

Zadeva C-82/24

Predlog za sprejetje predhodne odločbe

Datum vložitve:

1. februar 2024

Predložitveno sodišče:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Poljska)

Datum predložitvene odločbe:

21. december 2023

Tožeča stranka:

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

Tožene stranke:

Veolia Water Technologies sp. z o.o.

Krüger A/S

OTV France

Haarslev Industries GmbH

Warbud S.A.

[...] (ni prevedeno)

21. december 2023

SKLEP

Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy (regionalno sodišče v Varšavi, XXVI. gospodarski oddelek, Poljska) [...] (ni prevedeno)

je po obravnavi 21. decembra 2023 v Varšavi

[...] (ni prevedeno)

zadeve, v okviru katere so bile vložene

tožba

- družbe Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. s sedežem v Varšavi (Poljska)

proti

- družbi Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi (Poljska),

- družbi Kruger A/S s sedežem v Søborgu (Danska),

- družbi OTV France s sedežem v Saint Mauriceu (Francija),

- družbi Haarslev Industries GmbH s sedežem v Bruchsalu (Nemčija),

- družbi Warbud S.A. s sedežem v Varšavi (Poljska)

za plačilo,

tožba

- družbe Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi (Poljska),

proti

- družbi Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. s sedežem v Varšavi (Poljska)

za plačilo

in tožba

- družbe Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. s sedežem v Varšavi (Poljska)

proti

- družbi Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi (Poljska),

- družbi Kruger A/S s sedežem v Søborgu (Danska),

- družbi OTV France s sedežem v Saint Mauriceu (Francija),

- družbi Haarslev Industries GmbH s sedežem v Bruchsalu (Nemčija),

- družbi Warbud S.A. s sedežem v Varšavi (Poljska)

za plačilo,

sklenilo

1. Sodišču Evropske unije se na podlagi člena 267 Pogodbe o delovanju Evropske unije v predhodno odločanje predloži to vprašanje:

Ali je treba načela transparentnosti, enake obravnave in poštene konkurence iz člena 2 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (postal člen 18(1) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES) razlagati tako, da nasprotujejo taki razlagi nacionalnega prava, v skladu s katero je mogoče vsebino pogodbe o izvedbi javnega naročila, sklenjeno s konzorcijem subjektov iz različnih držav članic Unije, ugotavljati tako, da se šteje, da zajema obveznost, ki lahko posredno vpliva na določitev cene, navedene v ponudbi, ki jo predloži ta izvajalec, in ki ni izrecno določena niti v besedilu pogodbe niti v razpisni dokumentaciji, temveč izhaja iz določbe nacionalnega prava, ki se za to pogodbo ne uporablja neposredno, temveč po analogiji?

2. Postopek v zadevi se prekine.

[...] (ni prevedeno)

Obrazložitev sklepa z dne 21. decembra 2023

1 Predložitveno sodišče

2 Sąd Okręgowy w Warszawie, XXVI Wydział Gospodarczy (regionalno sodišče v Varšavi, XXVI. gospodarski oddelek) v sestavi:

[...] (ni prevedeno)

3 Stranke v sporu v glavni stvari in njihovi zastopniki

4 Tožeča stranka:

družba Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna s sedežem v Varšavi (Poljska)

[...] (ni prevedeno)

5 Tožene stranke:

družba Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi (Poljska);

družba Krüger A/S s sedežem v Søborgu (Kraljevina Danska);

družba OTV s sedežem v Saint Mauriceu (Francoska republika);

družba Haarslev Industries GmbH s sedežem v Bruchsalu (Zvezna republika Nemčija);

družba WARBUD spółka akcyjna s sedežem v Varšavi (Poljska);

[...] (ni prevedeno)

6 Predmet postopka v glavni stvari in upoštevno dejansko stanje [...] (ni prevedeno)

7 Predmet spora

Zadevni postopek je naročnik – družba Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna s sedežem v Varšavi – začel (v zadevi XXVI GC 277/20) s tožbo, s katero je od toženih strank zahteval solidarno plačilo pogodbenih kazni v višini 22.338.591,35 PLN skupaj z zakonskimi obrestmi. (Med postopkom je tožeča stranka tožbeni zahtevki umaknila).

