

Sag C-424/23**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

11. juli 2023

Forelæggende ret:

Ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent (Belgien)

Afgørelse af:

28. juni 2023

Sagsøger:

DYKA Plastics NV

Sagsøgt:

Fluvius System Operator CV

Hovedsagens genstand

Hovedsagen drejer sig om sagsøgerens søgsmål ved Ondernemingsrechtbank (ret i handels- og erhvervsretlige sager), hvori der i det væsentlige er nedlagt påstand om, at det fastslås, at sagsøgtes indkøbspolitik i forbindelse med kloakering, hvorefter det i udbudsmaterialet kræves, at kloakrørene i reglen skal være af stentøj og beton, er uforenelig med bestemmelserne om offentlige udbud, og at sagsøgte derfor pålægges at tilpasse sit udbudsmateriale, navnlig de tekniske specifikationer, og dømmes til at betale erstatning.

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

Den præjudicielle anmodning i henhold til artikel 267 TEUF vedrører spørgsmålet om, hvordan artikel 42 i direktiv 2014/24 skal fortolkes. Navnlig ønsker den forelæggende ret oplyst, om listen over de i denne bestemmelses stk. 3 nævnte måder at affatte de tekniske specifikationer på er endelig, eller om det i henhold til denne bestemmelses artikel 4 er tilladt i de tekniske specifikationer at henvise til kloakrør af stentøj og beton, og om en sådan henvisning til en enkelt vare, selv om

forskellige indbyrdes konkurrerende virksomheder kan tilbyde disse varer, på forhånd favoriserer eller eliminerer bestemte virksomheder eller varer, eller om dette tværtimod kræver, at kun en enkelt virksomhed kan tilbyde den pågældende vare på markedet, og endelig, om en tilsidesættelse af dette stk. 3 og/eller dette stk. 4 samtidig udgør en tilsidesættelse af artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24.

Præjudicielle spørgsmål

1. Skal artikel 42, stk. 3, i direktiv 2014/24 fortolkes således, at den deri indeholdte liste over måder at affatte tekniske specifikationer på er endelig, og en ordregivende myndighed derfor er forpligtet til at affatte de tekniske specifikationer for sine offentlige udbud på en af de måder, der er nævnt i denne bestemmelse?

2. Skal artikel 42, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU fortolkes således, at henvisninger i udbuds tekniske specifikationer til kloakrør af stentøj og beton (svarende til det konkrete kloaksystem) skal anses for en eller flere af de henvisninger, der er nævnt i denne bestemmelse, f.eks. for henvisninger til bestemte rørtyper eller bestemte rørproduktioner?

3. Skal artikel 42, stk. 4, i direktiv 2014/14/EU fortolkes således, at henvisninger i de tekniske specifikationer til en enkelt vare, f.eks. til kloakrør af stentøj og beton (svarende til det konkrete kloaksystem) som bestemte tekniske løsninger, allerede indebærer det i denne bestemmelse nævnte resultat (nemlig at »at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres«), da de fører til, at virksomheder, som tilbyder alternative løsninger til den foreskrevne vare, på forhånd elimineres og derved stilles ringere, selv om forskellige indbyrdes konkurrerende virksomheder godt kan tilbyde den foreskrevne vare, eller kræver dette, at der slet ikke foreligger konkurrence med hensyn til den nævnte vare, f.eks. kloakrør af stentøj og beton (svarende til det konkrete kloaksystem), og der dermed ikke kan være tale om det nævnte resultat, da den pågældende vare står for en bestemt virksomhed, der som den eneste tilbyder denne vare på markedet?

4. Skal artikel 42, stk. 2, i direktiv 2014/24/EU fortolkes således, at en konstateret tilsidesættelse af artikel 42, stk. 3, i direktiv 2014/24/EU og/eller af artikel 42, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU på grund af den ulovlige anvendelse af henvisninger i udbuds tekniske specifikationer (f.eks. til kloakrør af stentøj og beton svarende til det konkrete kloaksystem) samtidig indebærer en tilsidesættelse af artikel 42, stk. 2, i direktiv 2014/24/EU og den hermed sammenhængende artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU?

Anførte EU-retlige forskrifter og nationale forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF – artikel 18 og 42, 74. betragtning

Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (lov af 17.6.2016 om offentlige kontrakter, artikel 4, 5 og 53)

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Hovedsagen vedrører tildeling af offentlige kontrakter vedrørende arbejde på kloaksystemet. Sagsøgte er en ordregivende myndighed, som i udbudsmaterialet for disse kontrakter bestemmer, at de pågældende rørledninger som regel skal bestå (udelukkende) af stentøj og beton. Sagsøgeren er producent og leverandør af kloakrør af kunststof og kan derfor ikke tilbyde sine produkter i forbindelse med de nævnte kontrakter.
- 2 Sagsøgeren anser derfor sagsøgtes indkøbspolitik for ulovlig. I de forløbne år har sagsøgeren gentagne gange bedt sagsøgte om at ændre sin adfærd. Sagsøgeren har således allerede rettet henvendelse til sagsøgte og bedt denne om at forklare sin indkøbspolitik. På denne baggrund har sagsøgeren indbragt den foreliggende sag for den forelæggende ret.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 3 Sagsøgeren gør gældende, at virksomheden som udbyder af kunststofrør systematisk bliver stillet ringere og ikke får en fair chance for at deltage i sagsøgtes udbudsprocedurer. Henvisningerne i udbudsmaterialet til rørledninger af stentøj og beton, som udgør tekniske specifikationer i udbudsrettens forstand, udelukker uden nogen begrundelse kunststofrør, hvilket hindrer konkurrencen og er uforeneligt med udbudsretten.

