



Datum van inontvangstneming : 04/09/2023

C-424/23 - 1 100%

Verzending naar Hof van Justitie
van de Europese Unie voor
Prejudiciële vragen 35



Uitgifte GG.02

Repertoriumnummer 4854
Datum van uitspraak 28 Juni 2023
Rolnummer A/21/02008

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op €	op €	op €

Niet aan te bieden aan de ontvanger

Ondernemingsrechtbank Gent - afdeling Gent

Vonnis

achtste kamer

Aangeboden op
Niet te registreren

CURIA GENT
Luxembourg
Date 11. 07. 2023

NV DYKA PLASTICS, met zetel te [REDACTED] ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0414.467.340, met als raadslieden [REDACTED] (Equator Advocaten), advocaten te 2600 Antwerpen, [REDACTED] advocaat bij de Nederlandse Orde van Advocaten bij de Balie Brussel, respectievelijk bij de Balie Provincie Antwerpen (ref. 2210/19/SV-SVE)

Eiseres

tegen:

CV FLUVIUS SYSTEM OPERATOR, met zetel [REDACTED] en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0477.445.084, met als raadslieden [REDACTED] advocaten te 2800 Mechelen, [REDACTED] advocaten bij de Balie Provincie Antwerpen (ref. RE-21-13787)

Verweerster

A. DE RECHTSPLEGING.

1. De eis werd ingeleid bij exploit van 10 september 2021.
2. Conclusietermijnen werden vastgelegd bij toepassing van artikel 747 § 2 Ger.W. bij beschikking van 11 juli 2022.
3. De rechtbank heeft de verschijnende partijen gehoord in openbare zitting van 29 maart 2023, waarna de zaak in beraad werd genomen.
4. De rechtbank neemt kennis van het dossier van de rechtspleging en de neergelegde stukken.
5. De rechtspleging verloopt in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

B. DE VORDERINGEN.

De eiseres vordert :

De vordering van DYKA toelaatbaar, ontvankelijk en gegrond te verklaren en

In hoofdorde:

1. te zeggen voor recht dat FLUVIUS artikel 53, §§ 3 en 4 *juncto* artikelen 53, § 2 en artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, alsook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het fair play-beginsel,

schenkt door in haar overheidsopdrachten voor de aanleg van riolering op systematische wijze standaard te opteren voor rioleringsbuizen uit beton en / of gres, en bijgevolg rioleringsbuizen uit kunststof elke eerlijke kans op mededinging te ontnemen, en daarbij de technische specificaties niet op te stellen overeenkomstig artikel 53, §§ 3 - 4 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten;

Dienvolgens:

2. FLUVIUS te bevelen de opdrachtdocumenten voor haar overheidsopdrachten inzake de aanleg van riolering, in het bijzonder de technische specificaties, op te stellen overeenkomstig artikel 53 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en deze aldus aan te passen ten opzichte van de opdrachtdocumenten, in het bijzonder de technische specificaties, van haar overheidsopdrachten inzake riolering voorafgaand aan het uit te spreken vonnis, dit onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 EUR per aanbesteding;
3. FLUVIUS te veroordelen tot de betaling van een schadevergoeding, provisioneel begroot op 15 miljoen EUR, meer gerechtelijke interesten vanaf de datum van het uit te spreken vonnis;
4. FLUVIUS te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de dagvaardingskosten en een rechtsplegingsvergoeding van 21.000 EUR.

In ondergeschikte orde:

1. Volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen:
2. Moet artikel 42, lid 3 Richtlijn 2014/24/EU 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?
3. Moet artikel 42, lid 4 Richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat verwijzingen in de technische specificaties van aanbestedingen naar rioleringsbuizen uit gres en beton (afhankelijk van het concreet soort rioleringssysteem) 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/EU 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 rioleringssysteem) 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 bepaalde onderneming die dit als enige op de markt aanbiedt?

