermeld voorgeschreven product wel kunnen aanbieden, of is vereist dat er geen enkele vorm van concurrentie met betrekking tot vermeld product, bijvoorbeeld rioleringsbuizen uit gres en beton (afhankelijk van het concreet soort rioleringsstelsel), aanwezig is en dat er van vermeld gevolg aldus enkel sprake kan zijn indien het betrokken product kenmerkend is voor één be-

paalde onderneming die dit als enige op de markt aanbiedt?

4). Moet artikel 42, lid 2 [richtlijn 2014/24] aldus worden uitgelegd dat een vastgestelde schending van artikel 42, lid 3 [richtlijn 2014/24] en/of van artikel 42, lid 4 [richtlijn 2014/24], ingevolge het onwettig gebruik van verwijzingen in de technische specificaties van aanbestedingen [bijvoorbeeld naar rioleringsbuizen uit gres en beton (afhankelijk van het concreet soort rioleringsstelsel)], meteen ook een schending van artikel 42, lid 2 [richtlijn 2014/24], evenals het hiermee verbonden artikel 18, lid 1 [richtlijn 2014/24] impliceert?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

22. Vooraf moet worden opgemerkt dat de Europese Commissie zich in haar schriftelijke opmerkingen afvraagt welke de toepasselijke richtlijn is.

23. Er zij aan herinnerd dat een prejudiciële vraag moet worden onderzocht in het licht van alle bepalingen van de Verdragen en van het afgeleide recht die relevant kunnen zijn voor het aan de orde gestelde probleem. De omstandigheid dat een verwijzende rechterlijke instantie bij de formulering van haar vraag heeft verwezen naar bepaalde voorschriften van het Unierecht, staat er niet aan in de weg dat het Hof die instantie alle uitleggingsgegevens verschaft die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de aldaar aanhangige zaak, ongeacht of die al dan niet in haar vragen worden genoemd (arrest van 16 juni 2022, Obshtina Razlog, C376/21, EU:C:2022:472, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24. Fluvius is belast met de aanleg, het beheer en het onderhoud van rioleringsnetten. De werken die daarbij komen kijken worden krachtens artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/24 in beginsel geregeld door deze richtlijn.

25. Artikel 10, lid 1, van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243) bepaalt evenwel dat activiteiten die verband houden met het vervoer of de distributie van drinkwater of met drinkwatertoevoer binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen. In artikel 10, lid 2, onder b), van richtlijn 2014/25 wordt gepreciseerd dat deze richtlijn tevens van toepassing is op opdrachten die gegund worden of prijsvragen die georganiseerd worden door aanbestedende instanties die een activiteit in de zin van lid 1 van dit artikel uitoefenen en die verband houden met de afvoer of behandeling van afvalwater.

26. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing kan niet worden afgeleid of Fluvius als aanbestedende dienst een activiteit uitoefent die verband houdt met het vervoer en de distributie van drinkwater of met drinkwatertoevoer. Ter terechtzitting heeft Fluvius evenwel, daarin ondersteund door de Commissie en DYKA, verklaard dat zij zich niet met dergelijke activiteiten bezighoudt. Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter blijkt in casu dus richtlijn 2014/24 van toepassing te zijn.

27. Hoe dan ook moet worden opgemerkt dat de bepalingen van richtlijn 2014/24 en richtlijn 2014/25 die handelen over technische specificaties, inhoudelijk overeenkomen.

Eerste vraag

28. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 42, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat de daarin opgenomen lijst van wijzen waarop technische specificaties moeten worden opgesteld, een limitatief karakter heeft.

29. In dit verband zij erop gewezen dat volgens artikel 42, lid 3, van richtlijn 2014/24 de technische specificaties worden opgesteld hetzij – overeenkomstig punt a) van deze bepaling – aan de hand van prestatie of functionele eisen, hetzij – overeenkomstig punt b) van deze bepaling – onder verwijzing naar de technische specificaties en, in volgorde van voorkeur, de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen, of, bij gebreke van dit alles, de nationale normen, de nationale technische goedkeuringen dan wel de nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van de werken en het gebruik van de leveringen, hetzij – overeenkomstig punt c) of punt d) van die bepaling – door een combinatie van die beide wijzen. Er bestaat geen hiërarchie tussen de in de onder a) tot en met d) van lid 3 van dit artikel 42 genoemde methoden voor het formuleren van technische specificaties (zie in die zin arrest van 25 oktober 2018, Roche Lietuva, C413/17, EU:C:2018:865, punten 26 en 28).

30. Zoals blijkt uit de zinsnede „worden de technische specificaties opgesteld op een van de volgende wijzen”, dat aan die punten a) tot en met d) voorafgaat, mag de aanbestedende dienst de technische specificaties enkel opstellen op een van de wijzen die in deze punten worden vermeld. Bijgevolg moet artikel 42, lid 3, van richtlijn 2014/24, zoals de advocaat-generaal in punt 44 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, aldus worden opgevat dat het een limitatieve opsomming

bevat van de wijzen waarop de technische specificaties moeten worden opgesteld die in de aanbestedingsstukken moeten worden opgenomen. Indien de Uniewetgever aanvullende methoden had willen toestaan, zou hij dat hebben uitgedrukt door een formulering in die zin te gebruiken, zoals „kunnen worden opgesteld”.