8 Družba Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna s sedežem v Varšavi je tožeča stranka tudi v zadevi XXVI GC 914/21. Naročnik je postopek v tej zadevi začel s tožbo z dne 14. junija 2021 in z njo uveljavljal:

- a. zahtevki za plačilo 5.661.772,39 EUR iz naslova pogodbenih kazni in podredni zahtevki;
- b. zahtevki za plačilo 11.351.601,62 PLN (po spremembi tožbe) iz naslova odškodnine zaradi neustrezne izvedbe javnega naročila, podredno pa plačilo 2.533.839,65 EUR.

9 Obenem je vodilni izvajalec, družba Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi, začela postopek v zadevi XXVI GC 1095/20, v okviru katere zahteva plačilo 3.766.666,36 EUR iz naslova povračila zneskov, ki jih je družba Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna s sedežem v Varšavi pridobila na podlagi bančnih garancij, ki jih je zagotovila družba Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi.

10 Zgoraj navedeni zadevi sta bili združeni v skupno obravnavanje, postopek v združenih zadevah pa se vodi pod opravilno številko XXVI GC 277/20.

11 Upoštevna dejstva

12 Družba Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna s sedežem v Varšavi (v nadaljevanju tudi: naročnik) je 1. avgusta

2008 s konzorcijem, ki so ga sestavljale družba Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi, ki je bila vodja konzorcija, ter družbe Krüger A/S s sedežem v Søborgu (Kraljevina Danska), OTV s sedežem v Saint Mauriceu (Francoska republika), Haarslev Industries GmbH s sedežem v Bruchsalu (Zvezna republika Nemčija) in WARBUD spółka akcyjna s sedežem v Varšavi (v nadaljevanju za vse skupaj tudi: konzorcij ali izvajalci), v zvezi z izvedbo projekta „Modernizacija in razširitev čistilne naprave Czajka (toplotna obdelava blata iz čistilnih naprav)“ sklenila pogodbo 8/JRP/R/2008 (v nadaljevanju tudi: pogodba). Predmet pogodbe je bila zlasti izgradnja postaje za toplotno obdelavo blata iz čistilnih naprav, ki sta jo med drugim sestavljala dva rekuperatorja na dveh neodvisnih linijah za sežiganje odpadkov. Sklenitev pogodbe je bila posledica oddaje javnega naročila v odprtem razpisnem postopku v skladu z ustava z dne 29. stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zakon z dne 29. januarja 2004 o javnem naročanju). Dela, ki so bila predmet pogodbe, naj bi bila sprva izvedena do 30. oktobra 2010, vendar je bil pozneje kot datum izvedbe dokončno določen 30. november 2012.

- 13 Stranki sta se dogovorili, da je sestavni del pogodbe med drugim dokument Garancija kakovosti (Garancijski list), v skladu s katerim naj bi garancijska doba začela teči z datumom izdaje potrdila o izvedbi del in trajala 36 mesecev, garancijski rok pa naj bi se iztekel najpozneje 30. aprila 2015, razen če začetek končnih preizkusov in prevzemnih garancijskih testov ne bi bil mogoč zaradi okoliščin, za katere je odgovoren izvajalec.
- 14 V podtočko 6.1 Garancije kakovosti (Garancijskega lista) sta stranki vključili določilo, v katerem je navedeno: „V zadevah, ki niso urejene s tem Garancijskim Listom, se uporabljajo ustrezne določbe poljskega prava, zlasti kodeks cywilny (civilni zakonik).“ Stranki v pogodbi nista opredelili, ali se to napotilo nanaša na določbe, s katerimi je urejena gradbena pogodba, ali tudi na določbe o garanciji ob prodaji.
- 15 Potrdilo o izvedbi del je bilo izdano 21. marca 2013.
- 16 Naročnik je 26. septembra 2014 izvajalce obvestil o okvari rekuperatorja na liniji 2. Izvajalci so rekuperator zamenjali z novim in 22. februarja 2016 obvestili o pripravljenosti za zagon. Izvajalci so rekuperator zamenjali v okviru garancije.
- 17 Naročnik je izvajalce 3. marca 2015 obvestil o okvari rekuperatorja na liniji 1. Izvajalci so rekuperator zamenjali z novim in 28. aprila 2016 obvestili o pripravljenosti za zagon. Izvajalci so rekuperator zamenjali v okviru garancije.
- 18 Naročnik je 27. novembra 2018 izvajalce obvestil o okvari obeh rekuperatorjev – na liniji 1 in liniji 2 – ter zahteval, naj ju popravijo ali zamenjajo v okviru garancije. Izvajalci so v odgovoru navedli, da se je garancijska doba iztekla, zaradi česar nimajo odgovornosti na podlagi garancije, in zavrnilo popravilo ali zamenjavo rekuperatorjev v okviru garancije.

