Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 6 februari 2025 [1]

Mål C-82/24

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

(begäran om förhandsavgörande från Sąd Okręgowy w Warszawie (Regiondomstolen i Warszawa, Polen))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2004/18 – Artikel 2 – Likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen – Skyldighet som inte uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten eller i kontraktet – Kompletterande tillämpning av civilrätten genom hänvisning i avtalsvillkor – Förlängning av garantin till följd av en tolkning av lagbestämmelser som är analogt tillämpliga – Rimligt informerad och normalt aktsam anbudsgivare”

1. Tvisten som ligger till grund för förevarande begäran om förhandsavgörande rör den garantitid som avtalats mellan den upphandlande myndigheten och den anbudsgivare som tilldelats ett offentligt kontrakt avseende utbyggnad och modernisering av ett avloppsreningsverk.

2. Tvisten gäller en eventuell förlängning av garantitiden, utöver vad som uttryckligen avtalats i kontraktet. Den hänskjutande domstolen undrar huruvida en sådan förlängning, i den mån den ensidigt införs av den upphandlande myndigheten, är förenlig med de principer som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18/EG, [2] som är tillämpligt av tidsmässiga skäl.

[1] Originalspråk: spanska.

[2] Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2004/18

3. I artikel 2 (”Principer för tilldelning av kontrakt”) föreskrivs följande:

”Upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

4. Artikel 12 (”Kontrakt som tilldelas inom vatten-, energi-, transport- och postsektorerna”) har följande lydelse:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på offentliga kontrakt inom ramen för direktiv 2004/17/EG som tilldelas av upphandlande myndigheter vilka utövar en eller flera av de verksamheter som anges i artiklarna 3–7 i det direktivet i syfte att utöva denna verksamhet, eller på offentliga kontrakt som enligt artikel 5.2 och artiklarna 19, 26 och 30 i det direktivet undantas från dess tillämpningsområde.

Detta direktiv skall dock fortfarande tillämpas på offentliga kontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter vilka utövar en eller flera av de verksamheter som avses i artikel 6 i direktiv 2004/17/EG, när de tilldelas för dessa verksamheter, så länge den berörda medlemsstaten åberopar den möjlighet som anges i artikel 71 andra stycket i det direktivet för att uppskjuta tillämpningen.”

5. Artikel 26 (”Villkor för fullgörande av kontraktet”) har följande lydelse:

”En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Dessa krav får bland annat omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn.”

2. Direktiv 2004/17/EG[3]

6. I artikel 4 (”Vatten”) föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv omfattar följande typer av verksamhet:

a) Tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten.

b) Leverans av dricksvatten till sådana nät.

2. Detta direktiv omfattar även kontrakt eller projekttävlingar som tilldelas eller handläggs av en enhet som bedriver någon av de verksamheter som avses i punkt 1 och som

[3] Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1).

a) har anknytning till vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning och dränering, förutsatt att den volym vatten som avses för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 % av den totala volym vatten som tillhandahålls genom dessa projekt eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningar, eller

b) har anknytning till bortföring eller rening av avloppsvatten.

…”

7. I artikel 10 (”Principer för tilldelning av kontrakt”) föreskrivs följande:

”Upphandlande enheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet sätt.”

8. Artikel 38 (”Villkor för fullgörande av kontrakt”) har följande lydelse:

”En upphandlande enhet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att kraven är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Dessa krav får bland annat omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn.”

B. Nationella bestämmelser

1. (Den tidigare) lagen om offentlig upphandling av den 29 januari 2004[4]

9. Enligt artikel 29.1 ska föremålet för upphandlingen formuleras entydigt och uttömmande i tillräckligt exakta och begripliga termer, med beaktande av alla krav och omständigheter som kan påverka utformningen av anbudet.

10. I artikel 36.1 led 16 föreskrivs att förfrågningsunderlaget i vart fall ska innehålla villkor som är relevanta för parterna, allmänna kontraktsvillkor eller standardkontrakt, om den upphandlande myndigheten kräver att den ekonomiska aktören ingår ett offentligt kontrakt på sådana villkor.

2. Civillagen[5]

11. I artikel 353[1] föreskrivs följande:

”Avtalsparterna bestämmer fritt avtalets innehåll, så länge dess innehåll och syfte inte är oförenligt med rättsförhållandets egenskaper (art), lag eller grundläggande samhällsnormer.”

12. I artikel 581.1, som återfinns i den avdelning som handlar om köpeavtal, föreskrivs följande:

”Om garantigivaren vid fullgörandet av sina skyldigheter i stället för en felaktig vara har levererat en icke felaktig vara till garantitagaren eller har utfört relevanta reparationer av den vara som omfattas av garantin, ska garantitiden börja löpa på nytt från den tidpunkt då den icke felaktiga

4 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. från 2007, nr 223, position 1655, i ändrad lydelse).