31. Aan deze uitlegging wordt niet afgedaan door het feit dat aan het begin van artikel 42, lid 3, van richtlijn 2014/24 wordt gepreciseerd dat deze bepaling geldt „[o]nverminderd dwingende nationale technische voorschriften, voor zover deze met het recht van de Unie verenigbaar zijn”. Deze precisering kan, wanneer er een nationaal technisch voorschrift bestaat, weliswaar leiden tot situaties waarin aanbestedende diensten kunnen afwijken van de regel in artikel 42, lid 3, maar zij verandert als zodanig niets aan de betekenis van deze regel. Wanneer, zoals in casu, geen „dwingend nationaal technisch voorschrift” wordt aangevoerd, moeten de technische specificaties onverminderd artikel 42, lid 3, worden opgesteld op een van de onder a) tot en met d) van dit artikel 42, lid 3, genoemde wijzen.

32. Aan deze uitlegging wordt evenmin afgedaan door het feit dat artikel 42, lid 4, tweede volzin, van richtlijn 2014/24 bepaalt dat er gevallen kunnen zijn waarin „een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht krachtens lid 3 [van artikel 42] niet mogelijk is”.

33. Volgens artikel 42, lid 4, tweede en derde volzin, van deze richtlijn mag de aanbestedende dienst in dat geval bij wijze van uitzondering verwijzen naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst, een bijzondere werkwijze of een ander bijzonder in de eerste volzin van deze bepaling genoemd element, vergezeld van de woorden „of gelijkwaardig”.

34. Krachtens deze uitzondering mag de aanbestedende dienst dus, wanneer geen voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht kan worden gegeven overeenkomstig artikel 42, lid 3, van richtlijn 2014/24, in de technische specificaties verwijzen naar de elementen die volgens artikel 42, lid 4, eerste volzin, van deze richtlijn in beginsel niet mogen worden vermeld, op voorwaarde dat deze verwijzing vergezeld gaat van de woorden „of gelijkwaardig”.

35. Bovendien wordt in artikel 42, lid 4, eerste volzin, van richtlijn 2014/24 gepreciseerd dat het verbod om de daarin genoemde elementen te vermelden niet geldt wanneer dit gerechtvaardigd is door het voorwerp van de opdracht, zodat moet worden geoordeeld dat dit geval, net als het

in artikel 42, lid 4, tweede volzin, van die richtlijn beschreven geval – waarover de punten 32 tot en met 34 van het onderhavige arrest handelen –, een uitzondering vormt op de regel dat technische specificaties enkel mogen worden opgesteld op de in artikel 42, lid 3, van die richtlijn genoemde wijzen.

36. Afgezien van de in artikel 42, lid 4, van richtlijn 2014/24 genoemde gevallen en indien er geen enkel dwingend nationaal technisch voorschrift als bedoeld in artikel 42, lid 3, is, moet de in artikel 42, lid 3, onder a) tot en met d), opgenomen lijst van wijzen om technische specificaties vast te stellen dus als limitatief worden beschouwd.

37. Zoals uit het voorgaande blijkt, geldt de in punt 30 van het onderhavige arrest gegeven uitlegging, die duidelijk voortvloeit uit de woorden „worden [...] opgesteld op een van de volgende wijzen” in artikel 42, lid 3, van richtlijn 2014/24, in de regel, dat wil zeggen onverminderd de preciseringsaan het begin van deze bepaling en de preciseringen in artikel 42, lid 4, van die richtlijn. Aangezien uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat wanneer de betekenis van een bepaling van Unierecht onduidelijk is uit de bewoordingen ervan blijkt, het Hof daar niet van mag afwijken (arrest van 4 oktober 2024, *Agentsia po vpsivaniyata*, C200/23, EU:C:2024:827, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak), dient de draagwijdte van artikel 42, lid 3, van die richtlijn niet verder te worden onderzocht.

38. Bijgevolg dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 42, lid 3, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat de daarin opgenomen lijst van wijzen waarop technische specificaties moeten worden opgesteld, een limitatief karakter heeft, onverminderd dwingende nationale technische voorschriften die verenigbaar zijn met het Unierecht in de zin van die bepaling, en onverminderd artikel 42, lid 4, van die richtlijn.

Tweede en derde vraag

39. Met zijn tweede en derde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 42, lid 4, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat aanbestedende diensten in de technische specificaties van een overheidsopdracht voor werken mogen preciseren van welk materiaal de door de inschrijvers aangeboden producten moeten zijn vervaardigd.

40. In dit verband zij er meteen op gewezen dat in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor werken, technische specificaties volgens artikel 42, lid 1, van richtlijn 2014/24 bedoeld zijn om „de voor een werk [...] gestelde kenmerken” voor te schrijven. De technische specificaties bepalen deze kenmerken en omschrij-

ven dus, zoals uit overweging 92 van deze richtlijn volgt, het voorwerp zelf van de overheidsopdracht.