- 19 Stališče tožeče stranke je, da se za razmerje med strankami smiselno uporablja člen 581(1) kodeks cywilny (civilni zakonik), ki se nanaša na prodajno pogodbo in v skladu s katerim začne garancijski rok teči znova od izročitve stvari brez napak oziroma od vrnitve popravljene stvari, tako da je za predmet pogodbe ob tem, ko so bili izvajalci 27. novembra 2018 obveščeni o okvari, še vedno veljala garancija, saj je njen 36-mesečni rok znova začel teči 22. februarja 2016 (za rekuperator na liniji 2) oziroma 28. aprila 2016 (za rekuperator na liniji 1). Če se predmet pogodbe na podlagi garancije ne popravi ali zamenja, pa lahko tožeča stranka uveljavlja pogodbeno kazen, utemeljeno s tem, da izvajalci niso izpolnili obveznosti odprave okvare rekuperatorjev v okviru garancije.
- 20 Tožene stranke menijo, da predmet pogodbe ob sporočitvi okvare 27. novembra 2018 zaradi izteka garancijskega roka ni bil več zajet z garancijo in da se člen 581(1) kodeks cywilny (civilni zakonik) ne more uporabiti, saj se nanaša na prodajno pogodbo, pri čemer niti stranke v pogodbi niti naročnik v obvestilu o javnem naročilu niso navedli podatka, da se bo ta določba uporabljala za garancijo, ki so jo dali izvajalci. Glede na navedeno bi bila po mnenju toženih strank uporaba te določbe po analogiji v nasprotju z načeli transparentnosti, enake obravnave in poštene konkurence iz Direktive 2004/18/ES (ki je bila nadomeščena z Direktivo 2004/18/ES), saj pomeni sklicevanje na zahteve, ki ne izhajajo jasno iz razpisne dokumentacije ali obvezujočih določb nacionalnega prava, temveč le iz razlage teh določb. Poleg tega so po mnenju toženih strank s pogodbo in garancijskim listom v celoti in natančno urejena pravila o garanciji, tako da ponoven začetek garancijskega roka ni bil namen pogodbenih strank.
- 21 Določbe, ki se uporabljajo**
- 22 Nacionalne določbe**
- 23 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (zakon z dne 23. aprila 1964 o civilnem zakoniku) (Dziennik Ustaw iz leta 1964, št. 16, pozicija 93, kakor je bil spremenjen; v nadaljevanju: civilni zakonik)
- 24 Pogodbeni stranki lahko svoje pravno razmerje oblikujeta po lastni volji, če njegova vsebina ali namen nista v nasprotju z značilnostmi (naravo) razmerja, zakonom ali načeli družbenega sobivanja (člen 353¹ civilnega zakonika).
- 25 Če je garant pri izpolnjevanju svojih obveznosti namesto stvari z napako garancijskemu upravičencu izročil stvar brez napak ali če je stvar, za katero velja garancija, v bistvenem obsegu popravil, začne garancijski rok teči znova od izročitve stvari brez napak ali vračila popravljene stvari. Če je garant zamenjal del stvari, se zgornja določba smiselno uporablja za zamenjani del (člen 581(1) civilnega zakonika, ki je vključen v poglavje o prodajni pogodbi).
- 26 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (zakon z dne 29. januarja 2004 o javnem naročanju) (Dziennik Ustaw iz leta 2007, št. 223, pozicija 1655, kakor je bil spremenjen; v nadaljevanju: stari ZJN); trenutno se uporablja ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zakon

