Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 6. Februar 2025 [1]

Rechtssache C-82/24

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.
gegen
Veolia Water Technologies sp. z o.o.,
Krüger A/S,
OTV France,
Haarslev Industries GmbH,
Warbud S.A.

(Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Okręgowy w Warszawie [Regionalgericht Warschau, Polen])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Vergabe öffentlicher Aufträge – Richtlinie 2004/18/EG – Art. 2 – Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz – Verpflichtung, die nicht ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen oder im Vertrag vorgesehen ist – Ergänzende Anwendung des Zivilrechts aufgrund eines Verweises in den Vertragsklauseln – Neubeginn der Garantie, der sich aus der Auslegung von analog anwendbaren Rechtsvorschriften ergibt – Durchschnittlich fachkundiger und mit der üblichen Sorgfalt handelnder Bieter“

1. Der Rechtsstreit, der diesem Vorabentscheidungsersuchen zugrunde liegt, betrifft den zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer eines öffentlichen Auftrags über den Ausbau und die Modernisierung einer Kläranlage vereinbarten Garantiezeitraum.

2. Der Streit dreht sich um eine mögliche Verlängerung des Garantiezeitraums über den ausdrücklich im Vertrag vereinbarten Zeitraum hinaus. Das vorlegende Gericht hat Zweifel, ob eine solche Verlängerung, soweit sie vom öffentlichen Auftraggeber einseitig vorgeschrieben wird, mit den Grundsätzen vereinbar ist, die in Art. 2 der in zeitlicher Hinsicht anwendbaren Richtlinie 2004/18/EG [2] verankert sind.

[1] Originalsprache: Spanisch.

[2] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114).

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

1. Richtlinie 2004/18

3. Art. 2 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) sieht vor:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

4. Art. 12 („Aufträge im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und der Postdienste“) lautet:

„Diese Richtlinie gilt weder für öffentliche Aufträge im Bereich der Richtlinie 2004/17/EG, die von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, die eine oder mehrere Tätigkeiten gemäß Artikel 3 bis 7 der genannten Richtlinie ausüben, und die der Durchführung dieser Tätigkeiten dienen, noch für öffentliche Aufträge, die gemäß Artikel 5 Absatz 2, Artikel 19, Artikel 26 und Artikel 30 der genannten Richtlinie nicht in ihren Geltungsbereich fallen.

Diese Richtlinie gilt jedoch weiterhin für öffentliche Aufträge, die von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, die eine oder mehrere Tätigkeiten gemäß Artikel 6 der Richtlinie 2004/17/EG ausüben, und die der Durchführung dieser Tätigkeiten dienen, solange der betreffende Mitgliedstaat von der in Artikel 71 Absatz 1 Unterabsatz 2 der genannten Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch macht, um die Anwendung der Maßnahmen zu verschieben.“

5. Art. 26 („Bedingungen für die Auftragsausführung“) sieht vor:

„Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

2. Richtlinie 2004/17/EG[3]

6. Art. 4 („Wasser“) sieht vor:

„(1) Unter diese Richtlinie fallen folgende Tätigkeiten:

a) die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser,

b) die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze.

[3] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. 2004, L 134, S. 1).

(2) Diese Richtlinie findet auch auf die Vergabe von Aufträgen und die Durchführung von Wettbewerben durch Auftraggeber Anwendung, die eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 1 ausüben, wenn diese Aufträge

a) mit Wasserbauvorhaben sowie Bewässerungs- und Entwässerungsvorhaben im Zusammenhang stehen, sofern die zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 % der mit den entsprechenden Vorhaben bzw. Bewässerungs- oder Entwässerungsanlagen zur Verfügung gestellten Gesamtwassermenge ausmacht, oder

b) mit der Ableitung oder Klärung von Abwässern im Zusammenhang stehen.

…“

7. Art. 10 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) schreibt vor:

„Die Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

8. Art. 38 („Bedingungen für die Auftragsausführung“) bestimmt:

„Die Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung, die als Aufruf zum Wettbewerb dient, oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

B. Nationaler rechtlicher Rahmen

1. (Altes) Gesetz über das öffentliche Vergaberecht vom 29. Januar 2004[4]

9. Gemäß Art. 29 Abs. 1 ist der Auftragsgegenstand in den Verdingungsunterlagen 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.

10. Nach Art. 36 Abs. 1 Nr. 16 müssen die Verdingungsunterlagen mindestens die für die Parteien wesentlichen Bedingungen, die Allgemeinen Vertragsbedingungen oder das Vertragsmuster enthalten, wenn der öffentliche Auftraggeber vom Auftragnehmer verlangt, einen öffentlichen Auftrag zu solchen Bedingungen abzuschließen.

[4] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. 2007, Nr. 223, Pos. 1655, in geänderter Fassung).

2. Zivilgesetzbuch[5]

11. Art. 353[1] sieht vor:

„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."

12. Art. 581 § 1, der im Titel über Kaufverträge enthalten ist, lautet:

„Wenn der Garantiegeber in Erfüllung seiner Verpflichtungen dem Garantienehmer 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."

II. Sachverhalt, Rechtsstreitigkeiten und Vorlagefrage

13. Die Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.[6] (im Folgenden: öffentlicher Auftraggeber) veröffentlichte eine Bekanntmachung über die offene Ausschreibung des Auftrags Nr. 8/JRP/R/2008 „Modernisierung und Ausbau der Kläranlage Czajka (thermische Behandlung von Klärschlamm)".