5 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. från 1964, nr 16, position 93, i ändrad lydelse).

varan levererades eller den reparerade varan återlämnades. Om garantigivaren har ersatt en del av varan ska denna bestämmelse i tillämpliga delar gälla för den ersatta delen.”

II. Faktiska omständigheter, de nationella målen och tolkningsfrågan

13. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.[6] (nedan kallad den upphandlande myndigheten) offentliggjorde ett meddelande om öppen anbudsinfordran för tilldelning av kontrakt nr 8/JRP/R/2008 ”Modernisering och utbyggnad av avloppsreningsverket i Czajka (termisk behandling av avloppsslam)”.

14. Ett konsortium av företag under ledning av Veolia Water Technologies sp. z o.o. (nedan kallat Veolia), med säte i Warszawa,[7] deltog i förfarandet och tilldelades kontraktet.

15. Den 1 augusti 2008 undertecknade Veolia och den upphandlande myndigheten kontraktet.

16. Kontraktet omfattade byggandet av en anläggning för termisk behandling av avloppsslam, där två återvinningsenheter skulle installeras på två separata avfallsförbränningslinjer.

17. Kontraktet innehöll också ett villkor (”garantisedel”) som föreskrev en garantitid på 36 månader, vilken skulle börja löpa den dag då intyget om utförande av arbetet utfärdades.

18. I punkt 6.1 i kontraktet angavs att ”beträffande frågor som inte omfattas av denna garantisedel ska relevanta bestämmelser i polsk rätt, särskilt civillagen, tillämpas …”.

19. De arbeten som omfattades av kontraktet skulle ha utförts senast den 30 oktober 2010, men datumet för utförandet av dessa arbeten fastställdes senare slutligen till den 30 november 2012. Den 21 mars 2013 utfärdades ett intyg om att arbetena hade utförts.

20. Den 26 september 2014 respektive den 3 mars 2015 informerade den upphandlande myndigheten Veolia om att det var fel på återvinningsenheterna i linje 2 och linje 1.

21. Veolia bytte ut de felaktiga återvinningsenheterna inom ramen för garantin. De nya återvinningsenheterna sattes i drift den 22 februari respektive den 28 april 2016.

22. Den 27 november 2018 rapporterade den upphandlande myndigheten ett (nytt) fel till Veolia på båda de återvinningssenheter som hade bytts ut och krävde att de skulle repareras eller bytas ut inom ramen för garantin.

23. Veolia vägrade att tillgodose kravet och hävdade att garantitiden hade löpt ut.

[6] Detta är det företag som ansvarar för dricksvattenförsörjning och avloppsrening i staden Warszawa (Polen).

[7] I konsortiet ingick förutom Veolia även Krüger A/S, med säte i Søborg (Danmark), OTV France, med säte i Saint-Maurice (Frankrike), Haarslev Industries GmbH, med säte i Bruchsal (Tyskland) och Warbud SA, med säte i Warszawa. Nedan utgår jag från att Veolia handlar på konsortiets vägnar.

24. Tvisten mellan parterna har gett upphov till två mål vid Sąd Okręgowy w Warszawie (Regiondomstolen i Warszawa, Polen), vilka den domstolen har förenat för gemensam handläggning:

– Den upphandlande myndigheten har yrkat att Veolia ska betala 5 661 772,39 euro i avtalsvite och 11 351 601,62 PLN i skadestånd på grund av bristande fullgörande av kontraktet, och i andra hand ett belopp på 2 533 839,65 euro.

– Veolia har å sin sida yrkat att den upphandlande myndigheten ska betala 3 766 666,36 euro, motsvarande de belopp som den upphandlande myndigheten tagit ut från de bankgarantier som ställts.

25. Mot bakgrund av detta har den hänskjutande domstolen ställt följande fråga till EU-domstolen för förhandsavgörande:

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

III. Förfarandet vid EU-domstolen

26. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 1 februari 2024.

27. Veolia, den upphandlande myndigheten, den polska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

28. Det har inte ansetts nödvändigt att hålla förhandling.

IV. Bedömning

A. Inledande anmärkningar

1. Tillämpligt direktiv

29. Kommissionen tar först upp frågan om direktiv 2004/18 är tillämpligt i förevarande mål eller om det i stället är direktiv 2004/17 som är tillämpligt. [8]

[8] Enligt artikel 12 i direktiv 2004/18 ska detta direktiv inte tillämpas på offentliga kontrakt inom ramen för direktiv 2004/17.

30. Direktiv 2004/17 innehåller särskilda bestämmelser om kontrakt eller projekttävlingar som tilldelas eller handläggs av en enhet som levererar dricksvatten genom fasta distributionssystem, i den mån dessa kontrakt bland annat avser bortföring eller rening av avloppsvatten (artikel 4.1 och 4.2 i direktiv 2004/17).