z dne 11. septembra 2019 o javnem naročanju) (Dziennik Ustaw iz leta 2023, pozicija 1605; v nadaljevanju: ZJN).

- 27 Predmet javnega naročila mora biti opisan nedvoumno in izčrpno, z dovolj natančnimi in razumljivimi izrazi, ob upoštevanju vseh zahtev in okoliščin, ki lahko vplivajo na pripravo ponudbe (člen 29(1) starega ZJN; člen 99(1) ZJN).
- 28 Specifikacija bistvenih pogojev javnega naročila mora vsebovati vsaj: [...] (16) za stranke bistvena določila, ki bodo vključena v pogodbo o izvedbi javnega naročila, ki se bo sklenila, splošne pogodbene pogoje ali vzorec pogodbe, če naročnik od izvajalca zahteva, da se pogodba o izvedbi javnega naročila sklene pod takimi pogoji (člen 36(1), točka 16, starega ZJN); besedilo te določbe v različici, ki se uporablja zdaj: Specifikacija pogojev javnega naročila mora vsebovati vsaj: [...] (20) predvidena določila pogodbe o izvedbi javnega naročila, ki bodo vključena v pogodbo o izvedbi javnega naročila (člen 134(1), točka 20, ZJN).

29 Določbe prava Unije

- 30 Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL 2004, L 134, str. 114; v nadaljevanju: Direktiva 2004/18/ES); nadomeščena je bila z Direktivo 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65; v nadaljevanju: Direktiva 2014/24/EU).
- 31 Naročniki morajo obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno (člen 2 Direktive 2004/18/ES; postal člen 18(1) Direktive 2014/24/EU).

32 Obrazložitev predloga

33 Vidik nacionalnega prava

- 34 V členih od 647 do 658 poljskega civilnega zakonika so urejene gradbene pogodbe. V njih ni določena ločena ureditev v zvezi z garancijo. Napotilo na druge vrste pogodb vsebuje le člen 656 civilnega zakonika, v skladu s katerim se v zvezi s posledicami zamude izvajalca pri začetku del ali dokončanju gradbe ali tega, da izvajalec dela izvaja nepravilno ali v nasprotju s pogodbo, za odgovornost za napake izdelane gradbe ter za pravico naročnika, da pred dokončanjem gradbe odstopi od pogodbe, smiselno uporabljajo določbe podjemne pogodbe.
- 35 Institut garancije je v poljskem pravnem redu neposredno urejen le v zvezi s prodajno pogodbo. Člen 581 civilnega zakonika določa, da začne v primeru, če je garant pri izpolnjevanju svojih obveznosti namesto stvari z napako garancijskemu upravičencu izročil stvar brez napak ali če je stvar, za katero velja garancija, v bistvenem obsegu popravljen, garancijski rok teči znova od izročitve stvari brez

napak ali vračila popravljene stvari, medtem ko se v primeru, če je garant zamenjal del stvari, zgornja določba smiselno uporablja za zamenjani del.

