

Mål C-82/24

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

1 februari 2024

Domstol som begär förhandsavgörande:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Polen)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

21 december 2023

Klagande:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.

Motpart:

Veolia Water Technologies sp. z o.o.

Krüger A/S

OTV France

Haarslev Industries GmbH

Warbud S.A.

[utelämnas]

BESLUT

Den 21 december 2023 har

Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy [utelämnas]

vid den muntliga förhandlingen den 21 december 2023 i Warszawa

[utelämnas]

angående

den talan som väckts av

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Warszawa

mot

- Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa,
- Kruger A/S, Soborg (Danmark),
- OTV France, Maurice Cedex (Frankrike),
- Haarslev Industries GmbH, Bruchsal (Tyskland),
- Warbud S.A., Warszawa

angående fordran

den talan som väckts av

- Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa

mot

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Warszawa

angående fordran

och den talan som väckts

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Warszawa

mot

- Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa,
- Kruger A/S, Soborg (Danmark),
- OTV France, Saint Maurice Cedex (Frankrike),
- Haarslev Industries GmbH, Bruchsal (Tyskland),
- Warbud S.A., Warszawa

angående fordran

fattat följande beslut:

1. Med stöd av artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, ska följande fråga ställas till Europeiska unionens domstol:

Ska principerna om öppenhet, likabehandling och sund konkurrens, vilka avses i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (nu artikel 18.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG), tolkas så, att de utgör hinder för att den nationella lagstiftningen tolkas på ett sådant sätt att innehållet i ett offentligt kontrakt som ingåtts med ett konsortium bestående av enheter från olika EU-medlemsstater, kan fastställas utan att i detta kontrakt beakta en skyldighet som indirekt kan påverka priset i det anbud som anbudsgivaren lämnat, vilken inte uttryckligen anges i kontraktet eller upphandlingsdokumenten, utan följer av en bestämmelse i den nationella lagstiftningen som inte uttryckligen är tillämplig på detta kontrakt men som är analogt tillämplig?

2. vilandeförklara målet.

[utelämnas]

Motivering till beslutet av den 21 december 2023

1 Domstol som begär förhandsavgörande

2 Sąd Okręgowy w Warszawie, XXVI Wydział Gospodarczy sammansatt av:

[utelämnas]

3 Parterna i målet vid den nationella domstolen och deras ombud

4 Klagande

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna, Warszawa

[utelämnas]

5 Motparter

Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa,

Krüger A/S, med säte i Soborg (Konungariket Danmark),

OTV, Saint Maurice (Republiken Frankrike),

Haarslev Industries GmbH, Bruchsal (Förbundsrepubliken Tyskland),

WARBUD spółka akcyjna, Warszawa,

[utelämnas]

6 Saken i målet vid den nationella domstolen och relevanta faktiska omständigheter [utelämnas]

7 Saken i målet

Förevarande förfarande inleddes av den upphandlande myndigheten Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna (kommunalt vatten- och avloppsföretag i Warszawa, aktiebolag), med säte i Warszawa (i mål XXVI GC 277/20) som inom ramen för sin talan yrkade att motparterna skulle förpliktas att solidariskt betala avtalsviten på 22 338 591,35 PLN jämte lagstadgad ränta. (Under förfarandets gång återkallade klaganden sin talan).

8 Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna, med säte i Warszawa, är även klagande i mål XXVI GC 914/21. Den upphandlande myndigheten inledde detta mål genom sin talan av den 14 juni 2021 inom ramen för vilken den yrkade om betalning av

a. ett belopp på 5 661 772,39 euro i avtalsvite tillsammans med ett andrahandsyrkande.

b. ett belopp på 11 351 601,62 PLN (efter ändring av yrkandet) i skadestånd på grund av bristfälligt fullgörande av kontraktet, och i andra hand ett belopp på 2 533 839,65 euro.

9 Samtidigt väckte det ledande företaget bland de ekonomiska aktörerna, Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, med säte i Warszawa, talan i mål XXVI GC 1095/20, och yrkade inom ramen för sin talan betalning av ett belopp på 3 766 666,36 euro som återbetalning av de belopp som uppburits av Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna, med säte i Warszawa, med hjälp av bankgarantier som ställts av Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, med säte i Warszawa.