14. Ein Unternehmenskonsortium unter Federführung der Veolia Water Technologies sp. z o.o. (im Folgenden: Veolia) mit Sitz in Warschau[7] nahm an der Ausschreibung teil und erhielt den Zuschlag.

15. Der Vertrag zwischen Veolia und dem öffentlichen Auftraggeber wurde am 1. August 2008 unterzeichnet.

16. Der Vertrag umfasste den Bau einer thermischen Behandlungsanlage für Klärschlamm, bei der zwei Rekuperatoren an zwei voneinander unabhängigen Abfallverbrennungslinien eingebaut werden sollten.

17. Der Vertrag enthielt auch eine Klausel („Garantiekarte"), in der ein Garantiezeitraum von 36 Monaten ab der Ausstellung des Werkabnahmeprotokolls festgelegt wurde.

18. In Ziff. 6.1 des Vertrags war vorgesehen, dass „[b]ei Angelegenheiten, die nicht in dieser Garantiekarte geregelt sind, … die einschlägigen Bestimmungen des polnischen Rechts, insbesondere die des Zivilgesetzbuchs, [gelten]".

[5] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964, Nr. 16, Pos. 93, in geänderter Fassung).

[6] Es handelt sich um die für die Trinkwasserversorgung und die Abwasserentsorgung der Stadt Warschau (Polen) zuständige Gesellschaft.

[7] Zu dem Konsortium gehörten neben Veolia die Krüger A/S mit Sitz in Søborg (Dänemark), die OTV France mit Sitz in Saint-Maurice (Frankreich), die Haarslev Industries GmbH mit Sitz in Bruchsal (Deutschland) und die Warbud S.A. mit Sitz in Warschau. Im Folgenden gehe ich davon aus, dass Veolia im Namen des Konsortiums handelt.

19. Die vertragsgegenständlichen Arbeiten hätten bis zum 30. Oktober 2010 ausgeführt werden müssen. Allerdings wurde diese Frist bis zum 30. November 2012 verlängert. Am 21. März 2013 wurde das Werksabnahmeprotokoll erstellt.

20. Am 26. September 2014 bzw. am 3. März 2015 teilte der öffentliche Auftraggeber Veolia mit, dass der Rekuperator der Linie 2 bzw. der der Linie 1 einen Mangel aufwies.

21. Veolia tauschte die mangelhaften Rekuperatoren entsprechend der Garantiekarte aus. Die Inbetriebnahme der neuen Rekuperatoren erfolgte am 22. Februar bzw. am 28. April 2016.

22. Am 27. November 2018 teilte der öffentliche Auftraggeber Veolia mit, dass (erneut) ein Mangel bei den beiden bereits ersetzten Rekuperatoren aufgetreten sei, und verlangte, sie im Rahmen der Garantie zu reparieren oder zu ersetzen.

23. Veolia lehnte diese Forderung mit der Begründung ab, dass der Garantiezeitraum abgelaufen sei.

24. Die unterschiedlichen Auffassungen der Vertragsparteien führten zu zwei Rechtsstreitigkeiten vor dem Sąd Okręgowy w Warszawie (Regionalgericht Warschau, Polen), die dieses Gericht verband:

– Einerseits verlangt der öffentliche Auftraggeber von Veolia die Zahlung von 5 661 772,39 Euro an Vertragsstrafen, verbunden mit einem Hilfsantrag; und einen Betrag von 11 351 601,62 Zloty (PLN) als Schadensersatz für die nicht ordnungsgemäße Vertragserfüllung, hilfsweise einen Betrag von 2 533 839,65 Euro.

– Andererseits verlangt Veolia vom öffentlichen Auftraggeber die Zahlung eines Betrags von 3 766 666,36 Euro, was den Beträgen entspricht, die der öffentliche Auftraggeber aus den gestellten Bankgarantien erhalten hat.

25. Vor diesem Hintergrund legt das Gericht, das über diese Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden hat, dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

Sind die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und des fairen Wettbewerbs gemäß Art. 2 der Richtlinie 2004/18 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 Konsortium 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?

III. Verfahren vor dem Gerichtshof

26. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 1. Februar 2024 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

27. Veolia, der öffentliche Auftraggeber, die polnische Regierung und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

28. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nicht als erforderlich angesehen worden.

IV. Würdigung

A. Vorbemerkungen

1. Anwendbare Richtlinie

29. Die Kommission befasst sich zunächst mit der Frage, ob die Richtlinie 2004/18 auf den vorliegenden Rechtsstreit anzuwenden ist oder ob vielmehr die Richtlinie 2004/17 anwendbar ist[8].

30. Die Richtlinie 2004/17 regelt speziell die Vergabe von Aufträgen und die Durchführung von Wettbewerben durch Auftraggeber, deren Tätigkeit die Einspeisung von Trinkwasser mittels fester Verteilernetze umfasst, wenn diese Aufträge u. a. mit der Ableitung oder Klärung von Abwässern im Zusammenhang stehen (Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/17).

31. Wie die Kommission anmerkt[9], deren Auffassung ich teile, scheint alles dafür zu sprechen, dass es die Richtlinie 2004/17 ist, die zu berücksichtigen ist, denn

– der öffentliche Auftraggeber liefert Trinkwasser an die Einwohner des Ballungsraums Warschau und betreibt die festen Trink- und Abwassernetze in Warschau;

– Gegenstand des Vertrags sind der Ausbau und die Modernisierung einer Kläranlage, die der Ableitung oder Klärung von Abwässern dient, und diese Tätigkeiten sind in Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 ausdrücklich aufgeführt.

32. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, dem alle Informationen über den Auftrag und die Tätigkeit des öffentlichen Auftraggebers zur Verfügung stehen, die tatsächlichen Umstände zu überprüfen, auf deren Grundlage es zu beurteilen hat, welche der beiden Richtlinien einschlägig ist.

33. In Wahrheit handelt es sich um eine Frage von geringer praktischer Bedeutung, da die Regelungen zu den Grundsätzen der Auftragsvergabe in der Richtlinie 2004/18 (Art. 2) und in der Richtlinie 2004/17 (Art. 10) im Wesentlichen übereinstimmen.

34. Ich werde mich jedenfalls auf die Auslegung der Richtlinie 2004/18 konzentrieren, die in der Vorlageentscheidung angeführt wird und auf die sich die Verfahrensbeteiligten während des Vorabentscheidungsverfahrens bezogen haben.

[8] Die Richtlinie 2004/18 gilt nach ihrem Art. 12 nicht für öffentliche Aufträge im Bereich der Richtlinie 2004/17.

[9] Rn. 35 ihrer schriftlichen Erklärungen unter Angabe der Website des öffentlichen Auftraggebers (https://www.mpwik.com.pl/view/dane-spolki).

2. Richtlinie 2004/18 und Auftragsausführung

35. Größere Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob Art. 2 der Richtlinie 2004/18 auf ein Ereignis anwendbar ist, das im Abschnitt der Auftragsausführung eingetreten ist, also Jahre nach der Auftragsvergabe und der Unterzeichnung des Vertrags.

36. Die Schwierigkeit ergibt sich aus dem Umstand, dass die Richtlinie 2004/18 die Koordinierung der *Verfahren zur Vergabe* bestimmter öffentlicher Aufträge zum Ziel hatte. Insbesondere wurden in ihrem Art. 2 drei Grundsätze aufgeführt, denen die „Vergabe von Aufträgen" unterlag.

37. Die Richtlinie 2004/18 regelte umfassend die *Vergabe* und enthielt isolierte Regelungen zur *Ausführung* von Aufträgen. Dagegen wurde in der späteren Richtlinie 2014/24/EU[10] der *Ausführung* öffentlicher Aufträge ein gesondertes Kapitel gewidmet[11].

38. Dieser Unterschied zwischen den Regelungen ist allerdings zu relativieren: Inhalte, die in der Richtlinie 2014/24 im Kapitel über die Auftragsausführung zusammengefasst werden, werden in der Richtlinie 2004/18, einer anderen Systematik folgend, in dem Titel behandelt, der sich den Verdingungs- und den Auftragsunterlagen widmet.

39. Dies ist z. B. bei den Bestimmungen über die Bedingungen für die Auftragsausführung (Art. 70 der Richtlinie 2014/24 und Art. 26 der Richtlinie 2004/18) oder über die Vergabe von Unteraufträgen (Art. 71 der Richtlinie 2014/24 und Art. 25 der Richtlinie 2004/18) der Fall.

40. Was die Änderung von Verträgen während ihrer Laufzeit anbelangt, hat der Gerichtshof, obwohl die Richtlinie 2004/18 keine Art. 72 der Richtlinie 2014/24 inhaltlich entsprechende Bestimmung enthält, Art. 2 der Richtlinie 2004/18 bereits dahin ausgelegt, dass ein öffentlicher Auftrag nach seiner Vergabe nicht wesentlich geändert werden darf, ohne dass ein neues Vergabeverfahren eröffnet wird[12].

41. Vor diesem rechtlichen Hintergrund ließe sich die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18 auf den vorliegenden Fall auf drei Annahmen stützen: a) dass in Wirklichkeit eine Vertragsänderung vorliegt, wenn der Inhalt einer Klausel der Verdingungsunterlagen dahin ausgelegt wird, dass aus ihr Verpflichtungen abgeleitet werden, die sich nicht ausdrücklich aus den Vertragsbestimmungen ergeben[13], b) dass die Verdingungsunterlagen oder die Vertragsunterlagen, weil sie die Garantiekarte in der Art und Weise enthielten, in der sie es taten, schon zum Zeitpunkt der Vergabe nicht mit den Grundsätzen von Art. 2 der Richtlinie 2004/18 vereinbar waren und c) dass die Garantiekarte als solche eine Bedingung für die Auftragsausführung darstellte.

[10] Richtlinie 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, S. 65).

[11] Titel II Kapitel IV Art. 70 bis 73 der Richtlinie 2014/24.

[12] Urteil vom 7. September 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, Tenor). Die Änderung war in der Phase der Auftragsausführung erfolgt.

[13] Rn. 29 der schriftlichen Erklärungen der polnischen Regierung.

42. Von diesen drei Annahmen trifft meines Erachtens nicht zu, dass eine Vertrags*änderung* erfolgt ist; in diesem Punkt stimme ich mit der polnischen Regierung überein. Die These einer Änderung scheitert daran, dass die umstrittene Bestimmung von Anfang an im Vertrag enthalten war. Zudem wurde sie tatsächlich und unstreitig umgesetzt, da Veolia bei der ersten Gelegenheit, bei der dies von ihr verlangt wurde, die mangelhaften Rekuperatoren austauschte.

