

Sygn. akt XXVI GC 277/20

Dnia 21 grudnia 2023 r.

POSTANOWIENIE

Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący – sędzia Agnieszka Owczarewicz

po rozpoznaniu 21 grudnia 2023 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy

z powództwa

- Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie

przeciwko

- Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

- Kruger A/S z siedzibą w Soborg (Dania),

- OTV France w Saint Maurice Cedex (Francja),

- Haarslev Industries GmbH w Bruchsal (Niemcy),

- Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie

o zapłatę

z powództwa

- Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

przeciwko

- Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie

o zapłatę

oraz z powództwa

- Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie

przeciwko

- Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

- Kruger A/S z siedzibą w Soborg (Dania),

Wpisano do rejestru	
Trybunału Sprawiedliwości pod numerem	2281720
Luksemburg, dnia	01.02.2024
Faks/E-mail:	
Wpłynęło dnia:	01/02/24
	Sekretarz, z upoważnienia Maria Siekierzyńska administrator

- OTV France w Saint Maurice Cedex (Francja),
- Haarslev Industries GmbH w Bruchsal (Niemcy),
- Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie

o zapłatę

postanawia

1. na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o udzielenie odpowiedzi na pytanie:

czy zasady przejrzystości, równości traktowania i uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (obecnie art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE) należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie takiej wykładni prawa krajowego, która pozwalałaby ustalać treść umowy o zamówienie publiczne zawartej z konsorcjum złożonego z podmiotów z różnych państw członkowskich UE, poprzez uwzględnienie w niej obowiązku, mogącego mieć pośrednio wpływ na ustalenie ceny zawartej w ofercie złożonej przez tego wykonawcę, nieprzewidzianego wyraźnie w treści umowy ani w dokumentacji przetargowej, a wynikającego z przepisu prawa krajowego, który nie stosuje się wprost do tej umowy, lecz podlega zastosowaniu w drodze analogii?

2. zawiesić postępowanie w sprawie.

sędzia Agnieszka Owczarewicz

Sygn. akt XXVI GC 277/20

Uzasadnienie postanowienia z 21grudnia 2023 r.

1. Sąd odsyłający

2. Sąd Okręgowy w Warszawie, XXVI Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: sędzia Agnieszka Owczarewicz, adres do korespondencji:
ul. Czerniakowska 100, 00-454 Warszawa, telefon: +48 22 440 04 76
e- mail: agnieszka.owczarewicz@warszawa.so.gov.pl

3. Strony w postępowaniu głównym i ich przedstawiciele.

4. Powód:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka
akcyjna z siedzibą w Warszawie

reprezentowana przez: adwokata Łukasza Matyjasa (l.matyjas@romanowski.eu)

adwokata Piotra Celińskiego

z kancelarii Romanowski i Wspólnicy sp.k.,

ul. F. Klimczaka 1, Royal Wilanów, recepcja F

02-797 Warszaw

(kancelaria@romanowski.eu), +48 22 853 14 40

5. Pozwani:

Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie;

Krüger A/S z siedzibą w Søborg (Królestwo Danii);

OTV z siedzibą w Saint Maurice (Republika Francuska);

Haarslev Industries GmbH z siedzibą w Bruchsal (Republika Federalna Niemiec);

WARBUD spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie;

reprezentowani przez: radcę prawnego Antoniego Boleckiego

(antoni.bolecki@wardynski.com.pl)

adwokata Jana Ciecwierza (jan.ciecwierz@wardynski.com.pl)

adwokata Stanisława Drozda (stanislaw.drozd@wardynski.com.pl)

z kancelarii Wardyński i Wspólnicy sp. k.

al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa

22 437 82 00, 22 537 82 00

6. **Przedmiot sporu w postępowaniu głównym i istotne okoliczności faktyczne** - - *zwięzłe omówienie przedmiotu sporu w postępowaniu głównym oraz istotnych okoliczności faktycznych sprawy, jakie ustalił sąd odsyłający, lub co najmniej wskazanie okoliczności faktycznych, na jakich oparte są pytania.*
7. **Przedmiot sporu.**