10 De ovan nämnda målen har förenats vad gäller den slutliga domen och handläggs under målnummer XXVI GC 277/20.

11 Relevanta omständigheter

12 Den 1 augusti 2008 ingick Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna, med säte i Warszawa (nedan även kallat den upphandlande myndigheten) kontrakt nr 8/JRP/R/2008 med ett konsortium

bestående av Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, med säte i Warszawa, som det ledande företaget i konsortiet, Krüger A/S, med säte i Soborg (Danmark), OTV, med säte i Saint Maurice (Frankrike), Haarslev Industries GmbH, med säte i Bruchsal (Tyskland) och WARBUD spółka akcyjna, med säte i Warszawa (nedan tillsammans även kallade: konsortiet eller de ekonomiska aktörerna) i samband med genomförandet av projektet "Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków Czajka (termiczna utylizacja osadów ściekowych)" (Modernisering och utbyggnad av ett avloppsreningsverk i Czajka (termisk behandling av avloppsslam) (nedan även kallat kontraktet). Kontraktet omfattade bland annat utbyggnad av en anläggning för termisk behandling av avloppsslam som bland annat inbegrep två återvinningsenheter på två separata avfallsförbränningslinjer. Kontraktet ingicks efter det att ett offentligt kontrakt hade tilldelats inom ramen för ett öppet upphandlingsförfarande enligt Ustawa - Prawo zamówień publicznych (lagen om offentlig upphandling) av den 29 januari 2004. Till att börja med skulle de arbeten som omfattades av kontraktet ha utförts senast den 30 oktober 2010, men datumet för utförandet av dessa arbeten fastställdes senare slutligen till den 30 november 2012.

- 13 Parterna betraktade bland annat handlingen om kvalitetsgaranti (garantisedeln) som en integrerad del av kontraktet. Enligt garantisedeln skulle garantiperioden börja löpa från dagen för utfärdandet av intyget om utförande av arbetet och vara 36 månader, medan garantin skulle löpa ut senast den 30 april 2015, såvida inte påbörjandet av slutprov och garantiacceptanstester inte var möjligt på grund av omständigheter som den ekonomiska aktören var ansvarig för.
- 14 I punkt 6.1 i kvalitetsgarantin (garantisedeln) införde parterna en bestämmelse i vilken följande anges: "Beträffande frågor som inte omfattas av denna garantisedel ska relevanta bestämmelser i polsk rätt, särskilt civillagen, tillämpas". Parterna har i kontraktet inte preciserat om denna hänvisning avser bestämmelser som rör byggtreprenadkontrakt eller även bestämmelser om garantier vid köp.
- 15 Den 21 mars 2013 utfärdades ett intyg om utförande av arbetet.
- 16 Den 26 september 2014 rapporterade den upphandlande myndigheten ett fel till de ekonomiska aktörerna bestående i en skada på återvinningsenheten i linje 2. Återvinningsenheten byttes ut av de ekonomiska aktörerna mot en ny sådan och anmäldes som klar för idriftsättning den 22 februari 2016. De ekonomiska aktörerna bytte ut återvinningsenheten inom ramen för garantin.
- 17 Den 3 mars 2015 rapporterade den upphandlande myndigheten ett fel till de ekonomiska aktörerna bestående i en skada på återvinningsenheten i linje 1. Återvinningsenheten byttes ut av de ekonomiska aktörerna mot en ny sådan och anmäldes som klar för idriftsättning den 28 april 2016. De ekonomiska aktörerna bytte ut återvinningsenheten inom ramen för garantin.