43. Veolia hat das Bestehen einer Verpflichtung zum Austausch der „zweiten" Rekuperatoren aufgrund der Garantie nicht deshalb bestritten, weil eine Änderung vorgenommen worden war, sondern weil ihrer Ansicht nach eine entsprechende vertragliche Verpflichtung wegen des Ablaufs des vereinbarten Garantiezeitraums nicht mehr bestand.

44. Betrachtet man die Garantiekarte aus dem Blickwinkel der *Auftragsvergabe*, so sehe ich keinen Grund dafür, grundsätzlich an der Gültigkeit der Garantiekarte oder gar an der des Vertrags insgesamt zu zweifeln. Gründe der Rechtssicherheit und die Systematik der Richtlinie über Nachprüfungsverfahren [14] verbieten es, die Diskussion über die Rechtmäßigkeit einer akzeptierten und seinerzeit nicht angefochtenen Vergabeentscheidung wiederzueröffnen [15].

45. Aus der Vorlageentscheidung geht hervor, dass der Auftragnehmer nicht die Feststellung der Ungültigkeit der Vergabe mit der Begründung beantragt, dass der Auftrag eine Garantieklausel enthalte, die ihn, wenn sie den Zeitraum umfasst hätte, von dem der öffentliche Auftraggeber jetzt ausgehe, veranlasst hätte, sein Angebot nicht (oder zu einem höheren Preis) vorzulegen. Er strebt lediglich an, dass diese Klausel dahin ausgelegt wird, dass sie ihn nicht dazu verpflichtet, die mangelhaften Rekuperatoren ein zweites Mal auszutauschen.

46. Soweit die Auslegung, die der öffentliche Auftraggeber vertritt, damit sie im Abschnitt der Auftragsausführung Wirkungen entfaltet, auf eine Verzerrung der vereinbarten Vertragsklauseln (im Sinne der Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil Kommission/CAS Succhi di Frutta [16]) hinausliefe, würde sich die Diskussion mittelbar auf die Bedingungen der Vergabe selbst erstrecken.

47. Schließlich könnte die Garantiekarte als eine zusätzliche Bedingung für die *Auftragsausführung* angesehen werden, die unter Art. 26 der Richtlinie 2004/18 fiele. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung können die öffentlichen Auftraggeber solche Bedingungen vorschreiben, sofern sie mit dem Unionsrecht vereinbar und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben sind [17].

48. Soweit sich die Garantiekarte auf die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen nach Abschluss des Vertrags auswirkt, besteht kein unüberwindbares Hindernis dafür, sie letztlich als Bedingung für die Auftragsausführung einzustufen. Nach Erbringung des Nachweises, dass sie in

[14] Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. 1989, L 395, S. 33).

[15] Ich verweise auf meine Schlussanträge vom 17. Oktober 2024 in der Rechtssache Fastned Deutschland (C-452/23, EU:C:2024:894).

[16] Urteil vom 29. April 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236, Rn. 120).

[17] In meinen Schlussanträgen vom 28. Januar 2021 in der Rechtssache Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:79, Nr. 79) habe ich ausgeführt: „Die Rechtsprechung hat sich mit solchen zusätzlichen Bedingungen befasst, die ‚soziale Aspekte' betreffen, womit sie sich auf Bedingungen konzentriert hat, die auf einen Teil der nicht abschließenden Aufzählung im letzten Satz von Art. 26 der Richtlinie 2004/18 gestützt werden. Nichts spricht dagegen, dass solche Bedingungen andere Aspekte betreffen könnten, denn die Bezugnahme auf ‚soziale und umweltbezogene Aspekte' erfolgt nur beispielhaft (‚insbesondere')."

der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen enthalten war [18], wäre dann zu prüfen, ob sie mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung und der Transparenz, im Einklang steht.

49. Der Gerichtshof erlaubt es, die Grundsätze der öffentlichen Auftragsvergabe mit der Phase der Auftragsausführung zu verknüpfen [19]: „[D]ie öffentlichen Auftraggeber [müssen] *während des gesamten Verfahrens* die in Art. 18 der Richtlinie 2014/24 genannten Grundsätze der Auftragsvergabe, zu denen insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit zählen, einhalten“ [20].

50. Angesichts der wiederholten Nennung der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz in aufeinanderfolgenden Erwägungsgründen der Richtlinie 2014/24 ist es logisch, Art. 18 Abs. 1 dieser Richtlinie, in dem diese Grundsätze der öffentlichen Auftragsvergabe aufgeführt sind, dahin auszulegen, dass diese sich nicht auf die Phase der Auftragsvergabe beschränken.

51. Es stimmt zwar, dass sich diese Rechtsprechung auf die Vergaberichtlinien von 2014 bezieht, die in zeitlicher Hinsicht auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sind. Ich sehe jedoch keine unüberwindbaren Schwierigkeiten, sie ungeachtet der Unterschiede auf Aufträge auszudehnen, die unter die Richtlinie 2004/18 fallen, deren Grundsätze der Auftragsvergabe (Art. 2) in allen Phasen des Bestehens eines Vertrags beachtet werden müssen.

52. Andernfalls ergäbe sich eine unerwünschte Wirkung, die der Gerichtshof im Urteil Kommission/CAS Succhi di Frutta angesprochen hat: „Wäre der Auftraggeber … berechtigt, im *Abschnitt der Auftragsausführung* die Ausschreibungsbedingungen selbst nach Belieben zu ändern, obwohl eine entsprechende ausdrückliche Ermächtigung in den einschlägigen Bestimmungen fehlt, würden die Bestimmungen für die Auftragsvergabe, wie sie ursprünglich festgelegt wurden, verzerrt.“ [21]

53. Demzufolge spricht aus meiner Sicht nichts dagegen, dass der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht in dieser Rechtssache Hinweise zur Auslegung von Art. 2 der Richtlinie 2004/18 gibt.

