

Rechtssache C-82/24

Vorabentscheidungsersuchen

Eingangsdatum:

1. Februar 2024

Vorlegendes Gericht:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Polen)

Datum der Vorlageentscheidung:

21. Dezember 2023

Klägerin:

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

Beklagte:

Veolia Water Technologies sp. z o.o.

Krüger A/S

OTV France

Haarslev Industries GmbH

Warbud S.A.

... [nicht übersetzt]

21. Dezember 2023

BESCHLUSS

Der Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy (Regionalgericht Warschau, XXVI. Abteilung für Wirtschaftssachen, Polen) ... [nicht übersetzt]

hat am 21. Dezember 2023 in Warschau nach der Erörterung

... [nicht übersetzt]

der Klage

- des Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. mit Sitz in Warschau

gegen

- Veolia Water Technologies, Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Warschau,

- Kruger A/S mit Sitz in Soborg (Dänemark),

- TVC France in Saint Maurice Cedex (Frankreich),

- Haarslev Industries GmbH in Bruchsal (Deutschland),

- Warbud S.A. mit Sitz in Warschau

auf Zahlung,

der Klage

- von Veolia Water Technologies, Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Warschau,

gegen

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. mit Sitz in Warschau

auf Zahlung,

und der Klage

- des Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. mit Sitz in Warschau

gegen

- Veolia Water Technologies, Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Warschau,

- Kruger A/S mit Sitz in Soborg (Dänemark),

- TVC France in Saint Maurice Cedex (Frankreich),

- Haarslev Industries GmbH in Bruchsal (Deutschland),

- Warbud S.A. mit Sitz in Warschau

auf Zahlung

beschlossen:

1. den Gerichtshof der Europäischen Union gem. Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union um die Beantwortung folgender Frage zu ersuchen:

Sind die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und des fairen Wettbewerbs gem. Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (jetzt Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG dahin auszulegen, dass sie einer Auslegung des nationalen Rechts entgegenstehen, nach der der Inhalt eines mit einem Konsortium von Unternehmen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union geschlossenen Vertrags über einen öffentlichen Auftrag bestimmt werden kann, indem in diesem eine Verpflichtung berücksichtigt wird, die sich indirekt auf die Festlegung des Preises im Angebot, das von diesem Auftragnehmer eingereicht wird, auswirken kann, die nicht ausdrücklich im Vertragsinhalt oder in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist und die sich aus einer nationalen Rechtsvorschrift ergibt, die nicht unmittelbar, sondern analog auf diesen Vertrag anwendbar ist?

2. das Verfahren auszusetzen.

... [nicht übersetzt]

Begründung des Beschlusses vom 21. Dezember 2023

1 Vorlegendes Gericht

2 Der Sąd Okręgowy w Warszawie, XXVI Wydział Gospodarczy (Regionalgericht Warschau XXVI, Abteilung für Wirtschaftssachen), in folgender Zusammensetzung:

... [nicht übersetzt]

3 Parteien des Ausgangsverfahrens und ihre Vertreter

4 Kläger:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna (Aktiengesellschaft) mit Sitz in Warschau

... [nicht übersetzt]

5 Beklagte:

Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) mit Sitz in Warschau,

Kruger A/S mit Sitz in Soborg (Königreich Dänemark),

OTV mit Sitz in Saint Mauritius (Französische Republik),

Haarslev Industries GmbH mit Sitz in Bruchsal (Bundesrepublik Deutschland),

WARBUD spółka akcyjna (Aktiengesellschaft) mit Sitz in Warschau,

... [nicht übersetzt]

6 Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits und maßgeblicher Sachverhalt
... [nicht übersetzt]

7 Gegenstand des Verfahrens

Die öffentliche Auftraggeberin, die Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna (Kommunales Wasserleitungsnetz- und Kanalisationsunternehmen der Hauptstadt Warschau Aktiengesellschaft) mit Sitz in Warschau (im Folgenden: Auftraggeberin oder Klägerin) reichte in der Rechtssache XXVI GC 277/20 eine Klage ein, in der sie von den Beklagten als Gesamtschuldner die Zahlung von Vertragsstrafen in Höhe von 22 338 591,35 Polnische Zloty (PLN) nebst gesetzlichen Zinsen forderte. (Im Laufe des Verfahrens hat die Klägerin die Klage zurückgezogen).