4. Moet artikel 42, lid 2 Richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat een vastgestelde schending van artikel 42, lid 3 Richtlijn 2014/24/EU en / of van artikel 42, lid 4 Richtlijn 2014/24/EU, 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/EU, evenals het hiermee verbonden artikel 18, lid 1 Richtlijn 2014/24/EU impliceert?

FLUVIUS te veroordelen tot de betaling van een schadevergoeding berekend op basis van de volgende formule: 'gegund opdrachtbedrag van opdracht "Langeveldstraat Beringen" x 10% x kans op gunning'.

In meer ondergeschikte orde:

Een deskundige aan te stellen om de concrete schade in hoofde van DYKA te begroten die voortvloeit uit ofwel (1) de impact op DYKA van het onwettig aanbestedingsbeleid van FLUVIUS gedurende de afgelopen 10 jaar, ofwel (2) de uitsluiting van DYKA van de opdracht 'Langeveldstraat Beringen', en deze deskundige te belasten met de volgende zending:

1. *zich te begeven naar de hoofdzetels van beide partijen, gelegen te Stuifzandstraat 47, 3900 PELT (voor DYKA) en te Brusselsesteenweg 199, 9090 MELLE (voor FLUVIUS);*
2. *alle nodige Informatie omtrent (de uitgestrektheid van) het discriminatoir aanbestedingsbeleid van FLUVIUS, evenals de financiële impact hiervan op DYKA in te winnen;*
3. *aan de hand van alle verzamelde informatie een rapport op te stellen waarin zijn / haar bevindingen worden uiteengezet en de schadevergoeding in hoofde van DYKA wordt begroot.*

C. FEITEN – VOORWERP VAN BETWISTING.

1. DYKA en FLUVIUS hebben een geschil omtrent de plaatsing van overheidsopdrachten inzake rioleringswerken door FLUVIUS, waarbij FLUVIUS van oordeel is dat zij een keuze voor leidingen uit gres en beton mag maken, en bijgevolg leidingen uit kunststof mag uitsluiten. FLUVIUS is van oordeel dat zij deze keuze niet nader moet motiveren en zij over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikt.

2. DYKA stelt dat zij als producent en leverancier van rioleringsbuizen uit kunststof, geen eerlijke kans krijgt om deel te nemen aan de overheidsopdrachten voor de aanleg van riolering van FLUVIUS en zij op systematische wijze gediscrimineerd wordt, waardoor zij – gedurende ettelijke jaren - ernstige schade heeft geleden. De handelswijze van FLUVIUS is volgens DYKA in strijd met de toepasselijke regelgeving inzake overheidsopdrachten, in het bijzonder met artikel 53 Overheidsopdrachtenwet, evenals met de fundamentele beginselen inzake eerlijke mededinging.

3. DYKA heeft reeds verschillende pogingen ondernomen om FLUVIUS op de onwettigheid van haar discriminatoir aanbestedingsbeleid te wijzen en haar te verzoeken haar beleid, en in het bijzonder de door FLUVIUS gepubliceerde bestekken, plannen e.d.m. die standaard naar rioleringsbuizen uit gres en beton verwijzen (en zo rioleringsbuizen uit kunststof de eerlijke kans op mededinging ontnemen), te wijzigen. Zo heeft DYKA FLUVIUS de afgelopen jaren zowel rechtstreeks (in eigen naam), als onrechtstreeks (onder meer via Kurio vzw en via de sectorfederatie essencia) herhaaldelijk op de onwettigheid van het aanbestedingsbeleid van FLUVIUS gewezen.