B. Antwort auf die Vorlagefrage

54. Es scheint mir sinnvoll, zunächst den Inhalt der Diskussion zwischen den Parteien über die vereinbarte Garantieklausel und deren zeitliche Begrenzung wiederzugeben:

– Nach dem Vertrag sollte der Garantiezeitraum mit dem Tag der Ausstellung des Werksabnahmeprotokolls beginnen und 36 Monate später enden (d. h. spätestens am 30. April 2015). Die Garantiefrist lief somit noch, als der öffentliche Auftraggeber Veolia über die „ersten Mängel“ informierte, was von Veolia vorbehaltlos akzeptiert wurde.

[18] Die Ausführungen in der Vorlageentscheidung deuten darauf hin, dass die umstrittene Klausel in der Bekanntmachung enthalten war und dass nur die Anwendbarkeit von Art. 581 § 1 des Zivilgesetzbuchs in Frage gestellt wird, da Veolia zufolge weder im Vertrag noch in der Bekanntmachung „angegeben war, dass diese Bestimmung auf die von den Auftragnehmern gegebene Garantie anwendbar ist“.

[19] Der Zusammenhang zwischen Art. 18 Abs. 1 und Art. 70 der Richtlinie 2014/24 kann dem Urteil vom 8. Juli 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, Rn. 63 und Tenor Nr. 2), entnommen werden, ebenso wie dem Urteil vom 7. September 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, Rn. 90).

[20] Urteil vom 26. September 2019, Vitali (C-63/18, EU:C:2019:787, Rn. 39). Hervorhebung nur hier. Es handelte sich um eine Rechtssache im Zusammenhang mit der Vergabe von Unteraufträgen, die in der Richtlinie 2014/24, wie ich bereits ausgeführt habe, ebenso wie die Bedingungen für die Auftragsausführung im Kapitel über die Auftragsausführung geregelt ist.

[21] Urteil vom 29. April 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236, Rn. 120). Hervorhebung nur hier.

– Als der öffentliche Auftraggeber Veolia über die „zweiten Mängel“ informierte (am 27. November 2018), war der vereinbarte Zeitraum von 36 Monaten hingegen bereits abgelaufen. Die Diskussion dreht sich um die Frage, ob der Garantiezeitraum ungeachtet dieses Ablaufs mit der Lieferung der Ersatzrekuperatoren durch Veolia zur Behebung der ersten Mängel (am 22. Februar 2016 für die Linie 2 und am 28. April 2016 für die Linie 1) neu zu laufen begonnen hatte.

– Der öffentliche Auftraggeber trägt vor, die Verlängerung des Garantiezeitraums um weitere 36 Monate ergebe sich aus der Anwendung der allgemeinen Vorschriften des polnischen Rechts, auf die in der Garantiekarte verwiesen worden sei. Gemäß deren Klausel 6.1 fänden die einschlägigen Vorschriften des polnischen Rechts, darunter das Zivilgesetzbuch, auf die Angelegenheiten Anwendung, die in der Garantiekarte nicht geregelt seien. Nach Art. 581 § 1 des Zivilgesetzbuchs, der den Kaufvertrag betreffe, beginne der Garantiezeitraum mit der Lieferung der mangelfreien Sache oder der Rückgabe der reparierten Sache neu zu laufen.

– Veolia macht dagegen geltend, dass der Vertrag mit der Regelung der Garantiekarte die Garantie vollständig und genau geregelt habe. Aus dem Wortlaut des Vertrags folge, dass eine Verlängerung der Garantie über das Vereinbarte hinaus von den Vertragsparteien nicht beabsichtigt gewesen sei.

– Veolia fügt hinzu, dass Art. 581 § 1 des Zivilgesetzbuchs, der den Kaufvertrag betreffe, nicht anwendbar sei. Weder hätten die Parteien im Vertrag vereinbart, dass diese Bestimmung auf die gewährte Garantie anzuwenden sei, noch habe der öffentliche Auftraggeber dies in der Bekanntmachung angegeben. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung verstoße daher gegen die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und des fairen Wettbewerbs, die in der Richtlinie 2004/18 niedergelegt seien, da sie einen Verweis auf Bedingungen bedeute, die sich nicht eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen oder den geltenden nationalen Rechtsvorschriften ergäben, sondern nur aus der Auslegung dieser Rechtsvorschriften.

55. Das vorlegende Gericht führt als Gründe für die Vorlage einige das nationale Recht betreffende Gründe (Rn. 34 bis 42 der Vorlageentscheidung) und einige das Unionsrecht betreffende Gründe (Rn. 44 bis 53 dieser Entscheidung) an.

56. Ich denke, dass diese Systematik in der Darstellung dazu beitragen kann, die Vorlagefrage besser zu verstehen. Bevor ich auf die Frage eingehe, ob eine Vertragsklausel oder deren Auslegung mit der Richtlinie 2004/18 vereinbar ist, ist zu klären, wie das vorlegende Gericht diese Klausel *versteht*.

57. Grundsätzlich ist es Sache des vorlegenden Gerichts und nicht des Gerichtshofs, Klauseln in Verträgen, die Gegenstand einer Streitigkeit zwischen den Parteien sind, im Licht des Wortlauts, der Absicht der Vertragsparteien und der für solche Verträge geltenden Vorschriften des innerstaatlichen Rechts auszulegen.