8 Die Auftraggeberin ist auch Klägerin in der Rechtssache XXVI GC 914/21. Sie leitete dieses Verfahren ein mit Klage vom 14. Juni 2021 auf Zahlung:

- a. des Betrags von 5 661 772,39 Euro an Vertragsstrafen sowie einen Hilfsantrag.
- b. des Betrags von 11 351 601,62 PLN (nach Änderung der Klage) als Schadensersatz für die nicht ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrags, hilfsweise des Betrags von 2 533 839,65 Euro.

9 Gleichzeitig leitete die federführende Auftragnehmerin, die Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością mit Sitz in Warschau, die Rechtssache XXVI GC 1095/20 ein, in der sie die Zahlung eines Betrags von 3 766 666,36 Euro als Erstattung der Beträge fordert, die die Auftraggeberin durch Bankgarantien der Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością mit Sitz in Warschau erlangt hat.

10 Die vorgenannten Rechtssachen wurden verbunden und werden unter dem Aktenzeichen XXVI GC 277/20 geführt.

11 Wesentlicher Sachverhalt

- 12 Am 1. August 2008 schloss die Auftraggeberin mit einem Konsortium aus Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością mit Sitz in Warschau als Konsortialführerin, Krüger A/S mit Sitz in Soborg (Königreich Dänemark), OTV mit Sitz in Saint Maurice (Französische Republik), Haarslev Industries GmbH mit Sitz in Bruchsal (Bundesrepublik Deutschland) und WARBUD spółka akcyjna mit Sitz in Warschau (im Folgenden: das Konsortium oder die Auftragnehmer) Vertrag Nr. 8/JRP/R/2008 zur Umsetzung des Projekts „Modernisierung und Ausbau der Kläranlage Czajka (thermische Behandlung von Klärschlamm)“ (im Folgenden auch: der Vertrag). Konkret ging es in dem Vertrag um den Bau einer thermischen Behandlungsanlage für Klärschlamm, die unter anderem zwei Rekuperatoren an zwei voneinander unabhängigen Müllverbrennungslinien umfasst. Der Vertrag wurde nach einer öffentlichen Auftragsvergabe geschlossen, die im Wege einer offenen Ausschreibung gem. der Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Gesetz vom 29. Januar 2004 über das öffentliche Vergaberecht) erfolgte. Ursprünglich sollten die Arbeiten, die Gegenstand des Vertrags waren, bis zum 30. Oktober 2010 abgeschlossen werden. Das Fertigstellungsdatum wurde letztlich auf den 30. November 2012 festgelegt.
- 13 Als Vertragsbestandteil vereinbarten die Parteien u. a. die Qualitätsgarantiekarte (Garantiekarte), wonach die Garantiezeit mit dem Datum der Ausstellung des Werksabnahmeprotokolls beginnen und 36 Monate dauern sollte, wobei die Garantiezeit spätestens am 30. April 2015 enden sollte, es sei denn, der Beginn der End- und Garantieabnahmeprüfungen war aufgrund von Umständen, die der Auftragnehmer zu vertreten hatte, nicht möglich.
- 14 In Ziffer 6.1 der Qualitätsgarantiekarte (Garantiekarte) haben die Parteien eine Klausel aufgenommen, wonach „[b]ei Angelegenheiten, die nicht in dieser Garantiekarte geregelt sind, ... die einschlägigen Bestimmungen des polnischen Rechts, insbesondere die des Zivilgesetzbuchs [gelten].“ Die Parteien haben im Vertrag nicht präzisiert, ob sich dieser Verweis auf die Bestimmungen des Bauvertrags oder auch auf die Garantiebestimmungen für den Kauf bezieht.
- 15 Am 21. März 2013 wurde das Werksabnahmeprotokoll erstellt.
- 16 Am 26. September 2014 teilte die Auftraggeberin den Auftragnehmern einen Mangel mit, der in einer Beschädigung des Rekuperators der Linie 2 bestand. Der Rekuperator wurde von den Auftragnehmern ausgetauscht und am 22. Februar 2016 als einsatzbereit gemeldet. Der Rekuperator wurde von den Auftragnehmern im Rahmen der Garantie ausgetauscht.
- 17 Am 3. September 2015 teilte die Auftraggeberin den Auftragnehmern einen Mangel mit, der in einer Beschädigung des Rekuperators der Linie 1 bestand. Der Rekuperator wurde von den Auftragnehmern ausgetauscht und am 28. Februar 2016 als einsatzbereit gemeldet. Der Rekuperator wurde von den Auftragnehmern im Rahmen der Garantie ausgetauscht.