- 18 Den 27 november 2018 rapporterade den upphandlande myndigheten ett fel till de ekonomiska aktörerna bestående i en skada på båda återvinnsenheterna i linje 1 och linje 2 och begärde att de skulle repareras eller bytas ut inom ramen för garantin. De ekonomiska aktörerna svarade att garantiperioden hade löpt ut, och att de således inte hade något garantiansvar och att de inte skulle reparera eller byta ut återvinningsenheterna inom ramen för garantin.
- 19 Klaganden anser att artikel 581 § 1 i kodeks cywilny (civillagen), som rör köpeavtal, i tillämpliga delar är tillämplig på förhållandet mellan parterna. Enligt denna bestämmelse börjar garantin löpa på nytt vid den tidpunkt då en felfri vara levereras eller vid den tidpunkt då den reparerade varan återlämnas, vilket innebär att föremålet för kontraktet omfattades av garantin vid den tidpunkten då felet rapporterades till de ekonomiska aktörerna den 27 november 2018, eftersom dess garanti på 36 månader började löpa på nytt den 22 februari 2016 (för återvinningeenheten i linje 2) respektive den 28 april 2016 (för återvinningeenheten i linje 1). Eftersom föremålet för kontraktet inte har reparerats eller bytts ut inom ramen för garantin, har den upphandlande myndigheten rätt att kräva avtalsvite på grund av de ekonomiska aktörernas underlåtenhet att fullgöra deras skyldighet att reparera felen i återvinningsenheterna inom ramen för garantin.
- 20 Motparterna anser att vid den tidpunkt då felet rapporterades den 27 november 2018 omfattades kontraktetsföremålet inte längre av garantin, eftersom denna hade löpt ut, medan artikel 581 § 1 i civillagen inte kan tillämpas, eftersom den avser köpeavtal. Varken parterna i kontraktet eller den upphandlande myndigheten har emellertid i anbudsinfordran angett att denna bestämmelse skulle tillämpas på den garanti som de ekonomiska aktörerna lämnade. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser motparterna att en analog tillämpning av denna bestämmelse skulle strida mot principerna om öppenhet, likabehandling och sund konkurrens i direktiv 2004/18/EG (nu direktiv 2014/24/EU), eftersom detta innebär en hänvisning till krav som inte klart följer av upphandlingsdokumenten eller av tillämplig nationell lagstiftning, utan endast av en tolkning av dessa bestämmelser. Vidare anser motparterna att kontraktet, tillsammans med garantisedeln, fullständigt och ingående reglerar garantibestämmelserna, och att det därför inte var de kontraktsslutande parternas önskan att tillämpa garantiförlängningar.
- 21 Tillämpliga bestämmelser**
- 22 Nationell rätt**
- 23 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (civillagen av den 23 april 1964) (Dz.U. 1964, nr 16, pos. 93, i dess ändrade lydelse) (nedan kallad civillagen).
- 24 Avtalsparterna bestämmer fritt avtalets innehåll, så länge dess innehåll och syfte inte är oförenligt med rättsförhållandets egenskaper (art), lag eller grundläggande samhällsnormer (artikel 353¹ i civillagen).

- 25 Om garantigivaren vid fullgörandet av sina skyldigheter i stället för den felaktiga varan har levererat en felfri vara till garantitagaren eller har utfört väsentliga reparationer på den vara som omfattas av garantin, börjar garantin löpa på nytt vid den tidpunkt då den felfria varan har levererats eller den reparerade varan har återlämnats. Om garantigivaren har bytt ut en del av varan ska ovannämnda bestämmelse i tillämpliga delar tillämpas på den del som bytts ut (artikel 581 § 1 i civillagen som finns under avdelningen avseende köpeavtal).
- 26 Ustawa - Prawo zamówień publicznych (lagen om offentlig upphandling) av den 29 januari 2004 (Dz.U. 2007, nr 223, pos. 1655, i dess ändrade lydelse), nedan kallad den tidigare lagen om offentlig upphandling, nu Ustawa - Prawo zamówień publicznych (lagen om offentlig upphandling) av den 11 september 2019 (Dz.U. 2023, pos. 1605), (nedan kallad lagen om offentlig upphandling).
- 27 Föremålet för upphandlingen ska formuleras entydigt och uttömmande i tillräckligt exakta och begripliga termer, med beaktande av alla krav och omständigheter som kan påverka utformningen av anbudet (artikel 29.1 i den tidigare lagen om offentlig upphandling, artikel 99.1 i lagen om offentlig upphandling).
- 28 Förfrågningsunderlaget ska i vart fall innehålla: 16) villkor som är relevanta för parterna och som kommer att införas i det offentliga kontrakt som ingås, allmänna kontraktsvillkor eller standardkontrakt, om den upphandlande myndigheten kräver att den ekonomiska aktören ingår ett offentligt kontrakt på sådana villkor (artikel 36.1 punkt 16 i den tidigare lagen om upphandling), nu: Förfrågningsunderlaget ska i vart fall innehålla: 20) utkast till villkor i det offentliga kontraktet som kommer att införas i det offentliga kontraktet (artikel 134.1 punkt 20 i lagen om offentlig upphandling).
- 29 Unionsrätt**
- 30 Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114), nedan kallat direktiv 2004/18/EG, nu Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65), nedan kallat direktiv 2014/24/EU.
- 31 De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet sätt (artikel 2 i direktiv 2004/18/EG, nu artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU).
- 32 Skälen till begäran om förhandsavgörande**
- 33 Den nationella rättens perspektiv**
- 34 Artiklarna 647–658 i den polska civillagen avser byggentreprenadkontrakt. Dessa bestämmelser innehåller inte några separata regler för garantier. De enda