41. Het kan bij die specificaties onder meer gaan om de vereiste kenmerken van „een product of een levering, zodat dit of deze beantwoordt aan het gebruik waarvoor het [...] product of de levering door de aanbestedende dienst is bestemd”, zoals blijkt uit punt 1, onder a), van bijlage VII bij die richtlijn. Het gaat bij die kenmerken onder meer om alle „technische voorwaarden die de aanbestedende dienst bij algemene dan wel bijzondere maatregel kan voorschrijven met betrekking tot de voltooiden werken en tot de materialen of [bestanddelen] waaruit deze werken zijn samengesteld”.

42. Hoewel aanbestedende diensten in dit kader een ruime beoordelingsmarge hebben, die gerechtvaardigd wordt door het feit dat zij het beste op de hoogte zijn van welke leveringen zij nodig hebben en het beste geplaatst zijn om de eisen te bepalen waaraan moet worden voldaan om de gewenste resultaten te bereiken, stelt richtlijn 2014/24 bepaalde grenzen die zij in acht moeten nemen. Zij moeten er namelijk volgens artikel 42, lid 2, van die richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 18, lid 1, ervan, voor zorgen dat de technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang bieden tot de aanbestedingsprocedures en er niet toe leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen (zie in die zin arrest van 25 oktober 2018, *Roche Lietuva*, C413/17, EU:C:2018:865, punten 2933).

43. In dezelfde lijn volgt uit overweging 74 van die richtlijn dat de met het oog op de gunning van een overheidsopdracht opgestelde technische specificaties de opdracht open moeten stellen voor mededinging en het dus mogelijk moeten maken om inschrijvingen in te dienen die met name de diversiteit van de technische oplossingen op de markt tot uiting brengen (zie in die zin arresten van 25 oktober 2018, *Roche Lietuva*, C413/17, EU:C:2018:865, punt 36, en 24 oktober 2024, *Obština Pleven*, C513/23, EU:C:2024:917, punt 36).

44. In diezelfde overweging 74 wordt gepreciseerd dat door de technische specificaties te formuleren als functionele en prestatie-eisen, de doelstelling van openstelling voor de mededinging in het algemeen optimaal kan worden bereikt, en dat deze wijze van formulering, die innovatie in aanbestedingen stimuleert, dus zo ruim mogelijk zou moeten worden toegepast.

45. Deze in artikel 42, lid 3, onder a), van richtlijn 2014/24 bedoelde manier om technische specificaties te formuleren, maakt het namelijk voor elke ondernemer wiens producten

voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde prestatie en functionele eisen, mogelijk om in te schrijven, ongeacht met name het productieproces van zijn producten en het materiaal waarvan zij zijn vervaardigd.

46. Om ervoor te zorgen dat ook de in artikel 42, lid 3, onder b), van richtlijn 2014/24 bedoelde formuleringswijze een passende openstelling voor de mededinging garandeert, heeft de Uniewetgever bepaald dat technische specificaties die op deze manier worden geformuleerd, vergezeld moeten gaan van de woorden „of gelijkwaardig”.

47. Aangezien de openstelling voor de mededinging dus gewaarborgd is wanneer een van de in artikel 42, lid 3, onder a) en b), van richtlijn 2014/24 bedoelde methoden wordt toegepast, is zij ook gewaarborgd in de in artikel 42, lid 3, onder c) en d), van deze richtlijn bedoelde gevallen, waarin die twee methoden worden gecombineerd.

48. Het is volgens artikel 42, lid 4, van deze richtlijn daarentegen in beginsel verboden om in de technische specificaties melding te maken van „een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer” of van „een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd”.

49. Dergelijke vermeldingen dragen immers geenszins bij tot de openstelling van de overheidsopdracht voor de mededinging, maar leiden tot een beperking van de mededinging.

50. Niettemin mag een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken die de technische specificaties bevatten, bij wijze van uitzondering een verwijzing als bedoeld in artikel 42, lid 4, van richtlijn 2014/24 opnemen, op voorwaarde dat, zoals in wezen volgt uit de tweede volzin van deze bepaling, een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is aan de hand van de in artikel 42, lid 3, onder a), van deze richtlijn genoemde prestatie of functionele eisen of de in artikel 42, lid 3, onder b), ervan genoemde specificaties of een combinatie ervan. In dat geval vereist de derde volzin van artikel 42, lid 4, van deze richtlijn dat de aanbestedende dienst die vermelding of verwijzing vergezeld doet gaan van de woorden „of gelijkwaardig”.

51. Zoals overigens blijkt uit de zinsnede „[b]ehalve indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is” in de eerste vol-

zin van artikel 42, lid 4, van richtlijn 2014/24, zijn de in deze bepaling genoemde vermeldingen ook mogelijk wanneer dit gelet op het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is. Gelet op de plaats ervan aan het begin van lid 4 en de woorden „behalve indien”, moet deze hypothese, die verschilt van die in lid 4, tweede volzin, van artikel 42, worden opgevat als een geval waarin de aanbestedende dienst de normatieve inhoud van lid 4 buiten toepassing mag laten. Deze normatieve inhoud omvat het principiële verbod in de eerste volzin van lid 4, de uitzondering op dit verbod in de tweede volzin ervan en de verplichting in de derde volzin ervan om, wanneer deze uitzondering aan de orde is, de woorden „of gelijkwaardig” toe te voegen.

