

Sag C-82/24

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

1. februar 2024

Forelæggende ret:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Polen)

Afgørelse af:

21. december 2023

Sagsøger:

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

Sagsøgte:

Veolia Water Technologies sp. z o.o.

Krüger A/S

OTV France

Haarslev Industries GmbH

Warbud S.A.

[Udelades]

Den 21. december 2023

AFGØRELSE

Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy (retten i første instans i Warszawa, 26. afdeling for handelssager, Polen) [Udelades]

har efter retsmøde den 21. december 2023 i Warszawa

[Udelades]

vedrørende et søgsmål

anlagt af sagsøger

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

mod

- Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
- Kruger A/S med hjemsted i Søborg (Danmark),
- OTV France i Saint Maurice Cedex (Frankrig),
- Haarslev Industries GmbH i Bruchsal (Tyskland),
- Warbud S.A. med hjemsted i Warszawa

om betaling

anlagt af sagsøger

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

mod

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

om betaling

samt et søgsmål anlagt af sagsøger

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

mod

- Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
- Kruger A/S med hjemsted i Søborg (Danmark),
- OTV France i Saint Maurice Cedex (Frankrig),
- Haarslev Industries GmbH i Bruchsal (Tyskland),

- Warbud S.A. med hjemsted i Warszawa

om betaling

truffet følgende afgørelse

1. I henhold til artikel 267 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, forelægges Den Europæiske Unions Domstol følgende præjudicielle spørgsmål:

Skal principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (nu artikel 18, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF) fortolkes således, at de udelukker en fortolkning af national lovgivning, der gør det muligt at fastlægge indholdet af en kontrakt om offentlige indkøb indgået med et konsortium sammensat af enheder fra forskellige EU-medlemsstater, således at kontrakten må anses for at fastsætte en forpligtelse, der indirekte havde kunnet påvirke fastsættelsen af den pris, der er angivet i entreprenørens tilbud, men hvilken forpligtelse ikke udtrykkeligt er fastsat i kontraktens indhold eller i udbudsmaterialet, men som følger af en bestemmelse i national ret, der ikke finder direkte anvendelse på denne kontrakt, men som anvendes analogt?

2. sagens behandling udsættes.

[Udelades]

Begrundelse af afgørelse af 21. december 2023

1 Forelæggende ret

2 Sąd Okręgowy w Warszawie, XXVI Wydział Gospodarczy (retten i første instans i Warszawa, 26. afdeling for handelsager, Polen) har i denne sammensætning:

[Udelades]

3 Hovedsagens parter og deres repræsentanter

4 Sagsøger:

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

[Udelades]

5 Sagsøgte:

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

Krüger A/S med hjemsted i Søborg (Kongeriget Danmark);

OTV med hjemsted i Saint Maurice (Den Franske Republik);

Haarslev Industries GmbH med hjemsted i Bruschal (Forbundsrepublikken Tyskland);

WARBUD aktieselskab med hjemsted i Warszawa;

[Udelades]

6 Hovedsagens genstand samt relevante faktiske omstændigheder

[Udelades]

7 Hovedsagens genstand

Den foreliggende sag blev anlagt af den ordregivende myndighed - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (det kommunale vand- og kloakselskab i hovedstaden Warszawa, et aktieselskab med hjemsted i Warszawa) (i sag XXVI GC 277/20) med påstand om, at de sagsøgte skulle hæfte solidarisk for betaling af kontraktlige bøder på 22 338 591,35 PLN sammen med lovbestemte renter (under sagens behandling hævdede sagsøgeren sit søgsmål).

8 Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (det kommunale vand- og kloakselskab i hovedstaden Warszawa, et aktieselskab med hjemsted i Warszawa) er også sagsøger i sag XXVI GC 914/21. Ordregiveren anlagde dette søgsmål den 14. juni 2021 for at forfølge et krav om betaling af:

- a. Et beløb på 5 661 772,39 EUR som kontraktlige bøder og et subsidiært krav.
- b. Et beløb på 11 351 601,62 PLN (efter ændring af påstanden) som erstatning for manglende opfyldelse af kontrakten, eller, subsidiært, at sagsøgte tilpligtes at betale sagsøgeren et beløb på 2 533 839,65 EUR.