- 36 Institut garancije prav tako ni urejen v določbah civilnega zakonika, ki se nanašajo na podjemno pogodbo (na katere se delno sklicujejo določbe iz poglavja civilnega zakonika o gradbeni pogodbi). S spremembo člena 638 civilnega zakonika, s katerim je urejena podjemna pogodba, ki je bila uveljavljena 25. decembra 2014, pa je bil navedenemu členu dodan odstavek 2, v skladu s katerim se v primeru, če je bila kupcu dana garancija za opravljeno delo, smiselno uporabljajo določbe o garanciji pri prodaji; vendar se ta ureditev v obravnavani zadevi ne uporabi.
- 37 Na Poljskem je v gospodarskem prometu in sodni praksi na splošno sprejeto, da to, da ni zakonske ureditve, ki bi se neposredno nanašala na garancijo pri gradbenih pogodbah, za stranke danega pravnega razmerja ni ovira, da se v skladu z načelom pogodbene svobode, iz katerega izhaja, da lahko pogodbene stranke svoje pravno razmerje oblikujejo po lastni volji, če njegova vsebina ali namen nista v nasprotju z značilnostmi (naravo) razmerja, zakonom ali načeli družbenega sobivanja (člen 353¹ civilnega zakonika), tudi pri tovrstnih pogodbah dogovorijo za uporabo garancije.
- 38 V zgoraj opisanem okviru lahko stranke institut garancije oblikujejo poljubno – tako, da uporabijo določbe civilnega zakonika o garanciji pri prodajni pogodbi, tako, da njihovo uporabo izrecno izključijo in v zvezi s tem določijo lastno pogodbeno ureditev, pa tudi tako, da te določbe prilagodijo, na primer s tem, da garancijo v delu uredijo ob sklicevanju nanje, v preostalem delu pa oblikujejo lastne pogodbene norme.
- 39 V zvezi z vprašanjem uporabe po analogiji določb o garanciji pri prodajni pogodbi za gradbeno pogodbo ni enotnega stališča niti v sodni praksi nacionalnih sodišč niti v teoriji. Predložitveno sodišče pritrjuje stališču, da je treba glede na to, da je v pogodbo vključena napotitev na ustrezne določbe civilnega zakonika, v delu, ki ni urejen s pogodbenimi določili, za garancijo, ki se da v zvezi s predmetom gradbene pogodbe, po analogiji uporabljati določbe civilnega zakonika o garanciji pri prodaji.
- 40 Obenem navedeno vprašanje prav tako ni urejeno z nacionalnimi določbami o javnem naročanju, ki se nanašajo le na predmet naročila na splošno in zahtevajo natančno opredelitev zahtev in okoliščin, ki bi lahko vplivale na pripravo ponudbe. Vendar pri določitvi podatkov, ki se morajo vključiti v obvestilo o javnem razpisu, niso navedene, na primer, okoliščine, povezane z veljavnimi pravnimi določbami, saj se izhaja iz domneve, da subjekti, ki opravljajo gospodarsko dejavnost, poznajo splošno veljavno pravo, in sicer tudi v položaju, v katerem je uporaba nekaterih pravnih norm vir polemik.
- 41 Predložitveno sodišče glede na navedeno meni, da s poljskim pravom o javnem naročanju (ne glede na to, kateri od zakonov za ureditev tega področja bi se uporabil) ni izključena uporaba po analogiji določb nacionalnega prava, na katere

ni izrecnega napotila v pogodbenih določilih, razpisni dokumentaciji in določbah prava, s katerimi je urejena vrsta pogodbe, na katero se nanaša javno naročilo.

- 42 Predložitveno sodišče v dokaznem postopku ni našlo podlage za ugotovitev, da so stranke veljavno izključile uporabo člena 581 civilnega zakonika, zaradi česar bi garancijski rok zato, ker sta bila okvarjena rekuperatorja zamenjana za taka brez napak, začel teči znova.

43 Vidik prava Unije

- 44 Stališče tožeče stranke, da je treba za določila pogodbe, ki so jo sklenile stranke, po analogiji uporabiti določbe o garanciji pri prodaji, je utemeljeno glede na določbe nacionalnega prava, zaradi česar bi bilo treba ugotoviti, da je začel garancijski rok teči znova. Zato je treba preučiti, ali glede na čezmejno naravo pogodbe in to, da je tožena stranka konzorcij, sestavljen iz subjektov iz različnih držav članic, taki razlagi nacionalnega prava ne nasprotujejo določbe prava Unije.

