

Formulering van technische specificaties: lessen uit het arrest DYKA Plastics van het EU-Hof van Justitie

Het EU-Hof verduidelijkt in het DYKA Plastics-arrest¹ dat in bijzondere gevallen verwijzingen naar merken, typen etc. in technische specificaties zijn toegestaan zonder de vermelding 'of gelijkwaardig', dit in tegenstelling tot recente (onjuiste) Nederlandse rechtspraak. Ook oordeelt het EU-Hof dat de opsomming van de methoden waarop technische specificaties moeten worden opgesteld limitatief is.

Inleiding

De Europese aanbestedingspraktijk staat of valt met transparantie, gelijke behandeling en eerlijke mededinging. In het arrest DYKA Plastics heeft het EU-Hof het belang van deze beginselen opnieuw bevestigd en de wijze waarop technische specificaties bij Europese aanbestedingen moeten worden opgesteld nader verduidelijkt.

Recente Nederlandse jurisprudentie van onder meer het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden² met betrekking tot het opstellen van technische specificaties (artikel 2.76 Aw 2012) is *niet* in lijn met het door het EU-Hof gegeven oordeel. Nederlandse rechters miskennen in recente uitspraken namelijk dat er in het kader van het opstellen van technische specificaties twee zelfstandige (wettelijke) uitzonderingsmogelijkheden zijn op het zogenaamde 'verwijzingsverbod' naar onder meer merken, typen en bepaalde fabricaten.

Anders dan uit recente Nederlandse uitspraken volgt, zijn er onder bijzondere omstandigheden dan ook wél mogelijkheden voor aanbestedende diensten om bij het hanteren van technische specificaties bij aanbestedingen verwijzingen naar merken, typen, bepaalde productie/oorsprong etc. voor te schrijven zonder dat hierbij de toevoeging 'of gelijkwaardig' dient te worden gehanteerd.

In dit artikel wordt het belang van het DYKA Plastics-arrest voor de aanbestedingspraktijk besproken.



Arrest DYKA Plastics

DYKA Plastics, producent van kunststof rioleringsbuizen, betwist in rechte de praktijk van Fluvius, een Vlaamse nutsmaatschappij (aangebestede dienst), die in haar aanbestedingen uitsluitend buizen van gres of beton voorschrijft, zonder de toevoeging 'of gelijkwaardig'. Kunststof rioleringsbuizen werden daarmee uitgesloten, hetgeen volgens DYKA Plastics de mededinging onrechtmatig beperkt en in strijd is met Europese aanbestedingsregels.³

1 Zaak C-424/23, d.d. 16 januari 2025, EU-Hof van Justitie (DYKA Plastics NV tegen Fluvius System Operator CV).

2 ECLI:NL:GHARL:2023:5643.

3 Onterechte verwijzingen kunnen immers leiden tot uitsluiting van geschikte aanbieders, wat de concurrentie beperkt en kan leiden tot hogere prijzen en/of minder innovatie.



De zaak draait om de interpretatie van onderdelen van artikel 42 van de Europese Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU. Het EU-Hof benadrukt in zijn arrest dat technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang moeten bieden tot de aanbestedingsprocedures en er niet toe mogen leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen. Het EU-Hof oordeelt in dit verband onder meer het navolgende:

- De lijst van methoden (prestatie-eisen, functionele eisen, normen etc.) waarmee technische specificaties kunnen worden geformuleerd, e.e.a. zoals vermeld in artikel 42 lid 3 sub a tot en met d Aanbestedingsrichtlijn, is een *uitputtende (limitatieve)*⁴ lijst. Aanbestedende diensten mogen voor het formuleren van technische specificaties bij aanbestedingen dan ook géén andere methoden toepassen, tenzij deze mogelijkheid wordt toegestaan op grond van dwingende nationale voorschriften die dan wel verenigbaar dienen te zijn met het Unierecht.⁵
- Verwijzingen in technische specificaties zoals bedoeld in artikel 42 lid 4 Aanbestedingsrichtlijn, dus verwijzingen naar o.m. een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst, een bijzondere werkwijze, merk, octrooi, type, bepaalde

oorsprong of bepaalde productie⁶, zijn in beginsel niet toegestaan (het zogenaamde ‘verwijzingsverbod’).

- Er zijn conform art. 42 Aanbestedingsrichtlijn echter twee *zelfstandige uitzonderingen* op dit verwijzingsverbod.