- 18 Am 27. November 2018 teilte die Auftraggeberin den Auftragnehmern einen Mangel mit, der in einer Beschädigung beider Rekuperatoren, der Linie 1 und der Linie 2, bestand, und forderte sie auf, diese im Rahmen der Garantie zu reparieren oder zu ersetzen. Die Auftragnehmer antworteten, dass die Garantiezeit abgelaufen sei und sie daher nicht im Rahmen der Garantie haften würden, und weigerten sich, die Rekuperatoren im Rahmen der Garantie zu reparieren oder zu ersetzen.
- 19 Die Klägerin vertritt den Standpunkt, dass Art. 581 § 1 des Zivilgesetzbuchs über den Kaufvertrag auf das Verhältnis zwischen den Parteien analog anwendbar sei. Demnach beginne die Garantiefrist ab dem Zeitpunkt der Lieferung der mangelfreien Sache oder der Rückgabe der reparierten Sache von Neuem zu laufen, so dass der Vertragsgegenstand zum Zeitpunkt der Mitteilung des Mangels an die Auftragnehmer am 27. November 2018 der Garantie unterlegen habe, da deren 36-monatige Frist entsprechend ab dem 22. Februar 2016 (für den Rekuperator der Linie 2) bzw. ab dem 28. April 2016 (für den Rekuperator der Linie 1) neu zu laufen begonnen habe. Sie habe das Recht, die Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung der Verpflichtung der Auftragnehmer zur Behebung des Mangels der Rekuperatoren im Rahmen der Garantie zu verlangen, weil diese den Vertragsgegenstand nicht auf Grundlage der Garantie repariert oder ersetzt hätten.
- 20 Die Beklagten sind der Ansicht, dass der Vertragsgegenstand zum Zeitpunkt der Mitteilung des Mangels am 27. November 2018 aufgrund des Ablaufs der Garantiefrist nicht mehr von der Garantie gedeckt gewesen sei und dass Art. 581 § 1 des Zivilgesetzbuchs nicht anwendbar sei, da er den Kaufvertrag betreffe. Weder die Parteien im Vertrag noch die Auftraggeberin in der Ausschreibungsbekanntmachung hätten Informationen dazu aufgenommen, dass diese Bestimmung auf die von den Auftragnehmern gewährte Garantie anwendbar sei. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung verstoße daher gegen die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und des fairen Wettbewerbs, die in der Richtlinie 2004/18/EG (jetzt: Richtlinie 2014/24/EU) enthalten seien, da dies einen Verweis auf Anforderungen bedinge, die sich nicht eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen oder den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften ergäben, sondern nur aus der Auslegung dieser Rechtsvorschriften. Darüber hinaus regelt der Vertrag zusammen mit der Garantiekarte nach Ansicht der Beklagten die Garantiebestimmungen vollständig und genau, so dass es nicht in der Absicht der Vertragsparteien liege, dass die Garantie neu zu laufen beginne.
- 21 Anwendbare Vorschriften**
- 22 Nationale Vorschriften**
- 23 Ustawa Kodeks cywilny (Zivilgesetzbuch) vom 23. April 1964 (Dz. U. 1964, Nr. 16, Pos. 93 in geänderter Fassung), im Folgenden:
- 24 Die Vertragsparteien können ihr Rechtsverhältnis nach freiem Willen gestalten, soweit dessen Inhalt oder Zweck nicht der Eigenart (Natur) des Verhältnisses,

dem Gesetz oder den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens zuwiderläuft. (Art. 353¹ des Zivilgesetzbuchs)