52. Wanneer een in artikel 42, lid 4, van richtlijn 2014/24 bedoelde vermelding gerechtvaardigd is gelet op het voorwerp van de opdracht, mag zij dus in de technische specificaties voorkomen, en zijn het verbod in de eerste volzin van dit lid en de voorwaarden in de tweede en de derde volzin ervan niet van toepassing.

53. Deze met de woorden „[b]ehalve indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is” bedoelde hypothese moet, op straffe van ondermijning van de doelstelling van openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging, restrictief worden uitgelegd, zodat het alleen gaat om situaties waarin een vereiste over het gebruik van een product van een bepaald type, een bepaald merk of een bepaalde oorsprong of dat verkregen is op basis van een bepaald octrooi of een bepaalde werkwijze, onvermijdelijk voortvloeit uit het voorwerp van de opdracht.

54. De verwijzende rechter dient in het licht van alle hierboven verstrekte preciseringen over de draagwijdte van artikel 42 van richtlijn 2014/24 te beoordelen of Fluvius met de technische specificaties die zij bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor rioleringswerken hanteert, deze overheidsopdrachten al dan niet mag beperken tot ondernemers die rioleringsbuizen uit gres (voor de afvoer van afvalwater) en beton (voor de afvoer van regenwater) leveren.

55. Hoewel het uitsluitend aan de verwijzende rechter staat om de in voormeld artikel 42 neergelegde regels, zoals uitgelegd door het Hof, toe te passen, kan het Hof niettemin aanwijzingen geven om te kunnen bepalen in hoeverre deze regels gelden voor een vermelding als die in het hoofdgeding waarbij wordt vereist dat buizen „uit gres” en „uit beton” worden gebruikt.

56. In dit verband moet ten eerste worden opgemerkt dat het materiaal waarvan een product vervaardigd is, niet kan worden aangemerkt als een „prestatie-eis” of „functionele eis” in de zin

van artikel 42, lid 3, onder a), van richtlijn 2014/24. Een materiaal kan weliswaar bijdragen aan de prestaties van een product of aan de geschiktheid ervan om te voldoen aan een functionele eis, maar vormt op zich geen „prestatie-eis” of „functionele eis”.

57. In een geval als in het hoofdgeding, waarin er in de desbetreffende economische sector producten bestaan die kunnen worden onderscheiden naargelang van hun fabricaat en in het bijzonder van het materiaal waarvan zij zijn vervaardigd, moet de eis dat producten uit een bepaald materiaal worden gebruikt, zoals de advocaat-generaal in de punten 72 en 73 van zijn conclusie heeft opgemerkt, worden aangemerkt als een vermelding van een „type” of een „bepaalde productie”, „waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd” in de zin van artikel 42, lid 4, eerste volzin, van richtlijn 2014/24, aangezien deze vermelding ertoe leidt dat ondernemingen die producten leveren die van een ander dan het vereiste materiaal zijn vervaardigd, worden geëlimineerd.

58. Ten tweede zij erop gewezen dat Fluvius in antwoord op een vraag van het Hof ter terechtzitting heeft verklaard dat zij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde technische specificatie dat buizen voor de afvoer van afvalwater uit gres en buizen voor de afvoer van regenwater uit beton moeten zijn, niet vergezeld had doen gaan van de woorden „of gelijkwaardig”.

59. Indien dit het geval is, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan, betekent dit dat, zonder dat hoeft te worden onderzocht of een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdrachten krachtens artikel 42, lid 3, van richtlijn 2014/24 mogelijk is, Fluvius zich niet met succes kan beroepen op de uitzondering in artikel 53, § 4, tweede alinea, onder 1°, van de overheidsopdrachtenwet, dat de omzetting in Belgisch recht vormt van artikel 42, lid 4, tweede volzin, van die richtlijn, aangezien dan niet voldaan is aan het vereiste in de derde volzin van dat artikel 42, lid 4, dat in Belgisch recht is omgezet bij artikel 53, § 4, derde alinea, van de overheidsopdrachtenwet.

60. Wat ten derde de hypothese in het begin van artikel 42, lid 4, van richtlijn 2014/24 betreft, die in de punten 51 tot en met 53 van het onderhavige arrest wordt uitgelegd en die in Belgisch recht is omgezet bij artikel 53, § 4, tweede alinea, onder 2°, van die wet, moet worden geoordeeld dat het vereiste dat voor een overheidsopdracht of een deel daarvan een bepaald materiaal wordt gebruikt, met name onvermijdelijk kan voortvloeien uit het voorwerp van de opdracht wanneer dit vereiste is gebaseerd op het esthetische effect dat de aanbestedende dienst zoekt of op de noodzaak dat

een werk aangepast is aan zijn omgeving, of wanneer het in het licht van een prestatie of functionele eis in de zin van artikel 42, lid 3, onder a), van deze richtlijn, onvermijdelijk is dat producten uit dat materiaal worden gebruikt. In deze situaties is immers geen enkel alternatief op basis van een andere technische oplossing denkbaar.