• *Uitzondering 1 op het verwijzingsverbod:* Wanneer een aanbestedende dienst géén voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht kan geven aan de hand van de uitputtende lijst van methoden uit artikel 42 lid 3 sub a tot en met d Aanbestedingsrichtlijn (betreft dus een voorwaarde), mag in de technische specificaties worden verwezen naar bijvoorbeeld een merk, octrooi, type, bepaald fabricaat, herkomst, bijzondere werkwijze etc., echter onder de (aanvullende) voorwaarde dat deze verwijzing vergezeld gaat van de woorden ‘of gelijkwaardig’.⁷

• *Uitzondering 2 op het verwijzingsverbod:* Wanneer een verwijzing in een technische specificatie, *wordt gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht*.⁸ Verwijzing in een technische specificatie naar bijvoorbeeld een merk, octrooi, type, bepaald fabricaat, herkomst, bijzondere werkwijze etc. is in deze situatie dan wél toegestaan. Een aanbestedende

6 Het EU-Hof verduidelijkt in r.o. 56-57 DYKA Plastics-arrest ook dat eisen dat producten uit een bepaald materiaal worden gebruikt in casu geen prestatie-eisen of functionele eisen zijn in de zin van artikel 42, lid 3, onder a), van Aanbestedingsrichtlijn (2014/24), maar moeten 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 Aanbestedingsrichtlijn, aangezien deze vermelding ertoe leidt dat ondernemingen die producten leveren die van een ander dan het vereiste materiaal zijn vervaardigd, worden geëlimineerd. De vraag of een voorgeschreven materiaalkeuze al dan niet valt onder de (limitatieve) opsomming van art. 42, lid 3 onder a), van de Aanbestedingsrichtlijn wordt in dit artikel verder niet besproken.

7 Arrest DYKA Plastics, C-424/23, r.o. 34.

8 Het EU-Hof overweegt in dit verband, r.o. 60 DYKA Plastics-arrest, “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.”

4 Arrest DYKA Plastics, C-424/23, r.o. 30. Vgl. voor deze methoden art. 2.76 lid 1 sub a t/m d Aw 2012.

5 Het EU-Hof heeft in het arrest Roche Lietuva, zaak C-413/17 d.d. 25 oktober 2018 reeds geoordeeld dat er geen hiërarchie bestaat tussen de in art. 42 lid 3 sub a tot en met d Aanbestedingsrichtlijn genoemde methoden voor het formuleren van technische specificaties.

dienst mag dus bijvoorbeeld preciseren van welk materiaal de door inschrijvers aangeboden producten moeten zijn vervaardigd, indien 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 mogelijk is.⁹ Anders dan bij de eerste uitzondering op het verwijzingsverbod geldt bij deze tweede uitzondering dan *niet* de voorwaarde dat de verwijzing vergezeld dient te gaan van de woorden ‘of gelijkwaardig’. Ook geldt dan niet de voorwaarde dat een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht krachtens artikel 42 lid 3 a t/m d niet mogelijk dient te zijn.¹⁰

- Het EU-Hof benadrukt met betrekking tot de tweede uitzonderingsmogelijkheid nog expliciet dat deze tweede uitzondering restrictief moet worden uitgelegd, dit ter voorkoming van ondermijning van de doelstelling van openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging, *“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”*.¹¹ De lat ligt dus hoog voor toepassing van deze tweede uitzonderingsgrond op het verwijzingsverbod.

Nederlandse context: art. 2.76 Aanbestedingswet 2012

Bovenvermelde leden van artikel 42 Aanbestedingsrichtlijn zijn in Nederland geïmplementeerd in art. 2.76 Aw 2012.

In ‘oudere’ Nederlandse jurisprudentie werd geoordeeld in lijn met het recente arrest DYKA Plastics van het EU-Hof. Zie in dit verband rechtbank Den Haag, 14 november 2012¹², waarin werd geoordeeld dat de verwijzing naar een specifiek product zonder hantering van de woorden ‘of gelijkwaardig’ mogelijk was omdat dit werd gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht.

⁹ Arrest DYKA Plastics, C-424/23, r.o. 62.

¹⁰ Arrest DYKA Plastics, C-424/23, r.o. 35, 51 – 52.

¹¹ Arrest DYKA Plastics, C-424/23, r.o. 53.

¹² ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3967, r.o. 4.12.