9 Samtidig anlagde lederen af entreprenørerne, Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Veolia Water Technologies, et selskab med begrænset ansvar med hjemsted i Warszawa), et søgsmål nr. XXVI GC 1095/20, med krav om betaling af 3 766 666 EUR som tilbagebetaling af beløb, der blev opkrævet af Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (det kommunale vand- og kloakselskab i hovedstaden Warszawa, et aktieselskab med hjemsted i Warszawa) ved anvendelse af bankgarantier stillet af

Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Veolia Water Technologies, et selskab med begrænset ansvar med hjemsted i Warszawa).

- 10 Ovenstående sager er blevet sammenlagt med henblik på fælles behandling under referencenummer XXVI GC 277/20.

11 Relevante faktiske omstændigheder

- 12 Den 1. august 2008 indgik Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (det kommunale vand- og kloakselskab i hovedstaden Warszawa, aktieselskab med hjemsted i Warszawa), (herefter også »den ordregivende myndighed«) kontrakt nr. 8/JRP/R/2008 med et konsortium bestående af Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Veolia Water Technologies, et selskab med begrænset ansvar med hjemsted i Warszawa), som konsortiets leder, Krüger A/S med hjemsted i Søborg (Kongeriget Danmark), OTV med hjemsted i Saint Maurice (Den Franske Republik), Haarslev Industries GmbH med hjemsted i Bruchsal (Forbundsrepublikken Tyskland) og WARBUD aktieselskab med hjemsted i Warszawa (herefter også »konsortiet« eller »entreprenørerne«), med henblik på gennemførelsen af projektet »Modernisering og udvidelse af rensningsanlægget i Czajka (termisk spildevandsrensningsanlæg)« (herefter »kontrakten«). Kontrakten omfattede i det væsentligste opførelsen af et spildevandsrensningsanlæg med termisk rensning, herunder bl.a. to rekuperatorer på to uafhængige forbrændingslinjer. Kontrakten blev indgået ved et offentligt indkøb i et åbent udbud i henhold til Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. (lov af 29. januar 2004 om offentlige udbud). Oprindeligt skulle det af kontrakten omfattede arbejde være afsluttet den 30. oktober 2010, men den endelige færdiggørelsesdato blev senere rykket til den 30. november 2012.
- 13 Parterne indførte blandt andet som en integreret del af kontrakten: et kvalitetsgarantidokument (garantikort), hvorefter garantiperioden skulle begynde fra datoen for udstedelse af Certifikatet for Udførelse af Arbejde af 36 måneders varighed, og garantiperioden skulle udløbe senest den 30. april 2015, medmindre påbegyndelse af afsluttende tests og garantiovertagelsestesten ikke var mulig på grund af omstændigheder, som entreprenøren var ansvarlig for.
- 14 I punkt 6.1 i kvalitetsgarantidokumentet (garantikortet) har parterne medtaget en bestemmelse, hvoraf følgende fremgår: »For forhold, der ikke er reguleret af dette garantikort, finder de relevante bestemmelser i polsk lovgivning anvendelse, særligt civillovbogen [«.] I kontrakten har parterne ikke præciseret, om denne henvisning vedrører bestemmelserne om regulering af kontrakten for bygge- og anlægsarbejde, eller om den også omfatter bestemmelserne om garanti i forbindelse med salg.
- 15 Den 21. marts 2013 blev Certifikatet for Udførelse af Arbejde udstedt.