61. Buiten de gevallen waarin het gebruik van een materiaal onvermijdelijk voortvloeit uit het voorwerp van de opdracht, kan de aanbestedende dienst niet zonder toevoeging van de woorden „of gelijkwaardig” eisen dat een bepaald materiaal wordt gebruikt. Hij moet er dan in de technische specificaties van afzien een bepaald materiaal op te leggen, door in de aanbestedingsstukken hetzij geen materiaal te vermelden, hetzij een of meer materialen te vermelden met de woorden „of gelijkwaardig”. Zodoende zal de aanbestedende dienst ertoe gebracht worden om, overeenkomstig de met richtlijn 2014/24 nagestreefde doelstelling van openstelling voor mededinging, een verscheidenheid aan inschrijvingen te toetsen aan de gunningscriteria, waaronder dus inschrijvingen waarin producten worden aangeboden die zijn vervaardigd van materialen die in de betrokken sector courant worden gebruikt, maar ook inschrijvingen waarin producten worden aangeboden die van minder gebruikelijke of zelfs innovatieve materialen zijn vervaardigd. Op die manier geeft de aanbestedende dienst belangstellende ondernemers de mogelijkheid om de gelijkwaardigheid van die materialen aan te tonen.

62. Gelet op het voorgaande dient op de tweede en de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 42, lid 4, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat aanbestedende diensten in de technische specificaties van een overheidsopdracht voor werken niet zonder toevoeging van de woorden „of gelijkwaardig” mogen preciseren van welk materiaal de door inschrijvers aangeboden producten moeten zijn vervaardigd, tenzij het gebruik van een bepaald materiaal onvermijdelijk voortvloeit uit het voorwerp van de opdracht omdat er geen alternatief op basis van een andere technische oplossing denkbaar is.

Vierde vraag

63. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 42, lid 2, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 18, lid 1, van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat de in laatstgenoemde bepaling neergelegde verplichting om ondernemers gelijke toegang tot aanbestedingsprocedures te bieden en het daarin neergelegde verbod om ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging op te werpen, noodzakelijkerwijs worden geschonden wanneer een aanbestedende dienst via een technische specificatie die onverenigbaar is met de regels van

artikel 42, leden 3 en 4, van die richtlijn bepaalde ondernemingen of producten elimineert.

64. Uit de bewoordingen van artikel 42, lid 2, van richtlijn 2014/24 blijkt duidelijk dat deze bepaling tot doel heeft om met het oog op de formulering van technische specificaties bepaalde regels van artikel 18, lid 1, van deze richtlijn in herinnering te brengen, namelijk de verplichting om inschrijvers op gelijke voet te behandelen en het verbod om de mededinging kunstmatig te beperken (zie in die zin arrest van 25 oktober 2018, Roche Lietuva, C413/17, EU:C:2018:865, punten 32 en 33).

65. Deze teneur van artikel 42, lid 2, van richtlijn 2014/24 wordt geconcretiseerd in de leden 3 en 4 van dat artikel. Zoals uit het onderzoek van de eerste tot en met de derde prejudiciële vraag blijkt en zoals wordt bevestigd door overweging 74 van deze richtlijn, berusten ook deze leden op die verplichting en dat verbod.

66. Wanneer bepaalde ondernemingen of producten worden geëlimineerd door een technische specificatie die onverenigbaar is met de regels van artikel 42, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24, doet die eliminatie dus noodzakelijkerwijs afbreuk aan de in artikel 42, lid 2, neergelegde verplichting om ervoor te zorgen dat de technische specificaties gelijke toegang tot de aanbestedingsprocedure bieden en de mededinging niet onrechtmatig beperken.

67. Bijgevolg dient op de vierde vraag te worden geantwoord dat artikel 42, lid 2, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 18, lid 1, van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat de in laatstgenoemde bepaling neergelegde verplichting om ondernemers gelijke toegang tot aanbestedingsprocedures te bieden en het daarin neergelegde verbod om ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging op te werpen, noodzakelijkerwijs worden geschonden wanneer een aanbestedende dienst via een technische specificatie die onverenigbaar is met de regels van artikel 42, leden 3 en 4, van die richtlijn bepaalde ondernemingen of producten elimineert. (*Enz. Enz. Red.*)

NOOT

Inleiding

1. Dit arrest van het HvJ EU gaat over de regels voor het opstellen van technische specificaties. Het arrest verschaft de aanbestedingspraktijk nuttige inzichten, zowel in de systematiek en structuur van de regels voor het speci-

ficeren van overheidsopdrachten, als in de uitleg van de begrippen die in die regels worden gehanteerd.