58. Von dieser Prämisse ausgehend, hat das vorlegende Gericht zu klären, ob auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts die Garantiekarte: a) eine abschließende Regelung des Zeitraums enthielt, für den sie Wirkungen entfalten sollte, nämlich 36 Monate ab Ausstellung des Werkabnahmeprotokolls, ohne dass eine Verlängerung zu erfolgen hatte, oder b) durch die Klausel 6.1 dazu führte, dass dieser Zeitraum sich verlängerte, wenn die ergänzenden Vorschriften des polnischen Rechts, insbesondere die des Zivilgesetzbuchs, anwendbar waren.

59. Folgte das vorlegende Gericht der ersten Lösung, wäre der Rechtsstreit entschieden, und das vorlegende Gericht hätte den Gerichtshof wahrscheinlich nicht um Hilfe im Wege der Vorabentscheidung ersucht.

60. Alles scheint jedoch darauf hinzudeuten, dass das vorlegende Gericht nicht ausschließt, dass die Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs auf den vorliegenden Rechtsstreit Anwendung finden (d. h., es folgt der zweiten oben genannten Lösung).

61. In der Vorlageentscheidung heißt es nämlich, dass „die Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs über die Garantie beim Kaufvertrag analog auf die Garantie beim Bauvertrag anzuwenden sind, soweit sie nicht durch vertragliche Bestimmungen geregelt [ist]“ [22]. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts „steht … das polnische Vergaberecht … 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“ [23].

62. Bei den Überlegungen, die ich im Folgenden anstellen werde, ist die vom vorlegenden Gericht vorgenommene Auslegung des in Rede stehenden Vertrags zugrunde zu legen. Ich werde mich mit der Anwendung des Grundsatzes der Transparenz befassen, der eng mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung verknüpft ist.

63. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, „[soll] das Transparenzgebot, das mit dem Gleichheitssatz einhergeht, … im Wesentlichen gewährleisten, dass alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer die Entscheidung über die Teilnahme an Ausschreibungen auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen treffen können und die Gefahr von Günstlingswirtschaft und Willkür seitens der Vergabestelle ausgeschlossen ist“ [24].

64. Das Transparenzgebot hat zwei Aspekte:

– Zum einen „verlangt [es] vom öffentlichen Auftraggeber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit, der zum einen eine Öffnung für den Wettbewerb und zum anderen die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind“ [25].

– Zum anderen „verlangt [es], dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind, so dass … alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können …“ [26].

65. Dieser zuletzt genannte Aspekt ist im vorliegenden Fall relevant. Wie ich bereits dargelegt habe, dreht sich der Rechtsstreit im Kern um die Frage, ob Veolia angesichts des Wortlauts des Vertrags wissen konnte, wozu sie sich mit ihrer Unterzeichnung wirklich verpflichtete.

[22] Vorlageentscheidung, Rn. 39.

[23] Vorlageentscheidung, Rn. 41.

[24] Urteil vom 22. Juni 2017, Unibet International (C-49/16, EU:C:2017:491, Rn. 46).

[25] Urteil vom 4. April 2019, Allianz Vorsorgekasse (C-699/17, EU:C:2019:290, Rn. 61).

[26] Ebd. (Rn. 62).

66. Das vorlegende Gericht konzentriert sich insbesondere auf die mögliche Anwendung des Urteils Pizzo [27] auf den vorliegenden Fall, räumt aber ein, dass es in jener Rechtssache um den Ausschluss eines Bieters vom Vergabeverfahren gegangen sei, während der vorliegende Fall ein Ereignis in der Phase der Auftragsausführung betreffe.

67. Nachdem das vorlegende Gericht in der Vorlageentscheidung Rn. 51 des Urteils Pizzo [28] anführt,

– schlägt es eine „allgemeinere Gültigkeit" der im Urteil Pizzo enthaltenen Rechtsprechung vor. Danach sei es „unzulässig …, dass sich … Verpflichtungen … nicht unmittelbar aus dem anwendbaren nationalen Recht und aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, sondern nur aus der Auslegung eines nationalen Gesetzes" [29];

– äußert es Zweifel daran, dass ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dazu in der Lage wäre, einen Preis für sein Angebot zu berechnen, wenn sich die Tragweite seiner Verpflichtungen im Hinblick auf die Garantie aus der analogen Anwendung von (für eine andere Vertragsart gedachten) Bestimmungen ergebe, deren Auslegung aus einer Praxis nationaler Stellen resultiere, die zudem nicht einheitlich sei [30].

68. In der Rechtssache Pizzo ging es um den Ausschluss eines Bieters mit der Begründung, dass er eine der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren nicht erfüllt habe. Die Voraussetzung, die für den Ausschluss entscheidend war, war ausdrücklich weder in der Bekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen enthalten, sondern konnte aus allgemeinen nationalen Bestimmungen abgeleitet werden.

69. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot in der Rechtssache Pizzo nicht beachtet worden sind. Stark zusammengefasst war seiner Ansicht nach eine Auslegung des Wortlauts der Verdingungsunterlagen unzulässig, die die Teilnehmer am Vergabeverfahren (insbesondere, wenn es sich um ausländische Wirtschaftsteilnehmer handelte) vernünftigerweise nicht vorhersehen konnten.