- 16 Den 26. september 2014 anmeldte ordregiveren en fejl til entreprenørerne i form af beskadigelse af rekuperatoren på linje 2. Rekuperatoren blev af entreprenørerne erstattet med en ny, og den blev sat i drift den 22. februar 2016. Entreprenører udskiftede rekuperatoren under garantien.
- 17 Den 3. marts 2015 anmeldte ordregiveren til entreprenørerne et svigt i form af skade på rekuperatoren på linje 1. Rekuperatoren blev af entreprenørerne erstattet med en ny, og den blev sat i drift den 28. april 2016. Entreprenører udskiftede rekuperatoren som en del af garantien.
- 18 Den 27. november 2018 anmeldte ordregiveren en fejl i form af beskadigelse af begge rekuperatorer - linje 1 og linje 2 - til entreprenørerne med krav om reparation eller udskiftning i henhold til garantien. Som svar angav entreprenørerne, at garantiperioden var udløbet, og hvorfor de intet garantiansvar havde og afviste derfor at reparere eller udskifte rekuperatorerne under garantien.
- 19 Sagsøgeren har gjort gældende, at forholdet mellem parterne er underlagt artikel 581, stk. 1, i civillovbogen om købsaftaler, hvorefter garantiperioden løber på ny fra tidspunktet for levering af den fejlfri vare eller returnering af den reparerede vare, og derfor var genstanden i kontrakten på tidspunktet for indberetning af fejlen til entreprenørerne den 27. november 2018 dækket af garantien, fordi dens 36-måneders frist løb igen fra den 22. februar 2016 (for rekuperatoren på linje 2) og fra den 28. april 2016 (for rekuperatoren på linje 1). På grund af manglende reparation eller udskiftning af genstanden for kontrakten i henhold til garantien, var sagsøgeren berettiget til at kræve en kontraktmæssig bod som følge af entreprenørernes manglende opfyldelse af forpligtelsen til at afhjælpe fejlene ved rekuperatorerne i henhold til garantien.
- 20 De sagsøgte har gjort gældende, at på tidspunktet for anmeldelse af fejlen den 27. november 2018 var genstanden for kontrakten ikke længere dækket og omfattet af garantien på grund af udløbet af garantiperioden, mens artikel 581, stk. 1, i civillovbogen, ikke kan finde anvendelse, da den vedrører købsaftaler, og hverken kontraktens parter eller ordregiveren har i udbudsbekendtgørelsen angivet, at denne bestemmelse skulle gælde for den garanti, som entreprenørerne giver. Ifølge de sagsøgte ville en analog anvendelse af denne bestemmelse derfor være i strid med principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-forskelsbehandling indeholdt i direktiv 2004/18/EF (nu: direktiv 2014/24/EU), fordi det betyder, at der sker en henvisning til krav, der ikke fremgår klart af udbudsmaterialet eller gældende bestemmelser i national lovgivning, men kun af en fortolkning af disse bestemmelser. Endvidere mener de sagsøgte, at kontrakten, sammen med garantikortet, regulerer garantibestemmelserne på en fuldstændig og præcis måde, hvorfor det ikke var kontraktparternes hensigt at forny garantien.

21 Relevante retsfor skrifter

22 Nationale bestemmelser

- 23 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (lov om den civile lovbog af 23.4.1964) (Dz.U. af 1964, nr. 16 pos. 93 som ændret), herefter »den civile lovbog«.
- 24 Aftaleparterne kan frit udforme deres retsforhold, blot dets indhold eller formål ikke er i strid med forholdets egenart (natur), loven eller samfundslivets principper. (artikel 353¹, i den civile lovbog).
- 25 Såfremt garantistilleren, under udførelsen af sine forpligtelser, har ombyttet den mangelfulde genstand og har leveret en fejlfri vare til garantihaveren eller foretaget væsentlige reparationer på den af garantien omfattede genstand, løber garantiperioden på ny fra tidspunktet for levering af den fejlfri vare eller returnering af den reparerede vare. Hvis garantistilleren har udskiftet en del af genstanden, gælder ovenstående bestemmelse tilsvarende for den udskiftede del (artikel 581, stk. 1, i den civile lovbog – i købsaftalens titel).
- 26 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (lov af 29.1.2004 om offentlige udbud) (Dz.U. af 2007, nr. 223, pos. 1655, som ændret), herefter »den tidligere udbudslov, nu Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych« (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605), lov af 11. september 2019 om offentlige udbud (Dz.U. af 2023, pos 1605), herefter »udbudsloven«.
- 27 Kontraktens genstand beskrives på en entydig og udtømmende måde ved anvendelse af tilstrækkeligt præcise og forståelige definitioner, under hensyntagen til alle krav og omstændigheder, der kan påvirke udarbejdelsen af et tilbud (artikel 29, stk. 1, i den tidligere udbudslov; artikel 99, stk. 1, i udbudsloven).
- 28 Specifikationen af kontraktens væsentlige vilkår indeholder som minimum: 16) bestemmelser af betydning for parterne, som vil indgå i indholdet af den indgåede offentlige indkøbskontrakt, kontraktens generelle vilkår og betingelser eller kontraktskabelonen, hvis ordregiveren kræver, at entreprenøren indgår en kontrakt om offentlige indkøb med ham under sådanne betingelser (artikel 36, stk. 1, nr. 16, tidligere lov om offentlige indkøb), nu: Specifikationen af kontraktvilkår omfatter som minimum: 20) udkast til bestemmelser i kontrakten om offentlige indkøb som vil blive indført i udbudskontrakten (artikel 134, stk. 1, nr. 20, i loven om offentlige indkøb).
- 29 Fællesskabsbestemmelser**
- 30 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, nr. 134, pos. 114 af 30.4.2004), herefter »direktiv 2004/18/EU, nu Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF« (EUT af 2014, nr. 94, pos. 65 af 28.3.2014), herefter »direktiv 2014/24/EU«.