2. Het arrest is gewezen naar aanleiding van prejudiciële vragen van een Belgische rechter in een zaak over een overheidsopdracht voor rioleringswerken. De betrokken aanbestedende dienst had in het bestek het gebruik van rioleringsbuizen van gres en beton voorgeschreven. Een producent en leverancier van kunststof rioleringsbuizen die door deze eisen de kans werd ontnomen om op de overheidsopdracht in te schrijven, stapte naar de rechter. Hij betoogde dat de aanbestedende dienst door het voorschrijven van materialen in strijd handelde met onder meer de nationale regels waarin art. 42 richtlijn 2014/24/EU (hierna: de Aanbestedingsrichtlijn) is omgezet.²

3. De bepalingen van de Aanbestedingsrichtlijn die in het arrest centraal staan, bevatten een vorm van volledige harmonisatie. Lidstaten hebben dus geen ruimte om van deze bepalingen af te wijken. Hiermee het belang van het arrest voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk gegeven is.

Limitatief karakter van methoden voor specificeren

4. In de technische specificaties worden de voor een werk, dienst of levering gestelde kenmerken voorgeschreven, aldus art. 42 lid 1 van de Aanbestedingsrichtlijn. Art. 42 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn somt methoden op voor het opstellen van de technische specificaties. De eerste prejudiciële vraag die het HvJ EU had te beantwoorden is of deze opsomming limitatief is.

5. Het HvJ EU beantwoordt deze vraag bevestigend. Het HvJ EU leidt het limitatieve karakter van de in art. 42 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn opgesomde methoden voor het specificeren van een overheidsopdracht af uit de letterlijke en dwingende bewoordingen van deze bepaling, in het bijzonder de zinsnede: "worden de technische specificaties opgesteld op een van de volgende wijzen" (r.o. 30 en 37). Als de wetgever aanvullende methoden voor het specificeren van een overheidsopdracht had willen toestaan, had hij dit wel in de formulering van art. 42 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn tot uitdrukking gebracht, zoals "kunnen worden opgesteld", merkt het HvJ EU droogjes op.

6. Het oordeel van het HvJ EU brengt mee dat behoudens dwingende nationale technische voorschriften, voor zover deze met het recht van de Unie verenigbaar zijn, en behoudens de in art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn genoemde gevallen, aanbestedende diensten een van de in art. 42 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn genoemde methoden moet hanteren voor het specificeren van een overheidsopdracht.

7. Het oordeel van het HvJ EU kan verstrekkende gevolgen hebben. Omdat de in art. 42 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn opgesomde methoden voor het specificeren

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).

van een overheidsopdracht limitatief zijn, is het belangrijk om vast te stellen welke methoden van specificeren deze bepaling precies toestaat. In dit verband roept vooral art. 42 lid 3 onderdeel b van de Aanbestedingsrichtlijn vragen op. Volgens deze bepaling kunnen technische specificaties worden opgesteld (onderstreping auteur) "onder verwijzing naar de technische specificaties en, in volgorde van voorkeur, de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen, of, bij gebreke van dit alles, de nationale normen, de nationale technische goedkeuringen dan wel de nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van de werken en het gebruik van de leveringen; elke verwijzing gaat vergezeld van de woorden „of gelijkwaardig”". Het gebruik van het woord "en" doet vermoeden dat "onder verwijzing naar de technische specificaties" als een aparte methode van specificeren is te beschouwen, dus naast verwijzing naar – kort samengevat – normen of referentiesystemen. AG Campos Sánchez-Bordona betoogde in zijn conclusie voor het arrest dat dit het geval is. Onder de categorie "onder verwijzing naar de technische specificaties" zouden dan alle technische voorschriften in bijlage VII bij de Aanbestedingsrichtlijn vallen die geen prestatie- of functionele eis zijn als bedoeld in art. 42 lid 3 onderdeel a van de Aanbestedingsrichtlijn of een norm of referentiesysteem als bedoeld in art. 42 lid 3 onderdeel b van de Aanbestedingsrichtlijn, zo begrijp ik het betoog van de AG.³

8. Het HvJ EU gaat in zijn arrest niet in op deze kwestie. In het Klaipeidos-arrest overwoog het HvJ EU echter dat uit art. 42 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn blijkt dat technische specificaties "(...) zijn geformuleerd als prestatie- of functionele eisen, met name op milieugebied, of door verwijzing naar technische normen".⁴ Het HvJ EU noemde "onder verwijzing naar de technische specificaties" dus niet als een methode van specificeren, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat van aparte methode van specificeren geen sprake is.⁵ Het is de vraag of deze vergaande gevolgtrekking uit de overwegingen van het HvJ EU valt te trekken. Het lijkt hier om een zijdelingse opmerking te gaan, niet om de kern van de beantwoording van de prejudiciële vraag.

Structuur van art. 42 lid 4 Aanbestedingsrichtlijn – verwijzingsverbod met twee uitzonderingen

9. De tweede en derde prejudiciële vraag nodigden het HvJ EU uit in te gaan op de vraag onder welke voorwaarden aanbestedende diensten voorwaarden mogen stellen aan het materiaal waaruit de aangeboden producten zijn vervaardigd.