31. Som kommissionen har påpekat,[9] och jag instämmer i dess bedömning, förefaller det som om direktiv 2004/17 är det direktiv som ska beaktas, av följande skäl:

– Den upphandlande myndigheten levererar dricksvatten till invånarna i Warszawas storstadsområde och driver fasta vatten- och avloppsnät i Warszawa.

– Kontraktet avser utbyggnad och modernisering av ett avloppsreningsverk, inbegripet bortföring och/eller rening av avloppsvatten, vilket är verksamheter som uttryckligen nämns i artikel 4.2 b i direktiv 2004/17.

32. Det ankommer på den hänskjutande domstolen, som har tillgång till samtliga uppgifter om kontraktet och den upphandlande myndighetens verksamhet, att kontrollera de faktiska omständigheterna och på grundval av dessa bedöma vilket av de två direktiven som är tillämpligt.

33. I själva verket är detta en fråga av liten praktisk betydelse, eftersom regleringen av upphandlingsprinciperna i direktiv 2004/18 (artikel 2) och direktiv 2004/17 (artikel 10) i allt väsentligt är densamma.

34. Jag kommer under alla omständigheter att koncentrera mig på tolkningen av direktiv 2004/18, som är det direktiv som nämns i begäran om förhandsavgörande och som parterna har inriktat sig på under hela förfarandets gång.

2. Direktiv 2004/18 och fullgörande av kontraktet

35. Det är svårare att avgöra om artikel 2 i direktiv 2004/18 är tillämplig på en händelse som inträffar under fullgörandet av kontraktet, flera år efter det att kontraktet tilldelades och ingicks.

36. Svårigheten beror på att direktiv 2004/18 syftade till att samordna *förfarandena för tilldelning* av vissa offentliga kontrakt. I artikel 2 angavs tre principer som skulle tillämpas vid ”tilldelning av kontrakt”.

37. Direktiv 2004/18 handlade i stor utsträckning om *tilldelning* av kontrakt och innehöll enstaka hänvisningar till *fullgörande* av kontrakt. I det efterföljande direktivet 2014/24/EU[10] ägnas däremot ett särskilt kapitel åt *fullgörande* av offentliga kontrakt.[11]

38. Denna skillnad mellan direktiven ska dock tillmätas mindre betydelse: de frågor som i direktiv 2014/24 samlas i kapitlet om fullgörande av kontrakt behandlas i direktiv 2004/18 med en annan systematik, i den avdelning som handlar om förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar.

[9] Punkt 35 i dess skriftliga yttrande, med hänvisning till den upphandlande myndighetens webbplats (https://www.mpwik.com.pl/view/dane-spolki).

[10] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

[11] Kapitel IV i avdelning II, artiklarna 70–73, i direktiv 2014/24.

39. Detta är till exempel fallet med bestämmelserna om villkor för fullgörande av kontrakt (artikel 70 i direktiv 2014/24 och artikel 26 i direktiv 2004/18) eller om underentreprenad (artikel 71 i direktiv 2014/24 och artikel 25 i direktiv 2004/18).

40. När det gäller ändring av kontrakt under löptiden hade EU-domstolen, trots att direktiv 2004/18 inte innehåller någon bestämmelse med motsvarande innehåll som artikel 72 i direktiv 2014/24, redan tolkat artikel 2 i direktiv 2004/18 så, att efter det att ett offentligt kontrakt tilldelats så kan en väsentlig ändring av kontraktet inte göras utan att ett nytt upphandlingsförfarande inleds. [12]

41. Mot denna normativa bakgrund skulle tillämpningen av direktiv 2004/18 i förevarande mål kunna grundas på tre antaganden: a) att en kontraktsändring i själva verket görs genom att innehållet i ett villkor i förfrågningsunderlaget tolkas så, att det ur detta härleds skyldigheter som inte uttryckligen följer av de överenskomna bestämmelserna, [13] b) att förfrågningsunderlaget eller kontraktshandlingarna, genom att inkludera garantisedeln på det sätt som skett, inte var förenliga med principerna i artikel 2 i direktiv 2004/18 redan vid tilldelningen av kontraktet, och c) att garantisedeln i sig utgjorde ett villkor för fullgörande av kontraktet.

42. Av dessa tre antaganden utesluter jag att det har skett en *ändring* av kontraktet, och på den punkten är jag enig med den polska regeringen. Argumentet om ändring försvåras av det faktum att det omtvistade villkoret fanns med i kontraktet redan från början. Dessutom har det tillämpats på ett effektivt och oomtvistat sätt, eftersom Veolia bytte ut de defekta återvinningssenheterna vid den första anmodan att göra det.

43. Att Veolia förnekade att det fanns en garantiförpliktelse att byta ut de ”andra” återvinningsenheterna, berodde inte på att en ändring hade införts, utan på att denna förpliktelse enligt Veolia hade upphört att gälla när den överenskomna garantitiden löpte ut.