31 De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde (artikel 2 i direktiv 2004/18 EF; nu artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU).

32 **Begrundelse for forelæggelsen**

33 **Betragtninger om polsk ret**

34 Artikel 647-648 i den polske civillovbog regulerer byggekontrakter. Disse bestemmelser indeholder ikke særskilte regler vedrørende garantier. De eneste henvisninger til andre typer kontrakter findes i civillovbogens artikel 656, hvorefter bestemmelserne om resultatkontrakter finder tilsvarende anvendelse på følgerne af entreprenørens forsinkelse med at påbegynde arbejdet eller færdiggøre anlægget eller entreprenørens udførelse af arbejdet på en mangelfuld eller kontraktafvigende måde, eller garantien for mangler ved det opførte anlæg samt investors ret til at træde tilbage fra kontrakten, inden anlægget er færdiggjort.

35 Garantiforpligtelser er kun direkte reguleret i polsk ret i forhold til købsaftaler. I henhold til civillovbogens artikel 581, såfremt garantistilleren, under udførelsen af sine forpligtelser, har ombyttet en mangelfuld genstand og har leveret en fejlfri vare til garantihaveren eller foretaget væsentlige reparationer på den af garantien omfattede genstand, løber garantiperioden på ny fra tidspunktet for levering af den fejlfri vare eller returnering af den reparerede vare. Hvis garantistilleren har udskiftet en del af genstanden, gælder ovenstående bestemmelse tilsvarende for den udskiftede del.

36 Bestemmelserne i den civile lovbog vedrørende resultatkontrakter (som der henvises til i titlen i denne lov vedrørende kontrakter for bygge- og anlægsarbejde) regulerer heller ikke garantiforpligtelser. Den 25. december 2014 trådte en ændring af civillovbogens artikel 638, der regulerer resultatkontrakter, i kraft, hvor stk. 2 blev indført, hvoraf fremgår, at hvis der gives køberen garanti for det udførte arbejde, finder bestemmelserne om garantier ved køb tilsvarende anvendelse, men denne regel finder dog ikke anvendelse på den omtvistede sag.

37 Det er i Polen almindeligt anerkendt, både i forretnings- og retspraksis, at manglen på lovregulering, der direkte vedrører garantier i byggekontrakter, ikke udelukker, at parterne kan aftale anvendelse af garantier, også i denne type kontrakter, i overensstemmelse med princippet om aftalefrihed, som indebærer, at aftaleparterne frit kan udforme deres retsforhold, blot dets indhold eller formål ikke er i strid med forholdets egenart (natur), loven eller samfundslivets principper (artikel 353¹, i den civile lovbog).

38 Inden for de ovennævnte grænser kan parterne forme garantiforholdet på enhver måde, f.eks. ved at anvende bestemmelserne i civillovbogen vedrørende garantier i købsaftaler, ved at undtage deres direkte anvendelse og forme egne bestemmelser, samt ændre disse bestemmelser, for eksempel ved delvist at anvende dem, ved delvist at henvise til dem, og i den resterende del ved at skabe deres egne kontraktretlige sædvaner.