10. Het HvJ EU wijdt in de beantwoording van deze vragen nuttige overwegingen aan de structuur van art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn. Deze bepaling bevat, aldus het HvJ EU, in de eerste plaats een verbod om in de technische specificaties melding te maken van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer of een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoorrecht of geëlimineerd (hierna: het verwijzingsverbod).⁶

11. Het HvJ EU wijst er volgens op dat een dergelijke verwijzing bij wijze van uitzondering volgens de tweede volzin van art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn toch is toegestaan, wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is aan de hand van – kort samengevat – een van de in art. 42 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn beschreven methoden. In dat geval vereist de derde volzin van art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn dat die vermelding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden "of gelijkwaardig".⁷

12. Tot slot overweegt het HvJ EU dat een verwijzing blijkens de eerste volzin van art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn ook mogelijk is, wanneer dit gelet op het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.⁸ Het HvJ EU onderscheidt deze mogelijkheid uitdrukkelijk van de uitzondering op het verwijzingsverbod die volgt uit de tweede volzin van art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn. Er zijn dus twee uitzonderingen op het verwijzingsverbod, namelijk (i) wanneer het voorwerp van de overheidsopdracht dit rechtvaardigt en (ii), wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is aan de hand van – kort samengevat – een van de in art. 42 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn beschreven methoden. Alleen in het laatste geval moet een verwijzing vergezeld gaan van de woorden "of gelijkwaardig".⁹

13. Op dit punt bevat het arrest een voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk een zeer welkome verduidelijking. In recente lagere rechtspraak en adviezen van de CvAE werd er namelijk van uitgegaan dat er sprake is van één uitzondering op het verwijzingsverbod en dat de in art.

⁶ HvJ EU 16 januari 2025, zaak C-424/23, ECLI:EU:C:2025:15 (DYKA Plastics), r.o. 48.

⁷ HvJ EU 16 januari 2025, zaak C-424/23, ECLI:EU:C:2025:15 (DYKA Plastics), r.o. 50.

⁸ HvJ EU 16 januari 2025, zaak C-424/23, ECLI:EU:C:2025:15 (DYKA Plastics), r.o. 51.

⁹ HvJ EU 16 januari 2025, zaak C-424/23, ECLI:EU:C:2025:15 (DYKA Plastics), r.o. 52.

³ AG Campos Sánchez-Bordona, concl. van 12 september 2024, zaak C-424/23, ECLI:EU:C:2024:749 (DYKA Plastics), punt 61-63.

⁴ HvJ EU 7 september 2021, zaak C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700 (Klaipeidos), r.o. 87.

⁵ AG Campos Sánchez-Bordona, concl. van 12 september 2024, zaak C-424/23, ECLI:EU:C:2024:749 (DYKA Plastics), punt 57.

42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn genoemde voorwaarden cumulatief zijn.¹⁰

Kwalificatie van materiaalvereisten

14. In de Belgische zaak waarin de prejudiciële vragen zijn gesteld, speelde de vraag of verwijzingen in de technische specificaties naar rioleringsbuizen uit gres en beton als verwijzingen als bedoeld in art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn zijn aan te merken en dus onder het verwijzingsverbod vallen. Hoewel het aan de nationale rechter is om de regels over technische specificaties op het concrete geval toe te passen, kan het HvJ EU wel aanwijzingen geven. Dat doet het HvJ EU dan ook en wel op een manier dat de Belgische rechter de bal alleen nog hoeft in te koppelen.

15. Het HvJ EU stelt voorop dat het materiaal waarvan een product vervaardigd is, niet kan worden aangemerkt als een prestatie-eis of functionele eis in de zin van art. 42, lid 3, onder a), van de Aanbestedingsrichtlijn.¹¹ Vervolgens merkt het HvJ EU op dat in situaties waarin er in de desbetreffende economische sector producten bestaan die kunnen worden onderscheiden naargelang van hun fabricaat en in het bijzonder van het materiaal waarvan zij zijn vervaardigd, de eis dat producten uit een bepaald materiaal worden gebruikt moet worden aangemerkt als een vermelding van een 'type' of een 'bepaalde productie' "waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd" in de zin van art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn. Deze vermelding leidt er volgens het HvJ EU namelijk toe dat ondernemingen die producten leveren die van een ander dan het vereiste materiaal zijn vervaardigd, worden geëlimineerd.¹²

16. Uit het arrest blijkt dat de context een belangrijke factor is bij beoordeling of materiaalvereisten als verwijzingen als bedoeld in art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn zijn aan te merken en daarmee onder het verwijzingsverbod vallen. Als een sector zich kenmerkt door de aanwezigheid van ondernemingen die andere materialen gebruiken voor het vervaardigen van hun producten dan hun concurrenten, sluiten materiaalvereisten bepaalde ondernemingen uit. In dat geval is sprake van een verwijzing als bedoeld in art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn, die behoudens de toepasselijkheid van een van de in deze bepaling genoemde uitzonderingen niet is toegestaan. Als ondernemingen in bepaalde sector producten van verschillende materialen kunnen leveren, sluit een materiaalvereiste niet bepaalde ondernemingen uit en mist het verwijzingsverbod toepassing.