hänvisningarna till andra typer av kontrakt återfinns i artikel 656 i civillagen, enligt vilken bestämmelserna om entreprenadkontrakt i tillämpliga delar är tillämpliga på följderna av att den ekonomiska aktören försenar påbörjandet av arbetet eller färdigställandet av föremålet, eller utför arbetet på ett felaktigt sätt eller i strid med kontraktet, på garantier för fel i det färdigställda föremålet samt på investerarens rätt att frånträda kontraktet innan föremålet har färdigställts.

- 35 I den polska rättsordningen regleras garantier uttryckligen endast med avseende på köpeavtal. I artikel 581 i civillagen föreskrivs att om garantigivaren vid fullgörandet av sina skyldigheter i stället för den felaktiga varan har levererat en felfri vara till garantitagaren eller har utfört väsentliga reparationer på den vara som omfattas av garantin, börjar garantin löpa på nytt vid den tidpunkt då den felfria varan har levererats eller den reparerade varan har återlämnats. Om garantigivaren har bytt ut delar av varan ska ovannämnda bestämmelse i tillämpliga delar tillämpas på den del som bytts ut.
- 36 Bestämmelserna i civillagen om entreprenadkontrakt (till vilka det delvis hänvisas i avdelningen i civillagen om byggentreprenadkontrakt) innehåller inte heller regler om garantier. Den 25 december 2014 trädde emellertid en ändring i kraft av artikel 638 i civillagen, som avser entreprenadkontrakt, genom vilken 2 § infördes, enligt vilken bestämmelserna om garantier vid köp ska tillämpas i tillämpliga delar, om köparen har beviljats garanti för utförda entreprenadarbeten, men denna bestämmelse är inte tillämplig i förevarande mål.
- 37 Det är allmänt vedertaget i Polen, genom såväl praxis avseende ekonomisk omsättning som rättspraxis, att avsaknaden av en lagstadgad bestämmelse som uttryckligen hänvisar till garantier vid byggentreprenadkontrakt inte innebär att parterna i ett visst rättsligt förhållande inte kan fastställa att garantier även ska tillämpas i denna typ av kontrakt i enlighet med principen om avtalsfrihet, vilket innebär att avtalsparterna fritt bestämmer avtalets innehåll, så länge dess innehåll och syfte inte är oförenligt med rättsförhållandets egenskaper (art), lag eller grundläggande samhällsnormer.” (artikel 3531 i civillagen).
- 38 Parterna kan inom ovannämnda gränser utforma garantin på ett godtyckligt sätt – genom att tillämpa bestämmelserna i civillagen om garantier vid ett köpeavtal, uttryckligen utesluta deras tillämpning och utforma egna villkor, samt ändra dessa bestämmelser, till exempel genom att delvis tillämpa dem genom en hänvisning till dem, och skapa egna kontraktsvillkor i övriga delar.
- 39 Frågan om analog tillämpning av garantibestämmelser vid ett köpeavtal på ett entreprenadkontrakt ger upphov till meningsskiljaktigheter såväl i de nationella domstolarnas praxis som i doktrinen. Den hänskjutande domstolen delar uppfattningen att det förhållandet att det i kontraktet hänvisas till relevanta bestämmelser i civillagen får till följd att bestämmelserna i civillagen om garantier vid köp ska tillämpas analogt på den garanti som lämnats för byggentreprenadskontraktets föremål, i den utsträckning som denna inte regleras genom kontraktsvillkor.