- 39 Spørgsmålet om analog anvendelse af garantibestemmelser i en købsaftale om en byggekontrakt vækker kontroverser både i de nationale domstoles retspraksis og i den juridiske litteratur. Den forelæggende ret deler den opfattelse, at ved i kontrakten at indføre en henvisning til de relevante bestemmelser i civillovbogen, bør bestemmelserne i civillovbogen om garantier ved køb anvendes analogt på garantien ydet for genstanden for byggekontrakten, i det omfang det ikke er reguleret i kontraktbestemmelserne.
- 40 Samtidig regulerer nationale bestemmelser om offentlige indkøb heller ikke ovenstående spørgsmål, idet disse kun henviser til kontraktens genstand generelt, hvilket kræver en præcis definition af de krav og omstændigheder, der kan påvirke udarbejdelsen af et tilbud. Ved specificering af de oplysninger, der skal medtages i udbudsbekendtgørelsen, nævner disse bestemmelser for eksempel ikke omstændigheder relateret til gældende lovgivning, idet der er en formodning om, at enheder, der driver erhvervsvirksomheder, har kendskab til almen, gældende ret, også i situationer, hvor anvendelsen af bestemte retsnormer er kontroversielt.
- 41 Under hensyntagen til ovenstående følger det efter den forelæggende rets opfattelse, at den polske lov om offentlige indkøb (uanset hvilken af de love, der regulerer dette spørgsmål, finder anvendelse) ikke er til hinder for, at bestemmelser i national lovgivning, der ikke direkte henvises til i kontraktbestemmelserne, i udbudsmaterialet og i de lovbestemmelser, der regulerer den type kontrakt, der er genstand for udbuddet, kan finde analog anvendelse.
- 42 Den gennemførte bevisoptagelsesprocedure gav ikke den forelæggende ret grundlag for at fastslå, at parterne effektivt havde udelukket anvendelsen af artikel 581 i den civile lovbog, og eftersom rekuperatorerne blev erstattet med fejlfrie modeller, ville garantiperioden begynde forfra.
- 43 Betragtninger om EU-retten**
- 44 Sagsøgerens holdning vedrørende anvendelsen af bestemmelserne om salgsgarantier ved analog anvendelse i forhold til bestemmelserne i kontrakten mellem parterne, er begrundet i lyset af bestemmelserne i national lovgivning, hvilket bør føre til den konklusion, at garantien er fornyet. Det er derfor nødvendigt at vurdere, om EU-rettens bestemmelser er til hinder for en sådan fortolkning af national lovgivning henset til kontraktens grænseoverskridende karakter og inddragelsen som sagsøgt i et konsortium bestående af enheder fra forskellige medlemsstater.
- 45 I henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18/EF (nu artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU) overholder de ordregivende myndigheder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.
- 46 Principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling kræver, at alle tilbudsgivere har samme mulighed for at formulere deres tilbud, og at alle tilbud

er underlagt de samme kriterier. Dette princip er ikke i strid med de krav, der stilles til de økonomiske aktører, med det forbehold, at der ikke sker forskelsbehandling mellem de økonomiske aktører (C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser/Manova A/S, [ECLI:EU:C:2013:647]).

- 47 I forhold til det deraf følgende princip om gennemsigtighed, fandt Domstolen, for eksempel i kendelse C-35/17, at denne forpligtelse indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således, at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå det nøjagtige indhold og fortolke det på samme måde, og for det andet således, at den ordregivende myndighed behørigt kan kontrollere, om de bydendes bud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt (jf. i denne retning domme af 6.11.2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis; og af 2.6.2016, *Pizzo*, C-27/15 EU:C:2016:404, præmis 36).
- 48 I lyset af ovenstående principper er det tvivlsomt, om og i hvilket omfang det er muligt, på grundlag af bestemmelserne i national ret, der anvendes analogt i forbindelse med udførelsen af en offentlig kontrakt, at fastlægge indholdet af parternes forpligtelser, der ikke klart er angivet i udbudskontrakten eller udbudsmaterialet.
- 49 Er det i overensstemmelse med princippet om gennemsigtighed at udlede entreprenørens forpligtelser af fortolkningen af lovgivningen i national retspraksis, hvilket kan være særligt ugunstigt for tilbudsgivere med hjemsted i andre medlemsstater, fordi deres kendskab til national lovgivning og fortolkningen heraf, såvel som nationale myndigheders praksis, ikke kan forventes at være på samme niveau som nationale tilbudsgivere?
- 50 Ovenstående vedrører navnlig en fortolkning af national lovgivning, der som grundlag for afgørelsen ikke kun tager udgangspunkt i de bestemmelser i national lovgivning, der direkte vedrører en given kontrakttype, men også de bestemmelser, der anvendes ved at supplere nationale bestemmelser analogt med bestemmelser vedrørende andre typer af kontrakter.
- 51 Det er væsentligt at bemærke, at anvendelsen af sådanne bestemmelser analogt, indirekte kan påvirke omfanget af entreprenørernes forpligtelser, der følger af kontraktens bestemmelser, men som ikke direkte er indeholdt i udbudsbekendtgørelsen eller i kontraktvilkårene. Omfanget af forpligtelserne har en direkte indflydelse på den pris, der fremgår af entreprenørernes tilbud, fordi enheder, der deltager i udbuddet som erhvervsdrivende, af indlysende grunde opererer med henblik på at opnå en fortjeneste, hvorfor de tilbud, de afgiver, skal indeholde et vederlag, der overstiger værdien af de tjenesteydelser, de vil være forpligtede til at afgive som følge af kontrakten. I lyset af dette kan manglende præcisering af omfanget af disse forpligtelser, f.eks. ved eksplicit at undlade at