In (recente) Nederlandse jurisprudentie en door de Commissie van Aanbestedingsexperts wordt de systematiek van art. 2.76 Aw 2012 echter onvoldoende scherp onderkend, namelijk, zoals verduidelijkt in het DYKA Plastics-arrest, dat bij het hanteren van technische specificaties in beginsel sprake is van een verwijzingsverbod naar merken, typen etc., waarop twee zelfstandige uitzonderingsmogelijkheden bestaan waarvoor verschillende voorwaarden gelden voor de toepassing hiervan.

Voor toepassing van de eerste uitzonderingsmogelijkheid op het verwijzingsverbod gelden conform het DYKA Plastics-arrest dus de voorwaarden dat een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht zoals bedoeld in art. 2.76 lid 1 Aw 2012 niet mogelijk is en voorts dat de verwijzing naar een merk, type etc. dan vergezeld dient te gaan van de woorden ‘of gelijkwaardig’.



Voor de toepassing van de hierboven vermelde tweede uitzondering (*‘vermelding van een merk, type etc. in een technische specificatie is gerechtvaardigd gelet op het voorwerp van de opdracht’*) geldt juist *niet* de voorwaarde dat een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht zoals bedoeld in art. 2.76 lid 1 Aw 2012 niet mogelijk is en geldt *ook niet* de voorwaarde dat de vermelding vergezeld dient te gaan van de woorden ‘of gelijkwaardig’.

Gelet op het voorgaande zijn dan ook *onjuist* geweest de overwegingen in onderstaande rechterlijke uitspraken, waarin Nederlandse rechters hebben miskend dat art. 2.76 Aw 2012 twee zelfstandige uitzonderingsmogelijkheden kent op het verwijzingsverbod van art. 2.76 lid 3 Aw 2012. In deze uitspraken zijn deze twee

uitzonderingsmogelijkheden ten onrechte samengevoegd tot één uitzonderingsmogelijkheid waarvoor dan drie cumulatieve voorwaarden zouden gelden.

- Vزر. Rb. Oost-Brabant, 14 mei 2020, r.o. 4.3¹³: *“Daarbij zijn artikel 2.76 lid 2 en lid 4 van de Richtlijn van belang, waarin als uitgangspunt is opgenomen dat verwijzing naar merken en typen ongeoorloofd is, tenzij is voldaan aan de volgende drie (cumulatieve) vereisten¹⁴:*
 - (i) *Een dergelijke verwijzing is door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd (artikel 2.76 lid 3 Aw 2012);*
 - (ii) *Een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht is niet mogelijk (artikel 2.76 lid 4 onder a Aw 2012);*
 - (iii) *In de aanbestedingsstukken is vermeld “of gelijkwaardig” (artikel 2.76 lid 4 onder b Aw 2012).”*
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 4 juli 2023¹⁵: *“Uitgangspunt is dat verwijzing naar een bepaald merk of een bepaald type product op grond van artikel 2.76 lid 3 Aanbestedingswet niet is toegestaan. Op dit hoofdregel bestaan drie cumulatieve uitzonderingsmogelijkheden¹⁶:*
 - (i) *Een verwijzing naar een bepaald merk of een bepaald type is door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd;*
 - (ii) *Een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht is niet mogelijk; en*
 - (iii) *In de aanbestedingsstukken is vermeld “of gelijkwaardig”.¹⁷*

13 ECLI:NL:RBOBR:2020:2612.

14 De Voorzieningenrechter heeft dus ten onrechte overwogen dat sprake is van drie cumulatieve vereisten. Art. 42 van de Aanbestedingsrichtlijn en de implementatie hiervan in art. 2.76 Aw 2012 kent namelijk twee uitzonderingsmogelijkheden op het zogenaamde verwijzingsverbod naar merken, typen etc. bij het formuleren van technische specificaties. Indien een verwijzing naar een bepaald merk of een bepaald type door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd, dan zijn de overige twee voorwaarden onder (ii) en (iii) zoals door de Voorzieningenrechter in zijn vonnis van 14 mei 2020 vermeld niet aan de orde.

15 ECLI:NL:GHARL:2023:5643.

16 Dit oordeel is onjuist, zie voetnoot 14 bij Vزر. Rb. Oost-Brabant d.d. 14 mei 2020.

17 Deze overweging is onjuist. Indien een verwijzing in de technische specificaties als bedoeld in artikel 2.76 lid 3 Aw 2012 gerechtvaardigd is, dan hoeft deze verwijzing juist niet vergezeld te gaan van de woorden ‘of gelijkwaardig’. Artikel 2.76 lid 4 onder a en b Aw 2012 is in deze situatie dus juist niet van toepassing.