4. DYKA heeft FLUVIUS in gebreke gesteld, zo onder meer op 4 juni 2020, om haar toekomstige aanbestedingen zo vorm te geven dat rioleringsbuizen uit kunststof eveneens een eerlijke kans zouden krijgen en met andere woorden naast rioleringsbuizen uit gres en beton zouden kunnen worden aangeboden. Bij schrijven van 7 oktober 2020 heeft DYKA FLUVIUS om toelichting verzocht met betrekking tot de toegelaten soort leidingen voor een concrete opdracht voor de aanleg van riolering genaamd 'Langeveldstraat Beringen'. DYKA stelde hierbij de vraag of rioleringsbuizen uit kunststof zowel voor het RWA-systeem, als voor het DWA-systeem werden uitgesloten, en, indien het antwoord van FLUVIUS hierop bevestigend zou zijn, op basis van welke redenen kunststof leidingen zouden worden geweerd. Het antwoord van FLUVIUS op 15 oktober 2020 luidde dat enkel regenafvoerleidingen uit (poreus) beton en droogweerafvoerleidingen uit gres konden worden aangeboden.

5. DYKA richt het verwijt aan FLUVIUS zonder enige motivering standaard kunststof buizen van haar aanbestedingen inzake de aanleg van riolering uit te sluiten, via technische specificaties voor deze aanbestedingen, en dit in strijd met de wetgeving inzake overheidsopdrachten. DYKA stelt dat op die manier elke eerlijke kans op gunning wordt ontnomen én de mededinging manifest belemmerd.

6. DYKA vordert dat FLUVIUS ertoe wordt verplicht om deze schendingen naar de toekomst toe ongedaan te maken. Gelet op het feit dat FLUVIUS haar onwettige handelswijze al sinds jaar en dag aanhoudt, zijn er volgens DYKA aan haar in het verleden evenwel reeds verschillende kansen op deelname aan en gunning van de aanbestedingen van FLUVIUS onterecht ontnomen. DYKA stelt als gevolg hiervan schade geleden te hebben en vordert hiervoor schadevergoeding.

7. FLUVIUS is van oordeel dat zij artikel 53, §4, Overheidsopdrachtwet helemaal niet schendt. Deze bepaling is volgens FLUVIUS zelfs niet van toepassing omdat de bestekken van FLUVIUS geen "uniek product" voorschrijven. Er zijn meerdere producenten en leveranciers van gres- en betonbuizen.

Volgens FLUVIUS behoort het tot haar discretionaire bevoegdheid om te bepalen uit welk materiaal haar rioleringsbuizen dienen te zijn vervaardigd. FLUVIUS stelt dat zij wel degelijk deugdelijke redenen heeft om te kiezen voor gres als standaardmateriaal wanneer een DWA-rioleringsleiding dient te worden aangelegd of voor beton wanneer het om een RWA-rioleringsleiding gaat. Deze gresrioleringsbuizen gaan volgens FLUVIUS immers minstens 100 jaar mee, terwijl kunststofbuizen een door de vakverenigingen aangenomen levensduur hebben van 50 jaar. Het aantal defecten / storingen op kunststofbuizen ligt volgens FLUVIUS aanzienlijk hoger dan bij gresleidingen. Dit heeft uiteraard tot gevolg dat de onderhoudskosten van kunststofbuizen ook aanzienlijk hoger liggen.

8. FLUVIUS stelt dat zowel vanuit financieel oogpunt als vanuit de belangen van de klanten het niet meer dan redelijk is dat er standaard wordt gekozen voor gresbuizen in plaats van kunststofbuizen (en dat kunststofbuizen worden gebruikt wanneer deze standaard, gelet op de specifieke omstandigheden van het project, niet de juiste keuze is). Daarnaast zijn er volgens FLUVIUS ook vanuit maatschappelijke duurzaamheid (milieuoverwegingen) goede redenen om niet te kiezen voor kunststofrioleringsleiding. FLUVIUS laat kunststofbuizen slechts toe wanneer er daarvoor, in het kader van het specifieke project, goede redenen (van een andere aard) bestaan.