Niniejsze postępowanie zainicjował Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (w sprawie XXVI GC 277/20) pozwem, w którym domagał się zapłaty solidarnie od pozwanych kar umownych w wysokości 22 338 591,35 zł wraz z ustawowymi odsetkami. (W toku sprawy powód cofnął powództwo).
8. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie jest również powodem w sprawie XXVI GC 914/21. Zamawiający wszczął tę sprawę pozwem z 14 czerwca 2021 r., by dochodzić roszczenia o zapłatę:
 - a. kwoty 5.661.772,39 EUR tytułem kar umownych wraz z powództwem ewentualnym.
 - b. kwoty 11.351.601,62 zł PLN (po zmianie powództwa) tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie Kontraktu ewentualnie o zasądzenie kwoty 2.533.839,65 EUR.
9. Równocześnie lider Wykonawców, Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wszczął sprawę XXVI GC 1095/20, w której domaga się zapłaty kwoty 3.766.666,36 euro tytułem zwrotu kwot pobranych przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie z pomocą dostarczonych przez Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie gwarancji bankowych.
10. Powyższe sprawy zostały połączone do wspólnego rozpoznania i są prowadzone pod sygnaturą XXVI GC 277/20.
11. **Istotne fakty.**
12. Dnia 1 sierpnia 2008 r. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej również: Zamawiający) zawarło z konsorcjum składającym się z Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie jako lidera konsorcjum, Krüger A/S z siedzibą w Søborg (Królestwo Danii), OTV z siedzibą w Saint Maurice

(Republika Francuska), Haarslev Industries GmbH z siedzibą w Bruchsal (Republika Federalna Niemiec) i WARBUD spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej łącznie również: Konsorcjum lub Wykonawcy) umowę nr 8/JRP/R/2008 w związku z realizacją projektu „*Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków Czajka (termiczna utylizacja osadów ściekowych)*” (dalej również: Umowa). Umowa obejmowała w szczególności wybudowanie Stacji Termicznej Utylizacji Osadów Ściekowych, zawierającej m.in. dwa rekuperatory na dwóch niezależnych od siebie liniach spalania odpadów. Zawarcie umowy nastąpiło na skutek udzielonego zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Początkowo roboty objęte Umową miały zostać wykonane do dnia 30 października 2010 r., natomiast później ustalono termin ich realizacji ostatecznie na dzień 30 listopada 2012 r.

13. Jako integralną część Umowy strony uznały m.in. dokument Gwarancji Jakości (Kartę Gwarancyjną), zgodnie z którą okres gwarancji rozpoczynać się miał od daty wydania Świadectwa Wykonania Robót i trwać 36 miesięcy, natomiast termin gwarancji upłynąć miał nie później niż 30 kwietnia 2015 r., chyba że rozpoczęcie prób końcowych oraz testów odbiorowych gwarancyjnych nie było możliwe z uwagi na okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca.
14. W subklauzuli 6.1 Gwarancji Jakości (Karty Gwarancyjnej) strony zawarły postanowienie zgodnie z którym: „*W sprawach nieuregulowanych niniejszą Kartą Gwarancyjną zastosowanie mają odpowiednie przepisy prawa polskiego, w szczególności kodeksu cywilnego [...]*”. W Umowie strony nie uszczegółowiły, czy odesłanie to dotyczy przepisów regulujących umowę o roboty budowlane, czy również przepisy o gwarancji przy sprzedaży.
15. Dnia 21 marca 2013 r. zostało wystawione Świadectwo Wykonania Robót.
16. Dnia 26 września 2014 r. Zamawiający zgłosił Wykonawcom awarię w postaci uszkodzenia rekuperatora linii 2. Rekuperator został wymieniony przez Wykonawców na nowy i zgłoszony do rozruchu dnia 22 lutego 2016 r. Wykonawcy dokonali wymiany rekuperatora w ramach gwarancji.
17. Dnia 3 marca 2015 r. Zamawiający zgłosił Wykonawcom awarię w postaci uszkodzenia rekuperatora linii 1. Rekuperator został wymieniony przez Wykonawców na nowy i zgłoszony do rozruchu dnia 28 kwietnia 2016 r. Wykonawcy dokonali wymiany rekuperatora w ramach gwarancji.