44. Betraktas garantisedeln mot bakgrund av *tilldelningen av kontraktet* ser jag i princip ingen anledning att förneka dess giltighet, och än mindre kontraktets giltighet i sin helhet. Rättssäkerhetsskäl och själva systematiken i prövningsdirektivet [14] förhindrar att lagligheten av ett godtaget och tidigare obestritt tilldelningsbeslut åter tas upp till diskussion. [15]

45. Det framgår nämligen av beslutet att begära förhandsavgörande att entreprenören inte har yrkat att upphandlingen ska ogiltigförklaras på den grunden att kontraktet innehåller ett garantivillkor som, om det hade haft den tidsmässiga räckvidd som den upphandlande myndigheten nu har gett det, skulle ha lett till att entreprenören inte hade lämnat in sitt anbud (eller erbjudit ett högre pris). Entreprenören vill helt enkelt att detta villkor ska tolkas så, att det inte innebär en skyldighet att ersätta defekta återvinningsenheter en andra gång.

46. Om den tolkning som den upphandlande myndigheten förespråkar och som får verkan vid fullgörandet av kontraktet skulle innebära att de avtalade upphandlingsvillkoren förfelas (i den mening som avses i EU-domstolens dom i målet kommissionen/CAS Succhi di Frutta), [16] skulle diskussionen indirekt omfatta själva upphandlingsvillkoren.

[12] Dom av den 7 september 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, domslutet). Ändringen hade skett under kontraktets fullgörande.

[13] Punkt 29 i den polska regeringens skriftliga yttrande.

[14] Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48).

[15] Jag hänvisar till mitt förslag till avgörande av den 17 oktober 2024 i målet Fastned Deutschland (C-452/23, EU:C:2024:894).

[16] Dom av den 29 april 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 120).

47. Slutligen skulle garantisedeln kunna uppfattas som ett särskilt villkor för *fullgörande av kontraktet*, vilket omfattas av artikel 26 i direktiv 2004/18. Enligt den artikeln får en upphandlande myndighet ställa sådana krav, under förutsättning att de är förenliga med unionsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. [17]

48. Eftersom en garantisedel avser fullgörandet av kontraktsenliga skyldigheter efter det att kontraktet har ingåtts, finns det inte något oöverstigligt hinder för att den i slutändan skulle kunna betraktas som ett villkor för fullgörande av kontraktet. När det väl har fastställts att villkoret angavs i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget [18] måste det avgöras om det är förenligt med unionsrätten, närmare bestämt med principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet.

49. Det kan enligt EU-domstolen finnas en koppling mellan principerna för offentlig upphandling och fullgörandeförandefasen av ett kontrakt: [19] ”upphandlande myndigheter [måste] *under hela förfarandet* … iaktta de principer som anges i artikel 18 i direktiv 2014/24, i synnerhet principerna om likabehandling, öppenhet och proportionalitet”. [20]

50. Eftersom hänvisningen till likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet återkommer i flera skäl i direktiv 2014/24 är det logiskt att tolka artikel 18.1, i vilken dessa principer för offentlig upphandling anges, på så sätt att de begränsade till den fas då kontraktet tilldelas.

51. Det är riktigt att denna rättspraxis gäller 2014 års upphandlingsdirektiv, vilka av tidsmässiga skäl inte är tillämpliga här. Jag ser emellertid inga oöverstigliga svårigheter med att utsträcka den till att omfatta kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18, enligt vilket upphandlingsprinciperna (artikel 2) ska respekteras under alla skeden av kontraktets löptid.

52. I annat fall skulle det uppstå en oönskad effekt, vilket EU-domstolen tog upp i domen i målet kommissionen/CAS Succhi di Frutta: ”Om den upphandlande myndigheten fick ändra själva anbudsvillkoren som den ville *under genomförandet av kontraktet* utan att ha uttrycklig befogenhet därtill enligt de relevanta tillämpliga bestämmelserna, skulle de ursprungliga upphandlingsvillkoren förfelas.” [21]

53. Jag ser följaktligen inget hinder för att EU-domstolen i detta mål tillhandahåller den hänskjutande domstolen en tolkning av artikel 2 i direktiv 2004/18.

[17] I punkt 79 i mitt förslag till avgörande av den 28 januari 2021 i målet Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:79), påpekade jag att ”[d]omstolen … i sin praxis [har] beaktat dessa särskilda krav när de ställs på grund av ’sociala hänsyn’, vilket innebär att den har riktat sin uppmärksamhet mot några av de krav som anges i den öppna formuleringen i den sista meningen i artikel 26 i direktiv 2004/18. Det finns inget som hindrar att dessa krav tillämpas inom andra områden, eftersom hänvisningen till ’sociala hänsyn eller miljöhänsyn’ bara utgör ett exempel (’bland annat’).”