angive, at udskiftning af dele af kontraktens genstand med nye dele, medfører, at garantiperioden genstarter, derfor påvirke tilbudspriserne fra tilbudsgivere, og i sidste ende kan det, i forhold til enheder uden fuldt kendskab til det nationale retssystemets særlige karakter, føre til en situation, hvor en sådan enhed afgiver et tilbud i udbuddet, som den ikke ville have afgivet, hvis den havde fuldt kendskab til gældende regler herom.

52 Domstolen har allerede fastslået, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en økonomisk aktør udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt den ikke overholder en forpligtelse, der ikke udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet eller af den gældende nationale lov, men af en fortolkning af denne lov samt af en udfyldning af mangler, som nævnte dokumenter frembyder, foretaget af den nationale administrative myndigheder eller retsinstanser (jf. i denne retning dom af 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 51).

53 Selv om ovennævnte dom fra Domstolen vedrørte et andet spørgsmål relateret til offentlige indkøbsudbud (nærmere bestemt, at entreprenøren blev udelukket fra udbuddet), bør selve konklusionen, hvori det erklæres, at det er uacceptabelt for en offentlig indkøbsdeltager at udelukke at udlede sine forpligtelser af fortolkningen af en national retsakt, som ikke følger direkte af den gældende nationale retsakt, og udbudsmaterialet, anses for at finde anvendelse generelt. Henset til forskellene i problemstillingen, der forelå i den nævnte afgørelse (vedrørende udbudsfasen) og den problemstilling, der er rejst i den foreliggende sag (stadiet for udførelse af offentlige indkøb), er det berettiget at anmode Domstolen om en afklaring af dette spørgsmål. Desuden vil kendskab til praksis for anvendelse af loven i en given medlemsstat medføre, at en sådan enhed vil indregne den potentielle risiko for garantifornyelse i prisen og derfor afgive et mindre fordelagtigt tilbud, set ud fra forholdene i denne konkret sag. En sådan situation kan også føre til konkurrencefordrejning på det fælles marked og er ikke ønskelig. Principperne om ikke-forskelsbehandling og ligebehandling af enheder fra forskellige medlemsstater bør føre til en situation, hvor kontrakten og udbudsmaterialet er udarbejdet på en måde, der gør det muligt for alle rimeligt informerede og omhyggelige tilbudsgivere at beregne prisen på baggrund af klart beskrevne forpligtelser. Det forekommer derfor tvivlsomt at tillade muligheden for at fastsætte omfanget af disse forpligtelser på grundlag af national lovgivning, der anvendes analogt, udelukkende baseret på en generel henvisning i kontrakten. At det skal fastslås inden for den tid, der er angivet i udbudsproceduren, at bestemmelserne i en anden kontrakt finder anvendelse analogt på den kontrakt, der er angivet i ordren, overstiger tilbudsgivernes almindelige omhu, især når denne fortolkning følger af nationale myndigheders praksis, der ikke er ensartet.

54 Det præjudicielle spørgsmål og forslag til afgørelse

55 Under hensyntagen til ovenstående finder den forelæggende ret det begrundet, i henhold til artikel 267 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, at anmode Den Europæiske Unions Domstol om at besvare følgende spørgsmål:

Skal principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (nu artikel 18, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF) fortolkes således, at de udelukker en fortolkning af national lovgivning, der gør det muligt at fastlægge indholdet af en kontrakt om offentlige indkøb indgået med et konsortium sammensat af enheder fra forskellige EU-medlemsstater, således at kontrakten må anses for at fastsætte en forpligtelse, der indirekte havde kunnet påvirke fastsættelsen af den pris, der er angivet i entreprenørens tilbud, men hvilken forpligtelse ikke udtrykkeligt er fastsat i kontraktens indhold eller i udbudsmaterialet, men som følger af en bestemmelse i national ret, der ikke finder direkte anvendelse på denne kontrakt, men som anvendes analogt?

- 56 Den forelæggende ret foreslår, at spørgsmålet besvares bekræftende.