18. Dnia 27 listopada 2018 r. Zamawiający zgłosił Wykonawcom awarię w postaci uszkodzenia obu rekuperatorów – linii 1 i linii 2, żądając dokonania ich naprawy lub wymiany na podstawie gwarancji. Wykonawcy w odpowiedzi wskazali, że okres gwarancji upłynął, wobec czego nie ponoszą odpowiedzialności gwarancyjnej i odmówili naprawy lub wymiany rekuperatorów w ramach gwarancji.
19. Powód stoi na stanowisku, że do stosunku łączącego strony zastosowanie ma stosowany odpowiednio art. 581 § 1 kodeksu cywilnego dotyczący umowy sprzedaży, zgodnie z którym termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej, wobec czego w chwili zgłoszenia Wykonawcom awarii dnia 27 listopada 2018 r. przedmiot Umowy objęty był gwarancją, bowiem jej 36-miesięczny termin biegł na nowo odpowiednio od dnia 22 lutego 2016 r. (dla rekuperatora linii 2) i od dnia 28 kwietnia 2016 r. (dla rekuperatora linii 1). Z tytułu zaś braku dokonania naprawy lub wymiany przedmiotu Umowy na podstawie gwarancji, uprawniony on jest do dochodzenia kary umownej w związku z niewywiązaniem się przez Wykonawców z obowiązku usunięcia awarii rekuperatorów w ramach gwarancji.
20. Pozwani stoją na stanowisku, że w chwili zgłoszenia awarii dnia 27 listopada 2018 r. przedmiot Umowy nie był już objęty gwarancją, ze względu na upływ jej terminu, natomiast art. 581 § 1 kodeksu cywilnego nie może mieć zastosowania, albowiem dotyczy umowy sprzedaży, natomiast ani strony w Umowie, ani Zamawiający w ogłoszeniu o przetargu nie zawarli informacji, że przepis ten będzie miał zastosowanie do gwarancji udzielonej przez Wykonawców. Wobec powyższego zdaniem pozwanych zastosowanie tego przepisu w drodze analogii byłoby sprzeczne z zasadami przejrzystości, równości traktowania i uczciwej konkurencji zawartymi w Dyrektywie 2004/18/WE (obecnie: Dyrektywa 2014/24/UE), bowiem oznacza odesłanie do wymogów niewynikających jasno z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów. Ponadto w opinii pozwanych Umowa, wraz z Kartą Gwarancyjną, w sposób kompletny i dokładny regulują postanowienia dotyczące gwarancji, wobec czego wolą stron zawierających Umowę nie było stosowanie odnowienie gwarancji.

21. Właściwe przepisy prawne.

22. Przepisy krajowe.

23. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r., Nr 16 poz. 93 ze zmianami), dalej: k.c.

24. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. (art. 353¹ k.c.).
25. Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej. (art. 581 § 1 k.c. – znajdujący się w tytule dot. umowy sprzedaży).
26. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.), dalej: dawne p.z.p., obecnie Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605), dalej: p.z.p.
27. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 dawne p.z.p.; art. 99 ust. 1 p.z.p.).
28. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: 16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (art. 36 ust 1 pkt 16 dawne p.z.p.), obecnie: Specyfikacja warunków zamówienia zawiera co najmniej: 20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p.).
29. **Przepisy UE.**
30. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE r. 2004 Nr 134 poz. 114 z dnia 30 kwietnia 2004 r.), dalej: Dyrektywa 2004/18/WE, obecnie Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE r. 2014 Nr 94 poz. 65 z dnia 28 marca 2014 r.), dalej: Dyrektywa 2014/24/UE.

31. Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty (art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE; obecnie art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE).
32. **Uzasadnienie odesłania.**
33. **Perspektywa prawa krajowego.**
34. Polski kodeks cywilny w art. 647-658 reguluje umowy o roboty budowlane. Przepisy te nie przewidują odrębnych uregulowań dot. gwarancji. Jedyne odniesienia do innych rodzajów umów znajdują się w art. 656 k.c., zgodnie z którym do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.
35. Instytucja gwarancji została w polskim porządku prawnym uregulowana wprost jedynie w odniesieniu do umowy sprzedaży. Zgodnie z art. 581 k.c. jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej, natomiast jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej.
36. Przepisy k.c. odnoszące się do umowy o dzieło (do których w części odwołanie znajduje się w tytule k.c. dot. umowy o roboty budowlane) również nie regulują instytucji gwarancji. Natomiast 25 grudnia 2014 r. w życie weszła nowelizacja art. 638 k.c., regulującego umowę o dzieło, wprowadzająca §2, zgodnie z którym jeżeli kupującemu udzielono gwarancji na wykonane dzieło, przepisy o gwarancji przy sprzedaży stosuje się odpowiednio, jednakże regulacja ta nie ma zastosowania do spornej sprawy.
37. Powszechnie przyjętym w Polsce przez praktykę tak obrotu gospodarczego, jak i orzecznictwa jest, że brak regulacji ustawowej wprost odnoszącej się do gwarancji przy umowie o roboty budowlane nie wyklucza ustalenia przez strony danego stosunku prawnego zastosowania gwarancji również przy takim rodzaju umów zgodnie z zasadą swobody umów zakładającej, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.).