[18] Det framgår av beslutet att begära förhandsavgörande att det omtvistade villkoret fanns med i meddelandet om upphandling och att det endast är frågan om huruvida artikel 581.1 i civillagen är tillämplig, eftersom det enligt Veolia varken i kontraktet eller i meddelandet om upphandling ”angavs att denna bestämmelse var tillämplig på leverantörernas garanti”.

[19] Kopplingen mellan artikel 18.1 och artikel 70 i direktiv 2014/24 framgår av punkt 63 och punkt 2 i domslutet i dom av den 8 juli 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556), och av punkt 90 i dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700).

[20] Dom av den 26 september 2019, Vitali (C-63/18, EU:C:2019:787, punkt 39). Min kursivering. Detta var ett mål som rörde underentreprenad, vilket, som jag redan har påpekat, i likhet med villkoren för fullgörande, regleras i kapitlet om fullgörande av kontrakt i direktiv 2014/24.

[21] Dom av den 29 april 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 120). Min kursivering.

B. Svaret på tolkningsfrågan

54. Jag anser att det är lämpligt att börja med att redogöra för innehållet i diskussionen mellan parterna om det överenskomna garantivillkoret och avgränsningen av dess giltighet:

– Enligt kontraktet fastställdes en garantitid som började löpa den dag då intyget om att arbetet hade utförts överlämnades och löpte ut 36 månader senare (det vill säga senast den 30 april 2015). Garantin gällde alltså när den upphandlande myndigheten rapporterade de ”första felen” till Veolia, vilket Veolia accepterade utan förbehåll.

– När den upphandlande myndigheten underrättade Veolia om de ”andra felen” (den 27 november 2018) hade däremot 36-månadersperioden redan löpt ut. Det råder oenighet om huruvida garantitiden, trots att den hade löpt ut, hade börjat löpa på nytt från och med Veolias leverans av de nya återvinningsenheterna (den 22 februari 2016 för återvinningsenheten på linje 2 och den 28 april 2016 för återvinningsenheten på linje 1) för att avhjälpa de första felen.

– Enligt den upphandlande myndigheten beror förlängningen av garantitiden med ytterligare 36 månader på tillämpningen av de allmänna bestämmelserna i polsk lag, vilka det hänvisades till i garantisedeln. Enligt punkt 6.1 skulle relevanta polska lagregler, däribland civillagen, tillämpas beträffande frågor som inte omfattades av garantisedeln. Enligt artikel 581.1 i civillagen, som handlar om köpeavtal, börjar garantitiden löpa på nytt när den felfria varan levereras eller den reparerade varan återlämnas.

– Veolia hävdar tvärtom att kontraktet, som innehåller bestämmelser om garantisedeln, fullständigt och exakt specificerar villkoren för garantin. Det framgår klart av kontraktets ordalydelse att parterna inte hade för avsikt att förlänga garantin utöver vad som avtalats.

– Veolia tillägger att artikel 581.1 i civillagen, som rör köpeavtal, inte var tillämplig. Parterna angav inte i kontraktet och den upphandlande myndigheten angav inte i meddelandet om upphandling att denna bestämmelse skulle omfatta den utfärdade garantin. En analog tillämpning av denna bestämmelse skulle vara oförenlig med principerna om öppenhet, likabehandling och sund konkurrens i direktiv 2004/18, eftersom den innebär en hänvisning till villkor som inte klart framgår av förfrågningsunderlaget eller av gällande nationella bestämmelser, utan endast av tolkningen av dessa.

55. Den hänskjutande domstolen har motiverat begäran om förhandsavgörande med ett antal skäl som rör nationell rätt (punkterna 34–42 i beslutet att begära förhandsavgörande) och andra skäl som rör unionsrätten (punkterna 44–53 i samma beslut).

56. Jag anser att denna systematik i framställningen kan underlätta förståelsen av tolkningsfrågan. Innan jag tar upp frågan huruvida ett kontraktsvillkor, eller tolkningen av detta, är förenligt med direktiv 2004/18 måste det klargöras hur den hänskjutande domstolen *tolkar* villkoret.

57. Det ankommer i princip på den hänskjutande domstolen, och inte på EU-domstolen, att tolka kontraktsvillkoren i de fall där det föreligger tvist mellan parterna, mot bakgrund av villkorens ordalydelse, parternas avsikt och de nationella bestämmelser som är tillämpliga på dessa kontrakt.

58. Den hänskjutande domstolen ska mot denna bakgrund pröva om det, vad beträffar den nationella rätten, i garantisedeln a) fanns en uttömmande reglering av garantitiden, det vill säga 36 månader efter överlämnandet av intyget om att arbetet utförts, utan krav på förlängning, eller b) genom punkt 6.1 föreskrevs en förlängning av denna garantitid när kompletterande bestämmelser i polsk rätt, särskilt i civillagen, var tillämpliga.