Navnlig gør sagsøgeren gældende, at sagsøgte tilsidesætter artikel 53, stk. 3, i lov om offentlige kontrakter, da de omhandlede tekniske specifikationer ikke er affattet på en af de måder, der er anført på denne endelige liste. Sagsøgte tilsidesætter også denne lovs artikel 53, stk. 4, da de tekniske specifikationer kun fastsætter en enkelt teknisk løsning, hvorved bestemte virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres. Forbuddet i denne bestemmelse er ikke begrænset til det tilfælde, at en ordregivende myndighed forlanger et bestemt produkt, som kun kan tilbydes af en bestemt virksomhed. Desuden indebærer en tilsidesættelse af artikel 53, stk. 3 og 4, i lov om offentlige kontrakter også en tilsidesættelse af denne lovs artikel 4, artikel 5, og artikel 53, stk. 2. Artikel 53, stk. 2, i lov om offentlige kontrakter udgør nærmere bestemt en særlig udmøntning af de i artikel 4 (lighedsprincippet) og artikel 5 (konkurrenceprincippet) forankrede grundlæggende forpligtelser, som påhviler en ordregivende myndighed som sagsøgte. Disse artikler kræver, at der tillades flere forskellige løsninger; i det foreliggende tilfælde bliver virksomheder som sagsøgeren, som tilbyder alternative løsninger, i stedet udelukket. Endelig tilsidesatte sagsøgte samtidig sin pligt til at udvise omhu, proportionalitetsprincippet og retfærdighedsprincippet.

På denne baggrund er det nødvendigt, at sagsøgte i fremtiden tilpasser sin adfærd. Da sagsøgeren tidligere allerede er gået glip af forskellige chancer for at deltage i en udbudsprocedure vedrørende de pågældende kontrakter, har sagsøgeren lidt et tab, som sagsøgte bør erstatte.

- 4 Sagsøgte gør gældende, at myndigheden har en skønsbeføjelse og derfor uden yderligere begrundelse kan vælge, hvilket materiale kloakrørene som regel skal være fremstillet af, nemlig stentøj og beton.

Denne fremgangsmåde er ikke i strid med artikel 53, stk. 4, i lov om offentlige kontrakter. Denne bestemmelse finder imidlertid ikke anvendelse i det foreliggende tilfælde, da myndighedens udbudsmateriale ikke foreskriver et »bestemt produkt«. Der findes tværtimod flere producenter og leverandører af rør af stentøj og beton. Der er desuden gode grunde til at vælge rør af stentøj ved etablering af kloakledninger til tørvejsafstrømning og rør af beton ved etablering af kloakledninger til regnvandsafstrømning. Således holder stentøjsrør i mindst 100 år, mens kunststofrør kun har en levetid på 50 år. Desuden opstår der flere skader og fejl i forbindelse med kunststofrør end i forbindelse med stentøjsrør, og vedligeholdelsesudgifterne til kunststofrør er derfor højere. Det er tilstrækkeligt begrundet at vælge stentøjsrør både ud fra økonomiske aspekter og ud fra kundens synspunkt. I øvrigt er der af hensyn til miljøet gode grunde til ikke at vælge kunststofrør. Kunststofrør accepteres derfor kun i tilfælde, hvor dette kan forsvares i betragtning af omstændighederne ved det konkrete projekt.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 5 Efter den forelæggende rets opfattelse er tvivlsomt, om beskrivelsen af de pågældende rør i udbudsmaterialet opfylder betingelserne i artikel 53 i lov om offentlige kontrakter sammenholdt med artikel 42 i direktiv 2014/24.

Denne beskrivelse indeholder ingen standarder, som disse rør skal opfylde. Dette gør det umuligt for virksomhederne at tilbyde alternative tekniske muligheder, som opfylder disse standarder. Der nævnes heller ikke præstations- eller funktionskrav, som ville åbne mulighed for andre tekniske løsninger. Sagsøgtes anbringende om, at der findes flere producenter af stentøjs- og betonrør, og at sagsøgte derfor ikke foreskriver et bestemt produkt, er derfor irrelevant.

- 6 Desuden ønsker den forelæggende ret oplyst, om listen i artikel 42, stk. 3, i direktiv 2014/24 over de måder, tekniske specifikationer kan affattes på, er endelig eller kun tjener som eksempel.

Ifølge den forelæggende rets konstateringer er »varen« kloakrøret, og »kravet« består i, at det skal være af stentøj eller beton. Det skal også afklares, om den måde, sagsøgte har formuleret de pågældende tekniske specifikationer på, er forenelig med den måde, dette skal ske på i henhold til artikel 53 i lov om offentlige kontrakter sammenholdt med direktiv 2014/24.

- 7 Endelig ønsker den forelæggende ret oplyst, om sagsøgtes henvisning i de tekniske specifikationer til kloakrør af stentøj og beton kan anses for en eller flere af de i artikel 42, stk. 4, i direktiv 2014/24 nævnte henvisninger, f.eks. for henvisninger til bestemte rørtyper eller bestemte rørproduktioner.

ARBEJDSDOKUMENT