- Commissie van Aanbestedingsexperts, 1 maart 2024, advies 719 (pnt. 5.28): *“De Commissie stelt voorop dat als een verwijzing in de technische specificaties als bedoeld in artikel 2.76 lid 3 Aw 2012 gerechtvaardigd is, die verwijzing op grond van artikel 2.76 lid 4, Aw 2012 altijd vergezeld moet gaan van de woorden ‘of gelijkwaardig’.*

Het ligt in de lijn der verwachting dat toekomstige Nederlandse aanbestedingsjurisprudentie inzake de uitleg/toepassing van art. 2.76 Aw 2012 weer ‘in de pas’ zal gaan lopen met de uitleg/verduidelijkingen die het EU-Hof heeft gegeven in zijn arrest DYKA Plastics.

Toepassing uitzonderingsgronden op het verwijzingsverbod: bewijslast rust op aanbestedende dienst

Een aanbestedende dienst die wil afwijken van het verwijzingsverbod bij het opstellen van technische specificaties en zich in dit verband wil beroepen op één van de twee uitzonderingsmogelijkheden van art. 2.76 Aw 2012, e.e.a. zoals verduidelijkt in het DYKA Plastics-arrest, zal goed en zorgvuldig moeten kunnen onderbouwen dat aan de voorwaarden van toepassing van de ingeroepen uitzonderingsgrond wordt voldaan.

Het belang van een deugdelijke onderbouwing geldt des te meer indien een aanbestedende dienst een beroep doet op de tweede uitzonderingsmogelijkheid op het verwijzingsverbod (rechtvaardiging door het voorwerp van de opdracht¹⁸), omdat in deze situatie immers gelijkwaardige (alternatieve) producten aan het voorgeschreven merk (of type etc.) door de aanbestedende dienst niet worden geaccepteerd. De aanbestedende dienst zal dan duidelijk, overtuigend en zorgvuldig moeten kunnen beargumenteren waarom de expliciete verwijzing in de technische specificaties naar bijvoorbeeld

18 Dus zonder vermelding van de woorden ‘of gelijkwaardig’.





beeld een merk of type (zonder vermelding van 'of gelijkwaardig') onvermijdelijk voortvloeit uit het voorwerp van de opdracht.

Voorstelbaar is dat een dergelijke rechtvaardiging door het voorwerp van de opdracht zou kunnen worden gebaseerd op belangen als veiligheid, openbare orde of volksgezondheid, bijvoorbeeld in de volgende situaties:

- Een gemeente die beveiligingscamera's wil aanschaffen die compatibel moeten zijn met een bestaand netwerk van merk X dat al in een gedeelte van de gemeente is geïnstalleerd en waarbij het voor de handhaving van de openbare orde essentieel is dat de systemen naadloos samenwerken en integratie met het bestaande netwerk enkel mogelijk is met merk X.
- Een ziekenhuis die een nieuw beademings-systeem van merk Y wil aanschaffen dat moet aansluiten op bestaande apparatuur van merk Y, waarbij de compatibiliteit cruciaal is voor patiëntveiligheid in acute noodsituaties en alleen merk Y deze gegarandeerde compatibiliteit kan bieden.

Denk in dit verband bijvoorbeeld ook aan een aanbesteding voor straatmeubilair in een historisch stadscentrum waarbij wordt voorgescreven dat banken van gietijzer moeten zijn, passend bij het bestaande straatbeeld. Het 'esthetische effect' zou dan mogelijk grondslag kunnen zijn (mits goed gemotiveerd) voor de rechtvaardiging om dit specifieke materiaal (gietijzer) voor te schrijven zonder vermelding van de woorden 'of gelijkwaardig'. Dit zou mogelijk ook aan de orde kunnen zijn indien een gemeente bijvoorbeeld armaturen wil vervangen in een centrum met een 'beschermd stadsgezicht'¹⁹ en voorschrijft dat de aan te schaffen armaturen identiek moeten zijn aan bestaande

modellen om het 'beschermd stadsgezicht' te behouden. In dat geval is voorstelbaar (mits goed onderbouwd) dat de verwijzing naar een specifiek merk/type armatuur (zonder vermelding van 'of gelijkwaardig') gerechtvaardigd zou kunnen zijn op basis van het esthetisch effect en/of de noodzaak tot uniformiteit.