- 45 V skladu s členom 2 Direktive 2004/18/ES (postal člen 18(1) Direktive 2014/24/EU) morajo naročniki gospodarske subjekte obravnavati enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno.

- 46 Načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije zahtevata, da imajo vsi ponudniki pri oblikovanju pogojev svojih ponudb enake možnosti in da za ponudbe vseh ponudnikov veljajo enaki pogoji. To pravilo ne nasprotuje zahtevam, ki se naložijo izvajalcem, če so vsem izvajalcem naložene v enakem obsegu ([sodba z dne 10. oktobra 2013] v zadevi Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser/Manova A/S (C-336/12)).

- 47 V zvezi z načelom transparentnosti, ki iz njiju izhaja, je Sodišče v, na primer, [sklepu z dne 13. julija 2017] v zadevi C-35/17 ugotovilo, da ta obveznost pomeni, da morajo biti vsi pogoji in pravila postopka oddaje javnega naročila v javnem razpisu ali razpisni dokumentaciji navedeni jasno, natančno in nedvoumno, da lahko, prvič, vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki natančno razumejo njihov pomen in jih lahko enako razlagajo, in drugič, naročnik dejansko preveri, ali ponudbe ponudnikov ustrezajo merilom, ki veljajo za zadevno javno naročilo (glej v tem smislu sodbi z dne 6. novembra 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 44 in navedena sodna praksa) ter z dne 2. junija 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, točka 36)).

- 48 Glede na zgoraj navedena načela se poraja dvom, ali in v kakšnem obsegu je mogoče v fazi izvedbe javnega naročila z uporabo določb nacionalnega prava po analogiji ugotavljati vsebino obveznosti strank, ki niso bile nedvoumno navedene v vsebini pogodbe o izvedbi javnega naročila ali v razpisni dokumentaciji.

- 49 Ali je v skladu z načelom transparentnosti, da se obveznosti izvajalca izpeljejo iz razlage prava, opravljene v nacionalni sodni praksi, saj je to zlasti neugodno za ponudnike s sedežem v drugih državah članicah, ker njihova raven poznavanja

nacionalnega prava in njegove razlage ter prakse nacionalnih organov ne more biti primerljiva z ravno poznavanja nacionalnih ponudnikov.