38. W powyżej zakreślonych granicach strony mogą ukształtować instytucję gwarancji w sposób dowolny – korzystając z przepisów k.c. dot. gwarancji przy umowie sprzedaży, wyłączając ich stosowanie wprost i konstruując własne postanowienia, jak również dokonując modyfikacji tych przepisów np. poprzez skorzystanie z nich w części poprzez odwołanie się do nich, w pozostałej zaś części tworząc własne normy umowne.
39. Kwestia stosowania przepisów o gwarancji przy umowie sprzedaży przez analogię do umowy o roboty budowlane budzi spory zarówno w orzecznictwie sądów krajowych jak i doktrynie. Sąd odsyłający podziela pogląd, że wobec wprowadzenia do umowy odesłania do odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego to w drodze analogii, w zakresie nieuregulowanym postanowieniami umownymi, do udzielonej na przedmiot umowy o roboty budowlane gwarancji stosować należy przepisy k.c. o gwarancji przy sprzedaży.
40. Równocześnie krajowe przepisy dot. zamówień publicznych również nie regulują powyższej kwestii, odnosząc się jedynie do przedmiotu zamówienia w ogólności, wymagając dokładnego określenia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Określając jednak informacje, których zawarcie w ogłoszeniu o przetargu jest wymagane, nie wymieniają np. okoliczności związanych z obowiązującymi przepisami prawa – wobec domniemania znajomości prawa powszechnie obowiązującego przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, nawet w sytuacji gdy zastosowanie określonych norm prawnych budzi kontrowersje.
41. Mając na uwadze powyższe, w opinii Sądu odsyłającego, polskie prawo zamówień publicznych (bez względu na to, która z ustaw regulujących tę kwestię by obowiązywała), nie wyklucza zastosowania w drodze analogii przepisów prawa krajowego, do których brak jest wprost odwołania w postanowieniach umownych, w dokumentacji przetargowej oraz w przepisach prawa regulujących rodzaj umowy, której dotyczy przetarg.
42. Przeprowadzone postępowanie dowodowe nie dało Sądowi odsyłającemu podstaw do ustalenia, że strony skutecznie wyłączyły zastosowanie art. 581 k.c., w konsekwencji na skutek wymiany rekuperatorów na wolne od wad termin gwarancji rozpocząłby swój bieg na nowo.
43. **Perspektywa prawa Unii Europejskiej.**
44. Stanowisko powoda co do zastosowania do postanowień Umowy pomiędzy stronami przez analogię przepisów dot. gwarancji przy sprzedaży znajduje uzasadnienie na tle

przepisów prawa krajowego, co skutkować powinno ustaleniem, że gwarancja uległa odnowieniu. Konieczne jest zatem dokonanie oceny, czy wobec transgranicznego charakteru Umowy, zaangażowania po stronie pozwanej konsorcjum złożonego z podmiotów z różnych państw członkowskich, przepisy prawa unijnego nie stoją na przeszkodzie takiej wykładni prawa krajowego.

45. Zgodnie z art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE (obecnie art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE) instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty.
46. Zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, a także by wszystkie oferty były poddane tym samym warunkom. Zasada ta nie stoi w sprzeczności z wymaganiami nakładanymi na wykonawców z tym zastrzeżeniem, że wymagania te muszą być nakładane na wykonawców w takim samym zakresie (C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser v. Manova A/S, Legalis).
47. W odniesieniu do wynikającej z nich zasady przejrzystości TSUE np. w wyroku C-35/17 stwierdził, że obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36).
48. W świetle powyższych zasad wątpliwość budzi to, czy i w jakim zakresie można na podstawie przepisów prawa krajowego stosowanych w drodze analogi na etapie wykonywania zamówienia publicznego ustalać treść obowiązków stron, które nie zostały jednoznacznie wskazane w treści umowy o zamówienie publiczne ani w dokumentacji przetargowej.
49. Czy zgodne z zasadą przejrzystości jest wywodzenie obowiązków Wykonawcy z wykładni prawa zawartej w orzecznictwie krajowym, jako szczególnie niekorzystne dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom

znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem oferentów krajowych.