D. BEOORDELING.

9. De uitsluiting van kunststofbuizen voor de hoofdrioleringsleiding zou volgens DYKA in strijd zijn met:

- **Artikel 53, §3, Overheidsopdrachtenwet**, omdat de bedoelde technische specificaties in de bestekken van FLUVIUS niet zouden ressorteren onder één van de in die bepaling op limitatieve wijze opgesomde wijzen van opstelling van technische specificaties;
- **Artikel 53, §4, Overheidsopdrachtenwet**, omdat de bestekken van FLUVIUS een verboden verwijzing zouden bevatten naar een bepaald type of een bepaalde productie, die tot gevolg zou hebben dat bepaalde producten en bepaalde ondernemingen zouden worden bevoordeeld;
- **Artikel 53, §2, Overheidsopdrachtenwet** en de **artikelen 4 en 5 Overheidsopdrachtenwet**, omdat artikel 53, §§3 en 4 Overheidsopdrachtenwet zou worden geschonden. Via de schending van laatstgenoemde bepalingen zou er telkenmale slechts één technische oplossing per (voor droogweerafvoer vuilwaterleidingen DWA en regenwaterafvoer RWA) systeem worden opgelegd,

terwijl artikel 53, §2, Overheidsopdrachtenwet zou vereisen dat er een diversiteit aan oplossingen wordt toegelaten. Ondernemingen die, zoals eiseres, een alternatieve oplossing wenst aan te bieden, zouden niet op gelijke wijze worden behandeld en de mededinging zou aldus worden belemmerd.

- **Het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het fair play-beginsel**, omdat de bedoelde technische specificaties (1) niet zorgvuldig en (2) te gedetailleerd zouden zijn opgesteld en omdat (3) FLUVIUS niet bereid is haar aanbestedingsbeleid aan te passen.

10. De verwijzingen door FLUVIUS in haar aanbestedingen naar leidingen uit gres en beton, als zijnde bepaalde soorten rioleringsbuizen, vormen volgens eiseres technische specificaties in het licht van de regelgeving inzake overheidsopdrachten. Vermelde verwijzingen, welke zijn opgenomen in de opdrachtdocumenten, geven volgens eiseres namelijk een omschrijving van de vereiste kenmerken van het product 'rioleringsbuizen', dat het voorwerp van de aanbestedingen van FLUVIUS inzake rioleringswerken uitmaakt. De verwijzingen door FLUVIUS in de technische specificaties van haar aanbestedingen naar rioleringsbuizen uit gres en beton zijn dat deze technische specificaties slechts één technische oplossing vooropstelt en aldus niet de vereiste diversiteit aan oplossingen toe laat.

11. Artikel 53, §§ 2 en 3, Overheidsopdrachtenwet stelt “

“§ 2. De technische specificaties bieden de ondernemers gelijke toegang tot de plaatsingsprocedure en mogen er niet toe leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen.

§ 3 Onverminderd dwingende nationale technische voorschriften, voor zover deze met het recht van de Europese Unie verenigbaar zijn, worden de technische specificaties opgesteld op een van de volgende wijzen:

1° hetzij aan de hand van prestatie- of functionele eisen, inclusief milieukenmerken, mits deze zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende overheid de opdracht kan gunnen;

2° hetzij onder verwijzing naar de technische specificaties en, in volgorde van voorkeur, naar 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. Iedere verwijzing gaat vergezeld van de woorden “of gelijkwaardig”;

3° hetzij aan de hand van de bepaling onder 1° bedoelde prestatie- of functionele eisen, waarbij onder aannahme van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar de onder 2° bedoelde technische specificaties;

4° hetzij onder verwijzing naar de bepaling onder 2° bedoelde technische specificaties voor bepaalde kenmerken, en naar de bepaling onder 1° bedoelde prestatie- of functionele eisen voor andere kenmerken.

12. Artikel 53 § 4 Overheidsopdrachtenwet bepaalt : “ In de technische specificaties mag geen melding worden gemaakt 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, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd.

Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering alleen toegestaan :

1° wanneer, ingevolge de toepassing van paragraaf 3, geen voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht mogelijk zou zijn;

2° indien dit door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd.

In het in het tweede lid, 1° bedoelde geval moet de betreffende vermelding of verwijzing vergezeld gaan van de woorden "of gelijkwaardig".

Bij niet-naleving van de in deze paragraaf bedoelde verplichtingen door de aanbestedende overheid, kan de inschrijver een gelijkwaardig product of dienst aanbieden.

[...]

13. De bepaling inzake technische specificaties is ook te lezen in artikel 42§4 van de Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG.

De technische specificaties moeten zodanig worden opgesteld dat kunstmatige concurrentiebeperking, die erin bestaat eisen te stellen die een bepaalde ondernemer bevoordelen omdat zij afgestemd zijn op de hoofdkenmerken van de leveringen, diensten of werken zoals deze gewoonlijk door die ondernemer worden aangeboden, wordt voorkomen (overweging 74 Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014; C. DE KONINCK , P. FLAMEY, Overheidsopdrachtenrecht deel I Mechelen, Kluwer, 432).

14. Overweging 74 van richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 stelt “ De door de aanbestedende diensten opgestelde technische specificaties moeten de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging en de verwezenlijking van duurzaamheidsdoelstellingen mogelijk maken. Daarom moet het mogelijk zijn inschrijvingen in te dienen waarin de diversiteit van technische oplossingen, normen en technische specificaties op de markt tot uiting komt, met inbegrip van die welke zijn opgesteld aan de hand van prestatiecriteria die zijn gerelateerd aan de levenscyclus en de duurzaamheid van het productieproces van de bewuste werken, leveringen en diensten. Bijgevolg moeten de technische specificaties zodanig worden opgesteld dat kunstmatige concurrentiebeperking, die erin bestaat eisen te stellen die een bepaalde ondernemer bevoordelen omdat zij afgestemd zijn op de hoofdkenmerken van de leveringen, diensten of werken zoals deze

gewoonlijk door die ondernemer worden aangeboden, wordt voorkomen. Door de technische specificaties als functionele en prestatie-eisen te formuleren, kan deze doelstelling in het algemeen optimaal worden bereikt (eigen onderlijning). Functionele en prestatie-eisen zijn ook geschikt om innovatie in aanbestedingen te stimuleren; zij zouden zo ruim mogelijk moeten worden toegepast. Bij verwijzing naar een Europese norm, of bij gebreke daarvan naar een nationale norm, moeten inschrijvingen op basis van gelijkwaardige oplossingen door de aanbestedende diensten in overweging worden genomen (eigen onderlijning). Het is aan de ondernemer om het bewijs te leveren van gelijkwaardigheid aan het gevraagde keurmerk “

De inschrijvers moeten kunnen worden verplicht de gelijkwaardigheid te staven met door derden geverifieerde bewijsmiddelen. Andere passende bewijsmiddelen zoals een technisch dossier van de fabrikant moeten echter ook worden aanvaard als de betrokken ondernemer geen toegang heeft tot dergelijke certificaten of testverslagen, of deze niet binnen de toepasselijke termijnen kan verkrijgen, mits de betrokken ondernemer hierbij aantoont dat de werken, leveringen of diensten voldoen aan de eisen of criteria die zijn vastgelegd in de technische specificaties, de gunningscriteria of de contractvoorwaarden.

15. Naast het gebruik van prestatie- of functionele eisen beschikken aanbestedende overheden nog over twee bijkomende mogelijkheden om de technische specificaties van hun opdrachten in het licht van bovenvermeld doel vorm te geven, namelijk door de verwijzing naar normen, dan wel door de combinatie te maken van deze normen met prestatie- of functionele eisen.