- 25 Wenn der Garantiegeber in Erfüllung seiner Verpflichtungen dem Garantiennehmer anstelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie Sache geliefert oder die von der Garantie umfasste Sache einer wesentlichen Reparatur unterzogen hat, so beginnt die Garantiefrist ab dem Zeitpunkt der Lieferung der mangelfreien Sache oder der Rückgabe der reparierten Sache neu zu laufen. Hat der Garantiegeber einen Teil der Sache ersetzt, so gilt die vorstehende Bestimmung entsprechend für den ersetzten Teil. (Art. 581 § 1 des Zivilgesetzbuchs – zu finden im Kapitel über den Kaufvertrag).
- 26 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Gesetz vom 29. Januar 2004 über das öffentliche Vergaberecht, Dz. U. 2007, Nr. 223 Pos. 1655 in geänderter Fassung), im Folgenden: altes Vergabegesetz, aktuelle Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Gesetz vom 11. September 2019 über das öffentliche Vergaberecht, Dz. U. 2023, Pos. 1605), im Folgenden: Vergabegesetz)
- 27 Der Auftragsgegenstand ist eindeutig und erschöpfend mit hinreichend genauen und verständlichen Angaben zu beschreiben, wobei alle Erfordernisse und Umstände zu berücksichtigen sind, die sich auf die Ausarbeitung des Angebots auswirken können (Art. 29 Abs. 1 des alten Vergabegesetzes, Art. 99 Abs. 1 des Vergabegesetzes).
- 28 Die Grundzüge des Lastenhefts müssen mindestens enthalten: 16) Bedingungen, die für die Parteien wesentlich sind und in dem für eine öffentliche Auftragsvergabe abzuschließenden Vertrag, in den Allgemeinen Vertragsbedingungen oder im Vertragsmuster enthalten sind, wenn der öffentliche Auftraggeber vom Auftragnehmer verlangt, einen öffentlichen Auftrag zu solchen Bedingungen zu schließen (Art. 36 Abs. 1 Nr. 16 des alten Vergabegesetzes); derzeit: Das Lastenheft muss mindestens enthalten: 20) den Entwurf der Bedingungen des Vertrags für eine öffentliche Auftragsvergabe, die in den Vergabevertrag aufgenommen werden (Art. 134 Abs. 1 Nr. 20 des Vergabegesetzes).
- 29 Unionsrecht**
- 30 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134/114 vom 30. April 2004) (im Folgenden: Richtlinie 2004/18), jetzt Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94/65 vom 28. März 2014) (im Folgenden: Richtlinie 2014/24).

31 Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise und handeln transparent und verhältnismäßig (Art. 2 der Richtlinie 2004/18, jetzt Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24).

32 Begründung der Vorlage

33 Nationaler rechtlicher Rahmen

34 Das polnische Zivilgesetzbuch regelt in seinen Art. 647 bis 658 Verträge über Bauaufträge. Diese Bestimmungen sehen keine eigenen Garantieregeln vor. Die einzigen Verweise auf andere Vertragsarten finden sich in Art. 656 des Zivilgesetzbuchs, wonach die Bestimmungen über den Werkvertrag auf die Folgen eines Verzugs des Bauunternehmers bei der Aufnahme der Arbeiten oder der Fertigstellung des Bauobjekts oder einer mangelhaften oder dem Vertrag widersprechenden Ausführung der Arbeiten durch den Bauunternehmer, auf die Gewährleistung für Mängel am fertiggestellten Bauobjekt, sowie auf das Recht des Bauherrn, vor Fertigstellung des Bauobjekts vom Vertrag zurückzutreten, anwendbar sind.

35 Das Institut der Garantie ist in der polnischen Rechtsordnung nur im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag ausdrücklich geregelt. Laut Art. 581 des Zivilgesetzbuchs beginnt die Garantiefrist ab dem Zeitpunkt der Lieferung der mangelfreien Sache oder der Rückgabe der reparierten Sache neu zu laufen, wenn der Garantiegeber in Erfüllung seiner Verpflichtungen dem Garantiennehmer anstelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie Sache geliefert oder die von der Garantie umfasste Sache einer wesentlichen Reparatur unterzogen hat; wenn der Garantiegeber einen Teil der Sache ersetzt hat, gilt diese Vorschrift für den ersetzten Teil.