- 40 Samtidigt reglerar inte heller den nationella lagstiftningen om offentlig upphandling den ovannämnda frågan, utan hänvisar endast till kontraktsföremålet i allmänhet, vilket innebär att de krav och omständigheter som kan påverka utformningen av anbudet måste formuleras exakt. Vid angivelsen av de uppgifter som anbudsinfordran ska innehålla nämns emellertid inte exempelvis överväganden som rör gällande lagstiftning – det förutsätts att enheter som bedriver ekonomisk verksamhet har kunskap om allmänt tillämplig rätt, även i de fall där tillämpningen av vissa rättsliga normer är kontroversiell.
- 41 Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser den hänskjutande domstolen att den polska lagstiftningen om offentlig upphandling (oavsett vilken lagstiftning där denna fråga regleras som ska tillämpas) inte utgör hinder för en analog tillämpning av bestämmelser i nationell rätt som det inte uttryckligen hänvisas till i kontraktsvillkoren, i upphandlingsdokumenten och i den lagstiftning som är tillämplig på den typ av kontrakt som upphandlingen avser.
- 42 Bevisupptagning gav inte den hänskjutande domstolen grund för att fastställa att parterna hade avtalat bort tillämpningen av artikel 581 i civillagen, och garantitiden skulle således börja löpa på nytt till följd av att återvinningsenheterna byttes ut mot felfria sådana.
- 43 Unionsrättens perspektiv**
- 44 Klagandens uppfattning att bestämmelserna om garantier vid köp ska tillämpas analogt på villkoren i det kontrakt som parterna ingått motiveras av nationell rätt, vilket borde leda till slutsatsen att garantin har förlängts. Det är således nödvändigt att bedöma huruvida unionslagstiftningen, med hänsyn till kontraktets gränsöverskridande karaktär och den omständigheten att motparten som är ett konsortium bestående av aktörer från olika medlemsstater är involverad, inte utgör hinder för en sådan tolkning av den nationella rätten.
- 45 Enligt artikel 2 i direktiv 2004/18/EG (nu artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU) ska de upphandlande myndigheterna behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet sätt.
- 46 Enligt principerna om likabehandling och icke-diskriminering krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och att anbuden ska omfattas av samma villkor. Denna princip strider inte mot de krav som ställs på ekonomiska aktörer, med det förbehållet att sådana krav måste ställas på ekonomiska aktörer i samma utsträckning (C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser/Manova A/S[, Legalis]).
- 47 Med avseende på principen om öppenhet som följer av därav har EU-domstolen i till exempel domen i mål C-35/17 slagit fast att kravet på öppenhet innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och

tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten på ett effektivt sätt ska kunna kontrollera om anbuderna från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44 och där angiven rättspraxis, och dom av den 2 juni 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 36).

- 48 Mot bakgrund av ovanstående principer vill den hänskjutande domstolen få klarhet i om och i vilken utsträckning innehållet i parternas skyldigheter, som inte har angetts entydigt i det offentliga kontraktet eller i upphandlingsdokumenten, kan fastställas på grundval av de bestämmelser i nationell rätt som ska tillämpas analogt vid fullgörandet av det offentliga kontraktet.
- 49 Är det förenligt med principen om öppenhet att härleda de ekonomiska aktörernas skyldigheter ur den tolkning som gjorts av lagstiftningen i nationell rättspraxis, vilken är särskilt ofördelaktig för anbudsgivare som är etablerade i andra medlemsstater, eftersom deras kunskaper om nationell rätt och dess tolkning, liksom de nationella myndigheternas praxis, inte kan jämföras med inhemska anbudsgivares kunskaper?
- 50 Detta gäller särskilt tolkningen av nationell rätt som inte enbart grundar sig på bestämmelser i nationell rätt som uttryckligen avser den aktuella kontraktstypen utan även på bestämmelser som tillämpas genom komplettering av nationella bestämmelser per analogi med bestämmelser om andra typer av kontrakt.
- 51 Det är viktigt att påpeka att en analog tillämpning av sådana bestämmelser kan ha en indirekt inverkan på omfattningen av de ekonomiska aktörernas skyldigheter vilken följer av kontraktsvillkoren, men inte uttryckligen anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Omfattningen av skyldigheterna påverkar emellertid direkt priset i de ekonomiska aktörernas anbud, eftersom de enheter som deltar i anbudsförfarandet, i egenskap av företag, av uppenbara skäl, bedriver verksamhet i vinstsyfte, vilket innebär att de anbud som de lämnar måste innebära ett vederlag som överstiger värdet av de tjänster som de är skyldiga att tillhandahålla till följd av kontraktet. Mot bakgrund av det ovan anförda kan underlåtenheten att precisera omfattningen av dessa skyldigheter, till exempel genom att inte uttryckligen ange att utbytet av delar av föremålet för kontraktet mot nya sådana medför att garantitiden börjar löpa på nytt, påverka värdet på anbudsgivarnas anbud och i slutändan, i förhållande till en enhet som inte har full kännedom om förhållandena i den nationella rättsordningen, leda till en situation där en sådan enhet lämnar ett anbud i anbudsförfarandet med ett innehåll som den inte skulle ha lämnat om den haft full kännedom om de bestämmelser som är tillämpliga på det.
- 52 EU-domstolen har redan slagit fast att likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten

eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och av dessa dokument samt av en mekanism som består i att nationella myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 51).

- 53 Även om EU-domstolens ovannämnda dom avsåg en annan fråga som rörde förfarande för offentlig upphandling (det vill säga uteslutning av en ekonomisk aktör från upphandlingsförfarandet), bör själva slutsatsen, enligt vilken det inte är tillåtet att för en deltagare i ett förfarande för offentlig upphandling enbart utifrån en tolkning av en nationell lagstiftning härleda skyldigheter som inte följer uttryckligen av gällande nationell lagstiftning och upphandlingsdokumenten, vara mer allmänt tillämplig. Med hänsyn till skillnaden i sak mellan det ovannämnda avgörandet (avseende genomförandet av upphandlingsförfarandet) och det förevarande målet (fullgörandet av ett offentligt kontrakt) är det emellertid motiverat att begära ett klagande avseende denna fråga av EU-domstolen. När det gäller det uppkomna problemet kommer dessutom kännedom om praxis beträffande tillämpningen av lagstiftningen i den berörda medlemsstaten att medföra att en sådan enhet kommer att väga in den potentiella risken för att garantin förlängs i priset och lämna ett mindre fördelaktigt anbud. En sådan situation kan även leda till en snedvridning av konkurrensen på den gemensamma marknaden och är inte önskvärd. Principerna om icke-diskriminering och likabehandling av enheter från olika medlemsstater bör leda till en situation där kontraktet och upphandlingsdokumenten är utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan beräkna priset på grundval av en rad tydligt beskrivna skyldigheter. Det förefaller således tveksamt att omfattningen av dessa skyldigheter kan fastställas på grundval av en analog tillämpning av nationell rätt, enbart på grundval av en allmän hänvisning i kontraktet. Fastställandet inom den tid som anges i förfarandet för offentlig upphandling att bestämmelserna i ett annat kontrakt är analogt tillämpliga på det kontrakt som anges i upphandlingen går utöver en anbudsgivares normala omsorg, särskilt som denna tolkning följer av de nationella myndigheternas praxis, som inte är enhetlig.

54 Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande och förslag till svar

- 55 Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser den hänskjutande domstolen att det på grundval av artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt är motiverat att begära att Europeiska unionens domstol besvarar följande fråga:

Ska principerna om öppenhet, likabehandling och sund konkurrens, vilka avses i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (nu artikel 18.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG), tolkas så, att de utgör hinder för att den nationella lagstiftningen tolkas på ett sådant sätt att innehållet i ett offentligt

kontrakt som ingåtts med ett konsortium bestående av enheter från olika EU-medlemsstater, kan fastställas utan att i detta kontrakt beakta en skyldighet som indirekt kan påverka priset i det anbud som anbudsgivaren lämnat, vilken inte uttryckligen anges i kontraktet eller upphandlingsdokumenten, utan följer av en bestämmelse i den nationella lagstiftningen som inte uttryckligen är tillämplig på detta kontrakt men som är analogt tillämplig?

56 Den hänskjutande domstolen föreslår att frågan besvaras jakande.

ARBETSDOKUMENT