70. Es stimmt zwar, dass im Urteil Pizzo der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot im Rahmen eines Vergabeverfahrens ausgelegt worden sind. Folgt man jedoch der von mir vertretenen Ansicht [31], dass Art. 2 der Richtlinie 2004/18 auch unter Umständen wie denen des vorliegenden Rechtsstreits entsprechend geltend gemacht werden kann, spricht nichts dagegen, die Feststellungen des Gerichtshofs aus jenem Urteil auf den vorliegenden Fall zu übertragen.

[27] Urteil vom 2. Juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), (im Folgenden: Urteil Pizzo).

[28] „[D]er Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot [sind] dahin auszulegen …, 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."

[29] Vorlageentscheidung, Rn. 53.

[30] Vorlageentscheidung, Rn. 53 a. E.

[31] Nrn. 35 bis 53 der vorliegenden Schlussanträge.

71. Von dieser Prämisse ausgehend ist es Sache des vorlegenden Gerichts, zu beurteilen, inwieweit eine Auslegung der Garantiekarte (einschließlich der Klausel 6.1), nach der der öffentliche Auftraggeber eine Verlängerung des vereinbarten Garantiezeitraums verlangen konnte, für einen sorgfältig handelnden Wirtschaftsteilnehmer vernünftigerweise vorhersehbar war.

72. Es gibt zwei Herangehensweisen, um zu dieser Auslegung zu gelangen, je nachdem, ob ausschließlich auf den engen und ausdrücklichen Wortlaut der Garantiekarte abgestellt wird und weniger auf die subjektiven Umstände des Wirtschaftsteilnehmers und den vertraglichen und rechtlichen Kontext oder ob vielmehr diesen zuletzt genannten Faktoren größere Bedeutung beigemessen wird.

73. Unabhängig von der gewählten Herangehensweise ist der Schlüssel meines Erachtens die (angemessene) Vorhersehbarkeit der vertretenen Lösung. Die Vorhersehbarkeit hängt wiederum von der Kenntnis des nationalen Rechts und vom Grad der Rechtssicherheit ab, die es den Wirtschaftsteilnehmern im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge bieten muss.

74. Wie das vorlegende Gericht zutreffend ausführt, ist die Länge des Garantiezeitraums für die Wirtschaftsteilnehmer ein relevanter Faktor bei der Festlegung eines angemessenen Preises für ihre Angebote. Solche Zeiträume sollten aus den Verdingungsunterlagen und den übrigen Vertragsunterlagen klar hervorgehen.

75. Zudem könnte es zu einer Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil der Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten kommen, wenn sie, auf den Wortlaut der Garantieklausel vertrauend, im Nachhinein mit einer Auslegung dieser Klausel konfrontiert sind, die sie vernünftigerweise nicht vorhersehen konnten.

76. Die Vertragsbedingungen müssen für sich genommen allen interessierten Bietern ermöglichen, ihren Inhalt und ihre Tragweite zu verstehen. Nur so ist die unerlässliche Transparenz und Rechtssicherheit gewährleistet.

77. In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Pizzo habe ich ausgeführt, dass es „nicht logisch [wäre], von den öffentlichen Auftraggebern zu verlangen, auch solche Bedingungen konkret anzugeben, deren Erfüllung durch allgemeine Rechtsvorschriften vorgeschrieben ist, die einem ‚gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter' nicht unbekannt sein können“ [32].

78. Ich wiederhole hier diese Feststellung, doch lässt sich daraus nicht ableiten, dass ich der Anerkennung vertraglicher Verpflichtungen zustimme, deren Vorhersehbarkeit sich vernünftigerweise nicht aus dem Vertrag selbst ergibt, auch wenn dieser in Verbindung mit allgemeinen Rechtsvorschriften gelesen wird, die unstreitig anwendbar sind.

79. Das vorlegende Gericht wird daher zu prüfen haben, ob im vorliegenden Fall eine über ihren Wortlaut hinausgehende Auslegung der Garantiekarte, die zur ergänzenden Anwendung der Vorschriften des polnischen Zivilgesetzbuchs über die Verlängerung des Garantiezeitraums bei Kaufverträgen führte, zulässig war.

[32] Schlussanträge vom 21. Januar 2016 (C-27/15, EU:C:2016:48, Nr. 52). Ich möchte daran erinnern, dass in der Rechtssache Pizzo die Ausschreibungsunterlagen gar keinen Hinweis auf die Voraussetzung enthielten, die zum Ausschluss der Bieter führte (Nichtzahlung eines gesetzlich vorgesehenen Beitrags). Im vorliegenden Fall ist die von Veolia unterzeichnete Garantiekarte im Vertrag vereinbart und verweist im Hinblick auf nicht geregelte Aspekte ausdrücklich auf die „einschlägigen Bestimmungen des polnischen Rechts, insbesondere die des Zivilgesetzbuchs“.

80. Um bei dieser Beurteilung zu helfen, könnte der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht folgende Hinweise geben:

– Legen die Vertragsparteien ausdrücklich einen bestimmten Garantiezeitraum fest, indem sie dessen Dauer und das Anfangs- und das Enddatum konkret bestimmen, ohne eine Verlängerung vorzusehen, könnte diese Regelung als vollständig und in sich abgeschlossen angesehen werden. Es bestünde dann keine Notwendigkeit, auf allgemeine Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts zurückzugreifen, da der vertragliche Wille, dessen Rechtmäßigkeit nicht in Zweifel gezogen wird, klar zum Ausdruck gebracht wurde.