36 Auch die Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs über den Werkvertrag (auf die im Kapitel über den Bauvertrag teilweise verwiesen wird) treffen keine Regelungen über das Institut der Garantie. Am 25. Dezember 2014 trat jedoch eine Novelle von Art. 638 des Zivilgesetzbuchs, der den Werkvertrag regelt, in Kraft. Es wurde ein § 2 eingeführt, wonach, wenn dem Besteller eine Garantie für das fertiggestellte Werk zugesagt wurde, die Bestimmungen über die Garantie beim Kauf entsprechend gelten. Allerdings findet diese Regelung auf den streitigen Fall keine Anwendung.

37 Es ist in Polen sowohl in der Praxis des Geschäftsverkehrs als auch in der Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass das Fehlen einer gesetzlichen Regelung, die sich direkt auf Garantien beim Bauvertrag bezieht, nicht ausschließt, dass die Parteien eines konkreten Rechtsverhältnisses Garantien auch bei dieser Vertragsart gemäß dem Grundsatz der Vertragsfreiheit vereinbaren, der besagt, dass die Vertragsparteien ihr Rechtsverhältnis nach freiem Willen gestalten können, soweit dessen Inhalt oder Zweck nicht der Eigenart (Natur) des Verhältnisses, dem Gesetz oder den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens zuwiderläuft (Art. 353¹ des Zivilgesetzbuchs).

- 38 Innerhalb der oben genannten Grenzen können die Parteien das Institut der Garantie frei gestalten – indem sie die Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs über Garantien in einem Kaufvertrag verwenden, ihre Anwendung direkt ausschließen und ihre eigenen Bedingungen gestalten, sowie diese Bestimmungen verändern, z. B. indem sie sie teilweise verwenden, indem sie auf sie verweisen, und in dem verbleibenden Teil ihre eigenen Vertragsnormen schaffen.
- 39 Die Frage der analogen Anwendung der Bestimmungen über die Garantie des Kaufvertrags im Fall des Bauvertrags ist sowohl in der Rechtsprechung der nationalen Gerichte als auch in der Lehre strittig. Das vorlegende Gericht teilt die Auffassung, dass, wenn im Vertrag auf die einschlägigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs verwiesen wird, die Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs über die Garantie beim Kaufvertrag analog auf die Garantie beim Bauvertrag anzuwenden sind, soweit sie nicht durch vertragliche Bestimmungen geregelt sind.
- 40 Gleichzeitig regelt auch das nationale Vergaberecht diese Frage nicht. Es stellt nur auf den Auftragsgegenstand im Allgemeinen ab, indem es eine genaue Bestimmung der Anforderungen und Umstände verlangt, die sich auf die Erstellung eines Angebots auswirken können. Bei der Beschreibung, welche Informationen die Bekanntmachung einer Ausschreibung erfordert, erwähnen sie jedoch z. B. keine Angaben zu den anwendbaren Rechtsvorschriften – in der Vermutung, dass Wirtschaftsteilnehmer, die ein Unternehmen betreiben, das allgemein geltende Recht kennen, selbst wenn die Anwendung bestimmter Rechtsnormen umstritten ist.
- 41 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts steht daher das polnische Vergaberecht (unabhängig davon, welches der einschlägigen Gesetze anwendbar wäre) der analogen Anwendung von Bestimmungen des nationalen Rechts nicht entgegen, auf die in den Vertragsbedingungen, in den Ausschreibungsunterlagen und in den Gesetzen, die die Vertragsart regeln, die die Ausschreibung betrifft, nicht ausdrücklich Bezug genommen wird.
- 42 Das durchgeführte Beweisverfahren gab dem vorlegenden Gericht keine Grundlage zur Feststellung, dass die Parteien die Anwendung von Art. 581 des Zivilgesetzbuchs wirksam ausgeschlossen haben. Folglich würde die Garantiefrist durch den Austausch der Rekuperatoren gegen mangelfreie Rekuperatoren neu zu laufen beginnen.
- 43 Unionsrechtlicher Rahmen**
- 44 Der Standpunkt der Klägerin hinsichtlich der analogen Anwendung der Bestimmungen über die Garantie beim Kauf auf die Bestimmungen des Vertrags zwischen den Parteien ist vor dem Hintergrund der Bestimmungen des nationalen Rechts gerechtfertigt. Dies sollte zur Feststellung führen, dass die Garantie erneut zu laufen beginnt. Da es sich um einen grenzüberschreitenden Vertrag handelt und auf Beklagtenseite ein Konsortium beteiligt ist, das sich aus Unternehmen aus