16. FLUVIUS voert aan waarom zij standaard voor buizen niet opteert voor kunststof, maar wel voor gres of beton. De vraag is echter of de omschrijving gres of beton voldoet aan artikel 53 Overheidsopdrachtenwet. Voor de buizen is niet omschreven aan welke normen ze dienen te voldoen, op een wijze dat verschillende technische mogelijkheden open worden gelaten om aan deze normen te voldoen, evenmin zijn prestatie of functionele eisen gesteld die andere technische oplossingen mogelijk maken. FLUVIUS stelt dat er verschillende producenten van gres en betonbuizen zijn, zodat zij geen uniek product voorschrijft. Dit is echter niet de kern, de kern van de vraag is of de bepaling dat de buizen van gres of beton moeten zijn verenigbaar is met artikel 53 Overheidsopdrachtenwet, gelezen in het licht van de Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten.

17. Het product is de rioleringsbuis. De eis is dat ze uit gres of beton moeten zijn. Dit heeft voor gevolg dat dient nagegaan of de wijze van de omschrijving door FLUVIUS van de technische specificatie te verenigen is met de wijze zoals de technische specificatie overeenkomstig artikel 53 Overheidsopdrachtenwet dient te gebeuren in het licht van richtlijn 2014/24/EU.

De vraag stelt zich of in het licht van de richtlijn 2014/24/EU (artikel 42, lid 3), de wijze waarop technische specificaties dienen opgesteld verplicht limitatief dient te gebeuren op een van de wijzen in deze bepaling.

Dient de verwijzing naar rioleringsbuizen uit gres en beton (afhankelijk van het concreet soort rioleringsstelsel) in de technische specificaties van FLUVIUS aangemerkt te worden als één of meerdere in deze bepaling opgesomde verwijzingen, bijvoorbeeld als verwijzingen naar bepaalde types, dan wel naar bepaalde productie van buizen? DYKA stelt in dat verband dat de toepassing van het verbod vervat in artikel 53, § 4, eerste lid Overheidsopdrachtenwet niet beperkt is tot de situatie waarin een aanbestedende overheid één uniek product zou vragen dat slechts door één onderneming zou worden aangeboden.

18. De schending van artikel 53, § 3 Overheidsopdrachtenwet en van artikel 53, § 4 Overheidsopdrachtenwet impliceren volgens DYKA vanuit hun aard eveneens een schending van artikel 53, § 2 Overheidsopdrachtenwet vermits de onwettigheden belemmeringen zijn inzake mededinging. De schending van artikel 53, § 3 en 4 Overheidsopdrachtenwet door FLUVIUS impliceert volgens DYKA eveneens een schending van zowel het gelijkheidsbeginsel (artikel 4 Overheidsopdrachtenwet) als van het mededingingsbeginsel (artikel 5 Overheidsopdrachtenwet). Deze bepalingen luiden :

Artikel 4 Overheidsopdrachtenwet

“De aanbesteders behandelen de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.

Voor zover de bijlagen 1, 2, 4 en 5 en de algemene opmerkingen bij aanhangsel I van de Europese Unie bij de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten van 15 april 1994 en de andere Internationale overeenkomsten waardoor de Europese Unie gebonden is van toepassing zijn, geven aanbesteders aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de ondertekenende partijen van deze overeenkomsten geen minder gunstige behandeling dan die welke zij aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de Europese Unie geven.” (eigen nadruk)

Artikel 5 Overheidsopdrachtenwet

“§ 1. Een aanbesteder stelt geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

Ondernemers stellen geen handelingen, sluiten geen overeenkomsten of maken geen afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.

§ 2. De niet naleving van de in paragraaf 1, tweede lid bedoelde bepaling, geeft aanleiding tot de toepassing van onderstaande maatregelen, behoudens het geval waarbij het eerste lid van de paragraaf 1 evenmin wordt nageleefd, in welk geval paragraaf 3 van toepassing is:

1° zolang de aanbesteder nog geen eindbeslissing nam en de opdracht nog niet heeft gesloten, het weren van de aanvragen tot deelneming of de offertes die als gevolg van zodanige handelingen, overeenkomsten of afspraken zijn ingediend;

2° wanneer de opdracht reeds is gesloten, de door de Koning bepaalde ambtshalve maatregelen, tenzij de aanbesteder, bij een met redenen omklede beslissing, anders beschikt.