59. Om den hänskjutande domstolen hade godtagit det förstnämnda alternativet hade tvisten varit avgjord och det är då inte troligt att det hade behövts ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

60. Allt tyder emellertid på att den hänskjutande domstolen inte utesluter att bestämmelserna i civillagen är tillämpliga i förevarande mål (det sistnämnda alternativet ovan).

61. Den anger nämligen i beslutet att begära förhandsavgörande att ”bestämmelserna i civillagen om garantier vid köp ska tillämpas analogt på den garanti som lämnats för byggentreprenadskontraktets föremål, i den utsträckning som denna inte regleras genom kontraktsvillkor”. [22] Den anser att ”den polska lagstiftningen om offentlig upphandling (oavsett vilken lagstiftning där denna fråga regleras som ska tillämpas) inte utgör hinder för en analog tillämpning av bestämmelser i nationell rätt som det inte uttryckligen hänvisas till i kontraktsvillkoren, i upphandlingsdokumenten och i den lagstiftning som är tillämplig på den typ av kontrakt som upphandlingen avser”. [23]

62. Nedanstående överväganden måste utgå från den tolkning som den hänskjutande domstolen gör av det omtvistade kontraktet. Jag kommer att inrikta mig på tillämpningen av öppenhetsprincipen, som är nära kopplad till likabehandlingsprincipen.

63. EU-domstolen har slagit fast att ”skyldigheten avseende öppenhet, som har ett nära samband med likhetsprincipen, i huvudsak har som syfte att garantera att varje intresserad aktör kan besluta att lämna anbud vid upphandlingar på grundval av samtliga relevanta uppgifter och att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida”. [24]

64. Det finns två aspekter av skyldigheten avseende öppenhet:

– För det första ”kräver [den] att det föreligger ett tillräckligt mått av offentlighet från den upphandlande myndighetens sida, så att förfarandet är öppet för konkurrens och att det är möjligt att kontrollera att tilldelningsförfarandet är opartiskt”. [25]

– För det andra ”innebär [den] att samtliga villkor och bestämmelser för upphandlingsförfarandet ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt, … för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta räckvidden av dem och tolka dem på samma sätt …”. [26]

[22] Beslutet att begära förhandsavgörande, punkt 39.

[23] Beslutet att begära förhandsavgörande, punkt 41.

[24] Dom av den 22 juni 2017, Unibet International (C-49/16, EU:C:2017:491, punkt 46).

[25] Dom av den 4 april 2019, Allianz Vorsorgekasse (C-699/17, EU:C:2019:290, punkt 61).

[26] Ibidem, punkt 62.

65. Det är den sistnämnda aspekten som är relevant i förevarande mål. Som jag tidigare har nämnt är kärnan i tvisten huruvida Veolia, med tanke på det sätt på vilket kontraktet är formulerat, var i stånd att veta vad man faktiskt förband sig till genom att underteckna kontraktet.

66. Den hänskjutande domstolen har särskilt fokuserat på frågan huruvida domen i målet Pizzo [27] är tillämplig i det nationella målet, samtidigt som den har konstaterat att det i det målet var fråga om att utesluta en anbudsgivare från upphandlingsförfarandet medan det i förevarande mål handlar om en händelse som inträffande under kontraktets fullgörandefas.

67. Efter att ha återgett punkt 51 i domen i målet Pizzo, [28] drar den hänskjutande domstolen följande slutsatser i beslutet att begära förhandsavgörande:

– Den anser att den rättspraxis som följer av domen i målet Pizzo bör ”vara mer allmänt tillämplig”. Således är det inte ”tillåtet att … enbart utifrån en tolkning av en nationell lagstiftning härleda skyldigheter som inte följer uttryckligen av gällande nationell lagstiftning och upphandlingsdokumenten”. [29]

– Den ifrågasätter om rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare har möjlighet att beräkna det pris som de anger i sina anbud, om omfattningen av deras skyldigheter vad gäller garantin bestäms genom en analog tillämpning av bestämmelser (som är avsedda för en annan kategori av kontrakt) vars tolkning följer av de nationella myndigheternas praxis, som dessutom inte är enhetlig. [30]

68. I målet Pizzo var det fråga om att utesluta en anbudsgivare på grund av att denne inte uppfyllde ett av villkoren för att få delta i upphandlingsförfarandet. Det avgörande villkoret för uteslutning hade inte uttryckligen angetts i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, utan kunde härledas från allmänt tillämpliga nationella bestämmelser.

69. EU-domstolen ansåg inte att principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn hade iakttagits i målet Pizzo. För att uttrycka det mycket kortfattat ansåg den att en tolkning av villkoren i förfrågningsunderlaget som deltagarna i upphandlingsförfarandet (särskilt om de var utländska aktörer) inte rimligen kunde ha förutsett inte kunde godtas.