verschiedenen Mitgliedstaaten zusammensetzt, ist zu prüfen, ob Bestimmungen des Unionsrechts einer solchen Auslegung des nationalen Rechts nicht entgegenstehen.

- 45 Gemäß Art. 2 der Richtlinie 2004/18 (jetzt Art. 18 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24) behandeln die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.
- 46 Der Grundsatz der Gleichbehandlung und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung verlangen, dass die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben müssen und dass alle Angebote den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen. Dieser Grundsatz steht Anforderungen an Bieter nicht entgegen, sofern sie ihnen in demselben Umfang auferlegt werden (Urteil vom 10. Oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647).
- 47 In Bezug auf den sich daraus ergebenden Grundsatz der Transparenz hat der Gerichtshof der Europäischen Union beispielsweise im Beschluss vom 13. Juli 2017, Saferoad Grawil und Saferoad Kabex (C-35/17, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:557) festgestellt, dass diese Verpflichtung verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder im Lastenheft klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit, erstens, alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und, zweitens, der Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (vgl. ebenso Urteile vom 6. November 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, Rn. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 2. Juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 36).
- 48 In Anbetracht der vorstehenden Grundsätze ist fraglich, ob und inwieweit der Inhalt der Verpflichtungen der Parteien, die nicht ausdrücklich im Vertrag über den öffentlichen Auftrag oder in den Ausschreibungsunterlagen angegeben waren, auf Grundlage von Bestimmungen des nationalen Rechts, die im Stadium der Ausführung eines öffentlichen Auftrags analog angewendet werden, festgelegt werden kann.
- 49 Ist es mit dem Grundsatz der Transparenz vereinbar, die Verpflichtungen des Auftragnehmers aus der in der nationalen Rechtsprechung enthaltenen Rechtsauslegung abzuleiten, wenn dies für Bieter, die ihren Sitz in anderen Mitgliedstaaten haben, besonders benachteiligend ist, da ihre Kenntnis vom nationalen Recht und seiner Auslegung sowie von der Praxis der nationalen Behörden nicht mit der der nationalen Bieter vergleichbar ist?
- 50 Dies gilt insbesondere für die Auslegung des nationalen Rechts, die sich nicht nur auf die Bestimmungen des nationalen Rechts stützt, die sich ausdrücklich auf den betreffenden Vertragstyp beziehen, sondern auch auf diejenigen, die in analoger

Anwendung der nationalen Bestimmungen über andere Vertragstypen ergänzend anwendbar sind.