¹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5643, 3.4; CvAE 1 maart 2024, advies 719, punt 5.12; CvAE 27 februari 2018, advies 424, punt 6.4.2.-6.4.5. Inmiddels is de CvAE naar aanleiding van het DYKA Plastics-arrest van deze rechtsopvatting teruggekomen; zie CvAE 5 juni 2025, advies 755, punt 5.30-5.31.

¹¹ HvJ EU 16 januari 2025, zaak C-424/23, ECLI:EU:C:2025:15 (DYKA Plastics), r.o. 56.

¹² HvJ EU 16 januari 2025, zaak C-424/23, ECLI:EU:C:2025:15 (DYKA Plastics), r.o. 57.

Door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd

17. In de Belgische zaak kon een producent en leverancier van kunststof rioleringsbuizen niet naar de overheidsopdracht meedingen door de eis dat de te leveren rioleringsbuizen uit gres en beton moeten zijn vervaardigd. In deze kwestie waren de gestelde materiaalvereisten dus aan te merken als verwijzingen als bedoeld in art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn, die in beginsel niet zijn toegestaan. Het HvJ EU constateert dat de materiaalvereisten niet vergezeld gingen van de woorden "of gelijkwaardig".¹³ De enige uitweg voor de aanbestedende dienst was daarom de uitzondering in de eerste volzin van in art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn; "[b]ehalve indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is".

18. Het HvJ EU benadrukt in zijn arrest dat deze woorden restrictief moeten worden uitgelegd. Het moet gaan om situaties waarin een vereiste over het gebruik van een product van een bepaald type, een bepaald merk of een bepaalde oorsprong of dat verkregen is op basis van een bepaald octrooi of een bepaalde werkwijze, onvermijdelijk voortvloeit uit het voorwerp van de opdracht.¹⁴ Bij eisen aan materiaalgebruik kan volgens het HvJ EU de onvermijdelijkheid met name voortvloeien uit het voorwerp van de opdracht, "wanneer dit vereiste is gebaseerd op het esthetische effect dat de aanbestedende dienst zoekt of op de noodzaak dat een werk aangepast is aan zijn omgeving, of wanneer het in het licht van een prestatie- of functionele eis in de zin van art. 42, lid 3, onder a), van deze richtlijn, onvermijdelijk is dat producten uit dat materiaal worden gebruikt." In deze situaties zou namelijk "geen enkel alternatief op basis van een andere technische oplossing denkbaar [zijn]."

Conclusie

19. De technische specificaties vormen het fundament van een overheidsopdracht. Voor het openstellen van overheidsopdrachten voor mededinging is naleving van de regels over technische specificaties van groot belang. Het besproken arrest van het HvJ EU biedt hiervoor welkome handvatten.

20. Het HvJ EU heeft in de eerste plaats duidelijk gemaakt dat de in art. 43 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn beschreven methoden voor het specificeren van een overheidsopdracht limitatief zijn. Doordat onduidelijk blijft of "onder verwijzing naar de technische specificaties" in art. 42 lid 3 onderdeel b van de Aanbestedingsrichtlijn als een aparte methode van specificeren is te beschouwen, naast verwijzing naar normen of referentiesystemen, is onzeker of het oordeel van het HvJ EU op dit punt verstrekkende gevolgen heeft. Als "onder verwijzing naar de technische specificaties" als aparte methode is te beschouwen, is de keuze van aanbestedende diensten uit manieren om een

¹³ HvJ EU 16 januari 2025, zaak C-424/23, ECLI:EU:C:2025:15 (DYKA Plastics), r.o. 58-59.

¹⁴ HvJ EU 16 januari 2025, zaak C-424/23, ECLI:EU:C:2025:15 (DYKA Plastics), r.o. 53.

overheidsopdracht te specificeren aanzienlijk groter dan wanneer dit niet het geval is.

21. In de tweede plaats heeft het HvJ EU verduidelijkt dat art. 42 lid 2 van de Aanbestedingsrichtlijn naast een verwijzingsverbod twee uitzonderingen bevat, elk met zijn eigen toepassingsvoorwaarden. Dit geeft aanbestedende diensten lucht, omdat tot het arrest van het HvJ EU in de Nederlandse aanbestedingspraktijk ervan uit werd gegaan, dat er slechts een uitzondering bestaat op het verwijzingsverbod en de in art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn voorwaarden cumulatief zijn. Het HvJ EU heeft in zijn arrest ook handvatten verschaft voor de toepassing van de uitzondering op het verwijzingsverbod in de eerste volzin van art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn, te weten "[b]ehalve

indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is." Voor een vereiste over het gebruik van een product van een bepaald type, een bepaald merk of een bepaalde oorsprong of dat verkregen is op basis van een bepaald octrooi of een bepaalde werkwijze, geldt dat het vereiste onvermijdelijk moet voortvloeien uit het voorwerp van de opdracht.

22. In de derde plaats heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat materiaalvereisten onder omstandigheden als 'type' of een 'bepaalde productie' als bedoeld in art. 42 lid 4 van de Aanbestedingsrichtlijn zijn aan te merken en dus onder het verwijzingsverbod vallen, namelijk wanneer materiaalvereisten bepaalde ondernemingen uitsluiten.

A.J. van Heeswijck