§ 3. De niet naleving van de in paragraaf 1, eerste lid, bedoelde bepalingen, al dan niet gepaard gaand met de niet-naleving van de bepalingen van het tweede lid van paragraaf 1, geeft aanleiding tot de toepassing van onderstaande maatregelen:

1° zolang de aanbesteder de opdracht nog niet heeft gesloten of, wanneer het een omzeiling van het toepassingsgebied betreft, zolang geen eindbeslissing werd genomen, het afzien van het gunnen of de toewijzing, in welke vorm dit ook weze, van de opdracht;

2° wanneer de opdracht reeds is gesloten, in welke vorm dit ook weze, de desgevallend door de Koning bepaalde maatregelen, hetgeen ook ambtshalve maatregelen ten aanzien van de opdrachtnemer kan behelzen, voor zover deze laatste de bepalingen van paragraaf 1, tweede lid, niet heeft nageleefd.

Evenwel moet overeenkomstig het eerste lid, 2°, slechts een maatregel worden genomen, in het geval waarbij de opdrachtnemer geen enkele fout beging, voor zover de inbreuk een reëel mededinging vertekenend effect heeft gesorteerd."

19. DYKA stelt dat uit de bewoordingen van artikelen 4 en 5 Overheidsopdrachtenwet duidelijk volgt dat artikel 53, § 2 Overheidsopdrachtenwet in wezen een bijzondere toepassing vormt van de fundamentele verplichtingen die overeenkomstig artikelen 4 en 5 Overheidsopdrachtenwet op een aanbestedende overheid, zoals FLUVIUS, rusten. Een aanbestedende overheid dient namelijk volgens DYKA steeds (1) ondernemers op een gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen, evenals (2) geen overheidsopdrachten op te stellen met als doel om bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of benadelen en bijgevolg de mededinging kunstmatig te beperken.

20. De door de eiseres voorgestelde prejudiciële vragen komen dan ook allen dienstig voor, voor de oplossing van het geschil. De antwoorden zullen de rechtbank toelaten te antwoorden op de vraag of FLUVIUS door in de bestekken, plannen en dergelijke meer standaard te verwijzen naar rioleringsbuizen uit gres en beton de hogergenoemde bepalingen van de Overheidsopdrachtenwet schendt.

OM DEZE REDENEN, DE RECHTBANK,

Rechtdoende op tegenspraak,

Vooraleer verder recht te doen, verzendt de zaak naar het Hof van Justitie, en stelt volgende Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie:

a) Moet artikel 42, lid 3 Richtlijn 2014/24/EU 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?

b) Moet artikel 42, lid 4 Richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat verwijzingen in de technische specificaties van aanbestedingen naar rioleringsbuizen uit gres en beton (afhankelijk van het concreet soort rioleringsysteem) 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?

c) Moet artikel 42, lid 4 Richtlijn 2014/24/EU 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 rioleringsysteem) 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 rioleringsysteem), aanwezig is en dat er van vermeld gevolg aldus enkel sprake kan zijn indien het betrokken product kenmerkend is voor één bepaalde onderneming die dit als enige op de markt aanbiedt?

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

Beveelt de overmaking van deze beslissing en de processtukken aan de griffie van het Hof van Justitie: **Hof van Justitie van de Europese Unie - Griffie van het Hof - Rue du Fort Niedergrünwald L-2925 Luxemburg -E-mail: ECJ.Registry@curia.europa.eu.**

Verwijst de zaak voor het overige naar de rol van de achtste kamer.

Houdt de beslissing over de kosten aan.

Aldus het vonnis uitgesproken ter gewone en openbare zitting van **woensdag 28 juni 2023**.