- 51 Wesentlich ist dabei, dass sich die analoge Anwendung dieser Bestimmungen indirekt auf den Umfang der Verpflichtungen der Auftragnehmer auswirken kann, die sich aus den Vertragsbestimmungen ergeben, aber nicht ausdrücklich in der Bekanntmachung oder im Lastenheft enthalten sind. Der Umfang der Verpflichtungen ergibt sich unmittelbar aus dem Preis, den Auftragnehmer in ihrem Angebot machen, da die an Ausschreibungen teilnehmenden Unternehmen aus offensichtlichen Gründen unternehmerisch mit dem Ziel handeln, einen Gewinn zu erzielen, so dass ihre Angebote eine Gegenleistung enthalten müssen, die den Wert der Leistungen übersteigt, die sie auf Basis des Vertrags zu erbringen haben. Somit kann die fehlende Festlegung des Umfangs dieser Verpflichtungen, z. B. durch einen fehlenden ausdrücklichen Hinweis, dass der Austausch eines Teils des Vertragsgegenstandes den Neubeginn der Garantiefrist auslöst, Auswirkungen auf die Höhe der Angebote der Bieter haben. Letztlich kann die nicht vollständige Kenntnis der Besonderheiten der nationalen Rechtsordnung dazu führen, dass Bieter bei einer Ausschreibung ein Angebot mit einem Inhalt abgeben, den sie in vollständiger Kenntnis der anwendbaren Vorschriften nicht abgegeben hätten.
- 52 Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot dahin auszulegen sind, dass sie dem Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung entgegenstehen, die sich nicht ausdrücklich aus den Unterlagen dieses Verfahrens oder den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften ergibt, sondern aus einer Auslegung dieser Rechtsvorschriften und dieser Unterlagen sowie der Schließung von Lücken in diesen Unterlagen durch die Behörden oder die nationalen Verwaltungsgerichte (vgl. Urteil vom 2. Juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 51).
- 53 Obwohl sich die oben genannte Entscheidung des Gerichtshofs auf eine andere Frage im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge bezog (d. h. auf den Ausschluss eines Bieters von einer Ausschreibung), dürfte die Schlussfolgerung selbst, wonach es unzulässig ist, dass sich die Verpflichtungen eines Teilnehmers an einer öffentlichen Ausschreibung nicht unmittelbar aus dem anwendbaren nationalen Recht und aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, sondern nur aus der Auslegung eines nationalen Gesetzes, allgemeinere Gültigkeit haben. In Anbetracht des inhaltlichen Unterschieds zwischen dem oben zitierten Urteil (das die Ausschreibungsphase betrifft) und dem vorliegenden Fall (der die Ausführungsphase eines öffentlichen Auftrags betrifft) ist die Vorlage beim Gerichtshof jedoch gerechtfertigt. Außerdem wird die Kenntnis der Praxis der Rechtsanwendung in dem betreffenden Mitgliedstaat einen solchen Wirtschaftsteilnehmer dazu veranlassen, das mögliche Risiko einer Verlängerung der Garantie in den Preis einzubeziehen und ein weniger günstiges Angebot zu machen. Eine solche Situation kann auch zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem Gemeinsamen Markt führen und ist nicht wünschenswert. Die Grundsätze

der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung von Wirtschaftsteilnehmern aus den verschiedenen Mitgliedstaaten sollten dazu führen, dass der Vertrag und die Ausschreibungsunterlagen so vorbereitet werden, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihren Preis auf der Grundlage klar beschriebener Verpflichtungen berechnen können. Es erscheint daher fragwürdig, die Bestimmung des Umfangs dieser Verpflichtungen auf der Grundlage des analog angewandten nationalen Rechts allein auf der Grundlage einer allgemeinen Verweisung im Vertrag zuzulassen. Innerhalb der Frist zur Abgabe eines Angebots festzustellen, dass die Bestimmungen einer anderen Vertragsart auf den im Vertrag genannten Auftrag analog anwendbar sind, übersteigt die übliche Sorgfalt der Bieter, zumal sich diese Auslegung aus der Praxis nationaler Stellen ergibt, die nicht einheitlich ist.

54 Vorlagefrage und Antwortvorschlag

55 Vor diesem Hintergrund hält es das vorlegende Gericht für gerechtfertigt, den Gerichtshof der Europäischen Union gem. Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union um die Beantwortung folgender Frage zu ersuchen:

Sind die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und des fairen Wettbewerbs gem. Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (jetzt Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG dahin auszulegen, dass sie einer Auslegung des nationalen Rechts entgegenstehen, nach der der Inhalt eines mit einem Konsortium von Unternehmen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union geschlossenen Vertrags über einen öffentlichen Auftrag bestimmt werden kann, indem in diesem eine Verpflichtung berücksichtigt wird, die sich indirekt auf die Festlegung des Preises im Angebot, das von diesem Auftragnehmer eingereicht wird, auswirken kann, die nicht ausdrücklich im Vertragsinhalt oder in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist und die sich aus einer nationalen Rechtsvorschrift ergibt, die nicht unmittelbar, sondern analog auf diesen Vertrag anwendbar ist?

56 Das vorlegende Gericht schlägt vor, diese Frage zu bejahen.