De vraag of een verwijzing naar een specifiek merk, type etc. (zonder vermelding van 'of gelijkwaardig') in een technische specificatie gerechtvaardigd is door het voorwerp van de opdracht zal zich nader moeten uitkristalliseren in de jurisprudentie.

Aandachtspunten voor aanbestedende diensten bij het opstellen van technische specificaties

Aanbestedende diensten doen er goed aan artikel 2.76 Aw 2012 toe te passen in lijn met de uitleg van art. 42 Aanbestedingsrichtlijn zoals door het EU-Hof is verduidelijkt in het arrest DYKA Plastics.

Belangrijke aandachtspunten zijn:

1. Aanbestedende diensten moeten technische specificaties opstellen volgens één van de vier in art. 2.76 lid 1 Aw genoemde *limitatieve* methoden (dus aan de hand van prestatie-eisen, functionele eisen, normen etc.), *tenzij* andere methoden/mogelijkheden zijn toegestaan op grond van dwingende nationale voorschriften die dan wel verenigbaar dienen te zijn met het Unierecht.
2. *Verwijzingsverbod*: verwijzingen in technische specificaties naar merken, type, etc. zijn in beginsel niet toegestaan.
3. *Eerste uitzondering op het verwijzingsverbod*: Een verwijzing in een technische specificatie is wél mogelijk indien een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht aan de hand van

¹⁹ [Beschermd stads- en dorpsgezichten | Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed](#)

de vier limitatief in art. 2.76 lid 1 Aw 2012 genoemde methoden niet mogelijk is, mits de verwijzing vergezeld gaat van de woorden 'of gelijkwaardig'.

4. *Tweede uitzondering op het verwijzingsverbod*: Een verwijzing in een technische specificatie is ook mogelijk wanneer deze verwijzing wordt gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht. Vermelding van 'of gelijkwaardig' is dan niet aan de orde.
5. Gebruikmaking en toepasselijkheid van één van bovenvermelde twee uitzonderingen op het verwijzingsverbod bij het opstellen van technische specificaties dient door een aanbestedende dienst zorgvuldig te worden gemotiveerd en deze motivering is in rechte toetsbaar.

Inschrijvers

Een inschrijver die van oordeel is dat een technische specificatie, waaronder bijvoorbeeld het voorschrijven van een materiaaleis of een merk, in strijd is met het verwijzingsverbod van art 2.76 Aw 2012, met bijvoorbeeld als gevolg dat zijn alternatieve product niet aan deze specificatie voldoet, doet er verstandig aan hierover tijdig in het kader van de nota van inlichtingen vragen te stellen en/of zijn bezwaren gemotiveerd bij de aanbestedende dienst aan de orde te stellen. Voor zover een aanbestedende dienst zich in dit verband beroept op één van de twee uitzonderingen op het verwijzingsverbod, dan zal de aanbestedende dienst ter zake een deugdelijke onderbouwing moeten geven, waartegen een inschrijver gemotiveerd, al dan niet in rechte, bezwaar kan maken.

Voor zover een aanbestedende dienst zich in dit verband beroept op één van de twee uitzonderingen op het verwijzingsverbod, dan zal de aanbestedende dienst ter zake een deugdelijke onderbouwing moeten geven, waartegen een inschrijver gemotiveerd, al dan niet in rechte, bezwaar kan maken.

Auteur:



Mr. Leopold Sueters
Aanbestedingsadvocaat
[Bartels Sueters Rassa](#)
[Aanbestedingsadvocaten](#)

De Procurement Letter

De Procurement Letter is een nieuwsbrief met artikelen en nieuws rondom (Europees) aanbesteden. die 1 tot 2 maal per jaar wordt uitgegeven door Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten en Corvers Procurement Services. Andere artikelen uit deze editie:

- *Hoe om te gaan met abnormaal lage inschrijvingen?*

Bekijk en/of download alle artikelen uit deze Procurement Letter [hier](#).

Heeft u zich nog niet aangemeld voor de Procurement Letter, maar wilt u deze in de toekomst ook graag per mail ontvangen? Dan kunt u zich **aanmelden** via de aanmeldknop onderaan de site www.aanbestedingsadvocaten.nl