70. I domen i målet Pizzo tolkades visserligen principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn i samband med ett upphandlingsförfarande. Om det emellertid, såsom jag har förespråkat, [31] godtas att artikel 2 i direktiv 2004/18 också kan åberopas, i tillämpliga delar, under sådana omständigheter som de som föreligger i detta mål, finns det inget hinder mot att utvidga EU-domstolens uttalanden i den domen till att även omfatta denna artikel.

71. Efter att ha konstaterat detta ankommer det på den hänskjutande domstolen att bedöma i vilken utsträckning en tolkning av garantisedeln (inklusive punkt 6.1), enligt vilken den upphandlande myndigheten kunde kräva en förlängning av den avtalade garantitiden, var rimligen förutsebar för en omsorgsfull aktör eller inte.

[27] Dom av den 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404) (nedan kallad domen i målet Pizzo).

[28] ”Likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och av dessa dokument samt av en mekanism som består i att nationella myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument.”

[29] Beslutet att begära förhandsavgörande, punkt 53.

[30] Beslutet att begära förhandsavgörande, punkt 53, *in fine*.

[31] Punkterna 35–53 i detta förslag till avgörande.

72. Det går att komma fram till en sådan tolkning på två olika sätt, beroende på om man endast strikt ser till garantisedelns ordalydelse och inte till aktörens subjektiva förhållanden och det kontraktsmässiga och normativa sammanhanget, eller om man tvärtom fäster större vikt vid de sistnämnda faktorerna.

73. Oavsett vilket tillvägagångssätt som väljs är det viktiga enligt min mening att den lösning som väljs är (rimligt) förutsebar. Denna förutsebarhet hänger i sin tur samman med kännedomen om nationell rätt och den grad av rättssäkerhet som den bör ge de ekonomiska aktörerna i samband med offentlig upphandling.

74. Såsom den hänskjutande domstolen helt riktigt påpekar, är garantitidens längd i det här sammanhanget en relevant faktor för att de ekonomiska aktörerna ska kunna prissätta sina anbud på ett lämpligt sätt. Garantitiden bör tydligt framgå av förfrågningsunderlaget och andra kontraktshandlingar.

75. Vidare skulle en snedvridning av konkurrensen till nackdel för ekonomiska aktörer från andra medlemsstater kunna uppstå om de förlitar sig på garantivillkorets ordalydelse och i slutändan konfronteras med en tolkning av dess innehåll som de inte rimligen kunde ha förutsett.

76. Kontraktsvillkoren måste vara utformade så att det är möjligt för alla berörda parter att förstå deras innehåll och omfattning. Endast på detta sätt kan den nödvändiga öppenheten och rättssäkerheten säkerställas.

77. I mitt förslag till avgörande i målet Pizzo hävdade jag att ”det vore ologiskt att kräva att de upphandlande myndigheterna även ska ange sådana villkor som föreskrivs i bestämmelser av allmän karaktär som en ’rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare’ inte kan vara ovetande om”.[32]

78. Jag vidhåller här detta uttalande, men för den skull ska inte slutsatsen dras att jag godtar kontraktsenliga skyldigheter vars förutsebarhet inte rimligen kan härledas från lydelsen av själva kontraktet.

79. Den hänskjutande domstolen ska därför pröva huruvida det i förevarande mål var tillåtet att tolka garantisedeln på ett sätt som gick bortom dess ordalydelse och som innebar att bestämmelserna i den polska civillagen om förlängning av garantitiden i köpeavtal fick tillämpas i kompletterande syfte.

80. För att underlätta denna prövning skulle EU-domstolen kunna förse den hänskjutande domstolen med följande anvisningar:

– Om parterna i kontraktet uttryckligen fastställer en viss garantitid genom att definiera dess längd och de start- och slutdatum, utan att ange att den kan förlängas, kan denna ordning anses vara fullständig och avslutad i sig. Det finns då inget behov av att tillämpa allmänna bestämmelser i nationell rätt, eftersom viljan att ingå avtal, vars lagenlighet det inte råder något tvivel om, tydligt har kommit till uttryck.

[32] Förslag till avgörande av den 21 januari 2016 (C-27/15, EU:C:2016:48, punkt 52). Jag vill erinra om att det i målet Pizzo i upphandlingsdokumenten inte fanns någon hänvisning till det villkor som låg till grund för uteslutningen av anbudsgivarna (utebliven betalning av en lagstadgad avgift). I förevarande mål regleras den garantisedel som Veolia undertecknat i kontraktet och vad gäller det som inte regleras där hänvisas uttryckligen till ”relevanta bestämmelser i polsk rätt, bland annat civillagen”.