50. Powyższe odnosi się szczególnie do takiej wykładni prawa krajowego, która jako podstawę rozstrzygnięcia przyjmuje nie tylko przepisy prawa krajowego wprost odnoszące się do danego rodzaju umowy, ale również przepisy stosowane poprzez uzupełnienie przepisów krajowych w drodze analogii przepisami dotyczącymi innego rodzaju umów.
51. Co istotne, zastosowanie takich przepisów w drodze analogii może mieć pośredni wpływ na zakres obowiązków Wykonawców, wynikający z postanowień Umowy, ale niezawarty wprost w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia. Zakres obowiązków wprost zaś ma przełożenie na wysokość ceny zawartej w ofercie przez wykonawców, bowiem z oczywistych względów podmioty biorące udział w przetargach, jako przedsiębiorcy, działają w celu osiągnięcia zysku, więc oferty przez nich składane zawierać muszą wynagrodzenie przewyższające wartość świadczeń, do jakich będą w wyniku Umowy zobowiązani. Wobec powyższego niedookreślenie zakresu tych obowiązków, np. poprzez niewskazanie wprost, że wymiana części przedmiotu Umowy na nowe powoduje ponowne rozpoczęcie biegu okresu gwarancji, może mieć wpływ na wysokość ofert uczestników przetargu, a ostatecznie, w odniesieniu do podmiotów nie posiadających pełnej znajomości specyfiki krajowego porządku prawnego, może doprowadzić do sytuacji, w której podmiot taki złoży w przetargu ofertę o treści, której by nie złożył mając pełną wiedzę o przepisach mających do niej zastosowanie.
52. Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 51).
53. Choć powyższe orzeczenie Trybunału odnosiło się do innego zagadnienia związanego z przetargiem w ramach zamówień publicznych (tzn. do wykluczenia wykonawcy z przetargu), to sama konkluzja, stwierdzająca, że niedopuszczalne jest w stosunku do uczestnika zamówienia publicznego wywodzenie jedynie z wykładni ustawy krajowej

jego obowiązków, które nie wynikają wprost z obowiązującej krajowej ustawy i dokumentacji przetargowej, powinna mieć szersze zastosowanie. Mając na uwadze jednak różnicę w materii powyższego orzeczenia (dot. etapu przeprowadzania przetargu) i niniejszej sprawy (etap wykonywania zamówienia publicznego), zwrócenie się do Trybunału Sprawiedliwości o wyjaśnienie tej kwestii jest uzasadnione. Co więcej, z perspektywy postawionego problemu, znajomość praktyki stosowania prawa w danym państwie członkowskim spowoduje, że taki podmiot wkalkuluje w cenę potencjalne ryzyko odnowienia gwarancji i złoży ofertę mniej korzystną. Taka sytuacja również może doprowadzić do zaburzenia konkurencji na wspólnym rynku i nie jest pożądana. Zasady niedyskryminacji i równego traktowania podmiotów z różnych państw członkowskich powinny prowadzić do sytuacji, w której umowa i dokumentacja przetargowa przygotowana jest w sposób umożliwiający wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom skalkulowanie ceny na podstawie zakresu jasno opisanych obowiązków. Tym samym wątpliwe wydaje się dopuszczenie możliwości ustalania zakresu tych obowiązków na podstawie stosowanego przez analogię prawa krajowego, jedynie na podstawie ogólnego odesłania zawartego w umowie. Ustalenie w czasie określonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że do oznaczonej w zamówieniu umowy stosuje się w drodze analogii przepisy innej umowy, przekracza zwykłą staranność oferentów, zwłaszcza jak wykładnia ta wynika z praktyki organów krajowych, która nie jest jednolita.

54. Pytanie prejudycjalne i propozycja odpowiedzi.

55. Mając powyższe na uwadze, sąd odsyłający uznał za zasadne, na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o udzielenie odpowiedzi na pytanie:

czy zasady przejrzystości, równości traktowania i uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (obecnie art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE) należy interpretować w ten sposób,

że stoją one na przeszkodzie takiej wykładni prawa krajowego, która pozwalałaby ustalać treść umowy o zamówienie publiczne zawartej z konsorcjum złożonego z podmiotów z różnych państw członkowskich UE, poprzez uwzględnienie w niej obowiązku, mogącego mieć pośrednio wpływ na ustalenie ceny zawartej w ofercie złożonej przez tego wykonawcę, nieprzewidzianego wyraźnie w treści umowy ani w dokumentacji przetargowej, a wynikającego z przepisu prawa krajowego, który nie stosuje się wprost do tej umowy, lecz podlega zastosowaniu w drodze analogii?

56. Sąd odsyłający proponuje udzielenie na pytanie odpowiedzi pozytywnej.