– Der Inhalt von Klausel 6.1 gilt nur für „Angelegenheiten, die nicht in dieser Garantiekarte geregelt sind". Da der Garantiezeitraum eine in dieser Karte *geregelte Angelegenheit* ist, käme die in Klausel 6.1 vorgesehene Regelung nicht zum Tragen.

– Wollte man die Anwendung der Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs (die ergänzend und zudem analog wäre) zulassen, müsste die Auslegung der Regelung in Art. 581 § 1 des Zivilgesetzbuchs derart offenkundig sein, dass für einen sorgfältig handelnden und durchschnittlich fachkundigen Wirtschaftsteilnehmer keine Zweifel bestünden [33].

– Aus der Vorlageentscheidung geht nicht hervor, dass eine Auslegung von Art. 581 § 1 des Zivilgesetzbuchs, die die Regelungen über den Kaufvertrag auf Werkverträge ausdehnt, in der Lehre oder bei den nationalen Gerichten im Allgemeinen unumstritten ist [34]. Vielmehr bestehen Zweifel an der rechtlichen Haltbarkeit dieser Auslegung.

– Mangels eines ausdrücklichen Verweises auf die Garantie, die bei Kaufverträgen gefordert werden kann (die in der Regel dem Ziel des Verbraucherschutzes dient), scheint eine Garantie, die in zwischen Gewerbetreibenden geschlossenen Bauverträgen gewährt wird, aus wirtschaftlicher Sicht eine andere innere Logik aufzuweisen [35].

– Um festzustellen, ob das Konsortium, dem Veolia angehörte, gleichwohl von Anfang an vernünftigerweise Kenntnis von der Auslegung der Garantiekarte, die der öffentliche Auftraggeber später vertreten hat, hätte haben können, könnte auf Faktoren wie die Ansässigkeit des federführenden Unternehmens und eines anderen Mitglieds des Konsortiums in Polen oder auf dessen Erfahrung im Bausektor, zu dem der Vertragsgegenstand gehört, abgestellt werden.

– In diesem Sinne könnte relevant sein, dass die Auslegung des Inhalts der Garantiekarte durch den öffentlichen Auftraggeber in diesem Sektor hinreichend bekannt war, so dass Veolia oder andere Mitglieder des Konsortiums ohne Weiteres, gegebenenfalls nach einer Beratung zum

[33] Die polnische Regierung räumt ein, dass eine Auslegung des Vertrags, aus der sich eine Verpflichtung ableitet, die im Vertrag nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sich jedoch aus den nationalen Bestimmungen ergibt, auf die der Vertrag verweist, insoweit vertretbar sein könnte, als diese Bestimmungen einem durchschnittlich fachkundigen und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter nicht unbekannt sein könnten (Rn. 47 ihrer schriftlichen Erklärungen).

[34] In Rn. 39 der Vorlageentscheidung heißt es: „Die [analoge] 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". In Rn. 36 der Vorlageentscheidung wird ausgeführt: „Am 25. Dezember 2014 trat … 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".

[35] Veolia nimmt in Fn. 3 ihrer schriftlichen Erklärungen auf diese Frage Bezug und weist darauf hin, dass die Reparatur oder der Austausch von Teilen einer Anlage mit Kosten und Risiken verbunden sei, die sich deutlich von denen unterschieden, die mit dem Verkauf von Verbrauchsgütern an die Öffentlichkeit verbunden seien (deren Produktion durch minimale Grenzkosten gekennzeichnet sei). Die bei diesen beiden Arten von Verträgen gewährten Garantien seien daher nicht vergleichbar.

zeitlichen Umfang der Garantie angesichts der Vorschriften des polnischen Zivilgesetzbuchs, Kenntnis davon hätte haben können.

81. Zusammenfassend bin ich der Ansicht, dass die in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 genannten Grundsätze der Aufnahme einer Klausel, die zur Festlegung des Zeitraums der vom Auftragnehmer zu gewährenden Garantie und zu den in dieser Klausel nicht geregelten Angelegenheiten auf die Vorschriften des nationalen Zivilgesetzbuchs verweist, in einen öffentlichen Bauauftrag grundsätzlich nicht entgegenstehen. Diese Grundsätze sind jedoch nicht mit einer Auslegung dieser Klausel vereinbar, die eine Verlängerung des Garantiezeitraums über das zwischen den Parteien Vereinbarte hinaus vorsieht und für einen durchschnittlich fachkundigen Auftragnehmer bei Anwendung der üblichen Sorgfalt unvorhersehbar ist, was das vorlegende Gericht festzustellen hat.

V. Ergebnis

82. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Sąd Okręgowy w Warszawie (Regionalgericht Warschau, Polen) wie folgt zu antworten:

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

ist dahin auszulegen, dass

er der Aufnahme einer Klausel, die zur Festlegung des Zeitraums der vom Auftragnehmer zu gewährenden Garantie und zu den in dieser Klausel nicht geregelten Angelegenheiten auf die Vorschriften des nationalen Zivilgesetzbuchs verweist, in einen öffentlichen Bauauftrag nicht entgegensteht.

Die in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 genannten Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz sind jedoch nicht mit einer Auslegung einer solchen Klausel vereinbar, die eine Verlängerung des Garantiezeitraums über das zwischen den Parteien Vereinbarte hinaus vorsieht und für einen durchschnittlich fachkundigen Auftragnehmer bei Anwendung der üblichen Sorgfalt unvorhersehbar ist, was das vorlegende Gericht festzustellen hat.