- 50 Zgornji preudarek se nanaša zlasti na tako razlago nacionalnega prava, pri kateri so podlaga za rešitev ne le določbe nacionalnega prava, ki se neposredno uporabljajo za zadevno vrsto pogodbe, temveč tudi določbe, ki se uporabljajo tako, da se nacionalne določbe po analogiji dopolnijo z določbami, ki se nanašajo na druge vrste pogodb.
- 51 Pomembno je, da lahko uporaba takih določb po analogiji posredno vpliva na obseg obveznosti izvajalcev, ki izhajajo iz določil pogodbe, vendar ni izrecno izražen v obvestilu o javnem naročilu ali razpisni dokumentaciji. Obseg obveznosti pa neposredno vpliva na ceno, ki jo izvajalci navedejo v ponudbi, saj subjekti, ki sodelujejo na javnih razpisih, kot podjetniki iz očitnih razlogov delujejo z namenom doseganja dobička, zato morajo v ponudbah navesti plačilo, ki presega vrednost storitev, ki jih bodo morali opraviti na podlagi pogodbe. Glede na navedeno lahko nepopolna opredelitev obsega teh obveznosti – na primer s tem, da se izrecno ne navede, da je posledica zamenjave dela predmeta pogodbe z novim ponovni začetek teka garancijskega roka – vpliva na višino ponudb udeležencev razpisa, pri subjektih, ki ne poznajo vseh posebnosti nacionalnega pravnega reda, pa utegne privedi do tega, da v postopku javnega naročanja predložijo ponudbo z vsebino, kakršne ne bi oddali, če bi imel celovito poznavanje predpisov, ki se zanjo uporabljajo.
- 52 Sodišče je že ugotovilo, da je treba načelo enakega obravnavanja in obveznost preglednosti razlagati tako, da nasprotujeta izključitvi gospodarskega subjekta iz postopka oddaje javnega naročila, ker ta ni izpolnil obveznosti, ki ne izhajajo izrecno iz dokumentacije v zvezi s tem postopkom ali veljavnega nacionalnega zakona, ampak iz razlage tega zakona in teh dokumentov ter zapolnjevanja praznin v navedenih dokumentih, ki ju podajajo nacionalni organi ali upravna sodišča (glej v tem smislu sodbo z dne 2. junija 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, točka 51)).
- 53 Čeprav se je navedena sodba Sodišča nanašala na drugačno vprašanje v zvezi s postopkom v okviru javnega naročanja (in sicer na izključitev izvajalca iz postopka), bi moral biti okvir uporabe ugotovitve, da je nedopustno, da se zgolj iz razlage nacionalnega zakona izpeljejo obveznosti udeleženca postopka oddaje javnega naročila, ki ne izhajajo neposredno iz veljavnega nacionalnega zakona in dokumentacije v zvezi s tem postopkom, širši. Vendar je glede na to, da se pravna okvira zgoraj navedene sodbe (ki se je nanašala na fazo postopka za oddajo javnega naročila) in obravnavane zadeve (ki se nanaša na fazo izvedbe javnega naročila) razlikujeta, utemeljeno, da se Sodišče zaprosi za razjasnitev vprašanja. Z vidika opisanega problema je relevantno tudi to, da je posledica tega, da gospodarski subjekt pozna prakso uporabe prava v zadevni državi članici, ta, da bo tak subjekt v ceni upošteval morebitno tveganje ponovnega začetka teka garancijskega roka in pripravil manj ugodno ponudbo. Zaradi takega položaja lahko pride tudi do izkrivljanja konkurence na skupnem trgu in zato ni zaželen.

Spoštovanje načel prepovedi diskriminacije in enakega obravnavanja subjektov iz različnih držav članic bi morali privedi do položaja, v kateri sta pogodba in razpisna dokumentacija pripravljena tako, da lahko vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki izračunajo ceno na podlagi obsega obveznosti, ki so jasno opisane. Zato se zdi dopustitev možnosti, da se obseg teh obveznosti določi na podlagi uporabe nacionalnega prava po analogiji, in sicer zgolj na podlagi splošnega napotila v pogodbi, sporna. To, da je treba v obdobju, opredeljenem v postopku za oddajo javnega naročanja, ugotoviti, da se za pogodbo, navedeno v obvestilu o javnem naročilu, po analogiji uporabljajo določbe o drugi pogodbi, presega običajno skrbnost ponudnikov, zlasti kadar ta razlaga izhaja iz prakse nacionalnih organov, ki ni enotna.

54 Vprašanje za predhodno odločanje in predlog odgovora

- 55 Ob upoštevanju zgornjih navedb je predložitveno sodišče presodilo, da je utemeljeno, da se Sodišču Evropske unije na podlagi člena 267 Pogodbe o delovanju Evropske unije v predhodno odločanje predloži to vprašanje:

Ali je treba načela transparentnosti, enake obravnave in poštene konkurence iz člena 2 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (postal člen 18(1) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES) razlagati tako, da nasprotujejo taki razlagi nacionalnega prava, v skladu s katero je mogoče vsebino pogodbe o izvedbi javnega naročila, sklenjeno s konzorcijem subjektov iz različnih držav članic Unije, ugotavljati tako, da se šteje, da zajema obveznost, ki lahko posredno vpliva na določitev cene, navedene v ponudbi, ki jo predloži ta izvajalec, in ki ni izrecno določena niti v besedilu pogodbe niti v razpisni dokumentaciji, temveč izhaja iz določbe nacionalnega prava, ki se za to pogodbo ne uporablja neposredno, temveč po analogiji?

- 56 Predložitveno sodišče predlaga, naj se na vprašanje odgovori pritrdilno.