– Innehållet i punkt 6.1 omfattar endast ”frågor som inte omfattas av denna garantisedel”. Eftersom garantitiden var en *fråga som omfattades* av garantisedeln, är bestämmelsen i punkt 6.1 inte tillämplig.

– Om det medges att bestämmelserna i civillagen ska tillämpas (som komplettering snarare än analogt), bör tolkningen av bestämmelserna i artikel 581.1 i civillagen vara så tydlig att det inte finns något utrymme för tvivel för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull aktör. [33]

– Det framgår inte av beslutet att begära förhandsavgörande att en tolkning av artikel 581.1 i civillagen som innebär att reglerna om köpeavtal utsträcks till att omfatta avtal om utförande av bygg- och anläggningsarbeten enhälligt skulle godtas i doktrinen och av merparten av de nationella domstolarna. [34] Det är snarare tveksamt om en sådan tolkning är rättsligt möjlig.

– I avsaknad av en uttrycklig hänvisning till den garanti som krävs för köpeavtal (som normalt föranleds av målet att skydda konsumenterna), är den inneboende logiken i den garanti som beviljas i entreprenadavtal mellan näringsidkare, ur ekonomisk synvinkel, annorlunda. [35]

– För att avgöra om det konsortium som Veolia ingick i ändå hade möjlighet att från början rimligen känna till den tolkning av garantisedeln som den upphandlande myndigheten senare fastställde, skulle sådana faktorer som att det ledande bolaget och en annan medlem i konsortiet var etablerade i Polen eller deras erfarenhet av den byggbransch som kontraktsföremålet tillhör kunna beaktas.

– På samma sätt skulle det kunna vara relevant att den upphandlande myndighetens tolkning av innehållet i garantisedeln är tillräckligt välkänd i branschen för att Veolia eller andra konsortiemedlemmar lätt skulle kunna få tillgång till den, i förekommande fall efter att ha fått rådgivning om den tidsmässiga förlängningen av garantin mot bakgrund av reglerna i den polska civillagen.

81. Sammanfattningsvis anser jag att de principer som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18 inte utgör hinder för att det i ett offentligt byggentreprenadkontrakt, som en allmän regel, förs in ett villkor som, för att fastställa den tidsmässiga omfattningen av leverantörens garantiåtagande och i frågor som inte omfattas av detta villkor, hänvisar till bestämmelserna i den nationella civillagen. Dessa principer utgör emellertid hinder för en tolkning av villkoret som, genom att förlänga garantitiden utöver vad parterna avtalat, skulle ha varit oförutsebar för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull entreprenör, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

[33] Den polska regeringen medger att en tolkning av kontraktet som leder till en skyldighet som inte uttryckligen föreskrivs där, men som följer av de nationella bestämmelser som det hänvisas till, skulle kunna godtas i den mån som en rimligt informerad och normalt omsorgsfull avtalspart inte skulle kunna vara ovetande om dessa bestämmelser (punkt 47 i dess skriftliga yttrande).

[34] Punkt 39 i beslutet att begära förhandsavgörande: ”Frågan om analog tillämpning av garantibestämmelser vid ett köpeavtal på ett entreprenadkontrakt ger upphov till meningsskiljaktigheter såväl i de nationella domstolarnas praxis som i doktrinen.” I punkt 36 i samma beslut anges att ”[d]en 25 december 2014 trädde … en ändring i kraft av artikel 638 i civillagen, som avser entreprenadkontrakt, genom vilken 2 § infördes, enligt vilken bestämmelserna om garantier vid köp ska tillämpas i tillämpliga delar, om köparen har beviljats garanti för utförda entreprenadarbeten, men denna bestämmelse är inte tillämplig i förevarande mål”.

[35] Veolia tar upp denna fråga i fotnot 3 i sitt skriftliga yttrande och betonar att reparation eller utbyte av komponenter i en anläggning medför kostnader och risker som skiljer sig mycket från dem som är förenade med försäljning av konsumtionsvaror till allmänheten (vars produktion kännetecknas av en minimal marginalkostnad). Den garanti som beviljas i den förstnämnda avtalskategorin kan därför inte jämställas med den som beviljas i den andra kategorin.

V. Förslag till avgörande

82. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som Sąd Okręgowy w Warszawie (Regiondomstolen i Warszawa, Polen) har ställt på följande sätt:

Artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster,

ska tolkas så,

att den inte utgör hinder för att det i ett offentligt byggentreprenadkontrakt förs in ett villkor enligt vilket det, för att fastställa den tidsmässiga omfattningen av entreprenörens garantiåtagande och beträffande frågor som inte omfattas av detta villkor, hänvisas till bestämmelserna i den nationella civillagen.

Principerna om likabehandling och öppenhet i artikel 2 i direktiv 2004/18 utgör emellertid hinder för en tolkning av detta villkor som, genom att garantitiden förlängs utöver den tid som parterna har avtalat, är oförutsebar för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull entreprenör, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.